

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

É interessante para o Brasil aderir ao acordo sobre compras governamentais da OMC?*

Is it interesting to Brazil join the government procurement agreement of the WTO

Clarissa Chagas Sanches Monassa
Aubrey de Oliveira Lionelli

Sumário

CRÔNICAS DE DIREITO INTERNACIONAL	1
Julia Motte-Baumvol e Alice Rocha da Silva	
BRAZILIAN TRADE POLICY IN HISTORICAL PERSPECTIVE: CONSTANT FEATURES, ERRATIC BEHAVIOR. ..	11
Paulo Roberto de Almeida	
ASPECTOS GEOPOLÍTICOS DO GATT E DA OMC	28
José Fontoura Costa	
A REGULAÇÃO INTERNACIONAL DOS SUBSÍDIOS AGRÍCOLAS: A CONTEMPORANEIDADE DO PARADIGMA REALISTA PARA A COMPREENSÃO DO SISTEMA DE COMÉRCIO AGRÍCOLA INTERNACIONAL VIGENTE	43
Natália Fernanda Gomes	
ACORDO TRIPS: ONE-SIZE-FITS-ALL?	57
Tatianna Mello Pereira da Silva	
É INTERESSANTE PARA O BRASIL ADERIR AO ACORDO SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC?	72
Clarissa Chagas Sanches Monassa e Aubrey de Oliveira Leonelli	
A DEFESA COMERCIAL E A RESTRIÇÃO DA LIBERALIZAÇÃO E DA INTEGRAÇÃO COMERCIAL PELO AUMENTO DA ALÍQUOTA DE IPI DE VEÍCULOS IMPORTADOS NO BRASIL	86
Ricardo Serrano Osorio e Clayton Couto	
A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA	97
Vinicius Marques de Carvalho e Paulo Burnier da Silveira	
OS ACORDOS DE COMÉRCIO PARA ALÉM DAS PREFERÊNCIAS: UMA ANÁLISE DA REGULAMENTAÇÃO SOBRE OS “NOVOS TEMAS”	105
Michelle Ratton Sanchez Badin e Lucas da Silva Taschetto	
INTEGRAÇÃO ECONÔMICA NO MERCOSUL: OPINIÕES CONSULTIVAS E A DEMOCRATIZAÇÃO NO ACESSO AO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO	128
Eduardo Biachi Gomes	
“FUNDOS ABUTRES” VS. ESTADOS NACIONAIS: SOBERANIA E ATUAÇÃO DO TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR A PARTIR DO CASO DA FRAGATA LIBERTAD	138
Alexandre Pereira da Silva e Mariana Yante Barrêto Pereira	
INVESTIMENTO ESTRANGEIRO: O PADRÃO DE TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO E O PAPEL DA BOA-FÉ	154

Fernando Santos Arenhart

A EMERGÊNCIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL COMO FERRAMENTA DE REGULAÇÃO TRANS-NACIONAL DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO 171

Andréa Rocha Postiga

IS INVESTMENT ARBITRATION AN APPROPRIATE VENUE FOR ENVIRONMENTAL ISSUES? A LATIN AMERICAN PERSPECTIVE. 195

Nitish Monebhurrn

A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO DE INTERNACIONALIDADE CONTRATUAL 208

Frederico E. Z. Glitz

IMPACTO E INFLUÊNCIA DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE A LEI BRASILEIRA DE ARBITRAGEM 219

Jamile Bergamaschine Mata Diz e Clarissa Correa Neto Ribeiro

A JURISPRUDÊNCIA NORTEAMERICANA E EUROPEIA SOBRE OS ACORDOS HORIZONTAIS E VERTICAIS: SUBSTRATO PARA ANÁLISE DA MATÉRIA NO BRASIL..... 232

Daniel Amin Ferraz

É interessante para o Brasil aderir ao acordo sobre compras governamentais da OMC?

Is it interesting to Brazil join the government procurement agreement of the WTO*

Clarissa Chagas Sanches Monassa
Aubrey de Oliveira Leonelli¹

RESUMO

A correta utilização do instituto jurídico da licitação, seja no âmbito nacional ou internacional, prevê que sejam elaboradas normativas que privilegiem a livre concorrência, bem como a transparência do processo licitatório. O presente artigo objetiva apresentar um estudo jurídico acerca das normas brasileiras sobre licitações e traçar um comparativo com as regras internacionais contidas no Acordo sobre Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio (OMC), a fim de verificar se há interesse para o Brasil em fazer parte desse Acordo, destacando, para tanto, os argumentos teórico-jurídicos favoráveis e os contrários e verificando a questão da transparência e da livre concorrência presentes nessas normativas. Para alcançar o objetivo supramencionado, via método comparativo, primeiramente realizou-se revisão bibliográfica sobre a dinâmica das negociações comerciais no âmbito da OMC, suas regras para licitação internacional e as normas jurídicas vigentes no direito administrativo brasileiro sobre compras governamentais. Em seguida, estabeleceu-se breve análise comparativa entre os dois regimes jurídicos, destacando semelhanças e diferenças. Concluiu-se que, apesar do Acordo sobre Compras Governamentais da OMC ser de grande valia, norteando os processos licitatórios de seus membros, no Brasil, a legislação vigente é bastante abrangente e complexa, garantindo aos participantes um processo eficiente e isonômico. Desta feita, parece acertado dizer que, para o Brasil, seria desnecessário aderir ao Acordo e abrir o seu mercado de licitações nos moldes traçados pela normativa OMC. Cumpre salientar que a temática do artigo é inédita, relevante e multidisciplinar, sendo que aspectos de política e economia corroboraram para o desenvolvimento da proposta. Além disso, os processos de compras governamentais mundiais giram em torno de 10 a 15% do PIB dos países, sendo de grande relevância econômica, política e social.

Palavras-chave: Licitação internacional. OMC. Acordo sobre compras governamentais. Direito comparado.

ABSTRACT

The correct use of the government procurement legal institute, whether at the national or international level, provides that elaborate regulations that favor free competition and transparency in the government procurement process. This article presents a study about the legal standards in Brazil on government procurement and draw a comparison with international rules

¹ A primeira autora é Mestre em Direito do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília/UNIVEM (2005), doutoranda em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica da Argentina. Professora da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha de Marília e da Faculdade de Direito da Organização Aparecido Pimentel de Educação e Cultura/OAPEC. O segundo autor é graduado em Relações Internacionais pela Unesp - Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho" - Campus Marília - e graduando em Direito pelo UNIVEM. Email: clarissa@univem.edu.br e oliveira.leonelli@gmail.com

* Recebido em: 31.03.2013

Aprovado em: 22.05.2013

contained in the Agreement on Government Procurement of the World Trade Organization (WTO), in order to check if there is interest for Brazil to be part this Agreement, highlighting, for both the theoretical and legal arguments in favor and against and verifying the issue of transparency and free competition present in these regulations. To achieve the above objective, via the comparative method, first held bibliographic review on the dynamics of trade negotiations in the WTO, its rules for government procurement and legal norms in force in the Brazilian administrative law on government procurement. Then settled soon comparative analysis between the two legal regimes, highlighting similarities and differences. It was concluded that, despite the Government Procurement Agreement of the WTO be valuable, guiding the bidding process for its members, current legislation in Brazil is quite comprehensive and complex, providing participants an efficient and isonomic. This time, it seems reasonable to say that Brazil would be unnecessary to join the agreement and open its government procurement market in the manner set by the WTO rules. It should be noted that the theme of the article is unique, relevant and multidisciplinary, and aspects of politics and economics corroborated for the development of the proposal. Moreover, the processes of government procurement worldwide revolve around 10-15% of GDP, with the great economic, political and social bearing.

