

COMPRAS GOVERNAMENTAIS NO MERCOSUL*

TOSHIO MUKAI**

I — Após a declaração do Rio de Janeiro (abril de 97) assinou-se o Protocolo sobre o Comércio de Serviços na reunião do Conselho do Mercado Comum (CMC), realizada em dezembro de 1997, em Montividéu. Criou-se então um Grupo “ad-hoc” para tratar do tema “Compras Governamentais”.

Informa-se (v. Economia do Mercosul — Gazeta Mercantil Latino-Americana, 30.03. a 05.04.98) que os temas que foram mais debatidos durante a última etapa da criação do Protocolo, foram os referentes às compras governamentais, a definição de pessoa jurídica, ao número de ratificações sobre pagamentos e transferências em caso de crise na balança de pagamentos. O Protocolo finalmente excetuou as compras governamentais do tratamento de nação mais favorecida, tratamento nacional e compromissos de acesso a mercados e estabeleceu que as mesmas serão aplicadas às disciplinas comuns que na matéria sejam estabelecidas no Mercosul.

Quanto ao artigo sobre pagamentos, transferências de balança de pagamentos, os Estados-membros aceitaram não o incluir no Protocolo.

O Grupo “ad-hoc” resolveu levar o tema à consideração do GMC, que sugeriu que o mesmo deveria ser tratado pelos presidentes dos Bancos Centrais e pelos Ministérios da Economia dos Estados-membros a fim de estabelecer um mecanismo de consulta e de decisão para evitar que restrições aos pagamentos e transferências impostas por motivos de balança de pagamentos tornem discriminatórias ou possam lesar os interesses comerciais, econômicos e financeiros dos Estados-membros.

Portanto, os países do mercosul decidiram criar um grupo “ad-hoc” de *compras governamentais que negociará um regime setorial específico* de aquisições públicas de bens de serviços dentro do bloco, incluindo disposições relativas a *cobertura*,

* Conferência de encerramento do II Congresso Brasileiro de Direito Tributário e Administrativo (Recife, 25.04.98 — Instituto Brasileiro de Estudos de Direito — IBED e Fac. de Direito do Recife — UFPE, Rev. Jur. CONSULEX e BUREAU JURÍDICO — DES. PROF. — OAB/PE, T.R.F. — 5ª Região, TJPE e Escola Nacional da Magistratura).

** Mestre e Doutor em Direito (USP). Ex-Prof. de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.

tratamento nacional, disciplinas e procedimentos que façam a transparência desse tipo de *procedimento* (cf. Gazeta Mercantil — 04.01.98).

A comissão de compras governamentais (Resolução 79/97 do Grupo Mercado Comum do Mercosul — GMC), deverá apresentar os critérios e procedimentos e prazos para a negociação o mais breve possível. O Brasil antecipou que o protocolo de compras governamentais só abrangerá as aquisições do Governo federal e não os dos Estados — membros e Municípios. Também condicionaram a abertura do mercado de licitações públicas à criação de um cronograma de eliminação de tarifas do setor açucareiro.

Ainda, como informação, ressalte-se que a Gazeta Mercantil (de 13 a 19.04.98) estampou matéria que fala da lentidão da elaboração da legislação do mercosul.

É uma questão que menos avanços registrou, desde o Protocolo de Ribeirão Preto (1994).

A característica da legislação até aqui aprovada é que ela não tem supremacia ante as diferentes legislações internas.

Segundo essa matéria, os principais temas da agenda futura já em discussão são: serviços, direitos do consumidor, *compras governamentais* e trabalho e previdência social.

É pretensão, um horizonte próximo, obter-se o estabelecimento de normas obrigatórias, de supremacia sobre a legislação nacional, e de interpretação uniforme.

II — *Licitações internacionais*

As normas sobre o assunto, no Brasil, são as seguintes:

a) — *Habilitação*

1) Art. 32, § 4º — “As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores *mediante documentos equivalentes*, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente”.

2 — Art. 32, § 6º — “O disposto no § 4º deste artigo, no § 1º do art. 33 e no § 2º do art. 55 não se aplica às licitações internacionais para aquisição de bens e serviços cujos pagamentos *sejam efeitos com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional* de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação *com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior*, desde que neste caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, *nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior*”.

3 — Art. 33, § 1º — “No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo”.

b) — *Propostas/Julgamento*

1 — Art. 42 — Nas concorrências de âmbito internacional o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

2) Art. 42, § 1º — Quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro.

§ 2º — O pagamento feito ao licitante brasileiro eventualmente contratado em virtude da licitação de que trata o § anterior será efetuado em moeda brasileira, à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento.

