

(09/11/2017) Entrevista sobre as licitações na Itália com o professor da Enap, Henrique Savonitti. As perguntas foram elaboradas pelo Procurador da Enap, Daniel Picolo Catelli.

1) Quais as diferenças mais significativas entre o Código de Contratos Públicos italiano e a nossa Lei de Licitações e Contratos?

Savonitti: Inicialmente, é importante salientar que o Código de Contratos Públicos italiano foi promulgado no ano passado (2016) e a Lei de Licitações do Brasil é de 1993. Só aí temos um intervalo de 23 anos entre ambas, o que dificulta muito a análise comparativa, e faz com que a lei brasileira esteja extremamente defasada em relação ao modelo europeu (que inspira o PLS nº 559/2013). Apesar das inúmeras atualizações que foram realizadas ao longo dos anos, a Lei Geral de Licitações brasileira não contempla inúmeros institutos que surgiram neste período (embora a maioria deles já esteja presente em outras normas brasileiras, como é o caso do RDC). Do ponto de vista estrutural, creio que a principal diferença seja que a lei brasileira está muito preocupada com a licitação e pouco atenta ao contrato, ao passo que a norma italiana se preocupa muito mais com o contrato e menos com a licitação. Nesse sentido, a lei italiana (Código de Contratos Públicos), como o próprio nome já deixa antever, está realmente focada na contratação e disciplina a licitação de maneira bem mais flexível (denominada de “procedimento de escolha do contratado”). A lei brasileira, ao contrário, pormenoriza muito a licitação e não disciplina questões importantes que envolvem o contrato administrativo, como, por exemplo, o procedimento de gestão e fiscalização dos contratos, que vem disciplinado de maneira muito superficial no art. 67 da lei.

Pensando na futura lei de licitações brasileira, creio que seja possível afirmar-se que existe um certo consenso na doutrina de que o procedimento licitatório precisa ser flexibilizado em relação ao modelo atual. O curioso é que, ao mesmo tempo em que se defende uma flexibilização do procedimento de contratação, muitos aplaudem quando é editada uma nova instrução normativa que pormenoriza ainda mais uma norma anterior, que, por sua vez, já era extremamente detalhista.

Deixando de lado a flagrante ilegalidade desse tipo de prática (que ultrapassa, em muito, o exercício regular do poder normativo), o questionamento que se põe é o seguinte: nós estamos realmente preparados para uma mudança de paradigma?

2) O PLS nº 559/2013 nos aproxima ou distância das práticas da Itália?

Savonitti: Creio que nos aproxima, mas não por mérito seu e sim porque, conforme já mencionei, a lei brasileira está extremamente ultrapassada. Porém, de maneira geral, uma eventual lei que venha da aprovação do PLS nº 559/2013 já nascerá velha. Isto porque, apesar de contemplar algumas novidades (como, por exemplo, o instituto do diálogo competitivo), a grande maioria das alterações propostas já vinham sendo incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro desde o advento do pregão (Lei nº 10.520/2002), das parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/2004), do RDC (Lei nº 12.462/2011), entre outros. Talvez o mérito do projeto seja consolidar tudo isso em uma Lei Geral de Licitações. No entanto, creio que se perde uma grande oportunidade de ir além. Por exemplo: será que em 2017 ainda faz sentido se falar em “modalidades de licitação”? O procedimento de contratação precisa ser único, que pode se desenvolver de forma presencial ou eletrônica. Em plena era da tecnologia digital, faz sentido se falar em “convite” ao invés de buscar-se aprimorar os mecanismos de cotação eletrônica? E, como estes, existem vários outros anacronismos no PLS.

No entanto, a minha preocupação maior é que a mudança da lei, por si só, não será capaz de melhorar o cenário das contratações públicas no Brasil. Como eu mencionei, é claro que a Lei 8.666, de 1993 – elaborada quando praticamente nem existia a internet –, está obsoleta e reclama profundas reformas. O problema é que temos a tendência a achar que a edição de uma nova lei ou a introdução de alguns novos institutos jurídicos (que, realmente, podem ser úteis em algumas situações específicas) resolvem todos os problemas. Insisto que é preciso uma radical mudança de pensamento!

