
MODALIDADES DE LICITAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E UMA BREVE COMPARAÇÃO COM OS PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA NA UNIÃO EUROPEIA

*PROCEDURES FOR PUBLIC BIDS ESTABLISHED IN THE
BRAZILIAN LEGAL SYSTEM AND A BRIEF COMPARISON
WITH THE PROCUREMENT PROCEDURES IN THE
EUROPEAN UNION*

*Juliana Lima Salvador
Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução: Obrigatoriedade constitucional de licitar e a abrangência da Lei 8.666/93; 1 Modalidades de licitação previstas no ordenamento jurídico brasileiro; 1.1 Concorrência; 1.2 Tomada de Preços; 1.3 Convite; 1.4 Concurso; 1.5 Leilão; 1.6 Pregão; 1.7 RDC; 1.8 Consulta; 2 Das exceções do dever de licitar no ordenamento jurídico brasileiro; 3 Procedimentos de Contratação Pública na União Europeia; 3.1 Concurso aberto; 3.2 Concurso limitado; 3.3 Procedimento concorrencial com negociação; 3.4 Diálogo concorrencial; 3.5 Parcerias para inovação; 4 Breve comparativo/paralelo entre as modalidades de licitação no Brasil e os procedimentos de contratação pública da União Europeia; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo apresentar as modalidades de licitação existentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os novos procedimentos de contratação pública trazidos pela recente editada Diretiva 2014/24/EU da União Europeia, com uma breve comparação entre as referidas formas de contratação pública. Também foram feitas abordagens sobre os objetivos da criação, no Brasil, da recente modalidade instituída pela Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011, denominada Regime Diferenciado de Contratação – RDC, bem como as razões pelas quais a Comunidade Europeia entendeu por alterar o regramento para contratações públicas. Ao final, apresenta-se uma análise sobre a criação das outras modalidades de licitação no ordenamento jurídico brasileiro com vistas a conferir maior celeridade aos certames nacionais e dos novos procedimentos pela União Europeia que objetivam prestigiar a negociação entre as partes, fazendo-se um paralelo com a tentativa de se reduzir fraudes e corrupção nas contratações públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Licitação. Modalidades. Lei 8.666/93. Diretiva 2014/24/EU. Novos Procedimentos. Contratação Pública.

ABSTRACT: This article aims to present the current public bid procedures in the Brazilian legal system, as well as the new procurement procedures established by Directive 2014/24, published recently by the European Parliament and the Council of the European Union, and briefly compare these two forms of public procurement. The article intends to analyze the goals behind the creation of the Differentiated Contracting Regime - DRC in Brazil by Law #12.462, as well as the reasons why the European Union decided to alter regulations of procedures for public procurements. The paper also presents an analysis on the creation of new bidding procedures within the Brazilian legal system, that focus on providing celerity to public tenders on a national level, as well as the new procedures adopted by the European Union, which aim to honor the negotiation between parties, making a parallel with the attempt to reduce fraud and corruption in public procurement.

KEYWORDS: Federal Constitution. Bidding Procedures. Law 8.666/93. European Union Directive 2014/24/EU. New Procedures. Public Procurement.

INTRODUÇÃO: OBRIGATORIEDADE CONSTITUCIONAL DE LICITAR E A ABRANGÊNCIA DA LEI 8.666/93

A Carta Magna de 1988 conferiu, pela primeira vez, o *status* de tema constitucional às contratações públicas, ao estabelecer como regra a realização de prévia licitação pelo Poder Público para contratação de obras, serviços, compras e alienações, admitindo, porém, exceções a serem disciplinadas por Lei. Tal fato, nos dizeres de Jessé Torres Pereira Junior¹, decorreu da “importância da competitividade no acesso às contratações administrativas passou a ter para a democratização e moralidade da gestão pública, sem prejuízo da segurança jurídica, no Estado contemporâneo”.

O mesmo diploma legal delimitou, em seu texto, ser de competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecidos, para as empresas públicas e sociedade de economia mista o disposto no seu artigo 173, parágrafo 1º, III.

Pelo disposto no texto constitucional, pode-se extrair as seguintes conclusões:

- a) A Lei editada pela União, com vistas a regulamentar o artigo 37 da CF, qual seja, Lei 8.666/93, estabelece regras gerais sobre licitação e contratos, o que implica em dizer que nenhum outro ente federativo pode editar normas gerais sobre o mesmo tema;
- b) Compete aos demais entes federativos legislar apenas sobre regras específicas; e
- c) A Lei 8.666/93 é uma lei Nacional e não apenas federal, pois alcança todas as demais pessoas federativas.

Delimitada a abrangência da Lei 8.666/93, urge destacar os destinatários da aludida norma. Sobre o tema, o Estatuto de Licitações e Contratos define no seu artigo 1º:

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

¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p.21.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No que se refere as empresas públicas e sociedade de economia mista exploradoras de atividade econômica, o texto constitucional estabelece que as mesmas utilizarão de procedimentos licitatórios específicos, o que, contudo, até o presente momento não existe no ordenamento jurídico vigente.

