

## Entrevista sobre licitações nos países da União Europeia com o professor Henrique Savonitti Miranda



10/02/17 - Na sexta entrevista exclusiva para a [Comunidade de Prática de Compras Públicas](#) da Escola Nacional de Administração Pública (Enap), o professor Henrique Savonitti Miranda falou sobre as licitações nos países da União Europeia.

Henrique 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), mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca e especialista em Direito Tributário pelo IBET/PUC-SP e IBDT/USP. Professor da Enap desde 2004.

As perguntas foram elaboradas pelo também professor da Enap Nilo Cruz Neto. Nilo é doutorando em Políticas Públicas pelo Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE-IUL), em Portugal, mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão, pós-graduado em Direito Constitucional, Administrativo e Tributário pela Universidade Estácio de Sá e pós-graduado em Auditoria e Perícia Contábil pela UFMA. Faz parte da carreira de Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União.

Confira a entrevista:

### **Qual a influência das Diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho em matéria de contratação pública para a legislação interna de cada país da União Europeia?**

**Henrique Savonitti Miranda** - A diretiva é uma das espécies normativas da União Europeia e tem por finalidade harmonizar as legislações nacionais. Ela estabelece os resultados que devem ser alcançados pelos Estados-membros da UE, deixando a cada país uma margem de discricionariedade de como fazê-lo. Por essa razão, elas não são autoexecutáveis e dependem de uma legislação integradora, que deve ser elaborada dentro do prazo nela previsto. Assim, é equivocado afirmar-se que todos os países da UE seguem as mesmas regras sobre licitações e contratações públicas. Na Itália, por exemplo, existe a figura da Autoridade Nacional Anticorrupção (ANAC), com ampla competência regulatória e disciplinar, que não encontra semelhança nos outros países da União.

### **Como países da UE têm desenvolvido suas políticas de estímulo às micro e pequenas empresas nas contratações públicas?**

**Henrique Savonitti Miranda** - O novo Código de Contratos Públicos italiano inseriu algumas prerrogativas às micro e pequenas empresas bastante semelhantes àquelas que existem no direito brasileiro. A matéria ainda depende de regulamentação e da emanção de diretrizes por parte da ANAC. Depois de regulamentada, será possível a contratação direta com essas empresas até o limite de 40.000 euros. Além disso, os órgãos e entidades estarão obrigados a dividir as grandes obras de engenharia em lotes funcionais, de modo a possibilitar sua participação. Também será possível a realização de convites, endereçados a um número crescente de empresas, dependendo do valor estimado da contratação.

**Enquanto no Brasil convivemos com as margens de preferência e os direitos de preferência nas licitações, na Europa as Diretivas são no sentido de acabar com as políticas de "compra nacional" e promover a livre circulação de bens e serviços. Que lições podemos tirar da experiência europeia?**

**Henrique Savonitti Miranda** - Em uma organização supranacional, criada originalmente para assegurar um mercado comum, é essencial que existam mecanismos que garantam às empresas a possibilidade de celebrar um contrato em qualquer um dos países pertencentes ao bloco. É por isso que a matéria “contratos públicos” sempre foi, tradicionalmente, um dos principais temas das orientações comunitárias, como foi confirmado pela sucessão de diretivas ao longo do tempo. Neste sentido, um assunto que suscita muito debate é o que diz respeito à possibilidade de um ente público executar uma obra ou serviço por meio de uma empresa que tenha sido criada por ele mesmo. Esse procedimento é conhecido por *in house providing* (que poderíamos traduzir como “contratação caseira”), e vem sendo muito restringido pelas últimas diretivas, sob o argumento de que ofenderia o direito à livre circulação. Creio que, no Brasil, essa discussão chegaria a causar certa estranheza, pois a nossa legislação autoriza (e até poderia ousar a dizer, incentiva) a contratação direta com entidades que tenham sido criadas para prestarem serviços para o próprio Poder Público, bem como entre empresas estatais e suas subsidiárias (conforme disposições que constam dos incisos VIII, XVI e XXIII do art. 24 da Lei 8.666/1993, entre outros).