Keywords: International bidding process. WTO. Government procurement agreement. Comparative law

1. INTRODUÇÃO

O processo de globalização econômica² fez com que as oportunidades de negócios internacionais se amplias-

² “[globalização] pode ser entendida como a ocorrência simultânea de três processos: crescimento extraordinário dos fluxos internacionais de produtos e capitais, acirramento da concorrência internacional e maior interdependência entre empresas e economias nacionais”. SADER, Emir (Org.). *O nó econômico*. São Paulo: Record, 2003, p. 22. Ainda, nas palavras de Soares, a dimensão jurídica do fenômeno da globalização: “Esta é uma faceta da globalização pouco percebida ou compreendida. Nos últimos anos, o Direito Internacional Público, por meio de tratados internacionais, vem se tornando uma das principais fontes das legislações domésticas dos países em temas críticos da agenda diplomática internacional, como meio ambiente, comércio internacional, patentes e serviços”. SOARES, Cláudio César. *Introdução ao comércio exterior: fundamentos teóricos do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 210.

sem, aproximando mercados e permitindo a exploração de outros antes não tão acessíveis. Enquanto membro desse processo, a Administração Pública pode aproveitar as vantagens disponíveis, como financiamentos internacionais³ ou a possibilidade de contratar fornecedores estrangeiros, abrindo o campo de sua atuação e as oportunidades de contratação, com vistas a melhorar os serviços públicos⁴ por ela prestados. Nas palavras de Granzieira: “A tendência predominante na evolução do chamado mundo civilizado é a globalização. Com ela, diminuem as distâncias, a comunicação torna-se ilimitada e as fronteiras arrefecem sua caracterização internacional”.⁵

As mudanças no mundo hodierno são cada vez mais rápidas; o Estado não pode mais se manter isolado das práticas negociais além-fronteiras, vez que almeja consolidar-se economicamente e conquistar novos mercados. Existe, dessa forma, a necessidade de os novos mercados padronizarem suas condutas, relacionarem-se e se integrarem com os demais agentes internacionais, a fim de somar suas expectativas às expectativas dos demais, atuando em parceria.⁶ O fato é que:

As mudanças atingem todos os setores e não se pode deixar de lado a própria Administração Pública, tão mais próxima do início do século XX que do presente. O Estado, por intermédio de seu Poder Executivo, enfrenta o desafio de se modernizar rapidamente, pois não há como permanecer estático. Daí as “revoluções” no papel do Estado, que hoje tende a diminuir, compartilhando com

³ Como o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (ou Banco Mundial), o Fundo Monetário Internacional, o Banco Interamericano de Desenvolvimento, e o Plano das Nações Unidas para o Desenvolvimento etc.

⁴ Define-se serviço público como “[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 103.

⁵ GRANZIEIRA, M. L. M. Licitações Internacionais. In: RODAS, João G. (Coord.). *Contratos Internacionais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 230.

⁶ Na argumentação de Monassa: “As novas realidades, ou a chamada nova ordem mundial, abre questões específicas para a história e para o direito, especialmente no que concerne às relações entre economias nacionais e a expansão do capitalismo mundial, bem como para as regras de conduta que regem estas relações, fazendo um paralelo entre o comportamento local de determinada economia e o desempenho dela diante do capitalismo global, ou globalização da economia”. MONASSA, Clarissa Chagas Sanches. *Sociedade tecnológica: relações jurídicas internacionais de comércio à luz do Princípio da Ética da Responsabilidade de Hans Jonas*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012. p. 31.

a iniciativa privada os ônus dos investimentos públicos, mediante as denominadas “parcerias”.⁷

Nesse contexto, as compras governamentais contribuem sobremaneira para promover desenvolvimento e melhoria na qualidade da prestação dos serviços públicos, especialmente quando existe a possibilidade de concorrência para fornecedores estrangeiros.

[...] cumpre assinalar a importância assumida atualmente pelo instituto da licitação. Com efeito, em sua evolução histórica a Administração Pública foi paulatinamente aumentando sua esfera de atuação, por meio do desempenho de novas funções exigidas pela complexidade da vida moderna. Conseqüentemente, foi também pouco a pouco crescendo a significação econômica dos gastos da Administração, sendo que hoje em dia já representa uma parcela considerável no mercado consumidor de bens e serviços.⁸

Destaque-se a relevância do presente estudo, cujo objetivo é apresentar uma comparação entre o Direito Administrativo brasileiro sobre compras governamentais e as normas existentes na Organização Mundial do Comércio (OMC) relativas a essa questão, no intuito de responder se é ou não interessante para o Brasil aderir ao Acordo da OMC sobre compras governamentais, do ponto de vista jurídico. De maneira mais específica, primeiro analisam-se os sistemas jurídicos em que essas normas estão inseridas para, então, estabelecerem-se similitudes e discrepâncias, no intuito de estipular se as diferenças são suficientes para justificar a adesão do Brasil ao Acordo.⁹

Os processos de compras governamentais têm grande importância na economia mundial, girando em torno de 10 a 15% do PIB dos países, sendo de grande relevância econômica, política e social. Embora não seja possível precisar quanto desse valor é realmente destinado a aquisições internacionais, é certa a magnitude das transações em compras governamentais.

A OMC foi escolhida por ser a principal organização internacional¹⁰ relacionada aos temas de comércio

internacional. Ela funciona como um repositório de normas jurídicas,¹¹ dentre as quais estão as compras governamentais, além de possuir ordenamento jurídico próprio para o assunto, o *Government Procurement*¹² *Agreement (GPA)*.

Ressalte-se, além do mais, que os termos referentes a “compras governamentais”, “licitação” ou “aquisições públicas” devem ser esclarecidos. O primeiro termo é a terminologia genérica utilizada no plano internacional para se referir ao processo que no Brasil é chamado de licitação. Já o último caso tem seu termo inserido na espécie “licitação”, uma vez que a licitação pode ser tanto para aquisição de bens e serviços, quanto em casos de concursos e leilões.

