

Publicações da Escola da AGU

Curso Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa - studi Comparati tra Istituzioni e Sistemi

v. 39 jul./set. 2015 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 39	n. 01	p. 1-264	out./dez. 2015
---------------------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Renato Rodrigues Vieira	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
José Levi Mello do Amaral Júnior	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADOR DA PUBLICAÇÃO

Diego Franco de Araújo Jurubeba

Conselho Editorial

Juliana Sahione Mayrink Neiva
André Luiz de Almeida Mendonça
Diego Franco de Araújo Jurubeba

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Glúcia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: Curso: Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano VII, n. 39, (jul./set. 2015).

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, n° 14 periodicidade mensal e a partir do ano VII n° 39 periodicidade trimestral

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDU 34 (05)

CDD 340 . 5

SUMÁRIO

Editorial	1
Princípios Aplicáveis Às Licitações Públicas: análise comparativa entre a lei brasileira de licitações e contratos e a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho <i>Basic Principles of the Public Procurement Procedure: comparative analysis between the brazilian public procurement and public contracts law and the Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council</i> <i>Aluisio Martins de Sousa Junior.....</i>	9
Princípios Fundantes da União Européia. Análise de Julgamentos Históricos <i>The European Union Founding Principles. Leading Cases</i> <i>Ana Beatriz de Salles Coelho.....</i>	25
Parceria para a Inovação na União Europeia e a Lei Federal de Inovação Brasileira <i>Innovation Partnership in European Union and the Brazilian Federal Innovation Act</i> <i>Caio Márcio Melo Barbosa.....</i>	41
Um Ensaio sobre as Principais Diferenças entre o Regime de Compras Governamental do Brasil e União Européia <i>an Essay on the Main Differences Between Brazilian and European Union's Government Procurement System</i> <i>Celyvania Malta de Brito.....</i>	63
Sistemas Comparados: evolução do Princípio da Boa-Fé e Cláusula Rebus Sic Stantibus <i>Comparative Systems: evolution of good faith Principle and Rebus Sic Stantibus</i> <i>Daniela Câmara Ferreira.....</i>	77
Objetivos Colaterais das Contratações Públicas: crítica à visão hipermetrópe da União Europeia em relação à política brasileira <i>Collateral Objectives of Public Procurement: comments to the hypermetrope vision of the European Union on Brazilian politics</i> <i>Diego Franco de Araújo Jurubeba.....</i>	95
O Direito Transnacional à Previdência Social: acordo internacional entre Brasil e Itália e a atuação da corte europeia de direitos humanos <i>The Transnational Right to Social Security: international agreement between Brazil and Italy and the performance of the European Court of human rights</i> <i>Elise Mirisola Maitan.....</i>	113

A Seleção da Proposta Economicamente mais Vantajosa na Diretiva 2014/24/EU <i>The selection of the most Economically Advantageous tender in Directive 2014/24/EU</i> <i>Erivan Laurentino de Medeiros Junior.....</i>	137
A Crise da Migração: uma breve análise jurídica sobre os deslocamentos humanos no Brasil e na Europa <i>The Crisis of Migration: a brief legal analysis over human displacement in Brazil and in Europe</i> <i>Evandro Pereira Caldas.....</i>	153
Evolução da Contratação Pública no Direito da União Europeia e no Direito Brasileiro: análise comparativa das principais alterações da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do conselho, relativa aos contratos públicos na União Europeia, e do Projeto de Lei do Senado Federal nº 559/2013, que institui a nova lei de licitações e contratos no Brasil <i>Evolution of Public Procurement in European Union and Brazilian Laws: comparative analysis of the main changes of directive 2014/24/UE of the european parliament and counsel, related to public procurement in the european union, and the Brazilian senate's bill nº 559/2013, establishing the new law of tender and contracts in Brazil.</i> <i>Fernanda Mesquita Ferreira.....</i>	179
Breve Paralelo entre as Licitações pelo Sistema Registro de Preços, as Centrais de Compra no Brasil e o Modelo Europeu de Compra Centralizada. <i>A Brief Comparison Between the Licitations in the Brazilian Pricing Registry and Purchasing Centres and the European Centralized Purchasing System</i> <i>Fernando Ferreira Baltar Neto.....</i>	201
Fundamentos Filosóficos dos Direitos Humanos <i>Philosophical Foundations of Human Rights</i> <i>Guilherme Augusto Barbosa de Azevedo.....</i> <i>Thiago Carvalho Barreto Leite.....</i>	221 221
Universalismo e Relativismo Cultural na Construção dos Direitos Humanos: da supremacia da coletividade à primazia da pessoa humana, uma análise multicultural <i>Universalism and Cultural Relativism in Construction of Human Rights: from supremacy of community to primacy of the human being, an multicultural analysis</i> <i>Gustavo de Campos Corrêa Oliveira.....</i>	237

Diretiva 2014/24/UE do Parlamento e do Conselho Europeu:
paradigma a ser utilizado nas contratações públicas brasileiras
*Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council: the
paradigm to be applied to the Brazilian public contracts.*
Ivan Santos Nunes251



APRESENTAÇÃO

É com enorme satisfação que apresentamos ao público a coletânea de artigos produzidos pelos Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores Federais participantes do Curso “Le Corti Interazionale, I Diritti Umani ed Il Diritto in Europa”, realizado entre os dias 29 de junho e 10 de julho de 2015, nas cidades de Roma, Bruxelas e Haia. Consolidando o quarto ano de uma parceria institucional entre a Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal e a Università di Roma – Tor Vergata, o curso de 2015 garantiu destaque ao estudo do papel das cortes internacionais e dos sistemas jurídicos comparados, especialmente no âmbito da União Europeia e Organização das Nações Unidas. Além de palestras com renomados juristas italianos, oportunizaram-se visitas institucionais em Bruxelas (Parlamento Europeu, Comissão Europeia e Conselho Europeu), Haia (Corte Internacional de Justiça e Tribunal Penal Internacional) e Roma (Conselho de Estado e Avvocatura di Stato).

Os textos da presente obra abordam temas como políticas de integração regional, direitos humanos, contratos administrativos, entre outros temas de relevante interesse para a comunidade jurídica, sob o enfoque do direito comparado, isto é, semelhanças e diferenças entre os institutos jurídicos, legislações, jurisprudências e doutrinas dos diversos países e organismos internacionais, com ênfase aos países integrantes da União Europeia. Também são objeto de estudo as estruturas, composição, competência, e forma de funcionamento das cortes internacionais.

No decorrer dos últimos anos, a Escola da Advocacia-Geral da União tem se destacado no plano internacional por meio da celebração de intercâmbios técnicos e científicos com instituições de renome internacional, a exemplo da Universidade de Salamanca/Espanha, Universidade de Barcelona/Espanha, Universidade de Berna/Suíça e Procuradoria do Tesouro da Argentina, o que tem propiciado aos membros da Instituição conhecer, de forma mais aprofundada, outros ordenamentos jurídicos e realidades jurídico-políticas.

Em um mundo cada vez mais integrado, em que os desafios e soluções ganham contornos globais, torna-se fundamental que o debate jurídico não se limite às fronteiras nacionais. Por meio da presente publicação, a Escola da Advocacia-Geral da União incita

todos ao aprofundamento do debate sobre as soluções encontradas pelos ordenamentos jurídicos europeus para problemas que são comuns para toda a comunidade internacional. Portanto, à leitura.

Diego Franco de Araújo Jurubeba

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

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

Aluisio Martins de Sousa Junior

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

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Regime jurídico das licitações e contratações públicas na legislação brasileira; 3 Princípios jurídicos que orientam a aplicação da lei brasileira de licitações e contratos da administração pública; 4 Princípios jurídicos aplicáveis às licitações públicas contidos na Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho; 5 Conclusão; Referências.

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

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

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

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

1 INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

2 REGIME JURÍDICO DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

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

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

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

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

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

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

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

1 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

2 XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8 CARVALHO FILHO, p. 248.

9 Idem.

10 Idem.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹² CARVALHO FILHO, p. 252.

¹³ § 1o É vedado aos agentes públicos:

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

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

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

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

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

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

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

preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

14 CARVALHO FILHO, p. 253.

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

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

17 Originalmente denominado Tratado que institui a Comunidade Europeia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

20 Idem, Item 52.

21 Idem, Item 82.

22 Idem, Item 90.

23 Idem, Item 122.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5 CONCLUSÃO

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

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

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

²⁶ PIETRO, op. cit.

²⁷ CARVALHO FILHO, p. 42.

²⁸ Idem, p. 43.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

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

PRINCÍPIOS FUNDANTES DA UNIÃO EUROPÉIA. ANÁLISE DE JULGAMENTOS HISTÓRICOS

*THE EUROPEAN UNION FOUNDING PRINCIPLES.
LEADING CASES*

*Ana Beatriz de Salles Coelho
Advogada da União*

Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Sumário: Introdução; 1. Arquitetura Institucional da União Européia. Breve Análise; 2. Delimitação de competências na União Européia. Princípios regedores; 3. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência brasileira. Estudo de casos; 4. A proteção dos Direitos

Humanos no âmbito da União Européia; 5. Conclusão.

RESUMO: O trabalho tem por escopo analisar os princípios basilares no exercício das competências outorgadas à União Européia e aos Estados-nação que a compõem. Neste contexto, detemo-nos, inicialmente, à estrutura institucional do ente supranacional, discorrendo quanto à sua consolidação *histórica e aos órgãos que o compõem*. Passamos, em seguida, a minuciosa análise do art. 5º do Tratado da União Européia, no qual contidos os princípios diretores do exercício das competências pelo ente central e pelos Estados-nação que a integram. Posteriormente, nos propomos ao estudo de casos na jurisprudência brasileira, mais especificamente quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade na seara do Supremo Tribunal Federal. Finalmente, analisamos a evolução histórica da jurisprudência no âmbito da integração européia e dos *leading cases* que a conformaram, quanto à repartição de competências entre os entes federados: *Frontini Case*, *Solange I Case* e *Nold Case*. Neste contexto, pretendemos perquirir as diferentes nuances observadas no resguardo dos direitos humanos no âmbito das cortes constitucionais européias.

ABSTRACT: The article intends to analyse the main principles involving the powers given to the European Union and to the member-states that compose the UE. To reach that goal, we face the UE's structure, its historical evolution and its departments. Later, we study UE's treaty, specifically its fifth article, which includes the powers given to the UE and to the member states. After that, we analyse brazilian cases involving proportionality principle, specifically at brazilian's constitutional court. Finally, we face european's jurisprudence historical evolution concerning to power partition between UE and its member states, more specifically its leading cases: *Frontini Case*, *Solange I Case* e *Nold Case*. At this point, we intend to look for the different approaches given to human rights protection along the years.

PALAVRAS-CHAVE: União Européia. Estrutura. Princípios. Competências. Julgamentos Históricos.

KEYWORDS: European Union. Structure. Principles. Powers. leading Cases.

INTRODUÇÃO

De todo o legado de Hannah Arendt, importa destacar a afirmação de que o direito não é um dado, mas um construído, em permanente estágio reformulação. Daí ser inviável não ter assente, quando do estudo do direito da integração e, mais especificamente, da União Européia, que, não obstante esta última seja uma realidade, ela se renova e se reinventa a cada dia.

O estudo que a seguir procuramos desenvolver detém-se à hipótese de que a análise e aplicação dos princípios da atribuição, da proporcionalidade e da subsidiariedade encontra-se diretamente relacionada às diferentes conformações atribuídas à repartição de competências no âmbito da União Européia, no seu percurso histórico.

O princípio da subsidiariedade ultrapassa as linhas da ciência do direito, encontrando-se alicerçado em ciências sociais como a filosofia, a sociologia e a política. Remonta aos escritos de Aristóteles, no qual vislumbrados estudos acerca da prevalência dos núcleos sociais descentralizados sobre as decisões do ente que os agrega.

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade tem suas raízes históricas intimamente relacionadas à consolidação do Estado de Direito, na Idade Moderna. Trata-se da *compreensão do Direito como justa medida - ou justa proporção*.¹

Portanto, interessa ao presente estudo a análise da interface na distribuição de competências entre a instituição União Européia e os Estados-nação que a compõem. Interface esta que encontra fundamentos no exercício dos três princípios em voga.

1. ARQUITETURA INSTITUCIONAL DA UNIÃO EUROPÉIA. BREVE ANÁLISE

Composta por 28 países, a União Européia representa o ápice e o êxito do processo de integração europeu, cujas origens remontam à assinatura do Tratado de Paris, através do qual instituída a *Comunidade Européia do Carvão e o Aço*, na data de 18 de abril de 1951.

Desde então, uma pequena revolução foi acompanhada pelo olhar atento da história.

O Tratado de Roma, que institui a Comunidade Econômica Européia, assinado no ano de 1957, entraria em vigor no ano seguinte. Em sequência, antecipando medidas necessárias à implementação do mercado único,

¹ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2002, p. 78.

o Ato Único Europeu é assinado no ano de 1986, instituindo diversas alterações na CEE.

Como se sabe, o Tratado de Masstricht, datado de 7 de fevereiro de 1992, constitui marco histórico no direito da integração, ao institucionalizar a União Européia. Entrou em vigor no ano de 1993. Subsequentemente, veio a sofrer alterações por força do Tratado de Amsterdã – em vigor no ano de 1999 – do Tratado de Nice- vigorando a partir de 2003 – e do Tratado de Lisboa – vigente desde 2009.

A compreensão do processo decisório na esfera da União Européia perpassa quatro órgãos, senão vejamos. O Parlamento Europeu, eleito por voto direto, representa os cidadãos da União Européia. Na Comissão Européia encontram-se representados os interesses da União Européia. Vislumbramos ainda o Conselho Europeu, composto pelos chefes de Estado e pelos chefes de Governo dos Estados-Membros da União Européia e, finalmente, o Conselho, representante dos governos de tais Estados Membros. Integram, ainda, o rol de instituições componentes da União Européia, o Tribunal de Justiça, o Banco Central e o Tribunal de Contas.

2 DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA UNIÃO EUROPÉIA. PRINCÍPIOS REGEDORES

O exercício das competências delimitadas no âmbito da União Européia encontra-se expressamente normatizado no art. 5º do Tratado da União Européia², contido no Título I- Das disposições comuns. Sua análise perpassa as doutrinas do princípio da atribuição, do princípio da subsidiariedade e do princípio da proporcionalidade. *É a seguinte a sua redação:*

Artigo 5.º

(ex-artigo 5.º TCE)

1. A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.
2. Em virtude do princípio da atribuição, a União actua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objetivos fixados por

² Versão consolidada, publicada no Jornal Oficial da União Européia em 26 de outubro de 2012. In <http://eur-lex.europa.eu>.

estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros.

3. Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União.

As instituições da União aplicam o princípio da subsidiariedade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade de acordo com o processo previsto no referido Protocolo.

4. Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados.

As instituições da União aplicam o princípio da proporcionalidade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

A forma como os princípios da atribuição, da subsidiariedade e da proporcionalidade interagem entre si é o objeto da análise que se segue.

De acordo com o princípio da atribuição, a União Europeia detém somente as competências a ela atribuídas nos Tratados. Os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, por sua vez, são ínsitos ao princípio da atribuição, na medida em que apontam como serão exercidas as competências conferidas à União Europeia nos Tratados.

O artigo I-11.º consolida o princípio básico da atribuição de competências, de acordo com o qual as atribuições da União são limitadas às competências que lhe foram expressamente outorgadas. Daí a redação de referido artigo, no sentido de que *as competências não atribuídas à União na Constituição pertencem aos Estados-Membros*.

Importa destacar que o artigo I-6º consolida, pela primeira vez nos Tratados, o princípio do primado do Direito da União sobre o Direito dos Estados-Membros, quanto às competências que lhe foram atribuídas. A consagração deste princípio, destacada pelo Tribunal de Justiça no

Acórdão Costa contra ENEL, no ano de 1964, aguardou algumas décadas até restar positivado.

Dentre as competências atribuídas à União Europeia a doutrina destaca as exclusivas, as partilhadas e, finalmente, as competências de apoio, de coordenação e de complemento.

Quanto ao princípio da subsidiariedade, encontra amplo acolhimento nos sistemas jurídicos ocidentais. A primeira referência expressa a ele, de que se tem notícia, encontra-se na Lei Fundamental de Bonn, mais exatamente na redação atribuída ao art. 23 pelo poder constituinte derivado. Subsequentemente, veio a encontrar previsão expressa na constituição portuguesa, por força das reformas constitucionais ocorridas nos anos de 1992 e de 1997. Ambos os exemplos históricos remetem seu fundamento à adequação das cartas constitucionais à integração regional europeia.

Como se sabe, na esfera do direito comunitário, o princípio da subsidiariedade veio a ser expressamente consagrado com a promulgação do Tratado de Maastricht, no ano de 1992.

Observa Germán Fernández Farreres (p.524) (tradução livre), verbis:

Com efeito, ainda que o princípio da subsidiariedade possa ser visto como o reconhecimento da primazia dos Estados-membros no exercício das competências concorrentes, também pode acarretar um efeito no sentido contrário, legitimando a intervenção comunitária. A subsidiariedade como mecanismo que condiciona a intervenção comunitária, mas também como mecanismo que a favorece. De maneira que tudo dependerá de como se aprecie e valere a suficiência ou insuficiência da ação dos Estados e a eficiência da ação comunitária. Por isso foi possível dizer-se com razão que ‘o princípio da subsidiariedade é antes de tudo um método, um critério formal para legitimar o exercício de competências não exclusivas já assinaladas previamente, antes que um conceito substantivo com um conteúdo apriorístico ou autônomo’, pois, já restou delineado, ‘não assegura um núcleo ou um âmbito material que, em qualquer hipótese, deve ficar em mãos dos Estados’. A partir destas características do sistema de distribuição de competências comunitário e da própria versatilidade do critério da subsidiariedade, uma vez que pode estender efeitos em direções opostas, conforme as interpretações e aplicações que dele sejam feitas em cada caso, se explica que as valorações terminem sendo muito desiguais.

De relevo destacar que a inclusão do princípio da subsidiariedade constituiu fator decisivo na ratificação do tratado em tela, já que cuidou

de assegurar o resguardo de parte das competências dos Estados-nação em desfavor das competências comunitárias.

Certo é que o princípio da subsidiariedade encontra-se intrinsecamente relacionado ao conceito de descentralização político-administrativa, sendo conformado por duas facetas, quais sejam, a complementariedade e a suplementariedade.

A complementariedade respeita à restrição da intervenção do Estado, propondo o respeito às liberdades dos núcleos que o integram ou, ainda, do próprio indivíduo. No âmbito comunitário, portanto, atua como ferramenta que resguarda os Estados-nação que compõem a União Européia em face das competências desta. Também conhecida, portanto, como a faceta negativa da subsidiariedade, já que propugna que o ente central deve *abster-se* de atividades que possam ser exercidas pelos membros que a integram.

Por sua vez, a suplementariedade explicita que, ao ente integrante da comunidade, é dado amparar-se nesta última. Ou seja, a comunidade suprirá as necessidades de seus membros, daí resultando a faceta positiva a subsidiariedade, qual seja, aquela que demanda um *facere* por parte da comunidade.

Contudente exemplo da absorção do princípio da subsidiariedade por país integrante da União Européia é encontrado no art. 23, item I da Constituição alemã, cujo art. 23, inciso I prevê, verbis:

Com vista a realizar uma Europa unidade, a República Federal da Alemanha participará do desenvolvimento da União Européia, que está sujeita aos princípios do Estado de direito democrático, sociais e federativos, ao princípio da subsidiariedade e ao dever de assegurar o respeito aos direitos básicos, tal como é devido a esta Lei Fundamental. Para esse fim, a Federação poderá transferir direitos de soberania, por meio de lei e com a anuência do Conselho Federal. Aplicar-se-á o disposto nos §§ 2 e 3 do artigo 79 à criação da União Européia bem como às alterações em seus princípios estatutários e normas correlatas que vierem a mudar ou complementar o conteúdo desta Lei Fundamental, ou ensajarem essas mudanças ou complementos.³

Finalmente, o princípio da proporcionalidade tem por escopo, em seu âmago, a adequação dos fins aos meios. Significa, como propagado na linguagem popular, “não matar passarinho com bala de canhão”.

A construção doutrinária acerca da matéria veio a encontrar repercussão direta no âmbito do Direito Administrativo, quando da modulação da atuação do ente público.

3 <http://www.alemanha.org.br/embaixadabrasilia>.

Encontrando-se intimamente conectado ao princípio da ponderação de interesses, o princípio da proporcionalidade afigura-se diretamente relacionado à limitação da atuação do Estado, impondo limites a arbitrariedades e ao abuso de poder. Daí ser conhecido também como princípio da vedação do excesso.

De origem alemã, encontra correspondência no instituto que a doutrina norte-americana convencionou denominar Princípio da Razoabilidade.

A doutrina aponta a origem remota do Princípio da Razoabilidade na *Common Law*, mais exatamente no direito inglês, no art. 39 da Carta Magna, datada do ano de 1215, em que contida a cláusula *law of the land*. A partir daí ganhou desenvolvimento no direito norte-americano, em especial quando do desenvolvimento da doutrina do devido processo legal, a partir da análise da 5^a e da 14^a Emendas à Constituição norte-americana.

No direito europeu, o princípio da proporcionalidade veio a encontrar fundamento constitucional, pela primeira vez, somente após a Segunda Guerra Mundial, mais especificamente no ordenamento jurídico alemão, ao fundamento de obstaculizar as atrocidades cometidas durante tal conflito armado. A construção doutrinária e jurisprudencial acerca da matéria coube à Corte Constitucional, ao assegurar o resguardo dos direitos fundamentais em face de eventuais excessos praticados pelo Poder Legislativo.

Foi a partir da jurisprudência da Corte Constitucional alemã que o princípio da proporcionalidade adquiriu amplo desenvolvimento teórico que culminou com sua subdivisão em três subprincípios. Nas abalizadas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso⁴, são três os requisitos do princípio da proporcionalidade:

- a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo poder público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos;
- b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meios menos gravoso para atingimento dos fins visados; e
- c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.

O ministro aborda, neste contexto, decisão da corte constitucional alemã, datada de 1971, com o seguinte teor:

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003 B, p. 229.

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.⁵

Para, a seguir, acrescentar:

Verifica-se na decisão do Tribunal alemão a presença de um outro requisito qualificador da razoabilidade – proporcionalidade, que é o da exigibilidade ou necessidade (*Erforderlichkeit*) da medida. Conhecido, também, como “princípio da menor ingerência possível”, consiste ele no imperativo de que os meios utilizados para atingimento dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão. É a chamada proibição do excesso, Uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, ‘se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas.’⁶

Há, ainda, um terceiro requisito, igualmente desenvolvido na doutrina alemã, identificado como *proporcionalidade em sentido estrito*. Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho, trata-se ‘de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim’⁷.

No direito brasileiro, o princípio da proporcionalidade ganhou ampla abordagem doutrinária e jurisprudencial, que abraçaram em profundidade o instituto, transmutando-o em um dos pilares do ordenamento jurídico pátrio, do qual resta inviável afastar-se quando da interpretação das normas que o compõem. A seguir nos detemos a abrir tópico em que analisada a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.

5 BVerfGE, 30, 292 (316). V. Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaio de teoria constitucional*, 1989, p. 87. In Luis Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, op.cit., p. 228

6 BVerfGE, 39, 210 (230-1). V. Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade*, p. 44. In Luis Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, op.cit., p. 228

7 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 387-8, In Luis Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, op.cit., p. 228

3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA. ESTUDO DE CASOS

Como se sabe, na última década, o princípio da proporcionalidade adquiriu lugar de destaque no âmbito da hermenêutica jurídica brasileira. A doutrina deteve-se em profundidade quanto ao desenvolvimento do tema no direito comparado, movimento este que encontrou, ainda, vasta repercussão na jurisprudência pátria.

No presente tópico, procuramos analisar as origens de tal movimento no universo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando por diversos vezes debruçou-se na construção doutrinária acerca do princípio da proporcionalidade para definir conflitos versando quanto a direitos fundamentais.

A análise do tema afigura-se de extrema relevância diante do fato de que, pela própria natureza da ciência do direito, há profundo intercâmbio entre os sistemas jurídicos contemporâneos, por mais diversos que se apresentem.

A primeira hipótese à qual nos detemos respeita à quebra de sigilo bancário, quando colidem o direito à privacidade e o interesse público. Conforme explicita Daniel Sarmento⁸, é remansosa a jurisprudência do STF no sentido de que *o direito ao sigilo bancário não é absoluto – não há aliás, direitos absolutos – devendo ceder, é certo, diante do interesse público, diante do interesse social, diante do interesse da justiça.*⁹

Destaca Daniel Sarmento:

[...] Como ressaltou o Ministro Sepúlveda Pertence, em recente, decisão, a quebra do sigilo envolve *um juízo de ponderação, à luz do princípio da proporcionalidade, entre o interesse público na produção da prova visada e as garantias constitucionais do sigilo e privacidade por ela necessariamente comprometidos*¹⁰.

Bastante interessante afigurou-se, ainda, a discussão travada quanto à realização coercitiva de exame de DNA. Na hipótese, o princípio da proporcionalidade restou decisivo para sopesar a colisão entre os dois direitos fundamentais em análise: o direito à intangibilidade corporal e o direito à paternidade, ambos corolários do princípio da dignidade da pessoa humana.

8 SARMENTO, op. cit., p. 190

9 Voto do Min. Carlos Vellso proferido no julgamento RE 215.301-CE, in *Informativo STF no. 146*

10 Decisão proferida em 16/6/99, no pedido de laminar do MS 23.466/DF, disponível no site do STF na Internet: <http://www.stf.jus.br>

Acerca do histórico julgado, salienta Daniel Sarmiento¹¹:

Na nossa opinião, a posição do Ministro Pertence está absolutamente correta. Quando a realização do exame de DNA afigurar-se realmente vital para a identificação d paternidade, será justificável a restrição ao direito à intangibilidade corporal do suposto pai, mas, quando existirem outros meios de prova, suficientes ao esclarecimento da questão sob o prisma científico, a realização coativa do exame representará constrangimento ilegal, Em outras palavras, o resultado da ponderação de interesses irá variar de acordo com as circunstâncias em que eclodir o conflito entre o direito à incolumidade física e o direito ao conhecimento do genitor natural, já que ambos possuem dignidade constitucional.

Sarmiento registra, ainda, o seguinte voto do então ministro Sepúlveda Pertence, do STF, proferida no HC 76.0606-SC¹²:

[...] O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais – é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular...

Com efeito. A revolução, na área da investigação da paternidade, da descoberta do código genético individual, em relação ao velho cotejo dos tipos sanguíneos dos envolvidos, está em que o resultado deste se prestava apenas e eventualmente à exclusão da filiação questionada, ao passo que o DNA leva sabidamente a resultados positivos de índices probabilísticos tendentes à certeza.

Segue-se daí a prescindibilidade, em regra, de ordenada coação do paciente ao exame hematológico, à busca de exclusão da sua paternidade presumida, quando a evidência positiva da alegada paternidade genética do autor da demanda pode ser investigada sem a participação do réu.

Não é despidendo destacar que o impulso destinado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência brasileira apresentou como uma de suas fontes a jurisprudência da corte constitucional alemã. Conforme

11 SARMENTO, op. cit., p. 188

12 SARMENTO, op. cit., p. 187

destaca o jurista Luís Roberto Barroso¹³, *no direito constitucional alemão, atribui-se ao princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeit) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de direito*¹⁴.

4 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPÉIA. ESTUDO DE CASOS

A análise da proteção dos Direitos Humanos no âmbito da União Européia perpassa distintos momentos históricos. O presente tópico tem por objeto compreendê-los a partir do estudo de julgados que constituíram *leading cases* na consolidação da defesa dos direitos fundamentais na esfera comunitária.

Nossa proposta reside em analisar os dois momentos históricos pelos quais passou o direito comunitário quando de sua conformação, isto é, em momento embrionário do qual posteriormente veio a consolidar-se a União Européia.

São eminentemente dois os estágios observados.

No primeiro deles, os tratados comunitários não contêm cláusulas que versem acerca dos Direitos Humanos. Tal realidade vem a acarretar um movimento de reação por parte das Cortes Constitucionais de diversos Estados-membros.

Dois julgados apresentam-se como os *cases* paradigmáticos envolvendo a questão: *the Frontini case* e o *case Solange I*.

O primeiro deles foi julgado pela corte constitucional italiana em 27 de dezembro de 1973.

Por sua vez, o *case Solange I* foi analisado pela corte constitucional alemã em 29 de maio de 1974.

O *Frontini Case* é minuciosamente analisado por Maria Dicosola¹⁵, a qual discorre, *verbis*:

Com este fundamento constitucional, a implementação dos tratados comunitários no sistema jurídico italiano ocorreu através de leis

13 BARROSO, *op.cit.*, p. 233

14 Narra Luiz Roberto Barroso que o art. 18, 2, da Constituição portuguesa prevê: "A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos". Acrescenta, ainda, o jurista, que o art. 266, 2 impõe aos órgãos e agentes administrativos que atem com justiça e imparcialidade no exercício de suas funções, e o art. 272, 2 que estabelece que as medidas de polícia não devem ser utilizadas para além do estritamente necessário. (*In* Luis Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, *op.cit.*, p. 233).

15 DICOSOLA, Maria. In <http://www.jus.unitn.it/cocoa/papers/PAPERS%202nd%20PDF/Interaction/Italy-interaction.pdf>. The Interaction between EU and National Law in Italy. The Theory of "limits" and "counter-limits". Acesso em 20 de setembro de 2015.

promulgadas pelo parlamento. A literatura e a jurisprudência da Corte Constitucional concernente ao art. 11 – o qual admite a limitação da soberania – fundamentou o ingresso da Itália na União Européia bem como o desenvolvimento de uma teoria de limitação de competências. O primeiro julgado em que a corte se deparou com a problemática da implementação dos tratados da União Européia no sistema legal italiano foi Sentenza n. 183, de 18 de dezembro de 1973, mais conhecido como Frontini case. Referido julgado emergiu do questionamento do art. 2 da lei no. 1203, datada de 14 de outubro de 1957, de acordo com a qual a Itália introduziu em seu sistema legal o Tratado da Comunidade Econômica Européia. Entendeu a corte constitucional italiana que o artigo em tela não viola a soberania italiana, dado que a limitação legislativa imposta implicava, como contrapartida, poderes que a Itália passava a adquirir na recém-instituída Comunidade Econômica Européia, tais como indicação de representantes nas instituições comunitárias. Ao entendimento de que o direito comunitário não conflita com a soberania dos Estados-membros, a corte constitucional declarou que o art. 11 da Constituição italiana não autoriza indistintamente a limitação da soberania, mas tão somente com o escopo da promoção da paz e da justiça entre as nações. Portanto, tais limitações não se afiguram cabíveis quando vierem a violar os princípios constitucionais fundamentais ou os direitos individuais fundamentais. Esta foi, no entendimento da corte constitucional, a correta interpretação do art. 189 do tratado. E, na hipótese de interpretação aberrante em contrário, a corte constitucional entendeu ter o poder de rever as normas contidas no tratado que estivessem em conflito com os princípios constitucionais.¹⁶ (tradução livre)

16 “On those constitutional basis, the implementation of the European Community treaties in the Italian legal system has been made through laws of the Parliament. The literature and the jurisprudence of Constitutional Court found in art. 11 Const. – which admits the limitations of sovereignty – the basis on which Italy could join to the EU and elaborated a theory of counter-limits. The first case where the Court faced with the problem of the role of EU treaties in the Italian legal system was Sentenza n. 183, 18th December 1973 (Frontini case). This case arose from the challenge of art. 2 of law 14th October 1957, n. 1203, the law by which Italy took in its legal system the Institutional Economic European Community Treaty (...) Commission and the European Court of Justice. In order to declare that the European regulations are not in conflict with the sovereignty of the State, the Constitutional Court affirmed that art. 11 Constitution does not allow limitations to the sovereignty in every case, but only in order to achieve the peace and the fairness among the Nations. Therefore, such limitations are not allowed when they are able to breach the fundamental principles of the constitutional order or the fundamental rights of the individuals. This was, in the opinion of the Constitutional Court, the correct interpretation of art. 189 of the Treaty. And, in case of the contrary “aberrant” interpretation, the Constitutional Court declares to have the power to exercise the constitutional review of the norms of the Treaty inconsistent with the principles of the Constitution.

No julgamento do case Solange I, a corte constitucional firmou entendimento no sentido de que a proteção dos direitos fundamentais não pode ser afetada pela limitação de soberania a que os Estados-membros se submetam no âmbito do direito comunitário.

O 2º estágio observado, em que quebrados os paradigmas anteriormente fixados, foi o consagrado *Nold Case*, julgado em 14 de maio de 1974.

Do julgamento que veio a ficar difundido como *Nold Case*, a Corte de Justiça, no escopo de resguardar os direitos fundamentais, acolhe como fontes de direito não apenas a legislação editada pelos dos Estados-membros, como também os tratados internacionais que têm por objeto a salvaguarda dos direitos humanos e de cuja elaboração os Estados-membros participaram ou, ainda, dos quais são signatários. A Corte acrescenta, ainda, que determinados direitos, na hipótese o direito de propriedade e o livre-comércio, podem sujeitar-se a limites determinados pelos princípios regedores do direito comunitário.

Por sua vez, o case *Van Gend & Loos* constitui um dos mais importantes julgamentos concernentes à delimitação de competências no âmbito do direito comunitário europeu.

Nele, a Corte Européia de Justiça consagra que a Comunidade constitui um novo ordenamento jurídico, concernente ao direito internacional, em prol do qual os Estados-nação limitaram suas competências inclusive quanto a questões que envolvem não apenas pessoas jurídicas de direito internacional mas também os direitos dos cidadãos que os integram. Em destaque, a formatação pela Corte de um princípio fundamental do direito comunitário: o de que o ordenamento jurídico comunitário tem eficácia direta.

5 CONCLUSÃO

A análise do exercício das competências da União Européia e dos Estados-nação que a compõem perpassa, necessariamente, a aplicação dos princípios da atribuição, da subsidiariedade e da proporcionalidade, todos os três elevados a princípios comunitários.

O art. 5º do Tratado da União Européia consagra a afirmação de que à União só é dado atuar quando a medida fizer parte das competências atribuídas à UE pelos Tratados - princípio da atribuição; outrossim, de referido artigo extraímos que, em se tratando de competências partilhadas com os Estados-Membros, o nível europeu só poderá atuar se for o mais pertinente para alcançar os objetivos fixados nos Tratados, primando assim o princípio da subsidiariedade; e, ainda, quando a atuação comunitária não

exceder o necessário para alcançar os objetivos previstos nos Tratados, aí reside o paradigma do princípio da proporcionalidade.

Não apenas as instituições e os princípios que conformam União Européia como a própria ciência do direito, em si, são realidades que se renovam a cada dia. Daí que o estudo do direito comparado constitui ferramenta inafastável para a conformação dos sistemas jurídicos e o atingimento último de seu fim, qual seja, a promoção da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade. – conceito e evolução*. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidade da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Fundamento teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. In *Temas de Direito Constitucional*, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 A.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva. 5. ed. 2003 B.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 6. ed. 2002.

FARRERES, Germán Fernández. Reflexiones sobre El valor jurídico de La doctrina de la subsidiariedad em El derecho administrativo español. In MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo (org.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo – obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar: 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madir: Alianza, 3ª Reimpressão, 1993.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1998.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito Internacional da Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

VERDU, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*, 4 v. Madrid: Tecnos, 1974.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale Comparato*. Padova: CEDAM, 1999.

PARCERIA PARA A INOVAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA E A LEI FEDERAL DE INOVAÇÃO BRASILEIRA

*INNOVATION PARTNERSHIP IN EUROPEAN UNION AND
THE BRAZILIAN FEDERAL INNOVATION ACT*

*Caio Márcio Melo Barbosa
Advogado da União lotado na Consultoria Jurídica
do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação
Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza (Unifor)*

S

SUMÁRIO: Introdução; 1 O poder de compra do Estado no incentivo à inovação; 2 Parceria para a inovação na União Europeia; 3 Encomenda tecnológica; 4 Vantagens do modelo europeu de parceria para a inovação sobre as encomendas tecnológicas do Brasil; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O estudo estabelece análise comparativa entre a parceria para a inovação, um procedimento específico de contratação contido na Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, e o tipo contratual previsto no art. 20 da Lei nº 10.973/2004 (Lei Federal de Inovação), conhecido no Brasil por encomenda tecnológica. O artigo se inicia com a explicitação dessas duas modalidades contratuais, suas finalidades e contornos gerais. Em seguida, demarca as principais vantagens do modelo europeu, de maneira a apontar deficiências na atual regulação dos contratos públicos de encomenda tecnológica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da Inovação. Contratos públicos. Parceria para a inovação na União Europeia. Lei Federal de Inovação.

ABSTRACT: This study establishes comparative analysis between the innovation partnership, a specific procedure for procurement contained in Directive 2014/24/EU, of the European Parliament and of the Council, and the contractual provision of article 20 of Law 10.973/2004 (Federal Innovation Act), known in Brazil for technological order. The article begins with the explanation of these two contractual arrangements, its goals and general outlines. Then it demarcates the main advantages of the European model, in order to propose improvements in the regulation of the technological orders.

KEYWORDS: Innovation Law. Public procurements. Innovation partnership in European Union. Federal Innovation Act.

INTRODUÇÃO

Nas últimas duas décadas, a União tem tentado fazer bom uso do seu poder de compra para estimular a inovação produtiva, mas tem esbarrado na inadequação das normas federais sobre licitações e contratos administrativos. Com a aprovação da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004 (Lei Federal de Inovação), tentou-se superar esse gargalo jurídico, mas de forma incompleta.

O objetivo maior deste estudo é apontar as principais deficiências da regulação do contrato de encomenda tecnológica, previsto no art. 20 da Lei Federal de Inovação, a partir da análise comparativa com a parceria para a inovação, um procedimento específico de contratação contido na Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

Somente após a identificação dos erros é possível aperfeiçoar o atual marco regulatório da ciência, tecnologia e inovação do Brasil. O presente artigo também se presta, de certa maneira, a esse propósito de aperfeiçoamento, ainda mais porque a literatura jurídica a respeito do tema é quase inexistente.

O estudo está dividido em cinco partes além desta introdução. A primeira seção trata do uso do poder de compra do Estado para incentivar a pesquisa e o desenvolvimento científico e tecnológico. A segunda seção apresenta a parceria para a inovação e os procedimentos para a sua celebração. A terceira discorre sobre aspectos gerais do contrato de encomenda tecnológica. A partir de estudo comparativo, a quarta seção apresenta as vantagens do modelo europeu de parceria para a inovação, de maneira a apontar deficiências na atual regulação das encomendas tecnológicas. A última seção conclui o trabalho com propostas de aperfeiçoamento do atual marco regulatório da ciência, tecnologia e inovação.

1 O PODER DE COMPRA DO ESTADO NO INCENTIVO À INOVAÇÃO

As inovações revolucionárias do último século – da aviação aeroespacial à biomedicina, da internet à biotecnologia, da energia nuclear à nanotecnologia – somente se tornaram possíveis graças à atuação do Estado, sobretudo no estágio inicial da pesquisa básica e durante o chamado *Vale da Morte*, que corresponde à arriscada fase do processo de inovação que ocorre entre a validação de um conceito e a realização de testes com protótipos e sua aprovação, quando muitas empresas sucumbem antes de tornar o produto comercialmente viável.¹

1 Sobre o tema, conferir MAZZUCATO, Mariana. *O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014, passim.

Como exemplo disso, a Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA), criada em 1958 para dar superioridade tecnológica aos Estados Unidos no contexto do pós-guerra, incentivou a produção de tecnologias de defesa que, posteriormente, tiveram variadas aplicações comerciais, as quais impulsionaram a prosperidade econômica. Seus investimentos foram fundamentais para a revolução nos campos da eletrônica e da comunicação que remontam às décadas de 1960-70. A própria internet teve origem no projeto da DARPA de desenvolver uma rede de comunicação que não deixasse o país vulnerável na hipótese de ataque nuclear.

Também o Reino Unido financiou tecnologias hoje com múltiplas utilidades comerciais, muitas vezes em parceria com universidades e laboratórios nacionais. O filme *O Jogo da Imitação* (2014), que conta a biografia de Alan Turing, considerado o pai da ciência da computação e da inteligência artificial, ilustra como o governo britânico custeou uma equipe de pesquisadores com o objetivo de decifrar os códigos que o comando militar nazista usava para enviar mensagens aos submarinos alemães durante a Segunda Guerra Mundial. A engenhoca construída por Turing no filme foi uma precursora dos computadores modernos.

A atuação dos Estados não se limita a estimular o setor de pesquisa e desenvolvimento (P&D) por meio de empréstimos, subvenções (de natureza não reembolsável), benefícios fiscais e criação de agências governamentais de pesquisa. Todas as nações, em especial aquelas que logo cedo compreenderam o papel estratégico do Estado nos sistemas de inovação, valem-se do seu poder de compra para induzir o surgimento de novas tecnologias, a fim de enfrentar problemas que ainda não são equacionados pelas soluções disponíveis no mercado.

Estima-se que as compras públicas são responsáveis por cerca de 15% do Produto Interno Bruto do Brasil. Algo similar é observado nos outros países. Por ser o maior consumidor interno, é natural que os Estados empreguem seu poder de compra para fomentar mercados ou mesmo criar novos mercados, induzindo, com isso, o desenvolvimento sustentável e a inovação tecnológica.

Nos Estados Unidos, um importante mecanismo de estímulo à inovação consiste nas políticas de contratos públicos. Segundo Mazzucato², o mercado da energia solar, por exemplo, foi criado com forte apoio governamental. As primeiras grandes oportunidades para a tecnologia solar fotovoltaica foram proporcionadas pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos e pela National Aeronautics and Space Administration

2 MAZZUCATO, op. cit. , p. 206.

(NASA), quando encomendaram células solares produzidas por empresas americanas para os satélites espaciais.

Este trabalho busca revelar algumas das modelagens contratuais que a União Europeia (UE) e o Brasil têm utilizado na realização de compras governamentais voltadas para a inovação. Para entender tais modelagens, devemos desde já pontuar que as aquisições de P&D possuem especificidades que os distinguem bastante dos contratos públicos tradicionais. Dentre as especificidades dos contratos de P&D, menciono quatro:

- i) O ente estatal nem sempre é capaz de descrever previamente e com precisão aquilo que ele deseja contratar e qual o preço justo da remuneração, porque, em matéria de inovação, às vezes só se pode exigir da autoridade pública adjudicante a indicação da sua necessidade, não os meios técnicos e financeiros aptos para alcançar a solução do problema. Essa impossibilidade não advém de falha ou falta de preparo técnico da Administração, e sim da complexidade intrínseca do objeto que torna inviável a predefinição antecipada de todos os aspectos técnicos e financeiros envolvidos no projeto. Em outras situações, o ente estatal até é capaz de descrever os aspectos técnicos e financeiros, mas não de definir sem ajuda do mercado qual das várias possíveis soluções é a mais adequada à satisfação de suas necessidades. Ninguém será capaz de descrever o processo de produção da vacina contra o câncer – e quanto ela custa – até que a vacina esteja pronta e acabada. Mas, até que a vacina seja descoberta, inúmeros investimentos públicos são necessários;
- ii) É preciso que sejam criados mecanismos que permitam que o desenvolvedor da nova tecnologia possa também produzir ou fabricar, ainda que sem exclusividade, o produto (obra, serviço ou bem) resultante dessa tecnologia, o que contraria a lógica tradicional que veda que o autor do projeto básico/executivo fique responsável pela execução do serviço, da obra ou pelo fornecimento do bem;
- iii) É conveniente que exista a possibilidade de o ente estatal contratar simultaneamente com duas ou mais empresas o desenvolvimento e a fabricação do novo produto, a fim de evitar que um único fornecedor tenha domínio completo sobre a tecnologia e o processo de fabricação; e

- iv) O não alcance integral do resultado almejado não significa necessariamente fracasso e nem sempre decorre da culpa de qualquer das partes celebrantes, o que conflita com a ideia corrente de que os pagamentos devem ficar condicionados à entrega do exato objeto contratado.

Nas próximas seções, será visto como tais especificidades agem no direito comunitário e, também, no nosso sistema jurídico.

2 PARCERIA PARA A INOVAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA

A Diretiva 2014/24/UE ocupou-se da disciplina dos contratos públicos em geral que tenham por escopo a execução de obras, a prestação de serviços e o fornecimento de bens em favor das administrações dos Estados-Membros.³ Ela revogou a Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março de 2004.

Anote-se, por oportuno, que as diretivas são atos legislativos aprovados na esfera da UE que, embora vinculantes, não tem aplicação automática, porque precisam ser transpostos para o direito interno para se tornar eficazes nos Estados-Membros. Nos termos do seu art. 90, os países da UE devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à Diretiva 2014/24/UE, inclusive promovendo as modificações nas normas nacionais eventualmente conflitantes, até 18 de abril de 2016.⁴

Dentre as principais novidades trazidas pela Diretiva 2014/24/UE, destaca-se o propósito da UE de incentivar a inovação por meio de contratos públicos que possam gerar o desenvolvimento de soluções que ainda não existem no mercado, a exemplo de novos fármacos, dispositivos eletrônicos ou armamentos.

Para tanto, a novel diretiva instituiu um novo procedimento específico de contratação denominado *parceria para a inovação*, por meio do qual o ente estatal busca firmar um contrato de longo prazo que tem por objeto o desenvolvimento de bens, serviços ou obras inovadoras (estágio de P&D) e a posterior aquisição dos bens, serviços ou obras daí resultantes (estágio

3 A versão na língua portuguesa (de Portugal) está disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=PT>>. Acesso em: 11 ago. 2015. Salvo expressa disposição em contrário, os artigos e preâmbulos referidos nesta seção pertencem à Diretiva 2014/24/UE.

4 Os atos legislativos da UE dividem-se em três tipos principais: regulamentos, diretivas e decisões. Os regulamentos se distinguem bastante das *diretivas* na medida em que são atos legislativos diretamente aplicáveis e vinculativos a todos os Estados-Membros, que por isso mesmo não precisam transpô-los para o direito interno, embora este possa ter que ser alterado para evitar conflitos normativos. As decisões dizem respeito a questões concretas e são aplicáveis apenas à pessoa ou entidade a que se destinam.

comercial), sem haver necessidade de um procedimento de contratação separado para a aquisição.

Antes de focar nossa análise no procedimento específico das parcerias para a inovação, convém esclarecer, neste momento, que a Diretiva 2014/24/UE prevê cinco tipos de procedimentos na adjudicação de contratos públicos que estão para o direito comunitário assim como as modalidades de licitação (concorrência, convite, pregão, etc.) estão para o direito brasileiro. Os cinco procedimentos da diretiva são os seguintes: concurso aberto (art. 27), concurso limitado (art. 28), procedimento concorrencial com negociação (art. 29), diálogo concorrencial (art. 30) e parcerias para a inovação (art. 31). Existe, ainda, o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso (art. 32), que seria algo equivalente às nossas contratações diretas por dispensa e inexigibilidade de licitação.

O procedimento específico das parcerias para a inovação, embora baseado no procedimento concorrencial com negociação, possui regras somente aplicáveis às parcerias para a inovação, o que bem evidencia a compreensão da UE sobre as especificidades dos contratos de P&D, a ponto de dedicar-lhes normas próprias.

O procedimento concorrencial com negociação, o diálogo concorrencial e o procedimento específico das parcerias para a inovação têm em comum o fato de que advêm de uma convicção formada na UE de que, em muitas situações, é imprescindível que as autoridades adjudicantes possam negociar o conteúdo das propostas com os potenciais fornecedores, sob pena de não se conseguir gerar resultados satisfatórios. O direito brasileiro não prevê esse tipo de negociação; pelo contrário, desestimula-o.

Enquanto o Brasil tem caminhado no sentido da aplicação extensiva de modalidades licitatórias fundadas em critérios de adjudicação exclusivamente voltados para o menor (pregão) ou maior preço (leilão) – com obsolescência dos tipos de licitação que prevejam o exame da *técnica* e com a negação de qualquer fase de negociação –, na Europa existe uma clara tendência de se outorgar aos entes governamentais maior flexibilidade na escolha de procedimentos de contratação que combinem elementos de competição com fases de negociação.

Com efeito, a Diretiva 2014/24/UE (Preâmbulo 90 e art. 67.2) incentiva que os Estados-Membros sejam autorizados a proibir ou restringir apenas a certos tipos de contrato a utilização do preço ou do custo como único critério de adjudicação, como forma de orientar a contratação pública para a qualidade.

As negociações têm por objetivo melhorar as propostas, de modo que a Administração Pública possa adquirir obras, bens e serviços perfeitamente adaptados às suas necessidades específicas. Os procedimentos

com negociação têm se mostrado especialmente úteis nos casos em que as autoridades adjudicantes não conseguem predefinir adequadamente as formas de satisfazer as suas necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas, financeiras ou jurídicas (Preâmbulos 42 e 45).

Os procedimentos de negociação são geralmente usados quando preenchidos um ou mais dos seguintes critérios: i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis no mercado; ii) os bens ou serviços incluem a concepção de algo novo ou soluções inovadoras; iii) o contrato não pode ser adjudicado sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a natureza, a complexidade ou a montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a elas associados; e iv) as especificações técnicas não podem ser definidas com precisão suficiente pela autoridade adjudicante (art. 26.4).

Tais procedimentos não devem ser utilizados nos casos de serviços ou produtos imediatamente disponíveis que possam ser fornecidos por muitos operadores de mercado (Preâmbulo 43).

Passo, doravante, a expor os aspectos mais relevantes do procedimento específico das parcerias para a inovação.

Antes de tudo, fique claro que o procedimento concorrencial com negociação não é uma contratação direta. Cabe ao ente estatal divulgar um anúncio de concurso (edital) que descreva:

a) as necessidades da autoridade adjudicante por bens, serviços ou obras inovadoras não disponíveis no mercado, de forma suficientemente precisa de modo a permitir que os interessados identifiquem a natureza da solução necessária;

b) os requisitos mínimos que todos os interessados devem preencher, que correspondem às condições e características – nomeadamente de ordem física, funcional e jurídica – que qualquer proposta deverá satisfazer ou possuir; e

c) os critérios de adjudicação e a ponderação relativa atribuída a cada um desses critérios.

Em anexo ao anúncio de concurso, devem ser inseridas as especificações técnicas do objeto a ser contratado, as quais definem as características exigidas do bem, serviço ou obra, em termos, por exemplo, de desempenho ou exigências funcionais. Consoante será visto um pouco mais adiante, os requisitos mínimos não podem ser posteriormente alterados, mas as especificações podem.

As especificações técnicas devem ser elaboradas de modo a não restringir injustificadamente a concorrência. Bem por isso, deverão

possibilitar a apresentação de propostas que reflitam a diversidade das soluções técnicas. Nas parcerias para a inovação, isso adquire especial relevância, pois o Estado deve ficar aberto para soluções que não existem ou que, até então, não foram sequer pensadas.

Depois da divulgação do anúncio, os fornecedores interessados devem apresentar pedido de participação que contenha as informações para efeitos de seleção qualitativa. Os critérios de seleção qualitativa equivalem, *grosso modo*, às exigências de habilitação e aos impedimentos de participar previstos nas normas brasileiras de licitação. A fim de que possam prosseguir no certame, os interessados devem comprovar, por exemplo, que não estão inadimplentes no pagamento de impostos (art. 57.2) ou impedidos de participar de licitações públicas (art. 57.6). Devem, ainda, preencher requisitos de capacidade econômica e financeira (art. 58.3) e de capacidade técnica e profissional (art. 58.4).

Após avaliação das informações acima, a autoridade adjudicante convida para a fase de negociação apenas os fornecedores que tiverem passado pelo crivo da seleção qualitativa, podendo restringir o número de candidatos convidados a concorrer, que, nas parcerias para a inovação, não pode ser inferior a três (art. 65).

Só os candidatos convidados apresentam uma primeira proposta. Excepcionalmente, desde que previsto no anúncio ou no convite, o objeto pode ser adjudicado somente com base nessas propostas iniciais. No entanto, o normal é que tais propostas sirvam de base às negociações subsequentes.

A fase de negociação deve ser acompanhada de salvaguardas que garantam a observância dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência. Por causa disso, todas as propostas devem ser apresentadas por escrito e todas as fases do processo deverão ser documentadas. A autoridade adjudicante não pode facultar de forma discriminatória informações que possam conferir vantagens a um participante, tampouco pode revelar a outros participantes as informações confidenciais comunicadas por um candidato, salvo consentimento específico.

Cada competidor negocia com o Estado em separado, sem que a solução proposta por um deles seja de conhecimento dos outros. É também para evitar violação à isonomia que os requisitos mínimos e os critérios de adjudicação não podem ser objeto de negociação nem ser alterados no transcurso da negociação.

A negociação pode desenrolar-se em fases sucessivas, de modo a reduzir o número de participantes a partir da aplicação dos critérios de adjudicação. Ou seja, à medida que ficar claro que dada solução proposta não é a mais adequada à luz dos critérios adjudicatórios, a autoridade

adjudicante pode alijá-la da fase de negociação, permanecendo na fase seguinte apenas as propostas tidas como aptas.

Como as negociações têm por objetivo melhorar as propostas, de modo que o ente estatal possa obter produtos perfeitamente adaptados às suas necessidades, tais negociações podem dizer respeito a todas as características do objeto a ser contratado, incluindo a qualidade técnica, as quantidades, as cláusulas comerciais (preço, garantias, distribuição de riscos, etc.), bem como aspectos sociais, ambientais e inovadores, na medida em que não constituam requisitos mínimos (Preâmbulo 45). Podem alcançar, pois, questões técnicas, financeiras e jurídicas pertinentes à proposta.

Durante a negociação, é possível que o ente estatal perceba que as especificações técnicas originalmente previstas necessitam ser modificadas para que o produto final seja adequado às suas reais necessidades. Afinal, o setor privado detém conhecimento mais preciso sobre sua atividade do que o Estado, de sorte que o diálogo com os fornecedores naturalmente leva a um compartilhamento de informações que faz com que o ente estatal possa mudar algumas concepções iniciais.

Em verdade, no caso de tecnologias novas ou soluções não disponíveis no mercado, não se pode exigir a descrição *ex ante* de especificações técnicas da mesma forma que se exige em contratações tradicionais. Mais do que isso, a incerteza afeta todos os meandros do processo de contratação de P&D, desde a impossibilidade de determinar o seu objeto previamente, com o nível de detalhamento que usualmente se requer do Poder Público, até o estabelecimento do tempo de conclusão da pesquisa. As cláusulas devem ser desenhadas de forma flexível e abrangente o suficiente para que não percam o sentido diante das inevitáveis adaptações impostas pela incerteza.

Nesse diapasão, as especificações podem ser modificadas no curso da negociação, sem que seja necessário reiniciar o processo. Basta que a autoridade adjudicante abra prazo para que os proponentes não eliminados possam apresentar propostas condizentes com as novas especificações técnicas (art. 31.4).

Quando a autoridade adjudicante estiver em condições de identificar a solução que melhor satisfaz às suas necessidades, cabe-lhe concluir as negociações, abrindo prazo comum aos participantes restantes para a apresentação de nova proposta ou proposta revista. Essa proposta final deve conter todos os elementos requeridos e necessários à realização do objeto contratual, à luz das negociações feitas.

O número de proponentes a que se chegar na fase final deve assegurar uma concorrência real (art. 66). Por isso, caso se preveja a eliminação de candidatos em fases sucessivas, convém que no princípio de tudo sejam convidados mais de três participantes.

Nas parcerias para a inovação, os contratos são adjudicados exclusivamente com base no critério da proposta com melhor relação qualidade/preço, que deve ser avaliada com esteio em fatores que incluam aspectos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato, compreendendo, por exemplo, as características funcionais, estéticas ou inovadoras do produto, externalidades ambientais, as qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato, o serviço e assistência técnica pós-venda, prazo de entrega ou de execução, além do custo (art. 31.1 c/c art. 67.2).

Percebe-se que alguns dos critérios listados acima podem já ter sido utilizados pela autoridade adjudicante na forma de requisitos mínimos ou de especificações técnicas, sem qualquer prejuízo de que também sejam considerados para fins de adjudicação. Suponha que o anúncio de concurso tenha por objeto o desenvolvimento de tecnologia de bateria recarregável de lítio para veículos híbridos e elétricos. Que este anúncio estabeleça, como requisito mínimo, que a bateria possua autonomia de, pelo menos, 100 quilômetros. Desde que respeitado esse parâmetro mínimo, essa autonomia também pode ser descrita pelo anúncio como critério de adjudicação, fazendo com que uma proposta que ofereça bateria de 400 quilômetros possa prevalecer sobre outras com menor autonomia.

Ao final da fase de negociação, o ente estatal pode firmar o contrato com um ou vários parceiros. A celebração de parcerias para a inovação com vários parceiros serve para evitar que o desenvolvimento da tecnologia por um só agente tenha o efeito de impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado. Essa medida também pode ser necessária diante de projeto complexo que requeira a atuação conjunta de empresas com diferentes expertises ou que atuem em mercados complementares.

A execução do contrato de parceria para a inovação – tenha este sido firmado com um ou vários parceiros – deve ser estruturada em fases sucessivas de acordo com a sequência de etapas do processo de desenvolvimento e inovação. Para tanto, o contrato deve fixar metas intermediárias que devem ser alcançadas pelo parceiro e prever o pagamento da remuneração de forma fracionada (art. 31.2). O valor pago para o fornecimento dos bens, para a prestação do serviço ou para a execução da obra daí resultante não pode ser desproporcional em relação ao investimento exigido para o respectivo desenvolvimento (art. 31.7).

No final de cada fase, incumbe à autoridade adjudicante decidir pôr termo à parceria ou, no caso de um ajuste com vários parceiros, reduzir o número deles pondo termo a contratos individuais (art. 31.2). É que o ente estatal pode avaliar, no final de cada fase, que a continuidade do processo de P&D não irá gerar os resultados almejados ou, pelo contrário, pode

chegar à conclusão de que sua necessidade já foi satisfeita antes mesmo do término de todas as etapas antevistas.