Nesse contexto, e segundo Marçal Justen Filho², ““Enquanto não for editado um estatuto de licitações da Administração indireta, a matéria continuará sob a disciplina da Lei 8.666/33””. Todavia, a matéria ainda não se encontra consolidada no âmbito da Corte de Contas e do Supremo Tribunal Federal, como pode ser observado nos julgados dos Acórdãos 501/2007, 886/2007 e 422/2008, Plenário do TCU e na decisão proferida pelo STF no MS nº 25.888/DF.

Assim, por força constitucional, a realização prévia de licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações é a regra a ser seguida pelo Poder Público, sendo certo que tanto os Estados, Distrito Federal e Municípios devem observar as normas gerais contidas na Lei 8.666/93, editada com a finalidade de regulamentar o artigo 37 da Constituição Federal.

Pois bem. Antes de se adentrar ao tema do presente artigo, há de se trazer, inicialmente, o conceito de licitação.

Segundo o doutrinador Mauro Sérgio dos Santos³, “Licitação é o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona, a partir da efetiva competição deflagrada entre os interessados, a proposta que melhor atenda aos interesses da coletividade.”

A finalidade a licitação é trazida com clareza também por Jessé Torres Pereira Junior, em sua obra *Comentários à Lei de Licitação e Contratações da Administração Pública*, 8ª Edição, 2009:

Selecionar a proposta mais vantajosa é, a um só tempo, o fim de interesse público que se quer alcançar em toda licitação (sentido amplo) e o resultado que se busca para cada licitação (sentido estrito). Licitação que não se instigue a competição, para dela não surtir a proposta mais vantajosa, descumpra sua finalidade legal e institucional, impondo-se à autoridade competente invalida-la por vício de ilegalidade.

2 JUSTEN Filho, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 26

3 SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 277.

A par disso, caracteriza-se a licitação por um conjunto de atos administrativos, que formam um procedimento pelo meio do qual o Poder Público busca, entre várias, a proposta mais vantajosa para a execução de uma obra, serviços, compras ou alienação.

E a forma como tais atos administrativos são estruturados no procedimento é que irá definir a modalidade da licitação, segundo o objetivo a ser alcançado. Assim, segundo Marçal Justen Filho⁴ “As diversas “modalidades” representam, na verdade, diversas formas de regular o procedimento de seleção. As diversas espécies de procedimento distinguem entre si pela variação quanto à complexidade de cada fase do procedimento e pela variação quanto a destinação de cada uma das fases.”

As modalidades de licitação trazidas pela Lei 8.666/93 diferenciam-se entre si, portanto, pela complexidade nas fases e também pela fase de julgamento.

Como regra, o critério de escolha da modalidade a ser adotada é o econômico, já que a Lei 8.666/93 condicionou a adoção de determinada modalidade ao valor da contratação.⁵ Todavia, em decorrência da complexidade do objeto, referido critério poderá ser relevado em face de uma melhor adequação de uma modalidade ao caso em concreto, tal como previsto no art. 23 §4^{o6}.

Embora haja previsão no Estatuto de Licitação e Contratos quanto a proibição de criação de novas modalidades de licitação, existem hoje no ordenamento jurídico vigente ao menos três outras modalidades instituídas por leis específicas, quais sejam, o pregão, a consulta e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC.

4 JUSTEN Filho, op. cit., p. 251

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

I - para obras e serviços de engenharia: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

6 Art. 23 [...]

§ 4o Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.

No entendimento de Marçal Justen Filho, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 13ª edição, a criação de novas modalidades de licitação, tal como o Pregão, não infringe aquilo que disposto no artigo 22 da Lei 8.666/93, senão veja-se:

A Lei proíbe a adoção de outras modalidades de licitação ou a combinação das regras procedimentais para produzir novas figuras. Significa que o elenco do art. 22 é exaustivo, ressalvada a possibilidade de lei federal específica dispor sobre o tema, tal como se passou com a figura do pregão (que se subordina à disciplina da Lei 10.520).

Insta informar que a possibilidade de edição de leis pela União criando novas e específicas modalidades de licitação foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIN 1668-5 DF. No referido julgamento, o Ministro Nelson Jobim proferiu o seguinte voto de vista:

Não vejo “*quebra da razão de ser do processo licitatório*”, referido no voto do Relator.

Cada uma das leis mencionadas são normas específicas para temas que cada uma delas trata.

O legislador brasileiro não editou uma só lei para todas as modalidades de licitação e contratação.

Aliás, o inciso XXVII do art. 22 da Constituição não obriga a edição de lei única.

Ele atribui à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades. Uma coisa é poder editar normas gerais sobre todas as modalidades, obrigatórias também para os Estados e Municípios. Outra coisa seria obrigar existir uma lei geral para todas as modalidades.

A Constituição assegurou à União legislar sobre normas em todas as modalidades.”

O entendimento do Ministro Nelson Jobim foi acompanhado pela maioria do Plenário, em divergência ao voto do Ministro Relator.