Veja uma situação interessante: eu pesquisei e escrevi sobre licitações e contratações públicas há quase 15 anos. Durante os primeiros anos, não se ouvia falar em gestão de riscos nas contratações públicas. O debate ganhou força a partir de 2011/2012, quando a lei do RDC e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União estabeleceram que o anteprojeto de engenharia no regime de contratação integrada deve contemplar uma matriz de alocação de riscos entre a Administração Pública e o contratado. Isso se deveu, fundamentalmente, em razão das peculiaridades deste regime de execução de obras públicas (que, como se sabe, pode envolver desde a elaboração do projeto básico de engenharia até a entrega completa da obra, ficando vedada, inclusive, a celebração de termos aditivos, salvo em situações muito excepcionais). É neste justificável contexto que aflorou a discussão sobre a gestão dos riscos nas contratações públicas. Não estou dizendo que esta experiência não possa ser aproveitada em outras espécies de **contratos administrativos**. O problema é que, de dois anos para cá, só se fala em gestão de riscos! Estão elaborando mapa de riscos para a contratação de serviços comuns. Será que ele realmente é necessário neste tipo de serviço? Algumas pessoas podem imaginar que estou defendendo uma visão simplista, pois há quem pense que quanto mais

“anexos” tivermos em um edital, maiores serão as chances de se alcançar o resultado desejado na contratação. E, na maioria das vezes, é exatamente o contrário! Além disso, se esquecem que no interior do país também existe um órgão público (que, em geral, dispõe de condições de trabalho bem mais precárias em relação às grandes capitais) que também precisa contratar. Refletindo sobre isso construí a seguinte provocação: imagine que alguém decida se casar de improviso, com alguém que acabara de conhecer (o que pode ser interpretado como falta de planejamento!) e sequer teve tempo de perguntar se os anseios e os objetivos de vida da outra pessoa são semelhantes aos seus (ou seja, falta de um bom projeto em comum). Para piorar a situação, ele não tem uma boa reputação na cidade (porque não honra seus compromissos em dia, modifica unilateralmente o que combina e tem fama de autoritário); ela também não (porque dizem que só quer se aproveitar dele e não faz as coisas conforme combinado). Os amigos dele, inclusive, dizem que ela e as amigas são desonestas; as amigas dela pensam o mesmo em relação a eles. Neste contexto, e preocupado com o futuro casamento, ele decide “gerenciar os riscos” desta futura união: contrata detetives para investigá-la, monitora suas redes sociais, instala câmeras de segurança, etc. Posso apostar que este casamento não irá dar certo e que, ao final, ele ainda irá afirmar: “Está vendo!? É por isso que eu tinha todas aquelas preocupações! Sabia que isso iria acabar acontecendo...”

É por esse motivo que digo que sem uma profunda mudança de postura e de mentalidade os problemas que envolvem as contratações públicas continuarão acontecendo! Neste sentido, venho insistindo que a melhor maneira de solucionar os principais problemas em licitações é investir profundamente nas fases de planejamento e elaboração de projetos o que, naturalmente, mitigará a possibilidade da ocorrência dos eventos de risco, dando origem a contratações mais eficientes.

3) Qual o papel da Autoridade Nacional Anticorrupção (ANAC) nas contratações públicas realizadas na Itália?

Savonitti: A Autoridade Nacional Anticorrupção (ANAC) surgiu em 2012 a partir da transformação da então Comissão Independente para a Avaliação, Transparência e Integridade das Administrações Públicas (CIVIT). Em 2014, a ANAC incorporou a Autoridade de Supervisão em Contratos de Obras Públicas, Serviços e Suprimentos (AVCP), que foi extinta.

A principal função da ANAC é prevenir a corrupção na Administração Pública italiana, incluindo as empresas estatais.

Ocorre que o novo Código de Contratos Públicos ampliou consideravelmente a competência da ANAC em matéria de contratações públicas, conferindo-lhe um papel central na aplicação da nova legislação.