Fazendo um paralelo com o que disse Andre Martins Bogossian⁵ a respeito das vantagens do diálogo concorrencial, também no procedimento específico das parcerias para a inovação pode-se afirmar que a solução obtida por meio da negociação é uma solução qualificada pelo consenso.

A eficiência aqui não reside nos custos ou prazos reduzidos, mas no fato de que vale a pena para o setor público investir na negociação com os particulares para chegar a uma solução que se presume a melhor, aquela que elimina assimetrias de informação, atende às necessidades da Administração e traz resultados efetivos.

Esses são os aspectos mais relevantes do procedimento específico de contratação das parcerias para a inovação, na forma regulada pela Diretiva 2014/24/UE. No próximo tópico, será examinado o tipo contratual previsto no ordenamento jurídico brasileiro que mais se assemelha às parcerias para a inovação.

3 ENCOMENDA TECNOLÓGICA

Nesta seção, farei um breve resumo dos pontos de maior interesse do contrato de encomenda tecnológica, com o propósito de, na seção seguinte, apresentar suas desvantagens em comparação com a parceria para a inovação europeia e, com isso, propor melhorias na regulação do assunto na Lei Federal de Inovação.

Estabelece o art. 20 da Lei nº 10.973, de 2004:

Art. 20. Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar empresa, consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento, que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador.

§ 1º-Considerar-se-á desenvolvida na vigência do contrato a que se refere o caput deste artigo a criação intelectual pertinente ao seu objeto cuja proteção seja requerida pela empresa contratada até 2 (dois) anos após o seu término.

5 BOGOSSIAN, Andre Martins. O diálogo concorrencial. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, São Paulo, v. 26, n. 4, abr. 2010, p. 445.

§ 2º-Findo o contrato sem alcance integral ou com alcance parcial do resultado almejado, o órgão ou entidade contratante, a seu exclusivo critério, poderá, mediante auditoria técnica e financeira, prorrogar seu prazo de duração ou elaborar relatório final dando-o por encerrado.

§ 3º-O pagamento decorrente da contratação prevista no caput deste artigo será efetuado proporcionalmente ao resultado obtido nas atividades de pesquisa e desenvolvimento pactuadas.

Esse dispositivo legal foi regulamentado pelo art. 21 do Decreto nº 5.563, de 11 de outubro de 2005 (com redação dada pelo Decreto nº 7.539, de 2 de agosto de 2011).

Muito embora a letra da Lei de Inovação não o mencione por expresso, o termo *encomenda tecnológica* é usualmente empregado pela comunidade científica para se referir ao tipo contratual acima, tanto que foi, mais recentemente, usado textualmente no Decreto nº 8.269, de 25 de junho de 2014 (que instituiu o Programa Nacional de Plataformas do Conhecimento).

Dito isto, é relevante notar que a encomenda tecnológica tem natureza contratual, sendo regida, portanto, pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, salvo disposição em contrário na Lei de Inovação. Havendo antinomia entre as duas normas, prevalece o disposto na Lei de Inovação, dado o critério da especialidade. A Lei nº 8.666, de 1993, prevê que o contrato de encomenda dispensa licitação (art. 24, inciso XXXI) e pode ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses (art. 57, inciso V).

O contrato de encomenda tecnológica visa à realização de atividades de P&D, que envolvam risco tecnológico, para a solução de problema técnico ou obtenção de produto ou processo inovador. André Tortato Rauen⁶ define o instrumento como a contratação “de novos produtos, serviços e/ou sistemas resultantes de desenvolvimento científico e/ou tecnológico para uso ou apropriação do Estado, com o objetivo de atender a demandas sociais específicas”.

Diferentemente da nossa Lei de Inovação, a Diretiva 2014/24/UE não menciona explicitamente a presença do risco tecnológico, mas isso porque o risco é algo inerente às atividades de P&D. No mundo da inovação, o nível de incerteza é tão alto que o capital privado geralmente se concentra apenas na fase de viabilidade comercial do produto. Até chegar

6 RAUEN, André Tortato. Encomendas tecnológicas nos Estados Unidos: possibilidades do regulamento federal de aquisições. *Radar: tecnologia, produção e comércio exterior*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação, Regulação e Infraestrutura, Brasília, n. 36, dez. 2014, p. 49.

nesse ponto, a maioria dos produtos fracassa. Sem um Estado ativo que assuma os riscos e seja tolerante com os fracassos, o progresso científico simplesmente não acontece. De acordo com Mazzucato⁷:

No setor farmacêutico, por exemplo, a inovação de um projeto de P&D pode levar até dezessete anos desde o início até o final. Há um custo de aproximadamente 403 milhões de dólares por medicamento, e o índice de fracasso é extremamente alto: apenas um em 10 mil compostos atinge a fase de aprovação do mercado, um índice de sucesso de apenas 0,1%. Quando bem-sucedida, muitas vezes a procura por um produto leva à descoberta de outro completamente diferente, em um processo caracterizado pelo acaso. [...] [Como os investidores privados são avessos ao risco, não surpreende que] quase todos os medicamentos realmente “inovadores”, isto é, novas entidades moleculares com classificação prioritária, são criados em laboratórios financiados com dinheiro público. As empresas privadas se concentram mais nos medicamentos similares (com pequenas variações em relação aos já existentes), no desenvolvimento (incluindo testes clínicos) e no marketing do negócio.

Em face da incerteza da inovação, Denis Borges Barbosa⁸ leciona que a encomenda tecnológica é um contrato aleatório de encomenda de bem futuro e incerto, em que as partes não têm certeza se o resultado pretendido será alcançado. Por isso, aplica-se o disposto no art. 458 do Código Civil:

Art. 458. Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assumiu, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir.

Bem por isso, o contrato assume uma *obrigação de meio*, cabendo à contratada empreender todos os esforços na consecução do objeto e seguir o projeto previamente aprovado, que deve ser acompanhado sistematicamente por auditoria técnica e financeira nomeada pelo contratante (art. 21, §§1º e 2º, Decreto nº 5.563, de 2005). O monitoramento sistemático permite

7 MAZZUCATO, op. cit., p. 93-94 e 100.

8 BARBOSA, Denis Borges. *Direito da inovação: comentários à lei federal de inovação, incentivos fiscais à inovação, legislação estadual e local, poder de compra do estado (modificações à lei de licitações)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 167-168.

a verificação do esforço empreendido pela contratada na busca pelos resultados pactuados, além do aprimoramento contínuo do processo de inovação através da detecção e correção de erros, indicando a necessidade de eventuais ajustes no contrato e/ou no projeto.

Diante dessa explicação, é possível entender a razão pela qual o §2º do art. 20 da Lei de Inovação admite que o contrato seja encerrado mesmo que não seja alcançado integralmente o resultado almejado, sem que desse fato resulte, necessariamente, a punição do contratado.

Já os §§ 4º e 6º do art. 21 do Decreto nº 5.563, de 2005, rezam que o projeto de P&D contratado poderá ser descontinuado (encerrado), sempre que verificada a inviabilidade técnica ou econômica do seu desenvolvimento, ou o desinteresse da administração, e que, no caso de descontinuidade, o pagamento ao contratado cobrirá as despesas já incorridas na efetiva execução do contrato. Foi visto que o art. 31.2 da Diretiva 2014/24/UE também contém algo nesse mesmo sentido.

O §3º do art. 21 do mesmo Decreto discorre que, em cada etapa do andamento do projeto, a auditoria técnica e financeiro do ente estatal pode mensurar os resultados alcançados e compará-los aos contratualmente previstos, de modo a permitir a avaliação da sua perspectiva de êxito. A partir dessa avaliação, o contrato pode ser encerrado ou, como prevê o §3º, as partes podem promover ajustes no projeto.

De outra sorte, o §7º do art. 21 do Decreto nº 5.563, de 2005, possibilita que o contratado seja remunerado nos termos do contrato mesmo que os resultados obtidos sejam diversos dos almejados. No exemplo acima de Mazzucato, vimos que é comum que a procura por uma solução leve, pelo acaso, à descoberta de outra.

A penicilina talvez seja a mais famosa descoberta científica acidental. Enquanto pesquisava no ano de 1928 substâncias capazes de combater bactérias em feridas, o escocês Alexander Fleming esqueceu na sua mesa de trabalho suas culturas da bactéria *Staphylococcus* e saiu de férias. Quando retornou, observou que uma das culturas estava mofada e que a bactéria não crescia onde o mofo (fungo) havia se desenvolvido. Ao estudar as propriedades desse fungo, identificado como pertencente ao gênero *Penicillium*, Fleming notou que ele fornecia uma substância capaz de eliminar diversas bactérias, que foi batizada de penicilina. Nesse exemplo o acaso foi decisivo, mesmo que reconheçamos, junto com o francês Louis Pasteur – um dos fundadores da microbiologia – que “o acaso favorece apenas as mentes preparadas”.

Por outro lado, existe uma diferença brutal entre a parceria para a inovação e a encomenda tecnológica: a nossa Lei Federal de Inovação não prevê a possibilidade de aquisição pelo ente estatal do produto resultante da

tecnologia desenvolvida no contrato de encomenda tecnológica. Falaremos mais sobre isso no tópico seguinte.

Essa breve explanação dos aspectos principais da encomenda tecnológica nos permite, na próxima seção, demarcar as principais vantagens do modelo europeu de parceria para a inovação sobre seu equivalente brasileiro.

4 VANTAGENS DO MODELO EUROPEU DE PARCERIA PARA A INOVAÇÃO SOBRE AS ENCOMENDAS TECNOLÓGICAS DO BRASIL

A vantagem mais evidente do modelo adotado pela Diretiva 2014/24/UE é que a parceria para a inovação não é uma contratação direta e, por isso, prestigia o princípio da competitividade, favorecendo, por meio da fase de negociação concorrencial, que o Estado possa dialogar com vários fornecedores privados no propósito de obter resultado mais efetivo a partir da comparação de diferentes soluções.

Considerando que as modalidades licitatórias atualmente previstas no ordenamento brasileiro não preveem uma fase de negociação e desestimulam fortemente os critérios de qualidade – sob o pretense de que qualquer flexibilidade outorgada ao gestor aumenta o risco de corrupção e de quebra da isonomia –, nosso sistema jurídico acaba escorregando num paradoxo: o legislador prefere inserir inúmeras situações de dispensa na Lei nº 8.666, de 1993, a permitir que as licitações tenham uma fase de negociação e adotem critérios de adjudicação que vão além do preço.

Estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA⁹ mostra que existe um excesso de situações na Lei nº 8.666, de 1993, que permitem ao gestor efetuar uma contratação direta por dispensa e inexigibilidade. Do total de contratações feitas no Brasil, 34,36% se utilizam de alguma modalidade direta contra apenas 14% da UE. Dentre as causas de tanta contratação direta no Brasil, pode-se mencionar:

- (a) a dificuldade de se realizar licitações que atendam a propósitos específicos da Administração Pública, sobretudo ante o fato notório de que a Lei nº 8.666, de 1993, foi concebida sob a lógica das empreitadas de obras, tornando extremamente complexo e moroso qualquer tipo de contratação. Essa dificuldade foi atenuada com a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que,

9 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *A reforma da Lei 8.666/93 e do arcabouço legal de compras públicas no Brasil*: contribuições do IPEA à Consulta Pública do Senado. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20438>. Acesso em: 17 ago. 2015.

todavia, só se aplica a bens e serviços comuns, não alcançando contratos complexos nem soluções inovadoras;

- (b) as modalidades de licitação existentes não preveem qualquer fase de negociação que constitua etapa do processo de escolha da proposta vencedora do certame, o que contribui para a maléfica perpetuação da assimetria de informações entre os setores público e privado, fazendo com as aquisições do Estado nem sempre resultem na solução da necessidade estatal; e
- (c) ainda que a Lei nº 8.666, de 1993, estabeleça tipos de licitação fundados na *melhor técnica* e na *técnica e preço*, a verdade incontestada hoje é que o gestor que se aventura na realização de uma licitação que não seja na modalidade pregão eletrônico se arrisca a ter o certame anulado, sofrer multa punitiva dos tribunais de contas e responder ao Ministério Público por ato de improbidade. Por conseguinte, o gestor se sente desestimulado a adotar critérios de adjudicação além do menor preço, prejudicando, com isso, a qualidade do produto contratado.

Na tentativa de contornar esses problemas, os legisladores acabaram produzindo efeito inverso: foram criadas diversas hipóteses de dispensa de licitação, tornando a atuação do gestor muito mais flexível do que o necessário e, ainda, dando um sinal claro para o mercado em desfavor da concorrência. Ao invés de procedimentos de licitação com negociação transparente com diversos fornecedores, as hipóteses de dispensa fazem com que o gestor escolha arbitrariamente e negocie diretamente com um fornecedor privilegiado, sem que nada do que foi negociado fique documentado nos autos processuais. Um traço típico do capitalismo de compadrio ou de laços.

O regime legal adotado no Brasil para as encomendas tecnológicas tem outro inconveniente. É que a mera dispensa da licitação não evita que a celebração do contrato de encomenda esbarre nos demais dispositivos da Lei nº 8.666, de 1993, que sejam contrários à natureza dos contratos de P&D, ou melhor, que não levam em conta as especificidades do mundo da inovação. Cito dois exemplos de ordem prática.

A um, a Lei de Inovação foi omissa a respeito do cálculo do valor estimado da contratação. Como a encomenda tecnológica tem por objeto soluções não disponíveis no mercado, torna-se impossível realizar pesquisa de mercado que atenda aos parâmetros contidos no art. 2º da Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014, da Secretaria de Logística e

Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento. Tais parâmetros são insuficientes – ou melhor, *imprestáveis* – quando se está diante de encomendas tecnológicas.

Talvez uma maneira de resolver esse impasse seja a lei prever que o ente estatal proceda à verificação, ainda na fase interna da contratação, do valor máximo que lhe é possível dispor para a realização da encomenda, em vista da impossibilidade de se realizar uma orçamentação prévia visando ao estabelecimento da média de preços, que é aqui substituída pela limitação do montante a pagar. Já na fase externa, a negociação com diversos fornecedores abarcaria – assim como se dá nas parcerias para a inovação – as questões financeiras do contrato, como o preço e garantias.

A legislação poderia, ainda, estabelecer que o pagamento fosse feito por preço fixo, com reembolso de custos ou com prêmio de incentivo, de forma similar ao que é feito pelo Regulamento de Aquisições Federais dos Estados Unidos (*Federal Acquisition Regulation – FAR, part 16*). A definição do modelo remuneratório deve levar em conta, entre outros fatores, o risco tecnológico envolvido e a incerteza de resultados. Quando o nível de incerteza é elevado, o contrato a preço fixo – adotado pela legislação brasileira – causa efeito inibidor, pois o custo da nova tecnologia pode superar bastante o preço previamente orçado.¹⁰

A propósito, Denis Borges Barbosa¹¹ bem aponta que o §3º do art. 20 da Lei de Inovação é um desastre, na medida em que preconiza que o pagamento será efetuado proporcionalmente ao resultado obtido, convertendo aparentemente o contrato em uma obrigação de resultado e impondo ao contratado o risco tecnológico, o que certamente afugentaria a participação de qualquer empresa sensata.

Em face disso, propõe-se que tal dispositivo seja interpretado no sentido de que como “resultado obtido nas atividades de pesquisa e desenvolvimento pactuadas” se entenda o atendimento do projeto específico a que se refere o §1º do art. 21 do Decreto nº 5.563, de 2005.

A dois, tem-se o fato de que a Lei de Inovação não previu por expresso a possibilidade de o ente estatal contratar simultaneamente com duas ou mais pessoas jurídicas o desenvolvimento da solução. Apenas deixou aberta a participação de consórcios de empresas, o que não é a mesma coisa. O consórcio já está previsto nas normas brasileiras. A novidade – que não veio – consistiria, justamente, na possibilidade de duas ou mais empresas poderem ser contratadas para a realização do mesmo objeto de forma concorrente e simultânea.

10 Sobre os diferentes tipos de contratos e formas de remuneração nas encomendas tecnológicas dos Estados Unidos, conferir RAUEN, op. cit., p. 52-53.

11 BARBOSA, op. cit., p. 170-173.

Portanto, seria preferível que, ao invés de tratar a encomenda tecnológica como mais uma hipótese de dispensa de licitação, o legislador nacional viesse, na verdade, a disciplinar uma nova modalidade licitatória, similar ao procedimento específico das parcerias para a inovação previsto no art. 31 da Diretiva 2014/24/UE, que fosse aplicável para o contrato de encomenda e que disciplinasse todo o processo de licitação, contratação, execução e pagamento.

Outra desvantagem da encomenda tecnológica em comparação com as parcerias para a inovação – já mencionada na terceira seção – consiste na circunstância de que a Lei nº 10.973, de 2004, não permite que o fornecedor responsável pelo desenvolvimento da encomenda tecnológica possa, na mesma relação contratual, produzir em série o produto resultante da nova tecnologia, a pedido do Estado. Pela Lei de Inovação, a contratada pode descobrir como chegar a uma vacina e, naturalmente, realizar uma produção inicial como etapa do desenvolvimento, mas não pode produzi-la em escala.

O Estado encomendante fica com os resultados intelectuais sobre o desenvolvimento. Adquire a titularidade do conhecimento gerado ou, como diz o §9º do art. 21 do Decreto nº 5.563, de 2005, os “resultados do projeto, a respectiva documentação e os direitos de propriedade intelectual”. Já o §10 acrescenta que o contrato “poderá englobar a transferência de tecnologia para viabilizar a produção e o domínio de tecnologias essenciais para o País”. Caso o Poder Público deseje efetivar a produção em série, deverá realizar uma aquisição em separado, supostamente antecedida da devida licitação.

5 CONCLUSÃO

O estudo do modelo europeu das parcerias para a inovação nos ajuda a revelar algumas deficiências da regulação dos contratos de encomenda tecnológica na forma da Lei nº 10.973, de 2004.

Não adianta muita coisa apenas dispensar a licitação, mas continuar aplicando as normas gerais de contratação para os ajustes de P&D, porque a Lei nº 8.666, de 1993, ignora completamente as especificidades do mundo da inovação. A regulação trazida pelo art. 20 da Lei Federal de Inovação e, sobretudo, pelo art. 21 do Decreto nº 5.563, de 2005, solucionaram alguns pontos, mas de forma insuficiente.

Na verdade, foi visto que a dispensa da licitação para as encomendas tecnológicas apresenta uma grave inconveniência, na medida em que não valoriza o princípio da competitividade. Seria preferível que, ao invés da mera dispensa da licitação, o legislador nacional seguisse o modelo europeu,

por meio da disciplina de um procedimento específico de licitação no qual haja uma fase de negociação concorrencial, com o Estado dialogando com vários fornecedores privados no propósito de obter resultado mais efetivo a partir da comparação de diferentes soluções.

Esse procedimento específico de licitação também deveria tratar de problemas práticos que não foram resolvidos pela Lei Federal de Inovação, tais como:

- (a) a definição do conteúdo mínimo do edital, que leve em conta a impossibilidade – e também a inconveniência – de se descrever com precisão os meios técnicos e a própria solução tecnológica que se deseja contratar;
- (b) a forma de cálculo do valor estimado do contrato de encomenda tecnológica;
- (c) o modelo remuneratório do contratado, que leve em conta, entre outros fatores, o risco tecnológico envolvido e a incerteza do resultado;
- (d) a possibilidade de que o desenvolvedor da nova tecnologia possa também produzir em série, ainda que sem exclusividade, o produto resultante da atividade de P&D; e
- (e) a possibilidade de que o ente estatal possa contratar duas ou mais pessoas jurídicas para a realização do mesmo objeto de forma concorrente e simultânea.

Com isso, pretende-se aperfeiçoar o atual marco regulatório da ciência, tecnologia e inovação, na esperança de que o poder de compra governamental para atividades de P&D se torne um instrumento de prosperidade econômica e social, crescimento sustentável, criação de empregos qualificados e aumento da competitividade da indústria nacional.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. *Direito da inovação: comentários à lei federal de inovação, incentivos fiscais à inovação, legislação estadual e local, poder de compra do estado (modificações à lei de licitações)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOGOSSIAN, Andre Martins. O diálogo concorrencial. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, São Paulo, v. 26, n. 4, p. 432-448, abr. 2010.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *A reforma da Lei 8.666/93 e do arcabouço legal de compras públicas no Brasil*: contribuições do IPEA à Consulta Pública do Senado. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20438>. Acesso em: 17 ago. 2015.

MAZZUCATO, Mariana. *O estado empreendedor*: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

RAUEN, André Tortato. Encomendas tecnológicas nos Estados Unidos: possibilidades do regulamento federal de aquisições. *Radar*: tecnologia, produção e comércio exterior. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação, Regulação e Infraestrutura, Brasília, n. 36, p. 49-56, dez. 2014.



UM ENSAIO SOBRE AS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE O REGIME DE COMPRAS GOVERNAMENTAL DO BRASIL E UNIÃO EUROPÉIA

*AN ESSAY ON THE MAIN DIFFERENCES BETWEEN
BRAZILIAN AND EUROPEAN UNION'S GOVERNMENT
PROCUREMENT SYSTEM*

Celyvania Malta de Brito

*Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UNB, Procuradora
Federal e Subprocuradora-Geral na Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos Gerais do Regime de Compras Governamental do Brasil; 1.1 Princípios; 1.2 Modalidades de Licitação; 1.3 Tipos de Licitação; 2 Aspectos Gerais do Regime de Compras Governamental da União Europeia; 2.1 Princípios; Modalidades de Adjudicação; Tipos de Adjudicação; 3 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa o modelo de licitação, adotado na conjectura brasileira e aquele praticado na União Europeia, com vistas a identificar suas sinergias e diferenças no tocante a princípios, modalidades de licitação e tipo.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Brasil. União Europeia. Principais Diferenças.

ABSTRACT: This article analyzes the bidding model adopted in Brazil's conjecture and that practiced in the European Union, in order to identify their synergies and differences on principles, modalities and bidding type

KEY WORDS: Bidding. Brazil. European Union. Main Differences.

INTRODUÇÃO:

O procedimento licitatório, no Brasil, é dever previsto constitucionalmente e objetiva que, na seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, seja ofertada igualdade de condições para que os administrados participem dos negócios do Estado.

Para a disciplina de todo o procedimento, foi editada no Brasil a Lei n.º 8.666, de 1993 que tratou de regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e estabeleceu 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. Posteriormente, a Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, regulamentada pelo Decreto n.º 5.450, de 2005 introduziu nova modalidade licitatória no Ordenamento Jurídico brasileiro, denominado Pregão, promovendo mais agilidade e eficiência, inclusive por meio da utilização de tecnologia de informação.

Da mesma forma que no Brasil, a União Europeia se utiliza de procedimentos licitatórios para a adjudicação de seus contratos públicos. Para seus Estados-Membros, fixou diretrizes a serem incorporadas ao Direito nacional, traduzidas na Diretiva 2014/24/UE, de 26 de fevereiro de 2014, que estabelece normas para contratação de serviços e obras, excluídos os de setores especiais, tais como água, energia, transporte e serviços postais e concessões públicas, regidos por Diretivas específicas, no caso, Diretiva 2014/25/UE e Diretiva 2014/23/UE, respectivamente.

Foi objeto de estudo, deste trabalho, estabelecer as principais diferenças entre o modelo de procedimento licitatório, adotado na conjectura brasileira e aquele praticado na União Europeia, com vistas a identificar suas sinergias e diferenças no tocante a princípios, modalidades de licitação e critérios para adjudicação do objeto do certame.

Por óbvio o estudo aprofundado da matéria contribuirá para o bom exercício do cargo de Procuradora Federal, cumprindo ressaltar, também, a possibilidade, oportuna, de compartilhar a experiência adquirida por meio da participação no curso *“European Law, Human Rights and Harmonization of Law”*, nas cidades de Roma, Bruxelas e Haia, no período de 29 de junho a 11 de julho de 2015, promovido pela Universidade Tor Vergata, em parceria com a Escola da AGU.

Para tanto, inicialmente, se demonstrou os aspectos gerais do regime de compras governamental do Brasil, detalhando os princípios consuetudinários ao certame licitatório, as modalidades de licitações mais recorrentes na Administração Pública brasileira e os critérios utilizados para a adjudicação do objeto.

Em seguida, foram traçados os mesmos aspectos no âmbito do sistema de compras governamental da União Europeia, dispostos em sua Diretiva acerca do assunto, sendo possível, em sede de conclusão, definir um paralelo entre ambos.

1 ASPECTOS GERAIS DO REGIME DE COMPRAS GOVERNAMENTAL DO BRASIL

Com efeito, a realização de Licitação pela Administração Pública brasileira, na celebração de seus negócios, constitui a regra, caracterizando-se este instituto como princípio constitucional que visa o alcance da proposta mais vantajosa. Atendendo ao comando constitucional esculpido no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, é que foi editada a Lei n.º 8.666, de 1993, com suas alterações posteriores, que trata sobre normas gerais de Licitação e Contratos, a serem observadas pela Administração Pública.

Por conseguinte, a própria Constituição Federal excepciona a regra da utilização da Licitação, deixando para a legislação ordinária a previsão de sua dispensa ou inexigibilidade. E, de fato, tais casos foram colacionados nos artigos. 24 e 25 da Lei n.º 8.666, de 1993.

Dito isso, a licitação pode ser conceituada como “*o procedimento administrativo através do qual a pessoa juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse.*”

Os princípios básicos a serem seguidos na promoção de certames licitatórios são: *legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.*

As modalidades de licitação mais recorrentes na Administração Pública são: *concorrência, tomada de preços, convite e pregão*, além do *registro de preços e do credenciamento* que, porquanto não se enquadrem como modalidades de licitação, também são formas de que pode se valer o ente público para levar a efeito suas contratações.

Já no que tange aos tipos de licitação, o § 1º, do art. 45, da Lei n.º 8.666/93 os elenca: *menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta.*

Passemos a discorrer, sucintamente, sobre cada um dos aspectos gerais do Sistema de Compras brasileiro, quais sejam: Princípios, Modalidade de Licitação e Tipo.

1 GASPERINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 412

1.1 Princípios

Para Robert Alexy², um dos mais influentes filósofos do Direito Alemão, a distinção entre regras e princípios é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não poderia haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

Para o insigne autor, *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.³

No âmbito da Lei n.º 8.666, de 1993, é clara a determinação, em seu art. 3º, de que a licitação objetiva garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Outrossim, seu julgamento deve atender princípios básicos como o da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e correlatos.

Não sendo o objeto deste artigo discussões epistemológicas, acerca de regras e princípios, passemos à definição dos principais princípios aplicáveis à Licitação.

A - Princípio da Legalidade

O conteúdo jurídico do princípio da legalidade preceitua que, na relação administrativa, a vontade da Administração é aquela que decorre da lei, somente lhe sendo autorizado a fazer ou deixar de fazer aquilo que a lei permite.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso II e 37, alberga o princípio da legalidade, impondo à Administração a existência de lei para que ela possa conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou vedações aos administrados.

² Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.86.

³ *Ibid.*, p.90.

Para a garantia do referido preceito a própria Constituição prevê os mecanismos asseguradores que, nos termos do inciso XXXV, do referido art. 5º, constituem o fato de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão”, sem olvidar-se da possibilidade de utilização dos remédios constitucionais específicos (ação popular, habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção) ou da possibilidade de controle pelo Legislativo, pelo Tribunal de Contas da União e aquele efetivado pela própria Administração.

Como decorrência lógica do princípio da legalidade, na licitação, é vedado ao Administrador Público criar modalidades de licitação, não previstas em lei ou se utilizar de outros critérios para julgamento da proposta, que não aqueles expressamente já constantes da Lei.

B - Princípio da Impessoalidade e Igualdade

A licitação é um instituto jurídico que visa selecionar uma proposta mais vantajosa para a Administração, entendida esta vantajosidade como uma relação de custo/benefício.

Ocorre que tal procedimento não deve dar azo a tratamento discriminatório e preferências subjetivas e arbitrárias, pela Administração Pública, na seleção de seu contratado.

A impessoalidade diz respeito a tratamento com absoluta neutralidade, sem quaisquer favoritismos, enquanto que a igualdade se reflete no dever de a Administração ensejar a possibilidade de participação de quaisquer interessados na disputa, abstraindo-se de previsões e exigências que restrinjam a competitividade no certame.

C – Princípio da Moralidade e Probidade Administrativa

As ações do Administrador Público devem ser pautadas pela ética, lisura e honestidade, principalmente ao se ter em mente que interesse público é bem indisponível.

Assim, no campo das licitações públicas, todo o procedimento deve ser permeado pela moralidade administrativa, lealdade e boa-fé.

D – Princípio da Publicidade

Por meio da publicidade de seus atos, a Administração confere transparência às suas ações. Em seus negócios administrativos a Administração Pública deve levar ao conhecimento de todos os cidadãos atos e termos de licitação, inclusive sua motivação.

Referido princípio é expresso na Lei n.º 8.666, de 1993, que no seu art. 3º, §3º impõe que a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis todos os atos de seu procedimento, salvo o conteúdo das propostas até respectiva abertura.

E – Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O art. 41 da Lei 8.666, de 1993, em seu *caput*, ampara o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, na medida em que estabelece que não é dado à Administração descumprir as normas e condições do Edital, prevendo, em seu § 1º a legitimidade de qualquer cidadão, no que se refere à impugnação, perante a Administração Pública, de Edital de Licitação que viole a Lei, no prazo lá determinado, estabelecendo, no § 2º, que decairá desse direito, o licitante que não o fizer “até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação”(...).

Marçal Justen Filho⁴, ao comentar o supracitado artigo, ensina que:

A Lei n.º 8.666 atribuiu legitimação ativa a qualquer cidadão para provocar, na via administrativa, análise de eventual vício no ato convocatório. Em princípio, a matéria de vício na conduta da Administração se regula pelo princípio geral da legitimidade (ninguém pode exercer em nome próprio direito alheio) e do interesse de agir (ninguém pode pleitear providência que não seja apta a eliminar conflito de interesses de que participe). Portanto, todo aquele que possuir potencial interesse em participar da licitação tem a faculdade de questionar o ato convocatório.

F – Princípio do Julgamento Objetivo

Na seleção da proposta mais vantajosa, a Administração deve se valer de critérios objetivos para o julgamento do certame, abstraindo-se de discricionariedade em sua decisão, mas pautando-se pela proporcionalidade.

1.2 Modalidades de Licitação.

Concluída a análise dos princípios, passa-se a enfrentar o tópico seguinte que é a descrição das modalidades licitatórias.

Entendida a licitação como uma série de atos concatenados que objetiva a seleção de uma proposta mais vantajosa para a Administração,

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed., São Paulo: Dialética, 2005. p. 403.

tem-se que modalidades de licitação são, em última análise, as espécies de procedimentos licitatórios previstos na Lei nº 8.666, de 1993, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão, e, agora, o pregão.

A - Concorrência (art. 22, § 1º, da Lei nº 8.666/93)

É a modalidade de licitação, em tese, obrigatória para as alienações imobiliárias, as concessões de uso, serviços e obras públicas, o registro de preços e para os contratos de grande vulto, aberta com publicidade, que admite qualquer licitante cuja habilitação será apurada no início do procedimento.

Assim, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Melo⁵, “*é a modalidade licitatória genérica destinada a transações de maior vulto, precedida de ampla publicidade, à qual podem acorrer quaisquer interessados que preenchem as condições estabelecidas.*”.

B - Tomada de Preços (art. 22, § 2º, da Lei nº 8.666/93)

É a modalidade de licitação indicada para contratos de vulto médio, que admite determinados interessados cadastrados antes do início do procedimento, aberta mediante publicidade.

Ou seja, “é a modalidade em que a participação na licitação restringe-se (a) às pessoas previamente inscritas em cadastro administrativo, organizado em função dos ramos de atividades e potencialidades dos eventuais proponentes, e (b) aos que, atendendo a todas as condições exigidas para o cadastramento, até o terceiro dia anterior à data fixada para abertura das propostas, o requeiram e sejam, destarte, qualificados.”, de acordo com o supracitado autor.⁶

C - Convite (art. 22, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993)

É a modalidade de licitação aberta sem publicidade, indicada para contrato de pequeno vulto, que exige o convite a, no mínimo, três interessados escolhidos pela entidade obrigada a licitar e tidos como habilitados e permite a participação de interessados cadastrados que manifestarem interesse com a antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da data designada para apresentação das propostas.

⁵ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 495.

⁶ *Ibid.*, p. 496.

D - Pregão

É a mais moderna modalidade de licitação, regulamentada pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 e Decreto nº 5.450, de 2005. O pregão pode ser definido como a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública, por meio de propostas de preços escritas e de lances verbais, no âmbito da União.

Por bens e serviços comuns entendem-se aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade dos serviços ou bens, a serem contratados, possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Neste caso, no âmbito da União, é obrigatório o pregão, preferencialmente, na modalidade eletrônica.

O certame licitatório na modalidade pregão é realizado em duas fases distintas:

- a) interna – denominada “preparatória” e reservada para a justificação da necessidade de contratação e definição do objeto, dentre outras providências;
- b) externa – que tem início com a convocação dos interessados e realização da sessão pública de julgamento.

Os licitantes habilitados apresentarão propostas contendo a indicação do objeto e do preço. Conhecidas as ofertas, a de menor valor e os que a excederem em até 10% poderão apresentar lances verbais e sucessivos, até que proclamado o vencedor. O critério será sempre o de menor preço. É vedada a exigência de garantia de proposta, aquisição de edital pelos licitantes, como condição para participação no certame e pagamento de taxas e emolumentos.

1.3 Tipos de Licitação

Enquanto a modalidade de licitação se refere às espécies de procedimento licitatório, os tipos de licitação, por sua vez, são definidos como os critérios de julgamento das propostas apresentadas em licitação pública. O art. 45 da Lei nº 8.666, de 1993 elenca um número exaustivo, de modo que a Administração Pública não poderá utilizar qualquer outro critério.

São eles: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta.

A licitação do tipo menor preço é a regra para a Administração. Ao adotar o tipo menor preço, a Administração elege o preço como o

critério exclusivo para determinar que a proposta de determinado licitante seja a vencedora. De forma, todavia, a garantir a qualidade do produto ou serviço, se impõe que a Administração promova a especificação do produto ou serviço que ela deseja contratar de forma que atenda as suas reais necessidades.

Quando a qualidade e os critérios de excelência da proposta forem os fatores determinantes na licitação, tem-se o tipo melhor técnica. Todavia, o edital deverá fixar critérios de avaliação, requisitos técnicos, pontuações respectivas, preço máximo que se propõe a pagar, tudo sem olvidar-se da necessidade de adequação e compatibilidade com o produto pretendido, bem como da cautela de não se restringir a competitividade, injustificadamente.

O tipo técnica e preço, por sua vez, pressupõe que, para a seleção da melhor proposta, seja necessário além do fator preço, também, o diferencial técnico.

O art. 46, da Lei n.º 8.666, de 1993 reserva os tipos de licitação “melhor técnica” e “técnica e preço” para licitações cujos objetos se refiram a serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral.

Por fim, o tipo de licitação maior lance ou oferta, aplicável nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso, é aquele cuja proposta vencedora será aquela de maior valor econômico.

Delineados os principais aspectos do Sistema de compras governamental do Brasil, passemos a abordar tais questões no âmbito da União Europeia, de forma que, ao cabo, seja possível estabelecer um comparativo.

2 ASPECTOS GERAIS DO REGIME DE COMPRAS GOVERNAMENTAL DA UNIÃO EUROPEIA

A UE (União Europeia) é um bloco econômico, político e social de 28 países europeus que participam de um projeto de integração política e econômica. Os países integrantes são: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos (Holanda), Polônia, Portugal, Reino Unido, República Tcheca, Romênia e Suécia. Macedônia, Sérvia, Albânia, Turquia e Montenegro encontram-se em fase de negociação.

Na União Europeia, a licitação constitui a regra para a adjudicação dos contratos públicos, somente sendo excepcionada em situações

específicas, tais como: situação de emergência resultante de acontecimentos imprevisíveis; quando, por motivos técnicos ou de proteção de direitos de exclusividade, o contrato só pode ser executado por uma determinada empresa e em caso de contratos não abrangidos pela legislação em matéria de contratos públicos (aquisição/locação de edifícios existentes, contratos de trabalho, programas para radiodifusão, etc.).⁷

Encontra-se, atualmente, em vigor a Diretiva 2014/24/UE, de 26 de fevereiro de 2014, do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece normas para contratação de serviços e obras, excluídos os de setores especiais, tais como água, energia, transporte e serviços postais e concessões públicas, regidos por Diretivas específicas, no caso, Diretiva 2014/25/UE e Diretiva 2014/23/UE, respectivamente.

Ressalte-se, quanto às nomenclaturas, que o normativo da União Europeia denomina de adjudicação aquilo que se entende por licitação e a concurso aberto ou limitado quando se refere às modalidades de adjudicação.

Os princípios básicos a serem observados, no âmbito das contratações da UE são referentes a: **paridade de condições; não discriminação de nacionalidades; proporcionalidade; transparência e auto reconhecimento.**

Dentre as modalidades de licitação, a Diretiva disciplina **procedimentos abertos, dentre eles a negociação e o diálogo competitivo e os procedimentos restritos.**

Já os critérios de julgamento, que são apenas dois, se referem ao **gasto mais baixo e à oferta economicamente mais vantajosa.**

2.1 Princípios

O Art. 18 da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho estabelece que as empresas candidatas à participação em certames públicos devem ser tratadas pelas autoridades estatais em conformidade com o princípio da igualdade e da não-discriminação e que a sua atuação deve se dá de forma transparente e proporcional.

De tudo isso, deflui-se que nenhuma empresa pode ser tratada de forma discriminatória por estar registrada em outro país da União Européia; ou ter recusado o aceite de documentos complementares, tais como certificados e diplomas, pelo simples fato de terem sido emitidos por outro país da UE, mas desde que esses proporcionem o mesmo nível de garantia.

⁷ Disponível em: <http://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/rules-procedures/index_pt.htm>. Acesso em: 6 set 2015.

Outra implicação da aplicação de tais princípios diz respeito à obrigatoriedade do ente estatal disponibilizar todas as informações relativas aos contratos às empresas interessadas na participação do certame, independentemente do país da UE em que estejam registradas. Outrossim, na descrição das características dos produtos ou serviços que se objetiva adquirir, não pode a autoridade estatal se referir a marcas comerciais ou patentes específicas.

2.2 Modalidades de Adjudicação

A despeito de a Diretiva prever modalidades de adjudicação, ela faculta aos Estados-Membros da União Européia adjudicar seus contratos públicos, aplicando os procedimentos nacionais adaptados, desde que o Edital seja publicado em conformidade com ela.

As modalidades previstas no normativo da UE dizem respeito a procedimentos abertos, onde qualquer empresa interessada em participar do certame pode oferecer proposta em resposta à publicação de um Edital e procedimentos limitados, em que a apresentação de propostas pelas empresas interessadas é limitada àquelas que forem convidadas para tanto.

Na modalidade concorrencial com negociação, qualquer empresa pode participar do certame, apresentando sua documentação de qualificação que será analisada pela Comissão que, apenas, convocará para apresentação de uma primeira proposta as empresas selecionadas, partindo-se, assim, para uma negociação. Nesta modalidade, apenas os requisitos mínimos do serviço e os critérios de adjudicação não são passíveis de negociação.

A modalidade diálogo concorrencial se assemelha à anterior, na medida em que qualquer empresa pode participar do certame, apresentando sua documentação de qualificação que será analisada pela Comissão que, apenas, convocará para o diálogo, entendido este como a apresentação de soluções ao projeto, as empresas selecionadas. Somente, após, então, as empresas serão convocadas a apresentar propostas que devem incluir todos os elementos exigidos e necessários à execução do projeto. Todavia, os contratos são adjudicados exclusivamente com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa, ou seja, tendo em conta a melhor relação qualidade/preço. Tal modalidade é reservada aos contratos mais complexos, como os de infraestrutura, por exemplo.

Interessante notar que para a aquisição de bens e serviços de uso corrente e geralmente disponíveis no mercado, a Diretiva da União Européia prevê a possibilidade de utilização de sistema de aquisição dinâmico, inteiramente eletrônico.

2.3 Tipos de Adjudicação

No âmbito da UE, é clara a disposição no sentido de que sem prejuízo das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas nacionais relativas ao preço de certos fornecimentos ou à remuneração de determinados serviços, as autoridades públicas devem adjudicar os contratos públicos com base no critério da *proposta economicamente mais vantajosa*.⁸

Referido critério leva em consideração a relação de custo/benefício, envolvendo aspectos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato, tais como:

- a) Qualidade, designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, concepção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras, negociação e respetivas condições;
- b) Organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato; ou
- c) Serviço e assistência técnica pós-venda, condições de entrega, tais como a data de entrega, processo de entrega e prazo de entrega ou de execução.

Sendo assim, verifica-se que o menor preço é critério de adjudicação totalmente residual, no âmbito das contratações dos Estados-Membros da União Europeia.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o quanto exposto alhures, conclui-se pelo seguinte: Da mesma forma que no Brasil, a União Europeia se utiliza de procedimentos licitatórios para a adjudicação de seus contratos públicos.

Os princípios norteadores da licitação ou adjudicação, tanto no Brasil, quanto na União Europeia dizem respeito a evitar tratamento discriminatório e preferências subjetivas e arbitrárias, pela Administração, além de assegurar transparência das ações e publicidade de atos administrativos.

8 Art. 67 da Diretiva 2014/24/UE

A legislação brasileira se mostra detalhista no que tange às modalidades e tipos de licitação, enquanto que a Diretiva da União Europeia não estabeleceu ordem de condução do procedimento, tratando, apenas, de fases de forma isolada.

Outrossim, verifica-se que a legislação brasileira prevê modalidades e tipos de licitação em maior número que a legislação da UE.

Ambas as legislações preveem procedimento licitatório dinâmico para compras e serviços considerados comuns, por meio de ferramenta eletrônica.

O Brasil já se apercebeu que o regramento detalhado e rígido da Lei n.º 8.666, de 1993 não evita favorecimento de interesses sendo, em muitos casos, meio facilitador de corrupção.

A União Europeia, por sua vez, envida esforços no sentido de simplificar, harmonizar e modernizar suas contratações públicas.

Nesse trilhar, também, vem a legislação brasileira, mesmo que muito lentamente, sendo exemplos dessa nova perspectiva tanto a Lei do Pregão, das Parcerias Público-Privadas como o Projeto de Lei para alteração da Lei n.º 8.666, de 1993 que vem tramitando no Congresso Nacional.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 14. edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GASPERINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed., São Paulo: Dialética, 2005.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2014/24/UE*, de 26 de fevereiro de 2014, que estabelece normas para contratação de serviços e obras. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1424946753358&uri=CELEX:32014L0024>>. Acesso em: 19 set. 2015.

SISTEMAS COMPARADOS: EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS

*COMPARATIVE SYSTEMS: EVOLUTION OF GOOD FAITH
PRINCIPLE AND REBUS SIC STANTIBUS*

*Daniela Câmara Ferreira
Procuradora Federal – PRF2*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução do princípio da boa-fé: de Roma à Codificação; 2 Surgimento da Cláusula Rebus sic Stantibus 3 Período entreguerras europeu e inflação brasileira: a não aplicação da clausula rebus no direito privado; 4 Conclusão: a convergência do princípio da boa-fé e a cláusula rebus sic stantibus Código Civil de 2002; Referências.

RESUMO: O presente artigo versa sobre a evolução do princípio da boa-fé no direito comparado, desde a Roma até a presente data (nos direitos romano, francês, alemão e brasileiro). Discorre ainda em que medida a *clausula rebus sic stantibus* surgiu como desdobramento da boa-fé, ganhando autonomia do direito administrativo francês sob o nome de Teoria da Imprevisão. Enfrenta ainda a questão da resistência das jurisprudências francesa e brasileira em adotar a Teoria da Imprevisão para os contratos privados. Por fim, analisa a convergência do princípio da boa-fé e *clausula rebus sic stantibus* no Código Civil Brasileiro de 2002.

PALAVRAS-CHAVE: Sistemas Comparados. Boa-fé: Evolução. Cláusula Rebus. Contratos Comutativos: Reajuste. Interpretação dos Contratos.

ABSTRACT: The following article deals with the evolution of the good faith principle in comparative law, from ancient Rome to present day (systems: Roman, French, German and Brazilian). It also discusses the extent in which the *rebus sic stantibus* clause emerged as a development of good faith, gaining autonomy within the French administrative law under the name Theory of *Imprévision*. Moreover, the article faces the matter of Brazilian and French resistance against the adoption of the Theory of *Imprévision* for private contracts. Finally, it analyzes the convergence of the good faith principle and the *rebus sic stantibus* clause in the Brazilian Civil Code of 2002.

KEYWORDS: Compared Systems. Good Faith: Evolution. Rebus Clause. Commutative Contracts: Adjustment. Contract's Interpretation.

INTRODUÇÃO

Emilio Betti classifica os elementos constitutivos do negócio jurídico como sendo forma e conteúdo, na medida em que a “forma é o modo como o negócio é, [...], como ele se apresenta em face aos outros, na vida de relação: é sua figura exterior. Conteúdo é aquilo que o negócio é, intrinsecamente considerado: a sua fatispécie interior, que é, ao mesmo tempo, fórmula e idéia, palavra e significado [...]”.¹

Segundo o autor, em que pese o respeito à autonomia privada, o negócio jurídico produz efeitos para além das partes contratantes, e, por esta razão, a liberdade de contratar encontra limite na boa-fé. Em resumo: o ato exteriorizado (forma) deve coincidir com a vontade interna que o gerou (conteúdo), sob pena desta divergência ofender a boa-fé, acarretando a nulidade ou anulabilidade do contrato.²

Como o negócio jurídico gera efeitos para toda a sociedade, a boa-fé é um de seus princípios norteadores, devendo estar presente desde o início das tratativas até mesmo após o encerramento do contrato.³

O conceito de boa-fé, porém, sofreu alterações ao longo da evolução do direito civil, desde a Roma antiga até a presente data; por isto, é necessária uma digressão histórica para compreender sua amplitude, e em que medida se distancia e se aproxima da cláusula *rebus sic stantibus*.

1 EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ: DA ROMA ANTIGA À CODIFICAÇÃO

No período arcaico romano, a palavra *fides* tinha dois significados de destaque.

Ela poderia ser usada para exprimir a relação entre patrícios e clientes, na qual os primeiros prometiam proteção aos clientes (*fides promessa*) que, em contrapartida, retribuía com obediência (*fides poder*).⁴

No mesmo período, também designava um vínculo não codificado, de conteúdo costumeiro (*mores*), no qual se adotava um instrumento aberto, como o juramento. Neste contexto, a *fides* seria a submissão do indivíduo através da palavra dada, um compromisso unilateral criado por uma promessa, um dever do cidadão romano em cumprir com a palavra dada.

Na sociedade classista da Roma arcaica, a confiança podia ser individualizada, subjetiva, pois estava condicionada à posição econômico-

1 BETTI, E. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*: Tomo I. Coimbra: Coimbra, 1969. p. 244.

2 *Ibidem*, p. 315, *passim*.

3 Arts. 113, 187 e 422 do Código Civil Brasileiro de 2002.

4 CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

social do indivíduo: era seu 'crédito' moral. Por esta razão a fides vinha sempre acompanhada de vocábulos como honor, decus, fama, dignitas, sendo associada aos membros da classe dirigente, mas não todos: apenas os *boni, sani e probi*.

Os dois significados, porém, só faziam sentido naquela Roma arcaica, com um sistema de castas bem definidas, na qual o grau de confiabilidade de cada sujeito era consequência da sua posição dentro da sociedade. Só em uma comunidade circunscrita, em que o status e fides dos cidadãos podiam ser conhecidos a priori, seria possível fazer esta avaliação.⁵

Quando Roma se converteu em um vasto império, abriu-se para o complexo mundo do mercado internacional.

Neste novo cenário, os negócios passaram a ocorrer entre pessoas de comunidades diversas; ficou impossível aferir, aprioristicamente, o grau de confiança de cada contratante a partir de sua origem social, como se fazia antes.

Com a mudança, os pretores sentiram a necessidade de buscar um parâmetro abstrato de boa-fé, que fosse aplicável não só aos romanos, mas também extensível aos estrangeiros (*ius peregrini*); deveria ser servir, indistintamente, a todos que buscassem a proteção no processo formulário da *bonae fidae iudicia*.

Os pretores construíram um parâmetro abstrato, uma fides fictícia, desvinculada da realidade concreta das partes, desprezando suas características subjetivas: a boa-fé deixa de ser uma qualidade individual de determinado cidadão romano no contexto da vida pública da cives, para se tornar uma regra de conduta a ser obedecida pelas partes durante a vigência do contrato.

Nasce forma peculiar de fides, a *bona fides*, aplicável na esfera processual; o pretor deveria levar em conta esta boa-fé objetiva ao julgar as questões relacionados a problemas contratuais. Resume Kaser:

Assim, altera-se a função da *bona fides*, já não é necessária como fundamento independente da obrigação, mas passa a ser o critério com o que o juiz deve julgar a relação jurídica".⁶

Com o tempo, a boa-fé - que era apenas um princípio interpretativo aplicável na esfera processual - migra, lentamente, para dentro da estrutura dos contratos.

5 FIORI, Roberto (coordenador). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 4*. Roma: Jovene, 2011. p. 103/104, passim.

6 KASER, M. *Direito Privado Romano*. Porto, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 200/221.

A incorporação do princípio jurisprudencial se deu de forma mais ou menos óbvia: ante a possibilidade dos conflitos serem levados ao judiciário, os contratantes, por antecipação, aplicavam a boa-fé desde as tratativas. Sobre a evolução entre o dever de honrar com a palavra dada até o encerramento dos contratos, sintetiza Fiori:

È stato autorevolmente sostenuto che il nucleo primigenio e fondamentale della buona fede risiederebbe nel ‘rispetto della parola data’, ponendosi così in un rapporto privilegiato con l’affermazione del consenso in ambito contrattuale, essendosi sviluppato solo successivamente un suo valore come strumento di integrazione e correzione del contenuto contrattuale⁷.

O princípio da boa-fé teve sua aplicação crescente nos períodos clássico e pós-clássico, sofrendo sistematização com Justiniano; ele deu outro salto evolutivo na codificação do Direito Civil, iniciada no séc. XVIII, na França Napoleônica. Nas palavras de Menezes Cordeiro:

Depois do Digesto, em 529, o acontecimento jurídico mais marcante foi o aparecimento do Código Napoleão, em 1804. A referência a ambas estas datas tem um sentido formal: o Digesto é a cristalização, em certos moldes, do Direito Romano; o Código Napoleão é o formar, também em parâmetros determinados, do Direito europeu anterior.⁸

O Código Napoleônico fora forjado sob os princípios da autonomia da vontade (desdobramento da ‘liberdade’ que fora mote da Revolução Francesa) e do positivismo jurídico. Assim, em que pese o princípio da boa-fé vir previsto no art. 1.134 do Code, ele sofrera uma ressignificação restritiva em virtude da “presença hegemônica do então dogma da autonomia da vontade, servindo como reforço ao pactuado, numa concepção dimetralmente oposta à configurada pelos ‘bona fidei iudicia’ romanos”.⁹

Dito de outro modo: a boa-fé, que antes servia como fundamento para interpretação, revisão ou resolução dos contratos, tornou-se um princípio de reforço à sua obrigatoriedade. Na medida em que a liberdade e a autonomia da vontade eram pilares do Code, o princípio do pacta sunt servanda deveria prevalecer, em detrimento dos outros princípios; naquela

7 FIORI, op. cit., p. 108.

8 CORDEIRO, op. cit., p. 226.

9 NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo De. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 43/44.

época, a intervenção estatal, pela via judiciária, deveria ser a menor possível, prevalecendo o pactuado pelas partes.

A Escola Exegética não via com bons olhos a aplicação de princípios, conceitos indeterminados, cláusulas gerais, enfim, qualquer coisa diversa do texto legal. Menezes Cordeiro resume a situação dizendo que o princípio se retraiu de tal maneira que “a boa-fé napoleônica veio a limitar-se à sua tímida aplicação possessória e, para mais, em tempos de não levantar ondas dogmáticas [...]”¹⁰

Por fim, é importante analisar o salto evolutivo do princípio da boa-fé no BGB; em verdade, sua importância não se dá exatamente por causa do Código Civil Alemão em si mesmo, mas sim dos estudos que o antecederam, na Escola Pandectística.

Se por um lado o Código Napoleônico foi um marco por ser a primeira grande codificação laica da era moderna, a unificação tardia da Federação Alemã fez com que o país tivesse seu Código Civil apenas em janeiro do ano de 1900.

O retardo na elaboração do BGB forçou os juristas alemães a trabalharem por muito tempo sem um código, baseando-se, não poucas vezes, na tradição romanística para decidir os conflitos de ordem privada; eles precisaram encontrar meios alternativos à norma positiva para solucionar conflitos cíveis.

Por esta razão, os pandectistas foram obrigados a discutir de forma muito mais profunda os institutos e princípios do Direito Civil, seja pela via doutrinária, seja através da jurisprudência.

Quando a codificação finalmente chegou para os alemães, já havia um estudo profundo e robusto dos institutos do direito civil. Tereza Negreiros defende que:

Não é exagero afirmar que os contornos atuais da boa-fé objetiva no pensamento ocidental são resultado direto da doutrina e, principalmente, da jurisprudência alemãs. É comumente reconhecido que o desenvolvimento da cláusula geral de boa-fé constante no BGB pelo Poder Judiciário daquele país foi o principal responsável pela difusão do princípio em outros sistemas de direito codificado.¹¹

O princípio da boa-fé veio previsto nos arts. 157 e 242 do BGB, obrigando o devedor a realizar a prestação em conformidade com a boa-fé, bem como determinando a interpretação dos contratos sob a égide deste mesmo princípio.

¹⁰ CORDEIRO, op. cit., p. 267.

¹¹ NEGREIROS, op. cit., p. 49.

Da mesma maneira que ocorrera na França napoleônica, a aplicação da boa-fé, nos primeiros tempos de vigência do Código Alemão, foi tímida, e apenas no sentido de reforçar o pactuado.

Em um segundo momento, porém, os estudos pandectistas foram fundamentais para reinterpretar o BGB quando do advento da inflação, no período histórico entre a Primeira e Segunda Grande Guerra na Europa, como será visto adiante.

2 SURGIMENTO DA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS

A *clausula rebus sic stantibus* surge apenas na Idade Média, sob influência do Direito Canônico, como um desdobramento do princípio da boa-fé.

A Idade Média caracterizou-se, entre outras coisas, por ser um período em que coexistiram vários ordenamentos jurídicos, fruto de fontes diversas: o direito comum andava *pari passu* com o Canônico, sendo que o princípio da boa-fé estava presente nos dois (embora com significados inicialmente diversos).

Enquanto no direito comum o descumprimento do contrato era apenas uma de suas possibilidades, no Canônico ele constituía na quebra da palavra dada, aproximando-se do pecado. Do confronto entre o Direito Comum e o Canônico, emerge uma solução intermediária: a *clausula rebus sic stantibus*.

De acordo com ela, as partes devem manter o pacto, a não ser que as condições existentes à época de sua criação tenham sido alteradas de forma significativa; há, assim, um abrandamento da idéia de que o acordo inicial deva prevalecer sempre, a tendo em vista a alteração das condições no curso do tempo.¹²

A *clausula rebus sic stantibus* foi detectada pela primeira vez em Bártolo, um canonista que, ao comentar o Digesto, discorreu sobre o conflito entre a boa-fé contratual e a alteração da situação fática das partes no curso da vigência de um contrato de casamento.

Neratius, D. 12.4.8: "Quod servius in libro de dotibus scribit, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse, sic intellegendum est, ut, si divortium intercesserit, priusquam utraque persona iustam aetatem habeat, sit

12 LIMA, Gisela Werneck Moreira Penna. O Princípio da Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro e no Direito Europeu – Uma Breve Comparação. *Publicações da Escola da AGU*: 1o Curso: Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa – Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal – Ano V, n. 35, v. 1, p. 273.

*eius pecuniae repetitio, donec autem in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas: quod enim ex ea causa nondum coito matrimonio datur, cum sic detur tamquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio eius non est.*¹³

No caso, discutia-se a alteração da situação civil dos cônjuges no curso da vigência do contrato de casamento, bem como as consequências desta alteração sobre o dote.

Bártolo, ao comentar a glosa, cunha a expressão: “contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur”, ou seja, os contratos que têm trato sucessivo e dependência futura devem ser entendidos estando as coisas assim.¹⁴

Por esta construção doutrinária, seria legítimo dissolver um contrato de trato sucessivo, quando a situação se alterar de forma relevante e imprevisível durante a vigência do contrato.

Segundo Menezes Cordeiro, “haveria, aqui, o nascimento de um conceito novo – o da cláusula rebus sic stantibus – que, de imediato, iniciaria sua expansão.”¹⁵

Ela amenizaria a dureza do princípio *pacta sunt servanda* nos contratos comutativos de trato sucessivo que, em razão de alteração imprevisível de situação na época da assinatura do contrato, transformaram-se em excessivamente onerosos para uma das partes.

Em que pese o fato do estudo da *clausula rebus* ter se expandido entre o fim da Idade Média e começo da Era Moderna, ele não chega a integrar os Códigos Civis do período. Analisando o fenômeno, o mesmo autor teoriza que:

Perante a escassez relativa de fontes clássicas da matéria, acrescida, para mais, pelo incontido desprezo nutrido pelos humanistas face aos glosadores e comentadores, a consagração da *clausula assumiria*, nos esquemas sistemáticos de Cuiacius e Donellus, uma feição incômoda, susceptível de perturbar a elegância do conjunto. O problema foi resolvido com o silêncio pudico”.¹⁶

[...]

13 D. 12.4.8. Neratius libro secundo membranarum.

14 AZEVEDO, Álvaro Villaça. Inaplicabilidade da Teoria da Imprevisão e Onerosidade Excessiva na Extinção dos Contratos. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 63, p. 53/54.

15 CORDEIRO, op. cit., p. 943.

16 *Ibidem*, p. 947.