§ 3º — As garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro.

§ 4º — Para fins de julgamento da licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro.

§ 4º — Para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda.

§ 5º — Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, o qual poderá contemplar além do preço, outros fatores de avaliação desde que por eles exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior”.

§ 6º — As cotações de todos os licitantes serão para entrega no mesmo local de destino.

c) — *Foro do contrato*

Art. 55, § 2º — Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, *inclusive aqueles domiciliados no estrangeiro*, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o *foro da sede da administração* para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

Pensamos, pelas razões que mais adiante exporemos, que, dessas regras, apenas as previstas no art. 32, § 6º, no art. 42 e § 8º deverão ser aplicáveis às licitações no âmbito do Mercosul.

III — *O Direito Internacional, o Direito Administrativo e o Mercosul*

1 — O Profº Luiz Olavo Baptista, em excelente obra de cunho jurídico, na condição de Profº Titular e chefe do Departamento de Direito Internacional da Fac.

Direito da USP, intitulada “*O Mercosul, suas instituições e Ordenamento Jurídico*” (LTR — 1998), enfatiza que os efeitos do Tratado de Assunção manifestam-se no plano internacional e na ordem interna dos países signatários. (pg. 63)

Assevera que os efeitos internacionais do Tratado de Assunção são de ordem global e de ordem regional. Afetam ou não terceiros, em ambos os casos.

E, no ponto mais relevante da questão, ensina:

“A interação do direito internacional com o direito interno transcende o procedimento de incorporação dos tratados. Passa, também, pelo estabelecimento do relacionamento e da hierarquia entre estes e as normas internas, assim como pela possibilidade de revogação ou modificação recíproca.

O tratado, enquanto contrato, é ato jurídico, mas tem também caráter normativo”. (pg. 67)

Em outro lance, o Prof^o Luiz observa um aspecto relevantíssimo: a quem se dirige o comando emanado do acordo, para se saber se dele decorrem ou não direitos subjetivos, e para quem?

Leciona:

“Quando o comando for endereçado ao Executivo, e este obrigar-se a tomar determinada providência que gera direito para os residentes no Brasil, estes poderão ter direito a que se cumpra o mandamento, uma vez inserido o tratado na ordem jurídica nacional. Aplica-se, então, o preconceito do art. 5^o, XXXV da Constituição Federal.

Ao contrário, se o Poder Executivo obrigou-se a determinado ato — por exemplo uma norma do MERCOSUL *que determina que os Estados — membros criem equipes prurinationais: nas respectivas fronteiras — os cidadãos não podem exigir em juízo o cumprimento dessa providência; só a pode reclamar qualquer dos Estados — membros ou a organização internacional MERCOSUL”.*

Ainda, outro ponto relevante ventilado pelo Prof^o Luiz Olavo é sobre a “hierarquia entre lei e tratado”.

Diz ele:

“Os tratados, uma vez inseridos no direito brasileiro passam a ser considerados como leis. Sem dúvida, no sistema brasileiro, como é cediço, e bem explicou o Prof^o Vicente Marotta Rangel, estão em nível hierárquico inferior à Constituição, e, portanto estão sujeitos ao controle de constitucionalidade.

Com efeito, se a norma de direito internacional foi introduzida no direito interno para nele operar como se fora lei, não haveria porque ar-lhe hierarquia superior”.

E, finalmente, sobre as “*normas derivadas do Mercosul*”, o Prof^o. assevera:

“O advento da legislação decorrente de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no Tratado de Assunção e no Protocolo de Ouro Preto, que instituíram o MERCOSUL, teve o efeito de gerar um novo regime aplicável na produção e comercialização de mercadorias, imprescindível a uma zona aduaneira comum”.

Os Tratados “*submeteram os países signatários à livre circulação de mercadorias, à zona de livre comércio formada pelos 4 países signatários, tendo instituído a tarifa externa comum, para as mercadorias de fora da região.*

Mas essa inserção se faz de modo cooperativo e sem supra nacionalidade.

A reciprocidade decorrente do Tratado de Assunção deve-se aplicar na ordem interna, enquanto nesta se implementam, efetivamente, os mecanismos integracionistas. Estes, por prudente disposição do Protocolo de Ouro Preto, entram em vigor simultaneamente em todos os países do MERCOSUL. *Impede-se, assim, que as empresas evitem se empenhar em despesas, antes de ter a certeza jurídica da norma.*

As instituições de integração de caráter cooperativo possuem mecanismos próprios que exigem que as condutas dos Estados se adaptem ao objetivo comum.