Isso porque o novo Código abandona a ideia de regulamentação por meio de decretos e confere à ANAC a prerrogativa de estabelecer um conjunto de orientações normativas (denominadas “linee guida”) com o objetivo de dar aplicabilidade às disposições do novo Código.

Estas normas, de caráter geral e abstrato, devem oferecer indicações interpretativas e operacionais com o objetivo de simplificar e padronizar os procedimentos de contratação, conferir transparência e eficiência às ações administrativas, ampliar a competitividade, garantir segurança aos contratados e reduzir os litígios.

A questão que se põe atualmente é que esse sistema de “soft regulation”, praticamente desconhecido no direito italiano, cria uma série de incertezas quanto à natureza e à própria força jurídica dos atos emitidos pela ANAC, à legitimidade destas diretrizes no sistema de fontes do ordenamento jurídico, bem como em relação às regras procedimentais e processuais a elas aplicáveis.

Além desta peculiar competência normativa, a ANAC também elabora modelos de editais e de contratos, emite pareceres de caráter vinculante, e dispõe de uma ampla competência disciplinar, que inclui atividades de fiscalização e controle, inclusive com a prerrogativa de garantir a economicidade das contratações públicas e de apurar eventuais prejuízos ao erário.

É importante salientar que uma entidade como a ANAC não encontra semelhança nos outros países da União Europeia.

4) Há semelhança entre as funções desempenhadas pelos órgãos jurídicos na Itália e no Brasil no processo licitatório, tais como a obrigatoriedade de emissão de parecer?

Savonitti: No direito administrativo italiano não existe a obrigatoriedade de emissão de um parecer jurídico precedendo a publicação dos editais de licitações.

A única situação de parecer técnico-jurídico que me vem em mente diz respeito à celebração de acordos entre a Administração Pública e a empresa contratada nos casos de eventuais violações a direitos subjetivos. Nestas situações, já na fase de execução do contrato, quando o valor da transação for superior a 100 mil euros (ou 200 mil, no caso de obras públicas), será necessária a emissão prévia de um parecer do representante legal da entidade ou da Procuradoria do Estado. É o único caso de parecer jurídico.

Por certo existem inúmeras previsões de pareceres de natureza eminentemente técnica, como ocorre, por exemplo, no caso de parcerias público-privadas e nas concessões de autoestradas, situação na qual a Administração pode pedir um parecer para a autoridade de regulação dos transportes; no caso de reformas

em bens culturais ou submetidos à tutela do patrimônio histórico, artístico, paisagístico ou ambiental, quando é necessário um parecer prévio do Ministério dos Bens Culturais; ou, ainda, de pareceres do Ministério da Infraestrutura e dos Transportes nas hipóteses de obras de infraestrutura.

Além disso, o Conselho Superior de Obras públicas emite parecer obrigatório sobre os projetos definitivos de obras públicas de competência do Estado (ou que tenham ao menos 50% de participação deste) no caso de obras de valor superior a 50 milhões de euros. Neste caso, a emissão do parecer precede a publicação do edital da licitação, visto que no direito italiano não se pode licitar sem a prévia aprovação do projeto definitivo. Na hipótese de obras de valor inferior a 50 milhões, é possível a solicitação de parecer dos comitês técnico-administrativos regionais desde que estejam presentes elementos de particular relevância e complexidade. O prazo para a emissão de parecer do Conselho Superior é de 90 dias sob pena de aceitação tácita.

Uma outra iniciativa que merece destaque foi a criação do Serviço de Suporte Técnico-Jurídico no âmbito do Serviço de Contratos Públicos (SCP) do Ministério da Infraestrutura e dos Transportes com o objetivo de responder dúvidas e emitir pareceres quando provocado pelos órgãos e entidades administrativas.

Da mesma forma, a Autoridade Nacional Anticorrupção (ANAC), conforme já havíamos mencionado, também edita diretrizes para as contratações públicas, modelos de editais e de contratos, além de emitir pareceres de caráter vinculante.