Para responder a pergunta expressa no título do artigo, utilizou-se de método comparativo. Mais especificamente, demonstra-se que não há motivos para a adesão ao GPA, uma vez que as normas nacionais já promovem o necessário e devido sistema de igualdade entre os participantes nacionais e estrangeiros.

Primeiramente, o artigo versa sobre generalidades da OMC e do GPA, bem como aborda as principais regras do regime jurídico da licitação no Brasil para, então, finalmente, observar as características, tanto antagônicas como análogas, dos dois regimes jurídicos. Vale ressaltar que não se trata de um aporte exaustivo da temática posta, entretanto contribui para a Academia quando focaliza os aspectos mais relevantes desse importante tema.¹³

Estados que podem ser definidas da seguinte forma: trata-se de uma sociedade de Estados, constituída através de um Tratado, com a finalidade de buscar interesses comuns, através de uma permanente cooperação entre seus membros”. SEINTENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 32-33.

¹¹ “O direito da OMC é composto por uns cinquenta tratados sobre os mais diversos assuntos. Alguns são muito genéricos, outros bastante específicos.” VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 296.

¹² “*Procurement*” pode se traduzido como “obtenção” ou “aquisição” e é empregado em conjunto com “*government*” para indicar as compras realizadas por entidades governamentais.

¹³ Nesse sentido, “[...] é evidente que esse procedimento pode ser examinado sob vários aspectos. Pode-se, por exemplo, analisá-lo quanto ao aspecto econômico, com objetivo de se obter a maximização dos recursos públicos ou o desenvolvimento de mercado; pode-se, ainda, apreciá-lo do ponto de vista da ciência da Administração, a fim de se identificar as rotinas administrativas mais convenientes”. DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3.

⁷ GRANZIEIRA, M. L. M. Licitações Internacionais. In: RODAS, João G. (Coord.). *Contratos internacionais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 230.

⁸ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 6.

⁹ É claro que não é possível esgotar o assunto em apenas um trabalho. Foram escolhidas as questões mais pertinentes, ou seja, de maior saliência e relevância prática, e que possibilitam a compreensão do tema sem grandes perdas ou lacunas no estudo.

¹⁰ O conceito de organização internacional aqui utilizado foi definido por Seitenfus, consistindo em “associações voluntárias de

2. ASPECTOS GERAIS SOBRE A OMC E O GOVERNMENT PROCUREMENT AGREEMENT (GPA)

A OMC foi criada como um fórum internacional para discussão e negociação de temas relacionados à liberalização do comércio como, redução de tarifas, medidas antidumping, dentre outros temas importantes para o processo de facilitação das parcerias comerciais. De acordo com Magnoli: “A OMC foi o fruto mais importante do longo período de expansão acelerada do comércio internacional. [...] A dinâmica de crescimento do comércio mundial e de institucionalização do sistema comercial multilateral tem profundas repercussões sobre a política internacional”.¹⁴ Sendo a OMC sucessora do GATT, este estabelecido logo após a Segunda Guerra Mundial,¹⁵ as negociações por ele iniciadas foram continuadas e ampliadas, de tarifas a liberalização de bens e serviços, propriedade intelectual, investimentos e compras governamentais, entre outras,¹⁶ tendo a organização entrado em operação em 1995.

Sua história tem início logo após os acontecimentos pós Segunda Guerra, em 1941, quando, prevendo o final da guerra, Wilson Churchill e Franklin Delano Roosevelt firmaram, por meio da Carta do Atlântico, um conjunto de princípios relacionados ao livre comércio, como a autodeterminação dos povos e o amplo acesso a matérias primas.¹⁷ Esses chefes de Estado entendiam que “[...] o conflito teve origem na batalha comercial travada pelos principais países durante a década de 1930”.¹⁸ Por isso, uma organização internacional do comércio seria uma solução possível e a mais viável a fim de evitar futuros grandes conflitos armados originados em assuntos relativos ao comércio.

Nesse sentido, em Bretton Woods, no ano de 1944, foi selado o acordo que criaria três instituições internacionais:

¹⁴ MAGNOLI, Demétrio; SERRAPIÃO JR, Carlos. *Comércio exterior e negociações internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 99.

¹⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. *What is the world trade organization?* 2013. Disponível em: <http://wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact1_e.htm>. Acesso em: 12 jan. 2013.

¹⁶ WORLD TRADE ORGANIZATION. *What is the world trade organization?* 2013. Disponível em: <http://wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact1_e.htm>. Acesso em: 12 jan. 2013.

¹⁷ JOB, Ulisses da Silveira. *OMC: multilateralismo e desenvolvimento*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 25-26.

¹⁸ SEINTENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 214.

o Fundo Monetário Internacional (FMI), com a função de manter a estabilidade das taxas de câmbio e das balanças de pagamentos; o Banco Mundial (BIRD), provendo capital para a reconstrução dos países afetados pela guerra; e a Organização Internacional do Comércio (OIC), que coordenaria as negociações para a abertura do comércio internacional. O objetivo dessas instituições era fomentar a cooperação internacional em torno do comércio.¹⁹

No lugar da OIC, foi consolidada apenas uma parte do tratado institutivo dessa organização, aquela concernente à redução de tarifas. A essa parte foi atribuído o nome de *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*.

O sistema GATT permitiu o avanço nas negociações sobre redução de tarifas; contudo, com o passar do tempo, houve a necessidade de mudança do GATT para uma organização internacional (OMC), uma vez que aquele não mais proporcionava soluções consideradas adequadas para as partes contratantes, enquanto este último passaria a fornecer um ambiente mais harmonioso para as relações econômicas internacionais.²⁰ De acordo com Lafer:

A OMC derivou do GATT, mas foi muito além do GATT. Tem um número muito maior de membros, em função do seu alargamento *ratione personae*, e uma vocação de universalidade, pela lógica do processo de acessões. Tem normas de maior alcance, por conta do seu aprofundamento *ratione materiae*, pois agora abrange serviços, propriedade intelectual, medidas de investimentos relacionadas ao comércio (TRIMs) e contempla agricultura e têxteis, setores que não estavam efetivamente incluídos na jurisdição do GATT.²¹

Dessa forma, uma série de assuntos que tinham sido iniciados no GATT, como, tarifas, serviços e propriedade intelectual, dentre outros, passaram a contar com uma agenda oficial para negociação.

A organização se constitui como um foro para a continuação do processo de negociações na área do comércio, visando sempre uma maior liberalização do comércio [...] além de um foro para a discussão de temas relacionados ao comércio, como meio ambiente, investimentos, concorrência, facilitação de comércio, comércio eletrônico e cláusulas sociais.²²

¹⁹ THORSTENSEN, Vera. *OMC: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 29.

²⁰ JOB, Ulisses da Silveira. *OMC: multilateralismo e desenvolvimento*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 23.

²¹ LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 23.

²² THORSTENSEN, Vera. *OMC: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. 2. ed.