1 MODALIDADES DE LICITAÇÃO PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após breve introdução sobre o conceito de licitação e seus objetivos, bem como sobre a possibilidade de se criar novas modalidades de licitação por meio de lei específica, apresenta-se abaixo as características principais de cada modalidade existente no ordenamento jurídico vigente.

1.1 Concorrência

É a modalidade de licitação mais complexa prevista no ordenamento jurídico vigente, em que pode participar qualquer um que atenda aos requisitos do edital. Por isso, é considerada a modalidade que busca a participação de maior número de ofertantes.

O seu procedimento prevê a habilitação prévia rigorosa e detalhada dos ofertantes, sendo que os mesmos somente terão sua proposta analisada pela Comissão caso sejam habilitados em fase preliminar.

Embora a legislação apresente uma faixa de preços para sua utilização, a depender do objeto a ser tutelado, poderá ser utilizada em caso de contratação inferior ao estabelecido na norma.

Independentemente do valor, a lei prevê que a modalidade concorrência deve ser adotada nos seguintes casos: a) compra de bens imóveis; b) alienações de bens imóveis para as quais não tenha sido adotada a modalidade leilão; c) concessões de direito real de uso, serviço ou obra pública; d) licitações internacionais.

Por haver uma hierarquia definida no art. 23, 4º da Lei 8.666/93, a concorrência pode ser usada também nos casos em que é cabível o convite ou a tomada de preços.

1.2 Tomada de Preços

Nesta modalidade de licitação podem participar tanto os interessados inscritos, quanto aqueles que tiverem interesse no certame e que preenchem as condições necessárias ao cadastramento, em um prazo de até três dias fixados para apresentação da proposta. O cadastramento dos interessados, no entendimento de Marçal Justen Filho⁷, corresponde à fase de habilitação, que nessa modalidade fica antecipada para o momento anterior ao início da licitação.

A finalidade da tomada de preços é tornar a licitação mais sumária e rápida, apresentando, a depender do valor da contratação, procedimentos

7 JUSTEN Filho, op cit., p. 252

mais formais, à exemplo do que acontece na previsão de necessidade de assinatura de contrato, nos termos do artigo 62 da Lei 8.666/93.⁸

Pode ser utilizada nas licitações internacionais quando o valor da contratação estiver dentro dos limites estabelecidos pelo ELC e o órgão ou entidade contratante dispuser de cadastro internacional de fornecedores.

1.3 Convite

Até o surgimento do pregão, o convite era a modalidade mais utilizada pela Administração, por consistir em uma modalidade mais simplificada e com menores prazos para sua realização. Conforme artigo 23 da Lei 8.666/93, o convite deve ser utilizado para a contratação/aquisição de menor vulto.

Essa modalidade de licitação consiste na escolha pela Administração para participar do certame das empresas ou profissionais do ramo pertinente ao objeto. Após a escolha dos participantes, a Administração deve promover a fixação do edital em local apropriado, possibilitando, assim, a participação de demais interessados cadastrados na correspondente especialidade no certame.

Em que pese os procedimentos serem simplificados, não há no convite a dispensa de verificação de habilitação e regularidade fiscal, fato esse confirmado pela edição da IN 02/2010 SLTI/MPOG, que estabelece normas para o funcionamento do SICAF no âmbito dos órgãos e entidades.

A legislação estabelece, ainda, a necessidade de obtenção, pela Administração, de três propostas válidas. Uma vez não sendo possível a obtenção de referida quantidade de propostas válidas, seja em decorrência de limitação do mercado, seja em decorrência do desinteresse dos convidados, deverá a Administração justificar tal ocorrência nos autos, podendo a contratação ser efetivada com os ofertantes, nos termos da decisão prolatada pelo TCU⁹, noticiada na obra *Contratação Direta sem Licitação*, de J.U. Jacoby Fernandes.¹⁰

1.4 Concurso

É a modalidade de licitação utilizada para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios estabelecidos no edital. O

8 Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

9 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Processo nº TC-225.184/93-1*. Decisão nº 274/1994 – Plenário. Relator Ministro Homero Santos,

10 FERNANDES, J.U. Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p.90

prêmio corresponde a uma contrapartida, financeira ou não, pela atividade técnica ou artística produzida.

O edital do concurso deve ser divulgado de forma ampla, obedecendo-se os prazos previstos no artigo 21, §2º, I da Lei 8.666/93. Ao contrário do que se dá nas demais modalidades acima descritas, no concurso a execução do objeto acontece previamente à licitação, já que os ofertantes devem apresentar o trabalho pronto e acabado para julgamento.

Em decorrência da regra de elaboração dos trabalhos antes do certame, deve a Comissão, composta por pessoas de reputação ilibada e reconhecido pela matéria, cuidar para que os prazos estabelecidos sejam suficientes para a consecução do trabalho a ser apresentados pelos ofertantes, levando-se em conta sua complexidade.

No concurso, é comum que a habilitação seja remetida para momento posterior ao julgamento, podendo o edital, ainda, prever formas de anonimato na participação. Não poderá haver, no julgamento, qualquer indicação externa de autoria, sendo revelada a identidade do vencedor apenas após o julgamento.