### **Quais as semelhanças entre as hipóteses de contratação direta sem licitação na Itália e no Brasil?**

**Henrique Savonitti Miranda** - 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.

### **Em relação às iniciativas europeias que vêm sendo desenvolvidas na área de desburocratização relacionada à contratação pública, o que tem lhe chamado a atenção?**

**Henrique Savonitti Miranda** - Um grande dilema enfrentado hoje pelos países-membros da União Europeia diz respeito ao que denominamos, em italiano, *divieto di gold plating*. *Gold plating*, que é uma expressão muito conhecida na área de gerenciamento de projetos, significa “banhar a ouro” ou a inclusão de trabalhos supérfluos em um determinado projeto. Neste sentido, muitos países da União Europeia têm adotado normas estabelecendo que, na transposição das novas diretivas, sejam realizadas uma revisão e uma simplificação das regras nacionais, a fim de eliminar as regras mais restritivas do que as europeias. A Comissão Europeia alega que o *gold plating*, apesar de não ser ilegal, apresenta-se como uma prática nociva, pois impõe custos que poderiam ser evitados. Na Itália, a norma que delegou ao Governo a prerrogativa de elaborar o novo Código de Contratos Públicos, de 2016, já em seu artigo primeiro, proibiu a “introdução ou manutenção de um nível de regulamentação superior ao mínimo exigido pelas Diretivas”. Ocorre que o Código acabou por introduzir inúmeros dispositivos que não encontram previsão nas Diretivas europeias (como é o caso, por exemplo, da já mencionada Autoridade Nacional Anticorrupção – ANAC), acarretando uma grande discussão sobre a legalidade dessas disposições. O certo é que, apesar de todo o debate, é possível vislumbrar-se uma tentativa de desburocratização das normas sobre licitações em quase todos os países da União.

### **Em relação à transparência dos processos de contratação, que aspecto você destacaria?**

**Henrique Savonitti Miranda** - As últimas diretivas da União Europeia 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.

### **Que medidas os países da UE têm adotado para promover contratações com baixo impacto negativo ao meio ambiente?**

**Henrique Savonitti Miranda** - A preocupação com a sustentabilidade ambiental é, sem sombra de dúvidas, um dos pontos-chaves das Diretivas 24/2014 e 25/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho. Neste sentido, foi introduzido o conceito de “proposta economicamente mais vantajosa”, a ser utilizado, preferencialmente, em substituição ao critério de menor preço. Desta forma, a proposta deverá ser avaliada com base na melhor relação qualidade/preço, que deverá sempre incluir um elemento de preço ou de custo. Além disso, introduziu-se o conceito de “custo do ciclo de vida do projeto”, que contempla aspectos como os custos da própria aquisição, utilização de energia elétrica e outros recursos naturais, manutenção, recolha, reciclagem, emissão de gases de efeito estufa e outras substâncias poluentes, entre outros. Na Itália, a ANAC abriu consulta pública visando a recolher contribuições para a regulamentação da matéria. A ideia é que seja estabelecida uma ponderação entre o preço e os critérios ambientais (semelhante ao que ocorre na licitação de técnica e preço, do direito brasileiro) e a adjudicação seja realizada com base na melhor equação qualidade/preço.

De acordo com a última versão do documento, os critérios para avaliação deverão ser: a) qualidade (levando-se em consideração as especificações técnicas, características estéticas e funcionais, acessibilidade, certificações e garantias relativas à segurança e à saúde dos trabalhadores, além de outros aspectos sociais e ambientais); b) a apresentação de um selo de qualidade ecológica da União Europeia (UE Ecolabel); c) o custo de uso e de manutenção (inclusive no que diz respeito ao consumo de energia e recursos naturais, emissões de poluentes, mitigação dos impactos das alterações climáticas, referindo-se a todo o ciclo de vida do produto ou serviço); d) a compensação das emissões de gases de efeito estufa associados com as atividades da empresa; e) organização, qualificação e experiência do pessoal efetivamente utilizado na execução do contrato; f) assistência técnica e serviço pós-venda; e g) condições de entrega ou da execução do serviço.

### **Poderia nos explicar quais as diferenças entre os Acordos-Quadro (*Framework Agreement*) da Europa e a nossa Ata de [Registro de Preços](#)?**

**Henrique Savonitti Miranda** - Uma das principais diferenças entre os dois sistemas diz respeito ao prazo. Enquanto que no Brasil a Ata de [Registro de Preços](#) tem validade máxima de um ano, na Itália e na França, por exemplo, o Acordo-Quadro terá validade de até quatro anos, em regra, ou de até oito anos, caso se trate do denominado setor especial (que inclui água, energia, transportes e serviço postal). Além disso, o art. 78 do *Code des Marchés Publics* francês e o art. 54 do *Codice degli Appalti Pubblici* italiano estabelecem duas categorias de Acordos-Quadro: uma na qual o acordo fixa todas as disposições contratuais, sendo executado como e quando a emissão da ordem de compra é emitida (semelhante ao que ocorre no direito brasileiro) e outra na qual o acordo não estabelece as principais disposições contratuais (que podem envolver o preço e especificações técnicas), sendo reaberta a disputa a cada necessidade de nova contratação, fixando-se um prazo aos participantes para a apresentação de suas propostas.

