

PREFERÊNCIAS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Denis Borges Barbosa

Procurador do Município do Rio de Janeiro

SUMÁRIO:

O PODER DE COMPRA DO ESTADO ANTES DE 1988. *Mecanismos de incentivo. AS PREFERÊNCIAS NAS LICITAÇÕES E AS REFORMAS CONSTITUCIONAIS DE 1995. O PRINCÍPIO LICITATÓRIO. A Regra de Isonomia. Abrangência da isonomia. Igualdade no Direito Brasileiro e americano. Igualdade e as microempresas. Isonomia e pessoas jurídicas. A obrigação de licitar. Competência legislativa da União. A NORMA INTERNACIONAL E AS PREFERÊNCIAS NAS LICITAÇÕES. As regras do GATT 1947. MFN e Tratamento Nacional. Compras estatais. Objetividade. O Buy American Act e o GATT 1947. O Brasil e o Acordo Tóquio. O Acordo da Rodada Tóquio. Tóquio e os países em desenvolvimento. Tóquio: um acordo restrito. O código de compras governamentais da Rodada Uruguai. Vigência. Meio Ambiente. Limites de aplicação. O código de subsídios. Incentivo nas Compras Governamentais. O que é aplicável ao Brasil. O Mercosul. Isonomia no Tratado de Assunção. O Estatuto das Empresas Binacionais. Conclusão quanto à legislação internacional. A SELEÇÃO DO LICITANTE NACIONAL NA LEI ORDINÁRIA. A LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA ANTES DE 1988. Licitação e Política industrial. Outras preferências entre licitantes. NORMAS GERAIS EM VIGOR. Vedação em princípio à política de compras. Distinções Objetivas. A distinção em favor de nacionais e do capital nacional. O SETOR DE INFORMÁTICA ANTES DA MUDANÇA CONSTITUCIONAL. Preferências aos licitantes após a mudança constitucional de 1995. Notas.*

O PODER DE COMPRA DO ESTADO ANTES DE 1988

Particularmente utilizado a partir da década de 70, o uso das aquisições de bens e serviços do Estado para favorecer o desenvolvimento da empresa de capital nacional não se valeu de um aparato legal específico, permanecendo amparado por decretos e atos normativos inferiores, assim como pela prática administrativa reiterada¹.

MECANISMOS DE INCENTIVO

Através de tal instrumento, e do controle de importação de equipamentos e componentes, implementou-se, por exemplo, a Política Nacional de Informática a partir dos anos 70²; em período muito anterior, a política de

desenvolvimento do setor de consultoria de engenharia também se centrou na exclusividade do mercado público³. Um órgão de planejamento e articulação central das compras estatais da União chegou a operar, com vistas a utilizar o mecanismo para desenvolver a indústria nacional⁴.

Durante o período foi vigorosamente implementada toda uma política destinada a favorecer a produção nacional, com efeitos diretos quanto ao investimento externo, criando vantagens de localização de certa eficácia. Assim foi a prática de apuração de similaridade de bens importados com nacionais para efeitos de concessão de benefícios fiscais⁵, cambiais⁶, ou creditícios⁷ de qualquer natureza, regra geral do sistema administrado pela CACEX durante todo o período; a concessão de créditos públicos (através, por exemplo, do FINAME) a bens com determinado conteúdo nacional.

Igualmente voltado ao processo de industrialização, em especial ao capital nacional nele engajado, foi o estabelecimento de uma margem de proteção em favor da indústria nacional em concorrências internacionais⁸; a criação de mecanismos que perfaziam a equiparação à exportação incentivada para bens de produção nacional em caso de concorrências públicas; a vinculação de incentivos fiscais a um conteúdo mínimo nacional dos produtos industriais⁹.

AS PREFERÊNCIAS NAS LICITAÇÕES E AS REFORMAS CONSTITUCIONAIS DE 1995

Com a Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, ficaram revogados os dispositivos constitucionais que estabeleciam preferências ou condições especiais de proteção às empresas brasileiras de capital nacional, em particular o art. 172, § 2º, da Carta, o qual preceituava que, na aquisição de bens e serviços, o Poder Público daria tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.

Já a Lei Federal nº 8.666/93, o Estatuto das Licitações, previa em seu art. 3º o seguinte rol de preferências:

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

- I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional¹⁰;
- II - produzidos no País;
- III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

O PRINCÍPIO LICITATÓRIO

A questão dos contratos da Administração e do procedimento licitatório aparece na Carta de 1988 de pelo menos três formas diversas: pela

regra geral de igualdade de todos perante a lei, pela regra específica da licitação, e como uma norma de competência, que confere à lei nacional o estabelecimento de normas gerais sobre licitação e contrato administrativo.

A REGRA DE ISONOMIA

O acesso de todos às oportunidades ensejadas pelo Poder Público está garantido, genericamente, pelo art. 5º, **caput**, da Carta, segundo o chamado princípio da isonomia. Assim, **no tocante às licitações públicas**, salvo alguma exceção também de base constitucional, não é possível estabelecer distinções ou preferências entre brasileiros e estrangeiros residentes no País.

Neste contexto específico, entendemos que, após a mudança constitucional, as diferenciações entre **empresas brasileiras** com base na origem de seu capital **para efeitos de admissão ao procedimento licitatório** não se adequam ao sistema jurídico brasileiro, não sendo mais aplicáveis¹¹. Idêntica conclusão, aliás, chegou o Sistema Jurídico da União, em seu primeiro pronunciamento quanto à matéria¹².

ABRANGÊNCIA DA ISONOMIA

Note-se aqui a dicção da Carta: não se tutela, pelo menos em sede constitucional, a igualdade dos estrangeiros não residentes.

Diz Hely Lopes Meirelles, num parecer cuja ementa é "Não afrontam a Constituição Federal as medidas de favorecimento à marinha mercante nacional, em detrimento da estrangeira":

Considerando que a Constituição da República só impõe tratamento igualitário entre brasileiros e estrangeiros **aqui residentes** (...) (destaque do original).

Assim, a igualdade entre estrangeiros não residentes e brasileiros só existe no que a lei ordinária deferir, e deixará de existir quando tal lei deixar de vigorar.

Outra coisa é a igualdade entre empresas brasileiras de capital nacional ou não nacional, que recebem igual proteção a não ser naquilo que a Carta distinguir. Na redação original da Carta de 1988, agora modificada pela Emenda nº 6, de 15 de agosto de 1995, havia, assim, dois níveis de distinção: entre as empresas sediadas ou não no País, e entre empresas de capital nacional e as que não são assim classificáveis.

Sobre o regime anterior à Carta de 1988, dizia Hely Lopes Meirelles¹³:

Não se nega também que normas administrativas para a contratação de obras ou serviços, ou para a aquisição de bens destinados ao

serviço público, possam distinguir e dar preferência a empresas nacionais em relação a estrangeiras. O que não podem, insistimos, é distinguir e discriminar entre as nacionais, assim consideradas tanto as que se organizam com capitais e sócios exclusivamente brasileiros, quanto as que se formam segundo nossas leis, com sede no Brasil, mas com participação de estrangeiros, radicados ou não no País (...)

Após a emenda constitucional, suprimiu-se a quebra de isonomia entre **brasileiros** (empresas, ou, mais precisamente, pessoas jurídicas brasileiras de fins econômicos) prevista no art. 171, § 2º, em sua versão original, mas persiste intacta a regra de alcance constitucional da isonomia; só há igualdade constitucional entre brasileiros e estrangeiros aqui residentes. Não entre brasileiros e estrangeiros não residentes.

Tal igualdade, porém, não é vedada pelo texto constitucional. Pode ser estabelecida pela lei ordinária ou pela norma internacional, admitida no Direito Brasileiro.

IGUALDADE NO DIREITO BRASILEIRO E AMERICANO

Vale aqui lembrar o que diz Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴:

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com os interesses prestigiados na Constituição.