A OMC funciona como estrutura de promoção para a liberalização do comércio e regulamenta juridicamente essa atividade, uma vez que seu sistema é baseado em acordos internacionais. Foi nesse contexto que o Acordo sobre Compras Governamentais (GPA) foi negociado e inserido.

Compras governamentais é o nome dado ao processo de compra por parte do Poder Público, em geral, a Administração Pública, de bens e serviços necessários para a realização de suas atividades. Esse processo visa a, na maioria das vezes, obter o produto mais barato, o produto de melhor qualidade técnica, ou ambos.

Sendo os recursos públicos escassos, a eficiência no processo de compras é uma consideração primária em qualquer país. Um processo aberto, transparente e não discriminatório é considerado a melhor ferramenta para se alcançar a melhor proposta, devido à competição entre fornecedores. Ao mesmo tempo, vários membros da OMC ainda usam seus processos de compras para atingir os objetivos de suas políticas domésticas, como a promoção de indústria local ou de grupos sociais.²³

As compras governamentais têm um importante aspecto no comércio internacional, dado o considerável volume do mercado de compras, geralmente entre 10 a 15% do PIB²⁴ e tem capacidade de expansão aproximada de US\$ 80 a US\$ 100 bilhões ao ano,²⁵ e benefícios para os investidores nacionais e estrangeiros em termos de competição.²⁶

Considerando que as compras representam a maior parte do mercado de bens estrangeiros de um país, esses processos de compras governamentais são de grande importância para os fluxos de comércio internacional. Nesse sentido, os Princípios de Transparência²⁷ e Não

Discriminação²⁸ são igualmente relevantes para o contexto internacional. Contudo, no passado, tais compras foram efetivamente excluídas da aplicação das principais regras de comércio multilateral sob a vigência do GATT e da OMC.²⁹

Com o passar dos anos, os membros da OMC vêm buscando modos de inserir o tema no sistema multilateral de comércio, ou seja, nos acordos que compõem o GATT. Esse esforço resultou em três áreas de trabalho: 1) no Acordo sobre Compras Governamentais; 2) nas negociações sobre compras governamentais em serviços (Art. XIII:2 do GATS); e 3) nos trabalhos sobre transparência em compras governamentais.³⁰

O GPA está em regime especial na OMC, como acordo multilateral, não havendo obrigatoriedade de sua adesão pelos membros da organização, sendo, por enquanto, facultativa, segundo a regra do Artigo XXIV:2:

Any government which is a Member of the WTO, or prior to the date of entry into force of the WTO Agreement which is a contracting party to GATT 1947, and which is not a Party to this Agreement may accede to this Agreement on terms to be agreed between that government and the Parties. Accession shall take place by deposit with the Director-General of the WTO of an instrument of accession which states the terms so agreed. The Agreement shall enter into force for an acceding government on the 30th day following the date of its accession to the Agreement.³¹

São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 43.

²³ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Government procurement*. 2012. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm#introduction>. Acesso em: 16 maio 2012.

²⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Government procurement*. 2012. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm#introduction>. Acesso em: 16 maio 2012.

²⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Annual Report 2012*. 2012. p. 35. Disponível em: <www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/anrep12_e.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2012.

²⁶ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Government procurement*. 2012. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm#introduction>. Acesso em: 16 maio 2012.

²⁷ Significa que os atos governamentais devam ser transparentes a todas as pessoas, interessadas no caso ou não.

²⁸ “É o princípio básico da OMC. Está contido no Art. I e no Art. III do GATT 1994 no que diz respeito a bens e no Art. II e Art. XVII do Acordo de Serviços. Estes artigos estabelecem os princípios da nação mais favorecida (Art. I) e o princípio do tratamento nacional (Art. III). Pelo princípio da nação mais favorecida, um país é obrigado a estender aos demais Membros qualquer vantagem ou privilégio concedido a um dos Membros; já o princípio do tratamento nacional impede o tratamento diferenciado de produtos nacionais e importados, quando o objetivo for discriminar o produto importado desfavorecendo a competição com o produto nacional”. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. *Princípios*. 2012. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

²⁹ WORLD TRADE ORGANIZATION. *General overview of the WTO work on government procurement*. 2012. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/overview_e.htm>. Acesso em: 16 maio 2012.

³⁰ WORLD TRADE ORGANIZATION. *General overview of the WTO work on government procurement*. 2012. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/overview_e.htm>. Acesso em: 16 maio 2012.

³¹ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on government procurement*. 1994. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_02_e.htm>. Acesso em: 02 mar. 2012.

Atualmente já são 41³² partes contratantes do Acordo, além de 22³³ países observadores, dentre os quais se destacam grandes economias: EUA, UE, Japão, Canadá, Índia e China. Esse aumento demonstra a importância do tema para o comércio internacional, bem como para as economias nacionais.³⁴

Assim, apesar de a adesão ao Acordo ser opcional, há grande interesse dos países desenvolvidos na inserção desse tema nas rodadas de negociação multilaterais de comércio promovidas pela OMC. Ademais, o mercado dos países em desenvolvimento tem se mostrado de alta atratividade e as compras governamentais movimentam grandes quantias de dinheiro o que, por si só, justifica que tal assunto esteja na pauta das rodadas de negociação.

3. CONSIDERAÇÕES ELEMENTARES SOBRE A LICITAÇÃO NO PLANO NACIONAL

A licitação, ou o procedimento licitatório, é o meio pelo qual a Administração Pública efetiva a aquisição de bens e serviços necessários para a realização de suas funções. Suas principais características são: 1) é promovida exclusivamente pelo Poder Público; 2) é um processo administrativo, o que remete à sua relação com o Direito Administrativo em detrimento do Direito Financeiro; 3) é aberta a todos os interessados que possam participar, conforme a regra estabelecida no instrumento convocatório; 4) promove a competição e propicia a isonomia entre os participantes, funcionando como um fator de economia e de eficiência para o Poder Público; 5) os atos praticados vinculam tanto a administração quanto os participantes; e 6) a possibilidade de formulação de um contrato administrativo, caso não ocorram fatores proeminentes de interesse público.

³² Armênia, Canadá, Coreia, EUA, Hong Kong, Islândia, Israel, Japão, Liechtenstein, Noruega, Singapura, Suíça, Taipei Chinesa e 27 países da União Europeia (Áustria, Alemanha, Bélgica, Bulgária, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grã Bretanha, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Polônia, Portugal, República Checa, Romênia, Suécia).

³³ Albânia, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Bahrein, Camarões, Chile, China, Colômbia, Croácia, Geórgia, Índia, Jordânia, Moldávia, Mongólia, Nova Zelândia, Omã, Panamá, Quirquístão, Sri Lanka, Turquia, Ucrânia.

³⁴ Nota-se que, apesar de ser membro da OMC, o Brasil ainda não aderiu ao GPA.

