
OBJETIVOS COLATERAIS DAS CONTRATAÇÕES
PÚBLICAS: CRÍTICA À VISÃO HIPERMÉTROPE
DA UNIÃO EUROPEIA EM RELAÇÃO À
POLÍTICA BRASILEIRA

*COLLATERAL OBJECTIVES OF PUBLIC PROCUREMENT:
COMMENTS TO THE HIPERMETROPE VISION OF THE
EUROPEAN UNION ON BRAZILIAN POLITICS*

Diego Franco de Araújo Jurubeba¹
Procurador Federal

Consultor Jurídico do Ministério da Integração Nacional

SUMÁRIO: Introdução; 1 Antecedentes históricos dos objetivos secundários ou colaterais nas contratações públicas; 2 Os valores envolvidos nas contratações públicas e a proliferação das normas jurídicas de incentivos às indústrias domésticas; 3 O âmbito objetivo de aplicação das diretivas comunitárias sobre contratações públicas; 4 Conclusão; Referências

1 Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Especialista em Teoria e Operação da Moderna Economia Nacional pela The George Washington University.

RESUMO: O presente artigo visa analisar a crescente utilização dos chamados objetivos colaterais ou secundários das contratações públicas, nomeadamente os econômicos. Pretende-se, nessa linha, traçar um panorama dos fundamentos e da utilização das compras estatais como instrumento de fomento à indústria local por parte do Brasil e de alguns dos seus parceiros comerciais. Ao final, serão destacados os limites no âmbito objetivo de aplicação das diretivas comunitárias que regem os contratos públicos europeus, a fim de deixar claro que uma parcela significativa das compras públicas realizadas no espaço territorial do bloco econômico passa ao largo do discurso das suas autoridades.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Licitação. Contratos Administrativos. Protecionismo. Margens de Preferência.

ABSTRACT: This article aims to analyze the increasing use of so-called collateral or secondary objectives of public procurement, particularly economic ones. It is intended to give an overview of the fundamentals and the use of public contracts as a tool to promote local industry by Brazil and some of its trading partners. Finally, the application limits of Community directives governing European public procurement will be highlighted, in order to make it clear that a significant portion of public purchases in the sovereign territory of the bloc is far from the speech of its authorities.

KEYWORDS: Administrative Law. Public Procurement. Public Contracts. Protectionism. Preferential Margins.

INTRODUÇÃO

Uma das premissas mais arraigadas no direito administrativo contemporâneo reside no entendimento de que as compras governamentais devem ser delineadas segundo a fórmula “getting the best deal for the public’s money” de contratação pública, relacionada apenas aos dois objetivos clássicos da licitação: proteção dos interesses públicos financeiros e proteção dos interesses público e privado da concorrência².

Essa visão estrita, que adota a perspectiva de que os governos podem regular as compras públicas somente para obter uma eficiente alocação de recursos, restou entranhada fortemente no direito brasileiro, de sorte que, via de regra, considerações sociais, ambientais e de estímulo à atividade empresarial não só eram desprezadas na delimitação dos critérios de adjudicação dos contratos públicos, como as poucas medidas estatais que fugiam daquele padrão sequer chegaram a fomentar maiores debates teóricos entre os juristas pátrios³.

Nos últimos anos, contudo, o caráter inflexível da legislação brasileira de licitações e contratos públicos vem sendo modificado de modo a transformar as compras governamentais numa ferramenta que visa a promoção de objetivos econômicos, sociais e ambientais estabelecidos pelo Estado.

Especificamente no que diz respeito aos objetivos econômicos, percebe-se certa aderência das normas jurídicas mais recentes com vistas a encampar uma política neodesenvolvimentista nas compras estatais. Essa opção, no entanto, tem gerado reações negativas da União Europeia frente à política brasileira, a qual é acusada de ser protecionista⁴.

Decerto que práticas protecionistas devem ser a priori evitadas, dado o seu potencial de criação de setores privilegiados, que, ao fim e ao cabo, enriquecem às custas do consumidor que paga mais caro diante das limitações impostas à competição inerente aos mercados.

A União Europeia, lastreada nos princípios básicos de livre circulação de bens, tratamento nacional e não discriminação, adota um discurso

2 Entre vários autores que chegam a esta constatação: GONÇALVES, Pedro Costa. Integração de preocupações concorrenciais nas regras da contratação pública. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, n. 1, mar./ago. 2012; SCHOONER, Steven L. Desiderata: Objectives for a system of government contract law. *Public Procurement Law Review*, Nottingham, n. 11, 2002. p. 108.

3 Da simples leitura dos tradicionais manuais de Direito Administrativo brasileiro é possível chega a esta conclusão: Cf., entre outros; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007. p. 219; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 407; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005. p. 267.

4 Entre outros documentos oficiais, cf. COMISSÃO EUROPEIA. *Report from the Commission to the European Council-Trade and Investment Barriers*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2012. p. 8.

ferrenho contra práticas protecionistas ao redor do mundo. Mas será que o bloco econômico não está a esquecer de parcela importante do seu próprio terreno?