“O Código Napoleão culminou esta evolução, ignorando totalmente a *clausula rebus sic stantibus* ou qualquer outro instituto que, em geral, prosseguisse sua finalidade. Às vacilações do jusracionalismo somou-se, desta feita, todo o peso da tradição elegante francesa, expressa nos silêncios eloquentes de de Cuiacius, Donellus, Domat e Pothier.”¹⁷

Assim, seja por sua ausência de fontes clássicas, seja pelo preconceito dos humanistas, a *clausula rebus* não integrou os códigos modernos, desde o Código Napoleônico até o Código Civil Brasileiro de 1916.

3 PERÍODO ENTREGUERRAS EUROPEU E INFLAÇÃO BRASILEIRA: A NÃO APLICAÇÃO DA CLAUSULA REBUS NO DIREITO PRIVADO

A *clausula rebus sic stantibus* vinha se desenvolvendo na doutrina desde a Idade Média, porém sua evolução foi interrompida de forma sensível em razão de não ter integrado o Código Napoleônico; porém, em um segundo momento, em razão da necessidade de solução para os problemas de uma sociedade cada vez mais complexa, o princípio continuou evoluindo na doutrina e jurisprudência.

As guerras do fim do Séc. XIX e início do Séc. XX geraram alteração súbita nos contratos comutativos do período; este desequilíbrio gerou uma série de litígios, que não tardaram a serem levados aos tribunais franceses.

Houve, então, um certo avanço doutrinário, e o problema da eficácia da alteração das circunstâncias ganhou o nome de ‘Teoria da Imprevisão’ no espaço jurídico-cultural francês.

Ela foi acolhida pelo Conselho de Estado da França, emergindo no julgado de 30 de março de 1916, em uma lide entre a *Compagnie Générale d’Éclairage de Bordeaux* e a Cidade de Bordeaux; neste caso, admitiu-se a revisão de um contrato administrativo de concessão em razão do aumento do preço do carvão no curso da guerra.¹⁸

A Teoria da Imprevisão se desenvolveu rapidamente no Direito Administrativo, passando a ser classificada como uma das cláusulas contratuais exorbitantes (na medida em que exorbitam aquelas previstas no Código Civil e Comercial).

Se a jurisprudência aceitou, com certa facilidade, a Imprevisão na esfera administrativa, o mesmo não aconteceu em relação aos contratos privados. Segundo Ripert, esta rigidez se deu por várias razões:

17 CORDEIRO, op. cit., p. 955.

18 AZEVEDO, op. cit., p. 54.

Não se pode exigir à jurisprudência que admita a anulação e ainda menos a revisão dum contrato, sobre o pretexto dum agravamento da obrigação posterior ao contrato. Ela não poderia, sem o apoio do texto legal, opor esta teoria da revisão por imprevisão ao princípio da força obrigatória do contrato. Tanto mais que invocar o desequilíbrio das prestações posterior ao contrato concluído e comparar esta falta de equivalência à lesão, é expor-se a ver em oposição os textos precisos que afastam a lesão como causa de nulidade do contrato.

[...]

Se os juízes franceses resistiram a este apelo foi antes de mais nada porque tiveram medo do poder que iam outorgar-se. Os glosadores tinham tentado definir as circunstâncias que as partes não tinham podido prever, e insistiram sobretudo sobre a mudança na condição das pessoas. Mas é evidente que as partes não previram a guerra, a interrupção das comunicações, a epidemia, as ordens do Estado para fornecimentos ou entregas obrigatórias, a crise econômica, o desequilíbrio dos câmbios, a depreciação da moeda. Seria necessário então destruir o rever todos os contratos para os acomodar às circunstâncias contando com a vontade provável dos contratantes!

[...]

Não poderá o devedor fugir ao contrato opondo a exceção liberatória do caso de força maior? Bastaria para lhe conceder a sua libertação considerar como força maior a dificuldade do cumprimento quando essa dificuldade tem um certo caráter de gravidade e que não podia ser prevista no momento do contrato.

[...]

E, no entanto, foi justamente durante a última guerra que a jurisprudência se mostrou particularmente refratária a admitir o motivo de força maior. Podiam-se citar decisões anteriores admitindo força maior em caso de dificuldades muito graves de execução, e mesmo estas dificuldades eram exclusivamente do devedor. Mas parece que a jurisprudência receou o pretexto que seria assim dado a todos os devedores e exagerou a sua severidade para que a indulgência manifestada por um não arrastasse à fraqueza para com todos. Ela declarou que a guerra e todas as dificuldades de cumprimentos de

contratos que arrasta consigo não constituem um caso de força maior. Aplicou esse princípio quando não havia rarefação de mercadorias ou matérias-primas, crise de mão-de-obra, preceitos legais reduzindo a produção, taxas novas agravando a indústria. Aplica-o com mais razão quando o devedor se limita a invocar o prejuízo que é causado pelo aumento dos preços e pela depreciação da moeda.¹⁹

Como discorre o autor, vários fatores levaram a Corte de Cassação a não estender a Teoria da Imprevisão à esfera privada: a ausência de previsão no Código Civil, a ausência de critérios objetivos de cabimento, bem como fatores extrajurídicos, como o medo de trazer insegurança jurídica no mercado.

A solução alternativa foi tentar resolver os casos de desequilíbrio no contrato pela boa-fé ou perdas e danos²⁰, mas a força do *pacta sunt servanda* prevalecera na jurisprudência francesa.

Enquanto o Direito Francês foi rígido na interpretação dos contratos privados, no Direito Alemão a solução se deu de forma diversa.

No início, a boa-fé no BGB servira apenas de reforço para a obrigatoriedade dos contratos, como acontecera na França; após a primeira guerra mundial, porém, o princípio sofrera uma ressignificação doutrinário-jurisprudencial.

Segundo Teresa Negreiros, o artigo 242 do Código Civil Alemão ganhou nova dimensão, pois a jurisprudência transformou a cláusula geral de boa-fé, transformando-a “(n)o locus privilegiado de fundamento convergente para os mais variados juízos de valor impostos pelas transformadas condições socioeconômicas”.²¹

Explicando melhor: jurisprudência alemã deu nova dimensão para o princípio da boa-fé, ampliando de tal forma que seria aplicável à vários problemas contratuais, e.g. casos de vedação a comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), e modificação das condições existentes sobre a relação obrigacional (*clausula rebus sic stantibus*), entre outros.

Como dito anteriormente, os estudos da Pandectística deram suporte doutrinário para esta construção, e a boa-fé se expandiu, atendendo inclusive os casos de onerosidade excessiva nos contratos privados comutativos.

Como resume Menezes Cordeiro, “a capacidade reprodutora do sistema devia ser assegurada por um instituto suficientemente amplo para não entravar os desenvolvimentos necessários e imprevisíveis e, em

19 RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 153/158, *passim*.

20 *Ibidem*, p. 158.

21 NEGREIROS, *op. cit.*, p. 53.

simultâneo, dotado de um peso juscultural capaz de dar credibilidade às soluções encontradas. A boa-fé tinha este perfil.”²²

Já a solução brasileira, nos períodos inflacionários, durante a vigência do Código Civil de 1916, foi alinhada à francesa: restringiu-se a aplicação da *clausula rebus sic stantibus* à esfera do direito público.

Segundo Villaça Azevedo, durante a vigência do antigo Código Civil, a jurisprudência brasileira exigia três pressupostos para aplicar a teoria da imprevisão em contratos privados: primeiro, deveria ocorrer alteração radical do contrato, causada por circunstância imprevista e imprevisível (*álea extraordinária*); segundo, devia haver o enriquecimento injusto e inesperado de um dos contratantes; por fim, devia haver a onerosidade excessiva, que tornaria insuportável a execução para uma das partes.²³

Se por um lado o judiciário considerava a *clausula rebus* um princípio formalmente implícito no direito privado brasileiro, por outro negava-lhe a aplicação na medida em era excessivamente rígido do pressuposto de imprevisibilidade.

Villaça, citando Orlando Gomes, resume o entendimento da época: “quem quer que contrate num país, que sofre do mal crônico da inflação, sabe que o desequilíbrio se verificará inelutavelmente, se a prestação pecuniária houver e se der por satisfeita depois da celebração do contrato. O desequilíbrio é, por conseguinte, previsível, pelo que à parte que irá sofrê-lo cabe acautelá-lo”²⁴. Era neste sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na época:

RE 58487 / PR – PARANÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. HERMES LIMA. Julgamento: 03/12/1965. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação. DJ 09-03-1966 PP-00635. EMENT VOL-00646-01 PP-00480. RTJ VOL-00036-01 PP-00104Parte(s) RECTE.: CONSTRUTORA IMOBILIÁRIA COMERCIAL S/A (CISA). ADV.: JOÃO DE BARROS FILHO. RECDOS.: ORLANDO FRANÇA E OUTROS. ADV.: ÉLIO NARÉZI. Ementa: AÇÃO ORDINARIA PARA PEDIR REVISÃO DE PREÇOS ESTABELECIDOS EM CONTRATOS DE COMPRA E VENDA, OU DE RESOLUÇÃO DO VINCULO CONTRATUAL EX NUNC, COM RESTITUIÇÃO DAS PARTES, SOB FORMA SINGELA, AO ESTADO ANTERIOR, COM ACRÉSCIMO, AO ESTADO ANTERIOR, COM ACRÉSCIMO APENAS DOS JUROS LEGAIS.

²² CORDEIRO, op. cit., p. 331.

²³ AZEVEDO, op. cit., p. 54/55.

²⁴ GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: RT, 1980. p. 148, apud AZEVEDO, op. cit., p. 56.

CONFIRMAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO PORQUE SE APOIOU NA APRECIACÃO DOS FATOS. O ACÓRDÃO NÃO NEGOU QUE A TEORIA DA IMPREVISÃO SE POSSA APLICAR EM NOSSO DIREITO, APENAS A ELA NÃO SE REFERIU, POR NÃO SER CASO NA ESPÉCIE DOS AUTOS. Decisão. Não conhecido. Unânime. Indexação.

No mesmo sentido:

AI 43675 / GB – GUANABARA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. BARROS MONTEIRO. Julgamento: 02/09/1968. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação. DJ 04-10-1968 PP-03980. EMENT VOL-00741-02 PP-00455. Parte(s). AGTES: RAPHAEL ELIE MIZRAHY E OUTROS. ADV. MARCELLO DE MENDONÇA. AGDOS. WALDEMIRO CURSINO E OUTROS. ADV. JACOB GOLDEMBERG. Ementa: CONTRATO DE CONSTRUÇÃO POR EMPREITADA E PRAZO FIXO. TEORIA DA IMPREVISÃO. INEXISTÊNCIA DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E MATÉRIA DE PROVA. AGRAVO DESPROVIDO. Decisão. Negado provimento, unanimemente. 1ª T., em 2.9.68.

A jurisprudência da Suprema Corte dirigia a de todos os demais tribunais brasileiros. Ao considerar a inflação como fenômeno previsível, esvaziou-se o uso da teoria da imprevisão no direito privado, pois os eventos imprevisíveis diversos da inflação acabariam enquadrados nas hipóteses do caso fortuito ou força maior.

A resistência dos tribunais em revisar os contratos pela inflação crônica experimentada no Brasil do século passado, entre os anos 60 e 90, gerou consequências na jurisprudência e reflexos na doutrina. Como em um primeiro momento as decisões judiciais foram restritivas, bem como a inflação persistia, o próprio direito privado brasileiro acabou por se reorganizar.

A primeira reação imediata é que se desistiu do enquadramento na *clausula rebus*, tentando-se enquadrar as demandas em caso fortuito, força maior ou mesmo resolução por perdas e danos.

Uma segunda reação, a médio prazo, é que os comutativos de vigência prolongada – mesmo os mais simples e improvisados – passaram a ter cláusulas de reajuste e indexação. Nesta esteira, as controvérsias judiciais deixaram de ser sobre a recomposição do preço e passaram a girar em torno de quais seriam os melhores índices de atualização para os contratos de cada ramo de atividade econômica.

Em um terceiro momento, a própria legislação esparsa posterior (e.g. Lei do Inquilinato, arts. 17 e 18) passou a prever hipóteses de reajuste para adequação do preço à inflação.

Por fim, o efeito extrajurídico da indexação foi o reforço da espiral inflacionária, na medida em que os preços dos contratos já eram calculados antecipando suposto aumento, embutindo-o na obrigação futura que sequer se sabia se seria efetivamente mais cara.

4 CONCLUSÃO: A CONVERGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E DA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS CÓDIGO CIVIL DE 2002

É lugar-comum na doutrina dizer que o direito tem por finalidade regular a vida em sociedade: *ubi societas, ubi ius; ubi ius, ubi societas*.

Ocorre, porém, que o direito não deve apenas regular a sociedade, mas também estar atento à sua evolução e evoluir com ela, apresentando-lhe soluções às suas demandas, sob pena de se tornar anacrônico.

E não foram poucas as evoluções sociais do último século: note-se, por exemplo, as profundas alterações entre os dois códigos civis brasileiros, que refletem o dinamismo de nossa sociedade em um curto espaço de tempo.

O Código Civil de 1916, de inspiração francesa, privilegiava a autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos e o formalismo. Já o Código de 2002, de inspiração alemã, dá importância à finalidade dos contratos e privilegia a simplicidade em detrimento do formalismo, bem como prefere a função social dos contratos em detrimento da liberdade das partes.

No novo Código, os contratantes não são livres para fazer todo e qualquer contrato, mas apenas e tão somente aqueles que respeitem as partes e a sociedade, que expressem a intenção dos negociantes e que sejam preferencialmente simples, informais.

Havia, há muito tempo, uma demanda de nossa sociedade por uma legislação civil mais adequada ao novo Brasil: um país com forte migração interna, baixa escolaridade, com desigualdades, informal, plural e urbano.

A doutrina já havia antecipado sua mudança de orientação quando do advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, que reconhecia o impacto dos contratos na sociedade de massa e a desigualdade de condições entre as partes.

Enquanto o primeiro código fora omissivo em relação à Teoria da Imprevisão e lacônico em relação ao princípio da boa-fé, no novo estes institutos estão presentes e detalhados, inseridos em um sistema amplo de princípios interligados: sociabilidade, eticidade e operabilidade²⁵.

25 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Método/Forense, 2015. p. 115/120, passim.

Dito de outro modo: boa-fé e *clausula rebus* não vem apenas expressos no novo Código, mas convergem para formar sistema de interpretação dos contratos, preponderantemente social.

A boa-fé contratual vem expressa em três momentos do Código Civil de 2002:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

O artigo 422 deixa expresso que a boa-fé deve estar presente desde as tratativas até a conclusão do contrato, enquanto o 187 dá os limites de ordem coletiva ao direito de contratar dos indivíduos. Por fim, o art. 113 vem como cláusula geral de interpretação, não deixando dúvidas quanto a nulidade de cláusulas ou mesmo de contratos inteiros que ofendam a boa-fé.

Da análise destes três artigos, conclui-se que o legislador de 2002 relativizou, em muito, a autonomia privada, a liberdade de contratar e mesmo o *pacta sunt servanda*, priorizando o caráter social dos contratos (sejam eles comutativos ou não). Já a teoria da imprevisão vem expressa nos artigos 478 a 480, *verbis*:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

A clausula rebus vem detalhada, deixando clara não só seu cabimento, mas também as hipóteses de composição das partes.

Retomando: a boa-fé e a teoria da imprevisão não vêm apenas previstas no novo Código, isoladamente, mas se inserem dentro de um contexto maior, de um sistema de princípios interligados, que levam em conta o impacto social dos contratos (princípio da sociabilidade).

Se a sociedade não é estática, o direito que a regula também não deve ser; por esta razão, os princípios e institutos jurídicos devem estar em constante evolução, para atender as demandas de uma sociedade cada vez mais complexa. A análise da evolução de princípios no curso da história permite entender melhor quais as necessidades que os fizeram surgir, bem como as suas hipóteses de sua aplicação.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Inaplicabilidade da Teoria da Imprevisão e Onerosidade Excessiva na Extinção dos Contratos. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 63.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIORI, Roberto (coordenador). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 4*. Roma: Jovene, 2011.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 10. ed. São Paulo: Forense, 1984.

LIMA, Gisela Werneck Moreira Penna. O Princípio da Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro e no Direito Europeu – Uma Breve Comparação. *Publicações da Escola da AGU: 1o Curso: Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa – Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal – Ano V*, n. 35, v. 1.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado, Parte Especial*, v. XXXII. Rio de Janeiro: Borsoi. 1961.

KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo De. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do Projeto do Código civil. Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro. *Série Cadernos do CEJ*. v. 20. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2002.

RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Método/Forense, 2015.

OBJETIVOS COLATERAIS DAS CONTRATAÇÕES
PÚBLICAS: CRÍTICA À VISÃO HIPERMÉTROPE
DA UNIÃO EUROPEIA EM RELAÇÃO À
POLÍTICA BRASILEIRA

*COLLATERAL OBJECTIVES OF PUBLIC PROCUREMENT:
COMMENTS TO THE HIPERMETROPE VISION OF THE
EUROPEAN UNION ON BRAZILIAN POLITICS*

Diego Franco de Araújo Jurubeba'
Procurador Federal

Consultor Jurídico do Ministério da Integração Nacional

SUMÁRIO: Introdução; 1 Antecedentes históricos dos objetivos secundários ou colaterais nas contratações públicas; 2 Os valores envolvidos nas contratações públicas e a proliferação das normas jurídicas de incentivos às indústrias domésticas; 3 O âmbito objetivo de aplicação das diretivas comunitárias sobre contratações públicas; 4 Conclusão; Referências

¹ Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Especialista em Teoria e Operação da Moderna Economia Nacional pela The George Washington University.

RESUMO: O presente artigo visa analisar a crescente utilização dos chamados objetivos colaterais ou secundários das contratações públicas, nomeadamente os econômicos. Pretende-se, nessa linha, traçar um panorama dos fundamentos e da utilização das compras estatais como instrumento de fomento à indústria local por parte do Brasil e de alguns dos seus parceiros comerciais. Ao final, serão destacados os limites no âmbito objetivo de aplicação das diretivas comunitárias que regem os contratos públicos europeus, a fim de deixar claro que uma parcela significativa das compras públicas realizadas no espaço territorial do bloco econômico passa ao largo do discurso das suas autoridades.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Licitação. Contratos Administrativos. Protecionismo. Margens de Preferência.

ABSTRACT: This article aims to analyze the increasing use of so-called collateral or secondary objectives of public procurement, particularly economic ones. It is intended to give an overview of the fundamentals and the use of public contracts as a tool to promote local industry by Brazil and some of its trading partners. Finally, the application limits of Community directives governing European public procurement will be highlighted, in order to make it clear that a significant portion of public purchases in the sovereign territory of the bloc is far from the speech of its authorities.

KEYWORDS: Administrative Law. Public Procurement. Public Contracts. Protectionism. Preferential Margins.

INTRODUÇÃO

Uma das premissas mais arraigadas no direito administrativo contemporâneo reside no entendimento de que as compras governamentais devem ser delineadas segundo a fórmula “getting the best deal for the public’s money” de contratação pública, relacionada apenas aos dois objetivos clássicos da licitação: proteção dos interesses públicos financeiros e proteção dos interesses público e privado da concorrência².

Essa visão estrita, que adota a perspectiva de que os governos podem regular as compras públicas somente para obter uma eficiente alocação de recursos, restou entranhada fortemente no direito brasileiro, de sorte que, via de regra, considerações sociais, ambientais e de estímulo à atividade empresarial não só eram desprezadas na delimitação dos critérios de adjudicação dos contratos públicos, como as poucas medidas estatais que fugiam daquele padrão sequer chegaram a fomentar maiores debates teóricos entre os juristas pátrios³.

Nos últimos anos, contudo, o caráter inflexível da legislação brasileira de licitações e contratos públicos vem sendo modificado de modo a transformar as compras governamentais numa ferramenta que visa a promoção de objetivos econômicos, sociais e ambientais estabelecidos pelo Estado.

Especificamente no que diz respeito aos objetivos econômicos, percebe-se certa aderência das normas jurídicas mais recentes com vistas a encampar uma política neodesenvolvimentista nas compras estatais. Essa opção, no entanto, tem gerado reações negativas da União Europeia frente à política brasileira, a qual é acusada de ser protecionista⁴.

Decerto que práticas protecionistas devem ser a priori evitadas, dado o seu potencial de criação de setores privilegiados, que, ao fim e ao cabo, enriquecem às custas do consumidor que paga mais caro diante das limitações impostas à competição inerente aos mercados.

A União Europeia, lastreada nos princípios básicos de livre circulação de bens, tratamento nacional e não discriminação, adota um discurso

2 Entre vários autores que chegam a esta constatação: GONÇALVES, Pedro Costa. Integração de preocupações concorrenciais nas regras da contratação pública. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, n. 1, mar./ago. 2012; SCHOONER, Steven L. Desiderata: Objectives for a system of government contract law. *Public Procurement Law Review*, Nottingham, n. 11, 2002. p. 108.

3 Da simples leitura dos tradicionais manuais de Direito Administrativo brasileiro é possível chega a esta conclusão: Cf., entre outros; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007. p. 219; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 407; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005. p. 267.

4 Entre outros documentos oficiais, cf. COMISSÃO EUROPEIA. *Report from the Commission to the European Council-Trade and Investment Barriers*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2012. p. 8.

ferrenho contra práticas protecionistas ao redor do mundo. Mas será que o bloco econômico não está a esquecer de parcela importante do seu próprio terreno?

Nesse contexto, o presente artigo visa analisar a crescente utilização dos chamados objetivos colaterais ou secundários das contratações públicas, nomeadamente os econômicos. Pretende-se, desse modo, traçar um panorama dos fundamentos e da utilização das contratações estatais como instrumento de fomento à indústria local por parte do Brasil e de alguns dos seus parceiros comerciais.

Ao final, serão destacados os limites no âmbito objetivo de aplicação das diretivas comunitárias que regem os contratos públicos europeus, a fim de deixar claro que uma parcela significativa das compras públicas realizadas no espaço territorial do bloco econômico passa ao largo do discurso das suas autoridades.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DOS OBJETIVOS SECUNDÁRIOS OU COLATERAIS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Historicamente, é possível pinçar, desde o século XIX, alguns exemplos da utilização das compras governamentais como ferramenta de regulação social na Europa e nos Estados Unidos. Naquela época ocorreram as primeiras iniciativas de modelagem das contratações públicas com vistas à estabilização de regras mais justas de jornada e de remuneração dos trabalhadores⁵.

Tomando emprestado a classificação de Sue Arrowsmith, tais objetivos estão incluídos entre os denominados “colaterais” ou “secundários”, em contraste com o objetivo primário, que é a obtenção de bens e serviços pelo menor custo financeiro mediante competição isonômica⁶.

Nesse âmbito, os Estados Unidos talvez sejam o país que mais produziu alternativas de utilização do poder de compras estatal na consecução de objetivos socialmente relevantes, notadamente após a crise de 1929, o que, para alguns⁷, teve reflexos significativos no desenvolvimento

5 Nos Estados Unidos, o marco inaugural dessa forma de atuação ocorreu em 1840, quando o presidente Martin Van Buren estabeleceu, mediante uma executive order, que a jornada de trabalho dos empregados em obras contratados pelo governo federal estaria limitada a 10 horas por dia (McCRUDEN, Chistopher. Using public procurement to achieve social outcomes. *Natural Resources Forum: a United Nations Sustainable Development Journal*, New York, n. 28, 2004. p. 257).

6 ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE, Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. Haia: Kluwer Law International, 2000, p. 237.

7 Entre outros doutrinadores favoráveis a estas medidas, cf. MARION, Justin. Are bid preferences benign? The effect of small business subsidies in highway procurement auctions. *Journal of Public Economics*, Cambridge, n. 91, 2007. p. 1591-1624.

social e econômico daquele país durante o século passado. Com efeito, a legislação norte-americana de contratações públicas claramente encampou a crença de que os benefícios sociais e econômicos de longo prazo advindos dos programas de preferências compensam os custos acrescidos pelas limitações impostas à competitividade dos certames licitatórios⁸.

Sob o ponto de vista da regulação social, três têm sido os focos primordiais de atuação dos norte-americanos naquela temática: a) como reforço à legislação antidiscriminatória no contexto trabalhista; b) como estímulo à atividade empreendedora de grupos em desvantagem, de grupos econômicos locais e da indústria militar; e, c) como reforço à legislação protetiva da saúde e do meio ambiente (buying green, por exemplo).

Um exemplo notável do primeiro foco consistiu no alinhamento das contratações públicas com o movimento pelo fim da discriminação dos afrodescendentes (civil rights movement), quando os presidentes norte-americanos editaram, a partir de 1941, executive orders estabelecendo regras de não discriminação nos contratos públicos federais. Tais atos normativos foram editados sucessivamente até a aprovação do Civil Rights Act, em 1964⁹.

Nessa toada, atualmente existem mais de uma dúzia de objetivos (preferences) que determinam a modulação dos procedimentos licitatórios nos Estados Unidos, indo do tratamento favorecido às empresas controladas por minorias raciais ou por mulheres até a compra de produtos produzidos apenas por empresas “livres” de substâncias causadoras de dependência (drug free workplaces)¹⁰.

É no campo econômico, porém, que os Estados Unidos consolidaram seus maiores programas de preferências nas licitações públicas, os quais são alvo de sérios questionamentos internos e externos: o Buy American Act, que restringe as aquisições de produtos estrangeiros para uso interno nos Estados Unidos; o Balance of Payments Program, que regulamenta as aquisições estatais no exterior; e o Small Business Act, voltado às pequenas empresas.

O Buy American Act passou a vigorar nos Estados Unidos, em 1933, com o objetivo de proteger a produção interna estadunidense e promover a geração de empregos durante uma época de grave depressão econômica¹¹. Inicialmente de caráter temporário, o programa se perpetua até hoje como um símbolo do protecionismo norte-americano.

8 CUMMINGS, Glen, et al. State And Local Procurement Preferences: A Survey. *Journal of Public Procurement*, Boca Raton, n. 9, 2009. p. 374.

9 McCRUDEN, op. cit., p. 260

10 CUMMINGS, op. cit., p. 387.

11 McCRUDEN, Christopher. *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, & Legal Change*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 24.

Nesse programa, os produtos produzidos no país que atendam as regras de conteúdo nacional (o custo dos componentes nacionais deve representar mais de metade do custo de todos os componentes utilizados) gozam de uma margem de preferência de 50% (cinquenta por cento) em relação à proposta de produto estrangeiro nas licitações públicas ocorridas no país. Essa margem ainda poderá ser ampliada, caso o dirigente do órgão licitante entenda que o fator de proteção é insuficiente para determinada situação concreta¹².

A mesma regra de concorrência é adotada pelo Balance of Payments Program, que regulamenta as aquisições de bens e materiais de construção para utilização fora do território norte-americano (Federal Acquisition Regulation, 25.303-f).

Por seu turno, o Small Business Act, de 1953, prevê, primordialmente, que as aquisições de bens ou serviços de valor entre US\$ 2.500 e US\$ 100.000 (simplified acquisition threshold) deverão ser realizadas mediante licitações reservadas exclusivamente para empresas de pequeno porte (empresa não dominante no mercado do bem objeto de licitação e definida segundo critérios de faturamento e de número de empregados, em função do ramo de atividade), entre outras medidas como imposição de percentuais de subcontratação de pequenas empresas nas demais modalidades de licitação¹³.

Como é possível notar, a robusta imersão de uma política de estímulo da produção doméstica de bens e serviços no arcabouço jurídico que regulamenta as compras governamentais nos Estados Unidos aponta para uma incoerência entre o Direito vigente e a ideologia econômica liberal pela qual o resto do mundo identifica aquele país¹⁴.

Por sua vez, durante o século XX, e com mais ênfase na era da chamada “explosão de direitos”¹⁵, as democracias europeias expandiram o

12 Para maiores detalhes, Cf. JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. *Procurement preferences favoring domestic firms and industries: a comparison between American and Brazilian policies*. Disponível em: <http://www.gwu.edu/~ibj/minerva/Fall2014/Diego_Jurubeba.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2014

13 Não se aplicam as restrições do Buy American Act e do Balance of Payments Program nas aquisições governamentais de bens e de materiais de construção estrangeiros cobertos por acordos comerciais. A este respeito, o Trade Agreements Act ainda confere ao Presidente dos Estados Unidos o poder de suspender tais restrições em benefício de produtos provenientes de países menos desenvolvidos ou daqueles que lhe concederem benefícios recíprocos em suas licitações. Esta possibilidade, contudo, não é extensiva para as compras reservadas para pequenas empresas (MOREIRA, Heloíza Camargos; MORAIS, José Mauro de. *Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil*. Brasília: CEPAL, 2003. p. 86).

14 Esta contradição é criticada em alguns estudos pátrios. Entre outros: ALEM, Ana Cláudia. O futuro da indústria: a importância de uma nova política de competitividade para o Brasil. In: MDIC; STI; CNI (Org.). *O futuro da indústria: oportunidades e desafios*. Brasília: MDIC e IEL, 2001. p. 20; MAGALHÃES, Gildo. Energia, industrialização e a ideologia do progresso. Projeto História, São Paulo, n. 34, 2007. p. 30.

15 YERGIN, Daniel; STANISLAW, Joseph. *The commanding heights: the battle for the world economy*. New York: Touchstone, 2002. p. 371.

uso das contratações públicas como forma de promover políticas públicas voltadas aos trabalhadores, especialmente em favor de grupos sociais considerados merecedores de extraordinária proteção, tais como mulheres, crianças, minorias raciais e pessoas com deficiência¹⁶. Na mesma época, as contratações públicas também passaram a servir como mecanismo de intervenção estatal nas economias nacionais, de modo a conferir um tratamento favorável às indústrias domésticas e garantir uma balança de pagamentos positiva¹⁷.

No entanto, com a perda de confiança na inteligência governamental durante a década de 1970, aliada à pretensão de formação de um mercado comum europeu, a intervenção nos mercados mediante arranjos preferenciais nas licitações passou a ser enxergada como uma prática protecionista censurável, tendo sido combatida a partir da Diretiva 66/683. Em consequência, a União Europeia vem editando, desde a década de 1960, uma série de diretivas que estabelecem uma coordenação de normas sobre compras governamentais pautada nos princípios básicos de livre circulação de bens, tratamento nacional e não discriminação¹⁸.

2 OS VALORES ENVOLVIDOS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E A PROLIFERAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS DE INCENTIVOS ÀS INDÚSTRIAS DOMÉSTICAS

As compras do setor público contemplam, majoritariamente, a demanda efetiva por bens e serviços de uso comum, para gestão e operacionalização de suas atividades cotidianas, e por bens e serviços aliados à inovação. É uma atividade rotineira que se traduz em cifras bilionárias em todo mundo.

No Brasil, segundo informações divulgadas no Portal de Compras do Governo Federal – Comprasnet, o mercado nacional de licitações gasta cerca de 350 bilhões de reais anualmente, isto é, mais de 15 % (quinze por cento) do produto interno bruto¹⁹.

16 Em um destes casos, chama atenção um programa criado pelo governo inglês em 1926, cujo objetivo era garantir o aproveitamento dos mutilados na Primeira Guerra Mundial nos contratos celebrados pela Administração. Após o segundo grande conflito, tal programa foi aperfeiçoado e se expandiu para todo o restante da população inglesa com deficiência física (McCRUDEN, Using, p. 258).

17 ARROWSMITH; LINARELLI; WALLACE, op. cit., p. 237.

18 Os mesmos princípios, que visam garantir oportunidades iguais de participação aos ofertantes de nacionalidades distintas, foram incorporados ao Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio (Government Procurement Act - GPA), negociado paralelamente à Rodada do Uruguai em 1994, e em vigor desde 1996. Atualmente, o acordo possui 42 países signatários e 27 países observadores.

19 Apenas governo federal, no ano de 2012, contribuiu neste número impressionante com cerca de 73 bilhões de reais, conforme dados disponíveis em: <http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Estatisticas/2013/01_A_06_%20INFORMATIVO_COMPRASNET_Dados_Gerais_2013.pdf>. Acesso em: 15 out. 2013.

Em âmbito global, de acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), as contratações públicas geram um fluxo financeiro que varia entre 10% (dez por cento) a 15% (quinze por cento) do produto interno bruto das nações. Há casos, porém, que o número é ainda mais expressivo²⁰. Na União Europeia, por exemplo, publicações oficiais apontam que as compras governamentais representam cerca 17% (dezessete por cento) do produto interno bruto de toda a comunidade²¹.

Com efeito, a modulação dos processos de contratação com vistas ao direcionamento do poder de compra governamental a favor da promoção do mercado interno pode ser enxergada por alguns como uma alternativa fundamental para o desenvolvimento econômico do país.

Nesse sentido, é verdade que o Brasil adotou por décadas um forte modelo de proteção da indústria nascente que, de certa forma, contribuiu para que o país já tivesse um robusto parque industrial no início dos anos 1980²². Todavia, a permanência excessiva dessa lógica propiciou a formação de setores com arraigada cultura de ineficiência, mas com grande poder de lobby governamental.

De maneira semelhante, a perpetuação de políticas de desenvolvimento econômico nas compras governamentais levadas a efeito nos Estados Unidos através do Buy American Act, do Balance of Payments Program e do Small Business Act não são unanimidades no âmbito interno. Ao revés, são amplamente criticadas por juristas²³, economistas²⁴ e entidades que congregam profissionais da área.

Exemplo disso é a histórica oposição do National Institute of Governmental Purchasing (NIGP) a todas as formas de preferências, enxergando-as como “impedimentos para obtenção do custo efetivo para compras de bens, serviços e construções em um modelo de livre mercado”²⁵. Posicionamento parecido tem a National Association of State Procurement Officials (NASPO) em relação ao Buy American e outros programas de

20 UNIÃO EUROPEIA. *Buying Social - A guide to taking account of social considerations in public procurement*. Luxembourg, 2010. p. 51. Disponível em: 10.2767/18977. Acesso em: 15 jul. 2013.

21 Ibidem.

22 Feito por meio de modelos de substituição de importações pregados pelas escolas econômicas desenvolvimentistas (GIAMBIAGI, Fabio. As vacas sagradas (IX): o protecionismo. In: *Brasil: raízes do atraso: paternalismo versus produtividade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 182).

23 Entre outros: SCHOONER, Steven L.; YUKINS, Christopher R. Public procurement: focus on people, value for money and systemic integrity, no protectionism. In: *The collapse of global trade, murky protectionism, and the crisis: Recommendations for the G20*. London: Centre for economic policy research, 2009, p. 87-92.

24 Entre outros: HUFBAUER, Gary Clyde; SCHOTT, Jeffrey J. *Buy American: Bad for Jobs, Worse for Reputation*. Peterson Institute for International Economics Policy Brief, Washington, n. 09-2, 2009.

25 NATIONAL INSTITUTE OF GOVERNMENTAL PURCHASING. Resolution 1016. New York, 1985. Disponível em: <http://www.nigp.org/eweb/StartPage.aspx?Site=NIGP&webcode=abt-res_1016>. Acesso em: 14 jul. 2013.

preferência criados em âmbito estadual. Segundo as pesquisas da entidade, tais políticas, antes de atingir seus objetivos sociais, fomentam pressões políticas cada vez maiores por mais protecionismo²⁶.

Não obstante as críticas, o governo norte-americano vem ampliando ainda mais as políticas de preferência para produtos domésticos. É o caso do American Recovery and Reinvestment Act of 2009, que provocou retaliação do Canadá ao ampliar o Buy American para os projetos de infraestrutura previstos naquela lei (similar ao Programa de Aceleração do Crescimento - PAC) que usem aço, ferro e bens manufaturados nos EUA²⁷.

Com efeito, o crescimento das práticas discriminatórias em razão da nacionalidade, com a crise das políticas neoliberais no início do século XXI, vem incentivando reações de grupos de pressão em alguns países para a incorporação de provisões cada vez mais protecionistas nas licitações públicas²⁸. Desse modo, desde meados da década passada, assiste-se a uma corrida mundial para a implantação de políticas econômicas protetivas nos diversos estatutos licitatórios nacionais, conforme destaca a exposição de motivos da medida provisória nº. 495/2010:

São ilustrativas, nesse sentido, as diretrizes adotadas nos Estados Unidos, consubstanciadas no “Buy American Act”, em vigor desde 1933, que estabeleceram preferência a produtos manufaturados no país, desde que aliados à qualidade satisfatória, provisão em quantidade suficiente e disponibilidade comercial em bases razoáveis. No período recente, merecem registro as ações contidas na denominada “American Recovery and Reinvestment Act”, implementada em 2009. A China contempla norma similar, conforme disposições da Lei nº 68, de 29 de junho de 2002, que estipulada orientações para a concessão de preferência a bens e serviços chineses em compras governamentais, ressalvada a hipótese de indisponibilidade no país. Na América Latina, cabe registrar a política adotada pela Colômbia, que instituiu, nos termos da Lei nº 816, de 2003, uma margem de preferência entre 10% e 20% para bens ou serviços nacionais, com vistas a apoiar a indústria nacional por meio da contratação pública. A Argentina também outorgou, por meio da

26 NATIONAL ASSOCIATION OF STATE PROCUREMENT OFFICIALS. In-state Preferences Briefing paper, August 2012. Disponível em: <http://www.naspo.org/content.cfm/id/briefs_and_whitepapers>. Acesso em: 14 jul. 2013.

27 FAIOLA, Anthony; MONTGOMERY, Lori. Trade Wars Brewing In Economic Malaise. The Washington Post. Whashington, 23 April 2010. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/05/14/AR2009051404241_pf.html>. Acesso em: 14 jul. 2013.

28 Por exemplo, no Canadá, CANADIAN MANUFACTURERS & EXPORTERS. Strategic government procurement: driving business investment and innovation through strategic government procurement. Disponível em: <www.cme-mec.ca/download.php?file=hstlkaeo.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2013.

Lei nº 25.551, de 28 de novembro de 2001, preferência aos provedores de bens e serviços de origem nacional, sempre que os preços forem iguais ou inferiores aos estrangeiros, acrescidos de 7% em ofertas realizadas por micro e pequenas empresas e de 5%, para outras empresas.

Interessante notar, porém, que alguns países que têm adotado semelhante política estão se posicionando contrariamente aos demais quando estes fazem o mesmo. Exemplo disso é que, quando o Brasil editou a medida provisória nº. 495/2010, abrindo espaço para a implantação de margens de preferência a favor da indústria nacional, o país foi alvo de diversas reclamações na Organização Mundial de Comércio (OMC) por supostamente não estar respeitando normas internacionais de livre comércio²⁹.

4 O ÂMBITO OBJETIVO DE APLICAÇÃO DAS DIRETIVAS COMUNITÁRIAS SOBRE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia, dispõe, em seu art. 28 e seguintes, sobre a proibição de restrições quantitativas nas importações e exportações, bem como todas medidas de efeito discriminatório equivalente entre nacionais dos Estados-Membros, no âmbito do bloco econômico.

À evidência, as aludidas disposições são aplicáveis às contratações públicas, entretanto³⁰, elas não se mostraram suficientes a impedir que normas internas estatuissem preferências a favor das empresas locais. Por conta disso, as diretivas 1970/32 e 1977/62 foram editadas com o intuito de dispor especificamente sobre a vedação de práticas discriminatórias nas contratações públicas e para estabelecer procedimentos licitatórios aplicáveis no âmbito da comunidade.

Essa vedação foi estendida a bens e serviços não oriundos da Comunidade Europeia com a edição da diretiva 1980/767, em consequência da aprovação do Acordo sobre Licitações Públicas no âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT).

Ainda assim as diretivas não surtiram o efeito liberalizante que se esperava. De acordo com estudo da Comissão Europeia³¹, as práticas

29 MERCOPRESS. *Rousseff administration will promote "buy Brazilian" policy to defend industry*. Disponível em: <en.mercopress.com/2012/03/20/rousseff-administration-will-promote-buy-brazilian-policy-to-defend-industry>. Acesso em: 15 jul. 2013.

30 COMISSÃO EUROPEIA. *Completing the internal Market: hite paper from the Comission to the European Council*. Milão: Comissão Europeia, 1985. p. 28.

31 *Ibidem*.

licitatórias internas eram um significativo embaraço à liberdade de bens e serviços na Europa. Nesse sentido, o diagnóstico apontava menos de um quarto do montante envolvido nos contratos públicos era despendido mediante procedimentos previstos nas diretivas da comunidade.

Nos anos que se seguiram, outras diretivas foram editadas no âmbito da União Europeia, sendo que atualmente se encontram em vigor as diretivas 2004/17 e 2004/18. A primeira diz respeito aos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais. Já a última, refere-se aos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

Poder-se-ia imaginar que o problema foi corrigido, haja vista que ele fora detectado há mais de três décadas e a União Europeia tem adotado uma posição crítica em relação às práticas protecionistas nas licitações mundo afora, mas não é verdade.

A questão é simples, os procedimentos licitatórios no âmbito da União Europeia estão subordinados ao chamado princípio de minimis³², isto é, sujeitam-se a considerações monetárias para que seja aplicado o regime das diretivas. Por exemplo, para que seja aplicável o procedimento da diretiva 2004/18 para contratos de concessão, o valor estimado da contratação não deve ser menor do que 4.845.000,00 euros, sem o imposto de valor agregado³³.

Dessa maneira, os contratos públicos no âmbito da União Europeia estão sujeitos a dois regimes: a) o de regulação dimensional, quando os valores estimados da contratação ultrapassam os limiares monetários previstos nas diretivas; b) o de regulação subdimensional, quando não atingidos os limiares.

Na prática, ainda hoje, cerca de 80% do mercado de licitações da União Europeia não está sujeito ao regime das diretivas comunitárias, ao passo que apenas 10% do total das licitações utilizam seus procedimentos³⁴. A desproporção é apontada pela doutrina como uma clara violação ao princípio da transparência para a abertura dos mercados na União Europeia³⁵.

Haja vista a desnecessidade de publicar oficialmente as contratações que não ultrapassem os limiares previstos nas diretivas,

32 BOVIS, Christopher H. *EU public procurement law*. 2. ed. Cheltenham: Elgar european law, 2012, p. 253.

33 Art. 56, 63 (1), da diretiva 2004/18.

34 DRAGOS, Dacian C. Sub-dimensional public procurement: between EU principles and gold plating. *Procurement week presentations*. Cardiff: The Institute for Competition and Procurement Studies (ICPS), 2014, p. 2.

35 BOVIS, op. cit., p. 253.

a primeira possibilidade de burla ao princípio da não discriminação diz respeito à utilização de negociações diretas mediante procedimentos informais adotadas pelos entes contratantes. Trata-se de uma situação bastante corriqueira em alguns países, que, por dispensar publicação, é frequentemente condenada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia³⁶.

Outra hipótese comum é a violação deliberada das diretivas ao se evitar a publicação de instrumentos convocatórios no jornal oficial da União Europeia³⁷. Nesses casos, as dificuldades de enforcement das diretivas comunitárias se mostram flagrantes³⁸.

Com este cenário de embotamento das regras comunitárias, não é incomum a prática de lobbies regionais com vistas ao favorecimento do empresariado local³⁹. O argumento utilizado é sempre o decantado interesse público e, mais recentemente, a necessidade de direcionar o mercado a produzir inovações⁴⁰.

Por fim, vale registrar que, em fevereiro de 2014, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovou a diretiva 2014/24, que estabelece nova disciplina para aquisição, mediante contrato público, de obras, fornecimentos ou serviços, e a diretiva 23/2014, referente aos contratos de concessão. Ambas diretivas aumentam seus limiares de aplicação em relação às diretivas de 2004, devendo ser postas em vigor pelos Estados-membros até 18 de abril de 2016.

5 CONCLUSÃO

A despeito da longa tradição brasileira de desenvolvimentismo lastreado em protecionismo cambial e tarifário⁴¹, a legislação brasileira de compras públicas quase sempre foi omissa quanto às possibilidades de modelar as contratações no intuito de favorecer determinadas políticas públicas (de cunho econômico ou não)⁴². Prova disso é que as clássicas

36 Entre outros, cf. Processo C-113/13 (Azienda Sanitaria Locale No 5 'Spezzino' v. San Lorenzo Società Cooperativa Sociale).

37 V.g., Processo C-17/09 (Alemanha v. Comissão Europeia).—

38 BOVIS, op. cit., p. 254.

39 Na Inglaterra, por exemplo, cf. MCKERVEY, Martin. Procurement strategy in the public interest. In: *National Manufacturing Debate 2013*. Cranfield: Cranfield Univesity, 2013, p. 9.

40 Cf. ASCHHOFF, Birgit; SOFKA, Wolfgang. Innovation on demand: can public procurement drive market success of innovations?, Mannheim, *ZEW Discussion Paper*, n. 08-052, 2009.

41 VERSIANI, Flávio Rabelo. As Longas Raízes do Protecionismo: 1930 e as Relações entre Indústria e Governo. *Revista EconomiA*, Brasília, n. 13, set/dez 2012. p.868-870.

42 Mas existem alguns exemplos episódicos do uso do poder de compra do Estado como instrumento de intervenção no domínio econômico. Um caso lamentado por muitos estudiosos foi o mecanismo da "valorização", pelo qual

hipóteses legais de dispensa de licitação visando proteger deficientes físicos e fomentar a recuperação social de presidiários somente foram incorporadas ao direito nacional apenas com o advento da lei nº. 8.883, de 08 de julho de 1994.

Mais recentemente, o país passou a experimentar novas formas de ativismo estatal após a eleição de Lula da Silva, em 2002⁴³. Na prática licitatória, a legislação brasileira tem se inspirado claramente no modelo norte-americano, de maneira a intervir cada vez mais na economia por intermédio da modulação protetiva das compras governamentais⁴⁴.

O grande salto nesse sentido ocorreu com a medida provisória nº. 495/2010, precedendo o lançamento do Plano Brasil Maior: a resposta brasileira à crise iniciada em 2008⁴⁵. Com a medida, convertida na lei nº. 12.349/2010, o governo avançou para a implantação de um modelo assemelhado ao Buy American Act nas licitações estatais.

Com base no permissivo em questão, o governo brasileiro já editou quinze decretos incluindo diversos produtos e serviços nas listas de preferência⁴⁶. Na listagem, cumpre notar, constam alguns itens fabricados por setores da indústria com histórico de protecionismo⁴⁷, o que vem dando ensejo a reclamações na OMC e críticas sob a premissa de que o governo está repetindo os erros das políticas desenvolvimentistas do passado.

A esse respeito, vale lembrar que o direito precisa ir além dos debates abstratos e buscar desenvolver fórmulas empíricas sobre o que funciona

o Estado “retirava do mercado, mediante compra, certa quantidade de café reputada suficiente para manter um preço adequado pela conseqüente normalização da oferta e da procura” (VENANCIO FILHO, Alberto. *Intervenção do Estado no domínio econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 93).

43 No campo político, conforme destaca David Trubek, o Brasil tem adotado uma postura neodesenvolvimentista (*new developmentalism*) ou de novo ativismo estatal (*new state activism – NSA*) com a chegada do Partido dos Trabalhadores ao poder, em 2003 (TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; SHARPIRO, Mario G. *Toward a New Law and Development: New State Activism in Brazil and the Challenge for Legal Institutions*. In: *World Bank Law Legal Review*, n. 4. Washington: World Bank, 2013. p. 294-297). Para esta linha de pensamento, “o papel do estado da política industrial não é o de substituir o mercado, mas orientar os atores privados em direções que servem ao interesse nacional e facilitar o seu progresso” (TRUBEK, David. *Law, State, and the New Developmentalism: An Introduction*. In: *Law and the New Developmental State: the brazilian experience in latin american context*. Cambridge: Cambridge Books, 2013. p. 10).

44 Cf. JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. *Procurement preferences favoring domestic firms and industries: a comparison between American and Brazilian policies*. Disponível em: <http://www.gwu.edu/~ibi/minerva/Fall2014/Diego_Jurubeba.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2014.

45 Com o advento do Programa Brasil Maior, diversas publicações oficiais passaram a falar em um novo modelo desenvolvimentista de Estado, voltando à tona diversas ideias dos economistas latino-americanos da década de 1960. Entre outras, cf. DINIZ, Eli. É possível um novo modelo de Estado desenvolvimentista no Brasil? In: *Boletim de Análise Político-Institucional*, n. 1. Brasília: Ipea, 2011, pp. 17-21.

46 A lista completa está disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1373629231.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2013.

47 É o caso da indústria de calçados, beneficiada pelo Decreto nº. 7.756/2012 (cf. GIAMBIAGI, op. cit., p. 184).

ou não⁴⁸. Deve-se, pois, facilitar a experimentação e a inovação a fim de encontrar os caminhos ótimos de desenvolvimento.

O desafio brasileiro, portanto, é o de descobrir “novas funcionalidades” do direito já estabelecido, isto é, novos papéis dos institutos jurídicos que não tinham recebido a devida importância, ou sequer existiam, no Brasil⁴⁹. De outra parte, no que concerne ao aspecto industrial, o desafio é o de modelar um sistema jurídico que fomente a economia doméstica sem ofender as regras determinadas pela OMC.

Como visto, as críticas e reclamações feitas à política brasileira por países e blocos econômicos, em especial pela União Europeia, pecam pela visão hipermétrape em relação aos seus próprios mercados licitatórios.

A bem da verdade, a despeito dos discursos supostamente liberalizantes, as contratações públicas nos ordenamentos jurídicos ocidentais têm caminhado como um todo em uma direção de fechamento deliberado ou de abertura fictícia das licitações para produtos e serviços estrangeiros.

Nesse quesito, é de se investigar tão somente se as práticas protecionistas nas licitações são de fato efetivas para o desenvolvimento econômico das nações. Um questionamento puramente técnico, já que, do ponto de vista político, não há bom-mocismo na matéria, mas interesses econômicos e ideologias que se mostram aplicáveis apenas à conduta dos outros.

REFERÊNCIAS

ALEM, Ana Cláudia. O futuro da indústria: a importância de uma nova política de competitividade para o Brasil. In: MDIC; STI; CNI (Org.). *O futuro da indústria: oportunidades e desafios*. Brasília: MDIC e IEL, 2001.

ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE, Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. Haia: Kluwer Law International, 2000.

ASCHHOFF, Birgit; SOFKA, Wolfgang. Innovation on demand: can public procurement drive market success of innovations?, Mannheim, *ZEW Discussion Paper*, n. 08-052, 2009.

BOVIS, Christopher H. *EU public procurement law*. 2. ed. Cheltenham: Elgar european law, 2012.

48 TRUBEK, David. *Law and Development in the Twenty-first Century*. Disponível em: <www.law.wisc.edu/facstaff/trubek/publications.html>. Acesso em: 13 out. 2013.

49 TRUBEK; COUTINHO; SHARPIRO, op. cit., p. 306.

CANADIAN MANUFACTURERS & EXPORTERS. *Strategic government procurement: driving business investment and innovation through strategic government procurement*. Disponível em: <<http://www.cme-mec.ca/download.php?file=h8tlkaeo.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

COMISSÃO EUROPEIA. *Completing the internal Market: hite paper from the Comission to the European Council*. Milão: Comissão Europeia, 1985.

_____. *Report from the Commission to the European Council-Trade and Investment Barriers*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2012.

CUMMINGS, Glen, et al. State And Local Procurement Preferences: *A Survey*. *Journal of Public Procurement*, Boca Raton, n. 9, 2009 p. 371-410.

DINIZ, Eli. É possível um novo modelo de Estado desenvolvimentista no Brasil? In: *Boletim de Análise Político-Institucional*, n. 1. Brasília: Ipea, 2011. p. 17-21.

DRAGOS, Dacian C. *Sub-dimensional public procurement: between EU principles and gold plating*. Procurement week presentations. Cardiff: The Institute for Competition and Procurement Studies (ICPS), 2014.

FAIOLA, Anthony; MONTGOMERY, Lori. Trade Wars Brewing In *Economic Malaise*. The Washington Post. Whashington, 23 April 2010. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/05/14/AR2009051404241_pf.html>. Acesso em: 14 jul. 2013.

GIAMBIAGI, Fabio. As vacas sagradas (IX): o protecionismo. In: *Brasil: raízes do atraso: paternalismo versus produtividade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

GONÇALVES, Pedro Costa. Integração de preocupações concorrenciais nas regras da contratação pública. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, n. 1, mar./ago. 2012.

HUFBAUER, Gary Clyde; SCHOTT, Jeffrey J. *Buy American: Bad for Jobs, Worse for Reputation*. Peterson Institute for International Economics Policy Brief, Washington, n. 09-2, 2009.

JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. *Procurement preferences favoring domestic firms and industries: a comparison between American and Brazilian policies*. Disponível em: <http://www.gwu.edu/~ibi/minerva/Fall2014/Diego_Jurubeba.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2014.

MAGALHÃES, Gildo. Energia, industrialização e a ideologia do progresso. *Projeto História*, São Paulo, n. 34, 2007. p. 27-47.

MARION, Justin. Are bid preferences benign? The effect of small business subsidies in highway procurement auctions. *Journal of Public Economics*, Cambridge, n. 91, 2007. p. 1591-1624.

McCRUDEN, Chistopher. Using public procurement to achieve social outcomes. *Natural Resources Forum: a United Nations Sustainable Development Journal*, New York, n. 28, 2004.

_____. *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, & Legal Change*. New York: Oxford University Press, 2007.

McKERVEY, Martin. Procurement strategy in the public interest. In: *National Manufacturing Debate 2013*. Cranfield: Cranfield Univesity, 2013.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MERCOPRESS. *Rousseff administration will promote "buy Brazilian" policy to defend industry*. Disponível em: en.mercopress.com/2012/03/20/rousseff-administration-will-promote-buy-brazilian-policy-to-defend-industry. Acesso em 15 jul. 2013.

MOREIRA, Heloíza Camargos; MORAIS, José Mauro de. *Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil*. Brasília: CEPAL, 2003.

NATIONAL ASSOCIATION OF STATE PROCUREMENT OFFICIALS. In-state Preferences Briefing paper, August 2012. Disponível em: <http://www.naspo.org/content.cfm/id/briefs_and_whitepapers>. Acesso em: 14 jul. 2013.

NATIONAL INSTITUTE OF GOVERNMENTAL PURCHASING. Resolution 1016. New York, 1985. Disponível em: <http://www.nigp.org/eweb/StartPage.aspx?Site=NIGP&webcode=abt-res_1016>. Acesso em: 14 jul. 2013.

SCHOONER, Steven L. *Desiderata*: Objectives for a system of government contract law. *Public Procurement Law Review*, Nottingham, n. 11, 2002.

SCHOONER, Steven L.; YUKINS, Christopher R. Public procurement: focus on people, value for money and systemic integrity, no protectionism. In: *The collapse of global trade, murky protectionism, and the crisis: Recommendations for the G20*. London: Centre for economic policy research, 2009. p. 87-92.

TRUBEK, David. Law, State, and the New Developmentalism: An Introduction. In: *Law and the New Developmental State: the brazilian experience in latin american context*. Cambridge: Cambridge Books, 2013.

_____. *Law and Development in the Twenty-first Century*. Disponível em: <<http://www.law.wisc.edu/facstaff/trubek/publications.html>>. Acesso em: 13 out. 2013.

TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; SHARPIRO, Mario G. Toward a New Law and Development: New State Activism in Brazil and the Challenge for Legal Institutions. In: *World Bank Law Legal Review*, n. 4. Washington: World Bank, 2013. p. 294-297.

UNIÃO EUROPEIA. *Buying Social - A guide to taking account of social considerations in public procurement*. Luxembourg, 2010. p. 51. Disponível em: 10.2767/18977. Acesso em: 15 jul. 2013.

VENANCIO FILHO, Alberto. *Intervenção do Estado no domínio econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VERSIANI, Flávio Rabelo. As Longas Raízes do Protecionismo: 1930 e as Relações entre Indústria e Governo. *Revista Economia*, Brasília, n. 13, set/dez 2012. p.868-870.

YERGIN, Daniel; STANISLAW, Joseph. *The commanding heights: the battle for the world economy*. New York: Touchstone, 2002.



O DIREITO TRANSNACIONAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL: ACORDO INTERNACIONAL ENTRE BRASIL E ITÁLIA E A ATUAÇÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

*THE TRANSNATIONAL RIGHT TO SOCIAL SECURITY:
INTERNATIONAL AGREEMENT BETWEEN BRAZIL AND
ITALY AND THE PERFORMANCE OF THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS*

Elise Mirisola Maitan

Procuradora Federal

Especialista em Direito Público e Direito Processual

SUMÁRIO: Introdução; 1 O direito fundamental à previdência social; 2 As migrações transnacionais e a proteção do direito à previdência; 3 Os acordos internacionais de direito previdenciário; 4 Acordo internacional entre Brasil e Itália; 5 A atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos em matéria previdenciária; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Tendo em vista o intenso processo de globalização na sociedade contemporânea, o presente estudo tem por escopo adentrar na seara do direito fundamental à previdência social dos indivíduos que exercem trabalho além de suas fronteiras nacionais, com o fito de garantir vida digna, justiça e bem-estar sociais. Com o crescente fenômeno das migrações transnacionais, surgiu a preocupação em âmbito internacional com a proteção previdenciária dos trabalhadores e seus dependentes, ensejando a celebração de acordos internacionais de previdência social entre países. Neste espeque, abordaremos o acordo firmado entre Brasil e Itália, em virtude da grande quantidade de italianos aqui imigrantes e do aumento significativo de brasileiros que lá residem e laboram, demonstrando ainda a importância da atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos frente às demandas em matéria previdenciária. Assim, o que se busca com este trabalho é demonstrar a relevância da internacionalização da previdência social para a garantia dos direitos fundamentais dos homens.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência Social. Acordo Internacional. Brasil. Itália. Corte Europeia de Direitos Humanos.

ABSTRACT: In view of the intense process of globalization in contemporary society, the current study has as in its scope to enter the aspects of the fundamental right to social security of individuals performing work beyond their national borders, with the aim of ensuring a dignified quality of life, justice and social welfare. With the growing phenomenon of transnationals migrations, an international concern has also emerged about the protection of workers' social security and their dependents, allowing for the conclusion of international social security agreements between countries. In this way, we will discuss the agreement signed between Brazil and Italy, as a result of the large number of Italian immigrants residing here and the significant increase of Brazilians living and working in Italy, and also demonstrate the importance of the performance of the European Court of Human Rights in the field of social security demands. Therefore, this work has the intention to demonstrate the relevance of social security internationalization to guarantee the fundamental rights of mankind.