Note-se que o Direito Constitucional Americano, que elaborou especialmente a questão federativa e o princípio igualitário no que toca às distinções entre pessoas no interior da União, segue o mesmo método de balanceamento, embora com critérios distintos. A regra legal pertinente decorre do caso *Pike v. Bruce Church Inc.* 397 U.S. 137 (1970)¹⁵:

The general rule can be phrased as follows: Where the statute regulates evenhandedly to effectuate a legitimate local public interest, and its effect on the interstate commerce is only incidental, it will be upheld unless the burden imposed on commerce is clearly excessive in relation to putative local benefits. If a legitimate local purpose is found, then the question becomes one of degree. And the extent of the burden that will be tolerated will of course depend on the nature of the local interest involved, and on whether it could be promoted as well with a lesser impact on interstate activities.

Desta forma, pelo padrão isonômico vigente no ponto, no Direito Constitucional Americano, em primeiro lugar se avalia se o interesse local é legítimo (no critério de Celso Antônio Bandeira de Mello, se "não é incompatível com os interesses prestigiados na Constituição") e depois se pesa as vantagens da distinção sobre suas desvantagens quanto aos princípios envolvidos (no caso de Pike, o comércio interestadual, no caso das licitações, a regra da proposta mais vantajosa para a Administração).

A diferença entre os dois critérios é que, no caso brasileiro (cuja tendência jurisprudencial e doutrinária é retratada por Bandeira de Mello) vai-se à busca de parâmetros lógicos abstratos (a distinção se justifica pela objetividade do critério) enquanto que em Pike se busca um equilíbrio de interesses. No primeiro caso, foge-se à avaliação material dos interesses jurídicos, em prol de uma maior certeza e impessoalidade. O resultado da aplicação de tais parâmetros pode ser percebido no tratamento diverso que recebe o tema das licitações públicas no Brasil e nos países desenvolvidos¹⁶.

IGUALDADE E AS MICROEMPRESAS

Outra consideração relevante neste ponto é o tratamento a ser dado às microempresas segundo o art. 179 da Constituição Federal¹⁷.

ISONOMIA E PESSOAS JURÍDICAS

Durante as recentes discussões no Congresso Nacional que levaram à Emenda Constitucional nº 6, muito se argüiu quanto ao alcance do princípio isonômico do art. 5º do texto vigente: a igualdade só se restringe às pessoas naturais, ou alcança também as pessoas jurídicas?

Para o autor, não haveria dúvidas quanto à extensibilidade do princípio às pessoas jurídicas. Autores há chegam a alvitar a concessão às pessoas jurídicas da **totalidade** das garantias e liberdades constitucionais¹⁸, outros juristas, numa posição mais moderada, entendem que **alguns** dos dispositivos do art. 5º da Carta de 1988 se aplicam às pessoas jurídicas¹⁹, dentre eles, sem a menor dúvida, o da isonomia.

Por isso mesmo, muito espanta a posição de eminentes membros do Congresso Nacional, no entendimento dos quais, ao revogar as preferências constitucionais às empresas de capital nacional, não se estaria vedando a possibilidade de estabelecer ou manter as mesmas ou outras preferências, em sede de lei ordinária²⁰.

Note-se, neste contexto, que a igualdade constitucional, ao abranger pessoas jurídicas e os "estrangeiros residentes no país", afetaria igualmente as **pessoas jurídicas estrangeiras autorizadas a funcionar no país**²¹, ou seja, os estabelecimentos, localizados no território nacional, das pessoas jurídicas estrangeiras.

A OBRIGAÇÃO DE LICITAR

A par de tal regra, de cunho genérico, a Constituição prevê, no art. 37, XXI, o princípio específico que rege as aquisições governamentais. Vale citar na íntegra o dispositivo:

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

Pelo próprio **caput** do art. 37, aplicam-se a todos os atos da Administração Pública, inclusive os relativos às compras estatais, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, e da publicidade.

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO

Já o art. 22, XXVII, reserva à União, em caráter privativo, o poder de legislar sobre normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades, para todos os níveis e modalidades da Administração Pública, inclusive quanto às empresas sob controle do Estado. Isto não tira dos estados federados e dos municípios o poder de legislação complementar ou mesmo, para os estados, à falta da legislação federal, a legislação suplementar²².

A NORMA INTERNACIONAL E AS PREFERÊNCIAS NAS LICITAÇÕES

Como vimos, a igualdade entre estrangeiros não residentes e brasileiros, ou entre estrangeiros não residentes e residentes, não existe na Constituição Federal; mas a lei ordinária ou o texto internacional poderiam, sem ofensa à Carta, promover a igualdade. Consideremos, assim, as normas internacionais às quais se vincula o Brasil, com vistas a determinar em que proporção tais regras nos afetam diretamente no tocante à escolha em matéria de empate.

Para tanto, veremos o Acordo sobre Compras Governamentais editado em virtude da Rodada Uruguaí. Examinaremos, em seguida, as possíveis implicações de práticas seletivas de compras estatais perante o Acordo de Subsídios, igualmente resultante da mesma Rodada, e no quadro do Mercosul.

Deve-se atentar para o fato de que, até a recente promulgação dos Acordos sobre Serviços, Investimentos e Propriedade Intelectual, as regras do GATT somente se destinavam a regular o comércio de bens físicos. Mesmo no caso do novo Acordo de Serviços (o GATS), a aplicação das novas regras às compras estatais de obras e serviços será sujeita a nova negociação, a ser iniciada em 1997²³. Assim como ocorre no tocante ao regime geral de bens, no momento só existem restrições às aquisições governamentais destinadas a revenda ou como insumo de operações comerciais.

Não trataremos neste Capítulo das regras das instituições internacionais de crédito, no que também elas condicionam as aquisições estatais²⁴.

AS REGRAS DO GATT 1947

As normas sobre compras estatais foram introduzidas no GATT já em suas versões originais: o art. III.8 do protocolo de 1948 previa literalmente isenção²⁵ da regra do tratamento nacional não discriminatório, enquanto que, segundo a redação do art. I, entendia-se que também tais aquisições ficavam livres da norma de tratamento igualitário entre países membros (MFN).

Assim, até a Rodada de Tóquio, as compras estatais, salvo as compras de insumos efetuadas por órgãos e entidades com finalidade comercial (por exemplo, as efetuadas pelas empresas estatais de atuação comercial) estavam praticamente livres de qualquer restrição em face do GATT, podendo adotar as políticas de proteção nacional que optassem em face de suas empresas privadas²⁶.

MFN E TRATAMENTO NACIONAL

Vale entender o alcance destas duas normas. O GATT, em seu corpo básico, contém duas regras centrais relativas à discriminação²⁷: a do artigo I, relativo à Nação Mais Favorecida (MFN), e a do art. III, que regula o chamado "tratamento nacional". Diz John Jackson:

The national treatment, like the MFN obligation, is a rule of 'nondiscrimination'. In the case of MFN, however, the obligation prohibits discrimination between goods from different exporting countries. The national treatment clause, on the other hand, attempts to impose the principle of nondiscrimination as between goods which are domestically produced, and goods which are imported. It is, needless to say, a central feature of international trade rules and policy.²⁸

Assim, os princípios básicos de não discriminação são de que nenhum membro do GATT pode tratar diferentemente os demais membros, nem estabelecer desigualdade entre nacionais e estrangeiros.

COMPRAS ESTATAIS

Juntamente com a proibição de discriminação em matéria de tributos, o art. III alcançava as exigências governamentais que viessem a afetar as operações internas de compra e venda, transporte, distribuição ou uso de produtos, assim como as regras internas relativas à dosagem, processamento ou uso de produtos em certas proporções ou quantidades. Entre tais exigências, proibidas pelo GATT, estariam as de índices mínimos de nacionalização, exceto no caso de compras governamentais (art. III.8 (b)).

Os textos pertinentes são os seguintes:

(Art. III (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 sale.

2. The provisions of paragraph 1 of this article shall not apply to imports of products for immediate or ultimate consumption in governmental use and not otherwise for resale or use in the production of goods for sale. With respect to such imports, each contracting party shall accord to the trade of the other contracting parties fair and equitable treatment.