Nesse contexto, o presente artigo visa analisar a crescente utilização dos chamados objetivos colaterais ou secundários das contratações públicas, nomeadamente os econômicos. Pretende-se, desse modo, traçar um panorama dos fundamentos e da utilização das contratações estatais como instrumento de fomento à indústria local por parte do Brasil e de alguns dos seus parceiros comerciais.

Ao final, serão destacados os limites no âmbito objetivo de aplicação das diretivas comunitárias que regem os contratos públicos europeus, a fim de deixar claro que uma parcela significativa das compras públicas realizadas no espaço territorial do bloco econômico passa ao largo do discurso das suas autoridades.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DOS OBJETIVOS SECUNDÁRIOS OU COLATERAIS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Historicamente, é possível pinçar, desde o século XIX, alguns exemplos da utilização das compras governamentais como ferramenta de regulação social na Europa e nos Estados Unidos. Naquela época ocorreram as primeiras iniciativas de modelagem das contratações públicas com vistas à estabilização de regras mais justas de jornada e de remuneração dos trabalhadores⁵.

Tomando emprestado a classificação de Sue Arrowsmith, tais objetivos estão incluídos entre os denominados “colaterais” ou “secundários”, em contraste com o objetivo primário, que é a obtenção de bens e serviços pelo menor custo financeiro mediante competição isonômica⁶.

Nesse âmbito, os Estados Unidos talvez sejam o país que mais produziu alternativas de utilização do poder de compras estatal na consecução de objetivos socialmente relevantes, notadamente após a crise de 1929, o que, para alguns⁷, teve reflexos significativos no desenvolvimento

5 Nos Estados Unidos, o marco inaugural dessa forma de atuação ocorreu em 1840, quando o presidente Martin Van Buren estabeleceu, mediante uma executive order, que a jornada de trabalho dos empregados em obras contratados pelo governo federal estaria limitada a 10 horas por dia (McCRUDEN, Christopher. Using public procurement to achieve social outcomes. *Natural Resources Forum: a United Nations Sustainable Development Journal*, New York, n. 28, 2004. p. 257).

6 ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE, Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. Haia: Kluwer Law International, 2000, p. 237.

7 Entre outros doutrinadores favoráveis a estas medidas, cf. MARION, Justin. Are bid preferences benign? The effect of small business subsidies in highway procurement auctions. *Journal of Public Economics*, Cambridge, n. 91, 2007. p. 1591-1624.

social e econômico daquele país durante o século passado. Com efeito, a legislação norte-americana de contratações públicas claramente encampou a crença de que os benefícios sociais e econômicos de longo prazo advindos dos programas de preferências compensam os custos acrescidos pelas limitações impostas à competitividade dos certames licitatórios⁸.

Sob o ponto de vista da regulação social, três têm sido os focos primordiais de atuação dos norte-americanos naquela temática: a) como reforço à legislação antidiscriminatória no contexto trabalhista; b) como estímulo à atividade empreendedora de grupos em desvantagem, de grupos econômicos locais e da indústria militar; e, c) como reforço à legislação protetiva da saúde e do meio ambiente (buying green, por exemplo).

Um exemplo notável do primeiro foco consistiu no alinhamento das contratações públicas com o movimento pelo fim da discriminação dos afrodescendentes (civil rights movement), quando os presidentes norte-americanos editaram, a partir de 1941, executive orders estabelecendo regras de não discriminação nos contratos públicos federais. Tais atos normativos foram editados sucessivamente até a aprovação do Civil Rights Act, em 1964⁹.

Nessa toada, atualmente existem mais de uma dúzia de objetivos (preferências) que determinam a modulação dos procedimentos licitatórios nos Estados Unidos, indo do tratamento favorecido às empresas controladas por minorias raciais ou por mulheres até a compra de produtos produzidos apenas por empresas “livres” de substâncias causadoras de dependência (drug free workplaces)¹⁰.

É no campo econômico, porém, que os Estados Unidos consolidaram seus maiores programas de preferências nas licitações públicas, os quais são alvo de sérios questionamentos internos e externos: o Buy American Act, que restringe as aquisições de produtos estrangeiros para uso interno nos Estados Unidos; o Balance of Payments Program, que regulamenta as aquisições estatais no exterior; e o Small Business Act, voltado às pequenas empresas.

O Buy American Act passou a vigorar nos Estados Unidos, em 1933, com o objetivo de proteger a produção interna estadunidense e promover a geração de empregos durante uma época de grave depressão econômica¹¹. Inicialmente de caráter temporário, o programa se perpetua até hoje como um símbolo do protecionismo norte-americano.

8 CUMMINGS, Glen, et al. State And Local Procurement Preferences: A Survey. *Journal of Public Procurement*, Boca Raton, n. 9, 2009. p. 374.

9 McCRUDEN, op. cit., p. 260

10 CUMMINGS, op. cit., p. 387.

11 McCRUDEN, Christopher. *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, & Legal Change*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 24.

Nesse programa, os produtos produzidos no país que atendam as regras de conteúdo nacional (o custo dos componentes nacionais deve representar mais de metade do custo de todos os componentes utilizados) gozam de uma margem de preferência de 50% (cinquenta por cento) em relação à proposta de produto estrangeiro nas licitações públicas ocorridas no país. Essa margem ainda poderá ser ampliada, caso o dirigente do órgão licitante entenda que o fator de proteção é insuficiente para determinada situação concreta¹².