Apesar de o procedimento ser naturalmente voltado ao âmbito interno, há a possibilidade de ser ampliado para interessados estrangeiros, nos moldes do art. 23, § 3º, da Lei Federal nº 8.666/93. Note-se também que o art. 42 da mesma lei dispõe sobre uma série de regras no intuito de igualar os participantes nacionais e estrangeiros.

Em termos de competência, as normas gerais sobre licitação são de competência privativa da União, tal como o descrito da Constituição Federal:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII - 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, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

No tocante a isso, cumpre destacar as palavras do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto³⁵, sobre o tema:

[...] licitação é competência legislativa de duplo tamanho, visto que partilhada entre a União e as demais pessoas federadas. Donde a procedência da classificação das regras ordinárias sobre o instituto em normas gerais e normas específicas, o que se faz com os olhos postos na competência legiferante privativa da União.

Dessa feita, todo o setor público está vinculado ao dever de licitar, conforme determinado no art. 37, XXI, da Constituição. Assim, tanto as três esferas do poder quanto todos os níveis da administração pública são obrigados a realizar o procedimento licitatório. Essa determinação é decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público. Destaque-se a fala de Pietro:

Uma primeira observação é no sentido de que a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá de escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.³⁶

³⁵ BRITTO, Carlos Ayres. *Perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997. p. 17.

³⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 360.

Nesse sentido, há grande importância social e jurídica no tocante à realização do procedimento licitatório. Além disso, também há grande importância econômica nesse instituto, uma vez que o crescimento brasileiro tem se mantido, em parte, por meio de gastos públicos com investimentos e programas governamentais, tal como o Programa de Aceleração do Crescimento.

O Estado sempre funcionou no Brasil como a locomotiva do processo de acumulação. No momento final da etapa desenvolvimentista, conduzido pelos militares, essa função do Estado brasileiro tinha tomado a forma de um vigoroso e bem estruturado setor produtivo estatal (SPE). Quando o Estado sai dessa cena, por força dos imperativos neoliberais, a acumulação produtiva estanca e depois regride. Ela só é retomada em meados dos anos 2000 com os investimentos estatais do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), Programa Minha Casa Minha Vida etc., ou seja, mais uma vez pelas mãos do Estado.³⁷

Assim, as compras governamentais demonstram ter papel de destaque na economia dos países. O governo brasileiro é o segundo maior consumidor nacional, perdendo apenas para as famílias. A exemplo disso, na década de 2001-2010, as compras feitas pelo governo representaram, em média, cerca de 20,24% do PIB por ano nesse período,³⁸ o equivalente a R\$ 4.814.215,08 milhões.³⁹

Dada a importância estratégica dessa área para os setores secundário e terciário da economia, a inserção de mais competidores poderia comprometer tais áreas. E esse fator vem sendo agravado com os indícios de desindustrialização.

Trata-se de um mercado novo, caso haja liberalização nesse setor, servindo de meio para escoar as mercadorias e serviços dos países desenvolvidos, competitivas em alguns aspectos, como, na tecnologia empregada, e ajudando na recuperação de suas economias frente à crise internacional; o que somado ao custo operacio-

nal⁴⁰ e ao sucateamento do setor rodoviário e portuário brasileiros traria, como consequência, déficit na Balança de Pagamentos: “During, and in the aftermath of, the world economic crisis, much attention has focused on public infrastructure investment and on government policies that potentially limit the rights of foreign suppliers to bid on related contracts”.⁴¹

Em vista desses investimentos estatais em infraestrutura, como no caso brasileiro das Olimpíadas e da Copa do Mundo, seria bastante oportuno para os países desenvolvidos a abertura dos mercados de bens não agrícolas, de serviços e de compras governamentais dos países em desenvolvimento, bem como, de países de menor desenvolvimento relativo, como países africanos recém-saídos de conflitos.

Uma vez realizada a abordagem geral sobre a Organização e sobre as regras do instituto da licitação no plano nacional, cumpre realizar a análise comparativa entre os dois sistemas legais.

4. QUESTÕES SOBRE A ADESÃO DO BRASIL AO GPA

Ao assinar um tratado, o país se compromete a ele no plano internacional; entretanto, no Brasil, por força de lei constitucional, para que o mesmo tenha vigência no plano interno há de passar pelas duas casas do Congresso Nacional, para que o presidente da República possa ratificá-lo⁴² e depositá-lo junto à Organização Internacional, seguindo-se os Decretos Presidenciais de Promulgação e Publicação. O Brasil, sendo signatário, é

⁴⁰ De acordo com Noronha, o custo Brasil manifesta-se basicamente nas seguintes áreas: “a) legislação tributária; b) legislação trabalhista; c) política de taxa de juros e d) política cambial.” NORONHA, Durval de. *Ensaio sobre Direito Internacional*. São Paulo: Observador Legal, 1999. p. 87.

⁴¹ LAMY, Pascal. Foreword. In: ANDERSON, Robert D.; ARROWSMITH, Sue (Org.). *The WTO regime on government procurement: challenge an reform*. Cambridge: 2011, XXV. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gpa_foreword_e.pdf>. Acesso em: 03 set. 2012.

⁴² Nas palavras de Neves: “No Brasil, o chefe de Estado promove a ratificação do tratado após a aprovação do Congresso Nacional. A ratificação ocorre quando o país signatário participou do processo de elaboração do tratado, diferentemente da adesão, ocorrente quando o país signatário não tenha participado do processo de feitura do tratado, aderindo a ele posteriormente”. NEVES, Gustavo Bregalda. *Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 26.

³⁷ PAULANI, Leda Maria. A inserção da economia brasileira no cenário mundial: uma reflexão sobre a situação atual à luz da história. *Boletim de economia e política internacional*. Instituto de pesquisa econômica aplicada. Diretoria de Estudos e Relações Econômicas e Políticas Internacionais. n. 10, abr./jun. 2012. Brasília: Ipea; Dinte, 2012. p. 97.

³⁸ MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. *Balança comercial brasileira: dados consolidados*. 2011. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

³⁹ Cálculo feito em percentagens sobre o PIB de cada ano e não sobre a média.

compelido a fazer modificações em sua legislação interna para adequá-la às diretrizes do tratado, no caso em questão, do GPA.

Dentro da OMC o processo começa com a submissão do formulário de acessão que tem dois principais aspectos: 1) a verificação da legislação do país, a fim de averiguar se ela se encontra em conformidade com os dispositivos no GPA e, 2) a negociação entre o membro em acessão com os outros membros sobre de acessão.⁴³ Segundo o Artigo XXIV do GPA, o Acordo passa a ter eficácia 30 dias após o depósito do instrumento de adesão.