KEYWORDS: Social Security. International Agreement. Brazil. Italy. European Court of Human Rights.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da civilização, verifica-se que o ser humano migra de um local para outro, em busca de vida digna, justiça e bem-estar. Com o passar dos anos, o fenômeno das migrações transnacionais se intensificou por vários fatores, seja pela globalização, pelo momento histórico e político no qual os indivíduos se encontram inseridos ou pela busca de melhores condições sociais.

Cada vez mais nos deparamos com indivíduos que exercem labor além de suas fronteiras nacionais, sendo que tais trabalhadores e seus dependentes merecem estar amparados com garantia de direitos fundamentais para a dignidade da pessoa humana, surgindo, assim, a preocupação na esfera internacional com o direito à seguridade e previdência social.

Tendo em vista o crescente fenômeno migratório, os países buscam meios de assegurar a proteção social ao trabalho e à previdência e, por conseguinte, diversos acordos internacionais tem sido firmados para estabelecer regras recíprocas de prestações contidas nas legislações previdenciárias de cada um dos países acordantes, com o intuito de criar uma base legal comum de dois ou mais países quanto às obrigações e aos direitos previdenciários dos migrantes.

Tais acordos internacionais de previdência social são considerados como uma das mais importantes fontes de direito internacional e são interpretados como lei especial, possibilitando a garantia da seguridade social prevista na legislação de outros países. Assim, a globalização tem contribuído para o intercâmbio na relação internacional dos direitos e deveres dos migrantes e a conseqüente cobertura previdenciária pelas respectivas nações.

Em razão da relevância do tema na contemporaneidade, destaca-se que o Brasil já firmou diversos acordos internacionais de direito previdenciário, os quais podem ser bilaterais ou multilaterais, e criam direitos e deveres recíprocos entre as partes que devem cumprir as regras neles estipuladas. Dentre os acordos firmados pelo Brasil, o presente trabalho aborda o acordo bilateral celebrado com a Itália, mormente em razão da grande quantidade de italianos que aqui imigraram e pelos inúmeros brasileiros que lá residem e trabalham.

Outrossim, no que tange à internacionalização do direito à previdência social, a Corte Europeia de Direitos Humanos frequentemente se depara com casos concretos que visam a proteção do direito fundamental à previdência de trabalhadores migrantes no âmbito da União Europeia, demonstrando a relevância e a magnitude do direito transnacional à previdência social.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL

Em decorrência do processo de desenvolvimento da sociedade, surgiu a preocupação com as necessidades mínimas do ser humano para o exercício de uma vida digna e, por conseguinte, iniciou-se um processo de reconhecimento de direitos fundamentais imprescindíveis à condição humana. Acentuando o princípio da igualdade, afloraram os direitos sociais, econômicos, políticos, culturais, previdenciários, trabalhistas e prestacionais.

Assim, o direito à previdência social surgiu com função protetora, visando a redução das desigualdades sociais no mundo, capaz de garantir a dignidade da pessoa humana, seja dos trabalhadores ou de seus dependentes, sendo altamente relevante na vida de qualquer indivíduo.

Conforme Ibrahim¹, a origem da previdência está sedimentada nas

lutas por melhores condições de trabalho, as quais resultaram em diferentes sistemas protetivos, de acordo com as situações de cada país envolvido. Alguns limitaram a proteção ao necessário à sobrevivência, enquanto outros foram além, buscando implementar até a substituição plena da remuneração. Tais variações colocam em destaque as diferentes estruturas dos sistemas de proteção. Basicamente, todos buscavam uma previdência social como garantia, ao menos, do mínimo vital, de modo viável financeiramente.

Alguns fatos históricos foram de fundamental importância para as modificações sociais e o início da preocupação em âmbito internacional com o direito ao trabalho e à previdência social, a fim de garantir, ao menos, o mínimo vital aos trabalhadores e subsistência aos necessitados ao redor de todo o mundo, baseando-se na justiça social.

Neste contexto, a Revolução Industrial e a Revolução Francesa justificaram a maior intervenção do Estado na sociedade, ensejando a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT)² e, posteriormente, da Associação Internacional de Seguridade Social (AISS).³ Após as duas

1 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social como Direito Fundamental*. Impetus, 2010. Disponível em: <<http://www.impetus.com.br/artigo/92/a-previdencia-social-como-direito-fundamental>>. Acesso em: 05 set. 2015.

2 Uma das mais importantes Convenções da OIT que tratam sobre o direito à previdência social é a de nº 102, que dispõe sobre as normas mínimas da seguridade social. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235192/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.

3 A Associação Internacional de Seguridade Social (International Social Security Association, em inglês) é uma organização internacional fundada em 1927 que reúne órgãos de seguridade social de todo o mundo, com o objetivo de cooperar, a nível internacional, a promoção e o desenvolvimento da seguridade social no

grandes guerras mundiais, houve o surgimento dos sistemas de proteção aos direitos humanos, como a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948⁴, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1966, o Pacto de São José da Costa Rica em 1969, e o Protocolo de São Salvador em 1988.

Com isso, houve uma importante e crescente intervenção do Estado nas relações sociais, para assegurar os direitos fundamentais da pessoa humana, dentre eles o direito à previdência social.

É sabido e consabido que o marco inicial da previdência social brasileira é o Decreto Legislativo nº 4.682, de 24/01/1923, a chamada Lei Eloy Chaves, que criou a Caixa de Aposentadoria e Pensões para os empregados das empresas de estradas de ferro existentes no país. A partir de então, a legislação previdenciária no Brasil evoluiu ao longo do tempo, passando por modificações pertinentes até os presentes dias.

No ordenamento jurídico pátrio vigente, a Constituição Federal de 1988 define o Brasil como um Estado Democrático de Direito, estabelecendo diversos direitos de ordem social – conhecidos como direitos humanos de 2ª geração, dentre eles, a previdência social. A Magna Carta também dispõe que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, considerando a seguridade social como um conjunto de ações nas áreas da saúde, previdência e assistência social, com o intuito de tutelar a dignidade do indivíduo e zelar por toda a sociedade.

Assim sendo, a “Constituição Cidadã” prevê expressamente a proteção social, em seus artigos 6º, 193, 194 e 201, visando a isonomia e a preservação dos objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira, tais como a erradicação da pobreza e da marginalização e a promoção do bem de todos.

O referido artigo 194 da Constituição Federal elenca os mais notáveis princípios constitucionais da Seguridade Social, são eles:

... mundo para melhorar a situação social e econômica da população, baseando-se na justiça social. A princípio, a referida Associação teve sua sede em Bruxelas, na Bélgica, e atualmente tem sede em Genebra, na Suíça, sendo formada por departamentos governamentais e organizações, instituições e agências que administram a seguridade social ao redor do mundo. Disponível em: <<https://www.issa.int>>. Acesso em: 05 set. 2015.

4 Salienta-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece em seu Artigo XXII que “Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”, destacando-se também o Artigo XXV no sentido de que “1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.” Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2015.

universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; e caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. Ademais, devem ser observados outros princípios constitucionais, tais como a solidariedade (artigo 195, “caput”), preexistência de custeio (artigo 195, § 5º), legalidade (artigo 5º, II) e direito adquirido (artigo 5º, XXXVI), entre outros princípios conjugados com a justiça social.

Na esfera infraconstitucional, a matéria previdenciária está disciplinada pelas Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24/07/1991, conhecidas como Lei de Custeio e Lei de Benefícios, respectivamente, as quais são regulamentadas pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999. A legislação brasileira prevê que a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

No âmbito do regime geral de previdência social no Brasil, existe o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia federal, pessoa jurídica de direito público interno, responsável pela concessão e manutenção de benefícios e prestações continuadas, visando a proteção de seus segurados e dependentes.

Nota-se que, de uma forma geral, o direito fundamental à previdência social possui caráter protetivo de incapacidades para o trabalho relacionadas a eventos imprevisíveis (doenças, invalidez e acidentes), bem como previsíveis (idade avançada), sendo que ainda pode abranger outras situações tais como a morte, a maternidade, o desemprego e a reclusão. Ou seja, deduz-se que a previdência social é uma garantia institucional de proteção diante das adversidades da vida, com o intuito de fornecer a seus beneficiários eventual indenização ou rendimento que substitua a respectiva remuneração.

Ademais, mister salientar que a previdência social vai além da função protetiva, para a garantia de direitos básicos e à consequente cobertura previdenciária, possuindo também papel relevante como instrumento do desenvolvimento econômico e social de um Estado.

Portanto, a previdência social é direito fundamental eficaz para a garantia do mínimo existencial e do atendimento aos riscos sociais, para preservação da vida digna, além de contribuir para o crescimento econômico das sociedades.

2 AS MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS E A PROTEÇÃO DO DIREITO À PREVIDÊNCIA

O desafio dos tempos atuais é atuar de modo a preservar os direitos humanos de cada indivíduo do planeta, conjugando o direito à livre circulação com os direitos sociais.

Desse modo, com a globalização e as crescentes migrações transnacionais, depara-se com um tema de extrema importância, qual seja, a previdência social daqueles que migram de um país para outro, seja temporária ou permanentemente, e, portanto, exercem trabalho além das fronteiras nacionais, englobando mais de uma nação em sua vida laborativa.

Assim sendo, a proteção do direito à previdência social é uma preocupação de âmbito internacional, que vem ganhando cada vez mais relevância no mundo contemporâneo. Deduz-se que a proteção social dos indivíduos é essencial para a construção de uma sociedade desenvolvida, justa, solidária e com crescimento econômico sustentável.

Hodiernamente, não raras vezes, nos deparamos com pessoas que iniciaram sua vida laboral em um país e posteriormente trabalham em uma outra nação. Neste sentido, o Brasil tem recebido imigrantes de forma crescente e gradativa, da mesma forma que vem ocorrendo o procedimento inverso, com inúmeros brasileiros deslocando-se para o exterior. Com isso, é uma realidade a necessária ampliação da proteção do direito à previdência ao trabalhador migrante, posto que o intenso processo de globalização acelera a integração entre os povos e facilita as migrações transnacionais.

Em virtude desse fenômeno migratório, os Estados buscam meios de assegurar a reciprocidade de tratamento e de proteção ao trabalho e à previdência social. Assim, para preservar o direito previdenciário dos migrantes, diversos países firmam acordos internacionais que estabelecem regras recíprocas de prestações contidas na legislação previdenciária de cada um dos países acordantes, sendo que a cobertura prevista nos acordos depende do que ficar estabelecido em cada tratado celebrado.

Pois bem, Castro e Lazzari⁵ destaca que,

diante do cada vez mais comum fenômeno da migração de pessoas, resultante não somente da globalização da economia mas também dos movimentos populacionais em busca de novas oportunidades de trabalho, tem sido frequente a adoção de tratados internacionais que celebram acordos de reciprocidade de tratamento em matéria de proteção social, tendo o Brasil também firmado diversos deles.

5 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 95.

Mister salientar que os acordos internacionais de direito previdenciário são regulados pelo Direito Internacional Público e devem observar alguns princípios fundamentais, merecendo destaque: a solidariedade internacional, a reciprocidade, a eliminação de dupla cobertura para evitar o cômputo do mesmo período de trabalho em dois países ao mesmo tempo, e a igualdade de tratamento entre os indivíduos oriundos dos países contratantes em obediência à Convenção 118 da Organização Internacional do Trabalho⁶.

As próprias políticas nacionais de migrações estabelecidas pelos países, as legislações nacionais de seguridade social e o intercâmbio entre os povos são fatores que se verificam no campo social da globalização, buscando cada vez mais garantir os direitos sociais para o “cidadão do mundo”.⁷

Considerando a tendência migratória no mundo contemporâneo, seja por opção ou necessidade de deslocamento, com conseqüente exercício de atividade laborativa, seria de bom alvitre a existência de um acordo mundial de previdência social, a fim de garantir a dignidade de todo e qualquer indivíduo.

Como bem ressalta Castro⁸,

Diante do fenômeno da globalização, da movimentação da economia, bem como em face de crescente número de trabalhadores estar deixando o seu país de origem para laborar em outra nação, é que percebe-se a necessidade da internacionalização da Previdência Social, sendo essa a forma mais viável da garantia dos Direitos Fundamentais dos homens – porém, é o objetivo mais complexo.

A expectativa é de que a formulação desses acordos seja intensificada, e, principalmente, que eles não ocorram apenas entre dois países, ou blocos econômicos, mas sim que passem a compreender, algum dia, toda a América Latina – e quem sabe até mesmo todo o continente americano – e assim por diante.

Na ausência de uma normatização única internacional, os países interessados em proteger o direito à previdência social dos trabalhadores migrantes celebram acordos internacionais de direito previdenciário.

6 A Convenção nº 118 da OIT dispõe sobre a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros em matéria de previdência social. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235330/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.

7 BRASIL. *Acordos Internacionais de Previdência Social*. Coleção Previdência Social - Legislação. Volume 14. Brasília: MPAS, 2001. p. 07.

8 CASTRO, Priscila Gonçalves de. *Teoria Geral do Direito Internacional Previdenciário: acordos internacionais no Direito Previdenciário Brasileiro, Teoria e Prática*. São Paulo: LTR, 2011. p. 131-132.

Desse modo, com o alto fluxo de pessoas e trabalhadores em diversos países, deduz-se que é cada vez mais crescente e contínua a necessidade de firmar novos acordos internacionais a fim de viabilizar o trânsito de indivíduos no mundo e a consequente proteção do direito à previdência.

Assim, os acordos internacionais de previdência social surgem para proteger os direitos dos cidadãos mesmo quando estejam em outra nação, sendo uma forma de integração e estabilidade econômica e social, com o intuito de criar uma base legal comum de dois ou mais países quanto às obrigações e direitos previdenciários, o que não implica na modificação da legislação previdenciária interna vigente de cada país acordante.

Diante do exposto, a proteção do direito à previdência social em âmbito internacional tem importância fundamental, na medida em que se prolifera a movimentação de trabalhadores entre diversos países do planeta.

3 OS ACORDOS INTERNACIONAIS DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Em virtude da importância do tema em questão, com o fito de preservar os direitos previdenciários daqueles que exercem trabalho em território estrangeiro, diversos países vem firmando acordos internacionais que regem a previdência social dos trabalhadores migrantes.

Tais acordos internacionais têm por objetivo principal garantir os direitos de seguridade social, dentre eles a previdência, previstos nas legislações dos países envolvidos, aos respectivos trabalhadores e dependentes legais, residentes ou em trânsito no país.

Considerados como uma das mais importantes fontes de direito internacional, “os tratados, convenções e outros acordos internacionais de que Estado estrangeiro ou organismo internacional e o Brasil sejam partes, e que versem sobre matéria previdenciária, serão interpretados como lei especial”, consoante previsto no artigo 85-A, da Lei nº 8.212/1991.

De acordo com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS⁹, os acordos internacionais de previdência social estabelecem uma relação de prestação de benefícios, não implicando na modificação da legislação vigente no país, cumprindo a cada Estado contratante analisar os pedidos de benefícios previdenciários apresentados e decidir quanto aos direitos e condições, conforme sua própria legislação aplicável, considerando o constante no respectivo acordo.

9 A Instrução Normativa INSS/PRES Nº 77, de 21 de Janeiro de 2015, estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988. A IN nº 77/2015 dispõe sobre os acordos internacionais de previdência social no Capítulo XIII, artigos 630 a 657. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>>. Acesso em: 20 set. 2015.

Como regra geral, os acordos firmados pelo Brasil se aplicam relativamente à incapacidade para o trabalho permanente ou temporária, acidente de trabalho e doença profissional, tempo de serviço, velhice, idade avançada, morte e reabilitação profissional.

O sistema previdenciário admite, em decorrência de acordos internacionais, o aproveitamento do tempo de contribuição a sistemas previdenciários de países distintos.

Portanto, o acordo internacional de previdência social possibilita o reconhecimento e cômputo dos períodos de contribuição cumpridos nos territórios dos países acordantes, os quais são considerados para a concessão das prestações e benefícios previdenciários. Pelas regras acertadas, cada país reconhece a fração correspondente à sua parte e paga ao segurado uma quota parte do benefício, compensando-se os Estados financeiramente.

Nos países que não possuem acordo, isso não é possível. Mesmo que o trabalhador esteja regularizado, ele não consegue somar os tempos de contribuição em países diversos para efeito de benefício previdenciário.

Ademais, as empresas também são beneficiadas pelos tratados internacionais de previdência social, pois eliminam a bitributação que pode ocorrer nos casos dos trabalhadores enviados por elas temporariamente para trabalhar em outros países. Quando não existe o acordo, as empresas são obrigadas a continuar contribuindo no país de origem e passam a recolher a contribuição previdenciária no país de destino desses trabalhadores, em atendimento às exigências previdenciárias da nação que recebe o trabalhador.

Observa-se que existe o instituto do deslocamento temporário, que permite ao trabalhador continuar vinculado à previdência social do país de origem quando deslocado para outro país, por período pré-estabelecido no respectivo acordo internacional de direito previdenciário. Nesta hipótese, será fornecido um Certificado de Deslocamento Temporário ao trabalhador, mediante solicitação de sua empresa, visando à isenção de contribuição deste segurado no país acordante onde for trabalhar, a serviço de seu empregador, a fim de que o mesmo permaneça sujeito à legislação previdenciária do país de residência e tenha garantidos os seus direitos no outro país. Tal situação só é possível se prevista no acordo internacional de previdência social entre os países acordantes.

Ressalta-se que tais acordos internacionais visam proteger os direitos previdenciários dos segurados e seus dependentes que seriam vinculados ao regime geral de previdência social. Aos servidores públicos, sujeitos ao regime próprio de previdência social, mesmo em exercício no exterior, sua tutela permanece sob regência do respectivo sistema jurídico próprio e,

portanto, não estão amparados pelos acordos internacionais de previdência social.

Mister salientar, ainda, que os brasileiros residentes em países com os quais o Brasil não mantenha acordo internacional de previdência, podem contribuir para o regime geral de previdência social na condição de segurado facultativo. O mesmo ocorre com aqueles que residem em países com os quais o Brasil mantém acordo, mas que não estejam vinculados ao regime previdenciário local. Nesses casos, o período contributivo no exterior não será considerado para fins de concessão de benefício no Brasil, nem para manutenção e recuperação de direitos, sendo computado apenas o período contribuído como segurado facultativo para a concessão de benefício pelo regime geral de previdência social.

A República Federativa do Brasil já firmou diversos acordos internacionais de direito previdenciário, os quais podem ser bilaterais (entre dois países) ou multilaterais (vários países de uma comunidade). Tais acordos criam direitos e deveres recíprocos entre as partes envolvidas, obrigando-as a cumprirem as regras neles estipuladas.

Atualmente, o Brasil possui acordos bilaterais com Alemanha, Bélgica, Cabo Verde, Canadá, Chile, Espanha, França, Grécia, Itália, Japão, Luxemburgo e Portugal. O Brasil assinou também novos acordos bilaterais com Coreia, Estados Unidos, Quebec¹⁰ e Suíça, os quais estão em processo de ratificação pelo Congresso Nacional para entrar em vigor. No âmbito multilateral, o Brasil possui acordo com países do Mercosul (Argentina, Paraguai e Uruguai) e o acordo Iberoamericano (já em vigor para os seguintes países: Bolívia, Brasil, Chile, El Salvador, Equador, Espanha, Paraguai, Portugal e Uruguai), sendo que recentemente assinou novo acordo multilateral com a Comunidade de Países de Língua Portuguesa (Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe, e Timor Leste), o qual se encontra pendente de ratificação pelos parlamentos dos respectivos países.¹¹

Verifica-se que pode ocorrer que os mesmos países que mantenham acordo bilateral integrem também acordo multilateral. Neste caso, um acordo não exclui o outro, sendo aplicado aquele que for mais vantajoso ao segurado.

Para a formalização do tratado internacional é necessária a negociação, assinatura, troca de notas e ratificação. A entrada em vigor

10 Em que pese o acordo internacional celebrado com o Canadá, há a necessidade da realização de um acordo próprio com Quebec, em virtude de ser uma província canadense com autonomia constitucional, cf. CASTRO, op. cit., p. 121.

11 Acordos internacionais de previdência social firmados pelo Brasil. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/assuntos-internacionais/assuntos-internacionais-acordos-internacionais-portugues>>. Acesso em: 05 set. 2015.

dos tratados internacionais apenas ocorrerá após o processo de ratificação pelo Congresso Nacional, a promulgação e a publicação do respectivo decreto presidencial.

Portanto, os acordos internacionais de previdência social devem ser ratificados pelo Poder Legislativo, por meio de decretos legislativos, adquirindo força de lei, e após promulgados pelo Poder Executivo por meio de decreto presidencial, transformando-se em fontes formais do Direito Previdenciário.

É competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, cabendo-lhe decidir sobre a conveniência de iniciar negociações, estando sujeitos a referendo do Congresso Nacional, com base no artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal.

Compete à União conduzir qualquer acordo com Estado estrangeiro, com a intermediação do Ministério das Relações Exteriores, decorrente de sua própria competência legal. Em matéria de previdência, os acordos internacionais estão inseridos no contexto da política externa brasileira e são o resultado de esforços do Ministério da Previdência Social e de entendimentos diplomáticos entre governos, a fim de garantir os direitos de seguridade social previstos nas legislações dos países acordantes aos respectivos trabalhadores e dependentes legais, residentes ou em trânsito no país.

Importa salientar que, no Brasil, compete à Assessoria de Assuntos Internacionais do Ministério da Previdência e Assistência Social a coordenação dos documentos técnicos e a celebração dos acordos internacionais de previdência social, bem como o acompanhamento e a avaliação de sua operacionalização, sendo o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS o Órgão Gestor, ou seja, é a instituição competente para conceder e gerir as prestações previstas nos acordos, através dos seus órgãos regionais, que atuam como Organismos de Ligação.

Os Organismos de Ligação são os órgãos designados pelas autoridades competentes dos respectivos acordos internacionais para comunicarem entre si, garantir o cumprimento das solicitações formuladas e prestar os devidos esclarecimentos aos segurados e beneficiários, nacionais ou estrangeiros.

Dentre os acordos bilaterais celebrados pelo Brasil, o presente trabalho tem o enfoque de analisar o acordo internacional de previdência social com a Itália, berço do direito romano que deu origem ao sistema jurídico contemporâneo pátrio, sendo um país de estreita relação com o Brasil, em razão da grande quantidade de italianos que aqui imigraram e pelos inúmeros brasileiros que lá residem e trabalham, considerando ainda a identidade sócio-cultural e o amistoso relacionamento em âmbito internacional.

4 ACORDO INTERNACIONAL ENTRE BRASIL E ITÁLIA

A Europa é a precursora das políticas previdenciárias no mundo, sendo a Itália considerada como um de seus países mais representativos do Estado de bem-estar social. Conforme salienta Castro e Lazzari¹²,

na Itália, há um sistema flexível, em que os trabalhadores podem se aposentar entre os 57 e os 65 anos de idade. O gasto com seguridade atinge 14,2% do PIB (dados da OCDE em 2000). A primeira reforma importante foi realizada em 1992-1993, para alterar a proteção da saúde, de modo que a assistência sanitária hoje só é gratuita para quem tem renda anual inferior a 70 milhões de liras¹³. O sistema é custeado basicamente com as dotações orçamentárias. As aposentadorias sofreram uma reforma em 1995, deixando de ser o sistema mais generoso da Europa.

Já na América Latina, o Brasil situou-se como um dos primeiros países a criar um modelo de seguro social, sendo que a previdência social brasileira hoje em dia possui caráter contributivo, de filiação obrigatória, coletiva e de organização estatal, devendo observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Neste cenário, devido ao elevado fluxo migratório e por relações especiais de amizade, Brasil e Itália firmaram Acordo Internacional de Previdência Social¹⁴, assegurando a reciprocidade nos regimes de previdência dos dois países, com o objetivo de amparar os brasileiros e italianos frente às necessidades sociais.

Primeiramente, houve o Acordo de Migração entre Brasil e Itália, assinado a 09/12/1960, em Roma. Na esfera brasileira, o Decreto Legislativo nº 101, de 18/11/1964, aprovou o texto, e o Decreto nº 57.759, de 08/02/1966, promulgou o acordo, o qual dispõe em seu preâmbulo:

Convictos da necessidade de regular a cooperação entre os dois países em matéria de migração e de assisti-las e organizá-la em moldes condizentes com os respectivos interesses, côncios de que a execução de uma política objetiva e adequada, baseada no espírito de colaboração

12 CASTRO; LAZZARI, op. cit., p. 761.

13 A lira italiana (ITL) está obsoleta. Ela foi substituída pelo euro (EUR) em 1º de janeiro de 1999. Um euro (EUR) é equivalente a 1,936.27 liras italianas (ITL). Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Lira_italiana>. Acesso em: 20 set. 2005.

14 Acordo internacional de previdência social entre Brasil e Itália. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/02/italia.htm>>. Acesso em: 05 set. 2015.

internacional, e visando ao desenvolvimento econômico do Brasil mediante o aproveitamento da técnica e mão-de-obra italianas, viria fortalecer os laços de tradicional amizade que os une, resolvem concluir um Acordo de Migração [...]

A princípio, o Acordo de Migração entre Brasil e Itália teve por objetivo orientar, assistir e organizar as correntes migratórias italianas para o Brasil dentro de um regime de conjugação de esforços de ambos os países, a fim de que os problemas migratórios e de colonização tenham solução prática, rápida e eficaz tendo em conta a conveniência de preservar a unidade dos núcleos familiares.

Posteriormente, houve o Acordo Administrativo em 19/03/1973, assinado em Brasília, referente à aplicação dos artigos 37 a 43 do supra citado Acordo de Migração, que tratam especificamente da Previdência Social. Referido Acordo Administrativo modificou parte do Acordo de Migração e foi utilizado para detalhar regras previdenciárias a fim de proteger o trabalhador migrante.

Por fim, foi celebrado o Protocolo Adicional ao Acordo de Migração em 30/01/1974, também assinado em Brasília. Foi registrado no Secretariado da ONU em 08/05/1974 sob nº 13.284, ratificado pela Itália em 23/12/1974, sendo no Brasil promulgado pelo Decreto nº 80.138 de 11/08/1977, e com vigência nacional a partir de 05/08/1977, sendo este o Acordo Internacional de Previdência Social entre Brasil e Itália.

Dessa forma, o acordo internacional de previdência social entre Brasil e Itália há tempo já está em vigor, tutelando e protegendo os trabalhadores que se enquadram nas situações previstas nas regras acordadas por tais países.

Verifica-se do Protocolo Adicional ao Acordo de Migração que as autoridades consulares podem representar, sem mandato especial, os nacionais de seu próprio país perante as autoridades competentes e entidades gestoras em matéria previdenciária do outro país acordante.

Tanto no Brasil quanto na Itália, foram designados os órgãos responsáveis para comunicarem entre si e para analisar os requerimentos e concessões dos serviços e benefícios previdenciários dos respectivos segurados e seus dependentes. Assim, salienta-se que o Organismo de Ligação no Brasil é a Agência da Previdência Social de Atendimento aos Acordos Internacionais em Belo Horizonte, sendo que na Itália o Organismo de Ligação é o Órgão de Previdência Social Italiano, Servizio Rapporti Convezioni Internazionale.¹⁵

15 Organismos de Ligação. BRASIL: Agência da Previdência Social de Atendimento aos Acordos Internacionais em Belo Horizonte, Código 11.001.140, Rua Amazônas, 266, 9º Andar, Sala 901, Centro, Belo Horizonte/

De acordo com o quanto previsto, são garantidos os seguintes benefícios:

- No Brasil: Pensão por Morte, Aposentadoria por Idade, Aposentadoria por Invalidez, Aposentadoria por Invalidez por Acidente do Trabalho, Auxílio-Doença, Auxílio-Doença por Acidente do Trabalho, Auxílio-Acidente, e Assistência Médica.
- Na Itália: Benefício por Morte, Benefício por Idade, Benefício por Invalidez, Seguro Contra Tuberculose, Benefício por Maternidade, Benefício por Doença Profissional, Benefício por Incapacidade Temporária do Trabalho, Benefício por Acidente do Trabalho, e Assistência médica.

As legislações que preveem os benefícios acima elencados, vigentes respectivamente no Brasil e na Itália, se aplicam igualmente aos trabalhadores italianos no Brasil e aos trabalhadores brasileiros na Itália, os quais terão os mesmos direitos e as mesmas obrigações que os nacionais do país em cujo território se encontrem.

Quanto à assistência médica, destaca-se que é administrada pelas Coordenadorias Regionais de Assistência à Saúde, do Ministério da Saúde, responsável pela emissão do Certificado de Direito a Assistência Médica no Exterior. Portanto, existem acordos internacionais de previdência social que dispõem sobre a prestação de assistência médica no exterior aos brasileiros, bem como aos estrangeiros trabalhadores, residentes ou em trânsito pelo Brasil. Nota-se que apenas os acordos com Cabo Verde, Itália e Portugal preveem a prestação de assistência médica da rede pública aos segurados no exterior.

Outro ponto a ser destacado se refere ao deslocamento temporário. Consoante alhures mencionado, ao empregado poderá ser fornecido Certificado de Deslocamento Temporário, visando dispensa de filiação à previdência social do país acordante onde irá prestar serviço, permanecendo vinculado à previdência social do país de origem. A solicitação deverá ser feita pelo empregador e o segurado deve levar consigo uma via do Certificado, sendo que o período de deslocamento poderá ser prorrogado, observados os prazos e condições fixados em cada acordo.

No que tange ao acordo entre Brasil e Itália, o Certificado de Deslocamento Temporário e isenção de contribuição encontra-se previsto

em se tratando de trabalhador empregado, porém não abrange os autônomos. O deslocamento temporário para trabalhadores autônomos está previsto apenas nos acordos em vigor com Espanha e Grécia.

Quanto aos benefícios assegurados, o interessado deve efetuar requerimento a ser protocolizado no Organismo de Ligação do país de sua residência, inclusive ser for benefício da legislação do outro país. Cabe a cada país acordante analisar os pedidos de benefícios apresentados e decidir quanto aos direitos e às condições, conforme legislação própria aplicável e as especificidades do acordo, observando a inclusão de períodos de atividades no exterior. O trabalhador brasileiro ou italiano, que haja cumprido períodos de seguro sob a égide das legislações do país acordante, terá esses períodos totalizados para a concessão de benefício.

Neste sentido, leciona Castro¹⁶ que,

Os benefícios concedidos no âmbito dos Acordos Internacionais são aqueles requeridos no Brasil, que envolvem a totalização de períodos contributivos cumpridos no Brasil e no país acordante, além dos benefícios solicitados no país acordante e remetidos ao Brasil por intermédio do organismo de ligação estrangeiro. Porém, para a concessão ser efetuada, será considerada a totalização de períodos contributivos cumpridos no Brasil e no país acordante, ou, considerando-se exclusivamente períodos de contribuição cumpridos no Brasil.

Quando aqui se fala em período contributivo, são englobados os períodos equiparados a este, tais como o período em que o segurado esteve recebendo auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, entre períodos de atividade por acidente de trabalho em período intercalado ou não, o tempo de serviço militar e a contagem recíproca quando prevista no acordo.

Importa salientar que o período em que o segurado esteve ou estiver em gozo de benefício da legislação previdenciária de um país acordante, será considerado somente para fins de manutenção da qualidade de segurado, sendo que tal período não poderá ser computado para fins de complementação da carência necessária ao benefício da legislação brasileira.

Diante da celebração do acordo em matéria previdenciária, e em conformidade com a legislação de cada país, o segurado comprovará os requisitos de contribuição e tempo de vínculo para obter o benefício no país onde estiver trabalhando. O custo do benefício concedido será rateado entre os países de forma diretamente proporcional ao tempo de filiação

¹⁶ CASTRO, op. cit., p. 127-128.

verificado em cada regime, computando o período prestado no Brasil e no país acordante, como totalização, para fins de aquisição de direito ao benefício pleiteado, observando-se o quanto previsto nos §§ 18 e 19, ambos do artigo 32, do Decreto nº 3.048, de 06/05/1999, *in verbis*:

Art. 32. O salário-de-benefício consiste:

[...]

§18. O salário-de-benefício, para fins de cálculo da prestação teórica dos benefícios por totalização, no âmbito dos acordos internacionais, do segurado com contribuição para a previdência social brasileira, será apurado:

I - quando houver contribuído, no Brasil, em número igual ou superior a sessenta por cento do número de meses decorridos desde a competência julho de 1994, mediante a aplicação do disposto no art. 188-A e seus §§ 1º e 2º;

II - quando houver contribuído, no Brasil, em número inferior ao indicado no inciso I, com base no valor da média aritmética simples de todos os salários-de-contribuição correspondentes a todo o período contributivo contado desde julho de 1994, multiplicado pelo fator previdenciário, observados o § 2º do art. 188-A, o § 19 e, quando for o caso, o § 14, ambos deste artigo; e

III - sem contribuição, no Brasil, a partir da competência julho de 1994, com base na média aritmética simples de todo o período contributivo, multiplicado pelo fator previdenciário, observados o disposto no § 2º do art. 188-A e, quando for o caso, no § 14 deste artigo.

§19. Para a hipótese de que trata o § 18, o tempo de contribuição a ser considerado na aplicação da fórmula do fator previdenciário é o somatório do tempo de contribuição para a previdência social brasileira e o tempo de contribuição para a previdência social do país acordante.

No caso de solicitação de transferência de benefício, mantido sob a legislação brasileira, para recebimento no exterior, poderá ser requerida pelo beneficiário. Tal mecanismo denomina-se remessa, para fins de que o pagamento do benefício brasileiro seja realizado no país acordante, mediante instituição bancária. O segurado deverá, antes da mudança ou viagem

prolongada, solicitar a transferência junto à Agência da Previdência Social onde o benefício está mantido, devendo informar seu novo endereço quando retornar, para voltar a receber o benefício no Brasil. Tais procedimentos devem ser obedecidos, a fim de evitar a suspensão do pagamento do benefício.

Neste contexto, a entidade gestora concede prestações pecuniárias em moeda de seu próprio país, sendo que as transferências resultantes dessa obrigação serão feitas conforme acordos de pagamento vigentes entre ambos os países acordantes.

Nos últimos anos, verifica-se um aumento da quantidade de benefícios previdenciários pagos a trabalhadores estrangeiros, em razão da globalização que impulsiona o fenômeno migratório, somado ao fato de que cada vez mais os indivíduos que laboram em outro país possuem conhecimento dos seus direitos.

No que pertine ao acordo em tela, nota-se uma grande quantidade de italianos imigrantes no Brasil e do aumento significativo de brasileiros que residem e laboram na Itália, sendo que o grande movimento migratório entre esses países ensejou o estreitamento de laços e a identidade sócio-cultural.

Por todo o exposto, salienta-se que o Acordo Internacional de Previdência Social entre Brasil e Itália é deveras importante para a proteção dos migrantes por ele acobertados, fornecendo maior segurança e vida digna aos trabalhadores.

5 A ATUAÇÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)¹⁷, originariamente conhecida como Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), foi criada em 1959 pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, tendo sede em Estrasburgo, na França.

A CEDH não é um órgão da União Europeia, contrariamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia, mas sim é uma jurisdição do Conselho da Europa. Transformou-se num órgão permanente em tempo integral em 01/11/1998, data da entrada em vigor do Protocolo nº 11, e a partir de então os indivíduos, individualmente considerados, podem ingressar com ação diretamente na Corte Europeia, desde que esgotada toda a jurisdição interna de seu país.

Trata-se, pois, de um tribunal internacional responsável pelo julgamento dos casos que envolvam violação dos direitos civis e políticos salvaguardados na supra referida Convenção, sendo que suas decisões têm caráter vinculante para os Estados submetidos à sua jurisdição.

¹⁷ Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 20 set. 2015.

Portanto, sua função é garantir o respeito pelos direitos elencados na Convenção Europeia de Direitos Humanos, que é, em essência, similar aos principais direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal do Brasil, elencando o direito à vida, a proibição da tortura, a proibição da escravatura e do trabalho forçado, o direito à liberdade e à segurança, o direito a um processo equitativo, direito ao respeito pela vida privada e familiar, liberdade de pensamento e de expressão, proibição de discriminação, proteção do direito à propriedade, entre outros.

Em que pese a Convenção não ter previsão expressa de um direito à seguridade ou à previdência social, diversos casos concretos são apresentados à Corte Europeia de Direitos Humanos com fulcro, principalmente, na proteção do direito à propriedade e no respeito pela vida privada e familiar, buscando segurança e um julgamento justo.

De acordo com Ibrahim¹⁸,

A admissão de direitos previdenciários como uma propriedade do segurado foi inicialmente rechaçada pela Corte, em 1960, mas posteriormente admitida, em 1971, partindo-se da premissa que, ao verter contribuições ao sistema protetivo, há um direito à parcela do fundo previdenciário, que pode ser afetado de acordo como venha a ser gerido, embora, nesse primeiro caso concreto, a pretensão tenha sido indeferida devido ao caráter solidário do sistema de proteção social. Uma aceitação mais ampla deste preceito, em matéria previdenciária, somente veio em 1994. Também não é incomum encontrar-se lides previdenciárias como instrumento de garantia da liberdade real e, portanto, dotada das mesmas prerrogativas de defesa que os direitos civis.

Exemplificadamente, no sentido da contribuição ao sistema previdenciário ser tido como uma propriedade à parcela do fundo protetivo, pode-se citar os julgamentos pela Corte Europeia dos casos Salesi v. Itália, em 26/02/1993¹⁹, Schuler-Zgraggen v. Suíça, em 24/06/1993²⁰, Georgiadis v. Grécia, em 29/05/1997²¹, e Carson and others v. Reino Unido, em 16/03/2010²².

18 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 162-163.

19 Case of Salesi v. Italy. Application n° 13023/87. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57814>>. Acesso em: 20 set. 2015.

20 Case of Schuler-Zgraggen v. Switzerland. Application n° 14518/89. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57840>>. Acesso em: 20 set. 2015.

21 Case of Georgiadis v. Greece. Application n° 21522/93. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58037>>. Acesso em: 20 set. 2015.

22 Case of Carson and others v. The United Kingdom. Application n° 42184/05. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97704>>. Acesso em: 20 set. 2015.

Ademais, a Corte Europeia de Direitos Humanos já decidiu a respeito da possibilidade de redução do valor do benefício concedido, com o propósito de garantir um sistema previdenciário eficiente e equilibrado entre a justiça social e a economia do país, conforme julgamento de Goudswaard-Van Der Lans v. Holanda, em 22/09/2005.²³ Salienta-se, ainda, o julgamento da CEDH a respeito do tempo de trabalho considerado para possível recebimento de benefício previdenciário, no caso Stummer v. Áustria, em 07/07/2011.²⁴

Consoante ressalta Matos²⁵, deduz-se que,

As linhas gerais da jurisprudência da Corte EDH em matéria de direitos sociais apontam para um esforço hermenêutico de superação da exclusão formal da justiciabilidade dos direitos sociais no Conselho da Europa, com relativo êxito, uma vez que permitiu o trato detalhado de questões como, por exemplo: direito de organização sindical, negociação coletiva, direito de greve, dentre outros relacionados ao direito à liberdade sindical, o direito à educação de crianças e adolescentes de povos ciganos, o direito à saúde, o direito a benefícios sociais e previdenciários, todos originalmente excluídos do texto expresso da CEDH.

Desse modo, a Corte Europeia, defronte a um caso concreto em matéria previdenciária, permeia adequações no regime jurídico do país envolvido na lide, a fim de garantir o equilíbrio do sistema, a isonomia, a justiça social, a paz, a liberdade e a preservação dos direitos consagrados na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Portanto, resta cristalino que os direitos humanos e os direitos previdenciários se relacionam, sendo uma realidade a internacionalização da previdência social para a garantia dos direitos fundamentais dos homens.

Considerando que as migrações transnacionais são fenômenos impulsionados pela globalização, pelo momento histórico no qual os indivíduos estão inseridos ou pela condição social, econômica e política que experienciam, geram repercussões em vários aspectos internacionais, ensejando a preocupação com o direito ao trabalho e seguridade social. Por conseguinte, com cada vez mais frequência a Corte Europeia de Direitos Humanos se depara com casos concretos que visam a proteção do direito à

23 Case of Goudswaard-Van Der Lans v. The Netherlands. Application n° 75255/01. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70576>>. Acesso em: 20 set. 2015.

24 Case of Stummer v. Austria. Application n° 37452/02. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105575>>. Acesso em: 20 set. 2015.

25 MATOS, Monique Fernandes Santos. *Direito Internacional Social: análise das Decisões das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Curitiba: Editora Juruá, 2015. p. 147.

previdência social dos trabalhadores migrantes conjugado com o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Diante do exposto, as questões migratórias adquirem um grande relevo em nível internacional, sendo a atuação da CEDH imprescindível para a proteção dos direitos à seguridade e à previdência social, com o fito de preservar a dignidade da pessoa humana.

6 CONCLUSÃO

Com o processo de evolução da sociedade e as conseqüentes lutas por melhores condições de trabalho, surgiram os sistemas protetivos e, por conseguinte, originou-se a previdência social, considerado como um dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Em decorrência das crescentes e cada vez mais frequentes migrações transnacionais, o desafio contemporâneo é atuar de modo a preservar os direitos humanos de cada indivíduo do planeta, conjugando o direito à livre circulação com o direito ao trabalho e à conseqüente cobertura previdenciária dos trabalhadores migrantes e seus dependentes.

Portanto, a proteção do direito à previdência social vai muito além das fronteiras dos países, sendo uma preocupação de âmbito internacional, em virtude dos deslocamentos geográficos dos trabalhadores.

Desse modo, a celebração de acordos internacionais de previdência social vem ganhando destaque no cenário atual, objetivando a reciprocidade e a solidariedade internacional a fim de preservar o direito daqueles que exercem atividades laborativas em dois ou mais países, seja por opção ou por necessidade de deslocamento.

Nota-se, pois, que os acordos internacionais que versam sobre direito previdenciário são uma forma de proteger os direitos dos trabalhadores envolvidos em movimentos migratórios, tendo como propósito a construção de uma sociedade desenvolvida, justa, solidária e com crescimento econômico sustentável.

Neste diapasão, dentre os diversos tratados internacionais de previdência social firmados pelo Brasil, merece destaque o acordo celebrado com a Itália, país berço do direito romano que deu origem ao sistema jurídico contemporâneo.

Impulsionado pela globalização, verifica-se o aumento do número de pessoas que exercem atividades laborativas em países diversos, deduzindo ser uma realidade a internacionalização da previdência social para a garantia dos direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes, sendo patente a estreita relação entre os direitos humanos e os direitos previdenciários.

Assim, salienta-se a importante atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos em matéria previdenciária, objetivando salvaguardar

os direitos básicos e sociais dos indivíduos e assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo ainda o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Por todo o exposto, tendo em vista os julgamentos realizados pela Corte Europeia de Direitos Humanos, resta cristalino que o referido tribunal internacional possui valiosa função propulsora para a essencial universalização da proteção ao direito transnacional à previdência social.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. 4. ed. São Paulo: Liv. e Universitária de Direito, 2009.

BRASIL. *Acordos Internacionais de Previdência Social*. Coleção Previdência Social – Legislação. v. 14. Brasília: MPAS, 2001. 180 p.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 set. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999*. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 05 set. 2015.

BRASIL. *Instrução Normativa INSS/PRES nº 77, de 21 de janeiro de 2015*. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>>. Acesso em: 20 set 2015.

BRASIL. *Lei nº. 8.212, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm>. Acesso em: 05 set. 2015.

BRASIL. *Lei nº. 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 05 set. 2015.

BRASIL. *Ministério da Previdência Social*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br>>. Acesso em: 05 set. 2015.

BRASIL. *Ministério das Relações Exteriores*. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br>>. Acesso em: 05 set. 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 11ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

CASTRO, Priscila Gonçalves de. *Teoria Geral do Direito Internacional Previdenciário: acordos internacionais no Direito Previdenciário Brasileiro, Teoria e Prática*. São Paulo: LTR, 2011.

HUDOC. *European Court of Human Rights*. Disponível em: <hudoc.echr.coe.int>. Acesso em: 20 set. 2015.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social como Direito Fundamental*. Impetus, 2010. Disponível em: <<http://www.impetus.com.br/artigo/92/a-previdencia-social-como-direito-fundamental>>. Acesso em: 05 set. 2015.

_____. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação*. Niterói: Impetus, 2011.

MATOS, Monique Fernandes Santos. *Direito Internacional Social: análise das Decisões das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2015.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br>>. Acesso em: 05 set. 2015.

ONU. *Organização Internacional do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>>. Acesso em: 20 set. 2015.



A SELEÇÃO DA PROPOSTA ECONOMICAMENTE MAIS VANTAJOSA NA DIRETIVA 2014/24/EU

*THE SELECTION OF THE MOST ECONOMICALLY
ADVANTAGEOUS TENDER IN DIRECTIVE 2014/24/EU*

*Erivan Laurentino de Medeiros Junior
Advogado da união atuando na CJU/RN
especialista em direito público pela UNP/RN
autor de Juizados especiais federais: acordos judiciais com a administração pública*

SUMÁRIO: 1 Da problemática no Brasil; 2 A DIRETIVA 2014/24/EU e os critérios para seleção da proposta economicamente mais vantajosa; 3 DIRETIVA 2014/24/EU - Artigo 68. - Cálculo dos custos do ciclo de vida; 4 A consideração do potencial político das contratações públicas na DIRETIVA 2014/24/EU; 5 Novos rumos: o princípio do desenvolvimento sustentável no Direito Brasileiro e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar os aspectos gerais acerca dos critérios de adjudicação utilizados em licitações na União Europeia, com destaque para o da proposta economicamente mais vantajosa e para a busca da melhor relação custo/eficácia calculada no cálculo do ciclo de vida do produto, serviço ou obra. A questão é importante para fins de direito comparado, demonstrando que há uma significativa diferença nos critérios de julgamento predominantes na União Europeia e no Brasil. Enquanto na UE privilegia-se os critérios tendentes à seleção das propostas com mais qualidade, aqui se privilegia o critério do menor preço. No entanto, a edição da Lei nº 12.462/2011 que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC trouxe relevantes inovações à legislação nacional quanto aos critérios de julgamento representando um passo de aproximação aos preceitos e métodos utilizados para a contratação pública na União Europeia.

ABSTRACT: This article aims to present the general aspects about the award criteria used in tenders in the EU, highlighting the most economically advantageous tender and the best price/quality ratio calculated using the life-cycle costing method. The issue is important for purposes of compared law, showing that there is a significant difference in the award criteria prevailing in the European Union and Brazil. While the UE emphasizes the criteria leading to the selection of proposals with better quality, here it favors the criterion of the lowest price. However, the enactment of Law No. 12.462/2011, which instituted the Differentiated Regime of Public Procurement - RDC brought significant innovations to the national legislation regarding the judgment criteria representing a step towards the principles and methods used for public procurement in the EU European.

PALAVRAS CHAVE: Direito administrativo. Contratos públicos. DIRETIVA 2014/24/UE. Critérios de adjudicação do contrato. A proposta economicamente mais vantajosa. Melhor relação custo-eficácia. Custo de Ciclo de vida.

KEYWORDS: Administrative Law. Public contracts. DIRECTIVE 2014/24/EU. Contract Award Criteria. The Most Economically Advantageous Tender. Best Price-Quality Ratio. Life-Cycle Costing.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca comparar as normas brasileiras relativas aos critérios de adjudicação utilizados nas licitações com as diretrizes traçadas pela União Europeia para aplicação na seleção das propostas economicamente mais vantajosas para as contratações do setor público.

A presente comparação com a experiência normativa europeia tem por fim servir de base para reflexão acerca das soluções e paradigmas erigidos em nossa legislação, jurisprudência e doutrina referentes à seleção dos contratos públicos.

1 DA PROBLEMÁTICA NO BRASIL

A Lei Geral de Licitações¹ prevê a possibilidade de adoção três critérios de adjudicação: menor preço, melhor técnica e, melhor técnica e preço, no entanto, conforme levantamento realizado pelo IPEA² até 2013, apenas 0,43% do valor empenhado em licitações registrada no SIASG³ nos últimos quinze anos que antecederam ao Estudo era oriundos de licitações julgadas por melhor técnica ou técnica e preço.⁴

Na prática o critério básico e dominante das licitações no Brasil é o menor preço, e é assim não apenas do ponto de vista estatístico. Esta afirmação pode ser feita isso porque mesmo a licitação do tipo melhor técnica, em verdade, não se mostra apta a contratar, senão acidentalmente, a proposta com a melhor técnica dentre os concorrentes.

Isso porque o procedimento para tanto estatuído na Lei 8.666/93 prevê é que efetuada a classificação das propostas conforme o critério da melhor técnica, deverá ser requerido ao primeiro colocado que realize sua proposta, mas pelo menor preço verificado dentre as propostas classificadas. Caso licitante com a melhor proposta técnica, não aceite modificar o preço, sua proposta será preterida, prosseguindo-se as negociações com os demais licitantes, até que se encontre algum proponente que aceite executar sua proposta pelo menor preço ofertado.

1 LEI N° 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993

2 Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA

3 Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – Siasg, instituído pelo Decreto n° 1.094, de 23 de março de 1994.

4 Nota Técnica IPEA n° 08, de outubro de 2013 –A reforma da Lei 8.666/93 e do arcabouço legal de compras públicas no Brasil: contribuições do Ipea à Consulta Pública do Senado. / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.- Brasília :2013 P. 12 Disponível em:http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140505_notatecnicadiset08.pdf

Em suma, a licitação do tipo melhor técnica, da forma como está configurada no Brasil, cuida na verdade de uma sequência de negociações que privilegiam o menor preço final, em detrimento da técnica.

Esta estrutura baseada no menor preço traz inúmeras consequências, dentre elas alta probabilidade de a administração pública contratar bens e serviços de baixa qualidade. Nestes casos, muito embora se possa verificar a perfeita consonância do procedimento com a legislação, ao menos em seus aspectos formais, é possível, senão provável, que o resultado da licitação atente contra o princípio da eficiência, afastando-se do objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa.

Como o critério utilizado em regra é o do menor preço, na busca de afastar-se das contratações de baixa qualidade, a administração tende a realizar especificações de produtos e serviços cada vez mais minuciosas, mas tal prática finda direcionando as licitações aos nichos de certas marcas ou fabricantes.

Os reflexos desta prática foram relatados pelo IPEA, segundo o Instituto 47% do valor empenhado relativos às contratações diretas, na administração pública federal, de 1998 e 2013, dizem respeito a hipóteses inexigibilidade de licitação por razões de exclusividade ou inviabilidade de licitação.⁵

Esta estatística demonstra uma distorção trazida pelo sistema de contratações públicas, porque não é factível imaginar, caso tal percentual correspondesse a realidade do mercado, que 47% do total dispendido pela União nas contratações diretas digam respeito somente a serviços e produtos sem similar passível de instaurar um procedimento competitivo.

2 A DIRETIVA 2014/24/EU E OS CRITÉRIOS PARA SELEÇÃO DA PROPOSTA ECONOMICAMENTE MAIS VANTAJOSA

Na União europeia a disciplina dos contratos públicos se destaca não apenas do ponto de vista econômico, o que seria esperado posto que os dados apontam que os contratos de direito público representam 16% do PIB da União Europeia⁶. Destaca-se também como ferramenta propícia a formação de um mercado único verdadeiramente aberto, garantindo que as empresas não nacionais participem das licitações públicas com igualdade de tratamento de modo que, por um lado, estimulem a competitividade entre as empresas do mercado europeu e, por outro, permitam às entidades

⁵ IPEA. op. cit. p. 13

⁶ <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.2.2.html.

públicas obter produtos e serviços com melhor desempenho a preços mais vantajosos⁷.

No âmbito do Direito Comunitário Europeu, o art. 249º do tratado que institui a comunidade europeia prevê a possibilidade de expressão de atos normativos que compreendem os regulamentos, as diretivas, as decisões, os pareceres e as recomendações.

No tocante ao tema em análise, qual seja acerca dos critérios de adjudicação utilizados para a contratação pública, a União Europeia direcionou a regulação uniforme dos estados membros, primeiramente, através da Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março de 2004, que foi revogada pela atual DIRETIVA 2014/24/EU, de 26 de fevereiro de 2014.

As Diretivas, no âmbito do Direito Comunitário Europeu, são uma espécie de norma que traça uma direção comum quanto aos resultados, modelos e metas, a serem perseguidos pelos estados membros.

A Diretiva é assim conceituada por Marcílio Toscano Franca Filho:

Nos termos do já mencionado art. 249.º do Tratado da Comunidade Européia, a diretiva (Richtlinie em alemão) constitui um ato do Parlamento Europeu em conjunto com o Conselho, do Conselho ou da Comissão que vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. A diretiva é, portanto, uma modalidade de interação teleológica entre o Direito Comunitário e os sistemas jurídicos nacionais, concretizada numa instrução através da qual a Comunidade obriga o Estado-membro a alcançar determinado resultado, deixando às autoridades nacionais, porém, a escolha das formas e dos meios mais adequados - do ponto de vista do Direito interno e dos interesses nacionais - ao atendimento dos fins perseguidos.⁸

Um vez adotada a Diretiva os estados membros se veem obrigados a tomar as medidas necessárias no âmbito interno para assegurar o cumprimento das metas previstas, dentro dos prazos estabelecidos. Comumente tais metas implicam em alterações legislativas ou regulamentares, fenômeno que é denominado de transposição para o direito interno.

7 A harmonia entre as legislações referentes aos concursos e contratos públicos dos estados membros também é essencial para efetivar as liberdades fundamentais da Comunidade Europeia para fins de criação de um mercado comum: circulação de mercadorias, capitais e pagamentos, liberdade de movimentação dos trabalhadores, liberdade de prestação de serviços e liberdade de estabelecimento

8 FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. As diretivas da comunidade européia elementos para uma teoria geral, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.37/2001, p. 7 - 26, out - dez 2001.

No entanto, a eficácia das diretivas não se limitam à atividade legislativa/regulamentar, pois vinculam também a atividade executiva e judiciária, que devem se orientar, em sua atividade executiva e hermenêutica, conforme a teleologia expressa na Diretiva.

No tocante ao tema dos contratos públicos é de se notar que a antiga Diretiva 2004/18/CE, em seus Considerandos de número (46) admitia unicamente a aplicação de dois critérios de adjudicação: o «preço mais baixo» e a «proposta economicamente mais vantajosa».

Já a atual DIRETIVA 2014/24/EU usa de uma abordagem diferente, estabelecendo como regra, em seu artigo 67º, item 1, o critério da proposta economicamente mais vantajosa, in verbis:

1. Sem prejuízo das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas nacionais relativas ao preço de certos fornecimentos ou à remuneração de determinados serviços, as autoridades adjudicantes devem adjudicar os contratos públicos com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa.

Dessa forma, regra para adjudicação dos contratos públicos na União Europeia passa a ser a da proposta economicamente mais vantajosa (critério PEMV), que deve ser interpretada e aplicada de modo a buscar sempre a escolha da melhor relação qualidade/preço. Para tanto deverá considerar os custos relativos ao ciclo de vida do produto ou do serviço, conferindo maior ênfase a aspectos qualitativos, ambientais e sociais da contratação.

Assim, embora admita o uso justificado do critério do menor preço, como forma para avaliar qual seria a proposta economicamente mais vantajosa, a Diretiva 24/2014 restringe tal opção e a toma por exceção, visto que estabelece expressamente o intuito de “incentivar uma maior orientação da contratação pública para a qualidade”⁹.

De tal modo que autoriza os Estados membros “a proibir ou restringir a utilização exclusiva do preço ou do custo para avaliar a proposta economicamente mais vantajosa, quando o considerarem adequado”¹⁰

Para a avaliação da proposta economicamente mais vantajosa, há que se levar em conta critérios multifatoriais, que ponderem fatores não exclusivamente financeiros, podendo incluir aspectos qualitativos,

9 DIRETIVA 2014/24/EU – Considerandos (90)

10 DIRETIVA 2014/24/EU, artigo 67º, item 2 - Os Estados-Membros podem prever que as autoridades adjudicantes não possam utilizar o preço ou o custo como único critério de adjudicação, ou podem restringir essa utilização exclusiva a determinadas categorias de autoridades adjudicantes ou a determinados tipos de contratos.

ambientais e/ou sociais, desde que estes estejam ligados ao objeto do contrato.

Exemplificativamente, o artigo 67º, item 2, da DIRETIVA 2014/24/EU cita a possibilidade de ponderações relativas a:

- a) Qualidade, designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, conceção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras, negociação e respetivas condições;
- b) Organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato; ou
- c) Serviço e assistência técnica pós-venda, condições de entrega, tais como a data de entrega, processo de entrega e prazo de entrega ou de execução.¹¹

A análise dos vários métodos que permitem a conjugação de critérios qualitativos aos exclusivamente financeiros, permitindo o julgamento da proposta economicamente mais vantajosa conta com vários manuais disponíveis em sítios eletrônicos¹², entretanto a discussão das várias metodologias utilizadas, seus méritos e deficiências ultrapassariam as fronteiras delineadas para este breve texto.

Vale, no entanto, registrar que em regra o edital do certame deve estabelecer quais os critérios escolhidos para o julgamento, além do custo financeiro e quais os fatores matemáticos/percentuais de ponderação relativas entre eles.

Tais ponderações poderão ser expressas em forma de intervalos, prevendo uma variação máxima adequada.

A DIRETIVA 2014/24/EU também prevê em seu 67º, item 2, que o custo pode ser estabelecido como um preço fixo a ser pago pela Administração, devendo os licitantes concorrerem apenas em termos de critérios de qualidade.