Mesmo ao regular a situação especial das empresas estatais de estanco ou monopólio, no que pode ser considerado uma modesta restrição à discricionariedade dos Governos no seu poder de compra, o art. XVII do Acordo Geral obriga tais empresas a seguirem a norma de MFN mas excetua os mesmos casos do art. III²⁹.

OBJETIVIDADE

A conjugação entre o art. III (8) e o art. XVII do Acordo Geral tem assim direta implicação na aplicação de uma política de compras de caráter seletivo: o GATT obriga os países membros a dirigir as atividades das empresas estatais por eles controladas de forma que suas compras e vendas se pautem exclusivamente segundo as considerações comerciais objetivas, incluindo preço, qualidade, transporte, e demais condições.

O princípio é que as empresas de outros países-membros devem ter igual oportunidade, dentro das regras de mercado, de participar das compras e vendas referidas. Porém nenhuma restrição se aplicava às hipóteses de aquisição de bens pelas empresas governamentais ou pelo Estado diretamente, se não fosse com destino à revenda ou uso como insumo no sistema produtivo.

O BUY AMERICAN ACT E O GATT 1947

Exemplo relevante de uma legislação que utilizou plenamente os limites do GATT é o *Buy American Act* de 1933³⁰; tal como regulamentado pelo Executivo, que concedia e continua concedendo ao licitante nacional margem de proteção de até seis ou doze por cento - ou de cinquenta por cento no caso do Departamento de Defesa³¹. Uma série de outras leis federais e estaduais americanas igualmente estabelecem outros sistemas de proteção à indústria nacional³².

O BRASIL E O ACORDO TÓQUIO

Não tendo se alinhado entre os países que subscreveram o acordo sobre compras estatais de Tóquio ou do texto da Rodada Uruguai, o Brasil está, no tocante ao tema, regulado apenas pelas disposições do Acordo Geral, acima indicadas, inclusive com o benefício das disposições que favorecem os países em desenvolvimento. Vale, porém, especial atenção a hipótese de aplicação da legislação relativa a subsídios.

O ACORDO DA RODADA TÓQUIO

Parte das negociações multilaterais da Rodada Tóquio, concluídas em 1979, nasceu do Acordo sobre Aquisições Governamentais³³. O acordo é de caráter **plurilateral**, ou seja, de participação voluntária pelos membros do GATT, e, como veremos, opera de forma progressiva e, até agora, muito limitada.

O Acordo tem como finalidade principal desencorajar a discriminação contra os fornecedores estrangeiros³⁴. Num resumo exato, dizem Barton e Fisher:

The MTN Government Procurement Code was intended to be a partial remedy for this state of affairs. The key obligation assumed by signatories under the code is that of national treatment. Part II of the code provides that signatories are to provide other signatories treatment no less favorable than that accorded to domestic products and suppliers for specified government agencies. In addition, signatories are not to discriminate among foreign suppliers (Part. V), and the code requires fair, consistent, and transparent procedures in government purchasing. Signatories must publish their procurement laws and regulations in publications specified in the code itself. Moreover, intricate substantive standards and publication requirements must be satisfied during all phases of the procurement process.

TÓQUIO E OS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

Em sua seção III, o Acordo prevê algumas regras especiais para os países em desenvolvimento, as quais porém não tiveram efeito indutor significativo³⁵. Tais países podem, por exemplo, usufruir de maior flexibilidade nas suas listas nacionais, ou ter certa latitude na aplicação do tratamento nacional. O Acordo vinculava-se, de outro lado, ao sistema de solução de conflitos do GATT³⁶.

TÓQUIO: UM ACORDO RESTRITO

O Acordo entrou em vigor em 1º de janeiro de 1981, contando já com 12 membros, e 31 observadores em 1º de janeiro de 1988. Atualmente, após a Rodada Uruguai, os membros são Japão, Canadá, os países nórdicos e da União Européia, Hong Kong, Suíça, Austrália, Israel, Áustria e Coreia³⁷.

Várias alterações foram introduzidas no texto e na prática do Acordo desde seu início. Em novembro de 1986, uma decisão do Comitê do GATT sobre Compras Governamentais iniciou procedimento que visava a extensão progressiva da sua abrangência aos serviços, pois, na versão original, apenas aqueles suplementares ao fornecimento de bens (por exemplo, supervisão de montagem) estariam no escopo do tratado³⁸. Em seguida, em 14 de fevereiro de 1988, foi elaborado um Protocolo de Aplicação, modificando as listas nacionais e reduzindo o valor mínimo de valor de contratos sujeitos ao Acordo.

O CÓDIGO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA RODADA URUGUAI

Com a Rodada Uruguai, voltou o tema diretamente à atenção dos países indicados. Ocorre que, apesar de já em vigor há alguns anos, o Acordo mostrava-se bastante ineficaz para atingir os seus propósitos³⁹.

VIGÊNCIA

O novo Acordo entrará em vigor em 1º de janeiro de 1996, ou de 1997, para Hong Kong e Coreia. No âmbito de extensão, o Acordo 1994 passará a incluir obras e serviços de engenharia, vinculando também, até certo grau, as compras dos entes sub-nacionais (estados e municípios). Regras específicas quanto à publicação dos editais, prazos, normas técnicas, notificação aos licitantes não vencedores, recursos pormenorizados⁴⁰.

MEIO AMBIENTE

Pela primeira vez, o Acordo passará a prever a possibilidade de restrições vinculadas à qualidade de vida - como normas de proteção ao meio ambiente, desde que não sejam pretexto a discriminação injustificável

ou arbitrária. De outro lado, passa a ser vedada a prática de escambo ou contrapartida - o que era perfeitamente possível sob o texto em vigor⁴¹.

LIMITES DE APLICAÇÃO

O valor mínimo passou a ser 130.000 direitos especiais de saque (SDR), quanto a bens, e de 5 milhões de SDR quanto a obras de engenharia. As listas nacionais foram grandemente ampliadas, passando a incluir em alguns casos os entes sub-nacionais. No caso dos Estados Unidos, esta extensão alcançou os setores de telecomunicação e geração e transmissão de eletricidade, pelo menos em relação aos países membros que ofereceram contrapartida significativa⁴². Extremamente significativo é o que fica excluído da listas nacionais americanas: transporte, pesquisa e desenvolvimento, administração, e manutenção de laboratórios e centros federais de pesquisa.

A par do novo Acordo, a Ata final do GATT 1994⁴³ contém mecanismos especiais de acesso dos países em desenvolvimento ao Acordo anterior⁴⁴. Entre estes, mencionam-se sistemas de consulta entre os atuais membros e os possíveis candidatos, assim como oportunidades de exportação para os países desenvolvidos, vinculadas à aceitação das normas específicas da OMC.

O CÓDIGO DE SUBSÍDIOS

Como o Código de 1979, o resultante da nova safra coloca-se como interpretação dos arts. VI, XVI e XXIII do Acordo Geral, razão pela qual se impõe a análise inicial do texto básico de 1947⁴⁵ (não o Código de 1979), recepcionado pelo GATT 1994. Sobre a base anterior, vêm então as novas normas, que na verdade não só interpretam, mas criam outras regras a par das do Acordo Geral, e detalhamentos e caráter regulamentar.

INCENTIVO NAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS

O que é um subsídio, para efeitos do Código 1994, no caso de compras estatais? Para o Código, um subsídio é uma contribuição financeira ou outra forma de garantia de preço ou de receita, provinda seja diretamente de fonte estatal seja por intermediação de órgão privado, que importe na concessão de um benefício a alguém. No tocante às ações multilaterais não há nenhuma definição do que seja este benefício; mas, no capítulo do Código dedicado às medidas unilaterais de Direitos Compensatórios, encontramos o conceito legal de benefício em termos estritamente financeiros.

Haverá benefício se a compra pelo ente estatal se fizer por um valor acima, e o fornecimento por valor abaixo, do que o Código considera ser a "remuneração adequada": as condições de mercado relativas ao bem ou

serviço em questão no país que concede o incentivo, levando em conta o preço, a qualidade, a disponibilidade, o transporte, etc. Não há menção à hipótese de o benefício constituir-se de simples preferência no caso de empate, a preços de mercado.