Para aumentar a velocidade do processo, o Comitê de Compras Governamentais adotou um *checklist* de questões para que os membros que pretendem aderir ao Acordo o verifiquem. O acessionário informa ao Comitê os dados necessários para a adesão e concorda em indicar o período em que estará realizando os ajustes requeridos pelo Acordo no âmbito interno e quando reportará o progresso.⁴⁴

Conforme o Artigo V e XVI do GPA, tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento e de menor potencial de desenvolvimento é possível durante o processo de acessão e mesmo enquanto parte no GPA.⁴⁵

Passando por esses procedimentos, as adaptações no Brasil passariam para a esfera legal infraconstitucional. No entanto, há uma controvérsia sobre essa necessidade de adaptação da legislação do país que adere ao GPA. Segundo o Artigo III do GPA, o Acordo prevê o tratamento igualitário para todos os seus membros, segundo a Cláusula do Tratamento Nacional e da Não Discriminação.⁴⁶

⁴³ WORLD TRADE ORGANIZATION. *The plurilateral Agreement on Government Procurement (GPA)*. 2012. Disponível em: <http://wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm#accession>. Acesso em: 03 mar. 2012.

⁴⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION. *The plurilateral Agreement on Government Procurement (GPA)*. 2012. Disponível em: <http://wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm#accession>. Acesso em: 03 mar. 2012.

⁴⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. *The plurilateral Agreement on Government Procurement (GPA)*. 2012. Disponível em: <http://wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm#accession>. Acesso em: 03 mar. 2012.

⁴⁶ Princípio da Nação Mais Favorecida: “A regra proíbe a discriminação entre os países contratantes do Acordo Geral (ex-GATT-OMC). Fica estabelecido que toda vantagem, favor, privilégio ou imunidade, que são concedidos a uma parte contratante, devem

De maneira geral, esse artigo dispõe: 1) que cada membro deve imediatamente e incondicionalmente dar tratamento não menos favorável daquele recebido por produtores domésticos ou por estes de qualquer outro membro; 2) que os membros assegurem que as entidades⁴⁷ previstas no Acordo não deem tratamento diferente para os competidores nacionais ou internacionais; e 3) que o previsto nos dois outros pontos não se aplica aos deveres e/ou tributos atribuídos à importação.

De modo diverso, o Artigo III.8 do GATT 4748 afirma que não se aplica Cláusula do Tratamento Nacional quando se tratar de compras governamentais:

8. (a) The provisions of this Article shall not apply to laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of products purchased for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the production of goods for commercial sale.

(b) The provisions of this Article shall not prevent the payment of subsidies exclusively to domestic producers, including payments to domestic producers derived from the proceeds of internal taxes or charges applied consistently with the provisions of this Article and subsidies effected through governmental purchases of domestic products.

Diante disso, haveria uma contradição legal entre os dispositivos, necessitando de um posicionamento claro, tendo em vista que o GATT limita a aplicação da Cláusula do Tratamento Nacional e o GPA assegura a todos os membros que essa cláusula será aplicada, no tocante a compras governamentais. Observe-se:

First, the key national treatment obligation in GATT Article III does not apply to procurement. This requires, generally, that internal measures should not be applied so as to afford protection to domestic production (Article III.1). This general obligation is then elaborated in later provisions of Article III, one of which is Article III.4. This provides that in measures relating to ‘internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use’, the products of any WTO Member imported into any other Member State shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin. Without a specific exclusion this would include

ser estendidos às outras partes contratantes”. SARFARI, Gilberto. *Teoria das relações internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 372.

⁴⁷ No caso do Brasil, seria todo o poder público, vinculado ao dever de licitar, em geral.

⁴⁸ GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE (GATT). *A Summary of the final act of the Uruguay round*. 1994. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/ursum_e.htm#General>. Acesso em: 12 ago. 2012.

measures relating to government procurement – and a similar national treatment provision in the original draft of these rules expressly stated that the measures covered did include laws and regulations governing procurement of supplies by government agencies. However, ultimately national treatment was expressly excluded by Article III.8 of the GATT: this states that Article III is not to apply to ‘laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of products purchased for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the production of goods for commercial resale’. The position with respect to the MFN obligation of GATT, as stated in GATT Article I, has been slightly more contentious, but the view of many scholars is that this, also, does not apply to government procurement.⁴⁹

Argumenta-se neste trabalho que a norma especial do GPA teria prevalência sobre a normal geral do GATT 1947. Trata-se de uma “[...] questão de interpretação em que a boa-fé deve prevalecer”.⁵⁰ Conforme as Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e de 1986, toda interpretação de uma norma de um tratado deve ser realizada segundo a boa-fé, tendo em vista o objeto e o objetivo do tratado.⁵¹ Dessa maneira, interpretar esse conflito dando prevalência da norma do GATT sobre o GPA seria fugir do objetivo dele, cujo escopo é mais específico e, portanto, prevaleceria sobre o de maior abrangência (*lex specialis derogat generali*). Até porque “[...] seu objetivo é estender às compras governamentais as regras do Tratamento Nacional e da Nação Mais Favorecida, isto é, a concessão de tratamento não menos favorável que o concedido aos produtores e fornecedores nacionais”.⁵²

De modo similar, haveria a possibilidade, sob a ópti-

ca do Brasil, de utilizar o argumento de ser um país em desenvolvimento e, segundo o Artigo V:4, não aderir à Cláusula do Tratamento Nacional, podendo, assim, na esfera legal, manter barreiras ou métodos de preferências aos produtos produzidos nacionalmente, em prejuízo de participantes internacionais;⁵³ utilizando o Princípio de Proteção à Indústria Nacional.⁵⁴ Neste trabalho considera-se a necessidade de adequação da legislação do País-membro, apesar de haver essa possibilidade concreta.

Passados os argumentos anteriores, vale discorrer sobre os procedimentos voltados ao âmbito internacional, pois nem todas as compras necessitam ser abertas a fornecedores estrangeiros. A principal legislação nacional sobre o tema é: a) a Lei de Capacitação e Competitividade no Setor de Informática e Automação (Lei nº 8.248/91), específica para o setor de informática e tecnologia da informação; b) a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93), norma de caráter geral e base para as compras governamentais brasileiras; c) a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/02), complementando a Lei nº 8.666/93; e a Lei do Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/11), de aplicação específica para compras referentes aos Jogos Olímpicos de 2016, à Copa das Confederações da Fifa 2013, à Copa do Mundo de 2014, às obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados próximos das cidades-sedes desses mundiais, e às ações integrantes do PAC.

⁴⁹ “4. A developing country may negotiate with other participants in negotiations under this Agreement mutually acceptable exclusions from the rules on national treatment with respect to certain entities, products or services that are included in its coverage lists, having regard to the particular circumstances of each case. In such negotiations, the considerations mentioned in subparagraphs 1(a) through 1(c) shall be duly taken into account. A developing country participating in regional or global arrangements among developing countries referred to in subparagraph 1(d) may also negotiate exclusions to its lists, having regard to the particular circumstances of each case, taking into account, inter alia, the provisions on government procurement provided for in the regional or global arrangements concerned and, in particular, products or services which may be subject to common industrial development programmes.” WORLD TRADE ORGANIZATION. The plurilateral Agreement on Government Procurement (GPA). 2012. Disponível em: <http://wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm#accession>. Acesso em: 03 mar. 2012.