5) Quais os principais mecanismos que asseguram a transparência do processo de contratações públicas na Itália?

Savonitti: Conforme mencionei na entrevista que concedi à esta Comunidade sobre as licitações na União Europeia ([link para a entrevista](#)), as últimas diretivas da UE apresentaram uma grande evolução no tema da transparência. Todos os atos de autoridades e entidades licitantes relacionados à programação de obras, serviços e fornecimentos, bem como os procedimentos de adjudicação dos contratos administrativos, concursos públicos, concursos de ideias e concessões, que não sejam classificados como sigilosos, devem ser publicados e atualizados na seção “Administração Transparente” da entidade licitante. Na Itália, estas informações também devem ser disponibilizadas no site do Ministério da Infraestrutura e dos Transportes e na plataforma digital criada pela ANAC. Também são publicadas eventuais decisões relativas à inabilitação e desclassificação de licitantes, os resultados das avaliações subjetivas, da qualificação técnica e da qualificação econômico-financeira das empresas, assim como as modificações contratuais e os relatórios de execução financeira. No direito italiano, as entidades que pretendam realizar uma licitação, após se qualificarem, deverão se credenciar perante a ANAC, com base em um critério de “idoneidade/capacidade”, e terão competência para conduzir os certames que estiverem relacionados à sua capacitação técnica. Além disso, também devem ser publicados os nomes e currículos profissionais das pessoas que poderão participar das comissões de licitação em cada área (obras, serviços e fornecimento, por exemplo). Os membros das comissões de licitação serão sorteados a partir dessas informações. As entidades também poderão se qualificar para conduzir licitações de órgãos e entidades que não tenham sido credenciadas.

6) Quais as principais diferenças entre as hipóteses de contratação direta sem licitação na Itália e no Brasil?

Savonitti: As hipóteses de contratação direta no direito italiano contemplam duas situações distintas. A primeira delas, denominada “trattativa privata”, se dá em virtude de uma licitação anterior deserta. Nesta hipótese, a Administração Pública deverá publicar um edital, consultar algumas empresas por ela escolhidas e negociar com uma ou várias os termos do contrato. Na segunda hipótese – que é aquela mais parecida com o que se pratica no direito brasileiro, visto que não é necessária a publicação de um edital – o Poder Público italiano pode escolher uma determinada empresa e proceder à adjudicação direta (“procedura negoziata”). Todavia, as situações nas quais essa forma de contratação se torna possível são bem mais restritas que no direito brasileiro, limitando-se, nos casos de obras, serviços e fornecimento, às hipóteses de licitação deserta, inviabilidade de competição (como nos casos de inexigibilidade do direito brasileiro) e extrema urgência. Além dessas hipóteses, para os contratos de fornecimento, é possível a contratação direta quando se tratar de produtos destinados a pesquisas científicas, produtos complementares a uma licitação anterior, matérias-primas e aquisições em condições particularmente vantajosas em virtude da falência de uma empresa. Para os contratos de serviços, é possível a contratação direta do vencedor de um concurso de projeção. E, finalmente, nos casos de obras públicas, torna-se possível contratar sem licitação quando se tratar de contratações semelhantes a um objeto já licitado, dentro do prazo de três anos. Além disso, os valores dos contratos não podem superar 1 milhão de euros, na hipótese de obras, e 135.000 ou 209.000 euros, conforme o caso, nas hipóteses de serviços e fornecimentos.

Veja que as hipóteses de contratação direta no ordenamento jurídico italiano apresentam-se bem mais restritas em relação ao direito brasileiro. Aqui, no final do mês passado, chegamos ao trigésimo quinto

inciso do art. 24 da Lei de Licitações. É um absurdo! E, conforme dados oficiais, cerca de sessenta por cento das contratações públicas federais são realizadas sem licitação. Licitar se tornou a exceção! E, lamentavelmente, o PLS nº 559/2013 não apresenta uma evolução nesta matéria.

7) Quais as inovações mais importantes que as regras italianas sobre contratações públicas promoveram nos últimos tempos e quais aprimoramentos poderíamos discutir com base no modelo da Itália?