Esse processo de integração fez e fará com que algumas normas internas de cada país, em certos casos, tenham que ser afastadas em favor das normas do direito da integração, relacionadas com a livre circulação de mercadorias”. (pg. 71)

E mais adiante:

“Realmente, não existiria uma zona de livre comércio e tão pouco uma zona aduaneira comum, se houvesse impedimentos à circulação de mercadorias, se fossem criadas distinções entre os nacionais de um Estado e outro — já que para os efeitos de mercado há uma unidade na região. Os Tratados que criaram o MERCOSUL e que o compõem dessa maneira, revogaram, implica ou expressamente, as normas internas que com eles conflitam”. (pg. 72)

Há, por outro lado, nos tratados do Mercosul, o instituto da harmonização, assim expresso:

“É obrigação dos Estados — Partes:

‘harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o processo de integração’.”

Finalmente, cabe sublinhar que foi criado um Tribunal Arbitral no âmbito do MERCOSUL (Protocolo de Brasília). Das decisões do Tribunal Arbitral não cabem recursos.

2 — No que concerne especificamente às licitações no âmbito do MERCOSUL, Borges Barbosa (citado por Sidney Bittencourt, “Estudos sobre Licitações Internacionais”, Lumen Juris, pg. 21) dizia:

“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”.

Roberto Dromi, sobre o assunto, *“aduz ser possível e essencial a necessidade de unificação (que ele intitulou “homogenização”) dos regimes jurídicos das licitações e contratos da Administração Pública entre os países que compõem o MERCOSUL, visto que a adaptação das regras aplicadas a licitações e contratos denotam também a transparência pública. Não podemos, em âmbito de MERCOSUL, ter um ordenamento no qual um país siga certos requisitos, e outro, requisitos diversos”* (apud Sidney Bittencourt, ob. cit. pg. 25).

Em outro lugar, Roberto Dromi acrescentou:

“Algumas regras que marcaram a experiência da União Européia devem ser aplicadas no âmbito do MERCOSUL, como a implantação de uma homogenização sobre a implantação de uma homogenização sobre as regras de qualificação refe-

rentes à pré-adjudicação, adjudicação, controle e também de sanção e de relação de ofertas” (ob. cit. pg. 25).

3 — As compras governamentais no âmbito do MERCOSUL

Não temos, até o momento, nenhum conjunto de regras, em nível de MERCOSUL, trazido a público pelo grupo formado para tal.

Como se disse, o caminho para essas regras tem sido longo e tenebroso.

De qualquer modo, pensamos que alguns princípios e pontos básicos para o estabelecimento de tais regras devem aqui ser explicitados, a título de sugestão e colaboração para com aqueles que têm a missão de fixá-las.

Dromi elogiou o § 5º do art. 42 da lei nº 8.666/93, dizendo:

‘Creio que a lei brasileira é uma lei avançada, pois prevê a possibilidade de tratados, os quais, uma vez firmados, devem ser respeitados’ (apud Sidney Bittencourt, ob. cit. pg. 61).

Aponta Sidney Bittencourt (ob. cit. pg. 61) a isonomia existente, na lei brasileira de licitações, entre a empresa estrangeira e a empresa brasileira, quando esta autoriza o licitante estrangeiro a cotar preço em moeda estrangeira e ao brasileiro a também fazê-lo; disciplinando que o contratante brasileiro receberá os pagamentos em moeda brasileira, ainda que tenha cotado em moeda estrangeira, convertida à taxa de câmbio vigente; mantendo equivalência com relação às garantias contratuais entre licitantes brasileiros e estrangeiros; acrescentando ao valor proposto pelo estrangeiro os encargos tributários que onerariam exclusivamente os brasileiros”.

E acrescenta: *“Diante da isonomia tributária acima, não raro os editais de licitação passaram a estabelecer uma prática denominada “equalização de preços”, com a elaboração fictícia dos preços propostos pelos licitantes brasileiros, objetivando cooptar a tributação que os onerava exclusivamente”* (ob. cit. pg. 62).

Na realidade, para se alcançar a homogeneização das licitações no âmbito do Mercosul, há que se buscar, para todas as fases do processo licitatório, em nível supra-nacional, sempre, o princípio da igualdade.

Dá a necessidade de se disciplinar isonômicamente as compras governamentais no âmbito do MERCOSUL. E essa necessidade específica impõe que se entenda a mencionada equalização das propostas, timidamente lançada pela legislação brasileira, para um âmbito mais amplo, o que se fará por ocasião do julgamento das propostas.