⁵⁴ Sousa considera Indústria Doméstica como: “[...] o conjunto estabelecido no território brasileiro de produtores de bens similares ou diretamente concorrentes ao produto importado, ou os produtores cuja produção total de bens similares ou diretamente concorrentes ao importado constitua uma proporção substancial da produção nacional de tais bens. O termo “indústria” inclui, ainda, ainda, as atividades ligadas à agricultura”. SOUSA, José Meireles de. *Fundamentos do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 81. v. 2.

⁴⁹ ANDERSON, Robert D.; ARROWSMITH, Sue (Org.). *The WTO regime on government procurement: challenge a reform*. Cambridge: 2011. p. 6.

⁵⁰ CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*: de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência de Kosovo, de 22 de julho de 2010. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 170.

⁵¹ CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*: de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência de Kosovo, de 22 de julho de 2010. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 168-169.

⁵² CRUZ, Jocema Bittencourt da et al. Compras Governamentais no Âmbito da Organização Mundial do Comércio e na Legislação Brasileira. *Revista de Ciências Jurídicas*, v. 3. n. 2, p. 250, 2011. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/lumiar>>. Acesso em: 01 set. 2012.

Apesar de todas essas leis trazerem disposições sobre forma de compras governamentais, sua aplicabilidade está em sua especificidade, sendo que a norma geral é a Lei nº 8.666/93. Em nenhuma dessas normas está expressamente disposta a vedação à participação de licitantes estrangeiros, contudo, tem-se a Lei nº 8.666/93 como norteadora dessas contratações, sendo de aplicação residual para essa circunstância de caráter internacional, tanto da Lei nº 8.248/91, quanto para a Lei nº 10.520/02.

A permissão expressa de participação de estrangeiros em certames nacionais, na Lei nº 8.666/93, está prevista nos artigos 23, § 3º⁵⁵, e 24, XIV.⁵⁶ Em regra, as licitações internacionais serão feitas pela modalidade de concorrência, admitindo-se também a utilização da tomada de preços,⁵⁷ quando houver cadastro internacional de fornecedores, e convite,⁵⁸ sendo o último realizado, geralmente, dentro dos termos do art. 24, XIV⁵⁹. Então vejamos:

Hipótese peculiar é a licitação internacional. Como regra, deverá adotar-se concorrência. Admitindo-se tomada de preços quando houver cadastro internacional. Pode ser praticado o convite quando

⁵⁵ “Art. 22. (...) § 1 A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País.

⁵⁶ “Art. 24. É dispensável a licitação: XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público; [...]”

⁵⁷ Segundo o artigo 22 da Lei de Licitações, Tomada de Preços é a modalidade de “[...] licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”.

⁵⁸ “Art. 22. (...) § 3º-Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.”

⁵⁹ Apesar da possibilidade de dispensa de licitação, há a possibilidade de concorrência entre interessados, devendo a Administração Pública se socorrer, para garantir os princípios do art. 37, CF, e os do instituto da licitação, o procedimento do menor orçamento (escolha do menor orçamento entre três propostas).

não houver nacionais em condições de realizar o objeto contratual.⁶⁰

Dentre as ações para adequar as normas nacionais sobre o tema às exigências do Acordo, o Congresso Nacional teria de modificar o §2º do art. 3º da Lei 8.666/93, que dispõe sobre as formas de desempate entre os classificados. *In verbis*:

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.

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I - (Revogado pela Lei nº 12.349, de 2010).

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

Assim, essa ordem de preferência, segundo o GPA, não poderia ser mantida, pois violaria a Cláusula do Tratamento Nacional e da Não Discriminação, por estabelecer critérios preferenciais aos produtores nacionais e afins. Esse mesmo tipo de critério teria de ser eliminado do art. 3º da Lei 8.248/91 e dos artigos 25, III, e 38, da Lei nº 12.462/11, por disporem ou remeterem à norma da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, preferindo fornecedores estrangeiros em prevalência dos nacionais. De forma semelhante, o ordenamento jurídico brasileiro prevê direito de preferência para micro e empresas de pequeno porte que participarem do procedimento, tendo preferência até mesmo sobre participantes nacionais. Nesses casos, o Brasil poderia se valer dos mecanismos do Artigo V: 4, tratando essa questão como de interesse nacional e impondo o direito de preferência das indústrias nacionais sobre as estrangeiras.

Outro ponto a ser adequado seria acerca do Artigo XI: 2 do Acordo, cujo prazo para envio das propostas entre os concorrentes é de, no mínimo, 40 dias. Já para

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 289.

a Lei de Licitações, o prazo para a modalidade de concorrência é de 45 ou 30⁶¹ dias, tomada de preços de 30 ou 15⁶² dias, e 5 dias para convite.

Vale ressaltar que esses são prazos mínimos para a apresentação da proposta estipulada pelo edital de abertura da licitação. Ainda assim, a diferença desse prazo mínimo encontraria óbice nas licitações voltadas ao âmbito internacional. Para dirimir essa questão, poderia ser incluído um artigo em cada lei dispondo que: “[...] para licitações internacionais, o prazo mínimo para a apresentação de propostas, em qualquer modalidade, é de 40 dias”. De maneira análoga, os prazos para a realização do pregão são consideravelmente menores, sendo de no mínimo 8 dias para a apresentação das propostas. Como a Lei de Pregão visa a compras mais rápidas e de menor valor global, roga-se pelo entendimento de que não seria necessário alterar esse prazo pela finalidade desse tipo de certame.

Também para atender a necessidade de ampla publicidade para a licitação, os instrumentos convocatórios teriam de ser publicados em meio de visibilidade internacional, para que mesmo os interessados não sediados no país pudessem participar. Para tanto, não seria preciso alterar normas nacionais, entretanto poderia tornar mais custoso para a Administração Pública essa publicidade internacional.⁶³

Finalmente, mas não esgotando todas as questões, a língua em que o interessado deve apresentar os documentos exigidos para participar de uma licitação é, conforme o art. 32, da Lei nº 8.666/93, o vernáculo português. Contudo, segundo o Artigo XII: 1, qualquer uma das línguas oficiais da OMC podem ser utilizadas para apresentar esses documentos. Aqui se tem uma controvérsia: seria possível a apresentação de documentos em vernáculo diferente? Em tese, as comissões de licitação⁶⁴ teriam de aceitar a protocolização de documentos em uma das línguas da OMC para que depois sejam traduzidas por tradutor juramentado.

⁶¹ 45 dias para contrato de regime de empreitada global ou quando a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica. Já 30 dias para todos os outros casos.

⁶² 30 dias quando a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica e preço e 15 para as outros hipóteses.