É interessante notar que embora privilegie o critério da proposta economicamente mais vantajosa, há uma coincidência entre os princípios

11 O texto da Diretiva é escrito conforme as regras gramaticais vigentes em Portugal.

12 <<http://www.globalpublicprocurement.org/Resources/Procurement-Practices/>>
<<http://principlesandpractices.org/wp-content/uploads/2013/04/DevelopingEvaluationCriteria.pdf>>
<<http://www.gov.scot/Topics/Government/Procurement/buyer-information/spdlowlevel/routetwotoolkit/developdocumentsroutetwo/selectionandawardcriteria>>.

jurídicos enumerados para delimitar o âmbito do julgamento das propostas, tanto na União Europeia, quanto no Brasil; como aponta claramente as considerações preliminares de número (90) da DIRETIVA 2014/24/EU, *in verbis*:

(90) A adjudicação de um contrato deverá realizar-se com base em critérios objetivos que assegurem o respeito dos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento, com vista a assegurar uma comparação objetiva do valor relativo das propostas, a fim de determinar, em condições de concorrência efetiva, a proposta economicamente mais vantajosa.¹³

Assim, vê-se que o sistema de adjudicação que já se estabelecia na Europa, desde as Diretivas de 2004, se firma definitivamente em 2014 num sentido que aponta para o privilégio da qualidade da aquisição, tomando como exceção a adjudicação fundada apenas no critério do preço.

O sistema de licitação brasileiro, quanto à adjudicação, funda-se nos mesmos princípios jurídicos do julgamento objetivo e da isonomia presentes na União Europeia, no entanto segue em sentido contrário, o menor preço se afirma como critério decisório prevalente, inclusive nas licitações cujo critério formal seja a melhor técnica.

3 DIRETIVA 2014/24/EU - ARTIGO 68. - CÁLCULO DOS CUSTOS DO CICLO DE VIDA

Como já foi dito a Diretiva 24 autoriza os Estados membros a proibir ou restringir a utilização exclusiva do preço ou do custo para avaliar a proposta economicamente mais vantajosa. Neste Aspecto a Diretiva propõe que as adjudicações sob o critério exclusivo do menor preço podem ser restringidas ao uso de determinadas autoridades adjudicantes ou a determinados tipos de contrato.

Esta era a praxe das contratações públicas na Comunidade Europeia, ainda sob a égide da Diretiva 2004/18/CE, os estados membros já restringiam o uso da licitação do tipo menor preço, a alguns tipos de contratações mais simples, de produtos já suficientemente padronizados¹⁴ pelas normas de produção do país, para entrega imediata, em que a possibilidade de prejuízo à qualidade fosse mínima ou inexistente.

¹³ Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>>.

¹⁴ Há disposição semelhante quanto ao catálogo eletrônico de padronização de compras, previsto no artigo 33 da Lei N° 12.462, de 4 de agosto de 2011, que instituiu o RDC.

Mas ainda nesses casos, o que a nova DIRETIVA 2014/24/EU preconiza é que se adote um sistema de avaliação de eficácia em termos de custos, como o cálculo dos custos do ciclo de vida que estão descritos no artigo 68 da Diretiva.

O cálculo dos custos de ciclo de vida trata de uma abordagem custo-eficácia da proposta, de modo a considerar não apenas o preço líquido do produto ofertado na proposta, mas todos os custos indiretos que incidam ao longo do ciclo de vida das obras, fornecimentos e serviços.

A adoção de tal sistema e não unicamente do critério monofatorial do menor preço poderia minimizar o risco de comprar-se um produto, que embora atenda a todas as especificações previstas no Termo de Referência, tenha, por exemplo, um consumo de energia elétrica superior ao do produto ofertado pelo proponente qualificado em segundo lugar. Em uma hipótese tal que a escolha da proposta qualificada em primeiro lugar, por ter o menor preço, na verdade, implique em maior custo de uso para o erário público dentro de um curto período de tempo.

Em outro exemplo, no Brasil, para adquirir veículos automotores utilizando-se o critério monofatorial do menor preço, a administração pública, em busca da melhor aquisição, deverá estabelecer especificações que cite fatores como, por exemplo; média de consumo de combustível, cilindradas mínimas ou máximas do motor, periodicidade e custo médio de cada revisão dentro do período de garantia, etc.

Fazendo assim, certamente restringirá o universo de operadores econômicos apto a realizarem a oferta, o que, em certa medida pode ser interpretado como um direcionamento da aquisição e como hipótese de indevida redução da competitividade, o que, em consequência poderá gerar atrasos no procedimento, em virtude de impugnações dos demais candidatos.

De outro lado, se os fatores citados, tais como média de consumo de combustível, periodicidade e custo médio de cada revisão dentro do período de garantia fossem inseridos dentro de uma sistemática multifatorial de avaliação de custo/eficácia, conforme o custo do ciclo de vida, várias vantagens adviriam: uma maior competitividade e aumento da probabilidade de aquisição de um produto que realmente espelhe a melhor relação entre preço e qualidade, conforme a realidade do mercado naquele momento.

Somente um método multifatorial permite equilibrar de forma dinâmica, a expectativa da administração pela melhor aquisição e as condições mutáveis do mercado produtor, possibilitando a escolha com o “melhor” custo, conforme a vida útil do produto.

A vantagem econômica para a Administração restaria muito mais clara, posto que adviria de um processo de disputa entre os licitantes, que

valorizaria não apenas o preço nominal, mas um custo global advindo da ponderação de vários fatores, sopesados entre si e projetados para toda a expectativa de uso do bem ou serviço.

Ordinariamente, seguindo a Lei Geral de Licitações as condições de ordem técnica ou os fatores¹⁵, tais como prazo de entrega, durabilidade, velocidade, rendimento, metodologia, materiais utilizados, etc, somente podem ser utilizados como condicionantes de admissibilidade da proposta e não como fator de julgamento.

No entanto, há que se ponderar, ainda pela óptica do princípio da eficiência, que a velocidade de aperfeiçoamento de métodos, de materiais, o ritmo de inovação no setor privado não são naturalmente acompanhados pela Administração Pública. A ponderação multifatorial no julgamento das propostas poderia possibilitar à Administração beneficiar-se das mais novas e eficientes tecnologias, práticas e sistemas logísticos tão logo surgissem no mercado, como resultado do julgamento ponderado de vários fatores.

Não é à toa que há vários casos em que produtos que estão saindo de linha no mercado ou sendo substituídos por versões mais modernas, são destinados pelos fabricantes aos contratos públicos, sob o critério do menor preço.

4 A CONSIDERAÇÃO DO POTENCIAL POLÍTICO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NA DIRETIVA 2014/24/EU

De outro lado, o modelo europeu que prima pela busca da proposta economicamente mais vantajosa visa a também cumprir objetivos políticos e atingir metas da Estratégia Europa 2020¹⁶, buscando um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, in verbis:

A estratégia Europa 2020 visa criar um crescimento inteligente, mediante o investimento na educação, na investigação e na inovação, sustentável, dando prioridade à transição para uma economia de baixo teor de carbono, e inclusivo, prestando especial atenção à criação de emprego e à redução da pobreza. A estratégia centra-se em cinco objetivos ambiciosos nas áreas do emprego, investigação, educação, redução da pobreza e clima/energia.¹⁷

Por estas razões é que a DIRETIVA 2014/24/EU estimula que se inclua no cálculo do ciclo de vida, aspectos de cunho ambiental/

15 Art. 45, caput, da Lei 8.666/93.

16 <http://ec.europa.eu/europe2020/index_pt.htm>

17 <http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/priorities/index_pt.htm>

energético, considerando o processo de produção desde a extração das matérias-primas, uso de formas eficientes de energia, forma de eliminação do produto, envolvimento ou não de produtos tóxicos na fabricação. No caso de obras e serviços, além do custo em energia e eficiência podem ser considerados os métodos para minimização de resíduos e uso eficiente dos recursos, por exemplo.

Quando tais aspectos não se prestem para um cálculo de ciclo de vida de forma objetiva ou da proposta economicamente mais vantajosa, ou seja, quando não puderem ser usados de forma objetiva na avaliação comparativa das propostas, poderão ser previstos dentre as condições de execução dos contratos, sejam de obras, compras ou serviços.

Cabe lembrar que, como no Direito Brasileiro, tanto o cálculo dos custos do ciclo de vida, quanto as condições de execução do contato devem estar diretamente relacionadas ao objeto do contrato, ter por base critérios objetivamente verificáveis e não discriminatórios, de modo a não favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores econômicos¹⁸.

Assim é que, aproveitando o potencial político das contratações públicas, a Diretiva 24 em comento possibilita a inserção de aspectos sociais do processo de produção entre as condições de contrato ou dentre os critérios de adjudicação, de modo, por exemplo, a fomentar a inserção social de pessoas desfavorecidas ou vulneráveis entre aquelas incumbidas de executar o contrato.

O incentivo à inovação também é uma das políticas alvo a serem perseguidas através da regulamentação das contratações públicas na União Europeia. Nesse diapasão, a perspectiva é de que se as entidades adquirentes permanecerem conservadoras, os operadores econômicos não serão incentivados a inovar ou, até mesmo, serão proibidos de inovar.

Na busca por otimizar a operação do serviço público através da integração de novos processos, tecnologias ou materiais, a DIRETIVA 2014/24/EU, além de postar tal critério dentre os possíveis para avaliação da proposta economicamente mais vantajosa, prevê modalidades de licitação voltadas diretamente para a busca de soluções inovadoras, como por exemplo as parcerias para a inovação e os diálogos concorrenciais.¹⁹

18 DIRETIVA 2014/24/EU Artigo 68, 3, "a".

19 DIRETIVA 2014/24/EU Artigos 30º e 31º

5 NOVOS RUMOS: O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO E O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC

No Brasil, as discussões relativas ao que constitua a real vantajosidade na seleção e contratação públicas, tem se aprofundado²⁰. O paradigma do menor preço tem sido questionado sistematicamente. O legislador, por sua vez tem se utilizado, como faz a União Europeia, do potencial do regime de contratação, para atingir outros objetivos de interesse público.

O primeiro marco desta mudança foi fincado pelo artigo 1º da Lei 12.349/2010 que acrescentou o princípio do desenvolvimento sustentável como uma das finalidades da licitação descritas no artigo 3º, da Lei 8.666/93.

A doutrina nacional tem interpretado o princípio do desenvolvimento sustentável ou da sustentabilidade como atuante em três dimensões; ambiental, social e econômica.

Nessa chave, nas licitações e contratações administrativas, força assumir que a proposta mais vantajosa será sempre aquela que, entre outros aspectos a serem contemplados, apresenta-se a mais apta a causar, direta ou indiretamente o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais. Por esse prisma, o sistema de avaliação de custos, sob pena de violação flagrante do princípio constitucional em apreço, terá de ser reformulado e incluir os custos indiretos, no intuito de estimar os dispêndios futuros a serem efetuados em função dos previsíveis impactos sistêmicos das decisões administrativas tomadas e dos riscos assumidos. Ou seja, antes de licitar, não se podem ignorar, candidamente, os custos ambientais, sociais e econômicos de cada escolha administrativa.²¹

A Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC trouxe grandes inovações à legislação nacional, ao que parece, apontando para o futuro da regulamentação de uma nova lei geral de licitações e contrato públicos nacional. Neste aspecto trouxe inovações que se aproximam dos preceitos

20 SCHIRATO, Vitor Rhein A COMPOSIÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS. Interesse Público IP Belo Horizonte, n. 37, ano 8 Maio/Junho 2006 Disponível em : <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=49165>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

21 FREITAS, Juarez. Princípio da sustentabilidade: licitações e a redefinição da proposta mais vantajosa. *Revista de Direito da UNISC*, Santa Cruz do Sul, n. 38, p. 78, jul./dez. 2012. *Apud* FREITAS, Thiago Pereira de. Por uma revisão do princípio da vantajosidade nas contratações públicas brasileiras. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 247.

e métodos de concorrência e contratação públicas aplicados na União Européia, de maneira uniforme, desde a edição da Diretiva 2004/18/CE.

Nesta toada vale notar que o RDC fora originalmente concebido para aplicação a contratos referentes a grandes eventos, tais como os Jogos Olímpicos de 2016 e a Copa do Mundo Fifa 2014, mas progressivamente seu âmbito de aplicabilidade tem sido alargado para áreas que exigem uma contratação constante como, por exemplo, para as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS e do sistema prisional e socioeducativo²².

Em consonância com a mudança ocorrida na Lei 8666/93, O RDC também prevê o desenvolvimento nacional sustentável²³ entre os princípios que regem as licitações e contratos que venham a ser realizados conforme aquele regime.

Ainda quanto ao aspecto da sustentabilidade, o art. 4º § 1º reforça a necessidade de atenção à sustentabilidade em suas três dimensões, reforçando a necessidade de o Administrador atentar para as normas referentes a disposição final de resíduos sólidos, redução do consumo de energia e recursos naturais, avaliação de impacto na vizinhança, proteção ao patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, além da garantia de acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, entre outros.

Dentre as várias inovações trazidas pelo RDC a registrada em seu artigo 19, § 1º apresenta a possibilidade de adoção de sistemática semelhante ao cálculo do custo de ciclo de vida, quando trata do julgamento pelo menor preço, de forma multifatorial, *in verbis*:

Art. 19. O julgamento pelo menor preço ou maior desconto considerará o menor dispêndio para a administração pública, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório.

§ 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme dispuser o regulamento.

As alterações registradas após a introdução do princípio do desenvolvimento sustentável na lei Geral de Licitações e as inovações trazidas pelo RDC apontam para uma tendência de superação do

²² Vide Lei nº 12.745, de 19 de dezembro de 2012 e Medida Provisória nº 678, de 23 de junho de 2015

²³ Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, art. 3º.

modelo dogmático do menor preço, abrindo caminhos para que o Brasil desenvolva procedimentos licitatórios que privilegiem a relação entre qualidade/preço.

6 CONCLUSÃO

O critério de adjudicação largamente mais utilizado nas licitações no Brasil é o do menor preço.

Esta estrutura baseada no menor preço traz inúmeras consequências e distorções ao sistema de contratações públicas, dentre elas alta probabilidade de a administração pública contratar bens e serviços de baixa qualidade

De outro lado, a regra para adjudicação dos contratos públicos na União Europeia é a da proposta economicamente mais vantajosa (critério PEMV), que deve ser interpretada e aplicada de modo a buscar sempre a escolha da melhor relação qualidade/preço. Tal critério confere maior ênfase a aspectos qualitativos, ambientais e sociais da contratação no intuito de “incentivar uma maior orientação da contratação pública para a qualidade”²⁴.

O sistema de licitação brasileiro, quanto à adjudicação, funda-se nos mesmos princípios jurídicos do julgamento objetivo e da isonomia presentes na União Europeia, no entanto segue em sentido contrário, o menor preço se afirma como critério decisório prevalente, inclusive nas licitações cujo critério formal seja a melhor técnica.

A nova DIRETIVA 2014/24/EU também preconiza a adoção de um sistema de avaliação de eficácia em termos de custos, como o cálculo dos custos do ciclo de vida que estão descritos no artigo 68 da Diretiva.

O cálculo dos custos de ciclo de vida trata de uma abordagem custo-eficácia da proposta, de modo a considerar não apenas o preço líquido do produto ofertado na proposta, mas todos os custos indiretos que incidam ao longo do ciclo de vida das obras, fornecimentos e serviços.

No Brasil, as discussões relativas ao que constitua a real vantajosidade na seleção e contratação públicas, tem se aprofundado. O paradigma do menor preço tem sido questionado sistematicamente. O legislador, por sua vez tem se utilizado, como faz a União Europeia, do potencial do regime de contratação, para atingir outros objetivos de interesse público.

O primeiro marco desta mudança foi fincado pelo artigo 1º da Lei 12.349/2010 que acrescentou o princípio do desenvolvimento sustentável como uma das finalidades da licitação descritas no artigo 3º, da Lei 8.666/93.

24 DIRETIVA 2014/24/EU – Considerandos (90)

A doutrina nacional tem interpretado o princípio do desenvolvimento sustentável ou da sustentabilidade como atuante em três dimensões; ambiental, social e econômica.

Dentre as várias inovações trazidas pelo RDC, além da atenção à sustentabilidade, destaca-se a registrada em seu artigo 19, § 1º, pois apresenta a possibilidade de adoção de sistemática semelhante ao cálculo do custo de ciclo de vida, quando trata do julgamento pelo menor preço, de forma multifatorial.

As alterações registradas após a introdução do princípio do desenvolvimento sustentável na lei Geral de Licitações e as inovações trazidas pelo RDC apontam para uma tendência de superação do modelo dogmático do menor preço, abrindo caminhos para que o Brasil desenvolva uma legislação que permita que as contratações públicas mirem em resultados de melhor qualidade, buscando a seleção do “melhor” preço, por meio da inserção de fatores atinentes à qualidade nos julgamentos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Amaral e. Reflexões sobre o princípio do julgamento objetivo das propostas: os desafios brasileiros e a experiência europeia. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80267>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O conceito de proposta vantajosa nas licitações para empreendimentos de infraestrutura. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 238, p. 1197-1198, dez. 2013.

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional - Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.- Brasília : Rio de Janeiro : Ipea , 2015.* Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=23120>, Acesso em: 30 set. 2015

Nota Técnica IPEA nº 08, de outubro de 2013 – *A reforma da Lei 8.666/93 e do arcabouço legal de compras públicas no Brasil: contribuições do Ipea à Consulta Pública do Senado.* / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.- Brasília :2013 Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140505_notatecnicadiset08.pdf>.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. As diretivas da comunidade europeia elementos para uma teoria geral. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* v. 37/2001, p. 7 - 26, out - dez 2001. Disponível em: <http://www.academia.edu/739067/As_Diretivas_Comunit%C3%A1rias_Elementos_para_uma_Teoria_Geral>.

FREITAS, Thiago Pereira de. Por uma revisão do princípio da vantajosidade nas contratações públicas brasileiras. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 247, p. 888-896, set. 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann; MENDES, Renato Geraldo. Qual o princípio mais importante da contratação pública: Igualdade ou eficiência? Como é possível harmonizá-los? Pode haver conflito entre eles? Como deve ser resolvido? *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 248, p. 941-944, out. 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A composição da proposta mais vantajosa nas licitações públicas. *Interesse Público IP*, Belo Horizonte, n. 37, ano 8 maio/jun. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49165>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

A CRISE DA MIGRAÇÃO: UMA BREVE ANÁLISE JURÍDICA SOBRE OS DESLOCAMENTOS HUMANOS NO BRASIL E NA EUROPA

*THE CRISIS OF MIGRATION: A BRIEF LEGAL ANALYSIS
OVER HUMAN DISPLACEMENT IN BRAZIL AND IN EUROPE*

Evandro Pereira Caldas

Procurador Federal

Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito de Campos

SUMÁRIO: Introdução; 1 Dos Trabalhadores Imigrantes Irregulares; 1.1 Da Proteção Jurídica do Trabalhador Imigrante na Europa e no Brasil; 1.2 Da Competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Opinião Consultiva 18; 2 Dos Refugiados; 2.1 Do Ordenamento Jurídico Sobre Refúgio do Pós-Guerra; 2.2 Da Declaração de Cartagena e do Ordenamento Jurídico Nacional sobre Refúgio; 2.3 Dos Desafios Atuais na Questão da Migração; 3 Conclusão; Referências

RESUMO: O presente artigo analisa o problema da migração, com foco no caso dos trabalhadores imigrantes irregulares e dos refugiados. Tais indivíduos são aqueles em estado de maior vulnerabilidade no âmbito de proteção do direito internacional, e, por isto, são muitas vezes vítimas de diversos tipos de ofensas no país de destino. Fez-se um breve esboço histórico com o estudo dos principais instrumentos normativos elaborados ao longo dos anos sobre o tema. Foi citado o tratamento do assunto na Europa e nas Américas, principalmente na legislação nacional. Por fim, foram analisados os atuais desafios enfrentados no tratamento do assunto levando-se em conta que, ainda hoje, são variados os casos de violação dos direitos humanos dos imigrantes.

ABSTRACT: This article discusses the problem of migration, focusing on the case of undocumented migrant workers and refugees. Such individuals are those most vulnerable state in international law scope of protection, and, therefore, are often victims of various types of offenses in the country of destination. There was a brief historical sketch to the study of the main legal instruments developed over the years on the subject. It was quoted the subject of treatment in Europe and the Americas, particularly in national legislation. Finally, was faced the current challenges facing the issue taking into account that, even today, are varied cases of violation of human rights of immigrants.

PALAVRAS-CHAVE: Migração. Estrangeiro. Trabalhador Imigrante Irregular. Trabalhador Imigrante Indocumentado. Refugiado

KEYWORDS: Migration. Foreign. Irregular immigrant worker. Undocumented Immigrant worker. Refugee

INTRODUÇÃO

No começo do desenvolvimento da vida humana na terra os homens eram seres essencialmente nômades e exploradores. Os deslocamentos por longas distâncias eram necessários em busca da sobrevivência, principalmente na procura por alimentos. Essas longas distâncias eram percorridas a pé para lugares onde sementes e frutas pudessem ser encontradas.

O estilo de vida normalmente nômade começou a desaparecer com o domínio da lavoura e a capacidade do homem em domesticar animais para rebanho e alimentação. A existência de um estoque de alimento aos poucos foi eliminando a necessidade de deslocamentos em busca da sobrevivência.

Com a evolução o uso do solo, das pastagens, dos minerais e da pesca, a capacidade de determinado local alimentar as pessoas que ali viviam aumentou drasticamente. Tal fato contribuiu para que as pessoas permanecessem nos locais que haviam nascido, dando surgimento as grandes cidades.

Como explica Geoffrey Blainey em seu aclamado livro sobre a história do mundo:

Enquanto todo nômade passava a maior parte do dia na colheita e na caça de alimentos, a nova ordem criava especialistas, como fabricantes de tijolos, pedreiros, padeiros, fabricantes de cerveja, oleiros, tecelões, alfaiates e costureiras, soldados, sapateiros, escavadores de valas de irrigação, cuidadores de celeiros e, obviamente, fazendeiros e pastores de rebanhos. Talvez 90 de cada 100 pessoas de uma região ainda estivessem voltadas para o cultivo de alimentos, para a caça e tarefas afins, mas as outras 10 assumiam uma grande variedade de profissões. Os novos especialistas moravam em vilarejos, e os maiores desses vilarejos tornaram-se cidades; as cidades teriam sido inviáveis sem o desenvolvimento da lavoura.¹

Desde aquela longa data, a tendência do ser humano foi se estabelecer na terra onde nasceu, fato que ocorre até os dias atuais.

Não obstante, não é incomum que as pessoas saiam dos lugares onde nasceram e, pelos mais variados motivos, se desloquem para outros locais, sejam temporária, seja definitivamente.

Antes estes deslocamentos ocorriam para lugares próximos. Contudo, com a evolução dos meios de transporte e a facilidade de se percorrer grandes distâncias, o destino da migração passou a obedecer

1 BLAINNEY, Geoffrey. *Uma Breve História do Mundo*. São Paulo: Fundamento, 2008. P.

apenas a vontade daquele que estava a se deslocar, embora variadas fossem as razões para tanto.

Neste estudo não trataremos daqueles deslocamentos humanos temporários, relacionados com o interesse humano de conhecer outras regiões e aprender com novas culturais. O que tem afligido a humanidade no passado recente da história, bem como nos dias atuais, são aquelas migrações que tem como causa principal fatos alheios à vontade do migrante.

Dentro desse grupo de pessoas há aquelas que se deslocam de um lugar para o outro em busca de melhores condições de vida, bem como aquelas que migram pela impossibilidade fática de permanecer e, posteriormente, retornar ao seu local de origem.

No presente trabalho abordaremos aqueles casos que mais atraem a necessidade de tutela jurídica, que são os dos trabalhadores que migram irregularmente para outros países, bem como o caso dos refugiados que são aqueles que, segundo a legislação nacional, não possam ou não queiram retornar a seu país de origem “devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas” ou aqueles que são obrigados a buscar refúgio em outro país “devido a grave e generalizada violação de direitos humanos”.

Tais migrações geram tensão entre aqueles que se deslocam e aqueles nacionais dos países que os recebem. Muitas vezes há um preconceito por parte da população do Estado de destino, que tende a ver os imigrantes como um peso a ser suportado.

Nessa difícil relação, o direito tem um papel fundamental de equilibrar as relações e garantir a segurança jurídica necessária para as partes envolvidas, principalmente para aquelas consideradas mais vulneráveis.

1 DOS TRABALHADORES IMIGRANTES IRREGULARES

Como exposto anteriormente, muitas vezes, em função de crises econômicas, as pessoas migram para outro país em busca de emprego e melhores condições econômicas de vida.

Contudo, por estarem em país diverso, longe da sua cultura, sofrendo muitas vezes com a dificuldade da língua nova, estes trabalhadores se encontram em estado de grande vulnerabilidade, sujeito a diversos tipos de abusos e exploração, sem uma proteção adequada pelo Estado, vivendo algumas vezes em regime de escravidão.

Como, em muitos casos, estes trabalhadores entram de forma irregular no país, com receio de serem mandados de volta, eles têm medo de denunciar os males sofridos.

Durante o século XIX a tendência dos Estados era essencialmente garantir a proteção dos cidadãos nacionais. Nesta época, o direito internacional era primordialmente utilizado para regular a relação entre Estados, não se preocupando com os direitos das pessoas.

A partir da segunda guerra mundial e com a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, os direitos humanos passaram a também ser objeto do direito internacional, incluindo-se, neste, obviamente, os direitos migrantes.

1.1 DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO TRABALHADOR IMIGRANTE NA EUROPA E NO BRASIL

Como forma de proteção dos direitos dos trabalhadores imigrantes foi elaborada a Convenção da ONU sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família, adotada pela resolução 45/158 da Assembleia/Geral de 18 de dezembro de 1990.

Conforme art. 2º desta convenção, o trabalhador imigrante é a “pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada num Estado de que não é nacional”.

Por esta convenção:

Os Estados Partes comprometem-se, em conformidade com os instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos, a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todos os trabalhadores migrantes e membros da sua família que se encontrem no seu território e sujeitos à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião ou convicção, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou de qualquer outra situação. (art. 7º)

Se a convenção avança no sentido de mencionar expressamente os migrantes trabalhadores indocumentados, também chamados de irregulares, ainda peca por dar alguns direitos apenas aos trabalhadores regulares.

Com efeito, os direitos básicos contidos na parte III são aplicáveis a todos os trabalhadores imigrantes, regulares ou não, contudo, a parte IV da convenção, somente é aplicável àqueles que se encontram documentados. Dentre os direitos de titularidade somente dos trabalhadores regulares estão o direito de livre circulação e livre escolha do local de sua residência (art. 39), direito a voto (art. 41) e isonomia com os nacionais em diversos direitos sociais (art.43, art. 45 e art. 54).

No caso do Brasil, os trabalhadores imigrantes são regidos pelo estatuto do estrangeiro (lei 6.815/80) que data do período da ditadura. Este estatuto é criticado por alguns doutrinadores por seu viés de proteção da segurança nacional em detrimento da correta tutela dos direitos humanos dos estrangeiros.

De fato, não há menção expressa à defesa dos direitos humanos dos estrangeiros que estejam em território nacional. Na parte dos direitos dos estrangeiros, há um único dispositivo que diz, genericamente, que “o estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis”.² Mesmo assim, analisando a lei como um todo, se pode notar que a parte que trata dos direitos dos estrangeiros somente aparece após se tratar da deportação, expulsão e extradição e mesmo assim somente há menção ao estrangeiro “residente” no país.³

Ademais, embora seja uma lei aplicável aos estrangeiros, contraditoriamente, o art. 2^o deixa clara a primazia da proteção à segurança nacional, aos interesses internos e aos trabalhadores nacionais.

Essa tendência nacionalista do Estatuto do Estrangeiro, que vê no imigrante uma ameaça, vai de encontro com a própria Constituição da República que em seu preâmbulo trata o Brasil como um Estado Democrático fraterno, pluralista, sem preconceitos e comprometido com a ordem internacional. Sem mencionar, igualmente, a menção expressa aos estrangeiros no seu art. 5^o que trata dos direitos e garantias fundamentais.

Outro exemplo de contrariedade ao texto constitucional está no art. 61⁵ do citado Estatuto. Tal dispositivo autoriza a prisão do estrangeiro sujeito à deportação por ordem do Ministro da Justiça, em detrimento ao previsto no art. 5^o, LXI da Constituição da República que garante que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”.

2 Art. 95 da Lei 6.815/80

3 Embora o art. 95 da lei 6.815/80 e o caput do art.5^o da Constituição da República tenha utilizado a expressão “estrangeiros residentes no país”, ao reconhecer a titularidade de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal já enfrentou o assunto tendo entendido que os direitos regulados neste dispositivo são extensíveis a todos os estrangeiros que se encontrem em território brasileiro (HC 94.477, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6.9.2011, Segunda Turma, Informativo 639).

4 Art. 2^o Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional.

5 Art. 61. O estrangeiro, enquanto não se efetivar a deportação, poderá ser recolhido à prisão por ordem do Ministro da Justiça, pelo prazo de sessenta dias
Parágrafo único. Sempre que não for possível, dentro do prazo previsto neste artigo, determinar-se a identidade do deportando ou obter-se documento de viagem para promover a sua retirada, a prisão poderá ser prorrogada por igual período, findo o qual será ele posto em liberdade, aplicando-se o disposto no artigo 73.

O Projeto de Lei no 5.655 que dispõe sobre o “ingresso, permanência e saída de estrangeiros no território nacional, o instituto da naturalização, as medidas compulsórias, transforma o Conselho Nacional de Imigração em Conselho Nacional de Migração, define infrações e dá outras providências” tende a corrigir esse erro. Logo em seu artigo 2º há expressa menção à garantia dos direitos humanos.⁶

Não obstante, enquanto não estiver em vigor um novo Estatuto do Estrangeiro, o atual deve ser lido em conformidade com o texto constitucional, dando primazia à proteção da dignidade da pessoa humana.

Na atual redação do Estatuto do Estrangeiro, ao imigrante que se situa em território nacional amparado de visto de turista, de trânsito, ou temporário na condição de estudante, é vedado o exercício de atividade remunerada, sob pena de serem deportados. É o que dispõe o art. 57, § 1º c/c 98 da Lei 6.815/80:

Art. 57. Nos casos de entrada ou estada irregular de estrangeiro, se este não se retirar voluntariamente do território nacional no prazo fixado em Regulamento, será promovida sua deportação.

§ 1º Será igualmente deportado o estrangeiro que infringir o disposto nos artigos 21, § 2º, 24, 37, § 2º, 98 a 101, §§ 1º ou 2º do artigo 104 ou artigo 105

Art. 98. Ao estrangeiro que se encontra no Brasil ao amparo de visto de turista, de trânsito ou temporário de que trata o artigo 13, item IV, bem como aos dependentes de titulares de quaisquer vistos temporários é vedado o exercício de atividade remunerada. Ao titular de visto temporário de que trata o artigo 13, item VI, é vedado o exercício de atividade remunerada por fonte brasileira.

Quanto aos imigrantes em situação irregular, há um vácuo protetivo. O estatuto do estrangeiro somente trata deles para proibir a legalização da sua estada e aplicar-lhes a sanção de deportação.⁷ Por esta escassa tutela legal e com risco de serem deportados, muitos imigrantes ilegais que se encontram no Brasil vivem na clandestinidade, sujeitos à própria sorte. Não é incomum a descoberta de empresas que possuem mão de obra

6 Art. 2º-A aplicação desta Lei deverá nortear-se pela política nacional de migração, garantia dos direitos humanos, interesses nacionais, sócio-econômicos e culturais, preservação das instituições democráticas e fortalecimento das relações internacionais.

7 Art. 38. É vedada a legalização da estada de clandestino e de irregular, e a transformação em permanente, dos vistos de trânsito, de turista, temporário (artigo 13, itens I a IV e VI) e de cortesia.

formada por imigrantes irregulares que vivem em condições de trabalho análogas à escravidão.

Recentemente vimos um grande acréscimo na entrada de imigrantes no Brasil, com destaque para o caso dos haitianos, principalmente depois que um terremoto devastou o país no ano de 2010. Embora haja um esforço das autoridades para que estes não entrem na clandestinidade, muitos, que entram no país na mão dos conhecidos “coiotes”, acabam seguindo esse caminho.

Esta crise dos trabalhadores migrantes em situação irregular, que vivem à sombra das legislações nacionais e são tratados de forma discriminatória em relação aos nacionais, principalmente nas relações de emprego, já foi levada à Corte Interamericana de Direitos Humanos que deu seu pronunciamento pela importante Opinião Consultiva 18 (OC18).

1.2 DA COMPETÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DA OPINIÃO CONSULTIVA 18

Como se sabe, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos se divide em contenciosa e consultiva. Na competência contenciosa são resolvidos casos concretos de violação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁸ ou de outros tratados de direitos humanos aplicáveis ao sistema interamericano.

Na competência consultiva, por sua vez, a Corte responde consultas que formulam os Estados-membros da OEA, ou os seus órgãos, sobre a compatibilidade das normas internas dos países com a Convenção, bem como sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.

Foi no âmbito da competência consultiva⁹ da Corte Interamericana de Direitos Humanos que esta exarou a citada Opinião Consultiva 18¹⁰. A provocação da Corte se deu pelo México que, com base no art. 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, questionou a interpretação dada por alguns Estados-membros que limitava a proteção legal àqueles

8 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi aprovada em 21 de novembro de 1969, na cidade que deu o nome ao pacto, pela Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, convocada pelo Conselho da OEA, tendo entrado em vigor em 18 de julho de 1978.

9 Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 64 - 1. Os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

10 A íntegra da decisão em português pode ser encontrada em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/>

que preenchessem os requisitos das políticas migratórias internas. Ou seja, aquele Estado queria saber se, com base no princípio da igualdade e da não discriminação, poderiam os imigrantes irregulares terem direitos trabalhistas diferenciados dos demais.

Em decisão exemplar, entendeu a Corte Interamericana de Direitos Humanos que, do dever universal de garantir e respeitar os direitos humanos, nasce um vínculo indissolúvel com o princípio da não discriminação. Nesse sentido, a universalidade da proteção dos direitos humanos proíbe o tratamento odioso em relação a qualquer trabalhador, mesmo tendo ele adentrado no país de forma ilegal.

No entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos é possível a distinção entre imigrantes regulares e irregulares e entre estes e os nacionais de determinado país, mas desde que essa distinção seja razoável, objetiva, proporcional e não seja violadora dos direitos humanos.

No caso dos trabalhadores imigrantes em situação irregular, a Corte expressou que os direitos trabalhistas devem ser tutelados sem qualquer discriminação em relação à nacionalidade ou situação migratória. Caso o imigrante ilegal estabeleça um vínculo empregatício, ele deve ser tutelado com os mesmos direitos trabalhistas dos cidadãos nacionais daquele país. Distinção neste sentido seria injusta e desproporcional.

Dissertando sobre o tema, Emerson Alves Andena aduz que:

Ocorre que o migrante, independentemente da situação migratória, goza de direitos trabalhistas da mesma forma que um nacional. Esse é o entendimento expresso na opinião consultiva OC 18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao determinar que o trabalhador migrante em situação regular ou irregular, quando assume uma relação de trabalho, adquire direitos por ser trabalhador, que devem ser garantidos pelo Estado em que trabalha. *A Corte considerou em sua decisão que o princípio da igualdade e não discriminação é um dos pilares do direito internacional dos direitos humanos e que faz parte do domínio do jus cogens. Por isso, os Estados não podem se prevaler do fato de não serem partes em determinado tratado de direitos humanos para evadir-se da obrigação de respeitar tal princípio fundamental.* Fazendo parte do direito internacional geral e sendo norma de *jus cogens*, o princípio da igualdade e não discriminação é imperativo e transcende o domínio do direito dos tratados. *Esta decisão acarreta obrigações erga omnes de proteção que vinculam a todos os Estados e geram efeitos com respeito a terceiros, inclusive particulares.* Em outras palavras, os direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes, inclusive os indocumentados, são oponíveis ao poder público e igualmente aos

particulares nas relações individuais, empregador e empregado.¹¹
(grifo nosso)

Ainda na OC 18, a Corte destacou que, no caso de conflito entre a lei nacional e a internacional, deve ser aplicada a lei mais benéfica ao trabalhador, haja vista sua vulnerabilidade presumida deste em face do empregador, principalmente daqueles imigrantes em situação irregular.

Como se vê, andou bem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao recomendar uma tutela específica para aquele trabalhador imigrante que muitas vezes carece de suporte jurídico do país em que reside.

Note-se, que, embora a OC18 não seja de cunho forçado, ela tem uma importante função declaratória e de convencimento dos Estados, além de servir como precedente para o julgamento dos casos contenciosos.

Por outro lado, o aludido parecer acaba por levar a uma maior reflexão sobre o tema e influenciar uma mudança de postura no tratamento dos trabalhadores imigrantes ilegais, além de influenciar as tomadas de decisões internas.

2 DOS REFUGIADOS

Como foi dito acima, além daquelas pessoas que migram em busca de emprego e melhores oportunidades, há o caso daqueles que saem do seu país de origem, ou não podem a ele retornar, por motivo de força maior “devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas” ou “devido a grave e generalizada violação de direitos humanos”.

A chamada “crise dos refugiados” tem sido objeto de notícias frequentes nos principais meios jornalísticos internacionais e chamado a atenção de todo o mundo para esse grave problema humanitário.

Diversas guerras civis, como a da Síria, que obrigou mais da metade da população deste país a deixar suas casas, segundo informações da Agência da ONU para Refugiados, vem obrigando os governos a debaterem com mais intensidade este problema que, embora não seja novo, vem recentemente comovendo a todos com as frequentes informações de jornadas de migração que tiveram fins trágicos.

11 ANDENA, Emerson Alves. *Transformações da Legislação Imigratória Brasileira: Os (des)caminhos rumo aos direitos humanos*. São Paulo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013. 154 páginas. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de Mestre. Área de Concentração: Direitos Humanos. P. 103-104

O momento marcante deste movimento parece ter sido a chocante imagem de um menino sírio de nome Aylan Kurdi, de 3 anos, que morreu afogado ao tentar cruzar o Mar Egeu e chegar à Grécia. As fotos de Aylan Kurdi deitado sem vida na areia e depois sendo carregado por um policial, rodou o mundo e causou comoção mundial.

Embora em voga na atualidade, o problema dos refugiados não é novo, se confundindo com a própria história moderna da humanidade. Porém, foi a partir do século XV que ele despontou de forma sistemática¹².

2.1 DO ORDENAMENTO JURÍDICO SOBRE REFÚGIO NO PÓS-GUERRA NA EUROPA

A Declaração Universal dos Direitos do Humanos de 1948, que pela primeira vez enfatizou a universalidade dos direitos humanos, previu em seu art. 14 que: “Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.”

Logo depois, em 14 de dezembro de 1950, foi criado, pela Assembleia Geral da ONU, como forma de proteger e assistir às vítimas de perseguição, da violência e da intolerância, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR¹³. Como explica o art. 2º do seu estatuto, o ACNUR terá caráter apolítico, humanitário e social, sendo sua função delineada no art. 1º do mesmo estatuto:

1. O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, atuando sob a autoridade da Assembléia Geral, assumirá a função de proporcionar proteção internacional, sob os auspícios das Nações Unidas, aos refugiados que se enquadrem nas condições previstas no presente Estatuto, e de encontrar soluções permanentes para o problema dos refugiados, prestando assistência aos governos e, com o consentimento de tais governos, prestando assistência também a organizações privadas, a fim de facilitar a repatriação voluntária de tais refugiados ou a sua integração no seio de novas comunidades nacionais.

Em seqüência, seguindo decisão da Assembleia Geral da ONU de 1950, foi aprovado o documento considerado mais importante na defesa dos direitos dos refugiados, qual seja, a Convenção de Genebra de 1951 que entrou em vigor em 22 de abril de 1954, conferindo diversos direitos fundamentais aos refugiados.

12 BARROS, Miguel Daladier. *O drama dos refugiados ambientais no mundo globalizado*. Revista Consulex, Brasília, Ano XIV, n. 317, p.12, março de 2010.

13 Disponível em: <<http://www.acnur.org>>

O art.1^o¹⁴ da Convenção logo deixa evidente seu caráter mais abrangente em relação aos documentos internacionais anteriores sobre o assunto, que apenas tratavam de grupos específicos de refugiados.

Além disso, a Convenção deixa expresso que sua aplicação deve se dar sem discriminação por raça, religião, sexo e país de origem (art. 3^o). Ademais, estabelece o chamado princípio de non-refoulement (“não-devolução”), que determina que nenhum Estado deve expulsar ou “devolver” um refugiado, contra a vontade do mesmo, para um território em que sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas (art. 33). *In verbis*:

Art. 33 - Proibição de expulsão ou de rechaço

1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.

2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país.

14 Art. 1^o - Definição do termo “refugiado”

A. Para os fins da presente Convenção, o termo “refugiado” se aplicará a qualquer pessoa: 1) Que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados; As decisões de inabilitação tomadas pela Organização Internacional dos Refugiados durante o período do seu mandato, não constituem obstáculo a que a qualidade de refugiados seja reconhecida a pessoas que preencham as condições previstas no parágrafo 2 da presente seção; 2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1^o de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. No caso de uma pessoa que tem mais de uma nacionalidade, a expressão “do país de sua nacionalidade” se refere a cada um dos países dos quais ela é nacional. Uma pessoa que, sem razão válida fundada sobre um temor justificado, não se houver valido da proteção de um dos países de que é nacional, não será considerada privada da proteção do país de sua nacionalidade. B. 1) Para os fins da presente Convenção, as palavras “acontecimentos ocorridos antes de 1^o de janeiro de 1951”, do art. 1^o, seção A, poderão ser compreendidas no sentido de ou

a) “acontecimentos ocorridos antes de 1^o de janeiro de 1951 na Europa”; ou b) “acontecimentos ocorridos antes de 1^o de janeiro de 1951 na Europa ou alhures”; e cada Estado Contratante fará, no momento da assinatura, da ratificação ou da adesão, uma declaração precisando o alcance que pretende dar a essa expressão do ponto de vista das obrigações assumidas por ele em virtude da presente Convenção.

Note-se que, embora a Convenção tenha trazido novas e importantes inovações para a proteção dos refugiados, com a evolução das causas de perseguições e com a polarização dos conflitos, fazia-se necessário abranger ainda mais aquele conceito de refugiado e eliminar as restrições de datas e espaços geográficos presentes em seu art. 1º.

Com efeito, pela redação originária, os termos da Convenção somente seriam aplicáveis aos acontecimentos ocorridos anteriormente a 1º de janeiro de 1951, haja vista que seu fim primordial era resguardar aqueles refugiados vítimas das grandes guerras.

Tendo isso em vista, em 1966 foi preparado um Protocolo e submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas, como o objetivo de emendar a Convenção de Genebra e retirar aquelas citadas restrições¹⁵ de forma que os termos desta Convenção passassem a ser aplicáveis a todos aqueles que se enquadravam na definição de refugiado.

A finalidade do protocolo foi bem expressa logo na sua introdução:

Os Estados Partes no presente Protocolo,

Considerando que a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados assinada em Genebra, em 28 de julho de 1951 (daqui em diante referida como a Convenção), só se aplica às pessoas que se tornaram refugiados em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951,

Considerando que, desde que a Convenção foi adotada, surgiram novas categorias de refugiados e que os refugiados em causa podem não cair no âmbito da Convenção,

Considerando que é desejável que todos os refugiados abrangidos na definição da Convenção, independentemente do prazo de 1 de janeiro de 1951, possam gozar de igual estatuto, *Convencionaram* o seguinte:

O Protocolo foi assinado pelo Presidente da Assembleia Geral e o Secretário-Geral no dia 31 de janeiro de 1967, tendo sido enviado aos Estados. Entrou em vigor em 4 de outubro de 1967.

15 1. Os Estados Partes no presente Protocolo obrigam-se a aplicar os artigos 2 a 34, inclusive, da Convenção aos refugiados tal como a seguir definidos. 2. Para os efeitos do presente Protocolo, o termo «refugiado» deverá, excepto em relação à aplicação do parágrafo 3 deste artigo, significar qualquer pessoa que caiba na definição do artigo 1, como se fossem omitidas as palavras «como resultado de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951 ...» e as palavras «... como resultado de tais acontecimentos», no artigo 1-A (2). 3. O presente Protocolo será aplicado pelos Estados Partes sem qualquer limitação geográfica, com a excepção de que as declarações existentes feitas por Estados já Partes da Convenção de acordo com o artigo 1-B (1) (a) da Convenção deverão, salvo se alargadas nos termos do artigo 1-B (2) da mesma, ser aplicadas também sob o presente Protocolo.

Com a ratificação do Protocolo, os países foram levados a aplicar as provisões da Convenção de 1951 para todos os refugiados enquadrados na definição da carta, mas sem limite de datas e de espaço geográfico. Note-se que, embora relacionado com a citada Convenção, o Protocolo é um instrumento independente cuja ratificação não é restrita aos Estados signatários da Convenção de 1951.

De acordo com informações da ACNUR¹⁶ em novembro de 2007, o número total de Estados signatários da Convenção era de 144 – o mesmo número de signatários do Protocolo de 1967. O número de Estados signatários de ambos os documentos é de 141. O número de Estados signatários de um ou outro documento é de 147. Entre os Estados signatários apenas da Convenção de 1951 estão Madagascar, Mônaco e São Cristóvão e Névis; e entre os Estados signatários apenas do Protocolo de 1967 estão Cabo verde, Estados Unidos da América e Venezuela.



Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados: Países signatários da Convenção de 1951, apenas Países signatários do Protocolo de 1967, apenas Países signatários de ambos não signatários

16 Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/o-que-e-a-convencao-de-1951/>>. Acesso em: 25 set. 2015.

2.2 DA DECLARAÇÃO DE CARTAGENA E DO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL SOBRE REFÚGIO

No âmbito das Américas, cabe destaque para a Declaração de Cartagena de 1984 que, dentre outras conclusões, no seu item três, ampliou a definição de refugiado para incluir aquelas pessoas que fugiram de seu país por que “sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violência massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública”.¹⁷ Pela expressa menção à violação massiva dos direitos humanos, tal declaração é considerada uma das mais avançadas sobre o tema.¹⁸

Adentrando ao aspecto nacional, o Brasil está entre os países que ratificaram tanto a Convenção da ONU de 1951, quanto o Protocolo de 1967. Outrossim, tendo como inspiração a Declaração de Cartagena, o país foi o primeiro da região a adotar uma lei específica sobre o tema, que é a Lei nº 9.474 de 1997.

O Brasil vem sendo elogiado pelo seu arcabouço jurídico sobre o tema e pela sua política de acolhimento.

A lei 9.474/97 estabelece as normas básicas sobre inclusão e exclusão do conceito de refugiado, que são aquelas que definem quem se enquadra ou não na definição de refugiado para fins legais.

Ainda, seguindo a lógica internacional da temporariedade do refúgio, prevista na Convenção de 1951, a lei 9.474/97 dispõe sobre a sua cessação (art.38), que ocorre naqueles casos em que a tutela jurídica do refúgio não é mais necessária, bem como sobre a perda da condição de refugiado, que ocorre quando o agente renuncia à qualidade ou quando descumpre determinados preceitos legais (art. 39).

Porém, o destaque da Lei nº 9.474/97 está mesmo nas normas de inclusão, mais precisamente no seu art. 1º que, seguindo a Declaração de Cartagena de 1984, adotou o conceito amplo de refugiado. Segundo este

17 Terceira - Reiterar que, face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se torna necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1., parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

18 A Declaração de Cartagena não foi a primeira a adotar o conceito amplo de refugiado. Antes disso, em 1969, foi aprovada a Convenção da Organização da Unidade Africana (hoje União Africana) sobre refugiados, que entrou em vigor em 1974, e estabeleceu, pela primeira vez, a chamada “definição ampla de refugiado”.

dispositivo, incluiu-se no conceito de refugiado, além daquelas pessoas que foram vítimas de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, aqueles casos daqueles refugiados que foram obrigadas a deixar seu país devido a grave e generalizada violação de direitos humanos (art. 1º, III).

A lei brasileira também criou o Comitê Nacional para os Refugiados – Conare, que tem sua competência determinada no art.12:

Art. 12. Compete ao CONARE, em consonância com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com as demais fontes de direito internacional dos refugiados:

I - analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado;

II - decidir a cessação, em primeira instância, ex officio ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado;

III - determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado;

IV - orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados;

V - aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução desta Lei.

Como se vê, andou bem o Brasil ao criar um órgão deliberativo com o fim específico de avaliar, em primeira instância, o pedido de refúgio e reconhecer a qualidade de refugiado, cabendo também ao Conare, declarar a cessação e perda da condição de refugiado.

Além disso, a Lei nº 9.474/97 estabeleceu o devido processo legal para o pedido de reconhecimento da condição de refugiado (título IV), prevendo, inclusive, a obrigatoriedade de fundamentação da decisão para a decisão tanto que concede o refúgio (art.26), quanto para aquela decisão que negue a qualidade de refugiado (art 29). Desta decisão cabe recurso ao Ministro da Justiça, num prazo de 15 dias.

Adotando preocupação exemplar em matéria de refugiados, com vistas a proteção da dignidade da pessoa humana, a legislação pátria ainda previu que, mesmo havendo negativa definitiva ao pedido de refúgio, em grau de recurso, pelo Ministro da Justiça, o solicitante não deverá ser devolvido para

o país de sua nacionalidade ou residência habitual “*enquanto permanecerem as circunstâncias que põem em risco sua vida, integridade física e liberdade*”. Somente será possível a transferência ao país originário caso o solicitante tenha “*cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas*” ou caso ele seja considerado culpado por atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas (art. 32).

Indo além da criação do Conare e do estabelecimento de normas de processo administrativo, o Estatuto do Refugiado previu o já citado princípio da não-devolução, ou, non-refoulement. Em sintonia com o art. 33 da Convenção de Genebra de 1951, o art. 7º da lei 9.474/97 estabeleceu que não haverá a expulsão de um refugiado para as fronteiras dos territórios em que sua vida ou sua liberdade estejam ameaçadas em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social a que pertence ou opiniões políticas.

Outro princípio de grande importância que pode ser extraído na lei nacional, em consonância com os princípios e os tratados de Direito Internacional dos Refugiados e de Direitos Humanos, é o princípio do indubio pro refugiado. Conhecendo a realidade dos refugiados, hipossuficientes em diversos aspectos e carentes de proteção, muitas vezes deixando suas casas às pressas, levando consigo poucos bens, a normativa brasileira não demanda comprovação documental de nacionalidade ou de causas declaradas para o pedido de refúgio. Em caso de dúvidas reais quanto à qualidade de refugiado, a afirmação do solicitante de refúgio deve ser suficiente devendo o julgamento ser favorável à concessão do refúgio. Tal princípio é de fundamental importância para a garantia da dignidade da pessoa do migrante refugiado.

Podemos citar ainda, finalmente, o princípio da unidade familiar, também presente na normativa nacional, que foi recomendado pela ata final da Conferência que aprovou a Convenção de 1951, estando expresso no art. 2º Lei 9.474/97. Tal princípio, seguindo a proteção constitucional destinada ao tema, visa à proteção da família, como forma de garantir a estabilidade emocional do refugiado e ajudá-lo na integração social no novo país, determina que a condição de refugiado seja estendida ao cônjuge, ascendentes, descendentes e aos demais membros do grupo familiar que sejam economicamente dependentes do refugiado e se localizem em território nacional.

Pelas garantias acima citadas, o Brasil é considerado pelo ACNUR como um exemplo a ser seguido em âmbito internacional. Em relação a este ponto, assevera Julia Bertino Moreira que:

O Brasil vem se destacando pela sua atuação quanto aos refugiados, atingindo o posto de 12º país que mais reassenta refugiados no mundo no ano de 2006. O ACNUR reconhece o comprometimento brasileiro com a proteção dos refugiados e entende ser exemplar o tratamento

que lhes é dado no país, tanto em termos de legislação quanto dos esforços empregados para a integração (ACNUR, 2005). Nesse sentido, considera o processo de refúgio brasileiro um dos mais justos e democráticos do mundo, ao incluir a participação da sociedade civil (Nogueira e Marques, 2008). Ainda o considera um líder regional nessa matéria, com capacidade de ajudar a prevenir a intensificação de conflitos na região que possam resultar em novos fluxos.¹⁹

Pela sua elogiada política com os refugiados e com o aumento recente do número de refugiados globais, segundo dados da ACNUR²⁰, o Brasil viu aumentar o número total de pedidos de refúgio mais de 930% entre 2010 e 2013 (de 566 para 5.882 pedidos). Até outubro de 2014, foram contabilizadas outras 8.302 solicitações. Nesta data o Brasil possuía 7.289 refugiados reconhecidos, de 81 nacionalidades distintas, sendo ¼ deles mulheres. Os principais grupos são compostos por nacionais da Síria, Colômbia, Angola e República Democrática do Congo.

2.3 DOS DESAFIOS ATUAIS NA QUESTÃO DA MIGRAÇÃO

O grande desafio de hoje no campo do direito migratório é conciliar os direitos dos imigrantes com a soberania dos Estados e a possibilidade que estes têm de, com base em uma política de conveniência e oportunidade, muitas vezes utilizadas para violar direitos humanos, dar tratamento diferenciado entre os nacionais e os imigrantes, retirando direitos fundamentais destes.

Embora tenhamos uma gama de direitos tutelando tanto os trabalhadores imigrantes indocumentados como os refugiados, como se viu acima, esses esbarram, no âmbito dos Estados, em interesses políticos, socioeconômicos, culturais e em dogmas como “segurança nacional” e “ordem pública”.

A própria Convenção de 1951, no seu artigo 32, abre brecha para que os Estados utilizem razões de interesse nacional como escudo para expulsar os refugiados, e, eventualmente, negar-lhes o devido processo legal para defesa, mesmo para aqueles que se encontrem regularmente em seu território:

19 MOREIRA, Julia Bertino. Redemocratização e direitos humanos: a política para refugiados no Brasil. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Vol 53, nº 1, p. 122, Jan./Julho 2010.

20 Disponível em <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em 29.09.2015

Art. 32 - Expulsão

1. Os Estados Contratantes *não expulsarão um refugiado que se encontre regularmente no seu território senão por motivos de segurança nacional ou de ordem pública.*

2. A expulsão desse refugiado somente ocorrerá em virtude de decisão proferida conforme o processo previsto por lei. *A não ser que a isso se oponham razões imperiosas de segurança nacional,* o refugiado deverá ter permissão de fornecer provas que o justifiquem, de apresentar um recurso e de se fazer representar para esse fim perante uma autoridade competente ou perante uma ou várias pessoas especialmente designadas pela autoridade competente.

3. Os Estados Contratantes concederão a tal refugiado um prazo razoável para procurar obter admissão legal em outro país. Os Estados Contratantes podem aplicar, durante esse prazo, a medida de ordem interna que julgarem oportuna. (grifo nosso)

A Convenção Europeia de Direitos Humanos também admite, em variados casos, o tratamento desigual²¹. Exemplo marcante de diferenciação está no art. 1º do Protocolo nº 7 à Convenção Europeia de Direitos Humanos que garante o devido processo legal para a expulsão apenas para os imigrantes regulares, podendo haver exceção mesmo nestes casos se assim o permitir razões de ordem pública e segurança nacional. *In verbis:*

1. Um estrangeiro que *resida legalmente no território de um Estado* não pode ser expulso, a não ser em cumprimento de 46 47 uma decisão tomada em conformidade com a lei, e deve ter a possibilidade de:

- a) Fazer valer as razões que militam contra a sua expulsão;
- b) Fazer examinar o seu caso; e
- c) Fazer - se representar, para esse fim, perante a autoridade competente ou perante uma ou várias pessoas designadas por essa autoridade.

21 O art. 5º, 1, f) da Convenção Europeia de Direitos Humanos admite a prisão como forma de impedir a entrada ilegal no país. Ademais, o quarto protocolo à Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu artigo 2º, permite diferenciações entre nacionais e estrangeiros no que se refere ao direito de locomoção, restringindo o direito de circulação e residência àqueles que se encontrem legalmente no território de um Estado

2. *Um estrangeiro pode ser expulso antes do exercício dos direitos enumerados no n.º 1, alíneas a), b) e c), deste artigo, quando essa expulsão seja necessária no interesse da ordem pública ou se funde em razões de segurança nacional*

Em âmbito nacional, além do Estatuto do Estrangeiro, com sua já mencionada veia de proteção ao nacional, o art. 36 do Estatuto do Refugiado vai na linha do aludido art. 32 da Convenção de 1951, dando abertura, por meio de expressões abertas, para a expulsão de refugiado regular: *“Art. 36. Não será expulso do território nacional o refugiado que esteja regularmente registrado, salvo por motivos de segurança nacional ou de ordem pública.”*

Por outro lado, a própria decisão exarada na Opinião Consultiva 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, embora tenha um grande significado na tutela dos direitos humanos do trabalhador imigrante, permite diferenças “razoáveis” entre nacionais e estrangeiros. Assim se manifestou a Corte Interamericana de Direitos Humanos no parágrafo 118 do aludido parecer:

119. Os Estados, portanto, não podem discriminar ou tolerar situações discriminatórias em detrimento dos migrantes. Entretanto, *o Estado sim pode conceder um tratamento distinto aos migrantes documentados a respeito dos imigrantes indocumentados, ou entre migrantes e nacionais, sempre que esse tratamento diferenciado seja razoável, objetivo, proporcional, e não lese os direitos humanos.* Por exemplo, podem ser realizadas distinções entre as pessoas migrantes e os nacionais quanto à titularidade de alguns direitos políticos. Além disso, *os Estados podem estabelecer mecanismos de controle de ingresso e saída de imigrantes indocumentados a seu território, os quais devem sempre ser aplicadas com apego estrito às garantias do devido processo e ao respeito da dignidade humana.* A esse respeito, a Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos afirmou que “[...] não pretende questionar o direito de um Estado a tomar ações legais contra os imigrantes ilegais, tais como deportá-los a seus países de origem se os tribunais competentes assim decidirem. Entretanto, a Comissão considera que é inaceitável deportar indivíduos sem lhes dar a possibilidade de argumentar seu caso perante as cortes nacionais competentes, já que isso é contrário ao espírito e texto da Carta [Africana dos Direitos Humanos e dos Povos] e do Direito Internacional” (grifo nosso)

Com base nas brechas legais e supostamente baseados em sua soberania nacional, temos assistido constantes casos de violação direta aos direitos humanos.

Na atual questão dos refugiados da síria, recentemente a Hungria, que é signatária da Convenção de 51 e do Protocolo de 67, elaborou uma nova legislação impondo a prisão de até três anos àquele migrante que cruzar a fronteira ilegalmente, com a possibilidade de a pena chegar até cinco anos se a entrada no país se der armado ou com dano à barragem fronteiriça. Com se nota claramente, tal medida é uma violação direta ao art. 31 da Convenção de Genebra de 1951 que veda a aplicação de sanções penais em virtude da entrada ou permanência irregular de solicitantes de refúgio.