1.5 Leilão

É modalidade de licitação utilizada para alienação de bens imóveis adquiridos pela Administração por meio de procedimento judicial ou de dação em pagamento, de bens móveis inservíveis cujo valor não ultrapasse R\$650.000,00, bem como de produtos legalmente apreendidos pela Receita Federal.

Não há previsão de habilitação prévia para participação no leilão, podendo participar quaisquer interessados.

Os bens a serem alienados deverão ser previamente avaliados, devendo o pagamento ser feito após o arremate no percentual de, no mínimo, cinco por cento, e o restante ser quitado no prazo estipulado no edital.

Os lances no leilão são verbais, configurando uma disputa pública entre os ofertantes enquanto durar a pregão. Aquele que, ao final, oferecer maior lance de valor igual ou superior ao avaliado previamente arremata o objeto da licitação.

Além das situações acima editadas, o leilão também deverá ser usado nos procedimentos de privatização com outorga de concessão, nos moldes da Lei 9.074/1995.

1.6 Pregão

O pregão é uma das modalidades de licitação não previstas no ELC, tendo sido criado pela Lei 10.520/02. Deve ser utilizado para a aquisição de bens e serviços comuns, assim definidos pela legislação como “aqueles

cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações do mercado”.

Em decorrência do Decreto 5.450/2005, deverá ser dada preferência à forma eletrônica, sendo sempre adotado o tipo menor preço.

A principal inovação dessa modalidade foi a simplificação dos procedimentos e a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento das propostas. No pregão, a habilitação será promovida somente do licitante classificado em primeiro lugar. Se a proposta do mesmo não for aceitável (por não compatível ao valor estimado da contratação) ou não forem preenchidos os requisitos de habilitação, o pregoeiro passará ao exame da proposta subsequente.

Também foi conferida ao pregoeiro a possibilidade de negociação das propostas, através de apresentação de contraproposta ao licitante que tenha apresentado lance mais vantajoso, para que seja obtida o melhor preço.

A modalidade pregão não pode ser utilizada para contratações de obras, sendo admitida, contudo, para os casos de serviços de engenharia definidos como comuns (Súmula 257 TCU)¹¹.

1.7 Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC

Modalidade instituída pela Lei 12.462/2011, inicialmente aplicada às licitações e aos contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos, da Copa das Confederações e Copa do Mundo e de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 Km das cidades sedes dos mundiais.

Em seguida, houve a permissão legislativa para a utilização de referida modalidade também para as ações do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, obras e serviços de engenharia no âmbito do SUS, obras e serviços de engenharia para a construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades e atendimento socioeducativo, além de ações no âmbito da segurança pública. Sua aplicabilidade é limitada às hipóteses previstas em Lei, sendo, portanto, vedada a sua incidência a outras atividades.

A nova modalidade tem como objetivo ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, promover a troca de experiências e tecnologias em busca de melhor relação entres os custos e benefícios para o setor público, incentivar a inovação tecnológica além de assegurar o tratamento isonômico e a seleção mais vantajosa para a administração pública.

11 “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”.

O RDC trouxe a inversão de fases, tal como no pregão, na busca de reduzir o tempo do procedimento licitatório e os custos do projeto. Também inovou ao prever a contratação integrada, a remuneração variável em decorrência do desempenho da contratada, além da unificação do prazo de recurso dos licitantes.

Outra importante novidade do novo regime é a possibilidade de negociação pela Administração Pública com o primeiro colocado na busca de condições mais vantajosas, assim entendidas também aquelas não relacionadas diretamente com o conteúdo econômico das propostas, de acordo com o critério estabelecido no edital.¹²

1.8 Consulta

É a modalidade criada pela Lei 9.472/97, utilizada pela Agência Nacional de Telecomunicações ANATEL, para a contratação de bens e serviços não classificados como comuns. É vedada para a contratação de obras e de serviços de engenharia, tendo seus procedimentos regulamentados por uma Resolução editada no âmbito da agência reguladora.

2 DAS EXCEÇÕES AO DEVER DE LICITAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O princípio constitucional de licitar não é absoluto. O próprio texto constitucional permitiu que a legislação apresentasse situações em que não é necessária a previa realização do certame licitatório. E foi exatamente isso que fez a Lei 8.666/93 ao possibilitar a contratação direta por dispensa ou inexigibilidade. Normas editadas pela União também podem trazer outras possibilidades de contratação direta por dispensa de licitação, tal como ocorreu na Lei 13.001/2014¹³.

¹² www.justen.com.br/pdfs/IE55/IEDD-MarcaIn.pdf

¹³ Art. 1º Os créditos concedidos aos assentados da reforma agrária, no período de 10 de outubro de 1985 até 27 de dezembro de 2013, destinados à construção, à ampliação ou à reforma de habitação, efetivados por meio de crédito de instalação de que trata o inciso V do caput do art. 17 da Lei no 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e de assistência financeira de que trata o inciso VI do caput do art. 73 da Lei no 4.504, de 30 de novembro de 1964, poderão ser liquidados nas mesmas condições de pagamento do Programa Nacional de Habitação Rural - PNHR, instituído pela Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009, nos termos do disposto em regulamento. [...]