⁶³ A publicação do instrumento convocatório em meios digitais de divulgação internacional para os fins de publicidade dos processos de compras pode ser um meio para reduzir esse custo.

⁶⁴ Grupo formado por servidores públicos responsável pelos procedimentos administrativos de compras.

Apesar dessas possíveis adequações, várias normas da Lei de Licitações já contemplam a Cláusula do Tratamento Nacional e da Não Discriminação. A própria Constituição, quando trata da Administração Pública, já prevê princípios de aplicação obrigatória que estão em consonância com as exigências de isonomia e transparência do GPA. A necessidade de ampla publicidade dada ao início do procedimento, a transparência e o direito de acesso aos documentos da realização do certame, as formas de igualar os concorrentes nacionais e internacionais, no caso do art. 40, IX, e do art. 42, ambos da Lei nº 8.666/93, são exemplos de normas nacionais que já visam à igualdade entre os concorrentes.

Em derradeiro, o GPA estabelece regras genéricas para os membros ou fornece um modelo de lei de compras, igualando os participantes do certame e tornando mais transparente o processo, evitando, assim, desequilíbrios entre os competidores e problemas com corrupção. De modo análogo, as leis nacionais sobre o tema também apresentam esses pontos, contudo determinam regras mais específicas sobre como deve ser feito o procedimento de compra. Para o Brasil, essa legislação tem o caráter regulatório de norma interna.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância da licitação para o plano nacional e internacional é incontestável, tanto que, simultaneamente, garante a observância do princípio da indisponibilidade do interesse público e é responsável por movimentar bilhões de dólares todos os anos em praticamente todos os países.

A questão de se pensar os efeitos da adoção de legislação internacional no âmbito nacional ultrapassa questões jurídicas. Cada modificação no ordenamento jurídico traz implicações econômicas, políticas e sociais. Dessa feita, no caso em tela, sendo os sistemas parecidos, *a priori* não haveria a necessidade de adesão ao Acordo, vez que a norma nacional já prevê o suficiente para garantir um procedimento célere e isonômico.

Por outro lado, a não adesão ao Acordo garantiria preferência aos produtores nacionais, o que atenderia ao disposto na Constituição sobre a promoção do desenvolvimento nacional, bem como a nova alteração, pela MP 495/2010, convertida na Lei nº 12.349/2010, do art. 3º da Lei nº 8.666/93, que inseriu a questão da pro-

moção do desenvolvimento nacional sustentável como finalidade do instituto da licitação.

Além disso, as regras previstas no ordenamento nacional já preveem maneiras eficazes para igualar os participantes, sejam eles nacionais ou estrangeiros. Dessa maneira, não haveria óbices à participação de estrangeiros nos processos de compras nacionais, o que excluiria a necessidade, e ainda, não seria interessante, sob o ponto de vista jurídico, da adesão pelo Brasil do GPA.

O artigo demonstrou que a temática vai além do mérito jurídico ao abordar áreas afins e correlatas. Ainda, destacou como questões de política-econômica nor-teiam, na maior parte dos casos, questões jurídicas, seja no plano interno ou no plano internacional. Assim, a relevância e a amplitude do tema exigem tal medida, a fim de garantir um diálogo entre as Ciências Sociais Aplicadas.

REFERÊNCIAS

- ANDERSON, Robert D.; ARROWSMITH, Sue (Org.). *The WTO regime on government procurement: challenge an reform*. Cambridge, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2013.
- BRASIL. *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.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Perfil Constitucional da Licitação*. Curitiba: Znt, 1997.
- CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*: de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência de Kosovo, de 22 de julho de 2010. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CRUZ, Jocema Bittencourt da et al. Compras Governamentais no Âmbito da Organização Mundial do Comércio e na Legislação Brasileira. *Revista de Ciências Jurídicas*, v. 3. n. 2. 2011. Disponível em: <<http://http://www.revistas2.uepg.br/index.php/lumiar>>. Acesso em: 01 set. 2012.
- GRANZIEIRA, M. L. M. Licitações Internacionais. In: RODAS, João G. (Coord.). *Contratos internacionais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- JOB, Ulisses da Silveira. *OMC: multilateralismo e desenvolvimento*. Curitiba: Juruá, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- LAMY, Pascal. Foreword. In: ANDERSON, Robert D.; ARROWSMITH, Sue (Org.). *The WTO regime on government procurement: challenge an reform*. Cambridge: 2011. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gpa_foreword_e.pdf>. Acesso em: 03 set. 2012.
- MAGNOLI, Demétrio; SERRAPIÃO JR, Carlos. *Comércio exterior e negociações internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. *Balança comercial brasileira: dados consolidados*. 2011. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2012.
- MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. *Princípios*. 2012. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2012.
- MONASSA, Clarissa Chagas Sanches. *Relações jurídicas internacionais de comércio à luz do princípio da ética da responsabilidade de Hans Jonas*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.
- NEVES, Gustavo Bregalda. *Direito internacional público e direito internacional privado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- NORONHA, Durval de. *Ensaios sobre direito internacional*. São Paulo: Observador Legal, 1999.
- PAULANI, Leda Maria. A inserção da economia brasileira no cenário mundial: uma reflexão sobre a situação atual à luz da história. *Boletim de economia e política internacional*. Instituto de pesquisa econômica aplicada. Diretoria de Estudos e Relações Econômicas e Políticas Internacionais, n. 10, abr./jun. 2012. Brasília: Ipea; Dintte, 2012.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

- PRATA FILHO, Ricardo. *Fragilidade dentre gigantes: a desaceleração do crescimento dos BRICS frente à crise mundial*. Disponível em: <<http://mundorama.net/2012/10/04/fragilidade-dentre-gigantes-a-desaceleracao-do-crescimento-dos-brics-frente-a-crise-mundial-por-ricardo-prata-filho/>>. Acesso em: 04 out. 2012.
- SADER, Emir (Org). *O nó econômico*. São Paulo: Record, 2003.
- SARFARI, Gilberto. *Teoria das relações internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SEINTENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SOARES, Cláudio César. *Introdução ao comércio exterior: fundamentos teóricos do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SOUSA, José Meireles de. *Fundamentos do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.
- THORSTENSEN, Vera. OMC: *As regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005.
- VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on Government Procurement*. 1994. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_02_e.htm>. Acesso em: 02 mar. 201
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Annual Report 2012*. 2012. Disponível em: <www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/anrep12_e.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2012.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *General Overview of the WTO work on Government Procurement*. 2012. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/overview_e.htm>. Acesso em: 16 maio 2012.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Government Procurement*. 2012. Disponível em <http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm#introduction> Acesso em: 16 de maio 2012.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *The plurilateral Agreement on Government Procurement (GPA)*. 2012. Disponível em: <http://wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm#accession>. Acesso em: 03 mar. 2012.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *What is the world trade organization?* 2013. Disponível em: <http://wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact1_e.htm>. Acesso em: 12 jan. 2013.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.