
A PROTEÇÃO DOS MERCADOS NACIONAIS NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA UNIÃO EUROPEIA, DO MERCOSUL E DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

*THE PROTECTION OF NATIONAL MARKETS WITHIN THE PUBLIC
CONTRACTING: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE
EUROPEAN UNION, MERCOSUR AND THE BRAZILIAN LEGISLATION*

Denise Maria de Araújo

*Procuradora da Fazenda Nacional, atuando na Coordenação Jurídica de Licitações e
Contratos da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*

*Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Uberlândia
Pós-graduada em Contratação Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Protecionismo *versus* liberação; 2. Cenário Internacional; 3. Princípios da concorrência e da igualdade nas diretivas comunitárias e na legislação brasileira; 4. Critérios favoráveis aos bens e serviços produzidos no país e às empresas brasileiras; 5. Bens e serviços de informática e seu regramento na lei brasileira; 6. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata do protecionismo conferido aos mercados nacionais na seara das contratações públicas para aquisição de bens e serviços. As análises abrangem as contratações na esfera da União Europeia, do Mercosul e da legislação brasileira. A abordagem compreende a consonância das prerrogativas concedidas pelo Brasil, tanto diante da normatização internacional (Acordo Plurilateral sobre os Contratos Públicos – ACP e Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul), quanto em face da Constituição Federal. O enfoque também é o tratamento da matéria pela União Europeia, tanto nas relações entre os próprios Estados-membros, nos termos das Diretivas Comunitárias, como nas relações com outros Estados, especialmente diante do Acordo Plurilateral sobre os Contratos Públicos – ACP.

PALAVRAS-CHAVE: Protecionismo. Mercado. Nacional. Contratação. Pública. União Europeia. Mercosul. Brasil.

ABSTRACT: The article is about protectionism given to national markets regarding public contracts for purchase of goods and services. The scope of the analysis encompasses the contracts made by the countries of the European Union, Mercosur and the Brazilian legislation. The approach comprises the prerogative consonance granted by Brazil, in relation not only by the international standardization (Agreement on Government Procurement – GPA and Mercosur) but also according to the Constitution. The emphasis is also on how the matter is being treated by the European Union both on the relationship among the Member States according to the European Community Directives and with other States, especially in relation to the Agreement on Government Procurement – GPA.

KEYWORDS: Protectionism. Markets. National. Contracts. Public. European Union. Mercosur. Brazil.

INTRODUÇÃO

Os gastos públicos têm crescido muito nos últimos anos e grande parte destina-se à oferta de bens públicos como saúde, educação, defesa nacional, policiamento, regulação, justiça e assistencialismo. Evidentemente, a quantidade e a qualidade dos gastos são diferentes entre os países, mas não se objetiva, nesta seara, discutir os processos e os resultados das escolhas públicas em si.

Destarte, buscando oferecer bens públicos, os Estados gastam muito do que arrecadam na aquisição de bens e serviços.

Para que se tenha uma melhor compreensão do crescente “tamanho dos Estados”, é importante trazer alguns dados. Na Alemanha, por exemplo, o gasto público, em percentual do PIB, passou de 10,0% no final do século XIX (em torno de 1870), para 49,0% em 1996. Considerados estes mesmos períodos, os Estados Unidos passaram de 7,3% para 33,3%, a França saiu de 12,6% para 54,5%, a Itália de 11,9% para 52,9%, o Japão de 8,8% para 36,2% e o Reino Unido de 9,4% para 41,9%. No Brasil, em 2009, apenas o consumo corrente do governo atingiu 20,8% do PIB.¹

Em relatório publicado em fevereiro de 2004, a Comissão Europeia apontou que no ano de 2002 os contratos públicos corresponderam a 16% do PIB da União Europeia, o que equivale a mais ou menos 1500 bilhões de euros.²

Atualmente, portanto, os Estados representam um mercado em franca expansão a ser explorado por empresas nacionais e estrangeiras. Ocorre que se por um lado várias empresas nacionais e estrangeiras tem se interessado pelo fornecimento de bens e serviços para este grande “mercado estatal”, não se pode perder de vista que alguns Estados entendem que tais aquisições podem fortalecer o mercado nacional se a ele forem concedidas algumas prerrogativas.

Paralelamente a isso, a formação de blocos econômicos tem por inspiração uma ideia justamente oposta à da proteção dos mercados nacionais (pelo menos entre os integrantes do próprio bloco).

De tal modo, são nesses pontos que a discussão se insere; assim, analisar-se-á a proteção dos mercados nacionais no âmbito das contratações públicas (aqui entendida a aquisição de bens e serviços) no contexto da União Europeia, do Mercosul e da legislação brasileira.

