PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**O REGIME DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS INTERNACIONAIS NO
ÂMBITO DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL:
um comparativo com a experiência europeia**

Audrey Gonçalves de Castro Chalfun

Belo Horizonte

2011

Audrey Gonçalves de Castro Chalfun

**O REGIME DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS INTERNACIONAIS NO
ÂMBITO DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL:
um comparativo com a experiência europeia**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Linha de Pesquisa: Direitos humanos, processos de integração e constitucionalização do Direito Internacional.

Orientador: Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares

Belo Horizonte

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C497r Chaulfun, Audrey Gonçalves de Castro
O regime das contratações públicas internacionais no âmbito do processo de integração do MERCOSUL: um comparativo com a experiência europeia / Audrey Gonçalves de Castro Chaulfun. – Belo Horizonte, 2011.
115 f.

Orientador. Prof. Dr. Mauro Lúcio Quintão Soares
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito.
Bibliografia.

1. MERCOSUL. 2. Direito Internacional Público e direito interno – Países do MERCOSUL. I. Soares, Mauro Lúcio Quintão. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Faculdade Mineira de Direito. III. Título.

CDU: 341

Bibliotecária – Valéria Inês da Silva Mancini – CRB-1682

Audrey Gonçalves de Castro Chalfun

**O regime das contratações públicas internacionais no âmbito do processo de
integração do MERCOSUL: um comparativo com a experiência europeia**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em
Direito, como requisito para obtenção do título de Mestre em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Orientador: Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Orientador) - PUC Minas

Prof.^a Dr.^a Maria de Lourdes Albertini Quaglia

Prof. Dr Jose Luiz Quadros de Magalhães

Belo Horizonte, 13 de maio de 2011.

*A Felipe Chalfun,
pelo seu amor.*

RESUMO

Nosso objetivo nesse estudo é evidenciar, nas legislações pátrias dos Estados membros do Mercosul, a existência de entraves que dificultam o processo de contratação pública, proporcionados pelo caráter intergovernamental em que o Bloco foi instituído, que não propicia harmonia legislativa entre seus países. Procuramos definir a supranacionalidade e analisar o processo evolutivo das contratações públicas na União Européia, no sentido de compreender a importância dessas contratações em um sistema “modelo” de integração, bem como o funcionamento das normas que regem os procedimentos licitatórios levados a efeito em seus diferentes países, sob os mesmos procedimentos de aplicabilidade imediata de diretivas e decisões do Tribunal Europeu, todos com caráter supranacional. Abordamos as PPPs – Parcerias Público-Privadas, como tendência mundial para contratações públicas em obras e serviços de grande vulto. Procuramos aprofundar, ainda, na recente evolução ocorrida no processo de integração do Mercosul para as contratações públicas, verificada com a edição do “Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul”. Estudamos os princípios e sistemas que regem as licitações públicas nos países membros do Mercosul e analisamos os fatores que deixam de propiciar maior integração entre os seus Estados Partes. Concluímos pela necessidade de mudança na concepção nacionalista adotada, em especial, nas constituições brasileira e uruguaia, as quais, acreditamos, devem passar a seguir os modelos argentino e paraguaio de internalização das normas emanadas pelo Mercosul em seus ordenamentos pátrios.

Palavras-chave: Mercosul. União Européia. Supranacionalidade. Intergovernabilidade. Integração. Contratação pública. Licitação. Harmonização legislativa.

ABSTRACT

Our goal in this study is to show, in patriotic laws of member states of Mercosur, the existence of barriers that hamper the procurement process, provided by an intergovernmental characteristic in which it was instituted, which doesn't make a legislative harmony between them. We define the supranationality and analyze the evolution process of public procurements in the EU, in order to understand the importance of these contracts in a "model" system of integration as well as the functioning of the laws that rule biddings carried out in different countries, but under the same procedures of immediate applicability of decisions and policies with a supranational character. We also focus on the PPPs - Public-Private Partnerships, as a global trend for works and services in large projects. We have also studied recent developments in the Mercosur integration process for public contracts, verified with the edition of the "Protocol on Government Procurement of Mercosur." We analyze the principles and systems that rule the public procurement in member countries of Mercosur and the factors that fail to achieve greater integration among its states parties. We have verified the need for change in the nationalist conception adopted especially in the constitutions of Brazil and Uruguay, which we believe should start following the Argentine and Paraguayan models of internalization of the norms issued by Mercosul in their patriotic jurisdictions.

Key-words: Mercosur, EU. Supranationality. Integration. Procurement. Procurement. Harmonization of legislation.

LISTA DE SIGLAS

ALADI- Associação Latino-Americana de Integração

ALALC- Associação Latino-Americana de Livre Comércio

CECA- Constitutivo da Comunidade Européia do Carvão e do Aço .

CMC- Conselho do Mercado Comum

PPPs- Parcerias Público-Privadas

STA- Supremo Tribunal Administrativo

TCU- Tribunal de Contas da União

TEC- Tarifa Externa Comum

TOCAF- Texto Ordenado de Contabilidade e Administração Financeira

TPR- Tribunal Permanente de Recursos

TPR- Tribunal Permanente de Revisão

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO DE INTEGRAÇÃO	11
2.1 Supranacionalidade e intergovernabilidade	11
3 AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NA UNIÃO EUROPÉIA.....	15
3.1 Origens e evolução das contratações públicas na Europa	15
3.2 A origem da integração europeia: uma mudança nos contratos públicos europeus	17
3.3 O atual sistema jurídico da contratação pública no processo de integração europeu	20
3.3.1 <i>As Diretivas europeias para a Contratação Pública</i>	22
3.3.2 <i>O Tribunal de Justiça Europeu e a Jurisprudência Comunitária na europeização dos contratos públicos</i>	24
3.4 AS concessões de obras e serviços públicos e as parcerias público-privadas - PPPS no sistema europeu	26
3.4.1 <i>As Concessões Europeias</i>	26
3.4.2 <i>As PPPs na Europa</i>	30
4 AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO ÂMBITO DO MERCOSUL.....	35
4.1 A origem e o desenvolvimento do MERCOSUL.....	35
4.2 O processo de integração do MERCOSUL.....	38
4.3 A evolução das contratações públicas do MERCOSUL - o protocolo de contratações públicas	46
4.4 A harmonização dos ordenamentos jurídicos dos estados partes do MERCOSUL.....	57
4.4.1 <i>O Uruguai</i>	58
4.4.1.1 O Direito Administrativo interno uruguaio sobre as licitações públicas	59
4.4.2 <i>O Paraguai</i>	62
4.4.2.1 O Direito Administrativo interno paraguaio sobre as licitações públicas	64
4.4.3 <i>A Argentina</i>	67
4.4.3.1 O Direito Administrativo interno argentino sobre as licitações públicas	69
4.4.4 <i>O Brasil</i>	73
4.4.4.1 O Direito Administrativo Interno Brasileiro sobre as licitações públicas	79
4.4.4.1.1 <i>Da isonomia no tratamento entre empresas nacionais e estrangeiras e a Medida Provisória 495</i>	82
4.4.4.1.2 <i>As Licitações internacionais no sistema jurídico brasileiro</i>	92
4.4.4.1.3 <i>As Parcerias Público-Privadas – PPPs no Brasil</i>	100
5 CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS.....	107

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo parte do princípio de que a tendência mundial é a dissolução da soberania do Estado nacional, em prol de instituições supranacionais.

Nesse contexto, a União Européia e o Mercosul serão abordados como pontos essenciais ao trabalho, na qualidade de blocos econômicos em diferentes fases do processo de integração. Procuraremos evidenciar que, ao contrário da União Européia, com caráter supranacional, o Mercosul possui característica intergovernamental, não havendo transferência expressa das competências dos Estados membros para os Órgãos de Integração, o que seria necessário para se conferir o aludido caráter supranacional a esse sistema.