Tal fato mereceu o repúdio do alto Comissário da ONU para os Refugiados, António Guterres que destacou que “*Os países devem gerir suas fronteiras em conformidade com o Direito Internacional e com as leis da União Europeia, incluindo a garantia do direito de solicitar asilo*”²².

Outra dificuldade atual está na escassa proteção que é dispensada àqueles migrantes que não são enquadrados perfeitamente no conceito legal de refugiados, como, dentre diversos exemplos, é o caso daqueles que imigram em função de desastres naturais, que são os chamados “refugiados ambientais” ou “refugiados climáticos”, dentre os quais, com algumas ressalvas, podemos citar o caso dos haitianos.

Estes não recebem a devida proteção das normas internacionais e acabam sendo deixados a sorte das legislações internas que muitas vezes tratam os estrangeiros como uma ameaça a paz e harmonia nacional.

Como bem conclui Érika Pires Ramos em tese de doutorado sobre o tema:

Dessa forma, a adoção de uma convenção internacional específica, cuidadosamente elaborada para lidar com a categoria emergente dos “refugiados ambientais”, apresenta-se como o melhor caminho para garantir uma proteção ampla dos direitos humanos em jogo, a ajuda humanitária e a restauração do ambiente a todos aqueles obrigados a deixar seus locais de origem e seus modos de vida em razão da deterioração do meio ambiente, assim como estratégias de prevenção e adaptação para lidar com os efeitos adversos da deterioração ambiental causada por fatores naturais e humanos.²³

Vê-se, portanto, pelos atuais exemplos violadores dos direitos e liberdades individuais dos imigrantes, que faz-se necessário uma mudança de paradigma no direito internacional. A soberania dos Estados não pode

22 Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/acnur-pede-nova-postura-da-europa-frente-a-crise-de-refugiados/>. Acesso em: 29 set. 2015.

23 RAMOS, Érika Pires. *Refugiados ambientais : em busca de reconhecimento pelo direito internacional*. Tese de Doutorado Defendida da Faculdade de Direito da USP. 2011. p. 131

se sobrepor ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e principalmente o direito à vida.

O tratamento dado ao imigrante irregular e, principalmente ao refugiado, por alguns países que lhes negam abrigo, é claramente violador do direito à vida. Se o refugiado é aquele que deixa seu país para resguardar sua própria integridade física, fechar-lhe a porta pode, em analogia com o direito penal, ser considerada uma omissão de socorro.

Com o bem observou Luiz Felipe Brandão Osorio:

Em terceiro lugar, a prevalência da soberania do Estado sobre os valores fundamentais do indivíduo expõe como a Política se interrelaciona com o Direito, tanto no aspecto internacional quanto no interno. O tratamento dado aos migrantes estrangeiros reflete esta lógica aplicável às duas dimensões, extra e intraterritorial. O direito ao refúgio é um exemplo ilustrativo de normatividade, cuja efetividade fica restrita à vontade estatal, pois ambiciona promover uma proteção digna àquele ser humano que não goze da devida proteção jurídica, garantida pela nacionalidade, em seu país de origem e que seja ameaçado ou perseguido por motivos específicos. Suas especificidades serão conferidas, todavia, pelas legislações internas, o que garante a discricionariedade estatal e reduz as garantias individuais na verificação do preenchimento dos pressupostos necessários e no reconhecimento da condição de refugiado. A aplicabilidade da garantia, mesmo pactuada internacionalmente, tem seu cumprimento no território dos Estados, junto com outras prerrogativas atribuídas pelo Estado. Portanto, ainda que seja um direito subjetivo do indivíduo, é necessário o preenchimento dos requisitos prévios, cuja verificação ficará por conta do Poder Público.²⁴

Atualmente, num mundo globalizado, onde as informações são rapidamente transmitidas e as distâncias facilmente percorridas, não cabe mais aos Estados adotarem uma política de abertura seletiva, visando receber apenas aquilo que supostamente só lhe traga benefícios. A política da migração deve ser deixada de ser tratada como problema de segurança nacional para ser tratada como dentro de um sistema global de proteção e dignidade da pessoa humana.

24 OSORIO, Luiz Felipe Brandão. *Soberania estatal e o direito do migrante internacional: antinomia irresolúvel?*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13776&revista_caderno=16>. Acesso em: 29 set. 2015.

3 CONCLUSÃO

Presente na história da humanidade desde os tempos antigos, a questão da migração somente veio a ser objeto de estudo mais aprofundado no âmbito do Direito internacional no século XX, após a segunda guerra mundial.

Com o grande deslocamento humano ocorrido em função das grandes guerras, bem como com a melhora dos meios de transporte e o conseqüente encurtamento das distâncias, fazia-se necessário que o direito se debruçasse sobre os problemas decorrentes da migração.

Com atenção internacional se voltando para a proteção dos direitos humanos, tendo como marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos, natural que fosse objeto de estudo mais detido o direito dos migrantes.

O presente trabalho teve, por fim, realizar breve análise jurídica da migração, com foco naqueles casos que necessitam de uma maior proteção, que são dos imigrantes irregulares, também chamados de indocumentados, e dos refugiados.

Como visto ao longo do texto, com o crescimento da migração na era atual, ganhou destaque a vulnerabilidade dos trabalhadores imigrantes irregulares, que, além de serem alvo de diversos tipos de abusos, eram discriminados em relação à tutela jurídica dispensada aos trabalhadores nacionais.

De forma a inibir as violações perpetradas e proteger os trabalhadores imigrantes que serviam como mão de obra barata na mão de exploradores, foi elaborada a Convenção da ONU sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família, adotada pela resolução 45/158 da Assembleia/Geral de 18 de dezembro de 1990, que previu direitos fundamentais para esses trabalhadores.

No Brasil, os trabalhadores imigrantes são regidos pelo estatuto do estrangeiro, que não fornece a devida proteção aos trabalhadores imigrantes irregulares.

Tendo em vista a grave situação sofrida por diversos trabalhadores imigrantes na América, com base no princípio da não discriminação, o México provocou a Corte Interamericana de Direitos Humanos que exarou a opinião consultiva 18. Neste ato a citada corte, visando acabar com o tratamento odioso dos estrangeiros, estabeleceu que a universalidade da proteção dos direitos humanos proíbe o tratamento odioso em relação a qualquer trabalhador, mesmo tendo ele adentrado no país de forma ilegal.

De outra monta, neste artigo também foi abordada a questão dos refugiados, que tem tomado a mídia nos dias atuais, embora o problema tenha surgido com força após as grandes guerras.

A Convenção de Genebra de 1951, junto com o seu protocolo de 67, são os documentos mais importantes na questão dos refugiados em âmbito europeu. Foram previstos diversos direitos que visam tutelar a dignidade daquele foi obrigado a deixar o seu país de origem por circunstâncias alheias a sua vontade.

No continente americano se destaca Declaração de Cartagena de 1984 que teve como destaque a ampliação do conceito de refugiados, possibilitando, com isso, a proteção legal a um maior número de migrantes forçados.

Em matéria de refugiado, o Brasil tem sido elogiado por seu arcabouço jurídico e pela sua política de acolhimento, embora saibamos que o país passa por grave crise econômica. A lei 9.474/97 é, no âmbito internacional, considerada avançada na garantia dos direitos dos refugiados, prevendo diversos princípios e garantias.

Embora seja notória a crescente preocupação internacional com os direitos humanos a partir da metade do século XX, e, conseqüentemente, com os imigrantes em estado de vulnerabilidade, ainda hoje o tema encontra forte resistência em alguns países.

A matéria ganhou destaque atual com a grave crise dos refugiados, principalmente vindos da Síria. Esta grave crise mostrou que a humanidade está cada vez mais ciente e preocupada com o que ocorre ao redor do mundo. Porém, também se viu a adoção, por muitos países, de políticas internacionais xenófobas, egoístas e retrógradas.

Num mundo moderno e globalizado, em que a proteção do indivíduo, seja ele nacional ou estrangeiro, deveria ser o fim último dos Estados, não se pode admitir que a soberania nacional ainda seja utilizada como desculpa para se violar os direitos humanos dos imigrantes.

Todos seres humanos, seja de que país eles forem, devem ter os mesmos direitos fundamentais, garantindo-lhes a dignidade e, principalmente, o direito à vida e a integridade física.

Tendo em vista que a maioria dos imigrantes, principalmente os refugiados, foram obrigados a deixar suas casas e desejam a ela retornar, assim que possível, cabe aos Estados unirem esforços para dar-lhes o amparo necessário, de forma a contribuir para uma comunidade internacional fraterna.

Quando os Estados se derem conta de que não é mais possível viver no isolamento, ou mesmo manter apenas as uniões que lhe interessam, tendo em vista que cada vez mais o que ocorre no interior de um determinado país transborda suas fronteiras, poderemos começar a pensar em viver num mundo com menos desigual.

REFERÊNCIAS

ANDENA, Emerson Alves. *Transformações da Legislação Imigratória Brasileira: Os (des)caminhos rumo aos direitos humanos*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013. 154 p. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de Mestre. Área de Concentração: Direitos Humanos.

BLAINEY, Geoffrey. *Uma Breve História do Mundo*. São Paulo: Fundamento, 2008.

BARROS, Miguel Daladier. O drama dos refugiados ambientais no mundo globalizado. *Revista Consulex*, Brasília, ano XIV, n. 317, p.12, mar. 2010.

MOREIRA, Julia Bertino. Redemocratização e direitos humanos: a política para refugiados no Brasil. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 53, n. 1, p. 122, jan./jul. 2010.

RAMOS, Érika Pires. *Refugiados ambientais : em busca de reconhecimento pelo direito internacional*. Tese de Doutorado Defendida da Faculdade de Direito da USP. 2011.

OSORIO, Luiz Felipe Brandão. Soberania estatal e o direito do migrante internacional: antinomia irresolúvel?. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13776&revista_caderno=16>. Acesso em: 29. set. 2015.



EVOLUÇÃO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO
DA UNIÃO EUROPEIA E NO DIREITO BRASILEIRO:
ANÁLISE COMPARATIVA DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES
DA DIRETIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO EUROPEU
E DO CONSELHO, RELATIVA AOS CONTRATOS
PÚBLICOS NA UNIÃO EUROPEIA, E DO PROJETO DE
LEI DO SENADO FEDERAL Nº 559/2013, QUE INSTITUI A
NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS NO BRASIL

*EVOLUTION OF PUBLIC PROCUREMENT IN EUROPEAN UNION AND
BRAZILIAN LAWS: COMPARATIVE ANALYSIS OF THE MAIN CHANGES
OF DIRECTIVE 2014/24/UE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND
COUNSEL, RELATED TO PUBLIC PROCUREMENT IN THE EUROPEAN
UNION, AND THE BRAZILIAN SENATE'S BILL Nº 559/2013, ESTABLISHING
THE NEW LAW OF TENDER AND CONTRACTS IN BRAZIL.*

*Fernanda Mesquita Ferreira
Procuradora Federal*

Especialista em Direito Público e da Regulação (FGV-RJ)

SUMÁRIO: Introdução; 1. As Novas Diretivas Europeias sobre contratos públicos; 1.1 A Diretiva 2014/24 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia que revoga a Diretiva 2004/18/CE e seu paralelo com a Lei n. 8.666/93; 2 Análise de alterações relevantes no Projeto de Lei do Senado nº 559/2013 e traços comparativos com a Diretiva 2014/24/UE; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo pretende avaliar a evolução da contratação pública no âmbito da União Europeia, a partir da aprovação da Diretiva 2014/24/UE, de 26 de fevereiro de 2014, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que substituiu a Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004; traçar um paralelo com a atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, além da Lei do Pregão, Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011, e estabelecer um comparativo com as tendências do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 23 de dezembro de 2013, que tem por objeto instituir a nova Lei de Licitações e Contratos no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Evolução. Contratação Pública. Licitação. Diretivas Europeias. Flexibilização. Direito Brasileiro. Tendências.

ABSTRACT: This article intends to analyze the evolution of public procurement in European Union that took effect upon approval of Directive 2014/24/UE, of February 26th, 2014, of European Parliament and Counsel, replacing Directive 2004/18/CE of March 31st, 2004; to establish a connection with the current Brazilian Tendering and Public Procurement Law nº 8.666 of June 21th, 1993, as well as the Auction Law nº 10.520, of July 17th, 2002, and the Differentiated System of Public Procurement Law nº 12.462, of August 04th, 2011; and to compare them with the trends brought by the Brazilian Senate Bill nº 559, of December 23rd, 2013, whose purpose is to institute the new Procurement and Contracts Law in Brazil.

KEYWORDS: Evolution. Public Procurement. Bidding. European Directives. Flexibility. Brazilian Law. Trends.

INTRODUÇÃO

Antes de adentrar na temática proposta, faz-se necessário esclarecer as premissas básicas de constituição da União Europeia. Concebida após a Segunda Guerra Mundial com o objetivo de estabelecer uma cooperação econômica entre países europeus, de modo a proporcionar uma convivência pacífica entre seus membros iniciais¹, evoluiu com o tempo para uma parceria de cunho econômico-político, que conta atualmente 28 países membros, e possui ingerência em diversos campos de atuação.

A União Europeia é fundada no princípio do Estado de Direito, sendo baseada em tratados aprovados pelos países-membros, os quais estipulam as regras e premissas sobre as quais se darão a sua atuação. Para concretizar tais premissas, existem atos legislativos diversos, tais como: regulamentos, diretivas, recomendações, decisões e pareceres, cada qual com uma característica peculiar.

As diretivas, que serão objeto de estudo no presente trabalho, são atos legislativos vinculantes, que estipulam objetivos gerais em determinada matéria, mas que dependem de ato de internalização posterior dos países-membros, os quais possuem discricionariedade de estabelecer o procedimento para sua melhor adequação interna.

Pretendemos analisar as principais mudanças trazidas pela Diretiva 2014/24/UE, de 26 de fevereiro de 2014, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, relativa aos contratos públicos, e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, tendo por objetivo primordial aumentar a eficiência das despesas públicas, através da flexibilização dos procedimentos de contratação pública.

Com a nova diretiva, a União Europeia pretende migrar definitivamente do parâmetro “rigidez-falta de eficiência” para o binômio “flexibilidade-eficiência”. A questão por trás do aumento da discricionariedade administrativa na contratação pública em países-membros da União Europeia encontra barreiras na ampliação do risco de corrupção, em especial na Itália, onde a cultura da corrupção é facilmente percebida pela população.

Como veremos ao longo do presente trabalho, as diretivas europeias relativas aos contratos públicos, tanto a 2014/24/UE como a 2004/18/CE, possuem como foco garantir a transparência nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos, consagrando os princípios do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). No entanto, a regulação da fase de execução contratual ainda está restrita à legislação interna dos

1 Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos

países-membros, o que parece fragilizar o mecanismo de controle dos gastos públicos com obras e serviços.

No Brasil, a Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, diante do momento político em que foi aprovada, na era pós-Collor, depois de grandes escândalos de corrupção envolvendo obras públicas do governo federal, tornou o procedimento licitatório rígido e burocrático. Muito criticada por especialistas, a lei passou por diversas mudanças pontuais que não chegaram a alterar a sua sistemática.

Em que pese não ser seguro afirmar que o atual Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013 será aprovado tal como proposto pela Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei nº 8.666, de 1993, diante da existência de diversas emendas, e sem a pretensão de esgotamento do tema, parece-nos que uma análise dos pontos mais importantes do texto que pretende substituir a Lei de Licitações e revogar as Leis nº 10.520, de 2002 - Lei do Pregão, e nº 12.462, de 2011 - na parte em que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, pode nos ajudar a traçar um rumo sobre a política que nosso país pretende adotar em termos de contratação pública.

1 AS NOVAS DIRETIVAS EUROPEIAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS

Recentemente, a matéria de contratação pública na Europa passou por uma mudança significativa com a aprovação de três novas Diretivas, em 26 de fevereiro de 2014, que devem ser incorporadas ao direito interno dos países-membros até 18 de abril de 2016.

São elas: a Diretiva 2014/23/UE, relativa à adjudicação de contratos de concessão; a Diretiva 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE; e a Diretiva 2014/25/UE, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e que revoga a Diretiva 2004/17/CE.

1.1 A Diretiva 2014/24 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que revoga a Diretiva 2004/18/CE, e seu paralelo com a Lei nº 8.666/93

Diante da limitação do tema proposto, vamos nos ater à análise da Diretiva 2014/24/UE, que se ocupa dos setores ordinários de contratação pública, inclusive obras e serviços públicos, abrangendo toda fase da licitação pública até a adjudicação, e revoga a Diretiva 2004/18/CE.

Vale inicialmente registrar que o procedimento da licitação pode se dar através de regras automáticas, sem a chamada discricionariedade administrativa, onde o administrador se limita a aplicar o roteiro legal, com vistas a não correr riscos, e por conseguinte, diminuir a exposição da máquina pública à corrupção. O automatismo, entretanto, está relacionado à falta de eficiência na seleção pública.

Por outro lado, pode a licitação se valer de regras flexíveis, onde o critério de qualidade é predominante, e a Comissão de Licitação elege o projeto que pretende contratar conforme critério de conveniência e oportunidade, em busca de maior eficiência nos gastos públicos. A flexibilidade, no entanto, amplia o espaço para corrupção.

No caso da Itália, após os anos 1990, os quais foram marcados por um sistema de corrupção na política envolvendo o pagamento de propinas em troca de contratos públicos, conhecido como “Tangentopoli”², houve o advento de regras automáticas de contratação pública, com a eliminação da discricionariedade administrativa, a exemplo da Lei Italiana nº 109/1994.

Na União Europeia, onde há menor percepção de corrupção como um todo, prevalece a ideia de busca da eficiência através de procedimentos flexíveis, tendo culminado na aprovação da Diretiva 2004/18/CE, que previa a abertura de procedimentos a serem incorporados no direito interno dos países membros até o ano de 2006.

Na Itália, a referida Diretiva 2004/18/CE foi convertida na Lei nº 163/2006, conhecida como Código de Contrato Público Italiano. Essa operação foi tida como particular porque o Código reproduz a Lei nº 109/2004, mas incorpora da Diretiva os institutos e os coloca dentro de uma lei rígida. Em outros termos, a Itália manteve procedimentos rígidos contra corrupção, em convivência com procedimentos flexíveis da União Europeia.

Para ilustrar os efeitos da incorporação da Diretiva 2004/18/CE na legislação italiana, valemo-nos da lição de del Giudice³:

Nella evoluzione della disciplina in tema di contratti pubblici, un ruolo importante è stato assunto dall’Unione europea e dalle scelte normative effettuate in ambito sovranazionale. Nell’ottica di promozione della concorrenza, nonché di formazione di un mercato unico europeo, il legislatore dell’Unione europea, con l’adozione delle direttive CE n. 17

2 O termo deriva de *tangente*, que significa *kickback*, ou seja, suborno ou propina e nesse contexto, refere-se a propinas pagas por contratos públicos; e *poli* significa cidade. Por vezes, é traduzido como *Bribesville* ou *Kickback City*, sendo inicialmente atribuído à cidade de Milão, onde as investigações tiveram início, depois o termo ficou conhecido como sinônimo de sistema de corrupção. Vide https://en.wikipedia.org/wiki/Mani_pulite. Acesso em 18/09/2015. (tradução livre).

3 DEL GIUDICE, Federico. *Compendio di Diritto Costituzionale e Amministrativo*. Napoli: Gruppo Editoriale Simone, 2011, p.407

e n.18 del 31-3-2004, ha dato un forte input riformatore alla disciplina dei contratti pubblici.

In particolare, la Direttiva Unica appalti (la n.2004/18CE), ha riordinato la materia contrattuale ed aggiornato i suoi contenuti sulla base di orientamenti emersi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, intervenuta a limare gli eccessivi formalismi, presenti nella precedente normativa, ormai in contrasto sia con i principi de celerita e flessibilita dell'agire amministrativo sia con i nuovi strumenti introdotti dal processo tecnologico. Nel rispetto dei tempi di recepimento stabiliti dal legislatore europeo e in attuazione della delega contenuta nell'art.25 della L.622005, e stato approvato il D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163 (cd. Codice dei contratti pubblici).

A despeito da adaptação da legislação interna italiana aos ditames da Diretiva 2004/18/CE, novos escândalos de corrupção surgiram no país, o que levou a se questionar o sucesso do procedimento. Como exemplo, podemos citar as atuais suspeitas de corrupção em licitações realizadas para a construção das linhas de trens de alta velocidade, de alguns pavilhões da feira universal de Milão, da Expo 15, das linhas C do Metrô de Roma e das 4 e 5 do Metrô de Milão e de trechos da Rodovia do Sul⁴.

As contratações públicas no âmbito do direito da União Europeia, independente do valor, devem observar os Princípios do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), os quais servem como norteadores para os procedimentos ditos flexíveis, que possuem como foco a eficiência do contrato, e não simplesmente o critério do menor preço.

São princípios do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: os princípios da “par conditio”, pelo qual todos estão dentro do procedimento com a mesma possibilidade ganhar; o da igualdade de tratamento e da não discriminação, não podendo haver favorecimento de um país-membro por questão de nacionalidade; do reconhecimento mútuo, por meio do qual os títulos de determinado país devem ser reconhecidos pelos demais; além dos princípios da proporcionalidade e da transparência.

Note-se que as diretivas europeias aplicam-se somente a contratações de alto vulto. A Diretiva 2014/24/UE, de acordo com o seu art. 4º, aplica-se a contratos cujo valor estimado seja igual ou superior a 5.186.000 euros para empreitada de obras públicas; 134.000 euros para fornecimento e serviços adjudicados por autoridades governamentais centrais; e 750.000 euros para serviços sociais.

⁴ <<http://www.g1.globo.com/mundo/noticia/2015/03/renzi-enfrenta-primeiro-escandalo-por-corrupcao-como-premie-da-italia>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

A Diretiva 2014/24/UE veio substituir a Diretiva 2004/18/CE com o objetivo de revê-la e modernizá-la, a fim de aprimorar a eficiência dos gastos públicos, em especial incentivando a participação das pequenas e médias empresas (PME) nos procedimentos licitatórios, além de assegurar os fins sociais dos contratos públicos, seja em matéria de integração social e profissional, seja em matéria ambiental.

Com o objetivo de incentivar a participação das pequenas e médias empresas nas contratações públicas, a Diretiva 2014/24/UE previu em seu considerando nº 78:

(78) Os contratos públicos deverão ser adaptados às necessidades das PME. As autoridades adjudicante deverão ser incentivadas a aplicar o código de boas práticas constante do documento de trabalho dos serviços da Comissão, de 25 de junho de 2008, intitulado “Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos”, que fornece diretrizes sobre a aplicação do enquadramento dos contratos públicos de uma forma que facilita a participação das PME. Para esse efeito, e para aumentar a concorrência, as autoridades adjudicantes deverão, nomeadamente, ser incentivadas a dividir em lotes os contratos de grande dimensão. [...]

Como exemplo do incentivo à integração social e ambiental nas contratações públicas regidas pela Diretiva 2014/24/UE, destacamos abaixo os considerandos de nº 36 e 37, *in verbis*:

(36) O emprego e o trabalho contribuem para inserção na sociedade e são elementos essenciais para garantir a igualdade de oportunidade para todos. Neste contexto, as entidades cujo objetivo principal seja a integração social e profissional podem desempenhar um papel significativo. *O mesmo é válido para outras empresas sociais cujo objetivo principal é apoiar a integração ou reintegração social e profissional das pessoas com deficiência e pessoas desfavorecidas, tais como desempregados, membros de minorias desfavorecidas ou grupos socialmente marginalizados.* Contudo, essas entidades ou empresas podem não estar aptas a obter contratos em condições de concorrência normais. Por conseguinte, é conveniente prever que os Estados-Membros possam reservar a participação em processos de adjudicação de contratos ou certos lotes dos mesmos a essas entidades ou empresas ou reserva-lhes a execução dos contratos no âmbito de programas de emprego protegido. (grifo nosso)

(37) Tendo em vista a integração adequada dos requisitos ambientais, sociais e laborais nos procedimentos de contratação pública, é

particularmente importante que os Estados-Membros e as autoridades adjudicantes tomem as medidas necessárias para assegurar o cumprimento das obrigações em matéria de direito ambiental, social e laboral aplicáveis no local onde as obras são executadas ou os serviços prestados, obrigações essas que decorrem de leis, regulamentos, decretos e decisões tanto a nível nacional como da União, bem como de convenções coletivas, desde que tais regras e a aplicação das mesmas sejam conformes com o direito da União. [...] (grifo nosso)

Com o objetivo de aumentar a eficiência dos gastos públicos, a Diretiva 2014/24/UE deu grande importância aos procedimentos flexíveis, onde a ideia do menor preço é substituída pela do custo mais baixo, entendido este como o gasto total da vida do projeto, inclusive sua manutenção. O cálculo dos custos do ciclo de vida de um produto, serviço ou obra foi expressamente regulado no art. 68 da Diretiva⁵.

Para o direito da União Europeia, o critério do menor preço passa a ser um critério residual, prevalecendo a oferta (custo-benefício) mais vantajosa. Note-se que a tendência europeia vai na contramão do que o direito brasileiro atualmente persegue, com a quase generalização da modalidade do pregão eletrônico, tipo menor preço, nas contratações públicas, a exceção daquelas regidas pelo Regime Diferenciado das Contratações Públicas.

Com vistas a subsidiar tais orientações, vale transcrever o considerando nº 90 da Diretiva 2014/24/UE:

(90) A adjudicação de um contrato deverá realizar-se com base em critérios objetivos que assegurem o respeito dos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento, com vista a assegurar uma comparação objetiva do valor relativo das propostas, a fim de determinar, em condições de concorrência efetiva, a proposta economicamente mais vantajosa. *Convém estabelecer expressamente que a proposta economicamente mais vantajosa deverá ser avaliada com base na melhor relação qualidade/preço, que deverá sempre incluir um elemento de preço ou de custo. Deverá igualmente ser especificado que essa avaliação da proposta economicamente mais vantajosa*

⁵ Art. 68 Cálculo dos custos do ciclo de vida. 1. O cálculo dos custos do ciclo de vida abrange partes ou a totalidade dos custos relevantes a seguir indicados ao longo do ciclo de vida de um produto, serviço ou obra: a) Custos suportados pela autoridade adjudicante ou outros utilizadores nomeadamente: i) custos relacionados com a aquisição, ii) custos de utilização, tais como consumo de energia e de outros recursos, iii) custos de manutenção, iv) custos de fim de vida, tais como custos de recolha e reciclagem. b) Custos imputados a externalidades ambientais ligadas ao produto, serviço ou obra durante o seu ciclo de vida, desde que seja possível determinar e confirmar o seu valor monetário; estes custos podem incluir o custo das emissões de gases com efeito de estufa e de outras emissões poluentes, assim como outros custos de atenuação das alterações climáticas.

também poderá ser efetuado apenas com base no preço ou na eficiência em termos de custo. Além disso, convém recordar que as autoridades adjudicantes poderão definir normas de qualidade adequadas através das especificações técnicas ou das condições de execução dos contratos. *A fim de incentivar uma maior orientação da contratação pública para a qualidade, os Estados-Membros deverão ser autorizados a proibir ou restringir a utilização exclusiva do preço ou do custo para avaliar a proposta economicamente mais vantajosa, quando o considerarem adequado.* (grifo nosso)

Outra preocupação da Diretiva 2014/24/UE consiste em fornecer aos cidadãos o controle da qualidade da performance dos contratos públicos. Para o direito da União Europeia, a relação jurídica não deve se limitar ao binômio Administração Pública – empresa privada, mas também deve abranger os seus usuários, cidadãos que utilizarão a obra ou serviço público.

Não por outro motivo, a Diretiva 2014/24/UE prioriza a publicidade e a transparência das decisões tomadas no âmbito da contratação pública, como meio de fornecer mecanismos aos cidadãos para o combate à corrupção. Neste sentido, destaca-se o considerando de nº 126:

(126) A rastreabilidade e a transparência do processo de tomada de decisões no âmbito da contratação pública são essenciais para garantir procedimentos isentos, incluindo uma luta eficaz contra a corrupção e a fraude. Por conseguinte, as autoridades adjudicantes deverão conservar cópias dos contratos de valor elevado, a fim de poderem facultar o acesso a estes documentos às partes interessadas, em conformidade com as regras aplicáveis em matéria de acesso aos documentos. (grifo nosso)

Na Itália, a Lei nº 241/1990 - lei geral de procedimento administrativo, institui o dever geral de motivação dos atos administrativos, a exemplo da Lei nº 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal no Brasil.

A decisão motivada dos atos discricionários implica responsabilidade administrativa, mediante controle dos cidadãos e dos órgãos de fiscalização competentes. O desafio é transformar o controle formal da motivação em controle de eficiência na contratação pública.

A despeito da consagração da transparência na fase de adjudicação dos contratos públicos, o direito da União Europeia ainda se ressentida da falta de regras claras sobre o controle na etapa da execução contratual. Basicamente, tais regras ficam alijadas à legislação de cada país-membro, o que fragiliza o combate à corrupção, já que os desvios de conduta estão normalmente atrelados a tal etapa da contratação.

Vejamos o disposto no considerando nº 104 da Diretiva 2014/24/UE sobre as condições de execução dos contratos:

(104) As condições de execução dos contratos estabelecem os requisitos específicos relacionados com a execução do contrato. *Contrariamente aos critérios de adjudicação, que constituem a base de avaliação comparativa da qualidade das propostas, as condições de execução dos contratos constituem requisitos objetivos fixos que não têm impacto sobre a avaliação das propostas.* As condições de execução dos contratos deverão ser compatíveis com a presente diretiva desde que não sejam direta ou indiretamente discriminatórias e estejam relacionadas com o objeto do contrato, que compreende todos os fatores envolvidos no processo específico de produção, fornecimento ou comercialização. Tal inclui as condições relativas ao processo de execução do contrato, mas exclui os requisitos relativos a uma política empresarial geral. (grifo nosso)

Como se vê, a execução contratual não está sujeita ao controle de qualidade das propostas realizado na fase de adjudicação, estando mais restrita a um controle formal das especificações previstas no contrato, do que da efetiva eficiência na prestação dos serviços ou no fornecimento do produto contratado.

Esta realidade europeia mostra-se, a nosso ver, semelhante com a brasileira, cuja legislação atual muito se ocupa em regular o procedimento de licitação para seleção da proposta mais vantajosa, entendida geralmente como a de menor preço, sendo tímida em garantir a qualidade da prestação do serviço.

Note-se que tal situação vem gerando contratações públicas pouco eficientes no Brasil, refletidas no alto índice de aplicação de penalidades contratuais, inclusive rescisão, além do risco de responsabilidade subsidiária dos órgãos públicos em relação a direitos trabalhistas de terceirizados.

A Constituição Federal de 1988 consagrou no art. 37º, inciso XXI, o processo de licitação como regra geral para contratações públicas, observados os princípios da Administração Pública e ressalvados os casos especificados na legislação. Assim vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo

de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Atendendo ao clamor público pelo combate à corrupção após o impeachment do Presidente Collor, a Lei nº 8.666, de 1993, ao regulamentar o referido dispositivo constitucional, estabeleceu regras rígidas para a contratação pública, em especial para obras e serviços de engenharia, priorizando o critério de julgamento de menor preço, tirando qualquer margem de discricionariedade dos agentes públicos.

Apesar de ter incorporado princípios constitucionais importantes, como o da isonomia e o da impessoalidade, o processo licitatório ficou engessado nas cinco modalidades previstas na Lei nº 8.666, de 1993⁶, e a exemplo da lei italiana, não conseguiu evitar novos casos de corrupção.

Diante da ineficiência e defasagem tecnológica dos procedimentos previstos na Lei nº 8.666/93, a Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000, que após sucessivas reedições, foi convertida na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, instituiu a modalidade de licitação denominada pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns, independente do valor estimado da contratação, através da disputa de lances, e inversão das etapas do processo licitatório.

Após previsão tímida na Lei nº 10.520, de 2002, sobre a possibilidade de utilização de recurso da tecnologia da informação para a realização do pregão, a sua forma eletrônica tornou-se obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a partir da edição do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005.

Hoje o pregão eletrônico é tido como a modalidade de licitação do tipo menor preço mais utilizada no âmbito das contratações públicas brasileiras. Isto ocorre, dentre outros motivos, em razão da ampliação da competitividade que o pregão eletrônico proporciona através de recursos tecnológicos, o que acarreta inevitavelmente maior economicidade, além da transparência e da celeridade.

No entanto, como já vimos, a busca pelo menor preço a qualquer custo nem sempre traz a contratação mais vantajosa para a Administração Pública. Os agentes públicos envolvidos no processo de contratação pública brasileira estão ainda reféns de uma legislação rígida, sem margem para discricionariedade, além do controle rigoroso por parte dos

6 Lei nº 8.666/93. Art. 22. São modalidades de licitação: I – concorrência; II – tomada de preços; III – convite; IV – concurso; V – leilão.

órgãos fiscalizatórios, o que gera o constante medo da responsabilização administrativa.

Ressalte-se que, no contexto de grandes eventos esportivos sediados no Brasil nos últimos anos (Copa das Confederações Fifa de 2013, Copa do Mundo Fifa de 2014), além dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, e diante da defasagem de infraestrutura do país, sobretudo no setor aeroportuário, foi editada a Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011, que dentre outras disposições, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.

Em que pese direcionado exclusivamente a contratações necessárias à realização dos eventos esportivos supramencionados, e estendido posteriormente a ações do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, a obras e serviços de engenharia do Sistema Único de Saúde, e ações no âmbito da segurança pública e dos sistemas públicos de ensino; o Regime Diferenciado de Contratações Públicas pode ser considerado um primeiro passo para a flexibilização da contratação pública no Brasil, com o objetivo de atingir maior celeridade e eficiência nos resultados.

No art. 4º, inciso III da Lei nº 12.462, de 2011, foi prevista como uma das diretrizes da contratação, a busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância.

Além do alargamento do conceito da maior vantagem, a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, previu, no art. 10, a possibilidade de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no Edital e no contrato.

Constata-se, assim, um passo significativo do legislador brasileiro a favor da priorização do controle de qualidade da contratação pública, em detrimento ao tradicional atendimento formal de especificações técnicas estipuladas nos instrumentos públicos.

De todo modo, em busca da generalização de um sentido de custo-benefício nas contratações públicas, faz-se necessária a alteração e modernização da atual Lei de Licitações e Contratos. Neste sentido, para entender os rumos que o país pretende tomar em matéria de contratações públicas, faremos uma breve análise do atual Projeto de Lei do Senado nº 559, de 23 de dezembro de 2013, ainda em tramitação nesta Casa Legislativa.

2 ANÁLISE DE ALTERAÇÕES RELEVANTES NO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 559/2013 E TRAÇOS COMPARATIVOS COM A DIRETIVA 2014/24/UE

Em que pese estarmos diante de um projeto de lei, sujeito a emendas, e ainda com o risco de não ser convertido integralmente em norma jurídica, entendemos relevante destacar pontos relevantes do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013 - PLS nº 559, de 2013, já que de alguma forma expressam a atual inclinação do legislador brasileiro em matéria de contratação pública, notadamente diante de sua proximidade com alguns paradigmas da Diretiva 2014/24/UE.

O PLS nº 559, de 2013, que pretende fixar um novo marco regulatório das contratações públicas no Brasil, revogando as atuais Leis nº 8.666, de 1993, nº 10.520, de 2002 e nº 12.462, de 2011, na parte em que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, foi proposto pela Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, e encontra-se atualmente em análise pela Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), após tramitação pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) e pela Comissão de Serviços de Infraestrutura (CI).

Independente das inúmeras emendas propostas até o momento, observa-se que as inovações da lei foram bem aceitas pelas Comissões, e refletem o anseio da sociedade pela desburocratização das normas, e ao mesmo tempo pela ampliação da eficiência na contratação pública.

De início, o PLS nº 559, de 2013, consagra, em seu artigo 4º, princípios não expressos na atual Lei de Licitações, como os da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade e da economicidade; o que demonstra uma tendência de busca pela agilidade e pela simplificação no procedimento, e ao mesmo tempo pela ponderação das regras jurídicas com vistas a atingir uma contratação mais vantajosa em amplo sentido.

Ademais, no parágrafo único do art. 4º, explicita-se, como um dos objetivos da licitação, a busca pela contratação mais vantajosa, levando em conta inclusive o ciclo de vida do objeto, e a melhor relação entre custos e benefícios para o setor público. Também foram considerados o incentivo à inovação tecnológica e a promoção do desenvolvimento sustentável no território nacional.

Assim vejamos, *in verbis*:

Art. 4º Na aplicação desta Lei serão observados os princípios e diretrizes da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e probidade administrativa, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da motivação dos atos e vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento

objetivo, da segurança jurídica, *da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade e da economicidade.*

Parágrafo único. A licitação tem por objetivos:

I – assegurar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, *inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto*, e o tratamento isonômico entre os licitantes;

II – *ampliar a eficiência nas contratações públicas* e assegurar a justa competição entre os licitantes;

III – promover a troca de experiências e tecnologias *em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público*; e

IV – *incentivar a inovação tecnológica e a promoção do desenvolvimento sustentável no território nacional.* (grifo nosso)

Outra mudança importante que se aproxima do modelo europeu foi trazida com o advento do critério de julgamento das propostas denominado “maior retorno econômico”, aplicável para a modalidade de licitação concorrência, ainda com a possibilidade de lances em sessão pública. Neste sentido, destacam-se os artigos 5º, XIII e 41, V do PLS nº 559, de 2013:

Art. 5º Para os fins desta Lei consideram-se:

XIII – concorrência – modalidade de licitação entre quaisquer interessados, conforme dispuser o edital, na qual a disputa é feita por meio de propostas ou propostas e lances em sessão pública, e em que o critério de julgamento seja o de melhor técnica, de técnica e preço ou *de maior retorno econômico*; (grifo nosso)

Art. 41 O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:

V – maior retorno econômico: *quando é declarado vencedor o proponente que oferecer maior economia nas despesas correntes da administração*, conforme estabelecido em edital; (grifo nosso)

É ainda possível considerar como sinal de desburocratização das regras contratuais o aumento considerável do limite de valor para a dispensa

de licitação, que passará dos atuais R\$ 15.000,00, referentes a obras e serviços de engenharia, para R\$ 150.000,00; e dos atuais R\$ 8.000,00, relativos a compras e demais serviços para R\$ 80.000,00.

Neste sentido, dispõe o art. 57 do PLS nº 559, de 2013:

Art. 57. É dispensável a licitação:

I – para a contratação de obras e serviços de engenharia, em valor de até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que passam ser realizadas;

II – para a contratação de outros serviços e compras, em valor de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço ou compra de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

Considerando que os valores atuais da dispensa de licitação previstos na Lei nº 8.666, de 1993, estão congelados há mais de 15 anos, desde a alteração legislativa promovida pela Lei nº 9.648, de 1998, parece-nos que nada mais razoável do que a sua revisão e ampliação, em prol do princípio da economicidade e da eficiência, desde que assegurada a transparência do gasto público.

Foram ainda previstos no PLS nº 559, de 2013, procedimentos auxiliares das contratações públicas, como o credenciamento, a pré-qualificação e o sistema de registro de preços, sendo que em relação a este último, passa-se a admitir a possibilidade de ser permanente, mediante atualização de preços.

Pela natureza dos referidos institutos auxiliares, percebe-se o objetivo de atingir a simplificação e a desburocratização dos procedimentos licitatórios. Assim vejamos os dispositivos legais pertinentes:

Art. 59. O credenciamento é o processo administrativo de chamamento público destinado à contratação de serviços junto a todos que satisfaçam os requisitos definidos pela Administração.

Art. 60. A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo destinado a selecionar previamente:

I – licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitações vinculadas a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos;

II – obras, bens e serviços a serem contratados em futura licitação.

Também é possível perceber uma maior importância dada à parceria com o setor privado, com o objetivo de atingir contratações mais eficientes, além da redução de custos iniciais de projetos que atendam ao interesse público. Este parece ser o espírito do artigo 30 do PLS nº 559, de 2013:

Art. 30. A Administração Pública poderá adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades públicas previamente identificadas, cabendo a regulamento a definição de suas regras específicas.

Parágrafo único. Na hipótese a que se refere o caput, o autor ou financiador do projeto poderá participar da licitação para execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos aprovados pela Administração, caso não vença o certame, e desde que seja promovida a cessão de direitos de que trata o art. 84 desta Lei.

Ademais, vale ainda destacar as regras de preferência, que além de respeitarem o tratamento favorecido à participação de microempresas e empresas de pequeno porte já previstas na legislação específica (Lei Complementar nº 123/2006), poderão ainda ser estabelecidas para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

Note-se que a margem de preferência será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente que levem em consideração a geração de emprego e renda; o efeito na arrecadação de tributos; o desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país, na forma do artigo 29 do PLS nº 559, de 2013⁷.

Ainda que não seja tão ampla a proposta de integração social e profissional em relação às pretensões da Diretiva 24/2014/UE, parece-nos que o projeto da nova lei de licitações no Brasil caminha para a proteção da empregabilidade, além do incentivo à participação de microempresas e empresas de pequeno porte que, via de regra, empregam grande parte da população menos favorecida do país.

7 Art. 29. Nos processos de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. § 1º A margem de preferência de que trata o caput será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração: I – geração de emprego e renda; II – efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; III – desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; IV – custo adicional dos produtos e serviços; e V – em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.

Em relação à execução contratual, o PLS nº 559, de 2013, traz algumas inovações, como a exigência de cláusula de divisão expressa de riscos entre as partes nos contratos para execução de obras ou serviços de engenharia, bem como aqueles que envolvam fornecimentos complexos ou serviços de longa duração, na forma do parágrafo primeiro do seu artigo 95⁸.

Também é possível verificar a ampliação do percentual de garantia contratual exigido nas contratações de obras, serviços e compras, que poderá variar entre 10% e 30% (art. 96, §3º), em substituição ao limite de 5% previsto atualmente no parágrafo segundo do artigo 56 da Lei nº 8.666, de 1993.

Em termos de fiscalização, o PLS nº 559, de 2013, no artigo 107⁹, criou a figura do gestor de contrato, que pode ser auxiliado por fiscal de contrato da área requisitante, fiscal de contrato administrativo e fiscal de contrato técnico, sendo permitida a contratação de terceiros para auxiliá-lo. Como se vê, foram ampliados os mecanismos de fiscalização, de modo a aprimorar a fase de execução contratual.

Diante de indícios de irregularidades em obras públicas do governo federal, que redundaram em decisões de suspensão cautelar da execução do contrato pelo Tribunal de Contas da União¹⁰, o PLS nº 559, de 2013, previu, no artigo 93¹¹, a exigência de prévia análise do impacto da medida com ponderação das alternativas consideradas viáveis, e avaliação de

8 Art. 95. § 1º Os contratos para execução de obras ou serviços de engenharia, bem como aqueles que envolvam fornecimentos complexos ou serviços de longa duração, deverão conter cláusula estipulando a divisão expressa de riscos entre as partes, na qual constem todos os riscos qualificados, a parte responsável por cada qual e a motivação e justificativa para sua alocação a uma ou outra parte.

9 Art. 107. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, denominado gestor de contrato, que poderá ser auxiliado por fiscal de contrato da área requisitante, fiscal de contrato administrativo e fiscal de contrato técnico, sendo permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

10 Vide Acórdão TCU nº 3306/2014 – Ata 47 – Plenário. Relator: ANDRÉ DE CARVALHO - AUDITORIA. FISCOBRAS 2013. OBRAS DE CONSTRUÇÃO DA BARRAGEM DO CASTELO, EM JUAZEIRO/PI. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE NO EDITAL DE CONCORRÊNCIA. OBRAS CAUTELARMENTE SUSPENSAS EM SEDE DE REPRESENTAÇÃO, APENSADA AO PRESENTE PROCESSO. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE NA PLANILHA ORÇAMENTÁRIA QUE COMPÕE O EDITAL DE CONCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE LICENÇA AMBIENTAL PRÉVIA. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULAS POTENCIALMENTE RESTRITIVAS À COMPETITIVIDADE DO CERTAME. OITIVA. INSUFICIÊNCIA DE ELEMENTOS HÁBEIS A COMPROVAR A EFETIVA RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. REVOGAÇÃO PARCIAL DA CAUTELAR. DETERMINAÇÕES CORRETIVAS. NECESSIDADE DE SANEAMENTO DOS AUTOS.

11 Art. 93. A ordem de suspensão cautelar da licitação ou da execução do contrato é privativa da própria Administração, dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário, e sempre que for expedida deverá ser acompanhada de análise de impacto em que tenham sido ponderadas alternativas consideradas viáveis, com a avaliação de custo benefício de cada uma, de modo a indicar que a paralisação é a que melhor atende ao interesse público.

custo-benefício, de modo a assegurar que a paralisação é o caminho que melhor atende ao interesse público.

A disposição está sujeita a questionamentos quanto à sua constitucionalidade, já que pode significar restrição de atividade de órgão de controle externo, no exercício de suas competências constitucionais, mas, sem dúvida, demonstra uma preocupação do legislador em relação à proporcionalidade e à economicidade de tais medidas.

Sobre o controle de qualidade na prestação dos serviços, o PLS nº 559, de 2013, previu, no seu art. 126¹², a possibilidade de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato, a exemplo da Lei de Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Com a observância de regras que visam aprimorar a fase de execução contratual, pode-se finalmente constatar que o PLS nº 559, de 2013 apresenta maior avanço neste aspecto em comparação à Diretiva 24/2014/UE, que praticamente limita-se a transmitir orientações genéricas aos países-membros.

3 CONCLUSÃO

Baseado no estudo comparativo de importantes pontos da Diretiva Europeia 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos no âmbito da União Europeia, e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, com a atual legislação brasileira, e ainda o Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, que pretende estabelecer novo marco regulatório da matéria no direito brasileiro, foi possível constatar a atual dissonância de paradigmas, e ao mesmo tempo, tendências comuns para o futuro.

As dissonâncias mostram-se flagrantes se compararmos a atual Lei de Licitações e Contratos no Brasil – Lei nº 8.666/93, tida como ultrapassada e burocrática, com a Diretiva 2014/24/UE, que tem como paradigma a adoção de procedimentos flexíveis, com maior discricionariedade, em busca de contratações mais eficientes.

Enquanto a legislação brasileira ainda persegue o menor preço a qualquer custo, com a quase generalização da modalidade licitatória do pregão eletrônico, a partir da aprovação da Lei nº 10.520, de 2002 e do Decreto nº 5.450, de 2005, com exceção dos procedimentos regidos pela Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – Lei nº 12.462, de

12 Art. 126. Na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

2011; a Diretiva 2014/24/UE tem como prioridade a busca pelo menor custo, entendido este como o gasto total da vida do projeto, incluindo-se sua manutenção.

Considerando que as diretivas europeias são atos legislativos vinculantes, mas ao mesmo tempo dependem de ato de internalização dos países-membros, parece-nos que o grande desafio de países como a Itália, que possui grave histórico de corrupção nos contratos públicos, será de fato absorver o paradigma de “flexibilidade-eficiência” em sua legislação interna, abandonando de vez o binômio “rigidez-falta de eficiência”.

Como vimos, temos que considerar que a Lei de Licitações e Contratos no Brasil foi elaborada após grandes escândalos de corrupção no governo, o que contribuiu para que o processo de licitação se tornasse rígido e sem margem para discricionariedade. Em que pese a Lei nº 8.666, de 1993 ter passado por alterações pontuais, há um certo clamor pela sua modernização em busca de maior eficiência nos gastos públicos.

Para fins de avaliar as tendências do legislador brasileiro em matéria de contratação pública, analisamos alguns pontos importantes do Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, o qual se encontra em trâmite naquela Casa Legislativa, ainda passível de alterações ou mesmo de não prosseguimento.

Percebemos que foram incluídas previsões com o objetivo de garantir maior eficiência nos procedimentos licitatórios, tais como: a busca pela contratação mais vantajosa, levando em conta inclusive o ciclo de vida do objeto, e a melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; a previsão do critério de julgamento das propostas denominado “maior retorno econômico”, aplicável para a modalidade de licitação concorrência; a previsão de procedimentos auxiliares das contratações públicas, como o credenciamento, a pré-qualificação e o sistema de registro de preços permanente; e o procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos.

Com base em tais proposições, verificamos que há diversos pontos de conexão do PLS nº 559, de 2013 com a Diretiva 2014/24/UE, o que nos leva a concluir que o legislador brasileiro não fechou os olhos à realidade externa, absorvendo para o futuro, e na medida do possível, a tendência europeia de flexibilização das contratações públicas em prol de uma maior eficiência.

Não se pretende aqui comparar a situação político-cultural do Brasil com a dos diversos países que compõem a União Europeia, os quais, em geral, não possuem o mesmo grau de percepção da corrupção no governo que nos é tão familiar.

Assim, em que pese não acreditarmos que o critério do menor preço será tido como residual na legislação brasileira, tal como proposto na Diretiva Europeia 2014/24/UE, parece-nos que já é uma grande evolução

para a nossa realidade a possibilidade de adoção do critério de maior retorno econômico, bem como a fixação da busca pelo melhor custo-benefício para o setor público, como um dos objetivos da licitação.

Por fim, vale dizer que, em matéria de execução contratual, diante da ausência de regulamentação expressa da Diretiva 2014/24/UE, que remete a questão à legislação interna de cada país-membro, verifica-se que uma etapa importante da contratação pública permanece fragilizada.

Neste ponto, a atual realidade brasileira não é muito distante da europeia, já que após a adoção das regras do processo licitatório, a fiscalização do contrato, via de regra, fica por conta dos técnicos designados que, salvo exceções, estão focados em verificar a execução do objeto contratual sob o ponto de vista formal, deixando de lado a sua qualidade.

Diante de irregularidades e falhas de fiscalização, os órgãos de controle externo, muitas vezes, se veem obrigados a tomar medidas drásticas, tais como a suspensão liminar da execução da obra ou do serviço de engenharia, trazendo mais prejuízos ao erário em determinadas situações.

Com as alterações propostas no PLS nº 559, de 2013, parece-nos que o legislador pretende assegurar meios efetivos de controle de qualidade na prestação dos serviços, a exemplo dos já previstos na Lei nº 12.462, de 2011, com a possibilidade de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, além de metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega previamente definidos.

Como se vê, em que pese o Brasil ainda estar caminhando para a flexibilização das regras de contratação pública, notadamente diante do histórico de escândalos de corrupção no país, já é possível verificar fortes tendências de reformulação de suas regras burocráticas e rígidas, em prol da maior eficiência nos gastos públicos. A depender dos rumos do PLS nº 559, de 2013, podemos ter em breve uma legislação que nos aproxime das diretivas europeias.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: LTr, 2013.

DEL GIUDICE, Federico. *Compendio di Diritto Costituzionale e Amministrativo*. Napoli: Gruppo Editoriale Simone, 2011.

Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1443239196416&uri=CELEX:32014L0024>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14^a ed. São Paulo: Dialética, 2010.

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 19 ago. 2015.

Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. *Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm> Acesso em: 19 ago. 2015.

Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. *Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 19 ago. 2015.

MACIEL, Marcela Albuquerque. *Licitações Públicas Sustentáveis na União Europeia: caminho para o desenvolvimento sustentável*. Publicações da Escola da AGU: 1º Curso: Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa – Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Brasília: Ano VI, v. 2, nº 35, p. 111- 138, nov./dez.2014.

Projeto de Lei do Senado nº **559, de 2013**. *Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>>



BREVE PARALELO ENTRE AS
LICITAÇÕES PELO SISTEMA REGISTRO
DE PREÇOS, AS CENTRAIS DE COMPRA
NO BRASIL E O MODELO EUROPEU DE
COMPRA CENTRALIZADA.

*A BRIEF COMPARISON BETWEEN THE LICITATIONS IN
THE BRAZILIAN PRICING REGISTRY AND PURCHASING
CENTRES AND THE EUROPEAN CENTRALIZED
PURCHASING SYSTEM*

*Fernando Ferreira Baltar Neto
Advogado da União
Professor Universitário
Especialista em Direito Processual*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Sistema Registro de Preços; 2 Os Recentes Exemplos de Sucesso na Realização de Centrais de Contratações no Brasil; 3 A Centralização de Contratações na União Europeia; 4 A Compatibilização da Centralização das Contratações e a Necessidade de se Conferir um Tratamento Diferenciado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: No ordenamento jurídico brasileiro uma das raras ferramentas legislativas que permitem à Administração Pública a realização de licitação com economia de escala é o sistema registro de preços, que faculta que mais de um órgão ou entidade pública possa participar ou aderir a um certame licitatório conduzido por um outro órgão ou entidade da administração, denominado “gerenciador”. No entanto, a administração vem buscando alternativas que viabilizem ao Estado os benefícios decorrentes das compras centralizadas, como demonstram as experiências exitosas realizadas pela Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo com o projeto “compras compartilhadas”, bem como com o projeto-piloto capitaneado pelo Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão que cria a “central de compras”. No presente estudo, buscaremos demonstrar os benefícios e as desvantagens desse modelo centralizado de licitações e contratações e realizar uma análise comparativa com a legislação da comunidade europeia.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Contrato. Centralização de Contratação. Direito Comparado. Brasil e Europa.

ABSTRACT: In the Brazilian legal system one of the few legislative tools that allow the Public Administration to conduct bidding with economies of scale is the system of record prices, which provides more than one public agency or entity to take part or join a bidding event conducted by another public agency or entity referred to as “manager”. However, the administration has been seeking alternatives that allow the State the benefits of centralized purchasing, as shown by the successful experiments carried out by the Federal Legal Consultancy in the State of São Paulo with the project “shared purchasing” as well as the pilot project led by the Ministry of Planning, Budget and Management that creates the “central purchasing”. In this study, we will seek to demonstrate the benefits and disadvantages of this centralized model of hiring and conduct a comparative analysis with the rules of the European community.

KEYWORDS: Licitations. Contract. Purchasing Centres. Comparative Law. Brazil and Europa.

INTRODUÇÃO

A licitação pelo sistema registro de preços está sendo amplamente utilizada pelos órgãos e entidades da administração pública federal brasileira, que buscam se valer das suas ferramentas para obter tanto a economia de escala nas contratações, quanto otimizar os seus recursos humanos e materiais na realização dos procedimentos licitatórios, contando, inclusive, com a interpretação extensiva do legislador administrativo, bem como da doutrina e até das decisões dos órgãos de controle, em razão da comprovada economia para os cofres públicos, quando da sua utilização.

O presente artigo buscará apresentar o sistema registro de preços, com as suas peculiaridades, sobretudo sua possibilidade de vários órgãos e entidades públicas poderem participar de um único certame, assim como expor o sistema europeu de contratações centralizadas, com suas vantagens e desvantagens, conferindo um especial enfoque à Diretiva 24/2014-UE, que deverá ser seguida por todos os países que compõem a União europeia e que possui características próprias que podem inspirar a modificação e aprimoramento da legislação brasileira.

Para tratar do tema proposto, o artigo foi dividido em duas partes principais. A primeira busca expor o cenário atual de licitação por pregão eletrônico pelo sistema registro de preços, com todas as suas características mais relevantes, destacando e comentando os dispositivos que buscam conferir celeridade e economia ao procedimento, bem como as experiências bem-sucedidas de licitações concentradas realizadas por órgãos da administração pública federal. Na segunda parte, tratar-se-á, ainda, do poder normativo das diretivas no âmbito do direito europeu, sobretudo os dispositivos que tratam dos acordos-quadros e das compras centralizadas. Ao final, apresentaremos as conclusões com propostas que busquem aprimorar o procedimento licitatório e de contratação previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

1 O SISTEMA REGISTRO DE PREÇOS

No Direito Brasileiro, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, contempla, em seu art. 15, inciso II que as compras, sempre que possível, deverão ser processadas pelo sistema registro de preços.

Mais adiante, em seu § 3º, o mencionado art 15 dispõe que o sistema registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais e observadas as seguintes condições:

- I - Seleção feita mediante concorrência;

II - Estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III - Validade do registro não superior a um ano.

Por se tratar de matéria a ser regulamentada por decreto, o sistema registro de preços deve ser disciplinado pelo Chefe da Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal.

No âmbito federal a matéria se encontra devidamente regulamentada para toda a administração pública federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, pelo Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013.

O Decreto nº 7.892/2013 revogou o Decreto nº 3.931/2001, mas, no que toca ao objeto, segue a mesma linha de estender o sistema registro de preços para as contratações de serviços, bem como para a aquisição de bens.

Importa ressaltar que o Poder Legislativo editou um ato normativo primário (Lei nº 8.666/93) contemplando apenas a utilização do sistema registro de preços para as compras, conforme já destacado acima.

Segundo o renomado Professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹ o *'registro de preços'* é um procedimento que a Administração pode adotar perante compras rotineiras de bens padronizados ou mesmo na obtenção de serviços.

Ronny Torres, ao explicar o sistema registro de preços esclarece que não se trata de uma modalidade licitatória, *mas de um instrumento que visa otimizar a atuação da Administração nas suas licitações, bem como nas suas eventuais futuras contratações*².

Aduz, ainda, o autor o seguinte³:

Em outras palavras, é um mecanismo de registro formal de preços para contratações futuras. Utilizando esse procedimento, pode-se abrir um certame licitatório, em que o vencedor terá seus preços registrados, para que posteriores necessidades de obtenção dos bens e serviços sejam dirigidas diretamente a ele, de acordo com os preços aferidos.

O sistema registro de preços não é obrigatório mas deverá ser adotado, preferencialmente, quando ocorrerem as seguintes situações indicadas no art. 3º do Decreto nº 7.892/2013: 1) pelas características do

1 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 533.

2 BALTAR NETO, F; TORRES, R. *Direito Administrativo*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 302.

3 Idem.

bem ou serviço, quando houver necessidade de contratações frequentes; 2) for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade ou a programas de governo; 3) for mais propícia a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa; 4) não for possível, pela natureza do objeto, definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Uma das principais características que também podem ser apontadas como vantagens do sistema registro de preços é a desnecessidade de prévia dotação orçamentária no momento da licitação, vez que a indicação dos recursos orçamentários se torna necessária, apenas, quando da contratação junto ao particular que teve seus preços registrados.