O QUE É APLICÁVEL AO BRASIL

As vedações do Código de Subsídios encontram alguma moderação no que toca aos países em desenvolvimento. Em primeiro lugar, o ônus de provar **positivamente** o dano resultante do alegado subsídio é do outro país que suscita a questão, não se presumindo sua existência - coisa que ocorre quando o subsídio é aplicado por um país desenvolvido. Em segundo lugar, no caso de subsídios "acionáveis" (outros que os concedidos diretamente à exportação), só haverá fundamento para ação multilateral no caso de neutralização de concessões já feitas anteriormente no âmbito do GATT⁴⁶.

Tal privilégio pode ser particularmente importante, pois não serão tutelados os interesses de exportação dos demais países membros para o país em desenvolvimento ou para terceiros países. Em um outro aspecto o estatuto especial dos países em desenvolvimento favorece o Brasil: os incentivos à aquisição interna, expressos freqüentemente na prática brasileira pelos índices de nacionalização, só passam a ser vedados a partir dos cinco anos da OMC.

O MERCOSUL

Não se tem, até o momento, um acordo específico sobre licitações públicas no âmbito do Mercosul; aplicam-se, porém, a todos os procedimentos administrativos, dentre eles seguramente as licitações, as regras genéricas do Tratado, no que tiverem pertinência, assim como as do tratado específico entre Brasil e Argentina que instituiu as **empresas binacionais**.

ISONOMIA NO TRATADO DE ASSUNÇÃO

O Tratado de Assunção⁴⁷, como instrumento plurilateral, está sujeito ao sistema constitucional brasileiro⁴⁸, inclusive quanto às restrições impostas aos estrangeiros e aos favorecimentos aos nacionais⁴⁹.

A isonomia entre pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras não residentes não é um princípio adotado, em termos genéricos e imediatos, no âmbito do Tratado de Assunção; aliás, mesmo no tocante ao tratamento às importações de produtos ou produtos importados de um dos outros países do Mercado Comum, as regras aplicáveis são muito menos restritivas do que as da OMC:

Enquanto o Tratado de Assunção, seguindo o exemplo do Acordo de Cartagena e do Tratado de Roma, concebeu o princípio da isonomia apenas para a matéria tributária e para os gravames equivalentes, o GATT contempla o regime de tratamento nacional também para outros casos, como quaisquer outras medidas que restrinjam indiretamente a comercialização dos produtos (...)⁵⁰.

Ora, as preferências ao licitante nacional, em caso de empate, não é, claramente, restrição de caráter tributário, e nem sequer relativa à importação de produtos⁵¹.

No entanto, não se entenda que, por tal razão, o Tratado deixe de se aplicar, **in potentia**, às licitações realizadas no território nacional. Tanto a idéia do mercado único é um dos propósitos do quadro do Mercosul, quanto é impressionante a disposição do Anexo I do Tratado, abaixo transcrita:

(Artigo primeiro) Os Estados-Partes acordam em eliminar, o mais tardar a 31 de dezembro de 1994, os gravames e demais restrições aplicadas ao seu comércio recíproco.

(...)

(Artigo segundo) Para efeitos do disposto no Artigo anterior, se entenderá:

(...)

b) por "restrições", qualquer medida de caráter administrativo, financeiro, cambial ou de qualquer natureza, mediante a qual um Estado-Parte impeça ou dificulte, por decisão unilateral, o comércio recíproco. (...)

A interpretação sistemática do Tratado e do contexto do Direito Econômico Internacional nos impede de considerar que tal mandamento afeta a preferência nas licitações, seja quanto às de caráter objetivo (ao produto aqui fabricado) ou subjetivo (às empresas brasileiras). Com efeito, o Artigo Quinto do Tratado, ao mencionar quais são as "restrições" cujo efeito cessaria após 31 de dezembro de 1994, menciona especificamente as **barreiras não tarifárias**.

Nunca, no contexto do GATT, como já visto, o tratamento das licitações públicas foi classificado como **barreira não tarifária**, objeto que é, no texto do Acordo Geral, de regra própria. Instrumento de natureza **convencional**, o Tratado de Assunção se insere na prática uniforme internacional, na experiência do GATT e, em certa proporção, do Acordo de Cartagena e do Tratado de Roma, o que ilumina a vontade das partes na sua expressão coletiva⁵². Assim, não parece compatível com a vontade das partes, à luz da **prática uniforme internacional**, que a abolição das restrições do artigo segundo do Anexo compreendesse a preferência nas licitações.

Cabe lembrar que, ainda se aplicáveis às preferências das licitações, as Regras do Tratado de Assunção não revogariam o disposto

na Lei nº 8.666/93: primeiro, por apenas tornar as normas de preferência **inoponíveis** aos beneficiários do ato internacional⁵³.

O ESTATUTO DAS EMPRESAS BINACIONAIS

No contexto das relações com os países do Cone Sul, embora não exatamente nos do Mercosul, merece especial ênfase o Estatuto das Empresas Binacionais, firmado entre Brasil e Argentina em 1992⁵⁴. Embora ainda não seja um instrumento legal amplamente usado⁵⁵, suas peculiaridades, em especial após a mutação constitucional em estudo, merecem nossa atenção⁵⁶.

O art. 5º do Estatuto, no pertinente, diz o seguinte:

As empresas binacionais terão, no país de sua atuação, o mesmo tratamento estabelecido ou que se venha a estabelecer para as empresas de capital nacional desse país, ainda que a maioria do capital social pertença aos investidores do outro país, conforme o art. 1º do presente Estatuto, em matéria de:

(...)

d) acesso às compras e contratos do setor público.

Assim, parece-nos que uma Empresa Binacional, segundo o Estatuto que lhes é próprio, não seria preterida em face de uma empresa nacional, caso aplicável o terceiro (hoje segundo) critério de desempate previsto na Lei nº 8.666/93.

CONCLUSÃO QUANTO À LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL

Não vemos, pelas razões expostas, qualquer dispositivo nos textos internacionais indicados, que implicasse em vedação de uma preferência à empresa nacional, em caso de empate na licitação realizada no país.

Com efeito:

a) Quanto ao Acordo geral da OMC, nenhuma restrição se aplica às hipóteses, de **aquisição de bens** pelas empresas governamentais ou pelo Estado diretamente, se não se trata de aquisição com destino à revenda ou uso como insumo no sistema produtivo.

b) Quanto à contratação de obras e serviços, até a recente promulgação dos Acordos sobre Serviços, as regras do GATT somente se destinavam a regular o comércio de bens físicos. Mesmo no caso do novo Acordo de Serviços (o GATS), a aplicação das novas regras às compras estatais de obras e serviços será sujeita a nova negociação, a ser iniciada em 1977.

c) O Brasil não é parte do Acordo específico da OMC sobre Compras Governamentais, não se lhe aplicando suas regras.

d) Quanto ao Acordo de Subsídios da OMC, não há qualquer restrição à hipótese de o benefício constituir-se de simples preferência no caso de empate, a preços de mercado.

e) Quanto ao Mercosul, não há, ainda, normas que se oponham à manutenção das preferências, seja no tocante aos **produtos fabricados no país**, seja no tocante às **empresas nacionais**.

f) Quanto ao Estatuto das Empresas Binacionais, a norma internacional se oporia à preferência dada à empresa brasileira em face de uma binacional, mas não a de um **produto fabricado no Brasil**.

A SELEÇÃO DO LICITANTE NACIONAL NA LEI ORDINÁRIA.

Tratamos, nesta seção, dos critérios legais em que, segundo a legislação nacional vigente, presidem a seleção subjetiva dos licitantes, especialmente os que podem incidir numa política de compras destinada a incentivar segmentos da economia vinculados ao capital nacional.

A LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA ANTES DE 1988

Prévia à Constituição de 1988, a legislação nacional se achava representada, ao nível de normas gerais, pelo Decreto-lei nº 2.300/86, como alterado. O instrumento foi recepcionado pela nova Carta, que aliás assegurou sua prevalência sobre a legislação estadual e local, o que sofria dúvidas no regime anterior, tal prevalência se acha restrita, porém, às **normas gerais**, contidas no decreto-lei, que não são todas. Vale dizer, havia normas que só se aplicavam na esfera federal, com legislação complementar em decreto executivo.

LICITAÇÃO E POLÍTICA INDUSTRIAL

Não existia na legislação federal anteriormente em vigor previsão específica de utilização do poder de compra do Estado para fins de política industrial. Existia, porém, a regra de que, no caso de aquisições de equipamentos e materiais e de realização de obras e serviços "com base em política industrial e de desenvolvimento tecnológico ou setorial do Governo Federal," os órgãos e entidades do Estado possam adotar modalidades apropriadas de contratação, "observadas, exclusivamente, as diretrizes da referida política e os respectivos regulamentos".

OUTRAS PREFERÊNCIAS ENTRE LICITANTES

No regime anterior ao da Lei nº 8.666/93, determinava-se a existência das seguintes normas de preferência ao nível de lei ordinária⁵⁷:

a) O art. 3º, § 2º, do Dec.-lei nº 2.300/86, que assegurava preferência aos bens e serviços produzidos no país por empresas nacionais, em igualdade de condições e à vista do critério ou julgamento estabelecido no instrumento convocatório.

b) O art. 25, § 10, do mesmo decreto-lei que exigia, em concorrências internacionais, que as empresas estrangeiras se consorciassem com as nacionais ou mantivessem representante no Brasil.

c) A Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1986, (Lei da Informática), que restringia às empresas nacionais a participação em licitações públicas relativas a bens e serviços do setor.

d) O art. 546 da CLT que dá preferência às empresas sindicalizadas na concessão de serviços públicos ou no fornecimento de bens e serviços à Administração⁵⁸.

NORMAS GERAIS EM VIGOR

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 introduziu novos parâmetros, aplicáveis nacionalmente, para as licitações e contratos administrativos. A nova lei, à diferença da anterior, se quer, por inteiro, norma geral, de alcance nacional⁵⁹.

VEDAÇÃO EM PRINCÍPIO À POLÍTICA DE COMPRAS

A nova lei não contém qualquer cláusula genérica, como ocorria na anterior, prevendo que, com base em política industrial e de desenvolvimento tecnológico ou setorial do Governo Federal, se possam adotar esquemas especiais de contratação, "observadas, exclusivamente, as diretrizes da referida política e os respectivos regulamentos"⁶⁰. Pelo contrário, foi introjetado ao texto do estatuto das licitações o princípio isonômico constitucional, com redação muito enfática:

Art. 3º (...)

§ 1º - É vedado aos agentes públicos:

I - Admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto específico do contrato⁶¹.

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere à moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991⁶².

DISTINÇÕES OBJETIVAS

O primeiro inciso deste art. 3º, § 1º, do Estatuto das Licitações se volta à proteção do princípio licitatório - o de que, garantida a igualdade de acesso à oferta ou demanda pública, o contrato seja adjudicado ao melhor licitante, tal como definido pela necessidade que leva o Poder Público a contratar. Assim, não será admitida licitação em que se estabeleçam preferências entre os licitantes, **a não ser quando tais distinções sejam pertinentes e relevantes para o específico objeto do contrato**⁶³.

Entre tais distinções, que podem ser irrelevantes, a lei cita a naturalidade, a sede ou o domicílio dos licitantes. Porém, em cada um destes casos, é perfeitamente possível conceber hipóteses onde tais peculiaridades dos licitantes se tornem essenciais para a Administração, legitimando a preferência⁶⁴.

A DISTINÇÃO EM FAVOR DE NACIONAIS E DO CAPITAL NACIONAL

O segundo inciso do art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.666/93, como visto, se volta às distinções entre nacionais e estrangeiros, vedando-as - a não ser nos dois casos que, de acordo com o texto constitucional em vigor à data de sua edição, eram pertinentes. A mesma Lei nº 8.666/93, de outro lado, regulava a regra constitucional que assegurava preferência, nas licitações, às empresas brasileiras de capital nacional.

Tais parâmetros de preferência se liam, constituindo **norma geral**, no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/93, já citado anteriormente.

A rigor, o dispositivo acrescentava relativamente pouco ao Decreto-lei nº 2.300/86, que concedia, como mencionado, preferência, em igualdade de condições, para os bens e serviços produzidos no país⁶⁵. Ao colocar a nacionalidade do capital da empresa brasileira como primeiro critério de desempate (entenda-se, após ineficazes todos os demais parâmetros estipulados no edital para desigualar as ofertas dos licitantes) a nova Lei não concedia qualquer margem de preferência, nem outra vantagem que permitisse favorecer o produtor nacional quando não houvesse empate.

O SETOR DE INFORMÁTICA ANTES DA MUDANÇA CONSTITUCIONAL

O art. 45, § 4º, da Lei nº 8.666/93 cuidava igualmente da proteção dispensada pela Administração Pública Federal direta e indireta às empresas brasileiras de capital nacional. Essa tutela legal consistia na aquisição preferencial, pela Administração Pública Federal através de licitação, cujo

tipo obrigatório é o de "técnica e preço" - de bens e serviços de informática e automação.

Para isto, devia-se observar o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, que estabelecia:

Art. 3º - Os órgãos da Administração Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União, darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, nos termos do § 2º do artigo 171 da Constituição Federal, aos produzidos por empresas brasileiras de capital nacional, observada a seguinte ordem:

I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país⁶⁶;

II - bens e serviços produzidos no país, com significativo valor agregado local.

§ 1º - Na hipótese da empresa brasileira de capital nacional não vir a ser objeto desta preferência, dar-se-á aos bens e serviços fabricados no país preferência em relação aos importados, observado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º - Para o exercício desta preferência, levar-se-á em conta condições equivalentes de prazo, entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.

A Lei nº 8.248/91 consolidou em um mesmo diploma, visando a um objetivo comum, estímulos tão diversos como a concessão de incentivos fiscais, a atribuição de prioridade em financiamentos, até a preferência nas aquisições de bens e serviços de informática e automação realizadas pelo setor público federal. Somente quanto aos incentivos direcionados às empresas brasileiras de capital nacional (especialmente o incentivo de capitalização, por dedução do IR devido) se verificou a revogação, após a Emenda nº 6, persistindo os demais dispositivos da mesma lei. Com que concordo, neste passo, com o pronunciamento oficial do MCT (Parecer nº 231, de 13 de novembro de 1995, da Consultoria Jurídica do MCT⁶⁷).

Portanto, se quando da edição da Lei nº 8.248/91, somente às empresas brasileiras de capital nacional era possível realizar a capitalização incentivada - tanto que constituía esta condição um dos requisitos necessários de atribuição do benefício, o que revela tratar-se de uma política pública de estímulo restrita a essa categoria de empresa - eliminada esta, com mais razão extinto está o benefício, posto que se não acessível às demais empresas àquela época, menos ainda o será agora, quando ninguém detém tal status.

(...)

Situação diversa, todavia, verifica-se com o tratamento preferencial que tem por espeque os outros citados dispositivos constitucionais, pois, como já referido, nesse particular inexistiu qualquer mudança. Tal é o caso da preferência outorgada a bens e serviços produzidos no país sob certas condições, que são objeto de regramento específico no § 1º do art. 3º da Lei nº 8.248/91.

PREFERÊNCIAS AOS LICITANTES APÓS A MUDANÇA CONSTITUCIONAL DE 1995

Por efeito da Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, foi suprimido o primeiro parâmetro de desempate no caso de licitações públicas, que conferia aos licitantes que fossem **empresas brasileiras de capital nacional** a prioridade; permanecem, porém, em vigor, os demais critérios, que são plenamente aplicáveis, na forma da Lei nº 8.666/93, com as seguintes exceções:

- a) No da empresa binacional argentino-brasileira, beneficiária do Estatuto próprio.
- b) No caso do estabelecimento de pessoa jurídica estrangeira, autorizada a funcionar no Brasil, na forma da lei.