Tal situação gera toda a problemática do tema do presente estudo, que demonstrará a ausência de compatibilização das legislações dos diferentes países membros do Mercosul - Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai - relativas a um objeto primordial para se promover uma maior integração entre esses países: a contratação pública, realizada por meio de licitação.

Estudaremos os princípios da contratação pública que regem os países que compõem o Mercosul, no intuito de se evidenciar possibilidades para o início de uma integração jurídica na matéria, onde seus membros, além de passarem a ter suas constituições favoráveis à intervenção direta de uma ordem supranacional, passarão a adotar norma comunitária para efetivar suas contratações públicas, essenciais ao processo de integração.

Nesse viés, aprofundaremos no mais recente instrumento de integração para o Mercosul sobre a matéria, qual seja, o “Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul”, o qual será de grande valia para um avanço no processo mercosulino rumo ao Mercado Comum, haja vista tratar-se de instrumento que contém normas gerais para as licitações ocorridas entre os países do Bloco.

Comparativamente, utilizaremos a União Européia, com o objetivo de entender o funcionamento das normas sobre contratação pública aplicadas por um sistema supranacional, desde sua origem, até o papel em que a jurisprudência comunitária exerce atualmente na “europeização” dos contratos públicos.

Além disso, verificaremos evoluções nas contratações públicas européias, tais como as novas concessões e as Parcerias Público-Privadas (PPPs).

Abordaremos, ainda, aspectos específicos da legislação brasileira no que tange às licitações internacionais, tais como entendimentos jurisprudenciais predominantes sobre o tema da hierarquia das normas inseridas no nosso ordenamento interno e a nova Medida Provisória 495.

Por outro lado, não deixaremos de destacar aspectos relevantes das legislações nacionais dos quatro países membros do Mercosul sobre o tema, em especial, as leis do Brasil e do Uruguai, as quais geram entraves no que tange ao processo de integração tendo em vista a forma adotada para a incorporação de normas internacionais no seu ordenamento interno.

Com o tema proposto, concluiremos que, partindo-se de um ideal em comum, ainda é possível que os Estados Partes do Mercosul tomem medidas relativas à harmonização legislativa, promovendo a integração, protegendo-se da concorrência externa e eliminando barreiras e condições de discriminação entre si.

2 O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO DE INTEGRAÇÃO

2.1 Supranacionalidade e intergovernabilidade

Na atualidade, a maioria dos países faz parte de algum sistema de integração. A vida das pessoas é diretamente afetada por acontecimentos globais, tendo em vista a propensão natural dos Estados para a ampliação de seus mercados em busca da livre circulação de bens, de serviços e fatores produtivos.

Como afirma Quintão Soares (2000)¹, há uma tendência irreversível de dissolução da soberania do Estado nacional em favor de instituições supranacionais, que pode assinalar o começo de uma nova ordem mundial universalista contra o horizonte de uma esfera pública mundialmente emergente.

Nesse contexto, encontram-se o Direito de Integração e o Direito Comunitário.

O Direito de Integração é um desdobramento do Direito Internacional, regulador das organizações internacionais comunitárias, em princípio com órgãos supranacionais. (LIQUIDATO, 2006).²

O Direito Comunitário exerce função reguladora nas experiências integrativas da União Européia. Concordamos com os autores que afirmam que o Direito Comunitário é um novo ramo do Direito, e não uma espécie do gênero Direito Internacional Público (DROMI, 1995; EKMEKDJIAN, 1995; RIVERA, 1995)³.

Porém, como relatado por Viegas Liquidato (2006), não podemos negar a ligação do Direito de Integração com o Direito Internacional, sendo o primeiro um desdobramento do segundo.

A princípio, as normas do Direito Comunitário emanam de tratados específicos ou comunitários. Em um segundo momento, passam a ser derivadas dos

¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito comunitário**: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000. p. 173.

² LIQUIDATO, Vera Lúcia Viegas. Direito internacional público e direito da integração: desafios atuais. In: **Direito da Integração**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

³ DROMI, Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel A.; RIVERA, Julio C. **Derecho comunitário**: sistemas de Integracion - Regimen del Mercosul. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995. p. 178.

próprios órgãos comunitários que exercem atribuições legislativas, executivas e judiciárias, com aplicação direta e imediata no território dos Estados membros, dispensando-se, inclusive, o *exequatur* dos governos de tais Estados.

Mota Campos (1997) entende que o Direito Comunitário é o *Direito Comum* a uma comunidade de Estados, e detentor de certos caracteres que o individualizam e lhe asseguram condições de aplicação uniforme na ordem interna dos Estados-membros. Para o autor, esses caracteres são:

- a. A autonomia do Direito Comunitário, em virtude da sua origem supranacional e pela sua finalidade própria;
- b. A inserção, das normas de Direito Comunitário nas ordens jurídicas internas, “*podendo ser diretamente aplicadas pelas jurisdições nacionais*” quando produzam efeito direto ou imediato na esfera jurídica individual, ou seja, quando atribuam diretamente aos particulares direitos ou obrigações;
- c. A primazia da norma comunitária perante a norma nacional do Estado membro, “*excluindo a aplicação da norma nacional contrária, qualquer que ela seja (de nível ordinário ou constitucional, anterior ou posterior)*”; e
- d. A aplicação uniforme do Direito Comunitário em todo o espaço da Comunidade, exigindo a “*uniformidade de interpretação e de apreciação de validade dos actos normativos emanados da Autoridade Comunitária*”, assegurada pelo Tribunal Comunitário, “*na conformidade de um sistema assente na colaboração dos juízes nacionais com aquele órgão jurisdicional comunitário.*”⁴

Na mesma linha de raciocínio de Mota Campos (1997) entretanto, de forma mais sucinta, Viegas Liquidato (2006)⁵ entende que um ordenamento jurídico de integração distingue-se dos ordenamentos das organizações internacionais de tipo clássico, pelas seguintes características:

- a. possibilidade de visualização de certo grau de institucionalização peculiar, ou seja, uma estrutura própria, distinta da estrutura institucional de seus Estados

⁴ CAMPOS, João Mota. **Direito Comunitário**. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997. p. 14. V.2.

⁵ LIQUIDATO, Vera Lúcia Viegas. Direito internacional público e direito da integração: desafios atuais. In: **Direito da Integração**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

- membros;
- b. dotada de fontes jurídicas próprias, diversas das fontes dos ordenamentos jurídicos nacionais;
 - c. há um inter-relacionamento entre a estrutura jurídica comunitária e a estrutura jurídica de cada qual dos Estados membros.

Quintão Soares (2000, p. 194) explica que, *“para Canotilho, o Direito Comunitário pressupõe uma limitação de competências das autoridades nacionais em favor dos órgãos comunitários”*.

A integração europeia produziu a reordenação das suas competências soberanas, que passaram a ser divididas entre os Estados e órgãos comunitários. Passou-se a aplicar, então, a teoria da soberania compartilhada, pela qual os Estados membros, num processo de integração, procedem à transferência de parcelas de seu poder a órgãos supranacionais.

Citamos, ainda, o Princípio do Primado Comunitário, estabelecido na famosa decisão nº 6/64, da Corte Europeia de Justiça, no caso *Flaminio Costa x Enel*⁶. Por meio desta decisão,

ao criar uma Comunidade de duração ilimitada, que possui suas próprias instituições, sua própria personalidade, sua própria capacidade legal e capacidade de representação no plano internacional e, mais particularmente, poderes reais que derivam da limitação da soberania ou transferência de poderes dos Estados para a Comunidade, os Estados membros limitaram seus direitos de soberania, embora em campos limitados, e criaram um corpo de leis que amarram a sua nacionalidade e eles mesmos. (tradução nossa).⁷

No Mercosul, os Estados Partes optaram pela intergovernabilidade como sistema de tomada de decisões (Protocolo de Ouro Preto, art. 37) e pela

⁶ Segundo o Princípio do Primado, o Direito Comunitário tem um valor superior ao do direito dos Estados-Membros. Se uma norma nacional for contrária a uma disposição comunitária, é a disposição comunitária que se aplica. O Princípio do Primado não está consignado nos Tratados CE e UE. Foi estabelecido pelo Tribunal de Justiça Europeu (European Court of Justice) no Acórdão 6/64, de 15 de Julho de 1964, no caso *Flaminio Costa contra Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (Enel)*.