Assim, não só a equalização referida deve ser efetuada em relação aos tributos, como também em relação a todo e qualquer ônus que incida sobre as propostas, tais como custos de frete, de mão-de-obra, de locomoção, de estadia etc.

Essa equalização geral é a única forma de se julgar propostas locais em confronto com outras propostas de países vizinhos, no âmbito do Mercosul.

Também com relação à fase de habilitação a documentação a ser exigida deve ser uniforme (deve-se buscar, mediante pesquisa em cada um dos quatro países, quais aqueles documentos que possam comprovar a capacidade jurídica, a idoneidade financeira e a técnica, que sejam de exigência normal nos referidos países); e, somente aqueles que sejam exigidos em todos os quatro países é que deverão ser exigidos no âmbito das licitações no MERCOSUL.

No mais, pensamos que as regras supra nacionais devem obrigar à obediência dos princípios já consagrados da licitação e que são universais, ou sejam: o princípio da igualdade, o de competitividade, o da publicidade, o da probidade administrativa, o da vinculação ao instrumento convocatório, o do procedimento formal, o do julgamento objetivo e o da adjudicação compulsória ao vencedor.

Para finalizar, observamos que todos os litígios ou questões que surgirem no âmbito do MERCOSUL, relacionados com as compras governamentais deverão ser resolvidos pelo Tribunal Arbitral.

Nesse sentido, não deverá prevalecer, para as licitações no MERCOSUL, o que dispões o § 2º do art. 55 da Lei nº 8.666/93 (*“Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta lei”*).

É interessante observar, aliás, que essa disposição, com ligeiras alterações de redação, constava do parágrafo único do art. 44, do Decreto-lei nº 2.300/86, e permitia, como alternativa, o acesso ao juízo arbitral.

Finalmente a título de ilustração, no mesmo sentido que advogamos, cabe citar aqui o Prof. de Direito Constitucional da Fac. de Direito de Curitiba, Daniel Ferreira:

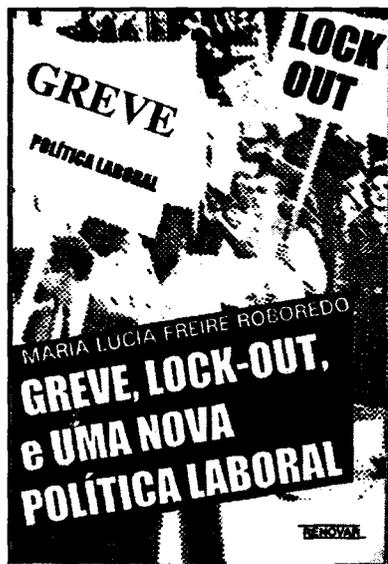
“Considerando que o Tratado de Assunção traz em seu bojo indicações cristalinhas de que o Mercado Comum do Sul se encontra fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados — Partes (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) e, pois, com a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, através da eliminação de restrições de qualquer natureza, parece-nos restar aclarada a necessidade premente de compatibilização dos procedimentos licitatórios de tais países para manutenção da União conforme ajustada.

Assim sendo, mister se faz o reconhecimento de um Regime Jurídico Mínimo aplicável às Licitações Públicas em âmbito do Mercosul, o qual, após aprovado, nos termos do Protocolo de Outro Preto, deverá ser incorporado ao ordenamento jurídico nacional de cada Estado-Parte para fins de realização material dos princípios e propósitos que lhe ensejaram a criação.

Referido regime, como não poderia deixar de ser, deve prescrever os condicionamentos mínimos necessários à inovação, interpretação e aplicação normativas internas à nova realidade coletiva, que prima, dentre outras coisas, pela igualdade de acesso às contratações públicas” (*“As licitações públicas e seu regime no âmbito do Mercosul”*, in *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, nº 15 — Out./Dez.97).

As sugestões para que seja alcançada essa igualdade nós as oferecemos muito modestamente, reconhecemos, neste trabalho.

Muito obrigado a todos pela atenção.



Ref. 0097
Brochura
167 págs.
Form. 14x21
1996

GREVE, LOCK-OUT, E UMA NOVA POLÍTICA LABORAL

Maria Lúcia Freire Roboredo

Este livro constitui-se uma obra de real interesse não só para estudantes, advogados, líderes sindicais, empregados, empregadores e tantos quantos se interessam por este ramo do Direito. Aborda assuntos polêmicos atuais. Surgidos com a Revolução Industrial a partir da consciência de classe, *Greve* e *Lock-Out* percorreram imenso caminho em nosso país bem como no restante do mundo.