Em ambos os casos, não haverá preferência da empresa nacional, por aplicação dos critérios fixados no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/93, inciso III.

Mantém-se intacto, porém, como primeiro critério de desempate, o parâmetro objetivo do fixado no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/93, em seu inciso II.

NOTAS

(1) A Constituição de 1988, na sua redação original, em seu art. 171, § 2º, estabelecia que, na aquisição de bens e serviços, o Poder Público daria tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional. A lei em questão, de outubro de 1986 até 21 de junho de 1993, porém, era o Decreto-lei nº 2.300/86, que, no entanto, apenas se referia à preferência, em igualdade de condições, para os bens e serviços produzidos no país - o que é algo inteiramente diverso. O art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, porém, ao tratar da situação especial das empresas brasileiras de capital nacional no setor de informática, estabeleceu regras especiais que não se reduziam à igualdade de condições do Dec-lei nº 2.300/86; e a nova Lei nº 8.666/93, como veremos, preservou a idéia de um tratamento especial. A emenda constitucional nº 6, de agosto de 1995, que suprimiu o tratamento favorecido à empresa brasileira de capital nacional, modificou a perspectiva, de forma que veremos a seguir.

(2) A princípio, com a CAPRE, os esforços de implantação da indústria de informática dependiam exclusivamente do direcionamento das compras estatais; com a SEI, um controle mais atuante das importações redobrou a força da intervenção no respectivo mercado.

(3) Dec. nº 64.345/69, Dec. nº 66.864/70, Dec. nº 66.717/70 e Dec. nº 73.685/74.

(4) A Comissão Coordenadora dos Núcleos de Articulação com a Indústria (CCNAI).

(5) Por exemplo, isenções ou reduções de tributos de importação.

(6) Acesso ao câmbio de importação, quando contingenciado ou estabelecidos ônus específicos, de caráter cambial, como sobrepreço imposto pela União, ainda que retornável - sem correção monetária - após um período.

(7) Acesso a créditos de curto prazo, quando a regra geral é que um prazo mínimo era obrigatório para produtos com similares nacionais.

(8) Nos termos, por exemplo, da Portaria MF GB 6/69, aliás compatível com as normas gerais do Banco Mundial.

(9) Dec.-lei nº 1.335/75 e legislação superveniente. Para administrar o mínimo de valor importado em cada projeto, instituiu-se o interessante regime dos Acordos de Participação, com os produtores nacionais e o promotor do projeto negociando, sob as bênçãos da CACEX e da Receita Federal, o que poderia ser trazido do exterior sem apuração de similaridade.

(10) Dizia Toshio Mukai, **Novo Estatuto das Licitações e Contratos**, 1993, p. 24 quanto à estreita afiliação do dispositivo da lei ordinária à matriz constitucional: "Portanto, o § 2º do art. 3º da nova lei é constitucional, na medida em que eleva como primeiro critério de desempate a hipótese prevista pela Constituição".

(11) Há que se enfatizar que esta constatação, de cunho estritamente técnico jurídico, não traduz nenhum juízo de valor quanto ao bom senso da mutação constitucional, num contexto histórico em que o reforço do controle do capital estrangeiro é reforçado no mais importante país de economia de mercado. Em estudo de 1991, solicitado pelo Ministério das Relações Exteriores, tivemos oportunidade de mencionar: "Depois de décadas como o principal beneficiário da economia multinacional, os Estados Unidos começam também a temer o poder dos grandes grupos internacionais. A chamada emenda Exon-Florio permite agora ao Presidente dos Estados Unidos suspender as operações de **taking over** pelas quais uma empresa estrangeira assume o controle de uma empresa americana de forma que pudesse ameaçar a Segurança Nacional (Defense Production Act of 1950, Sec. 71, 50 U.S.C., App. 2158, *et seq.*, as added by the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, 5021, Publ.L. nº 100-418, 102 Stat. 1107, 1425-26). A legislação brasileira, tida por intervencionista, nunca teve um dispositivo de tal natureza em vigor. Segundo Barry K. Robinson, "Practical Comments on the Exon-Florio Provisions and proposed Regulations", in **the Commerce Department Speaks**, PLI (1990) vol. I, p. 197, os primeiros casos suscitados em menos de dois anos de vigência foram os da aquisição de uma fábrica de chips de silicógeno da Monsanto pela alemã Huels AG e a compra da General Ceramics pela Tokuyama Soda Co". No Canadá, o Investment Canada Act, S.C. 1985, c. 20, tem dispositivo análogo.

(12) Parecer nº 231, de 13 de novembro, de 1995, da Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia, publicado no DOU em 20.11.95, IOB Bol. 48/95, p. TL 1.520. Tal pronunciamento, porém, chega a outras conclusões com as quais o autor, como se pode depreender, não comunga.

(13) Nos seus **Estudos e Pareceres**, Vol. VI, Ed. RT, 1982.

(14) **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, RT, 1978, p. 24.

(15) Gerald Gunther, **Constitutional Law**, Foundation Press, 1991, p. 269. Vide também Lockhart, Kamislar, Choper, Schiffrin, **Constitutional Law**, West, 1991, p. 241. Barret Jr. e Brutton, **Constitutional Law**, Foundations Press, 1973, p. 350.

(16) Note-se que, em interessante parecer sobre a matéria de preferência às empresas nacionais, Adilson Abreu Dallari, em RDP 87/65, entendeu perfeitamente possível - apoiando-se em Bandeira de Mello e sob o Dec.-lei nº 2.300/86, - concentrar certas compras estatais em empresas nacionais, desde que em setores em que fosse necessário afirmar a presença do capital nacional. O critério, no caso, seria objetivo - a proteção de um interesse de controle nacional sobre o setor - e não preferência injustificada por tal ou qual licitante.

(17) A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 225, III, estabelece - num exemplo de legislação local que deve se repetir com alguma frequência - que tais empresas tenham preferência nas compras de bens e serviços compatíveis com seu porte; tal dispositivo foi

regulamentado pelo Dec. n.º 16.672, de 28 de junho de 1991, que concede reserva de trinta por cento das licitações às microempresas. A legislação estadual apontada claramente é inconstitucional, por violar um princípio da Lei Nacional de Licitações, no que outorga reserva de proporção das licitações, aliás longe do que provê a Carta, no art. 179, que apenas exige simplificação de procedimentos administrativos, e não reserva quantitativa. Vilella Souto, *op. cit.*, p. 47.

(18) Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição de 1988*, Saraiva, 1989, p. 60.

(19) José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 172; Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição*, p. 5.

(20) Correspondência do Senador Roberto Freire à Associação Brasileira de Empresas de Química Fina e Biotecnologia (ABIFINA), datada de 08.06.95: "o art. 58, da Constituição Federal que trata do princípio da isonomia, dos direitos e deveres individuais e coletivos, refere-se à pessoa física (cidadania) e não à jurídica (empresas)."

(21) Na forma do art. 60 do Decreto-lei n.º 2.728/41. Não se entenda, de nenhuma forma, a abrangência da isonomia quanto aos agentes, representantes, escritórios de representação, outros que o efetivo estabelecimento no país da própria pessoa jurídica estrangeira, autorizado por ato do Presidente da República.

(22) Ou seja, de legislar no silêncio da lei federal, mesmo sobre normas gerais; no caso, segundo o art. 22 da Carta, seria necessário autorização por lei complementar federal para legislar sobre "questões específicas". A legislação suplementar, compatível com outra já existente, deriva da regra de que o Direito Administrativo é da competência de cada unidade política - estados federados e municípios.

(23) A redação do GATS quanto à matéria é o seguinte: **Article XIII, Government Procurement**. 1. Articles II, XVI and XVII shall not apply to laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of services purchased for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the supply of services for commercial sale. 2. There shall be multilateral negotiations on government procurement in services under this Agreement within two years from the date of entry into force of the WTO Agreement.

(24) Vide Daniel Real de Azua, *A Licitação Internacional*, Ed. Aduaneiras, 1994, p. 81 s.