§ 5º A gestão dos créditos de que trata o caput permanecerá sob responsabilidade do Incra, que poderá contratar instituição financeira federal para a sua operacionalização, dispensada a licitação.

§ 6º As condições de liquidação de que trata este artigo aplicam-se ao herdeiro legítimo, desde que resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

§ 7º As condições de pagamento previstas no caput beneficiarão o ocupante atual do lote de reforma agrária, no caso de substituição de beneficiário na forma estabelecida em regulamento, após a devida exclusão do candidato desligado do programa.

Alguns doutrinadores, porém, apontam pela existência de três formas de efetuar a contratação direta, na medida em que diferenciam a licitação dispensada e a licitação dispensada.

Um dos doutrinadores que desta forma entende é Mauro Sérgio dos Santos¹⁴, senão veja-se:

Na dispensa, ao contrario, é possível realizar-se o certame licitatório, mas, por várias razões consideradas relevantes pelo legislador, poderá o administrador público dispensar a licitação e, conseqüentemente, efetuar a contratação direta (Art. 24 do ELC). Há outros casos ainda em que a própria Lei dispensa a licitação, obrigando o legislador a efetuar a contratação direta, conforme prescreve o art. 17, I e II, do ELC. No primeiro caso, estamos diante da chamada *licitação dispensável*, hipótese em que o art. 24 do ELC relaciona inúmeras situações nas quais cabe ao administrador público, com base no seu poder discricionário, escolher entre realizar o certame ou efetuar a contratação direta; a segunda hipótese tem previsão expressa no art. 17, I e II, do ELC, que enumera alguns casos de *alienação* de bens públicos em que o agente público estará vinculado ao mandamento legal, não podendo, pois, realizar o certame, haja vista que a própria lei assim o determina, materializando o que a doutrina denomina de *licitação dispensada*. (grifo do autor)

Entendimentos doutrinários a parte, o certo é que os artigos 17 e 24 do ELC trazem, de forma taxativa, os casos em que o Administrador pode optar em realizar a licitação ou promover a contratação direta do fornecedor.

Todavia, a opção do Administrador em licitar não se mostra presente nos casos de inexigibilidade, pois esta pressupõe a inviabilidade de competição, seja por existir apenas um único fornecedor do bem ou serviço, seja em decorrência do caráter personalíssimo e único do objeto. Na inexigibilidade, a licitação é impossível juridicamente e as situações elencadas nos incisos I a III do art. 25 do ELC são meramente

§ 8º O regulamento a que se refere o caput estabelecerá termos, condições, prazos, rebates para liquidação e procedimentos simplificados para o cumprimento do disposto neste artigo.

§ 9º O assentado em projeto de reforma agrária que tenha utilizado recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS como fonte complementar aos créditos habitacionais concedidos pelo Incra, e esteja inscrito no Cadastro Nacional de Mutuários - CAD-MUT fará jus aos benefícios instituídos pelo art. 1º desta Lei, desde que atenda as seguintes condições:

I - comprove a permanência no assentamento e na atividade rural;

II - comprove as condições de inabitabilidade da unidade habitacional mediante laudo técnico emitido por entidade cadastrada pelo agente responsável pela execução do PNHR.

14 SANTOS, op. cit., p.532.

exemplificativas, pois uma vez comprovada a inviabilidade de competição, o enquadramento da contratação ocorrerá no caput do referido artigo.

3 PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA NA UNIÃO EUROPEIA

Apontadas as modalidades de licitação e as possibilidades de contratação direta existentes no ordenamento jurídico vigente, insta abordar os procedimentos utilizados pela União Europeia nas contratações públicas.

Contudo, é importante trazer inicialmente algumas informações gerais sobre o regramento jurídico atual acerca do tema naquela comunidade.

Com vistas a aumentar a eficiência da despesa pública, facilitando a participação de pequenas e médias empresas, além de garantir que os adquirentes utilizassem melhor os contratos públicos, o Parlamento e o Conselho Europeu revogaram a Diretiva 2004/17/EU e editaram a Diretiva 2014/24/UE.

A edição da nova Diretriz pela União Europeia simplificou os procedimentos de formação dos contratos públicos, além de prestigiar a negociação das autoridades adjudicantes¹⁵ com os operadores econômicos¹⁶ os termos dos contratos, com vistas a se obter o que melhor satisfaz as suas necessidades.

A alteração normativa trazida pela Diretiva 2014/24/EU também permitiu maior celeridade no procedimento de contratação pública, na medida em que implementou prazos menores para o procedimento, desburocratizou a comprovação dos requisitos de participação por parte dos interessados, além de ter previsto a criação de mecanismos eletrônicos para a realização dos atos.

Além disso, houve a preocupação em estabelecer medidas mais robustas com vistas a prevenir corrupção, conflito de interesses e favorecimentos, impondo aos Estados Membros a adoção de medidas que reprimem, de forma eficaz, irregularidades nos procedimentos de contratação pública.