A mesma regra de concorrência é adotada pelo Balance of Payments Program, que regulamenta as aquisições de bens e materiais de construção para utilização fora do território norte-americano (Federal Acquisition Regulation, 25.303-f).

Por seu turno, o Small Business Act, de 1953, prevê, primordialmente, que as aquisições de bens ou serviços de valor entre US\$ 2.500 e US\$ 100.000 (simplified acquisition threshold) deverão ser realizadas mediante licitações reservadas exclusivamente para empresas de pequeno porte (empresa não dominante no mercado do bem objeto de licitação e definida segundo critérios de faturamento e de número de empregados, em função do ramo de atividade), entre outras medidas como imposição de percentuais de subcontratação de pequenas empresas nas demais modalidades de licitação¹³.

Como é possível notar, a robusta imersão de uma política de estímulo da produção doméstica de bens e serviços no arcabouço jurídico que regulamenta as compras governamentais nos Estados Unidos aponta para uma incoerência entre o Direito vigente e a ideologia econômica liberal pela qual o resto do mundo identifica aquele país¹⁴.

Por sua vez, durante o século XX, e com mais ênfase na era da chamada “explosão de direitos”¹⁵, as democracias europeias expandiram o

12 Para maiores detalhes, Cf. JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. *Procurement preferences favoring domestic firms and industries: a comparison between American and Brazilian policies*. Disponível em: <http://www.gwu.edu/~ibi/minerva/Fall2014/Diego_Jurubeba.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2014

13 Não se aplicam as restrições do Buy American Act e do Balance of Payments Program nas aquisições governamentais de bens e de materiais de construção estrangeiros cobertos por acordos comerciais. A este respeito, o Trade Agreements Act ainda confere ao Presidente dos Estados Unidos o poder de suspender tais restrições em benefício de produtos provenientes de países menos desenvolvidos ou daqueles que lhe concederem benefícios recíprocos em suas licitações. Esta possibilidade, contudo, não é extensiva para as compras reservadas para pequenas empresas (MOREIRA, Heloíza Camargos; MORAIS, José Mauro de. *Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil*. Brasília: CEPAL, 2003. p. 86).

14 Esta contradição é criticada em alguns estudos pátrios. Entre outros: ALEM, Ana Cláudia. O futuro da indústria: a importância de uma nova política de competitividade para o Brasil. In: MDIC; STI; CNI (Org.). *O futuro da indústria: oportunidades e desafios*. Brasília: MDIC e IEL, 2001. p. 20; MAGALHÃES, Gildo. Energia, industrialização e a ideologia do progresso. Projeto História, São Paulo, n. 34, 2007. p. 30.

15 YERGIN, Daniel; STANISLAW, Joseph. *The commanding heights: the battle for the world economy*. New York: Touchstone, 2002. p. 371.

uso das contratações públicas como forma de promover políticas públicas voltadas aos trabalhadores, especialmente em favor de grupos sociais considerados merecedores de extraordinária proteção, tais como mulheres, crianças, minorias raciais e pessoas com deficiência¹⁶. Na mesma época, as contratações públicas também passaram a servir como mecanismo de intervenção estatal nas economias nacionais, de modo a conferir um tratamento favorável às indústrias domésticas e garantir uma balança de pagamentos positiva¹⁷.

No entanto, com a perda de confiança na inteligência governamental durante a década de 1970, aliada à pretensão de formação de um mercado comum europeu, a intervenção nos mercados mediante arranjos preferenciais nas licitações passou a ser enxergada como uma prática protecionista censurável, tendo sido combatida a partir da Diretiva 66/683. Em consequência, a União Europeia vem editando, desde a década de 1960, uma série de diretivas que estabelecem uma coordenação de normas sobre compras governamentais pautada nos princípios básicos de livre circulação de bens, tratamento nacional e não discriminação¹⁸.

2 OS VALORES ENVOLVIDOS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E A PROLIFERAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS DE INCENTIVOS ÀS INDÚSTRIAS DOMÉSTICAS

As compras do setor público contemplam, majoritariamente, a demanda efetiva por bens e serviços de uso comum, para gestão e operacionalização de suas atividades cotidianas, e por bens e serviços aliados à inovação. É uma atividade rotineira que se traduz em cifras bilionárias em todo mundo.

No Brasil, segundo informações divulgadas no Portal de Compras do Governo Federal – Comprasnet, o mercado nacional de licitações gasta cerca de 350 bilhões de reais anualmente, isto é, mais de 15 % (quinze por cento) do produto interno bruto¹⁹.

16 Em um destes casos, chama atenção um programa criado pelo governo inglês em 1926, cujo objetivo era garantir o aproveitamento dos mutilados na Primeira Guerra Mundial nos contratos celebrados pela Administração. Após o segundo grande conflito, tal programa foi aperfeiçoado e se expandiu para todo o restante da população inglesa com deficiência física (McCRUDEN, Using, p. 258).