⁷ *“By creating a Community of unlimited duration, having its own institutions, its own personality, its own legal capacity and capacity of representation on the international plane and, more particularly, real powers stemming from limitation of sovereignty or transfer of powers from the States to the Community, the Member States have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and have created a body of law which binds both their nationals and themselves.”*

harmonização interna e individual das normas emanadas dos órgãos do Mercosul com a legislação interna de cada Estado Parte (Protocolo de Ouro Preto, art. 38).

Na estrutura institucional do Mercosul, por se revestir de caráter intergovernamental, os Órgãos decisórios não passam de extensão do pensamento e dos interesses dos respectivos governos dos Estados Partes.

Nesse sistema, os Órgãos decisórios não atuam de forma isolada, mas em cooperação com os Órgãos internos de casa País, que garantem efetividade ao Direito de Integração. Assim, conforme explica Wagner Rocha D'angelis (2000)⁸, somente após introduzidas no sistema jurídico nacional de cada país-membro por meio de sua homologação pelo Poder Legislativo e posterior ratificação do Executivo, passa-se a ter a vigência comunitária das normas.

Assim, os Órgãos do Mercosul possuem um caráter comunitário, mas não há primazia das normas emanadas por eles, ou seja, não há uma transferência expressa das competências dos Estados membros para os Órgãos de Integração, o que seria necessário para se conferir caráter supranacional a esse sistema.

⁸ D'ANGELIS, Wagner Rocha. **MERCOSUL: Da intergovernabilidade à supranacionalidade? Perspectivas jurídicas para a efetivação do mercado comum.** Curitiba: Juruá, 2000. p. 80.

3 AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NA UNIÃO EUROPÉIA

3.1 Origens e evolução das contratações públicas na Europa

As raízes da atividade contratual da Administração Pública são muito antigas. Na Grécia antiga, certas tarefas públicas eram confiadas a determinados cidadãos que recebiam retribuição pelo serviço prestado e pagavam renda às autoridades administrativas.

Maria João Estorninho (1990) elucida que, no Direito Romano, a concessão apareceu como meio arrecadador de receitas. Era vista como forma de exploração da propriedade pública, com proveito para toda a comunidade. O particular explorava terras, florestas, minas, e pagava uma contrapartida pela fruição dos bens públicos.⁹

Explica a autora que era possível identificar dois aspectos na atividade contratual pública nessa época: em alguns contratos a Administração colaborava com o particular, permitindo-lhe desenvolver determinada atividade; em outros, o particular se tornava colaborador da Administração, desempenhando tarefas de interesse público.

A autora observa, ainda, que na Idade Média houve uma redução desse fenômeno, muito por causa da própria ausência do Estado. Ainda assim, havia alguns tipos de atividades contratuais públicas, como espécies de concessões da indústria pesqueira e concessões de mercados.

Anos mais tarde, em pleno Renascimento, surgiram exemplos interessantes de contratação pública. São exemplos históricos de associação de particulares ao serviço público os *Condottieri*, que no século XVI, na qualidade de empresários de guerra, colocavam seu exército à disposição dos príncipes. Surgem também os *Fermiers Generaux*, encarregados de receber os impostos por conta do tesouro real.

No contexto da Idade Moderna, tendo como pano de fundo o movimento de centralização e consolidação do poder real, uma série de direitos são reconduzidos à área do poder público, tornando-se insusceptíveis de livre utilização pelos

⁹ ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990.

particulares.

Para Estorninho (1990), a idéia de associação do particular à realização do interesse público se desenvolveu na Europa, de fato, a partir do século XIX. Foi sob a égide de uma Administração Pública tipicamente liberal que se encontrou a origem próxima da atual atividade contratual administrativa. Existiam obras e bens dos quais a própria Administração precisava e que, ou não conseguia obter por si mesma, ou julgava conseguir obter por preço inferior se utilizasse de empreiteiros e fornecedores particulares. Inicialmente, a Administração dirigiu-se a setores pouco interessantes ao ver dos particulares, tais como, distribuição de água, energia e comunicação. Veio, então, a era do desenvolvimento industrial e a Administração passou a necessitar da ajuda dos particulares, e esses passaram a se aventurar, assumindo os encargos de diversos empreendimentos.¹⁰

Comenta a autora que se verificou um verdadeiro fenômeno de substituição da Administração por particulares na realização de tarefas do serviço público. Isso ocorreu tanto pela construção de linhas férreas, redes de abastecimento de água, sistemas de iluminação pública e de comunicações, quanto pela própria prestação dos serviços decorrentes dessas infra-estruturas.

A concessão de tarefas pela Administração passou a ser vista como ato constitutivo de direitos, e não mais uma atitude graciosa da realeza, como o de um príncipe criador de privilégios para determinado beneficiário.

Os particulares muito colaboraram no desempenho de tarefas públicas. Aos poucos, contudo, estes começaram a ser considerados como adversários da Administração, interesseiros, com espírito de lucro. De fato, eles deixaram de ser “gratos” ao Estado, para se tornarem concessionários ávidos por recuperarem os investimentos iniciais, que não permitiam qualquer alteração na contratação, adequação a novas e melhores técnicas descobertas. Ficava a Administração dependente da boa vontade dos particulares e tinha que esperar o longínquo final da concessão para melhorar as condições de exploração do serviço.

Foi nesse ambiente do século XIX, na Europa, que nasceram os contratos de concessão de serviços públicos. O progresso científico e tecnológico era enorme. O contrato de direito privado tornou-se inadequado às exigências do interesse público. Foi em nome dessas exigências que nasceu, na França, a figura do contrato

¹⁰ ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990.

administrativo.

Mas foi somente no século XX, na fase de transição do Estado Liberal para o Estado Social, que se verificou uma profunda alteração das relações entre o Estado e seus contratados. Nessa época, os atritos foram ultrapassados e se alcançou uma verdadeira colaboração e convivência civilizada.

A França foi a responsável pela criação da figura do contrato administrativo. O procedimento de *adjudication publique* remonta ao século XVI, quando a Administração tornava pública a sua intenção de contratar, comprometendo-se a celebrar o contrato com aquele que, na lógica de um processo de concorrência, oferecesse o preço mais baixo.

Margarida Cabral (1997) explica que a França proporcionou uma evolução no império de um procedimento estritamente vinculado para um procedimento onde a liberdade de escolha da Administração é maior. Assim, evoluiu-se da preocupação exclusiva com o interesse financeiro (o único critério utilizado nos tempos antigos da contratação pública era o preço) para uma consciência de pluralidade de interesses que estão em jogo na contratação administrativa e, principalmente, o interesse de contratar um particular capaz e tecnicamente competente e, verdadeiro colaborador da Administração.¹¹

3.2 A origem da integração europeia: uma mudança nos contratos públicos europeus

Foi na Primeira Guerra Mundial que se rompeu com a antiga ordem política europeia, a qual era fundada na balança de poder equilibrada pelas superpotências. Surgiu a primeira tentativa de criação de uma ordem jurídica internacional diferente, capaz de contribuir para com o desenvolvimento do cooperativismo das relações internacionais.

¹¹ CABRAL, Margarida Olazabal. **O concurso público nos contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1997.

Jean Monet¹², consultor econômico e político francês, dedicou a sua vida à causa da integração europeia. No decorrer da Primeira Guerra Mundial, ele verificou que as compras de suprimentos e artefatos bélicos entre os países aliados realizavam-se de forma isolada e descoordenada, implicando gastos desnecessários. Diante disso, em processo de racionalização de custos do conflito, idealizou formas de coordenação dos processos de compras governamentais.