Savonitti: Penso que nas respostas dadas acima já encontramos boas iniciativas que também poderiam ser adotadas no direito brasileiro (como é o caso, por exemplo, de se refletir sobre a necessidade de emissão de parecer jurídico em todas as contratações e de um aprimoramento das normas sobre transparência, inclusive no que diz respeito aos membros das comissões de licitações).

Além dessas reflexões, vale a pena mencionar que muitos países da União Europeia, inclusive a Itália, têm adotado normas prevendo uma revisão e simplificação dos ordenamentos nacionais, a fim de eliminar regras excessivamente restritivas. Conforme também já mencionamos, penso que esta ideia de simplificação da legislação (denominada proibição de “gold plating”) mostra-se essencial no atual cenário brasileiro. Neste sentido, estou seguro de que a redução da corrupção não passa por um aumento da burocracia, mas sim pelo aprimoramento dos mecanismos de transparência.

Um outro aspecto interessante diz respeito à percepção de que o número excessivo de hipóteses de contratação direta (incluindo as denominadas contratações “in house”) ofende o direito à livre circulação e à livre iniciativa. Penso que isso possa servir de inspiração para uma reflexão sobre a quantidade de hipóteses de contratação direta presentes no direito brasileiro, bem como para que comecemos a pensar em normas sobre contratações públicas no âmbito do Mercosul.

Também merece destaque a questão das [licitações sustentáveis](#). Na Itália, a atual normativa substituiu o critério de “menor preço” pelo critério de “proposta economicamente mais vantajosa”, prevendo uma ponderação entre o preço e os critérios ambientais (semelhante ao que ocorre na licitação de técnica e preço, do direito brasileiro), fazendo com que a adjudicação seja realizada com base na melhor equação qualidade/preço, a partir de parâmetros objetivos e matemáticos de avaliação. É uma forma de se legitimar definitivamente os critérios de sustentabilidade ambiental e de se oferecer parâmetros concretos de julgamento.

Isso tudo sem falar em diálogo competitivo, acordos-quadro, critérios de premiação (e não só de punição) para as empresas contratadas, fundo de incentivos para as atividades de projeção, e muitas outras questões que precisam urgentemente serem debatidas, antes que se perca a oportunidade de se realizar uma verdadeira reforma no regime de contratações públicas brasileiro.

Henrique Savonitti Miranda é Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (desde 1999), na Ordem dos Advogados Portugueses (desde 2016) e na Ordem dos Advogados de Udine, Itália (desde 2016). Doutorando em Direito Administrativo pela Università di Udine (Itália) e pela Université de Toulon (França). Mestre em Direito Administrativo (Master di II Livello in Organizzazione, management, innovazione nelle Pubbliche Amministrazioni) pela Università La Sapienza, de Roma (Itália), sempre estudando licitações e contratações públicas. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca. Especialista em Direito Tributário pelo IBET/PUC-SP e IBDT/USP.

Integra o grupo de pesquisadores do Programa Galileo 2016-2017 (Progetto Galileo/ PHC Galilée) financiado com recursos da Universidade Ítalo-francesa, que reúne participantes das Universidades de Udine, Trieste, Milão e Toulon, entre outras.

Membro do Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras – CDPC.

Professor e colaborador da Enap desde 2004.

E-mail: savonitti@savonitti.com.br Site: www.savonitti.com.br

Daniel Picolo Catelli atualmente é Procurador Federal - AGU/PGF lotado na Escola Nacional de Administração Pública-Enap, com especialização em Direito Processual. Tem experiência na área de contencioso (especialmente junto aos Tribunais Superiores e orientação judicial) e em consultoria (legislação de pessoal, licitações e elaboração de atos de normativos). Foi professor em cursos de pós-graduação em Brasília, participou como instrutor em cursos de formação de Procuradores Federais (Escola da AGU e CESPE/Unb), além de integrar a banca examinadora do concurso de Procurador Federal.

(Editado por [Danilo Santana](#) - quinta, 9 Nov 2017, 14:37)