1 GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

2 VIANA, Cláudia. *Os Princípios comunitários na contratação pública*. Coimbra: Coimbra, 2007.

1 PROTECIONISMO VERSUS LIBERAÇÃO

Como mencionado, os “mercados estatais” movimentam bilhões a cada ano, o que tem suscitado a discussão sobre a melhor estratégia a ser adotada, donde surgem questionamentos sobre o protecionismo implementado por alguns países, a exemplo do Brasil, ou a liberação dos mercados em escala comunitária, como ocorre na Europa.

No âmbito europeu, logo percebeu-se a importância das contratações públicas, uma vez que estas interferem nas economias nacionais e, por óbvio, na economia em escala europeia. Na verdade, isso demonstra que as contratações públicas são mais do que simples atos jurídicos, sendo também atos econômicos e que, como tais, devem ser estudados e regulamentados.³

Embora alegados vários motivos para o protecionismo nacional no campo dos contratos públicos (desigualdades regionais e setoriais, necessidade de apoio a projetos de alta tecnologia, existência de setores que dependem do fornecimento de bens e serviços ao poder público etc.), o fato é que para fins de formação de um mercado comum, como o europeu, não se afigura possível a manutenção do protecionismo entre os membros, sob pena de se frustrar o próprio intento de integração.⁴

Salienta-se que não há consenso de que a liberalização traria apenas benefícios.

Deveras, a proteção dos mercados nacionais pode se mostrar necessária em algumas situações, como para fazer frente a desigualdades regionais ou para enfrentar a concorrência desleal de outros países, como nos casos de oferecimento de subsídios governamentais indevidos, desconsideração de patentes, exploração da mão de obra visando diminuir custos de produção etc.

Assim, o protecionismo pode ser eficaz para minimizar desigualdades e para promover o desenvolvimento nacional. De toda sorte, não pode ser o mesmo de forma tão desmedida a ponto de gerar uma consequência inversa ao desenvolvimento, como a acomodação do mercado nacional e o sucateamento das forças produtivas do País, em virtude do aniquilamento da concorrência.

2 CENÁRIO INTERNACIONAL

Na esfera da União Europeia, eventuais regulamentações nacionais têm de ser compatíveis com os princípios do Tratado de constituição, bem como com os compromissos assumidos internacionalmente, como ocorreu no âmbito do Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio

3 VIANA, op. cit.

4 VIANA, op. cit.

(*General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT)⁵, e mais tarde na esfera da Organização Mundial do Comércio – OMC, criada a partir das Rodadas de Negociação do Uruguai (1986-1994).⁶

E se assumidos compromissos internacionais, como na seara da OMC, ou da própria União Europeia, devem os mesmos ser respeitados, sob pena de questionamento da atuação contrária.⁷

Registra-se que no circuito das referidas Rodadas de Negociação do Uruguai foi assinado, em 15 de abril de 1994, em Marraquexe, o Acordo Plurilateral sobre os Contratos Públicos – ACP (*Agreement on Government Procurement* – GPA), que sucede, assim, ao Acordo sobre Aquisições Públicas do GATT.⁸

Este acordo, firmado no âmbito da OMC, contou com a adesão da União Europeia, com entrada em vigor em 1º de janeiro de 1996, mas não contou, por exemplo, com a adesão do Brasil, embora o Brasil seja um membro da OMC.⁹

Assim, em conformidade com o princípio do tratamento nacional, que é o norte da ACP, cada Estado-membro se obriga a conceder aos produtos, serviços e operadores de outro integrante (em contratos a partir de um determinado valor), o mesmo tratamento que é dado aos produtos, serviços e operadores nacionais. É necessário esclarecer que a seara de aplicação do ACP é mais restrita que o da regulação comunitária, tanto porque está dependente da condição de reciprocidade, quanto porque não inclui algumas entidades adjudicantes, ou ainda porque não cobre todos os tipos de contratos públicos sujeitos à normatividade comunitária.¹⁰

É justamente em face da necessidade de reciprocidade que o ACP não vincula a República Federativa do Brasil, uma vez que esta não é signatária do mesmo. Nenhum país da América do Sul aderiu a este acordo, embora o Chile e a Argentina estejam na condição de observadores.¹¹

5 O GATT data de 1947 e em 1956 contou com a adesão de Estados (atualmente membros da União Europeia), sendo posteriormente reconhecido pela CEE, em Tóquio, em 12 de julho de 1979.

6 VIANA, op. cit.

7 Cf. CARULLO “Il WTO ha istituzioni proprie, titolari di potere legislativo, esecutivo e giudiziario e i membri che non si adeguano alle regole stabilite nei vari accordi possono essere costretti a farlo dalle sanzioni commerciali stabilite da un tribunale ad hoc. Le norme approvate dal WTO fanno sorgere diritti e doveri direttamente in capo agli operatori economici.” In: CARULLO, Antonio. *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*. 4. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2005, p.16.