15 Artigo 2.º

Definições

1) «Autoridades adjudicantes», as autoridades estatais, regionais ou locais, organismos de direito público e associações formadas por uma ou mais dessas autoridades ou organismos de direito público;

16 Artigo 2.º

Definições

10) «Operador económico», qualquer pessoa singular ou coletiva, entidade pública ou agrupamento de tais pessoas e/ou entidades, incluindo agrupamentos temporários de empresas, que realize empreitadas e/ou obras, forneça produtos ou preste serviços no mercado;

Outra finalidade da edição da Diretiva foi de clarear o próprio conceito de contratação pública, dispondo que as regras nela contida somente abrangem a aquisição (em sentido lato) de obras, fornecimentos ou serviços, a título oneroso. Nesse compasso, veio o artigo 1º, estabelecendo a aplicação da norma apenas aos procedimentos de contratação adotados por autoridade adjudicantes relativamente aos contratos públicos e aos concursos de concessão cujo valor não ultrapasse aos valores estabelecidos no artigo 4^o¹⁷ do mesmo diploma legal.

A norma apresenta, ainda, algumas situações em que não é aplicável, tais como nos casos de serviços nos setores de água, energia, transportes e postais.

Os destinatários da Diretiva são os Estados Membros da União Europeia, não se aplicando às contratações realizadas pelos organismos internacionais em seu próprio nome e por sua própria conta.

Visto de forma geral alguns aspectos relativos à contratação pública no âmbito da União Europeia, traz-se a baila os procedimentos previstos na nova Diretiva.

Atualmente, são previstos os procedimentos denominados concurso aberto, concurso limitado, procedimento concorrencial com negociação, dialogo concorrencial e parcerias para inovação.

3.1 Concurso aberto

O concurso aberto caracteriza-se como um procedimento em que todos os operadores econômicos podem participar, em resposta a um convite para apresentação de propostas, as quais devem conter as informações solicitadas pelas autoridades adjudicantes para efeitos de seleção qualitativa.

17 Secção 2

Límiaries

Artigo 4.o

Montantes límiaries

A presente diretiva aplica-se aos contratos cujo valor estimado, sem imposto sobre o valor acrescentado (IVA), seja igual ou superior aos seguintes límiaries:

a) 5 186 000 EUR para os contratos de empreitada de obras públicas;

b) 134 000 EUR para os contratos públicos de fornecimento e de serviços adjudicados por autoridades governamentais centrais e concursos para trabalhos de conceção organizados por essas autoridades; quando os contratos públicos de fornecimento forem adjudicados por autoridades adjudicantes que operem no domínio da defesa, este limiar só se aplica aos contratos relativos a produtos mencionados no Anexo III;

c) 207 000 EUR para os contratos públicos de fornecimento e de serviços adjudicados por autoridades adjudicantes subcentrais e concursos para trabalhos de conceção organizados por essas autoridades; quando os contratos públicos de fornecimento forem adjudicados por autoridades adjudicantes que operem no domínio da defesa, esse limiar só se aplica aos contratos relativos a produtos mencionados no Anexo III;

d) 750 000 EUR para os contratos públicos de serviços relativos a serviços sociais e outros serviços específicos enumerados no Anexo XIV.

Nessa modalidade os prazos para a apresentação das propostas podem ser reduzidos pelas autoridades adjudicantes.

3.2 Concurso limitado

Nesse tipo de procedimento somente podem apresentar propostas os operadores econômicos convidados pela autoridade adjudicante, após a avaliação das informações prestadas pelos mesmos em decorrência de um pedido de participação em resposta a um anúncio público.

No concurso limitado é possível que a autoridade adjudicante limite o número de candidatos a participar no procedimento. Também há a possibilidade de redução do prazo de recebimento das propostas por parte dos Estados Membros, desde que assegurada a identidade de prazo para todos os selecionados.

3.3 Procedimento concorrencial com negociação

Procedimento também aberto para qualquer operador econômico, onde as autoridades adjudicantes identificam nos documentos do concurso o seu objeto, descrevendo as suas necessidades e as características exigidas para os fornecimentos, obras ou serviços a adquirir.

No referido documento também constam os critérios de adjudicação do contrato e ainda os requisitos mínimos que todos os proponentes devem preencher. Após a avaliação das informações inicialmente prestadas, somente os operadores econômicos convidados pela autoridade adjudicante podem apresentar uma primeira proposta, que subsidiará as negociações seguintes. As negociações desenrolam-se em fases sucessivas até que seja reduzido o número de propostas por meio da aplicação dos critérios de adjudicação especificados no convite. Uma vez pretendendo a autoridade adjudicante concluir as negociações, é definido um prazo comum para apresentação de propostas finais.

3.4 Diálogo concorrencial

Nos diálogos concorrenciais qualquer operador econômico pode apresentar um pedido de participação, em resposta a um anúncio de concurso. Contudo, somente podem participar no diálogo os operadores econômicos convidados pela autoridade adjudicante após a avaliação das informações prestadas, podendo haver, inclusive, redução do número de candidatos a serem convidados a participar do procedimento.