17 ARROWSMITH; LINARELLI; WALLACE, op. cit., p. 237.

18 Os mesmos princípios, que visam garantir oportunidades iguais de participação aos ofertantes de nacionalidades distintas, foram incorporados ao Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio (Government Procurement Act - GPA), negociado paralelamente à Rodada do Uruguai em 1994, e em vigor desde 1996. Atualmente, o acordo possui 42 países signatários e 27 países observadores.

19 Apenas governo federal, no ano de 2012, contribuiu neste número impressionante com cerca de 73 bilhões de reais, conforme dados disponíveis em: <http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Estatisticas/2013/01_A_06_%20INFORMATIVO_COMPRASNET_Dados_Gerais_2013.pdf>. Acesso em: 15 out. 2013.

Em âmbito global, de acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), as contratações públicas geram um fluxo financeiro que varia entre 10% (dez por cento) a 15% (quinze por cento) do produto interno bruto das nações. Há casos, porém, que o número é ainda mais expressivo²⁰. Na União Europeia, por exemplo, publicações oficiais apontam que as compras governamentais representam cerca 17% (dezesete por cento) do produto interno bruto de toda a comunidade²¹.

Com efeito, a modulação dos processos de contratação com vistas ao direcionamento do poder de compra governamental a favor da promoção do mercado interno pode ser enxergada por alguns como uma alternativa fundamental para o desenvolvimento econômico do país.

Nesse sentido, é verdade que o Brasil adotou por décadas um forte modelo de proteção da indústria nascente que, de certa forma, contribuiu para que o país já tivesse um robusto parque industrial no início dos anos 1980²². Todavia, a permanência excessiva dessa lógica propiciou a formação de setores com arraigada cultura de ineficiência, mas com grande poder de lobby governamental.

De maneira semelhante, a perpetuação de políticas de desenvolvimento econômico nas compras governamentais levadas a efeito nos Estados Unidos através do Buy American Act, do Balance of Payments Program e do Small Business Act não são unanimidades no âmbito interno. Ao revés, são amplamente criticadas por juristas²³, economistas²⁴ e entidades que congregam profissionais da área.

Exemplo disso é a histórica oposição do National Institute of Governmental Purchasing (NIGP) a todas as formas de preferências, enxergando-as como “impedimentos para obtenção do custo efetivo para compras de bens, serviços e construções em um modelo de livre mercado”²⁵. Posicionamento parecido tem a National Association of State Procurement Officials (NASPO) em relação ao Buy American e outros programas de

20 UNIÃO EUROPEIA. *Buying Social - A guide to taking account of social considerations in public procurement*. Luxembourg, 2010. p. 51. Disponível em: 10.2767/18977. Acesso em: 15 jul. 2013.

21 Ibidem.

22 Feito por meio de modelos de substituição de importações pregados pelas escolas econômicas desenvolvimentistas (GIAMBIAGI, Fabio. *As vacas sagradas (IX): o protecionismo*. In: *Brasil: raízes do atraso: paternalismo versus produtividade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 182).

23 Entre outros: SCHOONER, Steven L.; YUKINS, Christopher R. Public procurement: focus on people, value for money and systemic integrity, no protectionism. In: *The collapse of global trade, murky protectionism, and the crisis: Recommendations for the G20*. London: Centre for economic policy research, 2009, p. 87-92.

24 Entre outros: HUFBAUER, Gary Clyde; SCHOTT, Jeffrey J. *Buy American: Bad for Jobs, Worse for Reputation*. Peterson Institute for International Economics Policy Brief, Washington, n. 09-2, 2009.

25 NATIONAL INSTITUTE OF GOVERNMENTAL PURCHASING. Resolution 1016. New York, 1985. Disponível em: <http://www.nigp.org/eweb/StartPage.aspx?Site=NIGP&webcode=abt-res_1016>. Acesso em: 14 jul. 2013.

preferência criados em âmbito estadual. Segundo as pesquisas da entidade, tais políticas, antes de atingir seus objetivos sociais, fomentam pressões políticas cada vez maiores por mais protecionismo²⁶.

Não obstante as críticas, o governo norte-americano vem ampliando ainda mais as políticas de preferência para produtos domésticos. É o caso do American Recovery and Reinvestment Act of 2009, que provocou retaliação do Canadá ao ampliar o Buy American para os projetos de infraestrutura previstos naquela lei (similar ao Programa de Aceleração do Crescimento - PAC) que usem aço, ferro e bens manufaturados nos EUA²⁷.