8 VIANA, op. cit.

9 Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/memobs_s.htm>. Acesso em: 23 set. 2012.

10 VIANA, op. cit.

11 Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/memobs_s.htm>. Acesso: 23 set. 2012.

No contexto do Mercosul foi assinado em 16 de dezembro de 2003, inclusive pelo Brasil, o “*Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul*”. No artigo 1º/1 do sobredito protocolo consta a previsão de tratamento não discriminatório entre os signatários nos processos de contratação efetuados pelos partícipes. No artigo 25/7 restou consignado que em caso de empate dar-se-á preferência aos concorrentes dos Estados-membros e, ainda, que se o empate for entre os prestadores e fornecedores dos mencionados Estados, a entidade adjudicante solicitará uma nova oferta de preços. Se ainda assim a questão não for solucionada e o empate persistir, será realizado um sorteio público.¹²

Todavia, não obstante a assinatura, até o momento este protocolo não foi ratificado por nenhum de seus signatários e segundo consta do artigo 32 do protocolo, ele entrará em vigor para os dois primeiros Estados que o ratificarem, somente depois de 30 (trinta) dias do depósito do segundo instrumento de ratificação.¹³

Logo, no plano internacional não há que se falar em obstáculos à proteção do mercado nacional empreendida pela legislação brasileira, como no caso dos critérios de desempate preferenciais aos bens e serviços produzidos no Brasil, dentre outros.

Especificamente quanto ao Mercosul, ainda é importante ponderar que o artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, ao tratar das margens de preferência, apenas estabelece, no § 10, que estas poderão ser estendidas “*total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul*”.

Logo, o que existe é apenas uma faculdade de extensão das margens de preferência, e não uma obrigação. Tanto que até o momento¹⁴ nenhum dos Decretos regulamentares das margens de preferência incluíram bens e serviços oriundos do Mercosul.

Isto denota que o Mercosul ainda está nos primeiros passos rumo a um mercado de integração, diferentemente da União Europeia.

3 PRINCÍPIOS DA CONCORRÊNCIA E DA IGUALDADE NAS DIRETIVAS COMUNITÁRIAS E NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Como visto, no cenário da União Europeia a igualdade é primordial para a sua própria construção, gerando direitos ligados

12 Disponível em: <http://www.mercosur.int/t_ligaenmarco.jsp?contentid=4824&site=1&channel=secretaria>. Acesso 23 set. 2012.

13 Disponível em: <http://www.mercosur.int/t_ligaenmarco.jsp?contentid=4824&site=1&channel=secretaria>. Acesso: 23 set. 2012.

14 1º de outubro de 2012.

à dinâmica comunitária, e sem os quais ela não existiria, a exemplo da não discriminação em razão da nacionalidade e as liberdades de circulação. E assim se vê também no campo das contratações públicas, tendo o legislador comunitário construído o regime jurídico específico precisamente com base e a partir da igualdade, enquanto princípio fundamental.¹⁵

Nesta altura, é pertinente assinalar que na seara das contratações públicas europeias duas diretivas possuem grande relevo. Tratam-se das Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE.¹⁶

Registra-se que as diretivas comunitárias são atos normativos que obrigam os Estados-membros a um objetivo específico, deixando aos mesmos a liberdade quanto à forma e ao meio de obter tal objetivo, desde que preservados os princípios informadores da respectiva diretiva.¹⁷

O princípio da igualdade domina os procedimentos adjudicatórios, com esboço no artigo 2º da Diretiva 2004/18/CE e no artigo 10 da Diretiva 2004/17/CE. Assim, a entidade adjudicante deve adotar uma conduta igual para com todos os concorrentes e candidatos, não podendo implementar medidas diretas ou indiretas de discriminação jurídica ou fática que possam beneficiar ou prejudicar ilegalmente, ou seja, sem justificação suficiente, qualquer ou quaisquer deles.¹⁸

De tal modo, o princípio da igualdade é um princípio fundamental no direito comunitário da contratação pública, pois veda a discriminação em razão da nacionalidade, ou lugar de sede, também conhecida como proibição das compras nacionais, sendo por isso ilegítimas todas as

15 VIANA, op.cit.

16 Cf. ROMANO “La disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, adottata in base agli artt.47, par.2, 55 e 95 del Trattato istitutivo della Comunità europea, è attualmente principalmente dettata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, e dalla direttiva 2004/17/CE, sempre del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali”. In: ROMANO, Salvatore Alberto. *L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*. Milano: Giuffrè, 2011, p.4-5.