Os governos envolvidos, então, passaram a organizar o seu sistema de aquisição de produtos. Dizia Monet que *“a Europa não se fará de um rasgo, nem por virtude de uma construção global; far-se-á mediante realizações concretas, criando, antes de mais nada, uma solidaderiedade de fato”*.¹³

O término da Primeira Guerra representou o declínio econômico da Europa. Esse contexto enfatizou a necessidade de um Continente unido, levando os europeus a buscarem uma cooperação regional sintonizada. Com esse pensamento a Europa obteve sucesso na sua reconstrução, o que resultou em vantagens para todas as partes envolvidas.¹⁴

Mediante a coordenação das compras estatais na Europa, Jean Monet muito contribuiu para a idealização da União Europeia, especificamente na articulação de instrumentos necessários à consecução de um mercado interior único. Nesse contexto, em 09 de maio de 1950, o ministro francês Robert Schumann propôs, juntamente com Monet, iniciar a construção comunitária. Concluíram que as indústrias carbo-siderúrgicas da Alemanha e da França tinham vital importância para a reconstrução desses países, bem como do resto do continente europeu.

Surgiu, então, a idéia de criação de um órgão supranacional que controlasse a produção do carvão alemão e do aço Francês, independente dos governos dos Estados partes. Aceita a proposta pelo chanceler Alemão, Konrad Adenauer, bem como pelos países que constituíam o Benelux (Bélgica, Luxemburgo e Países Baixos), e pela Itália, assinou-se em Paris, em 18 de abril de 1951, o Tratado

¹² Como consultor de alto nível do governo francês, Jean Monet foi o principal inspirador da famosa “Declaração Schuman” de 9 de Maio de 1950, que conduziu à criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço - CECA. Entre 1952 e 1955, foi o primeiro Presidente do órgão executivo dessa Comunidade. (CRIAÇÃO DA CEE, 2010).

¹³ Revista EUROSTAT, 1995, p. 23.

¹⁴ RAÚL GONZÁLEZ, Diego. Las contrataciones estatales en un sistema de integración económica; Vigencia y aplicación del Tratado de Asunción. **Anuario de Derecho** - Universidad Austral, v.5 - Buenos Aires: 1999, p.212.

Constitutivo da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA).

Foram os países do Benelux, no âmbito da CECA, que já contavam com uma União Aduaneira, os que impulsionaram, em 1965, a idéia de criação de uma comunidade mais ampla, tendente à concepção de um mercado comum europeu. Essa comunidade tinha como objetivo a criação de um mercado comum, que servisse como base para a união econômica e política.

Raúl Granillo Ocampo (2009)¹⁵ explica que

o primeiro passo para essa Europa Federal era a formação de um mercado comum em um quadro de desenvolvimento harmonioso das atividades econômicas, de expansão equilibrada, de estabilidade crescente, de elevação do nível de vida e de estreitamento dos vínculos entre os Estados membros, tal como apregoava o art. 3º do Tratado que deu origem à Comunidade Econômica Européia.

O autor explica que, nos primórdios do processo de integração europeu, a Comunidade Européia realizou ações concretas, tais como:

- a. a supressão de todo tipo de barreiras comunitárias;
- b. o estabelecimento de uma tarifa externa comum para a formação de um mercado único em um período de 12 anos;
- c. a defesa da competição intracomunitária;
- d. a adoção de uma política comercial comum diante de terceiros Estados ou blocos de países;
- e. políticas comuns em todos os setores da agricultura e transportes; e
- f. harmonização de legislações nacionais quanto às medidas necessárias para tornar possível o funcionamento do mercado comum.¹⁶

Desde esta época, verifica-se que o universo europeu dos contratos públicos não se encontra mais dentro das fronteiras dos Estados, mas no âmbito da ordem jurídica internacional.

¹⁵ GRANILLO OCAMPO, Raúl. **Direito internacional público da integração**. Trad. Sergio Duarte. Derecho Público de La Integración. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 281.

¹⁶ GRANILLO OCAMPO, Raúl. **Direito internacional público da integração**. Trad. Sergio Duarte. Derecho Público de La Integración. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 282.

3.3 O atual sistema jurídico da contratação pública no processo de integração europeu

Hodiernamente, a contratação pública na Europa se localiza no arcabouço do espaço comunitário, sujeita ao Direito Europeu dos Contratos Públicos, o qual se assenta em princípios fundamentais, regulamentos¹⁷ e diretivas¹⁸ comunitárias.

Tal modalidade de contratação, inicialmente consagrada no Tratado de Roma, viu-se consolidada pela jurisprudência da União Européia no decorrer dos anos.

A tradicional forma dos clássicos modelos de contratação administrativa na experiência europeia se encontra ultrapassada, tendo sido substituída pelo novo universo do Direito Europeu dos Contratos Públicos, criado a partir da progressiva *europeização* dos contratos públicos¹⁹.

Na década de 50, época da elaboração dos Tratados da Comunidade Européia, os seus autores se silenciaram a respeito dos contratos públicos. Entendemos que a própria diversidade dos modelos tradicionais de contratação pública na Europa pode explicar, em grande parte, porque o Direito Comunitário evitou adotar um verdadeiro modelo comunitário de contratos públicos.

De acordo com Maria João Estorninho (2006), foi fundamental a consagração, no Tratado de Roma, de determinados princípios, tais como da livre circulação de capitais (artigo 56), da livre circulação de mercadorias (artigo 23), da não discriminação em razão da nacionalidade (artigo 12), da livre prestação de serviços (artigo 49), da supressão de restrições à liberdade de estabelecimento (artigo 43) e da livre circulação de trabalhadores (artigo 39).²⁰

¹⁷ “É o instrumento normativo comunitário que mais se assemelha à lei a nível interno, por força da generalidade, da abstracção e da eficácia erga omnes.” (MARTINS, Ana Maria Guerra. Curso de Direito Constitucional da União Européia. Coimbra: Almedina, 2004. p. 395).

¹⁸ “Em virtude do artigo 249o do TCE, a diretiva vincula o Estado destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instancias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. A diretiva, ao contrario do regulamento, em relação ao qual ainda se podem procurar similitudes nas leis nacionais, não tem correspondência nos direitos públicos estaduais nem no direito internacional.”. (MARTINS, Ana Maria Guerra. Curso de Direito Constitucional da União Européia. Coimbra: Almedina, 2004. p. 396).

¹⁹ IBANEZ, V. Santiago González-Varas. **El derecho administrativo europeo**. 3.ed. Servilha: Instituto Andaluz de Administración Pública. s.d.

²⁰ ESTORNINHO, Maria João. **Direito europeu dos contratos públicos**: um olhar português.

Relata a autora que o artigo terceiro do Tratado de Roma foi, de fato, o ponto de partida para um regime comunitário de abertura dos mercados de caráter público, ao estabelecer que a Comunidade Européia deveria facilitar a realização do seu mercado interno, através da supressão de obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais²¹.

Previu-se, ainda, no mesmo artigo, a necessidade de se criar um regime jurídico que garantisse que a concorrência não fosse falseada no mercado interno, bem como a necessidade de aproximação e relaxamento das legislações nacionais para a realização de um mercado único europeu²².

Verifica-se hoje forte influência dos princípios contidos no Tratado de Roma para a contratação pública na União Européia, bem como uma gama de normas e legislações aplicáveis à matéria, mas o Direito Comunitário ainda desconhece a figura do contrato administrativo europeu.

Não obstante, Luiz de Lima Pinheiro (1999) explica que a União Européia sofre o impacto do fenómeno da internacionalização dos contratos públicos. Percebe-se o aumento de parceiros na perspectiva internacional, na medida em que as suas relações económicas internacionais tornam-se mais frequentes. São esses parceiros as entidades estrangeiras públicas, privadas e multinacionais, contratadas para os mais variados objetivos: obras públicas, fornecimento de bens, prestação de serviços, exploração de recursos naturais, gestão de serviços públicos, dentre outros.²³

Para o autor, verifica-se um processo irreversível de harmonização nos modelos internacionais de contratação pública, fundamentados nos princípios da transparência, da publicidade e da ampla concorrência, dentre outros, que impõem aos Estados diversos limites à escolha do seu contratado.