Com efeito, o crescimento das práticas discriminatórias em razão da nacionalidade, com a crise das políticas neoliberais no início do século XXI, vem incentivando reações de grupos de pressão em alguns países para a incorporação de provisões cada vez mais protecionistas nas licitações públicas²⁸. Desse modo, desde meados da década passada, assiste-se a uma corrida mundial para a implantação de políticas econômicas protetivas nos diversos estatutos licitatórios nacionais, conforme destaca a exposição de motivos da medida provisória n.º 495/2010:

São ilustrativas, nesse sentido, as diretrizes adotadas nos Estados Unidos, consubstanciadas no “Buy American Act”, em vigor desde 1933, que estabeleceram preferência a produtos manufaturados no país, desde que aliados à qualidade satisfatória, provisão em quantidade suficiente e disponibilidade comercial em bases razoáveis. No período recente, merecem registro as ações contidas na denominada “American Recovery and Reinvestment Act”, implementada em 2009. A China contempla norma similar, conforme disposições da Lei n.º 68, de 29 de junho de 2002, que estipulada orientações para a concessão de preferência a bens e serviços chineses em compras governamentais, ressalvada a hipótese de indisponibilidade no país. Na América Latina, cabe registrar a política adotada pela Colômbia, que instituiu, nos termos da Lei n.º 816, de 2003, uma margem de preferência entre 10% e 20% para bens ou serviços nacionais, com vistas a apoiar a indústria nacional por meio da contratação pública. A Argentina também outorgou, por meio da

26 NATIONAL ASSOCIATION OF STATE PROCUREMENT OFFICIALS. In-state Preferences Briefing paper, August 2012. Disponível em: <http://www.naspo.org/content.cfm/id/briefs_and_whitepapers>. Acesso em: 14 jul. 2013.

27 FAIOLA, Anthony; MONTGOMERY, Lori. Trade Wars Brewing In Economic Malaise. The Washington Post. Whashington, 23 April 2010. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/05/14/AR2009051404241_pf.html>. Acesso em: 14 jul. 2013.

28 Por exemplo, no Canadá, CANADIAN MANUFACTURERS & EXPORTERS. Strategic government procurement: driving business investment and innovation through strategic government procurement. Disponível em: <www.cme-mec.ca/download.php?file=hstlkaeo.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2013.

Lei nº 25.551, de 28 de novembro de 2001, preferência aos provedores de bens e serviços de origem nacional, sempre que os preços forem iguais ou inferiores aos estrangeiros, acrescidos de 7% em ofertas realizadas por micro e pequenas empresas e de 5%, para outras empresas.

Interessante notar, porém, que alguns países que têm adotado semelhante política estão se posicionando contrariamente aos demais quando estes fazem o mesmo. Exemplo disso é que, quando o Brasil editou a medida provisória nº. 495/2010, abrindo espaço para a implantação de margens de preferência a favor da indústria nacional, o país foi alvo de diversas reclamações na Organização Mundial de Comércio (OMC) por supostamente não estar respeitando normas internacionais de livre comércio²⁹.

2 O ÂMBITO OBJETIVO DE APLICAÇÃO DAS DIRETIVAS COMUNITÁRIAS SOBRE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia, dispõe, em seu art. 28 e seguintes, sobre a proibição de restrições quantitativas nas importações e exportações, bem como todas medidas de efeito discriminatório equivalente entre nacionais dos Estados-Membros, no âmbito do bloco econômico.

À evidência, as aludidas disposições são aplicáveis às contratações públicas, entretanto³⁰, elas não se mostraram suficientes a impedir que normas internas estatuissem preferências a favor das empresas locais. Por conta disso, as diretivas 1970/32 e 1977/62 foram editadas com o intuito de dispor especificamente sobre a vedação de práticas discriminatórias nas contratações públicas e para estabelecer procedimentos licitatórios aplicáveis no âmbito da comunidade.

Essa vedação foi estendida a bens e serviços não oriundos da Comunidade Europeia com a edição da diretiva 1980/767, em consequência da aprovação do Acordo sobre Licitações Públicas no âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT).

Ainda assim as diretivas não surtiram o efeito liberalizante que se esperava. De acordo com estudo da Comissão Europeia³¹, as práticas

29 MERCOPRESS. *Rousseff administration will promote "buy Brazilian" policy to defend industry*. Disponível em: <en.mercopress.com/2012/03/20/rousseff-administration-will-promote-buy-brazilian-policy-to-defend-industry>. Acesso em: 15 jul. 2013.

30 COMISSÃO EUROPEIA. *Completing the internal Market: hite paper from the Comission to the European Council*. Milão: Comissão Europeia, 1985. p. 28.

31 *Ibidem*.

licitatórias internas eram um significativo embaraço à liberdade de bens e serviços na Europa. Nesse sentido, o diagnóstico apontava menos de um quarto do montante envolvido nos contratos públicos era despendido mediante procedimentos previstos nas diretivas da comunidade.

Nos anos que se seguiram, outras diretivas foram editadas no âmbito da União Europeia, sendo que atualmente se encontram em vigor as diretivas 2004/17 e 2004/18. A primeira diz respeito aos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais. Já a última, refere-se aos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

Poder-se-ia imaginar que o problema foi corrigido, haja vista que ele fora detectado há mais de três décadas e a União Europeia tem adotado uma posição crítica em relação às práticas protecionistas nas licitações mundo afora, mas não é verdade.

A questão é simples, os procedimentos licitatórios no âmbito da União Europeia estão subordinados ao chamado princípio de *minimis*³², isto é, sujeitam-se a considerações monetárias para que seja aplicado o regime das diretivas. Por exemplo, para que seja aplicável o procedimento da diretiva 2004/18 para contratos de concessão, o valor estimado da contratação não deve ser menor do que 4.845.000,00 euros, sem o imposto de valor agregado³³.