### **Como são as sanções a serem aplicadas em casos de fraudes cometidas por empresas nos procedimentos pré-contratuais na Itália?**

**Henrique Savonitti Miranda** - O art. 83 do Código de Contratos Públicos italiano estabelece as sanções pecuniárias que podem ser aplicadas aos licitantes nas hipóteses de ausência, omissões ou outras irregularidades essenciais relativas à habilitação. A sanção pecuniária varia de 0,1% a 1% do valor do objeto do contrato, e está limitada a 5.000 euros. É interessante notar que o Código anterior, de 2006, estabelecia que a multa poderia chegar a 50.000 euros. A eventual sanção será descontada da caução provisória, que deve ser prestada por todos os licitantes. Além disso, está sendo criado, perante a Autoridade Nacional Anticorrupção, um *rating* de idoneidade das empresas licitantes, contendo penalidades aplicadas e premiações recebidas, e que será utilizado para fins de habilitação. Além disso, as empresas que tiverem representantes condenados criminalmente permanecem inidôneas, para fins de participação em licitações, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

**Com o Projeto de Lei do Senado nº 559/2013, que compõe a Agenda Brasil 2015, muito se tem falado no surgimento de uma nova modalidade, que no Brasil receberia o nome de “Diálogo Competitivo”, adaptada do Diálogo Concorrencial existente na Europa. Poderia nos dizer como essa modalidade funciona?**

**Henrique Savonitti Miranda** - Esta pergunta é muito interessante e aqui vou me permitir dar uma resposta um pouco mais longa. O diálogo competitivo é um procedimento por meio do qual a Administração Pública realiza um debate com os licitantes, objetivando avaliar soluções técnicas, jurídicas e financeiras que atendam às necessidades do ente licitante. Aplica-se exclusivamente a situações “particularmente complexas”, nas quais a Administração não dispõe dos instrumentos e dos estudos necessários para definir as características da obra ou serviço. No direito italiano (art. 58 do Código de Contratos Públicos), após a publicação de um edital, as empresas interessadas irão se apresentar e a Administração decidirá motivadamente sobre a admissibilidade das empresas ao certame, momento em que será possível discutir-se todos os aspectos da obra a ser executada. É possível, ainda, que o diálogo ocorra em várias fases, objetivando-se a redução paulatina das soluções que estão sendo debatidas. É importante salientar que este procedimento é medida excepcional, aplicável tão somente a situações muito específicas.

De 2012 a 2016, foram publicados cerca de 50 editais prevendo este procedimento, o que acarretou inúmeras críticas no sentido de que, na grande maioria dos casos, não estariam presentes os requisitos de “grande complexidade e inventividade” que justificam a adoção da medida. Alguns bons exemplos seriam as licitações para a implementação de um sistema de cirurgia robótica no Hospital de Pescara, as obras visando um aumento da eficiência energética e melhorias no sistema de manutenção do serviço de iluminação pública na região da Ligúria e a contratação de serviços de pesquisa e desenvolvimento visando a caracterização da biodisponibilidade, eficácia e eventual toxicidade de moléculas veiculadas por meio do sistema *Drug Delivery* a nível oftalmológico. Cito estes três exemplos com o objetivo de demonstrar que, apesar de reconhecer que o diálogo competitivo possa ser uma ferramenta extremamente útil (assim como ocorre com os concursos de projeção, por exemplo), não se pode pretender utilizá-lo de maneira indiscriminada, assim como ocorreu, no Brasil, com o nefasto instituto da contratação integrada (que, no meu entendimento, deveria ser abolido do ordenamento nacional).

Para concluir, creio que nossa legislação precisa ser aprimorada urgentemente e, neste sentido, pode incorporar muito da experiência europeia. O procedimento de escolha do contratado pode ser bastante simplificado (conforme, aliás, já vem sendo feito desde a implementação do pregão e, posteriormente, com o RDC). No entanto, nem lá, tampouco aqui, existe espaço para soluções milagrosas. A solução, a meu ver, continuará sendo investir-se pesadamente na fase de projeção e, após a adjudicação, em uma eficiente e verdadeira gestão e acompanhamento contratual. Ilustrando com uma frase de Abraham Lincoln, “Se eu tivesse oito horas para cortar uma árvore, passaria seis afiando meu machado”.