No entanto, a ausência de dotação orçamentária específica não pode ser o único fundamento para a escolha do sistema registro de preços, vez que as hipóteses legais admitidas no já comentado art. 3º do Decreto nº 7.892/2013 são consideradas taxativas. Nesse sentido, inclusive, foi uniformizado o entendimento jurídico no âmbito da Advocacia-Geral da União⁴.

No que tange ao objeto, o sistema registro de preços pode ser utilizado para compras e serviços. Com relação às obras há uma controvérsia, vez que o Tribunal de Contas da União já se posicionou contrário à sua utilização, contudo há precedente do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o regime de licitações por registro de preços foi ampliado pelos decretos regulamentadores, sendo extensível não só às compras, mas aos serviços e às obras. Cumpre ressaltar, todavia, que tal decisão foi proferida no julgamento de uma lei do Estado de São Paulo, razão pela qual concluímos que o entendimento dominante no presente momento é pela impossibilidade da utilização do sistema registro de preços para obras, salvo no Regime Diferenciado de Contratações.

A seleção de licitantes deve necessariamente ocorrer por meio de licitações nas modalidades concorrência ou pregão, devendo ocorrer a convocação dos vencedores para assinar a “ata de registro de preços”, que possuirá vigência de até 12 meses.

A ata de registro de preços é um instrumento pré-contratual, razão pela qual não há obrigatoriedade de o órgão efetivar a contratação, havendo, entretanto, o direito de preferência de contratação para o licitante vencedor, caso haja igualdade de condições.

4 Nota nº 108/2014/DECOR/CGU/AGU.

Segundo a consagrada doutrina de Di Pietro⁵ *a ata é um documento vinculativo, porque obriga os licitantes ao fornecimento de bens ou à prestação de serviço* e que, em caso de descumprimento desse documento caberá a cada órgão participante aplicar as sanções cabíveis, obviamente, com a devida observância do contraditório e da ampla defesa.

Ao preço do primeiro colocado poderão ser registrados tantos fornecedores quantos necessários para que, em função das propostas apresentadas, seja atingida a quantidade total estimada.

No tocante à vigência da ata de registro de preços é importante destacar que a Lei de Licitações e Contratos já estabelece que sua validade não pode ultrapassar um ano, no que foi seguida pelo Decreto nº 7.892/2013. Nesse sentido, inclusive já há Orientação Normativa da Advocacia-Geral da União⁶ reforçando que as possíveis prorrogações, caso existentes, devem observar o prazo máximo de 12 meses.

O prazo de vigência da ata não se confunde com o prazo de vigência contratual, vez que a ata terá vigência máxima de 12 meses, mas no último dia do seu contrato pode ser firmado um contrato que terá sua vigência regida por regras próprias, admitindo-se, inclusive, sua prorrogação.

O *órgão gerenciador* é o responsável pela condução do certame e gerenciamento da ata de registro de preços, enquanto o *órgão participante* é o órgão ou entidade da administração pública que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços, incluindo sua pretensão contratual no certame conduzido pelo órgão gerenciador.

O órgão não participante é o órgão ou entidade da administração pública que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, atendidos os requisitos do Decreto nº 7.892/2013, faz adesão à ata de registro de preços. Também conhecida como “carona”, essa faculdade permite que a ata de registro de preços, durante sua vigência, possa ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem para a Administração.

O Tribunal de Contas da União já havia recomendado⁷ em 2007 que o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão deveria adotar providências e reavaliar as regras até então vigentes para as adesões às atas de registro de preços, fixando limites para tais adesões, no intuito de evitar o desvirtuamento do instituto.

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e outros. *Temas Polêmicos Sobre Licitações e Contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 449.

6 ON AGU Nº 19/2009.

7 Acórdão nº 1.487/2007 – TCU – Plenário.

Diante da inércia do Poder Executivo Federal a Corte Federal de Contas decidiu em 2012⁸ que as adesões só poderiam ocorrer se previstos no instrumento convocatório e desde que não ultrapasse o quantitativo licitado.

Tal decisão praticamente inviabilizava a adesão à ata de registro de preços, razão pela qual seus efeitos foram suspensos até a entrada em vigor do Decreto nº 7.892/2013, que, seguindo as determinações do Tribunal de Contas da União estabeleceu uma série de restrições à adesão pelo órgão não participante, buscando coibir excessos.

Ronny Torres⁹ cita quatro espécies de limitações à adesão por órgãos federais:

- a) Limite quantitativo individual: a adesão do órgão não poderá exceder a 100% do quantitativo registrado na ata (por item);
- b) Limite quantitativo global: o total de adesões não poderá exceder ao quádruplo do quantitativo de cada item registrado, independente do número de órgãos “aderentes”;
- c) Limite subjetivo: é vedada aos órgãos e entidades federais a adesão a ARP gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual (embora o decreto federal admita a adesão à ARP federal, por entidades ou órgãos dos demais entes federativos);
- d) Limite lógico/temporal: só é admitida a adesão durante a vigência da ARP;

No âmbito federal, a questão já se encontra uniformizada desde 2009, por intermédio da Advocacia-Geral da União¹⁰ que vedou aos órgãos públicos federais a adesão à ata de registro de preços quando a licitação tiver sido realizada pela administração pública estadual, municipal ou do distrito federal, bem como por entidades paraestatais.

Por outro lado, de acordo com expressa previsão do artigo 61 da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 507/2011, as entidades privadas sem fins lucrativos podem utilizar o sistema de registro de preços dos entes federados, nas contratações de bens, obras e serviços.

Conforme já exposto, uma das maiores virtudes do sistema registro de preços é facultar à Administração uma economia nos custos necessários

8 Acórdão nº 1.233/2012 – Plenário.

9 BALTAR NETO, F; TORRES, op. cit. p 306.

10 Orientação Normativa Nº 21/2009

para a realização de uma licitação, vez que cada órgão tem que disponibilizar equipe de servidores responsáveis pela preparação da fase interna e condução de todo o certame, sem que se possa desprezar os custos da assessoria jurídica responsável pela análise e aprovação do instrumento convocatório, contratual e de seus anexos. Todo esse custo, que é replicado em todos os órgãos e entidades públicas, pode ser racionalizado quando um órgão apenas realiza licitações que interessam à toda Administração Pública, como nos casos de aquisição de material de expediente, combustíveis, medicamentos, veículos, contratação dos serviços de passagens aéreas e rodoviárias, dentre tantos outros.

Além da economia no custo econômico que envolve a realização de uma licitação, a centralização propicia a padronização e a economia de escala, vez que toda ou boa parte da Administração irá usufruir de objeto da mesma qualidade e por um preço menor, tendo em vista que é possível imaginar que quem busca vender mil veículos conseguirá ofertar preço bem mais atrativo para o comprador do que quem é procurado para vender um único veículo.

Ademais, o sistema registro de preços pode ser considerado como uma ferramenta que possibilita a centralização da aquisição por parte do Estado, mas que depende de um órgão gerenciador que goze de uma capacidade técnica e de uma confiança pelos demais órgãos que possibilite essa centralização. No entanto, calha destacar que, conforme já afirmado nesse artigo, o Decreto nº 7.892/2013 restringiu a possibilidade de adesões à ata de registro de preços até o máximo de cinco vezes o quantitativo de cada item registrado.

Portanto, apesar de não haver limitação com relação ao quantitativo de órgãos e entidades que venham a participar da licitação pelo sistema registro de preços, há limitação no que tange à quantidade de adesões ou “caronas” aos preços registrados.

2 OS RECENTES EXEMPLOS DE SUCESSO NA REALIZAÇÃO DE CENTRAIS DE CONTRATAÇÕES NO BRASIL

Nessa busca por contratações mais eficientes a Administração Pública Federal vem implementando, ainda que timidamente, alguns projetos que viabilizam a racionalidade no uso dos recursos materiais e humanos da administração, bem como que possibilitam uma economia de escala e maior qualidade dos itens a serem adquiridos pelos órgãos e entidades públicas.

Exemplo bem-sucedido de uma dessas iniciativas é o projeto “compras colaborativas”, desenvolvido pela Consultoria Jurídica da União no Estado

de São Paulo, que percebeu, por meio de uma estratégia de implementação de um Grupo de Trabalho e Estudos, que seria possível conjugar esforços nas compras comuns aos órgãos federais, de maneira a otimizar o trabalho desenvolvido em cada qual e evitar o retrabalho no âmbito destes.

Por intermédio de um acordo de cooperação firmado com cada órgão federal localizado no Estado de São Paulo foram firmadas as bases de uma parceria na qual a Consultoria Jurídica da União paulista atuou como uma facilitadora para o desenvolvimento de uma interlocução institucional entre os órgãos federais civis e militares que voluntariamente se obrigaram a:

- estimular e implementar ações conjuntas somando e convergindo esforços, mobilizando suas estruturas orgânicas, agentes e serviços, com vistas à consecução do objeto do presente Acordo;
- designar servidores, especialmente técnicos, de seu quadro de servidores, para compor ou colaborar com o Grupo de Trabalho e Estudos;
- atuar em parceria no planejamento, na execução, no acompanhamento e avaliação do projeto;
- evitar a adesão posterior às licitações na condição de órgão não participante;
- fornecer as informações, conhecimentos, documentos e o apoio técnico-institucional necessário às atividades, estudos, elaboração de documentos, instauração e trâmites do procedimento licitatório, inclusive elaboração de Editais e anexos, até a final formação da Ata de Registro de Preços;
- fomentar as atividades de capacitação técnico-científica e cultural, o intercâmbio de conhecimentos, informações e experiência, visando à formação, o aperfeiçoamento e a especialização técnicas de recursos humanos.
- propor, se necessário e pertinente, alteração e/ou aperfeiçoamento do presente Acordo de Cooperação, mediante termo aditivo;
- manter e acessar sistema de comunicação contínua entre os órgãos partícipes, para realização das atividades, reuniões de

estudos e trabalho, informes, avisos, convocações, dentre outros, para a persecução dos objetivos deste Acordo; e

- realizar estudos comparativos de resultados sobre as vantagens do presente trabalho, em relação às atividades desenvolvidas na forma tradicional, a fim de apurar dados, tais como tempo e economia de recursos públicos.

Tais iniciativas já começaram a render bons frutos, conforme pode-se constatar da leitura da matéria veiculada em sítio eletrônico oficial¹¹, segundo o qual a experiência da centralização da contratação dos serviços de telefonia móvel para 24 órgãos federais proporcionou uma economia de R\$ 3,7 milhões para os cofres públicos e foi aferida cotejando o preço contratado, inferior 350% com relação ao valor de referência estabelecido no edital do certame.

No âmbito normativo federal, pode-se afirmar que, além do sistema registro de preços, outro avanço recente foi o Decreto nº 8.189/2014, responsável pela instituição da Central de Compras e Contratações que é uma unidade vinculada à Assessoria Especial para Modernização da Gestão – ASEGE, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e que, segundo descrição do sítio eletrônico do MPOG¹²:

A Central irá unificar a aquisição e contratação de bens e serviços de uso comum aos órgãos da administração direta do Poder Executivo. O objetivo é obter mais eficiência no gasto público, padronizar procedimentos e melhorar a qualidade, o controle e a fiscalização das compras federais.

São objetivos da Central de Compras, no âmbito do Poder Executivo Federal:

- Desenvolver, propor e implementar modelos, mecanismos, processos e procedimentos para aquisição e contratação centralizadas de bens e serviços de uso em comum pelos órgãos e entidades;
- Planejar, coordenar, controlar e operacionalizar as atividades relacionadas à inteligência e à estratégia de licitação, aquisição

11 <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2013/11/licitacao-compartilhada-diminui-custos-com-servicos-de-telefonia>>

12 <<http://antigo.planejamento.gov.br/conteudo.asp?p=noticia&ler=11553>>. Acesso em 15 de ago. 2015.

e contratação de bens e serviços de uso em comum a partir da demanda estimada pelos órgãos e entidades;

- Acompanhar a formalização dos contratos referentes aos bens e serviços sob sua responsabilidade junto aos órgãos e entidades, orientando-os quanto à gestão contratual;
- Expedir normas complementares para efetivação de suas atribuições, observadas as normas gerais definidas pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

3 A CENTRALIZAÇÃO DE CONTRATAÇÕES NA UNIÃO EUROPEIA

Segundo artigo da SIGMA¹³ (Support for Improvement in Governance and Management) a contratação centralizada não é um conceito ou prática que é exclusiva para o setor público. Pelo contrário, ela é uma abordagem amplamente utilizada no setor privado, tanto na fabricação e venda, como em outros setores. Seu principal objetivo é reduzir os preços de compra, bem como seus custos em todas as fases de produção e distribuição. A maioria das grandes empresas possuem unidades centrais de compras especializadas na obtenção de um confiável fluxo de insumos necessários ao atendimento das necessidades básicas para seu funcionamento.

De fato, inúmeros setores do mercado se valem da centralização de compras como uma ferramenta apta a propiciar uma sensível economia de escala e de custos da contratação, conforme afirma Roberto Cervi, em sua dissertação de mestrado “Centralização de Compras como Estratégia Logística”¹⁴, da qual destacamos o seguinte trecho:

A evolução dos métodos de logística permite à empresa um nítido destaque entre a concorrência, pois através destes métodos é possível se obter dois instrumentos de competitividade eficazes na busca de vantagens competitivas: a vantagem de custo e a vantagem de valor. A importância da primeira está em que é necessário reduzir-se custos para oferecer preços de mercado e garantir a sobrevivência da empresa

13 OECD (2011), *Centralised Purchasing Systems in the European Union*, SIGMA Papers, No. 47, OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kgkgqv703xw-en>>. Acesso em: 09 de set. 2015.

14 CERVI, Roberto. *Centralização de Compras como Estratégia Logística – O caso das Farmácias Magistrais*. Dissertação de mestrado em Engenharia de Produção no Programa de PósGraduação em Engenharia de Produção da Universidade Federal de Santa Catarina, 2002. 169p.

no mercado. A segunda, por sua vez, deve ser considerada tendo em vista que o cliente se orienta pelo valor, ou seja, pela qualidade do produto. Podem-se, portanto, afirmar que grande parte do sucesso comercial está em se ter a vantagem de custo e/ou a vantagem de valor, isto é, obter o maior lucro, com o menor custo e maior produtividade, ou uma vantagem perceptível de valor. (FIGUEIREDO et al, 1998)

A vantagem de custo pode ser obtida através de ações como o aumento da produtividade, a diluição dos custos fixos e a administração da logística; a vantagem de valor vem da satisfação do cliente com serviços como qualidade e disponibilidade. Ou seja, que o valor pode ter um produto que não está disponível para o cliente no momento certo?

Tanto a vantagem em produtividade, como a vantagem em valor, podem ser auxiliadas pelo gerenciamento logístico, com melhor utilização da capacidade de produção, integração com fornecedores em nível de planejamento.

Além dos evidentes benefícios econômicos, há outras vantagens decorrentes da adoção do modelo centralizado de contratação que já são reconhecidos, tais como os mencionados pelo relatório SIGMA, a seguir descritos¹⁵:

Centralised purchasing systems may also offer advantages that cannot be directly expressed in economic terms. Based on earlier Sigma studies and on the country reports annexed to this report, the following arguments in favour of centralised purchasing arrangements should be mentioned:

- The need for standardisation or increased administrative efficiency within the public administration, e.g. in the area of IT systems and software applications, may call for centralised and co-ordinated solutions.
- Many procuring entities may lack sufficient capacity of their own to prepare and carry out complex tenders in areas requiring specific product or market expertise.
- Professional, centralised purchasing provides certainty to procuring entities in many key aspects - legal, technical, economic and contractual - thereby reducing the risks that otherwise would have been borne by

¹⁵ OECD (2011), op. cit. p. 19.

the procuring entity, such as the risk of complaints, poor or insufficient quality of products, failure of suppliers, and inadequate contract terms.

- Simplicity in the acquisition of goods and services is another relevant argument, as a call-off arrangement gives the procuring entity and its user departments the possibility, even without any professional procurement background, to contract with the framework suppliers. The degree of simplicity is of course dependent on the type of framework agreement in place; single-supplier or multi-supplier agreements, with or without mini-competitions.

Governments may use the CPBs as instruments for the execution of policy goals in specific sectors, such as promoting green procurement, innovations and SME participation in public sector tenders.

Portanto, resta evidente que a centralização das contratações possui múltiplos benefícios, que podem e devem ser usufruídos pelo Estado, vez que além da economia de escala e da economia com os custos elevados de um procedimento licitatório, tais como a possibilidade de padronização de produtos, serviços e obras, que proporciona indiretamente um ganho de eficiência para a administração, com a redução de servidores destacados para os setores de licitação e contratos, bem como dos custos dos atos preparatórios, é possível viabilizar contratações complexas por órgãos e entidades públicas que não dispõem de um corpo técnico hábil para planejar e executar tais contratações, tais como engenheiros, advogados, pregoeiros e outros tantos profissionais detentores da expertise necessária para o sucesso de uma determinada contratação e que, muitas vezes, não estão disponíveis no quadro de servidores do órgão ou entidade que necessita realizar a licitação.

Essa escassez de servidores, sobretudo de servidores dotados de capacitação específica em licitação ou dotados de expertise em obras e serviços de engenharia é a realidade de grande parte dos órgãos federais localizados nos estados da federação, conforme podemos atestar em razão da nossa atividade de consultoria jurídica.

Uma investigação do sistema sueco para aquisição centralizada de acordos-quadro estima que os custos de transação foram reduzidos em cerca de 50 milhões de euros por ano, em decorrência da centralização das contratações¹⁶.

Trata-se de uma sensível economia, advinda, tão-somente, da adoção de um procedimento administrativo dotado de razoável simplicidade para sua implementação.

¹⁶ STATSKONTORET, <<http://www.statkontoret.se/upload/publikationer/2009/200912.pdf>>.

O ato normativo mais recente produzido pela União Europeia foi a Diretiva 2014/24/UE, editada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia, com fundamento no Tratado sobre o funcionamento da União Europeia e em face de proposta apresentada pela Comissão Europeia. Esta Diretiva regulamenta diversos aspectos das disputas por contratos e da própria contratação que devem ser obrigatoriamente internalizados pelos países que compõem a União Europeia em até dois anos, contados de 26 de fevereiro de 2014, data de sua publicação.

Nas razões expostas na Diretiva 2014/24/EU, consta expressamente que a centralização de contratações já é uma realidade para boa parte dos países que integram a União Europeia, decorrente da economia de escala que proporcionam, mas ressaltam a necessidade de acompanhamento e vigilância nessa centralização, a fim de evitar a concentração excessiva de mercado e o conluio entre os fornecedores e prestadores, senão vejamos¹⁷:

Os mercados dos contratos públicos da União têm vindo a registar uma forte tendência para a agregação da procura pelos adquirentes públicos, a fim de obter economias de escala, incluindo a redução dos preços e dos custos das transações, e de melhorar e profissionalizar a gestão dos contratos públicos. É possível cumprir este objetivo concentrando as aquisições em função do número de autoridades adjudicantes envolvidas ou do volume e valor dos contratos ao longo do tempo. Contudo, a agregação e a centralização das aquisições deverão ser atentamente acompanhadas para evitar a concentração excessiva do poder de compra e situações de conluio e para preservar a transparência e a concorrência, bem como as oportunidades de acesso ao mercado.

A possibilidade de centralização das contratações no âmbito da União Europeia é bem mais abrangente do que a permitida pelo legislador brasileiro, haja vista que o modelo europeu admite a centralização da contratação de compras, serviços e, até mesmo, obras públicas, enquanto, conforme já assinalamos, o sistema registro de preços não admite a sua utilização para obras.

É o que dispõe o art. 37 da Diretiva 2014/24/UE, ao estabelecer que “Os Estados-Membros podem igualmente prever a possibilidade de as autoridades adjudicantes adquirirem obras, fornecimentos e serviços, utilizando contratos adjudicados por uma central de compras”.

É importante diferenciar o modelo atual estabelecido na Diretiva 2014/24/UE, inspirado pelo sucesso alcançado por vários países membros da União Europeia do antigo modelo de “monopólio”, onde um governo central estabelecia escritórios centralizadores de compra para adquirir produtos

¹⁷ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>. Acesso em 10 de set. 2015.

diretamente dos fornecedores, fato que reduzia as centrais de compra a meros entrepostos comerciais, optando-se, atualmente, em aquisições com fulcro em acordos-quadro, que, consistem em acordos firmados para disciplinar relações contratuais futuras, que tem sido amplamente utilizado e é considerada uma técnica de contratação eficiente em toda a Europa, com a ressalva de que tais acordos-quadro não deverão ser utilizados pelas autoridades adjudicantes que não estejam neles identificadas, além de ser vedada a entrada de novos operadores econômicos, após a sua celebração.

4 A COMPATIBILIZAÇÃO DA CENTRALIZAÇÃO DAS CONTRATAÇÕES E A NECESSIDADE DE SE CONFERIR UM TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

Um tortuoso debate que deve ser travado envolve a possibilidade do conflito de interesses decorrentes da centralização de contratações e o fomento às microempresas e empresas de pequeno porte, pois um dos maiores benefícios da centralização das contratações é justamente a economia de escala alcançada com a contratação de grandes quantidades e, conseqüentemente, com a redução de preços, que, via de regra, só pode ser proporcionada pelas grandes empresas, o que poderia resultar em uma concentração exagerada e nefasta do mercado.

No âmbito europeu o interesse das microempresas e empresas de pequeno porte não prevaleceu sobre o interesse público relacionado à economia proporcionada por essas contratações centralizadas.

Não se está a afirmar que os países integrantes da União Europeia estão desatentas ou que não possuem políticas de fomento para as microempresas e empresas de pequeno porte, mas no que tange aos contratos públicos, tais interesses não se sobrepuseram à economia de escala proporcionada pelo incentivo na aplicação da técnica da centralização das contratações, até porque o interesse da economia de escala nas contratações não é necessariamente impeditivo da política de fomento das microempresas e empresas de pequeno porte.

Nesse sentido, segue trecho do já citado artigo elaborado pela SIGMA:¹⁸

The issue of the opportunities of SMEs to participate in large tenders also falls within this category of arguments against centralised purchasing. This problem has both a political and an operational dimension. Today, in many countries, there is a strong political interest and an explicit policy that measures should be taken by procuring entities, including CPBs, to facilitate the participation of SMEs in public tenders and the award of

18 OECD (2011), op. cit. p. 20.

public contracts to SMEs. As this study will reveal, SMEs seem to be comparatively successful in CPB tenders.

Even in a decentralised procurement regime, there is no guarantee that an SME will be awarded a procurement contract, although the chances are definitely higher, as is indicated by available statistics. In tenders for large contracts, which are the normal case for CPBs, it is unlikely that an SME can participate in its own capacity, since it is probably unable to meet the qualification criteria or to compete with large economic operators. Instead, SMEs may act as subcontractors or participate in consortia or in a tender where the procuring entity has arranged lots of such a nature and size that it would allow SMEs to participate as tenderers in their own capacity.

It is also in the interest of public purchasers in general and CPBs in particular, where this risk is more significant, to prevent monopoly-building in the supply market and instead to ensure a diversified and competitive market structure. However, SME policy cannot be implemented at the expense of a decisive loss of attractiveness of central framework agreements, which in turn would undermine the role of the CPB. Another aspect of course is that the promotion of SMEs and the award of contracts to SMEs must be carried out in a manner in which the fundamental principles of the EC Treaty are respected.

A particular argument raised against centralised purchasing in the form of direct bulk purchasing is that the government may thereby take unnecessary commercial risks. It may happen that a CPB procures goods or services that procuring entities do not consider as meeting their requirements and therefore that they do not want to purchase. This is particularly the case where products are not homogenous and where substitutes exist. Procuring entities may have their own specific requirements and the more standardised requirements of the CPB may not be suitable or acceptable to them. This problem implies the need for a great deal of co-ordination between CPBs and beneficiaries if the system is to satisfy all potential users. The failure to do so could create a financial problem for the CPB, which might be tempted, in order to recover costs, to sell the products at a price below the going market price, creating further problems of unfair competition with private suppliers.

A related critical argument is that framework agreements, due to their long duration (normally 2-4 years), can be relatively unresponsive, unless designed correctly, to ongoing changes in the market, thereby potentially

neglecting important developments in market prices and technology. It is therefore important GOV/SIGMA(2010)3/REV2 21 that the duration of the framework agreement be realistically set and, when motivated, that competition be maintained by the organisation of mini-tenders.

The uniformity of many framework agreements and the degree of standardisation constitute another concern. Framework agreements sometimes tend to offer a too restrictive approach, in particular on technical grounds, which makes it difficult for procuring entities to fully satisfy their own procurement objectives. The lack of adaptability to individual needs represents, in particular, a problem for procuring entities that are obliged to use a certain framework agreement, but also for procuring entities with no such obligation. They may be forced to conduct their own tenders, which could have negative price and cost implications. This situation would be particularly problematic where the use of a CPB is mandatory but less problematic where parties operate under voluntary agreements.

Entendemos que tal conflito entre a economia de escala proporcionado pela centralização das contratações e a necessidade de o Estado incentivar as microempresas e empresas de pequeno porte seria apenas aparente no ordenamento jurídico brasileiro, que dispõe de uma legislação ampla e suficientemente clara sobre o tratamento diferenciado que deve ser dispensado para as MEEs e EPPs, vez que a Lei Complementar 123/2006, com redação conferida pela Lei Complementar 147/2014, determina expressamente em seu art. 48, inciso III, que a administração direta e indireta, federal, estadual e municipal deve estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Eis um dispositivo dotado de forte razoabilidade e apto a equacionar os anseios de uma economia de escala, obtido por intermédio de contratações centralizadas e com todos os demais benefícios diretos e indiretos já debatidos no presente artigo, bem como com o dever constitucional previsto no art. 146, III, “d” da Carta Magna de conferir um tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, evitando, também, a concentração excessiva do mercado.

Aspecto que entendemos estar sendo negligenciado no ordenamento jurídico pátrio é a seleção da proposta mais vantajosa para o Estado que, atualmente, está praticamente se confundindo com o critério do menor preço. A busca incondicional pelo menor preço vem conduzindo a administração a contratar produtos e serviços de péssima qualidade, o que, a

medio e longo prazo, acaba por resultar na queda da qualidade dos serviços públicos e, não eventualmente, finda por resultar em maiores custos, em face da baixa durabilidade e da necessidade de rescisões antecipadas dos ajustes, com a conseqüente realização de novas licitações e contratações, além de outros prejuízos econômicos de difícil contabilidade.

Nesse sentido, a nova Diretiva 24/2014/UE, busca estabelecer a possibilidade de inserção de novos critérios de adjudicação que não se atenham tanto à questão do menor preço, visando alcançar uma melhor qualidade nos contratos públicos, senão vejamos o que leciona o Prof José Miguel Carbonero Gallardo¹⁹:

A medida que la contratación pública ha evolucionado, el precio ha ido cediendo parte de su protagonismo a otros parámetros de selección. No es que el precio no sea relevante; desde luego que lo es. Pero en la selección de prestaciones cada vez más complejas (pensemos en prestaciones basadas en tecnología, por ejemplo), la determinación de la mejor oferta no puede venir dada por el precio, o fundamentalmente por él. Esta ha sido también la evolución en las últimas décadas. Recordemos cómo las Directivas de 2004 abrieron paso a la consideración de que la contratación pública no puede ser sólo un instrumento para adquirir unas prestaciones al mejor precio, sino que ha de servir al sector público para promover aquellas políticas o intereses generales para los que los ciudadanos hemos elegido a nuestros gobernantes. Por eso, la contratación pública debe cumplir también con objetivos sociales, ambientales, laborales, etc. Y, cómo no, esta línea conceptual ha estado muy presente en los autores de las Directivas ahora publicadas. En particular, las nuevas Directivas fomentan el uso de criterios de interés ambiental, social, y de innovación. Por todo ello, el propio Tarabella expresó también que 'los nuevos criterios pondrán fin a la dictadura del mejor postor y, una vez más, harán de la calidad una cuestión fundamental'.

5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, parece-nos evidente que o Brasil deveria adotar centrais nacionais, regionais, estaduais e/ou locais de contratação, tendo em vista que tais medidas não depende do dispêndio de grandes quantias do orçamento público, tratando-se, na verdade, de ferramentas que dependem,

19 GALLARDO, José Miguel Carbonero. *Las nuevas Directivas europeas sobre contratación pública: claves para una primera lectura*. <<http://blogplyca.nexus-it.es/wp-content/uploads/NUEVAS-DIRECTIVAS-CONTRATACION-2014-CLAVES-PRIMERA-LECTURA.pdf>>. Acesso em 18 de set. 2015.

essencialmente de vontade política e da concientização da necessidade de implementação de uma administração gerencial em todos os níveis federativos.

Em nossa atuação no âmbito da Consultoria Jurídica da União no Estado da Paraíba, podemos constatar que a maioria dos órgãos federais civis e militares sofrem com a carência de servidores para realizarem as tarefas relativas à fase interna da licitação, que demandam cuidadosa descrição do objeto, definição detalhada das obrigações da contratada e aprofundado conhecimento do mercado.

Quando se tratam de obras e serviços de engenharia, a ausência de servidores dotados da expertise necessária chega a ser temerária, tendo em visto que a conduta mais cautelosa do gestor pode conduzir à paralisia do órgão e a decisão de licitar, sem a observância das exigências técnicas determinadas pelo legislador podem acarretar uma futura responsabilização perante os órgãos de controle.

A solução não passa pela realização de novos concursos públicos onde cada órgão receberá mais servidores para exercerem suas funções nos respectivos setores de licitações e contratos, mas na criação de centrais de contratação que atenderiam a todos os órgãos e que concentrariam servidores capacitados e em número suficiente para atender à demanda da administração, com a racionalização dos recursos humanos e conferindo maior segurança, eficiência e padronização nas compras e contratações de serviços e obras públicas.

A instalação de centrais de contratação, desde que observadas as peculiaridades locais, assim como a legislação relativa às microempresas e empresas de pequeno porte propiciaria a redução de custos com a realização de licitações e contratações, proporcionaria uma maior homogeneidade nos produtos e serviços contratados, um maior cuidado na preparação da fase interna da licitação, com a concentração de servidores capacitados e dotados da expertise necessária para atender às várias necessidades dos órgãos públicos, além da economia de escala decorrente da soma do quantitativo dos itens que são licitados de forma fragmentada pela administração.

O modelo europeu pode servir de inspiração caso o Brasil busque realizar a centralização de contratações com outro país integrante ou não do mercosul e resolva celebrar acordos-quadro que amplifiquem ainda mais a já comentada economia de escala, além de inspirar a adoção de critérios mais flexíveis de negociação e de adjudicação, que possibilitem a contratação de produtos e serviços de maior qualidade e não se guiar apenas pelo critério do menor valor, que tantos males vem causando ao serviço público.

REFERÊNCIAS

BALTAR NETO, F; TORRES, R. *Direito Administrativo*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CERVI, Roberto. *Centralização de Compras como Estratégia Logística – O caso das Farmácias Magistrais*. Dissertação de mestrado em Engenharia de Produção no Programa de PósGraduação em Engenharia de Produção da Universidade Federal de Santa Catarina, 2002. 169p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

ITÁLIA. *Il ruolo della centralizzazione della committenza nella nuova fase di programmazione europea*. Laura Mascali. Disponível em: <http://www.lineavcp.it/wp-content/uploads/2014/06/Nuove-Direttive-e-Centralizzazione-della-committenza_LM3.pdf>.

JACOBY, Jorge Ulisses. *Sistema de Registro de Preços*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2005.

OECD (2011), *Centralised Purchasing Systems in the European Union*, SIGMA Papers, n. 47, OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kgkgqv703xw-en>>.

Statskontoret, *En effektivare statlig inköpsamordning*. Disponível em: <<http://www.statskontoret.se/upload/publikationer/2009/200912.pdf>>.

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DOS DIREITOS HUMANOS

PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF HUMAN RIGHTS

Guilherme Augusto Barbosa de Azevedo

*Advogado da União, graduado em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro
e pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Fortium*

Thiago Carvalho Barreto Leite

Advogado da União, graduado em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 O Utilitarismo; 2 A corrente libertária; 3 O comunitarismo; 4 Críticas às principais teorias da Justiça; 5 O Liberalismo Igualitário; 6 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo objetiva investigar distintos pensamentos filosóficos e identificar as possíveis convergências teóricas com a moderna doutrina de Direitos Humanos. Portanto, o escopo precípua do trabalho é expor, de forma breve, algumas importantes correntes filosóficas, como a filosofia utilitarista e a corrente libertária, para, em momento posterior, verificar aquelas que servem como fundamento para o conceito contemporâneo de Direitos Humanos. O estudo também tangencia a discussão doutrinária que gravita em torno da universalidade ou da relatividade cultural dos Direitos Humanos. Tenciona-se, ainda, identificar a proposta de definição desses direitos que se revela mais apta para satisfazer as demandas éticas do momento histórico atual.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Fundamentos Filosóficos. Utilitarismo. Corrente Libertária. Comunitarismo. Universalismo.

ABSTRACT: This article investigates different philosophical thoughts and identify possible theoretical convergence with the modern doctrine of Human Rights. Therefore, the preciput scope of this work is to expose, briefly, some important philosophical doctrines, as the utilitarian philosophy and the libertarian doctrine, to, at a later time, check those that serve as the foundation for the contemporary concept of human rights. The study also touches the doctrinal discussion that revolves around the universality or cultural relativity of human rights. It is intended to also identify the definition of those rights which is more able to meet the ethical demands of the present historical moment.

KEYWORDS: Human Rights. Philosophical Foundations. Utilitarianism. Libertarian Doctrine. Communitarianism. Universalism.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A análise do desenvolvimento histórico dos direitos humanos demonstra que não foi rápido o percurso trilhado até que eles gozassem do atual prestígio. Até poucas décadas passadas, o Direito das Gentes regulava tão somente as relações entre Estados soberanos, ao passo que os indivíduos não eram considerados sequer titulares de quaisquer direitos no plano internacional¹².

Hodiernamente, em que pese inseridas em diversos ordenamentos jurídicos, as normas de direitos humanos consagradas em tratados internacionais vêm sendo sistematicamente descumpridas. Dessa forma, nota-se que, apesar dos inegáveis avanços na matéria, a proteção política dos direitos humanos não tem, por si só, logrado êxito em assegurar o respeito almejado ao tema. Com efeito, nem a incorporação de tratados pelo direito interno³, tampouco

1 Durante muito tempo, a doutrina não conferia ao indivíduo o caráter de sujeito de Direito Internacional. Partia-se da premissa de que a sociedade internacional era meramente interestatal e que apenas os Estados podiam criar normas, as quais só se referiam diretamente a estes. A pessoa natural, por sua vez, era mera objeto das normas internacionais e da ação estatal no cenário externo e, quando pudesse atuar no cenário internacional, o faria estritamente dentro do marco estabelecido pelos Estados.

[...]

A personalidade internacional do ser humano ainda é contestada. Em todo caso, não é mais possível negar que há um rol significativo de normas internacionais que aludem diretamente a direitos e obrigações dos indivíduos, como evidenciado, por exemplo, pelos tratados de direitos humanos, que visam proteger a dignidade da pessoa humana, e de Direito Internacional do Trabalho, que tutela relações laborais. (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. p. 160. Salvador: JusPodvim, 2015.)

2 Até a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos eram assunto interno dos Estados. Os direitos dos indivíduos eram internacionalmente relevantes somente quando um país desejava proteger seu cidadão em outro país ou quando queria enviar um diplomata a outro país. (*Manual prático de direitos humanos internacionais*. Coordenador: Sven Peterke ; Colaboradores: André de Carvalho Ramos ... [et al.] – p. 25, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.)

3 Com relação a necessidade de incorporação das normas de direito internacional pelo direito interno, para que só então passe a vigorar, convém destacar que a doutrina tece severas críticas ao instituto. Hodiernamente, a doutrina mais ligada à proteção dos direitos humanos entende que as normas de direito internacional são cogentes, ainda que não internalizadas. A aplicação imediata ou introdução automática vigora na União Europeia no tocante aos tratados de Direito Comunitário (ibidem p. 124)

Em âmbito nacional o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal corrobora a tese, ao mencionar a sociedade de cooperação, por ocasião do julgamento da Reclamação nº 11243.

Por fim, Eugênio Raul Zaffaroni também entende que a ordem jurídica é única, rejeitando a tese do dualismo. Pede-se vênia para transcrever trecho do autor, por ocasião do julgamento do fallo nº 1767 "13) Que también entiende en consonancia con el señor Procurador General que conforme al criterio sostenido por este Tribunal en la causa "Elmekdjian" (Fallos: 315:1492) las normas violadas integran el derecho interno, criterio reafirmado por la Convención Nacional Constituyente en 1994, expresamente sancionado por el inc. 22, del art. 75 de la Constitución Nacional, es decir, que por lo menos desde el citado fallo impera en la jurisprudencia de esta Corte el llamado criterio del "derecho único". Tesis correcta, desde que su contraria, o sea, la llamada del "doble derecho", según la cual la norma internacional obliga al Estado pero no constituye derecho interno, es hoy casi unánimemente rechazada por los internacionalistas, políticamente ha sido empleada para impedir la vigencia de Derechos Humanos en poblaciones coloniales, y lógicamente resulta aberrante, desde que siempre que hubiera contradicción entre el derecho interno y el internacional, obliga a los jueces a incurrir en un injusto (de derecho interno si aplica el internacional o de este último si aplica el interno). Dicho en otras palabras, los jueces, ante un supuesto de contradicción, conforme a la tesis contraria a la sostenida por esta Corte, deben optar entre el prevaricato o la complicidad en un injusto internacional del Estado." (Grifo nosso)

a criação de órgãos internacionais, têm se revelado suficientes para a efetivação de suas normas⁴.

São variados os fatores que contribuem para que as normas de direitos humanos ainda não gozem de um grau satisfatório de efetividade. Pode-se apontar como um deles, a imprecisão do conceito de direitos humanos⁵.

A inexistência de um acordo quanto ao conceito dos “direitos humanos”, por conta especialmente das divergentes propostas que procuram dar conta da tarefa de delimitar conceitualmente aqueles direitos, compromete sobremaneira a universalização de sua prática.

Delimitada a problemática sobre a matéria, este trabalho pretende apresentar brevemente os fundamentos morais-filosóficos de algumas das principais teorias da justiça, como a utilitarista, a libertária e a comunitarista, a fim de identificar quais propostas são mais aptas para fundamentar os “direitos humanos”, fornecendo o devido embasamento filosófico de forma a sustentar suas intrínsecas características de universalidade e de direito imanente a todos os seres humanos. Nessa perspectiva, o presente trabalho procurará embasamento filosófico em alguns importantes filósofos que se debruçaram sobre a matéria, como Immanuel Kant e John Rawls.

1 O UTILITARISMO

O utilitarismo é uma corrente filosófica que atualmente não ocupa papel de destaque nos debates a respeito da doutrina dos Direitos Humanos. Tal fato se deve, sobretudo, às críticas levantadas contra a ética utilitarista e, em especial, as que se relacionam com a proteção universal dos direitos fundamentais.

4 Com relação a ausência de efetividade dos organismos internacionais cite-se, exemplificativamente, que o Tribunal Penal Internacional está conduzindo investigações em nove situações apenas. (http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/about%20the%20court/frequently%20asked%20questions/pages/faq.aspx. Acesso em: 29 set. 2015.)

No mesmo sentido a Corte Internacional de Justiça, que desde 1946 apreciou 27 casos e existem 12 casos pendentes de apreciação (<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/notice.pdf>. Acesso em: 29 set. 2015). Registre-se que a não se trata de crítica à atuação dos organismos internacionais, apenas de mera constatação do baixo número submetidas a tais organismos internacionais.

5 Observa-se que o simples uso, sem especificação, do termo “direitos humanos” pode provocar equívocos, o que demonstra a necessidade de se ter clareza sobre o significado de termos técnicos: há autores que empregam as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimas; outros preferem diferenciar entre “direitos humanos”, no sentido de direitos individuais e coletivos reconhecidos no plano internacional, e “direitos fundamentais”, no sentido de direitos garantidos na ordem jurídica doméstica com a finalidade de proteger indivíduos contra o arbítrio do próprio Estado. Ainda exemplificando, várias constituições distinguem os direitos humanos dos direitos civis – os últimos sendo garantias exclusivamente destinadas a cidadãos do respectivo Estado e não a todas as pessoas em seu território. (*Manual prático de direitos humanos internacionais*. Coordenador: Sven Peterke ; Colaboradores: André de Carvalho Ramos ... [et al.] – p. 87, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.)

A visão utilitarista surgiu no século XVIII em um contexto de movimentos reformistas e iluministas que buscavam construir modelos pragmáticos de pensamento e organização social. Influenciou a consciência filosófica inglesa dos séculos XVIII e XIX e é, ainda hoje, o fundamento de muitas políticas e da legislação de alguns países.

Formulado, notadamente, por Jeremy Bentham e John Stuart Mill⁶, ele tem por ideia central o objetivo de maximizar a felicidade de seus membros, sem levar em consideração como os benefícios e as desvantagens são distribuídos, a menos que afetem o total⁷.

Entende-se por princípio da utilidade aquele que aprova ou desaprova qualquer ação segundo a tendência que tem a aumentar ou diminuir a felicidade.

Jeremy Bentham ilustra a ideia central da ética utilitarista ao recomendar o uso da expressão “princípio da maior felicidade” para designar o princípio da utilidade, referindo-se à maior felicidade possível para o maior número de indivíduos possível⁸.

De acordo com o pensamento utilitarista clássico, esse princípio será observado na prática com a realização do chamado cálculo de utilidade (o uso da palavra cálculo denota a pretensão de exatidão e operabilidade desse raciocínio moral). Esse cálculo consiste em analisar as consequências de cada ação a ser realizada e verificar qual das possibilidades resultará em maior ônus de felicidade geral, de forma que as medidas que levam a um maior saldo líquido de felicidade devem ser escolhidas⁹.

6 Clarence Morris, em obra recentemente traduzida, assim explicita o pensamento de Mill: O que é utilitarismo [...] O credo que aceita, como fundamento da moral, a Utilidade ou o Princípio da Maior Felicidade, considera que as ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade, incorretas quando tendem a produzir o contrário da felicidade. Por felicidade se quer dizer prazer e ausência de sofrimento; por infelicidade, sofrimento e privação do prazer (MORRIS, Clarence *Os grandes filósofos do direito*. Tradução Reinaldo Guarany. p. 367. São Paulo, Martins Fontes: 2002).

7 O utilitarismo tem sua expressão clássica em Jeremy Bentham, John Stuart Mill e Henry Sidgwick, bem como em economistas como Edgeworth e Pigou. A ideia central do utilitarismo é a de que o gênero humano está sob o domínio da dor e do prazer. Para Bentham, mais do que ser em si mesmo um bem, o prazer é “o único bem”, e a dor mais do que ser um mal, é “o único mal”. (FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, Política e Direito*. p. 33. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2004)

8 Segundo Marcos Faro de Castro Bentham chegou a propor um método para a aferição objetiva da utilidade por meio de quatro critérios: intensidade, duração, certeza ou incerteza, proximidade ou distância da utilidade.

[...] Os critérios são estipulados no capítulo IV de sua obra na *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1780). Aos quatro critérios citados, Bentham acrescenta ainda dois outros, que, segundo o autor, devem ser considerados quando se quiser estimar a tendência de que o prazer ou a dor produzam um ato. Os dois outros critérios são: a “fecundidade”, entendida como a chance de uma sensação ser seguida do mesmo tipo de sensação experimentada (dor ou prazer); e a “pureza” correspondente a chance de que a sensação (dor ou prazer) não seja seguida de uma oposta. (CASTRO, Marcos Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia e a economia*. p. 144. São Paulo, Saraiva: 2012).

9 Cada indivíduo e cada legislador ocupa-se em evitar a dor e alcançar o prazer. Contudo, prazeres e dores diferem entre si e, desse modo, têm diferentes valores. Como um tentativa de obter precisão matemática,

Ao recorrer a cálculos de custos e benefícios, o utilitarismo realiza uma operação que as pessoas em geral tendem a reproduzir em seus raciocínios cotidianos, ou seja, a maioria delas considera razoável aceitar determinados sacrifícios em favor de maiores benefícios futuros.

De outra banda, os cálculos preconizados pelo utilitarismo não são aceitáveis quando realizados em nível coletivo. Ao considerar a sociedade como um corpo no qual é possível sacrificar algumas partes em virtude das restantes, implica ignorar a concepção de que cada indivíduo deve ser respeitado como um ser autônomo, distinto dos demais.

2 A CORRENTE LIBERTÁRIA

A corrente libertária representa uma alternativa à moralidade utilitarista, na medida que defende a existência de certos direitos básicos invioláveis, rejeitando a possibilidade de que os direitos de qualquer indivíduo sejam violados em favor do maior bem estar da sociedade em geral.

A premissa básica do libertarismo reside no conceito de intervenção mínima pelo Estado nas liberdades individuais. O papel do Estado deveria se restringir a proteger as pessoas contra roubos, fraudes, uso ilegítimo da força, e a resguardar o devido cumprimento dos contratos celebrados entre esses indivíduos, em respeito ao *pacta sunt servanda*.

A doutrina libertária aceita a tese Kantiana de que os indivíduos devem ser considerados com fins em si mesmos, e não como meros meios utilizados a fim de atingir um bem estar social, representando verdadeira evolução, no que tange a este aspecto específico, em relação ao utilitarismo.

Os direitos humanos seriam fundamentados na percepção de que cada indivíduo é proprietário de si próprio, sendo livre para moldar a sua própria vida à sua maneira, sendo função do Estado apenas prover as condições mínimas para garantir aos cidadãos o exercício do direito de propriedade da forma que melhor lhes aprouver, de forma a levar adiante uma vida digna.

Bentham fala de unidade, ou do que chamava de conjuntos de prazer e dor, sugerindo que, antes de agir, devemos – e realmente o fazemos – calcular os valores desses conjuntos.

[...]

Como indica esse cálculo, Bentham estava interessado fundamentalmente nos aspectos quantitativos do prazer, o que o leva a crer que todas as ações serão igualmente boas se produzirem a mesma quantidade de prazer. Assim, “computamos todos os valores de todos os prazeres de um lado, e os de todas as dores de outro. O equilíbrio, se pender para o lado do prazer, indicará a boa inclinação do ato, [...] se pender para a dor, indicará a má inclinação deste”. (MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós modernismo*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 228/229).

Dessa forma, para os libertários, os direitos humanos seriam direitos de prestação tão somente negativa; atuariam como restrições laterais às ações dos outros e seriam exaustivos.

A ideia de que os direitos devem atuar como restrições laterais à ações dos outros representa que a esfera dos direitos deve ser considerada inviolável ante as pretensões dos demais, isto é, deve ser protegida independentemente das consequências negativas para o chamado «bem comum».

O conceito de direitos exaustivos significa que eles devem preponderar ante qualquer outra consideração moral.

A crítica maior ao libertarismo reside na ideia de que os direitos humanos demandam do Estado tão somente prestações negativas. Com efeito, os direitos individuais de primeira dimensão são considerados direitos negativos. Ocorre que, com a evolução do conceito de direitos fundamentais, prevalece a ideia de comunicação e interdependência entre as dimensões de direitos fundamentais. Ademais, é cediço não haver hierarquia entre as dimensões de direito, sendo elas, na verdade, complementares.

Partindo dessa premissa, não é adequado vincular os direitos humanos exclusivamente aos deveres de abstenção do Estado, eis que a plena garantia dos direitos humanos também depende de esforços positivos do Poder Público, a fim de garantir, por exemplo, direitos de assistência em algumas necessidades básicas, sem as quais não seria possível que relevante parcela da sociedade pudesse assumir o controle de suas próprias vidas.

Assim, em que pese a corrente libertária ter evoluído em relação ao utilitarismo no que concerne às contribuições para os direitos humanos, notadamente em relação ao ideal de que cada ser humano deve ser considerado um fim em si mesmo, e não como mero objeto para a maximização da felicidade geral, não se pode deixar de notar que a corrente libertária também não serve, por si só, como fundamento moral dos direitos humanos, uma vez que, se para o libertarismo a exigência de direitos positivos coloca em risco a possibilidade de que cada um molde sua própria vida sem interferência indevida do Estado, em contrapartida parece muito mais nocivo aos direitos humanos a ausência efetiva de um Estado mais ativo, já que parcela considerável da população mundial não teria as mais elementares condições de assumir o controle de suas próprias vidas sem a interferência do Estado com prestações de ordem positiva que tenham por escopo assegurar a igualdade substancial.

3 O COMUNITARISMO¹⁰

O comunitarismo surgiu na década de 80 como uma linha de pensamento contrária ao liberalismo¹¹. De forma geral, os defensores do comunitarismo retomaram as críticas que Hegel fazia a Kant: enquanto Kant defendia a existência de certas obrigações universais que deveriam prevalecer sobre aquelas mais contingentes, Hegel preferia dar prioridade aos laços comunitários.

Segundo a concepção comunitarista, a identidade das pessoas, ao menos em parte, está profundamente ligada ao fato de pertencerem a certos grupos, sendo certo que tais vínculos, pois, seriam elementos essenciais para a definição de suas identidades¹².

Por conseguinte, o comunitarismo postula um Estado ativista, comprometido com certos planos de vida e com certa organização da vida pública. Esse compromisso estatal poderia chegar a implicar até mesmo a proteção de determinadas práticas ou tradições consideradas “definidoras” da comunidade.

Para os comunitaristas, os direitos humanos designam apenas um conjunto variável de preferências comunitárias a serem respeitadas, sendo função do Estado envidar esforços para garantir que esses interesses sejam preservados.

Constata-se, assim, que o comunitarismo não fornece o adequado embasamento moral-filosófico aos direitos humanos, eis que, compartilhando-se a crítica tecida ao utilitarismo, a ideologia do comunitarismo não se compatibiliza com a característica da universalidade dos direitos humanos. Ora, se a noção de direitos está intimamente relacionada ao sistema político,

10 Saliente-se que embora advoguem pensamentos que se aproximam, sob o manto da teoria comunitarista encontram-se diversos filósofos, que não formam um grupo uniforme. Assim explica o Prof. José Fernando de Castro Farias: A ética teleológica tem uma de suas expressões atuais no projeto “comunitarista” (communitarian”). Apesar de serem apresentados como fazendo parte de uma mesma corrente, os chamados “comunitaristas” não constituem um bloco homogêneo. De um lado, Michael Sandel e Alasdair MacIntyre se inspiram principalmente em Aristóteles e rejeitam o pluralismo liberal em nome do bem comum. De outro, Charles Taylor (apoando-se mais em Hegel) e Michael Walzer criticam os pressupostos epistemológicos do liberalismo, mas não rejeitam completamente os ideias políticos do iluminismo, ao tentar integrar o aspecto político do liberalismo no que concerne aos direitos e ao pluralismo. (FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, Política e Direito*. p. 50, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004).

11 Os comunitaristas buscam rejeitar as concepções liberais, pois defendem uma ideologia fundamentada no coletivismo com a divisão de valores culturais e sociais históricos de uma comunidade política. Para os mesmos, os valores sociais, éticos, culturais e históricos de um determinado grupo da sociedade não podem ser desprezados quanto da elaboração das regras ético-sociais e do ordenamento jurídico. (LIMA, Larissa Pinho de Alencar. Liberalismo, comunitarismo e utilitarismo: Brasil e Rondônia. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4265, 6 mar. 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/36907>>. Acesso em: 1 out. 2015.)

12 Apesar das diferenças entre os “comunitaristas”, podemos dizer que estes têm em comum a ênfase nos valores da comunidade, a crítica às teses universalistas, mais especificamente, às concepções teóricas liberais que procuram princípios universais para a natureza da melhor forma de associação política. Os princípios universais são rejeitados porque são vistos como algo que não tem base real, existindo apenas na mente de alguns filósofos. (FARIAS, op. cit.)

econômico, cultural e social vigente em determinada sociedade, não subsiste a possibilidade de uma moral universal e cada cultura possui seu próprio discurso acerca do conceito e características dos direitos humanos. Segundo esta ótica também restaria prejudicada a característica de que os direitos humanos são imanentes a todos os seres humanos.

4 CRÍTICAS ÀS PRINCIPAIS TEORIAS DA JUSTIÇA

Para Immanuel Kant, o conceito de direitos humanos universais é incompatível com a filosofia utilitarista. Se todos os seres humanos são merecedores de respeito, então não se pode tratá-los como meros instrumentos da felicidade coletiva¹³.

A defesa dos direitos humanos que tem por fundamento o fato de que, em longo prazo, respeitá-los maximiza a utilidade (a felicidade da maioria das pessoas), não tem como motivação primária o respeito pelo indivíduo, mas sim o objetivo de tornar as coisas melhores para o maior número de pessoas.

Segundo Kant, os direitos não podem se basear na maximização da felicidade da coletividade, eis que a base moral dos direitos humanos remonta ao princípio da igualdade entre todos os seres humanos¹⁴. Se todos possuem direitos imanentes à condição de humanos, não faz sentido sacrificar alguns como instrumento para ampliar a felicidade geral.

De outra banda, para a corrente libertária, as pessoas não podem ser usadas como meros instrumentos para a obtenção do bem-estar alheio, porque isso viola o direito fundamental da propriedade de si mesmo.

Contudo, a ideia de que somos donos de nós mesmos, se aplicada de maneira radical, tem implicações que apenas um libertário convicto poderia apoiar. Como consentir com uma celebração tão completa do consentimento que permita ao ser humano infligir afrontas à própria dignidade, como a venda de si mesmo como escravo¹⁵.

Nem mesmo John Locke, grande defensor dos direitos de propriedade e limitação dos poderes do governo, era favorável à noção de propriedade ilimitada de nós mesmos¹⁶. As teorias de Locke repudiam a ideia de que

13 A Lei Universal do Direito pode então ser expressa da seguinte maneira: “Aja externamente de tal maneira que o livre exercício do o livre exercício da tua vontade possa coexistir com a Liberdade de todos os outros, de acordo com uma Lei que me impõe obrigação; de todos os outros, de acordo com uma lei Universal” (MORRIS, op. cit)

14 Se a doutrina dos costumes nada mais fosse senão a doutrina da Felicidade, seria absurdo procurar princípios a priori como fundamentos para ela ...Somente a Experiência pode mostrar o que nos dá prazer. (ibidem)

15 O Direito Internacional repudia, de forma veemente a privação de liberdades que atentem contra a dignidade da pessoa humana. Por todos vide Declaração Universal dos Direitos Humanos.

16 Essa liberdade em relação ao poder absoluto e arbitrário é tão necessária à preservação do homem, e lhe está tão intimamente associada, que ele não pode separar-se dela a não ser por meio daquilo que o priva, ao mesmo tempo, do direito à preservação e à vida. Porque um homem, não tendo poder sobre a própria vida, não pode,

podemos dispor de nossa vida e nossa liberdade como quisermos. Em contrapartida, não se encontra nas teorias de Locke a base moral dos direitos humanos, haja vista a invocação de Deus para justificar os direitos inalienáveis do ser humano.

Kant apresenta uma proposta alternativa, que não se fundamenta na ideia de que somos donos de nós mesmo de forma irrestrita (teoria libertária), tampouco na afirmação de que vida e liberdade sejam um presente de Deus (Locke). Sua teoria também repudia, por certo, a utilização da pessoa como objeto de maximização da felicidade da coletividade (utilitarismo).

A base moral dos direitos e deveres, para Kant, parte da ideia de que somos seres racionais, merecedores de dignidade e respeito¹⁷.

Cinco anos depois da publicação do livro “Princípios da moral e da legislação”, do utilitarista Jeremy Bentham (1780), Kant lançou o livro sobre filosofia moral “Fundamentação da metafísica dos costumes”, contendo uma crítica arrasadora ao utilitarismo. Segundo ele, moral não diz respeito ao aumento da felicidade ou qualquer outra finalidade. Ao contrário, aduz que a moral estaria fundamentada no respeito às pessoas como fins em si mesmas.

A “Fundamentação da metafísica dos costumes” forneceu uma base consistente para aquilo que os revolucionários do século XVIII, especialmente para a Revolução Francesa de 1789, denominavam de direitos do homem, e que nós, no início do século XXI, passamos a chamar de direitos humanos.

Com efeito, a importância atribuída por Kant à dignidade humana define nossas concepções atuais dos direitos humanos universais.

A moralidade não deve ser baseada apenas em considerações empíricas, como interesses, vontades, desejos e preferências que as pessoas possam ter em um determinado momento. Conforme Kant, esses fatores são variáveis e contingentes, e dificilmente poderão servir como base sólida para princípios morais universais, como direitos humanos universais.

Ademais, basear princípios morais em preferências e desejos representa um entendimento equivocado do que venha a ser moralidade. O princípio utilitarista da maximização da felicidade não traz nenhuma contribuição para o estabelecimento da moralidade, tendo em vista que fazer um homem feliz é muito diferente de fazer dele um homem justo, bom e probo.

nem por pacto nem por seu consentimento, tornar-se escravo de algum outro, nem colocar-se sobre o poder absoluto e arbitrário de outro que lhe possa tirar a vida quando bem entender. (MORRIS, op. cit. p. 137.)

17 A dignidade e singularidade do homem encontram-se em sua capacidade de usar a razão; esta é uma capacidade que todos os homens compartilham enquanto seres racionais, e que lhes permite extrapolar os limites de seus padrões locais ou comunitários de crenças socializadas. (MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós modernismo*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 159.)

Dessa forma, Kant repudia o argumento utilitarista de que as vontades e desejos da sociedade podem servir de base para a moralidade. Também não concorda com a ideia de Locke de que Deus seria a base da moralidade, pois, embora Kant fosse cristão, não fundamentava a moralidade com dogmas religiosos.

Destarte, Kant fundamenta a moralidade no conceito que denomina de “pura razão prática”. Explica o filósofo que os seres humanos são merecedores de respeito, não porque são donos de si mesmos, mas porque são seres racionais, capazes de pensar, e seres autônomos, capazes de agir e escolher livremente. A capacidade de pensar está intimamente ligada à capacidade de ser livre. Em conjunto, essas capacidades tornam os seres humanos únicos, distinguindo-os da existência meramente animal.