Dessa maneira, os contratos públicos no âmbito da União Europeia estão sujeitos a dois regimes: a) o de regulação dimensional, quando os valores estimados da contratação ultrapassam os limiares monetários previstos nas diretivas; b) o de regulação subdimensional, quando não atingidos os limiares.

Na prática, ainda hoje, cerca de 80% do mercado de licitações da União Europeia não está sujeito ao regime das diretivas comunitárias, ao passo que apenas 10% do total das licitações utilizam seus procedimentos³⁴. A desproporção é apontada pela doutrina como uma clara violação ao princípio da transparência para a abertura dos mercados na União Europeia³⁵.

Haja vista a desnecessidade de publicar oficialmente as contratações que não ultrapassem os limiares previstos nas diretivas,

32 BOVIS, Christopher H. *EU public procurement law*. 2. ed. Cheltenham: Elgar european law, 2012, p. 253.

33 Art. 56, 63 (1), da diretiva 2004/18.

34 DRAGOS, Dacian C. Sub-dimensional public procurement: between EU principles and gold plating. *Procurement week presentations*. Cardiff: The Institute for Competition and Procurement Studies (ICPS), 2014. p. 2.

35 BOVIS, op. cit., p. 253.

a primeira possibilidade de burla ao princípio da não discriminação diz respeito à utilização de negociações diretas mediante procedimentos informais adotadas pelos entes contratantes. Trata-se de uma situação bastante corriqueira em alguns países, que, por dispensar publicação, é frequentemente condenada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia³⁶.

Outra hipótese comum é a violação deliberada das diretivas ao se evitar a publicação de instrumentos convocatórios no jornal oficial da União Europeia³⁷. Nesses casos, as dificuldades de enforcement das diretivas comunitárias se mostram flagrantes³⁸.

Com este cenário de embotamento das regras comunitárias, não é incomum a prática de lobbies regionais com vistas ao favorecimento do empresariado local³⁹. O argumento utilizado é sempre o decantado interesse público e, mais recentemente, a necessidade de direcionar o mercado a produzir inovações⁴⁰.

Por fim, vale registrar que, em fevereiro de 2014, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovou a diretiva 2014/24, que estabelece nova disciplina para aquisição, mediante contrato público, de obras, fornecimentos ou serviços, e a diretiva 23/2014, referente aos contratos de concessão. Ambas diretivas aumentam seus limiares de aplicação em relação às diretivas de 2004, devendo ser postas em vigor pelos Estados-membros até 18 de abril de 2016.

4 CONCLUSÃO

A despeito da longa tradição brasileira de desenvolvimentismo lastreado em protecionismo cambial e tarifário⁴¹, a legislação brasileira de compras públicas quase sempre foi omissa quanto às possibilidades de modelar as contratações no intuito de favorecer determinadas políticas públicas (de cunho econômico ou não)⁴². Prova disso é que as clássicas

36 Entre outros, cf. Processo C-113/13 (Azienda Sanitaria Locale No 5 'Spezzino' v. San Lorenzo Società Cooperativa Sociale).

37 V.g., Processo C-17/09 (Alemanha v. Comissão Europeia).—

38 BOVIS, op. cit., p. 254.

39 Na Inglaterra, por exemplo, cf. MCKERVEY, Martin. Procurement strategy in the public interest. In: *National Manufacturing Debate 2013*. Cranfield: Cranfield University, 2013, p. 9.

40 Cf. ASCHHOFF, Birgit; SOFKA, Wolfgang. Innovation on demand: can public procurement drive market success of innovations?, Mannheim, *ZEW Discussion Paper*, n. 08-052, 2009.

41 VERSIANI, Flávio Rabelo. As Longas Raízes do Protecionismo: 1930 e as Relações entre Indústria e Governo. *Revista EconomiA*, Brasília, n. 13, set/dez 2012. p.868-870.

42 Mas existem alguns exemplos episódicos do uso do poder de compra do Estado como instrumento de intervenção no domínio econômico. Um caso lamentado por muitos estudiosos foi o mecanismo da "valorização", pelo qual

hipóteses legais de dispensa de licitação visando proteger deficientes físicos e fomentar a recuperação social de presidiários somente foram incorporadas ao direito nacional apenas com o advento da lei nº. 8.883, de 08 de julho de 1994.

Mais recentemente, o país passou a experimentar novas formas de ativismo estatal após a eleição de Lula da Silva, em 2002⁴³. Na prática licitatória, a legislação brasileira tem se inspirado claramente no modelo norte-americano, de maneira a intervir cada vez mais na economia por intermédio da modulação protetiva das compras governamentais⁴⁴.

O grande salto nesse sentido ocorreu com a medida provisória nº. 495/2010, precedendo o lançamento do Plano Brasil Maior: a resposta brasileira à crise iniciada em 2008⁴⁵. Com a medida, convertida na lei nº. 12.349/2010, o governo avançou para a implantação de um modelo assemelhado ao Buy American Act nas licitações estatais.