Os contratos são adjudicados exclusivamente com base no critério da melhor proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta a melhor relação qualidade/preço.

Nesse procedimento, as autoridades adjudicantes iniciam um diálogo com os candidatos selecionados, que tem por objetivo identificar e definir os meios que melhor satisfaçam suas necessidades, podendo ser debatidos também outros aspectos do concurso. O diálogo é contínuo até que a autoridade adjudicante identifique a solução ou as soluções suscetíveis de satisfazer suas necessidades, após o que os participantes são convidados a apresentar suas propostas finais com as soluções especificadas durante o procedimento.

Após a avaliação das propostas finais, finaliza-se os termos do contrato com aquele que apresentar a proposta com melhor relação qualidade/preço.

3.5 Parcerias para inovação

Nesta modalidade qualquer operador econômico pode apresentar pedido de participação em resposta a um anúncio de convite, apresentando as informações para efeito da seleção qualitativa solicitada pela autoridade adjudicante.

No documento do concurso, a autoridade adjudicante indica a necessidade do produto, serviço ou obra inovadores que não possam ser obtidos mediante aquisição de produtos, serviços ou obras que estão disponíveis no mercado. Também são indicados todos os requisitos mínimos que os proponentes devem preencher. As informações a serem prestadas pelos proponentes devem ser precisas, de modo a permitir aos operadores econômicos identificar a natureza e o âmbito da solução necessária e decidir se pretendem solicitar a participação no procedimento.

A parceria para inovação deve visar o desenvolvimento de produtos, serviços e obras inovadores e posterior aquisição dos fornecimentos, serviços ou obras daí resultantes, desde que estes correspondam aos níveis de desempenho e custos máximos previamente acordados entre a autoridade adjudicante e os participantes.

A regra é pela negociação entre a autoridade adjudicante e o proponente da primeira proposta e todas as propostas subsequentes que tenham apresentado, para melhorar o respectivo conteúdo. As negociações no decurso dos procedimentos de parcerias podem desenrolar-se em fases sucessivas, de modo a reduzir o número de propostas a negociar, aplicando-se os critérios especificados no

anúncio de concurso, no convite à confirmação de interesse ou na documentação relativa ao concurso.

Na seleção dos candidatos, as autoridades adjudicantes aplicam em especial os critérios relativos à capacidade dos candidatos no domínio da investigação e desenvolvimento, bem como no desenvolvimento e implementação de soluções inovadoras. Somente podem apresentar projetos de investigação e inovação destinados a satisfazer as necessidades identificadas os operadores econômicos convidados pela autoridade adjudicante após a avaliação das informações prestadas.

4 BREVE COMPARATIVO/PARALELO ENTRE OS PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA DA UNIÃO EUROPEIA AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO NO BRASIL

Pelos procedimentos acima colacionados, verifica-se que tal como no ordenamento jurídico brasileiro, há procedimentos na União Europeia que visam a maior participação de interessados, e outros que restringem a apresentação de propostas apenas por convidados pelas autoridades adjudicantes. Nesse aspecto, pode-se fazer um comparativo das modalidades brasileiras, como a concorrência, em que o objetivo maior é a ampla participação de interessados e a tomada de preços e o convite, em que apenas participam aqueles interessados que previamente se cadastram ou que foram convidados pela Administração.

Pode-se dizer, ainda, que os procedimentos denominados concorrenciais com negociação e diálogo concorrenciais previstos na Diretiva prestigiam a negociação entre as partes, negociação essa, ainda que tímida, prevista também no ordenamento jurídico brasileiro nas modalidades Pregão e RDC.

Por outro lado, a Diretiva 2014/24/EU criou um sistema específico e simplificado para aquisição de compras de bens ou serviços de uso corrente geralmente disponíveis no mercado, denominado sistema de aquisição dinâmicos.

Referido sistema deve ser inteiramente eletrônico e estar aberto, durante um certo período, para qualquer operador econômico que satisfaça os critérios de seleção, sem qualquer limitação de números de candidatos. As demais regras a serem seguidas são aquelas aplicadas ao procedimento de concurso limitado.

Referido procedimento, como visto, se assemelha ao PREGÃO, instituído no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 10.520/2002, cujas características principais já foram referidas no presente artigo.

A Diretiva traz ainda situações em que podem ocorrer a negociação sem que haja a publicação prévia de anúncio de concurso.

Muito semelhante ao que previsto no artigo 24, IV e V, respectivamente, do ELC Brasileiro¹⁸, o artigo 32º da Diretiva¹⁹ prevê, dentre outras situações, a possibilidade de contratação “direta” quando restar configurada urgência extrema resultante de acontecimentos imprevisíveis e ainda quando não forem apresentadas propostas pelos interessados.

Também há a previsão de utilização de procedimento de negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso quando restar configurado que determinado serviço, obra ou produto somente podem ser fornecidos por determinado operador econômico, compatível, portanto, com a previsão de contratação direta por inexigibilidade prevista no artigo 25, I, da Lei 8.666/93²⁰.