17 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. Cf., também, DANIELE: “[...] la direttiva si limita ad imporre agli Stati membri un risultato da raggiungere, lasciandoli liberi di scegliere le misure di adattamento necessarie per realizzare il risultato prescritto. [...] Pertanto la direttiva non è diretta ad imporre agli Stati membri un semplice obbligo di applicare la direttiva e di farla rispettare nel proprio territorio, ma richiede dagli Stati Membri un'attività di tipo diverso e più complessa: attuare la direttiva, scegliendo i mezzi e le forme appropriate”. In: DANIELE, Luigi. *Diritto dell'Unione europea*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2010, p.204.

18 OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Os Princípios gerais da contratação pública. In: Gonçalves, Pedro (Org). *Estudos de Contratação Pública – I*. Coimbra: Coimbra, 2008, p.51-113.

medidas adotadas pelas entidades adjudicantes para favorecerem, mesmo que de forma velada, as empresas nacionais ou o mercado nacional.¹⁹

As Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE, ao contrário do que ocorre com a igualdade de tratamento e com a transparência, não assumiram explicitamente a concorrência como princípio da contratação pública. Entretanto, são muitas as passagens desses diplomas comunitários em que se faz referência ao fato de a concorrência efetiva ser um objetivo, de modo que se afigura adequado encartá-la ou qualificá-la como um verdadeiro princípio, e fundamental, levando o intérprete à necessidade de analisar os demais princípios sob a perspectiva concorrencial ou segundo a lógica e objetivos da contratação pública.²⁰

No Brasil, o princípio da igualdade, que os constituintes encartaram no preâmbulo da Constituição de 1988, destinado a assegurar a igualdade como um dos valores supremos da sociedade, evidentemente aplica-se ao procedimento de licitação, impedindo o favoritismo, resultante das discriminações.²¹

De tal arte, na legislação brasileira sobre licitações e contratos públicos, obviamente, também estão consagrados os princípios da igualdade e da concorrência, conforme se infere do artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, que regulamentou o artigo 37, inciso XXI, da Constituição.

Assim, há impedimento de que situações análogas sejam tratadas juridicamente de forma diversa ou que se trate de modo símile situações diferentes. É fundamental que todos os potenciais interessados na celebração dos contratos públicos disponham das mesmas condições para formular e apresentar as suas candidaturas e as suas propostas.²²

Nestes termos, o princípio da igualdade é a verdadeira base da licitação, pois permite ao Poder Público a escolha da proposta mais

19 OLIVEIRA, op.cit.

Cf., ainda, ROMANO (op. cit., p.3): “La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 18 del 2004, come le precedenti, partono dal principio che l’aggiudicazione di tutti gli appalti di lavori, servizi o forniture per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del Trattato europeo e, in particolare, ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, di cui sono corollario essenziale i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza”.

20 OLIVEIRA, op.cit.

21 CRETILLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas: comentários à lei federal nº 8.666, de 21 de Junho de 1993*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

22 SILVA, Jorge Andrade da. *Código dos contratos públicos comentado e anotado*. Coimbra: Almedina, 2008.

adequada aos seus fins, ao mesmo tempo em que assegura a igualdade de direitos a todos os interessados em contratar.²³

Já o princípio da concorrência está implícito no § 1º, inciso I, do artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, e decorre do princípio da igualdade; assim, é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 do sobredito artigo 3º e no artigo 3º da Lei nº 8.248, de 1991.²⁴

Do mesmo modo, segundo o §1º, inciso II, do mesmo artigo 3º da Lei de Licitações, é vedado estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no §2º do mesmo artigo e no artigo 3º da Lei nº 8.248, de 1991.²⁵

Reforça-se, portanto, que não obstante a igualdade e a concorrência também ser decorrência da legislação brasileira sobre contratação pública, o fato é que existem algumas exceções à regra, conforme se detalha na sequência.²⁶

23 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

24 DI PIETRO, op. cit.

25 O regime diferenciado das contratações (RDC) para os jogos olímpicos e paraolímpicos de 2016 e para Fifa 2013 e Copa do Mundo Fifa 2014, Lei nº 12.462, de 2011, no seu artigo 38, mantém as prerrogativas referidas. Assim: “Art. 38. Nos processos de contratação abrangidos por esta Lei, aplicam-se as preferências para fornecedores ou tipos de bens, serviços e obras previstos na legislação, em especial as referidas: I - no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; II - no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; [...]”.