Coimbra: Almedina, 2006. Pag. 25.

²¹ Sobre a realização do mercado interno, vide Ana Maria Guerra Martins. **Curso de direito internacional da União Européia**. Coimbra: Ed. Almedina, 2004.

²² SACCHETINI, Antonio. **La Comunidad Européia y los Contratos Públicos**. Nociones Básicas y Desarrollo Reciente. Marcial Pons: Madrid, 1996.

²³ Vide PINHEIRO, Luis de Lima. O problema do direito aplicável aos contratos internacionais celebrados pela administração pública. **Direito e Justiça, UCP**, Lisboa, v. 13, 1999. p. 29.

Torna-se, pois, cada vez mais visível a influência que as regras internacionais provocam nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados europeus, colocando-se em prova os modelos clássicos de contratação pública.

Maria João Estorninho (2006)²⁴ ensina que pode-se apontar várias conseqüências para o regime dos contratos públicos, que decorrem deste movimento de internacionalização:

Em primeiro lugar, a indiscutível desnacionalização do regime jurídico aplicável aos referidos contratos e a perda de domínio dos Estados sobre o regime dos seus contratos públicos.

Em segundo lugar, a tendência para a emergência de um modelo internacional de contratação pública, procurando uma harmonização sob a égide de princípios de transparência, de publicidade e de concorrência (que impõem aos Estados severas restrições à sua tradicional liberdade de escolha dos seus co-contratantes). Do ponto de vista do regime substantivo, e devido à própria submissão a arbitragem internacional, a tendência é no sentido de os árbitros serem reticentes em aceitar a imposição de certas regras especiais como, por exemplo, o poder de modificação unilateral. Por outro lado, tendem a generalizar-se cláusulas de estabilização ou intangibilidade, pelas quais os Estados contratantes se obrigam a não nacionalizar os bens do seu co-contratante ou a não agravar a sua fiscalidade ou, ainda, a não aprovar legislação que torne mais onerosa a execução do contrato.

3.3.1 As Diretivas europeias para a Contratação Pública

As Diretivas Comunitárias relativas à contratação pública sempre foram baseadas em princípios contidos no Tratado de Roma. Foi um longo e complexo caminho percorrido desde os anos sessenta até a elaboração das importantes Diretivas de 2004.

As primeiras diretivas colocadas em vigor não eram suscetíveis de produzir efeitos na ordem jurídica interna dos Estados. Aos poucos, o artigo 189 do Tratado de Roma foi interpretado pelo Tribunal de Justiça no sentido delas serem reconhecidas no âmbito do ordenamento interno dos Estados.

Nos anos sessenta promoveu-se, por meio de novas diretivas, o alargamento do universo de contratos abrangidos pelo Tratado de Roma (primeiramente, contratos de fornecimento e obras e, mais tarde, prestação de serviços públicos),

²⁴ ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990.

bem como o aprofundamento das regras e o movimento no sentido de sua codificação.

Como explica Estorninho (2006), a fase inicial deste processo ocorreu a partir de 1961, no âmbito das políticas de supressão às restrições de liberdade de estabelecimento e de livre prestação de serviços. Tomou-se, desde então, a consciência da necessidade de se introduzir reformas nos sistemas nacionais de contratação pública, a fim de salvaguardar as liberdades comunitárias.²⁵

As novas regras implicaram a garantia de procedimentos abertos e transparentes, bem como a otimização de recursos públicos.

Ademais, para as empresas contratadas pelo Estado europeu, a existência de um mercado único favoreceu a ampla concorrência e permitiu minimizar os preços.

Dentre as diretivas comunitárias clássicas, ressaltamos a Diretiva 71/305/CEE, de 26 de julho de 1971, bem como a Diretiva 77/62/CEE, de 21 de dezembro de 1976. Para Estorninho (2006), ao contrário das diretivas anteriores, ambas criaram condições de igualdade entre as empresas que participavam de procedimentos contratuais públicos (licitações), com a imposição do caráter público aos mesmos, proibição da imposição de especificações técnicas de efeito discriminatório e introdução do princípio da oferta economicamente mais vantajosa.

Foram as diversas diretivas, criadas e atualizadas na segunda metade do século XX, que ensejaram condições, em 2004, ao Parlamento Europeu e ao Conselho aprovarem as Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE.

A Diretiva 2004/18/CE, emanada pelo Parlamento e pelo Conselho Europeus em 31 de março de 2004, se refere à coordenação dos processo de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, bem como dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. A Diretiva 2004/17/CE, também emanada por esses mesmos Órgãos, se refere à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos nos setores de água, energia, transportes e serviços postais.

Ambas as Diretivas visam atualizar e modernizar o regime anterior, procurando compatibilizar as regras da contratação pública com as novas preocupações comunitárias. Como consequência, foram alteradas as Diretivas

²⁵ ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos: um olhar português**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 38.

92/50/CEE, sobre a coordenação processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, 93/36/CEE, sobre a coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento e 93/37/CEE, sobre a coordenação processos de adjudicação de contratos públicos de empreitadas de obras públicas.

A contratação pública assumiu, dessa forma, papel fundamental como instrumento privilegiado na execução de políticas estruturais e setoriais da União Européia, em especial para políticas sociais e ambientais, ao incluir nas regras de adjudicação dos contratos estas considerações.

Estas duas novas Diretivas, em especial, propiciaram um salto quantitativo no âmbito da ampliação do direito europeu dos contratos públicos, principalmente por colocarem em foco também a questão dos critérios de adjudicação do objeto contratual na licitação pública, ao estabelecer, por exemplo, o critério do “melhor preço”.²⁶

Para Gonzalez-Varas (2005), as Diretivas comunitárias nesta matéria representam um bom exemplo de como o Direito Comunitário pode levar a substituir, ou reformar, as regulamentações presentes nos Estados-membros, causando a generalização de um mesmo sistema de contratação administrativa na Europa. Esse sistema caracteriza-se pela sujeição dos Poderes Adjudicadores a pautas restritas de legalidade administrativa de publicidade e de ampla concorrência.

Percebe-se que, sem sombra de dúvidas, as Diretivas Comunitárias de 2004 vieram para reforçar a convicção de que há uma noção comunitária de Contrato Público.

3.3.2 O Tribunal de Justiça Europeu e a Jurisprudência Comunitária na europeização dos contratos públicos

Conforme ensina Maria Luiza Duarte (2001)²⁷, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Européia também tem sido determinante no processo de evolução

²⁶ GONZALEZ-VARAS, Santiago Ibanéz. **Derecho administrativo europeo**. 3. ed. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Publica, 2005.

²⁷ DUARTE, Maria Luiza. **Direito da União européia e das comunidades européias**. Lisboa: Lex, 2001. v.1.

do Direito Europeu dos Contratos Públicos.

Alguns acórdãos do Tribunal de Justiça foram mais significativos sobre a matéria. Dentre eles, destaca-se o *Acórdão Van Duyn*, de 4 de dezembro de 1974, ao reconhecer o efeito direto das diretivas, ou seja, sempre que estas preenchessem os requisitos de clareza, precisão, suficiência e incondicionalidade normativas, os particulares podiam invocar as suas disposições na defesa de seus interesses junto ao Poder Público.²⁸

Maria João Estorninho (2006), ao tratar das Diretivas em matéria de contratos públicos, lembra do *Acórdão Gebroeders Beentjes BV vs Estado dos Países Baixos*²⁹, de 20 de setembro de 1988, em que o Tribunal decidiu que os artigos 20, 26 e 29 da Diretiva nº 71/305/CEE, de 26 de julho de 1971, podiam ser invocados por um particular perante os órgãos jurisdicionais nacionais, sempre que, em contratos públicos, houvesse discriminação em razão da nacionalidade.³⁰

Dentre os diversos acórdãos sobre o tema, também merece destaque o *Acórdão Telaustria*, de 7 de dezembro de 2000, significativo no que tange à aplicação dos princípios gerais do Tratado de Roma a contratos públicos que não sejam especificamente abrangidos pelas diretivas comunitárias sobre a contratação pública. Nesse caso, o Tribunal considerou que o fato de um contrato não estar contemplado por alguma diretiva não obsta que esteja sujeito aos princípios gerais do Direito Comunitário, constantes no TCE.