O respeito à dignidade humana está condicionado ao tratamento das pessoas como fins em si mesmas. Neste ponto reside grande crítica ao utilitarismo, haja vista a inadequação moral em se utilizar algumas pessoas em prol do bem-estar geral.

O imperativo categórico de Kant ensina que a humanidade representa um valor absoluto, um fim em si mesma, de forma que o todo homem deve ser tratado com respeito por possuir um valor intrínseco, a dignidade. O conceito de respeito idealizado por Kant é o respeito pela humanidade em si, pela capacidade racional que todos os seres humanos possuem. Por conseguinte, a violação do respeito de uma pessoa por si mesma é tão condenável quanto a violação do respeito pelo próximo. Assim, o princípio kantiano do respeito tem plena aplicação às doutrinas dos direitos humanos universais, eis que a justiça obriga-nos a preservar os direitos humanos de todos, independentemente de onde vivam ou do grau de conhecimento que temos deles, simplesmente porque são seres humanos e racionais e, portanto, merecedores de respeito.

Para Kant, uma Constituição justa tem como objetivo harmonizar a liberdade de cada indivíduo com a liberdade de todos os demais. Conforme o autor, tal constatação nada teria a ver com a maximização da utilidade, que não deve interferir na determinação dos direitos básicos, eis que basear os direitos na utilidade exigiria que a sociedade endossasse uma concepção de felicidade em detrimento de outras. Fundamentar a Constituição em uma determinada concepção de felicidade imporá a algumas pessoas os valores de outras e não respeitaria o direito que cada um tem de lutar pelos próprios objetivos.

De outro lado temos as críticas de John Rawls, ao explicar sobre sua teoria do “véu da ignorância”, por meio da qual considera que o contrato social deveria ser um acordo hipotético firmado por pessoas que estivessem em uma posição original de equidade, lança crítica ao

utilitarismo¹⁸, na medida que, ao firmar um contrato social sob o véu da ignorância, ninguém optaria pelo conceito utilitarista, eis que os celebrantes do contrato social raciocinariam que poderiam vir a ser membros de uma minoria oprimida¹⁹.

Nessa toada, Rawls também acaba por criticar o *laissez-faire*, tendo em vista que, coberto pelo véu da ignorância, ninguém adotaria o princípio libertário ao assinar um contrato social hipotético, já que, sem saber sua posição social, poderia vir a ser um sem-teto.

Segundo Rawls, sob o “véu da ignorância”, não sabemos qual será nossa posição na sociedade, mas sabemos que vamos buscar nossos objetivos e vamos querer ser tratados com respeito. Se, por acaso, pertencêssemos a uma minoria étnica ou religiosa, não gostaríamos de ser oprimidos, ainda que isso satisfizesse a uma maioria. Tão logo o “véu da ignorância” fosse retirado e a vida real tivesse início, não íamos querer ser vítimas de perseguição religiosa e discriminação racial. Dessa forma, repudiaríamos o utilitarismo e adotaríamos um princípio de liberdades básicas iguais para todos os cidadãos, incluindo o direito à liberdade de consciência e pensamento.

Os ensinamentos de John Rawls nos fazem refletir e perceber, por conseguinte, que os direitos humanos não podem se basear no utilitarismo, tampouco na corrente libertária, pela simples razão de que os direitos humanos refletem princípios imanentes a todos os seres humanos.

Conforme visto alhures, a tese comunitarista também não serve como substrato ao conceito de direitos humanos, primeiro porque não respeita a característica da universalidade, tal qual ocorre com o utilitarismo, e segundo porque também não considera que esses direitos são imanentes a todos os seres humanos, tendo em vista que os direitos humanos seriam relativos, a depender da sociedade em que inseridos.

Se nenhuma das correntes filosóficas examinadas até este ponto se adequa ao conceito contemporâneo de direitos humanos, resta saber qual o pensamento moral-filosófico pode servir como embasamento desses direitos.

18 [...] Rawls apresenta o seu projeto teórico, principalmente, como um crítica ao utilitarismo. O autor critica a teoria utilitarista ao considerar que esta não ofereceria uma explicação satisfatória dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos enquanto sujeitos livres e iguais e, por conseguinte, seria insuficiente para as instituições da democracia constitucional. (FARIAS, op. cit. p. 42)

19 Rawls constrói um experimento mental no qual somos instados a imaginar que nos reunimos para criar um contrato social que inclua os princípios que nos mantém unidos na vida real.

[...] Ninguém está de posse dos fatos que poderiam informa-los sobre o modo como sua vida seria afetada pelos princípios de justiça e pelos processos de tomada de decisões pelos quais optou. Se as pessoas tivessem conhecimento sobre essas coisas e sua posição, provavelmente desenvolveriam princípios que lhes trariam vantagens. [...] O que então irá motivar nossas escolhas por trás do véu da ignorância? Rawls afirma que que a escolha decorreria obviamente do interesse pessoal, mas, dado o desconhecimento geral que as pessoas têm sobre si mesmas, o interesse pessoal se converte em interesse de qualquer um. ((MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós modernismo*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. . São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 470).

A partir do capítulo seguinte será apresentada a proposta que consideramos mais se adequar ao conceito e características dos direitos humanos.

5 O LIBERALISMO IGUALITÁRIO

O liberalismo igualitário destaca-se das principais teorias da justiça (utilitarismo, libertarismo e comunitarismo) por buscar um equilíbrio entre o bem comum e a liberdade individual.

Inspirado em John Rawls, Ronald Dworkin²⁰ e Amartya Sen, o liberalismo igualitário propõe a maximização da autonomia de cada indivíduo em separado, desde que não implique em situação de menor autonomia comparativa a outros indivíduos. De acordo com os chamados “princípios de justiça” propostos por Rawls²¹, cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdade para todos, e as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer a duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades, e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (princípio da diferença).

Partindo-se da premissa que todos os indivíduos são racionais, pois capazes de perseguir uma concepção do bem, e razoáveis, eis que capazes de se adaptarem suas condutas ao senso de justiça coletivo, compreende-se que todas as pessoas são igualmente livres em face das demais e merecem iguais oportunidades de participação e influência nas decisões políticas da sociedade.

Dessa forma, os autores liberal-igualitários defendem a possibilidade de se chegar a consensos universais por meio de um acordo celebrado entre os povos, o que nos remete às ideias de “pluralismo razoável” e “razão pública”, a fim de estabelecer uma base comum que

20 Ronald Dworkin é originalmente um liberal. Ele defendeu inicialmente a concepção tradicional do liberalismo que coloca no fundamento da organização democrática de uma sociedade o valor “kantiano” da autonomia individual. Um Estado Liberal intervém pouco, ou em todo caso tanto quanto necessário para fazer respeitar a ideia de autonomia, que é um valor em si.



O princípio de justiça defendido pelo filósofo americano, recordemo-lo, consiste em exigir um igual respeito e uma igual atenção para cada um. (BILLIER, Jean-Cassien. *História da filosofia do direito*. Tradução: Maurício Andrade. Baurueri, SP: Manoele, 2005.)

21 Os que estão por trás do véu da ignorância escolheriam a liberdade como seu primeiro princípio, uma vez que, desconhecendo a situação real ou sua própria concepção do bem viver, isso lhes daria a maior oportunidade de perseguir quaisquer ideais que preferiram. Eles escolheriam o segundo princípio porque atuariam com base num “princípio minimax” por meio do qual prefeririam a opção menos pior caso viessem a encontrar-se no nível mais baixo da sociedade. Por não saberem onde entram na distribuição dos bens sociais, eles serão pessimistas racionais. (ibidem. p.0472)

possa conciliar as diferenças entre as instituições, religiões e planos de vida.

Destarte, por meio do liberalismo igualitário pretende-se atingir um ideal moral que sirva de base para uma sociedade internacional democrática e justa, formada por povos de diferentes ideologias de vida e, ainda assim, respeitadora dos direitos humanos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cediço que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos basilares dos direitos humanos. A partir dessa premissa é possível concluir que o conceito de direitos humanos deve possuir, necessariamente, como características intrínsecas, a universalidade e o caráter de imanência.

Tencionou-se, neste trabalho, analisar as principais teorias da justiça, a fim de identificar aquela que, do ponto de vista moral-filosófico, fosse mais adequada a ser utilizada como fundamento dos direitos humanos, considerando as características da universalidade e imanência desses direitos.

As diferentes interpretações dos direitos humanos, que oscilam entre uma preocupação em garantir o maior bem-estar social possível, através da maximização da felicidade geral (utilitarismo), a inviolabilidade das liberdades individuais (libertarismo) e a proteção dos interesses comunitários (comunitarismo) possuem deficiências tais que não se revelam suficientemente aptas a embasar os direitos humanos.

Identificou-se, portanto, que a proposta mais apta a lidar com as características estruturantes dos direitos humanos é aquela que melhor conjuga os direitos oriundos da liberdade com os direitos provenientes da igualdade. Assim, considerando que esse equilíbrio é um dos objetivos a que se propõe o liberalismo igualitário, parece ser ele a corrente teórica mais adequada a servir de embasamento moral aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislations*. Kitchener: Batoche Books, 2000.

BILLIER, Jean-Cassien. *História da filosofia do direito*. Tradução: Maurício Andrade. Baurueri, SP: Manoele, 2005

CASTRO, Marcos Fato de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo, Saraiva: 2012.

FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, Política e Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Iuris: 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. Em: dhnet.org.br.

LIMA, Larissa Pinho de Alencar. Liberalismo, comunitarismo e utilitarismo: Brasil e Rondônia. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4265, 6 mar. 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/36907>>. Acesso em: 1 out. 2015.

MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. Kitchener: Batoche Books, 2000.

MORRIS, Clarence *Os grandes filósofos do direito*. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo, Martins Fontes: 2002

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós modernismo*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: JusPodvim, 2015.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

SANDEL, Michael. *Justiça - O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

Sven Peterke ; Colaboradores: André de Carvalho Ramos ... [et al.] Manual prático de direitos humanos Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.



UNIVERSALISMO E RELATIVISMO CULTURAL
NA CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS:
DA SUPREMACIA DA COLETIVIDADE À
PRIMAZIA DA PESSOA HUMANA, UMA
ANÁLISE MULTICULTURAL

*UNIVERSALISM AND CULTURAL RELATIVISM IN
CONSTRUCTION OF HUMAN RIGHTS: FROM SUPREMACY
OF COMMUNITY TO PRIMACY OF THE HUMAN BEING, AN
MULTICULTURAL ANALYSIS*

*Gustavo de Campos Corrêa Oliveira
Advogado da União
Departamento de Gestão Estratégica*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A construção dos direitos humanos em sua perspectiva histórica; 2 A criação da Organização das Nações Unidas e a Carta Internacional de Direitos Humanos; 3 O paradigma da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; 4 Universalismo e relativismo cultural; 5 A concepção multicultural dos direitos humanos; 6 Conclusão; Referências

RESUMO: O texto ora apresentado intenta contribuir com a investigação acerca dos fundamentos dos direitos humanos e de sua efetividade e aplicabilidade em um contexto multicultural. O Estudo se inicia pela análise dos fundamentos e da construção histórica destes direitos. Após, verifica-se sua natureza, em especial, a temática relativa ao seu caráter universal ou relativo, conforme a cultura em que estão inseridos. Por fim, investiga-se a possibilidade de harmonização entre as concepções relativistas e universalistas dos direitos humanos sob a perspectiva da legitimidade e efetividade, por meio do exame de atos normativos internacionais, bem como de posições doutrinárias conciliatórias sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Relativismo cultural. Universalismo. Multiculturalismo.

ABSTRACT: The paper presented here intends to contribute to the investigation of the foundations of human rights and its application and enforcement in a multicultural context. The study begins by analyzing the fundamentals and the historical construction of these rights. After, it analyzes his nature, in particular, the issue relating to its universal or relative character, according to the culture in which they live. Finally, we investigate the possibility of harmonization between the relativist and universalist conceptions of human rights from the perspective of legitimacy and effectiveness, by examining international normative acts, as well as conciliatory doctrinal positions on the subject.

KEYWORDS: Human rights. Cultural relativism. Universalism. Multiculturalism.

INTRODUÇÃO

A expressão direitos humanos¹ abrange um conjunto de direitos essenciais a uma vida digna e em liberdade de todos os seres humanos, fundamentados no mero fato da existência de seu titular, independentemente de questões acidentais, tais como raça, nacionalidade, sexo, religião ou qualquer outra condição externamente apresentada.

Nesse sentido, são instrumentos de garantia da pessoa humana, em especial perante atos estatais, seja de forma negativa, impedindo a ação do Estado; seja de forma positiva, impondo ao Estado um dever de evitar que direitos humanos sejam violados.

Não obstante sejam direitos inerentes aos homens, seu conteúdo e alcance advêm de fontes externas, próprias da coletividade. Assim, relacionam-se de forma substancial com os conceitos de universalismo e relativismo cultural. É dizer, em que pese se reconheça a presença de direitos inerentes aos seres humanos, sua extensão e efetividade remanesçam dependentes do alcance conferido a esses direitos pelas diversas culturas em que estão inseridos.

Neste contexto, em que se pretende a máxima proteção dos direitos do homem, e que se reconhece a cultura como valor e elemento da própria estrutura destes direitos, investiga-se a sua construção histórica em uma sociedade multicultural.

1 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM SUA PERSPECTIVA HISTÓRICA

A concepção de direitos humanos é histórica. Nas palavras de Hannah Arendt, citada por PIOVESAN (2012), os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.

A história dos direitos humanos se confunde com a história do homem, os direitos não se sucedem e não se constroem de forma linear no tempo. Na história mundial, os direitos humanos assumiram diversas concepções: da ideia de Direito Natural em Roma e da declaração de

1 Ressalvando-se o viés ocidental do conceito de Direitos Humanos, destaca-se Boaventura de Souza Santos, in verbis: o conceito de direitos humanos assenta num bem conhecido conjunto de pressupostos, todos eles tipicamente ocidentais, designadamente: existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante realidade; o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado; a autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica, como soma de indivíduos livres (Panikkar, 1984:30). (SOUZA SANTOS, Boaventura de. Uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais, N.º. 48. Coimbra, jun. 1997. P.19).

direitos naturais universais proposta na Revolução Francesa; passando pelo período de positivação exclusiva no ordenamento interno dos Estados; até a concepção atual, em que se encontram positivados em estatutos de natureza universal.

Delineou-se o estágio atual dos direitos humanos a partir da Segunda Guerra Mundial, após a trajetória do genocídio perpetrado pelos Estados nazifascistas europeus, com a supressão sistemática de direitos humanos em favor de uma ideologia de Estado.

Neste momento, evidencia-se uma profunda transformação na perspectiva histórica mundial desses direitos, revelando-se a fragilidade da proteção por meio de direitos positivos construídos e interpretados localmente.

Em Estados como a Alemanha nazista direitos humanos foram legalmente afastados por meio de um conjunto de instrumentos institucionais, legitimadores de violência estatal, em detrimento de minorias, em especial, judeus, comunistas, homossexuais e ciganos.

Percebeu-se, com intensidade jamais antes observada, que o Estado pode violar direitos humanos em nome de interesses diversos, tais como a soberania, a vontade popular ou de grupos dominantes de poder. Que a proteção dos direitos humanos não é de exclusivo interesse dos Estados, mas sim de toda a comunidade internacional. Tal fato contribuiu fortemente para a expansão do movimento de internacionalização da proteção dos direitos humanos.

No campo institucional, a partir do rompimento do paradigma dos direitos positivos locais, inicia-se um novo período de proteção internacional dos direitos humanos, com a instituição de marcos de proteção da pessoa humana no âmbito global e regional dos Estados.

2 A CRIAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E A CARTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

Os ideais e os propósitos dos povos ao fim da Segunda Guerra Mundial estão expressos na “Carta das Nações Unidas”, assinada em São Francisco, em 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, que estabeleceu a criação da Organização das Nações Unidas. Integra este documento o Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

As Nações Unidas começaram oficialmente a existir apenas em 24 de outubro de 1945, após a ratificação da Carta pela maioria dos signatários, incluindo China, EUA, Reino Unido e ex-União Soviética. Com a criação da ONU, elaborou-se pela então Comissão de Direitos

Humanos da Organização das Nações Unidas a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 – DUDH.

Intentou-se, ao elaborar a DUDH, após sua edição, que fosse estabelecido um marco normativo vinculante aos países signatários, por meio de instrumentos que conferissem efetividade aos princípios positivados na declaração. Contudo, em virtude de Guerra Fria, somente em 1966 foram editados os dois Pactos necessários à pretendida efetividade da DUDH, são eles: o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos de 1966; e o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966.

Esse conjunto normativo restou consagrado pela doutrina com o termo “Carta Internacional de Direitos Humanos”. Note-se que a divisão do conteúdo da proteção em dois estatutos reflete a posição ideológica dicotômica adotada pelas superpotências, no contexto da Guerra Fria. Atualmente, o sistema global de proteção aos direitos humanos não se limita aos estatutos acima mencionados. Conta com a edição de inúmeros instrumentos normativos que versam sobre assuntos comuns de Direitos Humanos, usualmente, com a previsão de mecanismos de controle e responsabilização dos Estados signatários.

3 O PARADIGMA DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948

As ações executadas no plano internacional no pós-guerra inauguram uma mudança de paradigma em relação aos direitos humanos. Conforme lição do professor André de Carvalho Ramos²:

No plano internacional, os direitos humanos sofreram uma ruptura ocasionada pelos regimes totalitários nazifascistas na Europa na Segunda Guerra Mundial e, após, foram reconstruídos com a internacionalização da matéria. Com isso, o Direito Internacional passou por uma lenta mudança do seu eixo central voltado à perspectiva do Estado preocupado com a governabilidade e com a manutenção de suas relações internacionais. Com a ascensão da temática dos direitos humanos previstos em diversas normas internacionais, os direitos humanos promoveram a entrada em cena da preocupação internacional referente à promoção da dignidade humana em todos os seus aspectos.

Ao tratar do processo de reconstrução dos direitos humanos o professor André de Carvalho Ramos³ aponta como principais características

² RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 84.

³ *Ibidem*, p. 81.

deste novo paradigma: centralidade, universalidade, inerência, transnacionalidade, indivisibilidade, interdependência, unidade, abertura, não exaustividade, fundamentalidade, imprescritibilidade, proteção do retrocesso, inalienabilidade e indisponibilidade dos direitos humanos.

Dentre as especificidades apontadas destaca-se a denominada Universalidade dos Direitos Humanos, característica que isoladamente melhor se aproxima do objetivo proposto de se romper com o paradigma anterior.

O paradigma relativo aos direitos humanos antes da Segunda Guerra mundial fundamentava-se em direitos locais, advindos e dependentes de positivação, proteção e interpretação pelos Estados. Não eram para todos, mas apenas para aqueles selecionados pelo Estado com mercedores de direitos. Em razão dessa concepção, na Alemanha nazista, apenas aqueles de origem racial ariana eram titulares de direitos, excluindo-se os demais.

O pós-guerra marcou o ponto de inflexão. A partir desse ponto os direitos humanos não seriam mais tratados como questões exclusivamente de competência dos Estados, em razão da soberania, mas sim como um tema de direito internacional, de modo a possibilitar uma dupla proteção e garantia. Atuando-se, assim, a comunidade internacional, por meio de instituições idôneas, subsidiariamente aos Estados.

O princípio da universalidade dos direitos humanos restou previsto no próprio título da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, bem como em seu artigo inicial, assim como permaneceu positivado em diversos diplomas normativos internacionais que se seguiram. Reafirmando-se, desse modo, o objetivo da comunidade internacional de conferir a todos os homens direitos iguais, a fim de assegurar-lhes uma existência digna. São as principais referências ao princípio da universalidade dos direitos humanos:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, em seu art. 1º:

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. (grifo do autor)

A Proclamação de Teerã, proclamada pela Conferência de Direitos Humanos em Teerã em 13 de maio de 1968, em que se declara solenemente que:

É indispensável que a comunidade internacional cumpra sua obrigação solene de fomentar e incentivar o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais para todos, sem distinção nenhuma por motivos

de raça, cor, sexo, idioma ou opiniões políticas ou de qualquer outra espécie;
(grifo do autor)

A Conferência de Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, denominada Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, que afirma em seu item 5:

5. Todos os Direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase. Embora se devam ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas político, económico e cultural, promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais. (grifo do autor)

Não obstante a importância conferida ao princípio da universalidade dos direitos humanos, conforme se observa no disposto no item 5 da Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, remanesce a preocupação da comunidade internacional com o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos dos Estados, fundamento da concepção relativista dos direitos humanos.

4 UNIVERSALISMO E RELATIVISMO CULTURAL

Cuida-se de um dos pontos centrais na construção dos direitos humanos. Tradicionalmente, discute-se neste tópico se há direitos universalmente aceitos, inerentes à própria natureza humana, ou ao contrário, tais direitos derivam do ambiente histórico e cultural em que o homem está inserido. É dizer, indaga-se, em relação aos direitos humanos, se há um “mínimo ético irredutível”, um núcleo elementar de direitos humanos extensível a todos, independentemente de questões acidentais, ainda que se permita a discussão sobre o alcance desse direito.⁴

Os que defendem a existência de um mínimo ético irredutível são denominados universalistas, em que pese se admita uma gradação do alcance conferido a tais direitos. Em antítese, há os que defendem que direitos humanos se relacionam a circunstâncias externas e acidentais do indivíduo. São os denominados relativistas.

4 PIOVESAN, Flávia. Declaração universal de direitos humanos: desafios e perspectivas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 7, n. 7, p. 1137, jan./dez. 2012.

Dentre as críticas apresentadas pelos relativistas à corrente universalista destacam-se: inicialmente, argumenta-se que o homem é um ser histórico e cultural e, portanto, os direitos são a ele atribuídos (e não inerentes) e guardam estreita relação com o tempo e espaço. Não se pode perceber o outro, senão sob a ótica de seu tempo e cultura.

Para os relativistas, a moral e os valores são temporais e culturais. Fora deste contexto não haveria que se falar em direitos do homem em uma perspectiva ontológica. Impor uma concepção uniforme em relação ao conteúdo dos direitos humanos é fomentar a intolerância e impor uma visão cultural hegemônica de uma cultura sobre a outra, bem como de um tempo sobre outro.

Para os relativistas, ao tratar a situação específica da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 – DUDH –, se está a impor a cultura hegemônica eurocêntrica ocidental às demais culturas.

Como registrado, a Conferência de Direitos Humanos, reunida em Viena em 1993, ao tratar da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, em seu item 5, assentou a ideia de universalismo forte, e um relativismo fraco, ao reconhecer que, in verbis:

5. Todos os Direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase. *Embora se devam ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos*, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas político, económico e cultural, promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais. (grifo do autor)

No atual paradigma de proteção dos direitos humanos e de aplicação do direito internacional é necessário compreender que os direitos, e nessa categoria se incluem os Direitos Humanos, advêm de fontes jurídicas positivas. Desse modo, compete ao direito posto indicar a corrente jurídica a ser aplicada.

Nesse sentido, verifica-se no pós-guerra a primazia da concepção universalista na proteção dos Direitos Humanos, conforme se depreende dos diversos estatutos jurídicos disciplinadores da matéria. Ressalva-se, contudo, a necessidade de se considerar as especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos.

Assim, ainda que os diplomas normativos internacionais adotem o universalismo como vetor interpretativo na proteção dos direitos humanos, impõe, na mesma medida, a necessidade de se integrar ao debate

a diversidade cultural dos povos. Nesse ponto, de forma a conciliar as posições jurídicas aparentemente divergentes, está a posição doutrinária que defende a concepção multicultural dos direitos humanos.

5 A CONCEPÇÃO MULTICULTURAL DOS DIREITOS HUMANOS.

Sobre cultura e multiculturalismo, João Maria André⁵ expõe:

Hoje não se mora, viaja-se e viaja-se num tempo e num espaço globais, que são simultaneamente um tempo e um espaço reticulares, em que referências e especificidades se desvanecem porque se dilui o chão que lhes dava algum sentido e que dava sentido e configuração ao mundo ou aos mundos em que se morava: o chão da cultura. Porque a experiência de mundo que alimenta as interpretações do mundo não é nunca a experiência de um mundo objectivo e exterior aos sujeitos que o experimentam: é sempre uma experiência mediada pela cultura em que se sedimenta e constitui a nossa identidade histórica e em que durante séculos se sedimentaram e constituíram as nossas identidades grupais e colectivas.

E continua:

É no quadro de uma pluralidade de culturas em contínua intersecção que se desenham hoje as interpretações do mundo e, por isso, faz sentido que, ao procurar articular a experiência filosófica com as interpretações do mundo se conceda um destaque especial à problemática do multiculturalismo e do diálogo intercultural e das suas repercussões nos modos de fazer filosofia e de fazer mundo, de fazer filosofia do mundo e de fazer os mundos da filosofia, confrontando e aprofundando conceitos como incomensurabilidade, diálogo e interculturalidade.

Sobre o tópico, destaca-se Boaventura de Souza Santos ao tratar da posição conciliatória e de superação do debate entre o Universalismo (posição global) e o Relativismo (posição cultural), conforme denominou de Concepção Multicultural dos Direitos Humanos, que objetiva, segundo o autor: justificar uma política progressista de direitos humanos com âmbito global e com legitimidade local⁶.

5 ANDRÉ, João Maria. Interpretações do mundo e multiculturalismo: Incomensurabilidade e diálogo entre culturas. *Revista Filosófica de Coimbra*, Coimbra, n.º 35, p.8-9, 2009.

6 *Ibidem*, p.13

Nesse processo, a globalização se apresenta como fator compressor do tempo e espaço capaz de alterar a dinâmica dicotômica entre a compreensão global e local dos direitos humanos. Dentre os processos que formam o macroprocesso de globalização, destacam-se: o localismo globalizado (também denominado por Boaventura como globalização de-cima-para-baixo ou globalização hegemônica); e os fenômenos do cosmopolismo⁷ e da defesa do patrimônio comum da humanidade (ambos denominados por Boaventura como globalização de-baixo-para-cima ou globalização contra-hegemônica)⁸. De forma que os direitos humanos podem ser concebidos nesses dois grupos.

Para Santos⁹:

A complexidade dos direitos humanos reside em que eles podem ser concebidos, quer como forma de localismo globalizado, quer como forma de cosmopolismo, ou por outras palavras, quer como globalização hegemônica, quer como globalização contra-hegemônica. Proponho-me de seguida identificar as condições culturais através das quais os direitos humanos podem ser concebidos como cosmopolismo ou globalização contra-hegemônica. A minha tese é que enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado – uma forma de globalização de-cima-para-baixo. Serão sempre um instrumento do “choque de civilizações” tal como o concebe Samuel Huntington (1993), ou seja, como arma do Ocidente contra o resto do mundo (“the West against the rest”). A sua abrangência global será obtida à custa da sua legitimidade local. Para poderem operar como forma de cosmopolismo, como globalização de de-baixo-para-cima ou contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutualmente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo.

Busca-se, portanto, com a concepção multicultural dos direitos humanos superar o debate entre o universalismo e relativismo cultural, de forma a desconstruir o enfrentamento polarizado entre as duas concepções,

7 Fenômeno em que Estados-nação, regiões, classes ou grupos sociais subordinados a oportunidade de se organizarem transnacionalmente na defesa de interesses percebidos como comum, e de usarem em seu benefício as possibilidades de interação transnacional criadas pelo sistema mundial. (Ibidem, p. 17)

8 Ibidem, p. 17.

9 Ibidem, p. 18.

para se alcançar um diálogo intercultural visando-se ao máximo de efetividade na proteção dos direitos humanos.

No mesmo sentido, procura-se identificar questões isomórficas que se apresentam no discurso acerca da proteção dos direitos humanos entre diferentes culturas, partindo-se do fenômeno da globalização para se compreender que a aproximação entre culturas exige diálogo, fundamentado na tolerância e coexistência de diferenças, em busca da construção de soluções concertadas para a defesa e proteção dos direitos humanos.

Não se pretende, pois, a imposição de um padrão de universalismo ideal, comum à todas às culturas. Compreende-se a incompletude das diversas culturas (por meio da hermenêutica diatópica¹⁰), permitindo-se assim, por meio de um diálogo construtivo multicultural, soluções para às questões comuns de direitos humanos.

Defende, portanto, Boaventura, que os direitos humanos só poderão desenvolver o seu potencial emancipatório se se libertarem do seu falso Universalismo e se tornarem verdadeiramente multiculturais¹¹.

6 CONCLUSÃO

Os direitos humanos são historicamente construídos, de acordo com a cultura e com o tempo. O pensar em direitos humanos deve cuidar, sobretudo, da efetividade de sua aplicação nos diversos meios culturais, porque o direito existe para realizar sua função social modificadora e emancipatória. A preocupação com a efetividade da aplicação dos direitos humanos justifica-se, em especial, no cenário internacional, em que instrumentos de coerção tradicionais são mitigados em razão da soberania dos Estados.

Percebe-se, assim, hodiernamente, a primazia conferida pelos estatutos internacionais à concepção universalista (forte) dos direitos humanos, com a aplicação mitigada (fraca) do relativismo cultural. Tal fato decorre da prevalência da posição hegemônica dos países ocidentais, após o período pós-guerra, impondo-se às demais culturas uma determinada visão de mundo (*weltanschauung*) dominante.

10 Nesse sentido, ensina Boaventura: “hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os *topoi* (os *topoi* são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura) de uma determinada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto à própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objetivo inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra” (Ibidem, p. 23.)

11 Ibidem, p. 11.

É o que dispõe a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, em seu item 5, quando, ao declarar a universalidade dos direitos do homem, ressalva o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos.

O discurso multicultural busca superar o debate dicotômico entre as duas concepções sem, contudo, se distanciar do objetivo fundamental que norteia o assunto: a máxima proteção dos direitos humanos.

Nota-se que todas as concepções possuem o objetivo comum de conferir a máxima efetividade aos direitos humanos, divergindo-se, entretanto, quanto à forma de fazê-lo. É dizer, diverge-se quanto à legitimidade do discurso.

Dessa forma, inclinamos a nos filiar à solução proposta pela concepção multicultural dos direitos humanos, em razão da ampliação do cenário de debate, com conseqüente tendência de estabilização das soluções advindas do diálogo intercultural (diatópica) das questões isomórficas debatidas e maior legitimidade do conteúdo dos direitos definidos. Evitando-se, assim, a imposição da visão de mundo de uma determinada cultura sobre as demais, ampliando-se a eficácia social da aplicação dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ANDRÉ, João Maria. Interpretações do mundo e multiculturalismo: Incomensurabilidade e diálogo entre culturas. *Revista Filosófica de Coimbra*, Coimbra, n. 35, p. 7-42, 2009.

ANDRÉ, João Maria. Potencialidades, limites e operadores do diálogo inter-religioso face ao diálogo intercultural. *Revista Filosófica de Coimbra*, Coimbra, n. 42, p. 499-540. 2012.

HA-REDEYE, Omar. *The Role of Islamic Shari'ah in Protecting Women's Rights* (September 1, 2009). United Nations Economic and Social Council (ECOSOC), Fifty-sixth session of the Commission on the Status of Women, United Nations, March 10, 2009.

MARTINS, António Manuel. Pluralismo sem consenso. A crítica de Rescher aos pressupostos da teoria da acção comunicativa de Habermas. *Revista Filosófica de Coimbra*, Coimbra n.. 9, p. 053-074, 1996.

MORENO, Natália de Almeida Moreno. Regimes Complexos No Cenário Internacional Contemporâneo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 88/2014, p. 275 – 315, jul - set / 2014.

MUGHAL, Justice (R) Dr. Munir Ahmad. *Islamic Concept of Human Rights* (June 3, 2012). Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2074317> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2074317>>

PIERIK, R. H. M. (2002). Brian Barry's 'Culture and Equality'. [Review of the book *Culture and Equality. An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Brian Barry]. *Political theory*, 30(5), 752-760.

PIOVESAN, Flávia. Declaração universal de direitos humanos: desafios e perspectivas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 7, n. 7, p. 1137, jan./dez. 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48. p. 11-32. Coimbra, jun. 1997.



**DIRETIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO
E DO CONSELHO EUROPEU: PARADIGMA
A SER UTILIZADO NAS CONTRATAÇÕES
PÚBLICAS BRASILEIRAS**

*DIRECTIVE 2014/24/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT
AND OF THE COUNCIL: THE PARADIGM TO BE APPLIED TO
THE BRAZILIAN PUBLIC CONTRACTS.*

Ivan Santos Nunes

Advogado da União

Consultor Jurídico do Ministério da Educação

Pós-graduado e mestre em Direito Público

Marcus Vinícius de Albuquerque Portella

Procurador Federal

Lotado no Núcleo de Matéria Finalística da PF-MT

Pós-graduado em Direito Privado

SUMÁRIO: Introdução; 1 Pontos essenciais da Diretiva 2014/24/UE: paradigma a ser utilizado nas contratações públicas brasileiras; 2 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo aborda os pontos estruturantes da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento e do Conselho Europeu que trata do modelo de contratações públicas dos Estados-membros da União Europeia. Traz a lume suas principais inovações que empreendem celeridade, economicidade e eficiência às licitações e contratações públicas. Também faz uma comparação com a sistemática brasileira de compras públicas e conclui sugerindo o aprimoramento do modelo Brasileiro com base no paradigma europeu.

PALAVRAS-CHAVES: Licitações. Contratações públicas. Diretiva 2014/24/UE. Modelo brasileiro. Paradigma europeu. Aprimoramento.

ABSTRACT: This article discusses the structural points of Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council which deal with the public contract model of the Members States of the European Union, bringing to light its main innovations, undertaking celerity, economy and efficiency to the public procurement and to the public contracting. It also makes a comparison between the Directive 2014/24/EU and the Brazilian public contracting system, proposing its enhancement by the adoption of the European paradigm.

KEYWORDS: Public procurement. Public contracts. Directive 2014/24/EU. The Brazilian model. European paradigm. Enhancement.

INTRODUÇÃO

A Diretiva 2014/24/UE do Parlamento e Conselho Europeu disciplina normas gerais de contratações públicas aos países membros da União Europeia, por intermédio de diretrizes que servem como pontos norteadores para balizar as licitações públicas.

A diretriz mais relevante apresentada no documento parte da premissa de que as contratações públicas serão regidas pelos princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como traz em seu bojo os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência.

Tais princípios são muito semelhantes aos que embasam as normas gerais de licitação no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a Lei nº 8.666/1993, que institui normas para licitações e contratos na Administração Pública do Brasil, dispõe como princípios balizadores da licitação a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa, legalidade, impessoalidade, vinculação ao instrumento convocatório, dentre outros.

No entanto, é uníssono no ordenamento jurídico brasileiro a necessidade premente de mudanças estruturantes na Lei de Licitações. Por ter mais de vinte e dois anos, existe a necessidade de aprimoramento ou revogação da Lei em referência, uma vez que ela não acompanha mais as necessidades da Administração Pública.

É digno de nota que existe o Projeto de Lei do Senado Federal nº 559/2013, em trâmite no Congresso Nacional, que tem por objetivo revogar a Lei nº 8.666/1993 e instituir normas para licitações e contratos no âmbito da Administração Pública brasileira.

Nesse diapasão, estamos diante de uma janela de oportunidade para inserir na nova legislação brasileira diretrizes e experiências exitosas de outros ordenamentos jurídicos, em especial de países europeus. O presente trabalho tem como premissa apresentar os pontos mais estruturantes da mencionada Diretiva, com o fito de sugerir a pertinência em utilizá-los no modelo de contratações públicas do Brasil.

1 PONTOS ESSENCIAIS DA DIRETIVA 2014/24/UE: PARADIGMA A SER UTILIZADO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS

Conforme já citado, a Diretiva em referência estabeleceu várias diretrizes, dentre elas a simplificação e flexibilização nos procedimentos de contratação, a preferência de utilização de meios eletrônicos, o incentivo de participação de micro e pequenas empresas em contratos, utilização

do processo licitatório para atingir objetivos sociais e ambientais, além de outras diretrizes a serem detalhadas.

A partir de uma análise comparativa, verifica-se que existem vários pontos abordados no Documento que podem ser vantajosos para nosso ordenamento jurídico.

O objetivo primordial da Diretiva consiste na simplificação e flexibilização dos procedimentos de contratação. Embora as regras sejam diferentes dos procedimentos licitatórios brasileiros, verifica-se que alguns pontos podem ser adotados no Projeto de Lei que tramita perante o Congresso Nacional.

Em primeiro lugar, os artigos 27 e 28, ambos da Diretiva, reduziram o prazo de apresentação das propostas nos procedimentos denominados de concurso aberto e de concurso limitado. De uma forma geral, verifica-se que os prazos da Lei nº 8.666/1993 obstam a celeridade nos procedimentos licitatórios. Assim, a redução dos prazos na apresentação das propostas pode ser um grande fator favorável à celeridade nos procedimentos licitatórios.

Ademais, consta na Consideração nº 80 do Documento que os Estados-membros deverão elaborar prazos e procedimentos mais rápidos e eficientes, ou seja, os prazos de participação nos certames deverão ser tão curtos quanto possíveis.

Outra consideração importante nesta seara é que as autoridades deverão considerar sempre a complexidade do contrato e o tempo necessário para elaboração das propostas ao fixarem prazos para apresentação destas, bem como poderão reduzir ainda mais os prazos nos casos em que uma situação de urgência torne impraticáveis os prazos normais, embora não obste um procedimento regular com publicação.

De plano, verifica-se que este ponto somente pode ser incorporado no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio de previsão legal, uma vez que não existe na legislação pátria atinente ao assunto qualquer previsão acerca da possibilidade de redução de prazos legais pela autoridade licitante.

Outro ponto importante da Diretiva em comento, que simplifica e flexibiliza os procedimentos de contratação, é a centralização de aquisições.

Nesse caso, um órgão principal, denominado central de compras, realiza o processo licitatório e fica responsável por todo o procedimento. De acordo com o artigo 2º, item 16, da Diretiva, a central de compras consiste em uma autoridade que realize atividades de aquisição centralizada e atividades de aquisições auxiliares.

Conforme a Consideração nº 69 da Diretiva em análise, as centrais de compras são encarregadas das aquisições e poderão funcionar de duas formas. Podem funcionar como responsável direta pela compra, armazenagem e revenda ou como intermediária para a adjudicação de

contratos, gestão de sistemas de aquisição dinâmicos ou a celebração de acordos-quadro a serem utilizados pelas autoridades licitantes.

Ademais, já restou comprovado no âmbito da União Europeia que a utilização de um procedimento central de compras gera uma grande economia de escala. Buscando sedimentar esse entendimento, a Consideração nº 59 da Diretiva dispõe que a fim de obter economia de escala, incluindo a redução dos preços e dos custos das transações, é possível concentrar as aquisições em uma única autoridade licitante por intermédio da central de aquisições.

O artigo 37 da Diretiva dispõe que os Estados-membros podem prever a possibilidade de as autoridades adjudicantes adquirirem bens ou serviços por intermédio de uma central de compras. É importante ressaltar que essa central pode ser responsável por aquisições e serviços, incluindo também obras públicas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a questão em foco ainda é muito incipiente. Por intermédio do Decreto nº 8.189/2014, foi instituída a Central de Compras do Governo Federal, na qual foi atribuída a competência de desenvolver, propor e implementar modelos, mecanismos, processos e procedimentos para aquisição e contratação centralizadas de bens e serviços de uso em comum pelos órgãos, entre outras competências. Trata-se de um órgão inserido no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG.

Nos termos do parágrafo terceiro do artigo 13 do citado Decreto, ato do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão definirá os bens e serviços de uso comum, cuja licitação ou procedimentos de contratação direta serão atribuídos exclusivamente à Central de Compras.

O primeiro contrato objeto da Central de Compras foi o da aquisição de passagens aéreas no âmbito do Governo Federal. Desse modo, foi editada a Portaria MPOG nº 227/2014, que permitiu a emissão de bilhetes de passagens aéreas para viagens a serviço da Administração Pública diretamente pela companhia aérea credenciada pela Central de Compras e Contratações. Logo após, foi editada a Portaria MPOG nº 555/2014, a qual atribuiu exclusividade à Central de Compras e Contratações para realizar procedimentos licitatórios para aquisição e contratação dos serviços de aquisição direta e agenciamento de viagens.

Assim, constata-se que o Brasil está iniciando a centralização de aquisições e utilizando técnicas semelhantes ao ordenamento jurídico europeu, que possui um sistema bem estruturado para este tipo de aquisição, incluindo a utilização do sistema para obras.

Entretanto, como já dito, esse tema ainda é muito incipiente no Brasil. Precisamos evoluir muito nessa temática ainda haja visto que não há justificativa que atenda ao interesse público o fato de cada órgão ou entidade da Administração Pública continuar a licitar separadamente suas aquisições, serviços e obras. É menos vantajoso, mais lento e pouco eficiente.

Desse modo, conclui-se que a centralização de compras atende aos princípios da celeridade, economicidade e eficiência nas contratações, razão pela qual merece ser incluída na nova Lei de Licitações.

Outro aspecto essencial inserido na Diretiva 2014/24/UE que merece ser mencionado no âmbito do ordenamento jurídico europeu é a utilização obrigatória dos meios eletrônicos.

A nova Diretiva trouxe várias diretrizes em relação à utilização dos meios eletrônicos durante os procedimentos de contratação. O artigo 22 dispõe que os Estados-membros devem assegurar que todas as comunicações e intercâmbios de informações sejam efetuados por intermédio de meios de comunicação eletrônicos, desde que em conformidade com os requisitos do presente dispositivo.

Com base na leitura do dispositivo em análise, é importante ressaltar que o uso dos meios eletrônicos não pode limitar o acesso das empresas (operadores econômicos) ao procedimento de contratação. Ressalte-se que o art. 22 tornou a utilização de meios eletrônicos obrigatória quanto à apresentação das propostas.

Assim, as propostas deverão ser apresentadas por meio eletrônico. No entanto, verifica-se que o próprio dispositivo excepcionou algumas hipóteses em que as autoridades não estão obrigadas a exigir meios eletrônicos de comunicação, entre eles: a) quando a utilização dos meios eletrônicos exigir instrumentos, dispositivos que não estejam disponíveis ou não sejam suportados pelas aplicações de uso corrente; b) quando a utilização dos meios eletrônicos exigir equipamentos especializados; e c) quando os documentos exigirem a apresentação de modelos físicos ou maquetes que não possam ser transmitidas eletronicamente.

Em verdade, as ferramentas eletrônicas de comunicação são meios mais céleres e eficazes de transmissão, bem como geram economicidade para os entes públicos. No Brasil, a Lei nº 8.666/1993 não contemplou essa hipótese. No entanto, a Lei nº 10.520/2002, instituiu a modalidade de licitação denominada pregão para aquisição de bens e serviços comuns.

Nessa esteira, o Poder Executivo Federal, por intermédio do Decreto nº 5450/2005, regulamentou o pregão na forma eletrônica e dispôs que, na Administração Pública Federal, será adotada, preferencialmente, a modalidade em sua forma eletrônica.

Destarte, para que seja empreendida máxima efetividade aos referidos princípios, o modelo de contratação pública brasileiro deveria encampar, como obrigatórios, os meios eletrônicos em todas as modalidades licitatórias, haja vista os ganhos em eficiência e efetividade para as contratações públicas.

Outra inovação inserida na Diretiva foi a simplificação de prazos no procedimento denominado leilão, na forma eletrônica. No ordenamento jurídico brasileiro, o leilão é uma modalidade de licitação prevista na Lei

nº 8.666/1993, com o objetivo de venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para alienação de alguns bens imóveis a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação, nos termos do art. 22, § 5º.¹

No entanto, a Lei nº 8.666/1993, conforme destacado, não possui nenhuma previsão para licitação na forma eletrônica, sendo esse meio somente utilizado na modalidade pregão.

Na Diretiva europeia, o leilão eletrônico foi previsto na Consideração nº 67 e em seu artigo 35. Conforme os dispositivos, só podem ser leiloados eletronicamente os objetos suscetíveis de avaliação automática por meios eletrônicos, ou seja, elementos que sejam quantificáveis. Ademais, o artigo 35 dispõe que os contratos públicos de empreitada de obras, tais como as concessões de uma obra pública, não poderão ser objeto de leilão eletrônico.

É válido transcrever a inteligência do referido artigo, *in verbis*:

Certos contratos públicos de serviços e certos contratos de empreitada de obras públicas relativos a realizações intelectuais, tais como a concessão de uma obra, que não podem ser classificados com recurso a métodos de avaliação automática, não podem ser objeto de leilões eletrônicos.²

Embora o regime europeu possua um procedimento diferente, no ordenamento jurídico brasileiro a utilização do leilão eletrônico iria trazer vários benefícios a Administração Pública, entre eles a celeridade, eficiência, economia de papel, entre outros.

Uma nova ferramenta também introduzida pelo documento em debate é a chamada de catálogos eletrônicos.

Instituto previsto também no artigo 35 da Diretiva, o catálogo eletrônico é um documento de padronização de apresentação das propostas, que consiste em um formulário padrão, no qual as empresas concorrentes preenchem no ato de apresentação das propostas.

De acordo a norma,

[O]s catálogos eletrônicos são criados pelos candidatos ou proponentes com vista a participarem num determinado procedimento de contratação em conformidade com as especificações técnicas e com o formato estabelecido pela autoridade adjudicante.

1 Art. 22. São modalidades de licitação: § 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

2 Artigo 35º, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014.

No ordenamento jurídico brasileiro, a apresentação das propostas no meio eletrônico somente é realizada no pregão eletrônico. Assim, seria relevante a elaboração de um modelo padrão de apresentação das propostas nessa modalidade, bem como a implementação deste modelo no caso das demais quando estas se derem na forma eletrônica.

Nesse viés, verifica-se o avanço do sistema europeu em relação ao brasileiro, tendo em vista a utilização dos meios eletrônicos como regra nos procedimentos de contratações públicas.

Outro aspecto essencial que a Diretiva detalhou foi com a necessidade de integração de entidades no mercado, cujo objetivo precípua seja a integração social e profissional das pessoas com deficiência e pessoas desfavorecidas, como é o caso de desempregados, membros de minorias desfavorecidas ou grupos socialmente marginalizados.

Essa previsão está contida na Consideração nº 36, a qual dispõe que

[É] conveniente prever que os Estados-membros possam reservar a participação em processos de adjudicação de contratos ou certos lotes dos mesmos a essas entidades ou empresas ou reservar-lhes a execução dos contratos no âmbito de programas de emprego protegido.³

No mesmo sentido, o artigo 20 da Diretiva dispõe expressamente que os Estados-membros podem reservar o direito a participar em procedimentos de contratações públicas a entidades ou empresas (operadores econômicos), cujo objetivo principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, ou reservar a execução desses contratos para o âmbito de programas de emprego protegido, desde que pelo menos 30% (trinta por cento) dos empregados dessas atividades sejam trabalhadores com deficiência ou desfavorecidas.

De exegese do artigo em referência, verifica-se a preocupação com a inserção das minorias no mercado de trabalho por intermédio de prerrogativas em processos de contratações públicas. Essas prerrogativas também não constam no ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, seria uma política inclusiva extremamente relevante a reserva nos procedimentos licitatórios de empresas que tenham por objetivo a integração social, nos moldes do artigo citado.

Ainda em relação às prerrogativas de determinados grupos de empresas, a Diretiva também previu a necessidade de facilitar a participação de pequenas e médias empresas.

Neste ponto, a Diretiva se irmana com a previsão contida no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a Lei Complementar nº 123/2006, com as

3 Consideração nº 36 da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014.

alterações efetivadas pela Lei Complementar nº 147/2014, que dispõe que a Administração deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor não ultrapassem R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

No sistema da Diretiva europeia, a Consideração nº 78 dispõe que os contratos públicos devem ser adaptados às necessidades das pequenas e médias empresas, de forma que as autoridades licitantes deverão adaptar seus procedimentos visando a participação dessas empresas. Ademais, as autoridades licitantes deverão ser incentivadas a aplicar um documento chamado de Código Europeu de Boas Práticas para Facilitar o Acesso das Pequenas e Médias Empresas aos Contratos Públicos.

Importante ressaltar que a Consideração em tela dispõe que as autoridades serão incentivadas a dividir em lotes os contratos de grande dimensão. No mesmo sentido reza o artigo 46 da Diretiva, que estipula como regra a adjudicação de um contrato sob a forma de lotes separados.

Outro ponto semelhante ao ordenamento jurídico brasileiro foi previsto na Consideração nº 101 da Nova Diretiva. Citado dispositivo regulamenta a situação das empresas que tenham sido consideradas pouco fiáveis, em virtude do descumprimento de obrigações ambientais ou sociais, incluindo as regras em matéria de acessibilidade de pessoas com deficiência ou outras formas de falta profissional grave. Tais empresas poderão sofrer restrições para participar de procedimentos licitatórios e não poderão ser contratadas pelos Estados-membros signatários da Diretiva.

Outrossim, a Consideração mencionada também exclui os candidatos que obtiveram desempenho insuficiente em outros contratos públicos, como falhas na entrega ou execução do objeto, deficiência do produto ou serviço prestado, dentre outras condutas irregulares.

No mesmo sentido segue o artigo 57 da Diretiva, que traz em seu bojo regras sobre as hipóteses de exclusão das empresas (operadores econômicos) nas contratações públicas dos Estados-membros.

Importante trazer a lume a regra contida no item 4, alínea “g” do mencionado artigo:

4. As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação, numa das seguintes situações: [...]

g) se o operador económico tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior, um anterior contrato com uma autoridade

adjudicante ou um anterior contrato de concessão, tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato, à condenação por danos ou a outras sanções comparáveis;⁴

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 8.666/1993 previu, no artigo 87, algumas penalidades que podem ser aplicadas durante a execução contratual. Entre elas, constam as penalidades de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração⁵, além da pena máxima de declaração de inidoneidade⁶.

Isto posto, caso alguma empresa tenha sido penalizada por algum desses dois dispositivos, será impossibilitada de participar de qualquer certame licitatório, bem como firmar contratos com a Administração Pública enquanto perdurarem os efeitos da penalidade.

Quanto à aplicação dessas penalidades, o administrador público deverá analisar a conduta imposta pela empresa por intermédio de um cotejo entre a conduta praticada e a proporcionalidade da pena aplicada.

No entanto, o sistema europeu parece ser bem mais completo, ao dispor que serão excluídas as empresas pouco fiáveis nas obrigações ambientais ou sociais, incluindo regras em matéria de acessibilidade de pessoas com deficiência.

Trata-se, nesse caso, de outro ponto que poderia ser complementado ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não existe qualquer impedimento de participação de empresas que tenham descumprido obrigações ambientais ou sociais, incluindo-se aqui aquelas matérias relativas a acessibilidade de pessoas com deficiência nos processos licitatórios.

Assim, essa disposição seria muito bem-vinda no ordenamento jurídico pátrio, de modo a evitar as contratações pouco fiáveis, como ressalta o sistema europeu.

Com a Nova Diretiva, o sistema europeu buscou também inovar quanto aos meios de combate à corrupção e ao conflito de interesses. Neste ponto, verifica-se o artigo 24 da Diretiva, o qual determina que as autoridades licitantes deverão tomar as medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de contratação.

4 Artigo 57º, item nº 4, “g”, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

5 Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

6 IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Nesse sentido, o mesmo artigo define que:

[o] conceito de conflito de interesses engloba, no mínimo, qualquer situação em que os membros do pessoal da autoridade adjudicante ou de um prestador de serviços age em nome da autoridade adjudicante, que participem na condução do procedimento de contratação ou que possam influenciar os resultados do mesmo, têm diretamente ou indiretamente um interesse financeiro, económico ou outro interesse pessoal suscetível de comprometer a sua imparcialidade e independência no contexto o procedimento de adjudicação.⁷

Nos termos deste artigo, cada Estado-membro deve se empenhar para assegurar a impessoalidade e isonomia nos processos de contratação, tendo por escopo evitar o conflito de interesses e fraudes nas contratações. Um exemplo que segue essa corrente está previsto no artigo 57, n° 4, alínea “i” da Nova Diretiva, que dispõe no mesmo sentido, *litteris*:

[s]e o operador económico tiver diligenciado no sentido de influenciar indevidamente o processo de tomada de decisão da autoridade adjudicante, de obter informações confidenciais suscetíveis de lhe conferir vantagens indevidas no concurso, ou tiver prestado, com negligência, informações errôneas suscetíveis de influenciar materialmente as decisões relativas à exclusão, seleção ou adjudicação.⁸

Nessa esteira, verifica-se que a nova Diretiva inovou ao instituir mecanismos de combate à corrupção e aos conflitos de interesses.

Quanto às modalidades licitatórias constantes na Diretiva em foco, é importante mencionar o Diálogo Concorrencial, que surgiu no contexto dos avanços tecnológicos, sendo as administrações públicas obrigadas a aprimorar seus métodos de contratação, de forma a garantir mais eficiência e celeridade aos certames licitatórios.

Trata-se de uma modalidade de licitação, que conforme o artigo 1° 11, “c” da antiga Diretiva n° 2004/18/CE, é

o procedimento em que qualquer operador económico 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

7 Artigo 24° da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014.

8 Artigo 57°, item n° 4, “i”, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014.

base na qual, ou nas quais, os candidatos selecionados serão convidados a apresentar uma proposta.⁹

Desse modo, conclui-se que o Diálogo Concorrencial tem por objetivo a aquisição de bens ou serviços de natureza complexa no âmbito europeu, a exemplo das parcerias público-privadas no Brasil.

Conforme o entendimento do professor André Martins Bogossian, o Diálogo Concorrencial:

será aplicável, basicamente, em dois tipos de situações. Primeiramente, quando a Administração não estiver em condições de definir sozinha os meios técnicos, as soluções técnicas das quais necessita para efetuar o edital – complexidade técnica. Por fim, quando não puder estabelecer por si mesma a moldagem jurídica ou financeira do contrato – complexidade jurídica ou financeira. Enfim, em ambas as hipóteses, nota-se a necessidade que o Poder Público tem em recorrer ao setor privado para, com ele, obter soluções que lhe sejam satisfatórias.¹⁰

Nesse contexto, a Administração irá analisar diversos fatores como preço, qualidade, valor técnico, dentre outros, buscando a melhor e mais vantajosa solução. Inicia-se, portanto, um diálogo que terá por objetivo identificar e definir os meios que melhor possam satisfazer as suas necessidades.¹¹

Ressalte-se que nesse procedimento, apesar de haver diálogo com todas as partes, será observada a isonomia diante de todos os participantes, com objetivo de assegurar a impessoalidade nas discussões.

Com base nesses pontos apresentados, verifica-se que o diálogo concorrencial pode ser de grande utilidade para o ordenamento jurídico brasileiro.

Conclui o doutrinador André Martins Bogossian:

[u]m segundo argumento favorável à utilização do instituto reside no fato de que a solução a que se chega no diálogo é uma solução qualificada consensualmente. Posto que não parte unilateralmente da Administração, mas conta com um imenso valor agregado legitimatório conferido pelo debate com os particulares interessados, resulta, em termos práticos, em uma solução que se presume a melhor. Não se está a afirmar que o

9 Artigo 1º, 11, “c” da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004.

10 BOGOSSIAN, André Martins. O diálogo concorrencial. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, São Paulo, v. 26, nº 4, p. 444-450, abril. 2010.

11 Artigo 30, 3, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014.

Poder Público irá sempre depender do diálogo com particulares para estabelecer os meios pelos quais podem ser atingidos seus objetivos (em alguns casos o fazer seria manifestamente contraproducente). No entanto, em tais contratos particularmente complexos, por não partir a decisão somente das ideias e conclusões obtidas previamente pelos agentes públicos, e sim ser fruto de um debate com quem presume-se ter as soluções mais eficientes (o setor privado), é que se torna possível falar em presunção (relativa, obviamente) qualificada, de que aquela solução encontrada é a melhor solução para o caso.¹²

Embora seja uma modalidade de licitação nos termos da Diretiva europeia, constata-se que a melhor opção seria incluir esse diálogo como fase durante o procedimento licitatório, uma vez que pode trazer mais celeridade.

Desse modo, seria interessante a inclusão de referido instituto como uma etapa dentro da fase externa da licitação, podendo o setor privado auxiliar, por intermédio do diálogo, bem como definir os meios que melhor possam satisfazer as suas necessidades.

2 CONCLUSÃO

Após o estudo comparativo dos modelos das contratações públicas da União Europeia e do Brasil, foram apontadas várias inovações da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento e do Conselho Europeu, as quais poderiam ser inseridas no ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade de aprimorar e robustecer nosso sistema.

Dentre as inovações mais importantes, podemos considerar a obrigatoriedade de uso dos meios eletrônicos, em especial o leilão na forma eletrônica, a redução de prazos nos procedimentos licitatórios, a centralização de aquisições, a incorporação dos catálogos eletrônicos, bem como o direito de participação de empresas cujo objetivo principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas.

Nesse diapasão, cabe aos legisladores brasileiros e doutrinadores da matéria realizarem uma análise aprofundada acerca das inovações apontadas neste trabalho e das possibilidades de adequação ao ordenamento brasileiro, com o escopo de inseri-las no Projeto de Lei do Senado Federal nº 559/2013, em trâmite no Congresso Nacional.

Verifica-se, nesse cenário, que com as inovações implementadas pela União Europeia, o modelo licitatório brasileiro seria muito bem estruturado e flexível, tornando as licitações e contratações mais céleres

¹² Id., p. 444.

e dinâmicas, atendendo, ainda, às necessidades públicas, além de trazer expressiva economia de recursos ao Erário.

REFERÊNCIAS

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:0240:es:PDF>>.

Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32014L0024>>.

Decreto nº 8.189, de 21 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

Portaria nº 227, de 25 de junho de 2014, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

BOGOSSIAN, André Martins. O diálogo concorrencial. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, São Paulo, v. 26, n. 4, p. 444-450, abril. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 3. ed. Belo horizonte: Fórum, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2013.

MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*. 7. ed. Curitiba: Zenite, 2009.

FERNANDES, Ricardo Vc e ALVES, Tatiana Muniz S., *Licitações, Contratos e Convênios Administrativos*. Belo horizonte: Fórum, 2013.