26 Além das preferências ao mercado nacional apontadas no corpo deste artigo, cumpre fazer constar o conteúdo do §1º do artigo 3º da recente Lei nº 12.598, de 2012, que estabelece normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa. Assim: “Art. 3º. As compras e contratações de Prode ou SD, e do seu desenvolvimento, observarão o disposto nesta Lei. [...] § 1º O poder público poderá realizar procedimento licitatório: I - destinado exclusivamente à participação de EED quando envolver fornecimento ou desenvolvimento de PED; II - destinado exclusivamente à compra ou à contratação de Prode ou SD produzido ou desenvolvido no País ou que utilize insumos nacionais ou com inovação desenvolvida no País, e, caso o SD envolva PED, aplica-se o disposto no inciso I deste parágrafo; e III - que assegure à empresa nacional produtora de Prode ou à ICT, no percentual e nos termos fixados no edital e no contrato, a transferência do conhecimento tecnológico empregado ou a participação na cadeia produtiva. [...]”

4 CRITÉRIOS FAVORÁVEIS AOS BENS E SERVIÇOS PRODUZIDOS NO PAÍS E ÀS EMPRESAS BRASILEIRAS

Sabe-se que na legislação brasileira a principal regra é o desempate das propostas apresentadas no certame licitatório por intermédio do sorteio, após obedecido o disposto no artigo 3º, §2º, conforme se extrai do artigo 45, §2º, todos da Lei nº 8.666, de 1993. O mencionado §2º prevê que em igualdade de condições será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços *“II - produzidos no País; III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras; IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País”*. Consigna-se que o inciso IV foi acrescentado pela Lei nº 11.196, de 2005.

Especialmente antes da revogação do inciso I do supracitado §2º pela Lei nº 12.349, de 2010, que preconizava a preferência para bens e serviços: *“I produzidos e prestados por empresas brasileiras de capital nacional”*, alguns juristas brasileiros entendiam que as regras de desempate preferenciais não mais prevaleciam, pois foram editadas ao tempo em que vigorava o artigo 171 da Constituição Federal, revogado integralmente pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995, eliminando as distinções e preferências que enunciava e, conseqüentemente, qualquer vantagem em relação a empresas brasileiras de qualquer natureza. Ao fazê-lo, o Constituinte teria deixado de recepcionar todos os dispositivos legais que contrariassem a nova definição constitucional, entre eles o mencionado artigo 3º, §2º, I a III, da Lei de Licitações, pois mencionados dispositivos teriam perdido a eficácia diante da nova diretriz constitucional.²⁷

Assim, o texto constitucional não mais privilegiaria o tratamento a empresa brasileira, prevalecendo a igualdade entre empresas.²⁸

Todavia, mesmo antes da revogação expressa do inciso I, ainda existia uma ordem sucessiva de preferências, onde caberia verificar se alguma das empresas preenchia os requisitos do inciso II e se nenhuma preenchesse, passar-se-ia ao exame do inciso III. Isto porque o inciso I fazia referência à empresa brasileira de capital nacional e esta figura estava prevista no revogado artigo 171 da Constituição; e não mais

27 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Cf. CARVALHO FILHO, na edição mais recente da sua obra, este ainda seria “o melhor entendimento”. In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.246-247.

28 MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão, parcerias público-privadas*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

existindo definição normativa para a figura (empresa brasileira de capital nacional), o dispositivo (apenas o inciso I) era mesmo inaplicável.²⁹

De tal modo, a aludida Emenda Constitucional não teve o condão de macular os incisos II e III do §2º do artigo 3º da Lei de Licitações (nem de tornar inconstitucional o inciso IV, acrescentado pela Lei nº 11.196, de 2005), pois existem no ordenamento constitucional outros dispositivos a sustentar a vigência de tais incisos, a exemplo do artigo 170, designadamente os incisos VII e VIII, ao preconizar que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego.

Destarte, as leis infraconstitucionais podem diferenciar situações atribuindo tratamentos específicos diferentes, sem necessidade de que tenha autorização na Constituição para tanto, bastando, todavia, que não existam ofensas aos seus princípios.³⁰

E no caso vertente, existem tanto diretrizes constitucionais genéricas como regras específicas que servem de base para as preferências em causa. De tal modo, além do artigo 170 da Constituição Federal, mister observar o conteúdo de outros dispositivos, como os artigos 3º, inciso II, 200, inciso V, 218, §§ 2º e 4º e 219, este último preconizando que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.³¹

Na verdade, a Emenda Constitucional nº 6, de 1995, não vetou a implementação de preferências, o que ela fez foi suprimir a obrigatoriedade de que as leis infraconstitucionais as implementassem, e, de outro modo, ao suprimir o artigo 171, nem por isto deixou tais prerrogativas sem guarida constitucional.³²

Como anotado, a Lei nº 11.196, de 2005, introduziu o inciso IV no §2º do artigo 3º da Lei de Licitações, estabelecendo a preferência em favor de empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de

29 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

30 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Preferências em licitação para bens e serviços fabricados no Brasil e para empresas brasileiras de capital nacional. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, número 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-CELSONOANTONIO%20BANDEIRA%20MELLO.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2012.