Questão relevante também foi suscitada no Acórdão da 1ª Seção do Supremo Tribunal Administrativo (STA), de 3 de setembro de 2003 (processo nº 1392/03), ao estabelecer o regime jurídico dos recursos nos atos administrativos relativos à formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas, prestação de serviços e fornecimento de bens.

²⁸ ESTORNINHO, Maria João. **Direito europeu dos contratos públicos: um olhar português**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 67.

²⁹ Deste acórdão resultam algumas questões importantes em matéria de contratos públicos. Dois aspectos merecem destaque: 1- a adoção de uma noção funcional de Estado, determinando que o fato de uma entidade adjudicante ser um organismo que não se integre na administração do Estado, não obsta que lhes sejam aplicáveis as regras da Diretiva relativa aos contratos de obras públicas; 2- o Tribunal decidiu que não houvesse qualquer discriminação direta ou indireta em relação a proponentes de outros Estados-membros, o que deveria ser publicado no Edital.

³⁰ MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de derecho administrativo y derecho publico general**. Madrid: Civitas, 2004.

Percebe-se, com clareza, que essa crescente regulamentação comunitária para a contratação pública vem modificando os paradigmas e levando a um melhor entendimento para o princípio do primado do direito comunitário, bem como tornando possível uma significativa evolução no Direito Europeu dos Contratos Públicos.

3.4 AS concessões de obras e serviços públicos e as parcerias público-privadas - PPPS no sistema europeu

3.4.1 As Concessões Europeias

Percebe-se que, no novo contexto comunitário, a transferência de riscos e responsabilidades para o setor privado tomou maior corpo, em especial nas concessões de serviços públicos.

Diversos contratos de concessão³¹ foram firmados na União Europeia em um cenário muito maior do que o antigo Estado Regulador. Entretanto, apenas três Estados Europeus possuem legislação sobre a adjudicação de concessões: Espanha (Lei de 23 de maio de 2003 sobre concessões de obras públicas), Itália (Lei Merloni, de 1994) e França (Lei Sapin, de 1993).

O Tratado que institui a Comunidade Europeia não define as concessões. Somente a Diretiva 93/37/CEE, relativa às empreitadas de obras públicas, prevê um regime específico para as concessões de obras. Não obstante, as concessões de serviços, cuja prática também se desenvolveu em diversos Estados-Membros, estão sujeitas às regras e aos princípios do Tratado - TCE.

A Diretiva 93/37/CEE define a concessão de empreitadas de obras públicas pela atribuição ao concessionário do direito de exploração da obra realizada, como contrapartida pela sua construção. A presença do risco de exploração ligado ao

³¹ O contrato de concessão de obra pública distingue-se tradicionalmente do contrato de empreitada de obras públicas pelo modo de remuneração. Na empreitada, o contrato é celebrado mediante o pagamento de um preço, ao passo que no contrato de concessão é o concessionário que suporta o financiamento das obras, pagando o Poder Público através de taxas de utilização cobradas dos usuários. Vide CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1980.

investimento realizado é determinante.

O direito de exploração implica na transferência da responsabilidade de exploração do poder concedente para o concessionário. Essa responsabilidade engloba simultaneamente os aspectos técnicos, financeiros e de gestão da obra. Assim, ao concessionário incumbe a tarefa de realizar os investimentos necessários para que a sua obra possa ser posta à disposição dos usuários em boas condições. É o concessionário que assume o peso da amortização da obra e os riscos ligados à construção e à gestão.

O Estado pode vir a suportar parcialmente o custo de exploração da concessão a fim de reduzir o preço pago pelos usuários. Esta remuneração parcial pode revestir a forma de montante fixo global, ou de montante fixado em função do número de usuários.

A Diretiva 92/50/CEE, relativa aos contratos públicos de serviços, não define as concessões de serviços. Já a nova Diretiva 2004/18/CE define as concessões de serviços como contratos com as mesmas características que um contrato público de serviços, com exceção de que a contrapartida dos serviços a prestar consiste, ou no direito de exploração do serviço em questão, ou nesse direito acompanhado de um preço a pagar. Todavia, as concessões de serviços não estão sujeitas a nenhuma regra específica, nem da antiga, nem da nova Diretiva.

Não obstante, as concessões de serviços estão sujeitas às regras e aos princípios decorrentes do TCE. Ocorrerá uma concessão de serviços sempre que o operador suportar os riscos ligados ao estabelecimento e à exploração do serviço em causa, sendo remunerado pelo usuário, nomeadamente através da cobrança de taxas, sob qualquer forma que seja.

Tal como as concessões de obras, as concessões de serviços caracterizam-se por uma transferência da responsabilidade de exploração.

Consoante já abordado, o Tratado que institui a Comunidade Europeia (TCE) proíbe toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade e estabelece regras relativas à livre circulação de mercadorias, à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços. As concessões de obras ou de serviços estão sujeitas, em especial, aos seus artigos 28º a 30º e 43º a 55º, que assentam nos seguintes princípios:

- a. Igualdade de tratamento. Este princípio implica, nomeadamente, que as regras devem ser conhecidas por todos os potenciais concessionários e devem aplicar-se de igual forma a todos eles. Assim, por exemplo, se uma entidade adjudicante levar em consideração alteração introduzida em uma única proposta após a abertura das propostas, o Tribunal de Justiça Europeu entende que o concorrente em questão estará em vantagem em relação aos outros concorrentes, o que não pode ser aceito.
- b. Transparência. O princípio da transparência pode ser assegurado através de qualquer meio adequado, incluindo a publicidade, que contenha as informações necessárias para que os potenciais concessionários possam decidir se estão interessados. Na quase totalidade dos Estados-Membros, há regras ou práticas administrativas segundo as quais a entidade adjudicante deve tornar pública a sua intenção de lançar uma concessão. No acórdão *Telaustria*, o Tribunal de Justiça da União Européia lembra a obrigação de a entidade adjudicante garantir um nível de publicidade adequado a todos os potenciais concorrentes no âmbito da atribuição de concessões.
- c. Proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade exige que qualquer medida escolhida seja ao mesmo tempo necessária e apropriada à luz do objetivo a se alcançar. Em matéria de concessões, um Estado-Membro não poderá exigir habilitações técnicas, profissionais ou financeiras desproporcionadas e excessivas. Além disso, a duração da concessão não deve restringir ou limitar a livre concorrência além do necessário à garantia de amortização dos investimentos e a uma remuneração razoável dos capitais investidos, mantendo, ao mesmo tempo, para o concessionário, um risco inerente à exploração.
- d. Reconhecimento mútuo. De acordo com o princípio do reconhecimento mútuo, um Estado-Membro da União Européia é obrigado a aceitar os produtos e serviços fornecidos por operadores econômicos de outros Estados-Membros. Deve, igualmente, aceitar as especificações técnicas, os títulos, certificados e habilitações exigidos em outros Estados-Membros, na

medida em que estes sejam reconhecidos como equivalentes aos requeridos pelo Estado-Membro destinatário.

O TCE prevê algumas exceções aos princípios da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços. No que tange às concessões, essas exceções limitam-se aos casos abrangidos pelo artigo 45º do Tratado, como o caso em que o concessionário participe direta e especificamente no exercício da autoridade pública.

Numa concessão, a entidade adjudicante deve fundamentar a decisão de recusa de propostas, para que os concorrentes que se considerem lesados possam recorrer dessa mesma decisão. Nesse sentido, a Diretiva 89/665/CE, relativa às vias de recurso no âmbito dos contratos públicos, aplica-se às concessões de obras.