(25) Isenção limitada: a redação do dispositivo apenas abrangia compras estatais "purchased for governmental purposes and not for resale or use in the production of goods for sale". Por essa razão, em um caso antigo mas muito ilustrativo (Baldwin-Lima-Hamilton Corp. v. Superior Court, 208 Cal.App.2d. 803) um tribunal da Califórnia declarou inaplicável a norma de proteção local (California Buy American Act of 1933), vigendo o GATT, no caso de compra para a Cidade de São Francisco de turbinas elétricas, pois o equipamento seria usado na geração de energia para ser vendida à população. Mas solução oposta foi encontrada em K.S.B. Technical Sales Corp. v. North Jersey District Water Supply Commission of the State of New Jersey, 75 N.J. 272, 381 A.2d. 774), onde o tribunal de New Jersey entendeu que o GATT original não se aplicaria a caso análogo.

(26) Jackson, *Legal Problems of International Economic Relations*, West Publishing, 1986, *op. cit.*, p. 522.

(27) Diz John H. Jackson, *op. cit.*, p. 444: "Apart from Article I of GATT, the General Agreement also contains a number of other MFN or nondiscrimination clauses". E cita: Art. IV b. (films) Art. III. 7 (int'l mixing requirements) Art. V. 2, 5 e 6 (transit of goods) Art. IX.1 (marks of origin) Art. XIII.1 (quantitative restrictions) Art. XVII.1 (state trading) Art. XVIII.20 (measure to assist economic development) Art. XX (j) (measures of goods in short supply).

(28) *Op. cit.*, p. 483.

(29) O art. XVI.2. tem redação idêntica ao art. III (8) (a).2, transcrito acima.

(30) Lei de 3 de março de 1933, ch. 212, tit. III §§ 1-3, 47 Stat. 1520 (U.S.C.A. §§ 10 (a)-(d)). Diz The Buy American Act of 1988: legislation in conflict with U.S. International Obligations - 20 *Law and Policy in International Business* 603 (1989): "The price preferences for United States suppliers are generally six percent of domestic offers from large businesses and twelve

percent of domestic offers is from small businesses or labor surplus area concerns. 48 C.F.R. ... 25.105 (1987). the differentials for Department of Defense procurement are the greater of either 50 percent of the offer (exclusive of duty) or 6 ou 12 percent of the offer (inclusive of duty). 48 C.F.R. ... 225.105 (1987). See also Exec. Order No. 10582, 3 C.F.R. 96 (Supp. 1954) (Uniform Procedures for Determinations) amended by Exec. order 11051, 3 C.F.R. 635 (1959-1963) and Exec. Order 12148, 3 C.F.R. 412 (1979), reprinted in 41 U.S.C. ... 10d app., at 1042 (1982)". Note-se que a sobrevivência do *Buy American Act* se deve não ao permissivo do art. II(8) do Acordo Geral, mas ao fato de que já estava em vigor quando o GATT 1947 foi acordado (por efeito da chamada **grandfather clause** do art. I).

(31) O *Buy American Act* 1933 continua plenamente em vigor, aplicando-se aos casos não cobertos pelo Acordo pertinente do GATT. Vide the *Buy American* ... - *op. cit.* na p. 609.

(32) A lista desta legislação está em S.Rep. n.º 96-249, 96th. Cong. Ist. Sess. 131-32 (1979).

(33) Curiosamente, a idéia de um acordo específico no âmbito do GATT para tratar de compras governamentais partiu dos países em desenvolvimento. Segundo o **Report of the Director General of GATT, the Tóquio Round of Multilateral Negotiations**, pp. 76-77 (1979): "The creation of a sub-group to deal with this matter was pressed by the developing countries - in particular some of the more advanced - who believed that Government procurement held out possibilities for the expansion of their trade and provided scope for special and differential treatment in their favour in accordance with the provisions of the Tóquio Declaration".

(34) Note-se a existência de Acordo específico para a área de aeronaves civis, negociado na Rodada Tóquio com regras similares às do Acordo sobre Compras Governamentais. Vide Carreau, Flory e Juillard, "Droit International Economique", LGDJ, 1990, p. 211. No entanto, tal Acordo reconhece a peculiaridade do setor aeronáutico, permitindo maior intervenção do Estado com previsão explícita de subvenção à exportação. Como notam os autores, trata-se de uma atenuação específica das normas gerais proibindo subsídios à exportação. A partir de 1988, sérias controvérsias ocorreram no âmbito deste Acordo, em particular no que toca ao caso Airbus. *Ob. cit.*, p. 212.

(35) John Barton e Bart Fisher, *International Trade and Investment*, Little Brown 1986.

(36) Em decisão de 1967, um painel do GATT fixou em valor menor o limite mínimo dos contratos sempre que aplicável o imposto sobre valor acrescido (VAT).

(37) *International Trade Reporter* 2166 vol. 10 de 22.12.1993.

(38) Carreau, Flory e Juillard, *op. cit.*, p. 165.

(39) Robert E. Herzstein, China and the GATT: Legal and Policy Issues 18 *Law and Policy in International Business* 371 (1986): "Moreover, even when applied to the more limited situation of government purchases, the Code has not been wholly successful to date. See, e.g., S. Rep. No. 102, 99 th. Cong., Ist. Sess. 7 (1985). Although the Code requires the use of open tenders by government agencies, as many as 90 percent of Japanese government purchases are on the basis of single tendering". A mesma razão levou o Congresso Americano a aprovar em 1987 o *Buy American Act* 1988.

(40) No tocante à área de aeronaves civis, a Rodada Uruguai terminou com uma suspensão das normas vigentes, e esperanças de um novo acordo a ser celebrado até o fim de 1994. Segundo *Le Nouvel Economiste*, de 25 de fevereiro de 1994, p. 26, o objetivo dos países europeus seria, no novo acordo, garantir subsídios de até trinta por cento do preço da aeronave.

41. Vide Carreau, *op. cit.*, p. 257. O Acordo original previa a possibilidade no art. 5º, § 14, exigindo apenas tratamento isonômico e que a compensação fosse limitada apenas a uma parcela do contrato.

(42) O Japão permaneceu refratário a concessões substanciais, mantendo limites mínimos três vezes superiores aos demais membros. Vide *International Trade Reporter*, n.º citado, p. 2161.

(43) A matéria ainda é tratada nos Acordos sobre Barreiras Técnicas ao Comércio, Regras de Origem, Resolução de Controvérsias e, obviamente, no GATS.

(44) Acordo sobre Compras Governamentais, art. XXIV.2.

(45) Com as modificações de 1955.

(46) Na redação do art. 27.7, "unless nullification or impairment of tariff concessions or other obligations under GATT 1994 is found to exist as a result of such a subsidy, in such a way as to displace or impede imports of a like product of another Member into the market of the subsidizing developing country Member or unless injury to a domestic industry in the market of an importing Member occurs". Note-se que o dispositivo não impede que o país afetado no seu mercado interno imponha direitos compensatórios.

(47) Decreto nº 350, de 22 de novembro de 1991, estando em vigor em 25 de novembro de 1991. Vide, geralmente, Baptista, Mercadante e Casella, **Mercosul - Das Negociações à Implantação**, Ed. Ltr., 1994; Avelino de Jesus, **Mercosul - Estrutura e Funcionamento**, Ed. Aduaneiras, 1993; Noronha, **GATT, Mercosul & NAFTA**, Bservador Legal Editora, 1993; Thomas Andrew O'Keefe, "An analysis of the Mercosur Economic Project, 24", **The International Lawyer** 439, 1994 e José Ângelo Estrella Faria, "O Mercosul", MRE, 1993.

(48) Celso D. de Albuquerque Mello, **Direito Constitucional Internacional**, Renovar 1994, p. 323 s.; J. Rezek, **Direito dos Tratados**, Forense, 1984, p. 382; João Grandino Rodas, **Tratados Internacionais**, RT 1991, p. 54; Jean Combaucou, **Le Droit des Traités**, PUF, 1991, p. 69.