31 MELLO, op. cit.

32 MELLO, op. cit.

tecnologia no País; tal inovação é substancial, uma vez que pode levar à preferência inclusive entre empresas nacionais. Diga-se, também, que o §2º do artigo 3º contempla critérios genéricos de desempate destinados a favorecer a indústria nacional, e esses critérios não se aplicam quando se tratar de contratação na área de informática, que se sujeitam a regime específico, Lei nº 8.248, de 1991.³³

Mas as novidades em sede de proteção do mercado nacional na seara das contratações públicas não param. Assim, com a entrada em vigor da Lei nº 12.349, de 2010, incluiu-se o §5º ao artigo 3º da Lei 8.666, de 1993, nos seguintes moldes: “§ 5º Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.” Conforme se vê do inciso I, artigo 2º, do Decreto nº 7.546, de 2011, a margem de preferência normal (distinta da margem de preferência adicional, prevista no §7º) é o “*diferencial de preços entre os produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais e os produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros*”.³⁴

Nos termos do também acrescentado § 6º, a margem de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços de que trata o § 5º não poderá ser aleatória, e deverá ser estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem especialmente em consideração a geração de emprego e renda, o efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais e o desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.

Logo, os estudos técnicos são fundamentais para a determinação das margens de preferência. Inclusive, o Decreto regulamentar nº 7.546, de 2011, reproduz a norma acima no seu artigo 8º, § 1º. Deveras, não teria sentido legislar prevendo que o Poder Público pagará a mais por um bem ou serviço se desta contratação, em princípio desvantajosa, não decorrer ganhos em escala nacional capazes de compensar o referido pagamento a maior, especialmente em termos de geração de empregos, aumento da arrecadação e desenvolvimento tecnológico do País, tornando-o mais competitivo e estabelecendo assim um círculo virtuoso.

Conforme o § 7º, para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica

33 JUSTEN FILHO, op. cit.

34 Eis um exemplo pra fins de elucidação: “Suponha-se que a margem de preferência seja fixada em 25%. Imagine-se que a melhor proposta envolva um produto não nacional, com valor de 10. Aplicando-se a margem de preferência, ter-se-á o valor de 12,50. Se existir uma proposta de objeto nacional que preencha os requisitos legais, no valor de 12, essa proposta será considerada vencedora”. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p.100.

realizados no País, poderá ser estabelecida, ainda, margem de preferência adicional àquela prevista no § 5º.

Consoante o § 8º, as margens de preferência a que se referem os §§ 5º e 7º serão definidas pelo Poder Executivo Federal, não podendo a soma delas transpor o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

Mas, nos termos do § 9º, as disposições contidas nos §§ 5º e 7º do artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior à quantidade a ser adquirida ou contratada ou ao quantitativo fixado com fundamento no § 7º do artigo 23 da mesma, quando for o caso.

Todavia, entende-se que a limitação supra é tímida para coibir os excessos que podem advir da regulamentação das margens de preferência, uma vez que não se devem conceder margens que, ao fim e ao cabo, privilegiem uma empresa nacional e não o mercado nacional. Tal proteção à empresa e não ao mercado poderá ocorrer, por exemplo, nas hipóteses em exista apenas uma fornecedora exclusiva nacional.

Em sede de regulamentação, registra-se, até o momento³⁵, a edição dos Decretos nºs 7.713, de 2012, para a aquisição de fármacos e medicamentos; 7.709, de 2012, referente à aquisição de retroescavadeiras e motoniveladoras; 7.756, de 2012, pertinente à aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos; 7.767, de 2012, sobre a aquisição de produtos médicos; 7.810, de 2012, relativo à aquisição de papel-moeda; 7.812, de 2012, concernente à aquisição de veículos para vias férreas e 7.816, de 2012, para aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários.

Na realidade, como já afirmado, a regulamentação das margens de preferências deve ser de molde a permitir ao mercado nacional condições de competir com bens e serviços estrangeiros, especialmente em face da concorrência desleal e das desigualdades entre os países, mas não podem ser de natureza tamanha que levem o mercado interno a uma acomodação sem maiores preocupações com a melhoria da produtividade e qualidade.

Destarte, se os estudos técnicos para definição das margens não foram muito rigorosos e se os interesses escusos não forem afastados, corre-se o risco de as prerrogativas concedidas se tornarem privilégios; e os privilégios são seguramente nefastos, uma vez que a tendência será o comodismo, donde decorrerá uma decadência do mercado brasileiro que poderá perder a sua incipiente capacidade de concorrer no mercado externo. Sem contar que o mencionado comodismo poderá levar ao

35 1º de outubro de 2012.

fornecimento de bens e serviços de baixa qualidade e a altos custos para o Poder Público, diante da ausência de concorrência.