Com base no permissivo em questão, o governo brasileiro já editou quinze decretos incluindo diversos produtos e serviços nas listas de preferência⁴⁶. Na listagem, cumpre notar, constam alguns itens fabricados por setores da indústria com histórico de protecionismo⁴⁷, o que vem dando ensejo a reclamações na OMC e críticas sob a premissa de que o governo está repetindo os erros das políticas desenvolvimentistas do passado.

A esse respeito, vale lembrar que o direito precisa ir além dos debates abstratos e buscar desenvolver fórmulas empíricas sobre o que funciona

o Estado “retirava do mercado, mediante compra, certa quantidade de café reputada suficiente para manter um preço adequado pela conseqüente normalização da oferta e da procura” (VENANCIO FILHO, Alberto. *Intervenção do Estado no domínio econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 93).

43 No campo político, conforme destaca David Trubek, o Brasil tem adotado uma postura neodesenvolvimentista (*new developmentalism*) ou de novo ativismo estatal (*new state activism – NSA*) com a chegada do Partido dos Trabalhadores ao poder, em 2003 (TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; SHARPIRO, Mario G. *Toward a New Law and Development: New State Activism in Brazil and the Challenge for Legal Institutions*. In: *World Bank Law Legal Review*, n. 4. Washington: World Bank, 2013. p. 294–297). Para esta linha de pensamento, “o papel do estado da política industrial não é o de substituir o mercado, mas orientar os atores privados em direções que servem ao interesse nacional e facilitar o seu progresso” (TRUBEK, David. *Law, State, and the New Developmentalism: An Introduction*. In: *Law and the New Developmental State: the brazilian experience in latin american context*. Cambridge: Cambridge Books, 2013. p. 10).

44 Cf. JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. *Procurement preferences favoring domestic firms and industries: a comparison between American and Brazilian policies*. Disponível em: <http://www.gwu.edu/~ibi/minerva/Fall2014/Diego_Jurubeba.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2014.

45 Com o advento do Programa Brasil Maior, diversas publicações oficiais passaram a falar em um novo modelo desenvolvimentista de Estado, voltando à tona diversas ideias dos economistas latino-americanos da década de 1960. Entre outras, cf. DINIZ, Eli. É possível um novo modelo de Estado desenvolvimentista no Brasil? In: *Boletim de Análise Político-Institucional*, n. 1. Brasília: Ipea, 2011, pp. 17–21.

46 A lista completa está disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1373629231.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2013.

47 É o caso da indústria de calçados, beneficiada pelo Decreto nº. 7.756/2012 (cf. GIAMBIAGI, op. cit., p. 184).

ou não⁴⁸. Deve-se, pois, facilitar a experimentação e a inovação a fim de encontrar os caminhos ótimos de desenvolvimento.

O desafio brasileiro, portanto, é o de descobrir “novas funcionalidades” do direito já estabelecido, isto é, novos papéis dos institutos jurídicos que não tinham recebido a devida importância, ou sequer existiam, no Brasil⁴⁹. De outra parte, no que concerne ao aspecto industrial, o desafio é o de modelar um sistema jurídico que fomente a economia doméstica sem ofender as regras determinadas pela OMC.

Como visto, as críticas e reclamações feitas à política brasileira por países e blocos econômicos, em especial pela União Europeia, pecam pela visão hipermétrope em relação aos seus próprios mercados licitatórios.

A bem da verdade, a despeito dos discursos supostamente liberalizantes, as contratações públicas nos ordenamentos jurídicos ocidentais têm caminhado como um todo em uma direção de fechamento deliberado ou de abertura fictícia das licitações para produtos e serviços estrangeiros.

Nesse quesito, é de se investigar tão somente se as práticas protecionistas nas licitações são de fato efetivas para o desenvolvimento econômico das nações. Um questionamento puramente técnico, já que, do ponto de vista político, não há bom-mocismo na matéria, mas interesses econômicos e ideologias que se mostram aplicáveis apenas à conduta dos outros.

REFERÊNCIAS

ALEM, Ana Cláudia. O futuro da indústria: a importância de uma nova política de competitividade para o Brasil. In: MDIC; STI; CNI (Org.). *O futuro da indústria: oportunidades e desafios*. Brasília: MDIC e IEL, 2001.

ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE, Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. Haia: Kluwer Law International, 2000.

ASCHHOFF, Birgit; SOFKA, Wolfgang. Innovation on demand: can public procurement drive market success of innovations?, Mannheim, *ZEW Discussion Paper*, n. 08-052, 2009.

BOVIS, Christopher H. *EU public procurement law*. 2. ed. Cheltenham: Elgar european law, 2012.

48 TRUBEK, David. *Law and Development in the Twenty-first Century*. Disponível em: <www.law.wisc.edu/facstaff/trubek/publications.html>. Acesso em: 13 out. 2013.

49 TRUBEK; COUTINHO; SHARPIRO, op. cit., p. 306.

CANADIAN MANUFACTURERS & EXPORTERS. *Strategic government procurement: driving business investment and innovation through strategic government procurement*. Disponível em: <<http://www.cme-mec.ca/download.php?file=h8tlkaeo.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

COMISSÃO EUROPEIA. *Completing the internal Market: hite paper from the Comission to the European Council*. Milão: Comissão Europeia, 1985.