(49) Baptista, *op. cit.*, p. 23: "Por outro lado, contém a Constituição norma incompatível com o Mercado Comum, discriminando entre a empresa brasileira que tem e que não tem capital nacional".

(50) José Ângelo, *op. cit.*, p. 93.

(51) José Ângelo, *op. cit.*, p. 92.

(52) Do nosso "A Convenção de Paris é a referência fundamental da Propriedade Industrial", **Panorama da Tecnologia**, nº 13, fev. 1995, p. 33: "Para interpretar-se os tratados, e conciliar suas normas com a de outros atos internacionais de idêntica hierarquia, há que se fazer uso das regras da Convenção de Viena (doravante, CV) sobre Direito dos Tratados, em vigor para o Brasil e entre a maior parte, senão todos, dos atuais membros do GATT. (...) Fixando-se sempre no texto, a interpretação se baseia, no entanto, na boa-fé (CV 31). Para assegurar tal propósito, a Convenção impõe duas regras de análise textual. Em primeiro lugar, às palavras deve ser dado o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto. Só se dará a uma expressão um sentido especial, fora do sentido comum, se estiver estabelecido que esta era a intenção das partes (CV 31.4). Evidentemente, estabelecido no texto. A Convenção precisa o que ela entende como 'contexto'. Não são as circunstâncias externas ao tratado, mas o texto propriamente dito, seus preâmbulos e anexos, os acordos relativos ao Tratado e feitos entre todas as partes por ocasião da conclusão do tratado (CV 31.2.a), assim como qualquer instrumento, estabelecido por apenas algumas das partes convenientes, mas aceito por todas como sendo relativo ao tratado (CV 31.2.b). Fora do contexto, mas igualmente relevante para a interpretação do tratado serão os acordos posteriores, assim como a prática na execução do texto, a qual conte com o assentimento das partes (CV 31.3.a e 31.3.b). Também fora do contexto, e essencial para nosso caso, será utilizada na interpretação 'qualquer regra de direito internacional aplicável às relações entre as partes' (CV 31.3.c)".

(53) As regras dos tratados não revogam as normas internas, mas apenas, no que incompatíveis com estas, as tornam inoponíveis aos beneficiários dos atos internacionais. Com efeito, são normas especiais em sua abrangência, e não revogadas, nem são revogadas pelas normas gerais, à luz da LICC. Assim, o Mercosul afeta apenas os beneficiários do Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, nos estritos termos de seus dispositivos. Vide o nosso "Atos Internacionais Relativos à Propriedade Industrial". **Revista de Direito Nuclear**, 1981.

(54) Decreto Legislativo nº 26, de 26 de maio de 1992 e Decreto Executivo nº 619, de 29 de julho de 1992.

(55) São beneficiárias do Estatuto as pessoas jurídicas constituídas como binacionais, na forma do Tratado (art. 1º), e como tais registradas no órgão específico (art. 8º); não é, assim, o simples fato de um controle de capital dividido entre os investidores dos dois países que caracterizará a empresa como binacional.

(56) Não enfrentaremos neste ponto, embora não possamos deixar de apontar, a questão da constitucionalidade do Estatuto de Empresas Binacionais, em face da mutação constitucional em análise. Ao criar um tratamento favorecido em face da legislação argentina para empresas brasileiras de capital nacional, ele não adotaria um critério de distinção irrita ao atual sistema constitucional?

(57) Carlos Pinto Coelho, **Licitações e Contratos**, Ed. Lê, 1990, p. 30.

(58) No entender de Marcos Juruena Villela Souto, **Licitações e Contratos Administrativos**, ADCOAS, 1993, p. 47, tal dispositivo da CLT seria inconstitucional. Além destas preferências da lei ordinária, note-se que o art. 199, § 1º, da Carta de 1988 garante preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos no âmbito do SUS.

(59) É o que parece resultar do disposto no seu artigo inicial: "Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios". A extensão aos Estados e Municípios da totalidade das regras contidas na Lei nº 8.666/93, notadamente no tocante à alienação de bens imóveis, foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin nº 97-3), requerida pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, que obteve medida liminar suspensiva da aplicação de parágrafo, diversos incisos e alíneas do art. 17 da citada Lei (Diário da Justiça, ano 68, nº 214, Seção I, 10.11.93). A doutrina, por exemplo, Toshio Mukai, **O Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos**, Ed. RT, 1993, pp. 16-19, e Jessé Torres Pereira Junior, **Comentários à nova Lei de Licitações Públicas**, Renovar, 1993, p. 15, também entende que nem todas as normas da Lei nº 8.666 são vinculantes para os estados e municípios e seus órgãos de Administração.

(60) Com a superveniência da Carta de 1988, tal dispositivo já não teria mais aplicabilidade.

(61) Curioso notar que o legislador, neste ponto, segue circunvoluções bem pouco vernáculas, embora típicas da redação legislativa americana.

(62) É a lei que estabelece incentivos ao desenvolvimento da indústria nacional de informática. É importante notar esta ressalva, que revela peculiaridade importante da política industrial brasileira sob a Carta de 1988.

(63) Tal princípio encontra respaldo no entendimento do STF expresso em RTJ 103/933, 111/930, 115/576, 119/528, 120/21, Lex/STF 99/262, 97/239, 97/97, RDA 118/61, 150/125 e 158/203. No tocante às normas dando preferência às empresas locais, tem-se recente decisão do TRF da 5ª Região, com a seguinte ementa: "Nulidade de cláusula que exige que a empresa licitante tenha sede ou filial no Município em que será realizado o serviço. Aplicação do princípio da igualdade entre os licitantes. Segurança concedida" (Ac. unânime da 1ª Turma, DJU de 09.07.90).

(64) Por exemplo, uma licitação para a prestação de serviços pessoais de atendimento a menores de uma favela, em que o domicílio do licitante na comunidade se torne imperativo; ou quando se selecionem depoentes para uma pesquisa sobre falares regionais, onde a naturalidade e o sotaque do licitante sejam absolutamente necessários; ou a licitação para aquisição de pão fresco, na qual a proximidade da padaria ao local de consumo imponha-se. Diz Hely Lopes Meirelles, em seus **Estudos e Pareceres**, vol. 11, p. 50: "Fatores pertinentes, esclareça-se, são apenas aquelas vantagens peculiares a cada licitação e estritamente relacionadas com seu objeto (não com o autor da proposta) (...) Já Marçal Justen Filho, *op. cit.*, p. 36 lembra: "eventualmente, podem ser admitidas distinções derivadas de fatores geográficos ou tendo em vista a origem dos licitantes. Suponha-se a hipótese do alto índice de incidência de certas doenças em certas regiões do Brasil. É válida a previsão de que os concorrentes sediados nessa região estariam obrigados a deveres que não onerariam aqueles em regiões onde a doença não fosse verificada".

(65) O novo texto, porém, eliminou o requisito do art. 3º, § 2º, do Decreto-lei anterior, que exigia, para o reconhecimento da preferência, que a empresa nacional preenchesse as condições satisfatórias quanto a desempenho, qualidade, prazo de entrega e garantia. Pela lei vigente, as condições a serem preenchidas são exclusivamente as do edital. Vide Villela Souto, *ob. cit.*, p. 54.

(66) Na inexistência deste dispositivo legal, com seu amparo constitucional explícito, a preferência aqui regulada entraria em choque com o princípio do julgamento objetivo das propostas. Diz Hely Lopes Meirelles, **Licitação e Contrato Administrativo**, Ed. RT, 1988, p. 28: "não se poderá considerar objetivo o julgamento (ou desempate) da concorrência de melhor técnica, por exemplo, baseado em condições pessoais dos proponentes (...)". O mesmo autor, em seus **Estudos e Pareceres**, vol. III, Ed. RT, 1981, p. 130: "É absolutamente nulo, invalidando o edital, o critério de julgamento que força o empate das propostas, quanto aos preços, para serem desempatadas no confronto com as *condições pessoais dos participantes*."

(67) IOB, **Textos Legais** 48/95, p. TL 1.520.