Por fim, o §12 do artigo 3º da Lei de Licitações estabelece que nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, consideradas estratégicas em ato do Poder Executivo Federal, a licitação poderá ser restrita (exclusiva) a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 2001.

A mesma Lei nº 12.349, de 2010, que acrescentou o §12 acima, incluiu o inciso XIX ao artigo 6º da nº Lei 8.666, de 1993, conceituando sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos como bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação cuja descontinuidade provoque dano significativo à administração pública e que envolvam pelo menos um dos seguintes requisitos relacionados às informações críticas: disponibilidade, confiabilidade, segurança e confidencialidade. Logo, futura regulamentação do §12 há de levar em conta essas premissas, para não incluir bens e serviços que não se enquadrem na definição supra.

Se os bens não possuírem o enquadramento acima, a licitação não poderá ser exclusiva, ficando aberta apenas a possibilidade de desempate das propostas, nos termos da Lei nº 8.248, de 1991, conforme se segue.

5 BENS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA E SEU REGRAMENTO NA LEI BRASILEIRA

Ao tempo em que ainda estava em vigor o artigo 171 da Constituição Federal foi editada a Lei nº 8.248, de 1991 (que trata da capacitação e competitividade do setor de informática e automação), e que estabeleceu preferências às empresas brasileiras de capital nacional na aquisição de bens e serviços de informática nas licitações.

Mas com a Emenda Constitucional nº 6, de 1995, pelas mesmas razões já expostas no título 4 deste artigo, alguns autores entendiam que teria perdido validade, no artigo 3º da mencionada lei, a determinação de preferência nas aquisições de bens e serviços de informática e automação efetuadas pelo Poder Público aos produzidos ou prestados por tais empresas.³⁶

Todavia, como a redação original do artigo 3º da Lei nº 8.248, de 1991, foi alterada pelas Leis nº 10.176, de 2001, e nº 11.077, de 2004, tendo sido retirada do *caput* do artigo a expressão “*empresa brasileira de*

³⁶ MOTTA, op. cit.

capital nacional”, que era justamente a constante do revogado artigo 171 da Constituição, a questão resta menos polêmica.

Vale aqui, ainda, a respeito dos demais fundamentos constitucionais para a existência das prerrogativas encartadas no artigo 3º da Lei nº 8.248, de 1991, as mesmas considerações realizadas quando dos comentários ao artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, pois os motivos são os mesmos. De tal modo, no caso da Lei nº 8.248, de 1991, o objetivo também é a promoção do mercado interno, com vistas ao desenvolvimento nacional.

Mas, como visto, a Lei nº 8.248, de 1991, foi aprimorada pelas Leis nº 10.176, de 2001, e nº 11.077, de 2004, cabendo destaque à primeira delas. Assim, a proposta de incentivo da Lei nº 10.176, de 2001, é distinta daquela que dominava a antiga sistemática (em especial em face da pretérita regulamentação pelo ilegal Decreto nº 1.070, de 1994, que foi revogado pelo Decreto nº 7.174, de 2010). A disciplina anterior permitia que a Administração Pública adquirisse produtos e serviços de informática apenas por serem produzidos no Brasil, mesmo que ultrapassados e não vantajosos do ponto de vista econômico. De tal modo, a Administração Pública poderia optar pelo produto mais caro, diante de duas ofertas, apenas porque a preferência funcionava como critério de julgamento do certame.³⁷

Nestes moldes, o que existe agora é uma regra de desempate a favor dos bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país, e não uma garantia irrestrita de preferência às empresas brasileiras, o que se apresenta mais adequado.

Deveras, segundo a nova redação do artigo 3º, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação dar-se-á preferência, sucessivamente:

- a) aos bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e
- b) aos bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma definida pelo Poder Executivo. E nos termos do § 2º, para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.

Entende-se, pois, que como critérios de desempate, as diferenciações são válidas, mas a aquisição de bens e serviços simplesmente porque são

37 JUSTEN FILHO, op. cit.

nacionais não necessariamente atendem ao interesse público, que deve perseguir a adjudicação da proposta mais vantajosa.

É que a proteção sem limites, reforça-se, pode gerar o efeito contrário do esperado, levando à paralisação do setor e ao não desenvolvimento diante das nefastas consequências do comodismo.

6 CONCLUSÃO

Na introdução desse artigo restou consignado o objetivo de estabelecer um paralelo sobre a regulamentação da proteção dos mercados nacionais na seara das contratações públicas na União Europeia, no Mercosul e na legislação brasileira. Como visto, a matéria desperta um interesse que transcende a análise jurídica, uma vez que sua importância se liga às questões econômicas e às relações internacionais públicas.