18 Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

19 Artigo 32.o

Utilização do procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso

Nos casos e circunstâncias específicos previstos nos n.os 2 a 5, os Estados-Membros podem determinar que as autoridades adjudicantes possam recorrer a um procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso.

2. O procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso pode ser utilizado para contratos de empreitada de obras públicas, contratos públicos de fornecimento e contratos públicos de serviços, em qualquer dos seguintes casos:

a) Quando não forem apresentadas propostas, nem propostas adequadas, nem pedidos, ou pedidos adequados de participação em resposta a um concurso aberto ou limitado, desde que as condições iniciais do contrato não sejam substancialmente alteradas e que, a pedido da Comissão, lhe seja transmitido um relatório.

Uma proposta deve ser considerada inadequada quando for irrelevante para o contrato, não permitindo manifestamente satisfazer, sem alterações substanciais, as necessidades e requisitos da autoridade adjudicante conforme especificados nos documentos do concurso. Um pedido de participação deve ser considerado inadequado caso o operador económico em causa deva ser ou possa vir a ser excluído, nos termos do artigo 57.o, ou não preencha os critérios de seleção estabelecidos pela autoridade adjudicante nos termos do artigo 58.o;

b) Quando as obras, os produtos ou os serviços só puderem ser fornecidos por um determinado operador económico, por uma das seguintes razões: i) o objetivo do concurso é a criação ou a aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico únicos, ii) não existe concorrência por razões técnicas, iii) é necessário proteger direitos exclusivos, incluindo os direitos de propriedade intelectual;

20 Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

5 CONCLUSÃO

Sabe-se que a Lei 8.666/93 foi editada em um momento em que o Brasil enfrentava uma série de escândalos e suspeitas de superfaturamentos em obras do governo federal. Por isso, foram criadas regras rígidas, no intuito de evitar novos casos de favorecimentos e conluios de empresas com autoridades e agentes públicos.

Contudo, em que pese a intenção do legislador, com o passar do tempo várias críticas surgiram em face do ELC, notadamente quanto a busca pelo menor preço em detrimento a qualidade dos produtos e serviços, a complexidade e demora dos procedimentos, além da continuidade dos casos de corrupção, favorecimento e superfaturamento nos contratos do poder público.

Alguns avanços, contudo, são perceptíveis, na tentativa de conferir maior celeridade nos procedimentos licitatórios. A edição da Lei 10.520/2002, como já visto, buscou conferir maior celeridade na aquisição de bens e serviços considerados comuns, ao promover a inversão de fases, possibilitar a negociação com o primeiro lugar e ainda prever a utilização preferencial de sistemas eletrônicos. Todavia, nessa modalidade ainda se busca o menor preço apenas, em detrimento da qualidade dos serviços e bens a serem adquiridos.

Também objetivando conferir maior eficiência nas contratações de obras e serviços de engenharia, foi criado o RDC, que possibilitou a negociação de condições mais vantajosas para a Administração além do menor preço, à exemplo das condições sociais e ambientais.

Até a criação do RDC, a negociação se mostrava presente no ordenamento jurídico brasileiro apenas nas licitações do tipo melhor técnica, onde o autor da melhor proposta técnica é convidado a reduzir o valor da proposta de menor preço entre aqueles licitantes que obtiveram a valorização mínima e no âmbito do pregão, em que há a previsão do pregoeiro poder negociar diretamente com a proposta classificada em primeiro lugar com vistas a se obter melhor condições. Verifica-se, portanto, que além de restritas, as possibilidades de negociação limitavam-se ao critério preço.

As notícias oficiais sobre o RDC trazem a concepção, também, de que referida modalidade foi instituída diante da constatação, ao longo do tempo, de que a Lei 8.666/63 apresenta um procedimento longo, lento e complexo, dificultando o controle e favorecendo a corrupção.²¹

O que se pode extrair desse contexto, portanto, é que a existência de normas rígidas nem sempre implicam na redução dos casos de corrupção

21 www.justen.com.br/pdfs/IE55/IEDD-MarcaIn.pdf. www.pac.gov.br/noticia/564012C0

e fraude nas contratações públicas, sendo necessária a intensificação da fiscalização e da consequente punição, seja administrativa, civil ou criminal dos envolvidos nas irregularidades. A história recente do Brasil demonstra a ineficiência na prestação dos serviços públicos aliada ao superfaturamento nos contratos.

Todavia, as recentes alterações legislativas ocorridas no Brasil e na União Europeia ainda não são capazes de demonstrar que é possível compatibilizar normas mais flexíveis com a redução de irregularidades no âmbito das contratações públicas, o que poderá ser auferido apenas com o decorrer do tempo.

REFERÊNCIAS

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2009

JUSTEN Filho, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética. 2008.

SANTOS, Mauro Sérgio dos, *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

www.justen.com.br/pdfs/IE55/IEDD-Marcaln.pdf

PAC – MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO – ENTENDA O PAC. Disponível em: <<http://www.pac.gov.br/noticia/564012C0>>

Diretiva 24/2014/EU disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32014L0024>>.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>.