Em que pese os esforços no sentido de se regulamentar as concessões públicas, diversos problemas ainda são encontrados em âmbito europeu, tais como:

- a. a luta contra a corrupção e o financiamento de partidos políticos;
- b. a dificuldade de se garantir segurança jurídica nas concorrências;
- c. a dificuldade de se determinar, no caso concreto, quando se trata de contrato público e quando se trata de concessão pública;
- d. a necessidade de se adaptar as cláusulas contratuais às regras comunitárias, bem como de se promover adaptações nos contratos públicos ao longo do tempo³².

Em face desses obstáculos, deve prever-se um novo regime comunitário, respeitando-se as atuais diretivas relativas aos contratos públicos. Nesse sentido, o ideal seria promover-se uma ação legislativa com o objetivo de coordenar os processos de adjudicação de contratos públicos, regulando-se, de maneira pormenorizada, o regime a ser aplicado às concessões.

Outra solução suscitada seria a de substituir todos os regimes existentes por um regime comunitário, concebido em termos uniformes para as concessões.

Como se vê, os modelos de contratos administrativos, em âmbito comunitário, ainda são um ideal a ser conquistado. Por mais que as evoluções europeias sirvam

³² O Tribunal de Justiça, no Processo C-337/98, Comissão/França, Acórdão de 05 de outubro de 2000, determinou que qualquer modificação substancial que abranja o objeto do contrato deve ser equiparada à celebração de um novo contrato, o que implica em uma nova licitação.

de exemplo para outros blocos econômicos, ainda existem diversos pontos cujos entraves geram problemas ao sistema e ao seu desenvolvimento. A União Europeia ainda efetiva suas contratações em âmbito internacional guiando-se por suas diretivas comunitárias e por decisões do Tribunal de Justiça, pois um modelo comunitário para as contratações públicas ainda é algo que se espera alcançar um dia.

3.4.2 As PPPs na Europa

Diversas partes das importantes infra-estruturas do Estado Moderno foram construídas segundo formas que hoje seriam classificadas como Parcerias Público-Privadas.

As denominadas PPPs estão inseridas no contexto das concessões de serviços públicos. O objeto de uma PPP é a realização de determinado serviço público. Na Europa, o *Livro Verde sobre Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões*, de 30 de abril de 2004, engloba a evolução do papel do Estado, que passou de centralizador e operador direto para organizador, regulador e fiscalizador.

Explica Maria João Estorninho (2006) que, em sentido amplo, utiliza-se tal expressão *PPP* como sinônimo de qualquer forma de colaboração entre entidades públicas e privadas, com vistas à satisfação de necessidades coletivas. Em sentido estrito, objeto desse estudo, trata-se de uma forma de colaboração entre o poder público e o setor privado que, por meio desta modalidade de concessão, visa à construção de infra-estruturas ou a prestação de serviços públicos, recorrendo-se a novos sistemas de financiamento. O Estado, em seu papel fiscalizador, e não regulador, distribui riscos e tarefas.³³

Gustavo Eugênio Rocha e João Carlos Maciel (2008) definem as PPPs em sentido estrito da seguinte maneira:

³³ ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos: um olhar português*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 99.

Parceria Público-Privada é uma forma de contratação de determinadas atividades tradicionalmente oferecidas pelo setor público, por meio da qual a Administração Pública contrata uma ou mais empresas privadas, com a finalidade de, por exemplo, construir e administrar estradas, presídios, estações de tratamento de água e esgoto, hospitais, escolas e outros serviços de utilidade pública. Ao levar em conta as potencialidades de cada um dos parceiros, a estruturação de projetos como PPP's possibilita a consecução do objeto do contrato de forma economicamente mais viável. [...]

As PPPs servem primordialmente para a construção de projetos de grande porte, em que haja a necessidade de investimentos consideráveis (que não podem ser suportados exclusivamente pelo Estado), e que, em contrapartida, não geram, por si só, receitas suficientes para torná-los atrativos à iniciativa privada sem atuação do Estado.³⁴

As PPPs devem o seu papel de protagonista no cenário mundial a uma tendência de enfraquecimento do Estado verificada nas três últimas décadas. A necessidade política de se manter os serviços públicos, cujo desaparecimento seria impopular, aliada à dificuldade de os sustentar como antes, levaram os Estados a se aliarem ao setor privado sob um novo foco, estando este último sempre desejoso de novos investimentos e dotados de capacidade institucional e financeira.³⁵

A abrangência no conceito de PPP, integrando diversos tipos de relações contratuais, leva a diferentes definições para essa modalidade de contratação pública. Em relatórios da União Européia tem-se usado a seguinte definição:

PPP's são acordos que transferem para o setor privado projetos tradicionalmente executados ou financiados pelo setor público. Para ser considerado como PPP, o projeto deve dizer respeito ao exercício de uma função pública, envolver o governo como principal cliente, ser financiado por fontes não públicas, ter uma empresa não governamental como principal operadora, que contribui significativamente para o design e concepção do projeto e assume parte do risco.³⁶

As PPPs surgiram em 1992, no sistema de *Private Finance Initiative* desenvolvido na Grã-Bretanha. Têm sido utilizadas, em âmbito europeu, de forma mais generalizada, na realização de projetos de infra-estrutura, sobretudo no setor

³⁴ ROCHA, Gustavo Eugenio Maciel. HORTA, João Carlos Mascarenhas. **PPPs - Parcerias Público-Privadas**: Guia legal para empresários, executivos e agentes de governo. Belo Horizonte: Prax Editora, 2008. p. 18.

³⁵ In: **Parcerias Público-Privadas**. uma análise comparada de diferentes experiências. Diretor científico: Boaventura de Souza Santos. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Centro de Estudos Sociais. Universidade de Coimbra, 2007.

³⁶ COMISSÃO EUROPÉIA. **European Economy. Public Finances in EMU**. 2003. p. 273. Tradução nossa.

de transportes, saúde pública, educação e segurança pública, bem como na gestão de serviços públicos de âmbito local, como gestão de resíduos, distribuição de água e energia.³⁷

Para Gustavo Eugênio Maciel Rocha e João Carlos Mascarenhas Horta (2008), as diretrizes da União Européia para as PPPs, em que pese os problemas enfrentados por todas as concessões, apontam vantagens, dentre elas, a aceleração do fornecimento de infra-estrutura, a implementação mais rápida de projetos, custos reduzidos, melhor alocação de riscos, melhor qualidade nos serviços e aprimoramento da Administração Pública.

Os autores citam diversas PPPs de sucesso na Europa, tais como:

- a. APA NOVA - Romênia: Teve como objetivo: atrair recursos para ampliar o sistema de distribuição/tratamento de água e introduzir práticas internacionais de administração e gerenciamento.
- b. Scottish Water Solutions - Escócia: Teve como objetivo: atingir eficiência operacional e prover investimentos urgentes para o melhoramento da infra-estrutura.
- c. Berlin Wasser - Alemanha: Teve como objetivo: aumentar eficiência, transferência de tecnologia e expertise no setor de tratamento e distribuição de água.
- d. Kirklees Metropolitan Solid Waste Project - Grã Bretanha: Teve como objetivo: melhorar a aplicação de estratégia integrada de gerenciamento de resíduos.
- e. M5 Tolled Motorway - Hungria: Teve como objetivo: implementar parte do Corredor de Transporte Europeu.
- f. Beiras Litoral and Alta Shadows Toll Road - Portugal: Teve como objetivo: construir auto-estrada de forma a melhorar os níveis de segurança e tempo de viagem entre Portugal e Espanha.
- g. International Airport Hamburg - Alemanha: Teve como objetivo: Construir e

³⁷ As cláusulas típicas de um contrato de PPP contém, normalmente, a identificação das partes e do projeto, a duração do contrato, as condições de acompanhamento da fase de construção pelo parceiro público (poderes de fiscalização, cláusulas de melhores esforços, previsão de multas e incentivos, definição de eventos supervenientes/força maior), previsão de troca de informação relevante, requisito de manutenção e de qualidade do serviço prestado, níveis de desempenho e pagamento, seguros, direitos dos financiadores (step-in), condições denúncia, condições de renegociação do contrato, garantias contratuais (incentivos, deduções, indenizações, direitos do parceiro público).

ampliar o aeroporto utilizando a eficiência do setor privado.