Recorda-se que os “mercados estatais” estão em franca expansão e esta realidade cria um imenso interesse, tanto por parte das empresas nacionais quanto das empresas estrangeiras. Mas o interesse não se circunscreve ao setor privado, pois é certo que os próprios Estados observam neste nicho a possibilidade de desenvolver o mercado nacional diante da concessão de prerrogativas.

No âmbito da legislação brasileira as regras do artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, e do artigo 3º da Lei nº 8.248, de 1991, guardam coerência com o Direito Internacional, uma vez que o Brasil não é signatário do ACP da OMC ou, tampouco, ratificou o “*Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL*”.

Tais normas, por sua vez, também respeitam a Constituição Federal, pois concretizam princípios afetos à República Federativa do Brasil, conforme se verifica do artigo 170, especialmente dos incisos VII e VIII, ao definirem que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego.

Mas o fato de não existir óbice externo e de a Constituição conferir adequação de mencionadas normas aos princípios inspiradores da República Federativa do Brasil não significada que as proteções possam ser desmedidas, inconsequentes e sem amparo em estudos técnicos e análises conjunturais que amparem as prerrogativas em vigor e as regulamentações que ainda estão por vir.

Assim, o protecionismo exagerado não é benéfico, pois a concorrência (desde que coibidos os abusos) é importante elemento de

aprimoramento do mercado. Em regra, uma maior concorrência leva à melhoria dos bens e serviços oferecidos e à diminuição dos preços.

Por tais motivos, quando se estabelecem prerrogativas ao mercado nacional, como o Brasil o faz, há de se levar em conta os estudos indicadores dos benefícios daí decorrentes para que o Poder Público não adquira bens e serviços inferiores sem a contrapartida devida, tanto na forma de geração de empregos, quanto no aumento da arrecadação e no desenvolvimento real.

Tudo isso porque, como salientado, existe a possibilidade de o comodismo do mercado (decorrente do protecionismo) levá-lo ao sucateamento, criando um efeito desastroso para futuro do País, longe do esperado efeito benéfico.

Já no âmbito da União Europeia, as normas nacionais sobre contratações públicas não podem preterir países integrantes da própria União, como decorrência do Tratado de constituição e das Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE.

E nesta seara comunitária as regras que vedam as chamadas compras nacionais são perfeitamente compreensíveis, pois não se vislumbra possível a consolidação de um grupo (que tem por objetivo o fortalecimento recíproco) diante do protecionismo exercido em face dos seus próprios membros.

Inclusive, este é um dos fatores pelos quais o Mercosul ainda não se consolidou sequer como bloco econômico, pois não se pode pensar em um bloco econômico deveras integrado que não contemple os “mercados estatais”.

Ademais, a União Europeia é signatária do ACP da OMC. Assim, diante de todos os signatários, os países que compõem a União Europeia também não podem estabelecer tratamentos preferenciais em sede de contratação pública, nos limites do próprio acordo.

Em síntese, os membros da União Europeia (diferentemente do Brasil) ficam bastante limitados neste campo, pois não podem conferir preferências para bens e serviços oriundos da União, mas também não o podem em face de países signatários do ACP (o que inclui países tradicionalmente exportadores, como os Estados Unidos e em breve, talvez, a China, que está em processo de adesão³⁸).

Reforça-se, enfim, que na seara das contratações públicas o tema do protecionismo dos mercados nacionais ainda é bastante polêmico, e, seguramente, continuará a merecer muitas reflexões, principalmente diante das relações cada vez mais frequentes e complexas entre os Estados.

38 Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/memobs_s.htm>. Acesso em: 23 set. 2012.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARULLO, Antonio. *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*. 4. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas: comentários à lei federal nº 8.666, de 21 de Junho de 1993*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DANIELE, Luigi. *Diritto dell'Unione europea*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Preferências em licitação para bens e serviços fabricados no Brasil e para empresas brasileiras de capital nacional. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, número 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-CELSON%20ANTONIO%20BANDEIRA%20MELLO.pdf>>. Acesso: 30 set. 2012.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão, parcerias público-privadas*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. Os Princípios gerais da contratação pública. In: Gonçalves, Pedro (Org). *Estudos de Contratação Pública – I*. Coimbra: Coimbra, 2008, p.51-113.

ROMANO, Salvatore Alberto. *L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*. Milano: Giuffrè, 2011.

SILVA, Jorge Andrade da. *Código dos contratos públicos comentado e anotado*. Coimbra: Almedina, 2008.

VIANA, Cláudia. *Os Princípios comunitários na contratação pública*. Coimbra: Coimbra, 2007.