_____. *Report from the Commission to the European Council-Trade and Investment Barriers*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2012.

CUMMINGS, Glen, et al. State And Local Procurement Preferences: *A Survey*. *Journal of Public Procurement*, Boca Raton, n. 9, 2009 p. 371-410.

DINIZ, Eli. É possível um novo modelo de Estado desenvolvimentista no Brasil? In: *Boletim de Análise Político-Institucional*, n. 1. Brasília: Ipea, 2011. p. 17-21.

DRAGOS, Dacian C. *Sub-dimensional public procurement: between EU principles and gold plating*. Procurement week presentations. Cardiff: The Institute for Competition and Procurement Studies (ICPS), 2014.

FAIOLA, Anthony; MONTGOMERY, Lori. Trade Wars Brewing In *Economic Malaise*. The Washington Post. Whashington, 23 April 2010. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/05/14/AR2009051404241_pf.html>. Acesso em: 14 jul. 2013.

GIAMBIAGI, Fabio. As vacas sagradas (IX): o protecionismo. In: *Brasil: raízes do atraso: paternalismo versus produtividade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

GONÇALVES, Pedro Costa. Integração de preocupações concorrenciais nas regras da contratação pública. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, n. 1, mar./ago. 2012.

HUFBAUER, Gary Clyde; SCHOTT, Jeffrey J. *Buy American: Bad for Jobs, Worse for Reputation*. Peterson Institute for International Economics Policy Brief, Washington, n. 09-2, 2009.

JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. *Procurement preferences favoring domestic firms and industries: a comparison between American and Brazilian policies*. Disponível em: <http://www.gwu.edu/~ibi/minerva/Fall2014/Diego_Jurubeba.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2014.

MAGALHÃES, Gildo. Energia, industrialização e a ideologia do progresso. *Projeto História*, São Paulo, n. 34, 2007. p. 27-47.

MARION, Justin. Are bid preferences benign? The effect of small business subsidies in highway procurement auctions. *Journal of Public Economics*, Cambridge, n. 91, 2007. p. 1591-1624.

McCRUDEN, Chistopher. Using public procurement to achieve social outcomes. *Natural Resources Forum: a United Nations Sustainable Development Journal*, New York, n. 28, 2004.

_____. *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, & Legal Change*. New York: Oxford University Press, 2007.

McKERVEY, Martin. Procurement strategy in the public interest. In: *National Manufacturing Debate 2013*. Cranfield: Cranfield Univesity, 2013.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MERCOPRESS. *Rousseff administration will promote "buy Brazilian" policy to defend industry*. Disponível em: en.mercopress.com/2012/03/20/rousseff-administration-will-promote-buy-brazilian-policy-to-defend-industry. Acesso em 15 jul. 2013.

MOREIRA, Heloíza Camargos; MORAIS, José Mauro de. *Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil*. Brasília: CEPAL, 2003.

NATIONAL ASSOCIATION OF STATE PROCUREMENT OFFICIALS. In-state Preferences Briefing paper, August 2012. Disponível em: <http://www.naspo.org/content.cfm/id/briefs_and_whitepapers>. Acesso em: 14 jul. 2013.

NATIONAL INSTITUTE OF GOVERNMENTAL PURCHASING. Resolution 1016. New York, 1985. Disponível em: <http://www.nigp.org/eweb/StartPage.aspx?Site=NIGP&webcode=abt-res_1016>. Acesso em: 14 jul. 2013.

SCHOONER, Steven L. *Desiderata*: Objectives for a system of government contract law. *Public Procurement Law Review*, Nottingham, n. 11, 2002.

SCHOONER, Steven L.; YUKINS, Christopher R. Public procurement: focus on people, value for money and systemic integrity, no protectionism. In: *The collapse of global trade, murky protectionism, and the crisis: Recommendations for the G20*. London: Centre for economic policy research, 2009. p. 87-92.

TRUBEK, David. Law, State, and the New Developmentalism: An Introduction. In: *Law and the New Developmental State: the brazilian experience in latin american context*. Cambridge: Cambridge Books, 2013.

_____. *Law and Development in the Twenty-first Century*. Disponível em: <<http://www.law.wisc.edu/facstaff/trubek/publications.html>>. Acesso em: 13 out. 2013.

TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; SHARPIRO, Mario G. Toward a New Law and Development: New State Activism in Brazil and the Challenge for Legal Institutions. In: *World Bank Law Legal Review*, n. 4. Washington: World Bank, 2013. p. 294-297.

UNIÃO EUROPEIA. *Buying Social - A guide to taking account of social considerations in public procurement*. Luxembourg, 2010. p. 51. Disponível em: 10.2767/18977. Acesso em: 15 jul. 2013.

VENANCIO FILHO, Alberto. *Intervenção do Estado no domínio econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VERSIANI, Flávio Rabelo. As Longas Raízes do Protecionismo: 1930 e as Relações entre Indústria e Governo. *Revista Economia*, Brasília, n. 13, set/dez 2012. p.868-870.

YERGIN, Daniel; STANISLAW, Joseph. *The commanding heights: the battle for the world economy*. New York: Touchstone, 2002.