- h. Perpignan - Figueras Rail Concession - França e Espanha: Teve como objetivo: implantar ligação entre os sistemas ferroviários da Espanha e da França, reduzir tempo de viagem e gargalos de tráfego.

No contexto europeu, as PPPs se iniciaram nas concessões de obras públicas, principalmente rodoviárias. A experiência rodoviária facilitou a expansão a outras obras de infra-estrutura em transportes, como ferrovia, portos e transportes urbanos. Energia, água e saneamento constituíram outra grande via de expansão, estando em segundo lugar, após os transportes. A saúde é um tanto polêmica para as PPPs na Europa, estando consolidada tão somente no Reino Unido, onde os hospitais construídos por meio de PPPs são comuns. A educação e o sistema prisional também vêm se expandindo em larga escala na União Européia.

Não existe no Direito Comunitário enquadramento específico para as PPPs. Estas se submetem aos Princípios Gerais do Tratado de Roma (art. 43 a 49), quais sejam: transparência, igualdade de tratamento, proporcionalidade e reconhecimento mutuo.

As normas comunitárias são relevantes, sobretudo no processo de seleção do parceiro privado. As Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE sobre a adjudicação de contratos públicos procuraram remover alguns obstáculos às PPPs, como a incerteza no uso dos procedimentos de negociação e a impossibilidade de alterar significativamente um projeto na fase de adjudicação.

O Livro Verde sobre as PPPs na Europa (2004) teve o objetivo de lançar um debate sobre eventual harmonização européia para o enquadramento jurídico das PPPs. As respostas indicam haver pouca vontade para que isso ocorra, embora haja apoio generalizado para uma maior intervenção comunitária na matéria, bem como o estabelecimento de uma estrutura organizacional a nível comunitário que ajude nas experiências e práticas das PPPs.³⁸

Verifica-se que a União Européia ainda tem muito a evoluir nas Parcerias Público-Privadas, pois não há uma política de monitoração das PPPs em âmbito comunitário. Essa política exigirá um adequado sistema integrado de custos públicos

³⁸ REPORT ON THE PUBLIC Consultation on the Green Paper on the Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions. 2010.

comparados, o que, certamente, será de grande complexidade.

É fundamental a definição de uma estratégia para o tema, mediante levantamento das necessidades públicas e definição de prioridades na União Européia. Uma análise comparada de todos os aspectos que envolvem as PPPs ocorridas no espaço europeu seria o início adequado para esse trabalho, ao nosso ver. A partir de então, poder-se-á integrar sistemas e custos no sentido de se agregar valores às contratações públicas realizadas por meio de PPPs.

4 AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO ÂMBITO DO MERCOSUL

4.1 A origem e o desenvolvimento do MERCOSUL

No século XIX, a luta pela independência das colônias europeias na América contou com uma variedade de projetos que tinham como escopo dar fim ao processo de dominação perpetuado pelas monarquias do Velho Mundo. Pensadores e participantes desse processo enxergavam a necessidade de se formar um Estado amplo, integrado, em defesa do inimigo comum, que fosse capaz de assegurar as liberdades conquistadas e, ao mesmo tempo, promover a construção de nações prósperas.

Esse ideal de ampla integração do espaço colonial ficou popularmente conhecido como pan-americanismo e remonta ao ano de 1826, no Congresso do Panamá, quando reuniram-se representantes do México, Peru, Grã-Colômbia, das Províncias Unidas de Centro-América e Estados Unidos. Nesse Congresso pretendia-se concretizar o ideal de unidade política das novas repúblicas entre os povos hispano-americanos a partir da ameaça representada especialmente pela Espanha.

Destaca-se a proposta de integração entre países encabeçada pelo venezuelano Simon Bolívar, um dos mais atuantes líderes da independência da América Espanhola. No entanto, esse projeto não se realizou, pois foi rechaçado pelos países que não tinham interesse em apoiar os ideais de Bolívar³⁹.

Outras conferências ocorreram. Em 1864, Peru, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Guatemala, Argentina e Venezuela, em razão de sucessivas agressões de forças estrangeiras, firmaram acordo em que finalmente assumiam o compromisso de organizar uma confederação de caráter defensivo, aliando-se para a defesa de

³⁹ O ideal pan-americanista foi refutado por três importantes nações da época: o Brasil, Os Estados Unidos e a Inglaterra. O recém-formado Império Brasileiro não tinha interesse em apoiar os ideais liberais e republicanos oferecidos por Simon Bolívar. Ao mesmo tempo, não tinha interesse em dar fim à escravidão no país, tendo em vista o interesse central que os latifundiários brasileiros tinham na manutenção da ordem escravocrata. De qualquer maneira, é inegável a importância do bolivarismo na formação ideológica de uma identidade latino-americana. (RAINER, 2010).

possíveis intervenções externas.⁴⁰

Em 1890 instituiu-se a União Pan-americana, a primeira organização regional de integração entre os países da América, reunindo Estados de todos os seus subcontinentes.

Em 1960, o processo de integração latino-americana deu grande passo com a criação da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC)⁴¹, que tinha como objetivo principal implantar gradualmente um mercado comum regional a partir de uma zona de livre comércio na região.

Segundo Cynthia Carneiro (2007),

A crise do petróleo da década de 70, que gerou grande e prolongada recessão nos países latino-americanos, e a resistência dos regimes ditatoriais que proliferaram na América Latina nesse período, levou ao fracasso do sistema de integração proposto, que possuía evidentes caracteres anti-sistêmicos. No entanto, naquele contexto tivemos a primeira tentativa relevante de integração na América do Sul [...].⁴²

Em maio de 1969 entrou em vigor o Pacto Andino, integrado por Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru. A Venezuela aderiu em 1973, sendo que o Chile se retirou em 1976. O Pacto Andino teve como objetivo a criação de uma União Aduaneira, com a adoção de uma Tarifa Externa Comum (TEC) entre os Estados membros. Foi uma iniciativa de integração interessante e bem sucedida, cujos moldes institucionais remetem ao modelo comunitário europeu. Possui um Conselho Presidencial Andino, uma Comissão da Comunidade Andina, um Conselho de Ministro das Relações Exteriores, um Tribunal de Justiça, uma Secretaria Geral e um Parlamento.

Em 1980, os mesmos integrantes da ALALC criaram a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI)⁴³, com o propósito de liberalização comercial entre

⁴⁰ CARNEIRO, Cynthia Soares. **Direito da integração regional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 62.

⁴¹ Integrantes da ALALC: Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai, Chile, México, Peru, Colômbia, Equador, Venezuela e Bolívia.

⁴² CARNEIRO, Cynthia Soares. **Direito da integração regional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 70.

⁴³ *“Es el mayor grupo latinoamericano de integración. SUS doce países miembros comprenden a Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, representando en conjunto 20 millones de kilómetros cuadrados y más de 500 millones de habitantes. El Tratado de Montevideo (TM80), marco jurídico global constitutivo y regulador de ALADI, fue suscrito el 12 de agosto de 1980 estableciendo los siguientes principios generales: pluralismo en*

seus componentes, de forma progressiva, ao permitir acordos firmados apenas entre alguns dos seus participantes, sem a necessária participação de todos. Dentre seus objetivos, destacam-se a criação de um mercado comum na América e promoção de um comércio intra-regional.⁴⁴

A ALADI encontra-se estagnada e tende a desaparecer, mormente pelo seu caráter excessivamente diplomático.

Em 1991, foi firmado o Tratado de Assunção, ato que fundou o Mercosul - Mercado Comum do Sul, constituindo, juntamente com o Protocolo de Brasília, de 1991 e o Protocolo de Ouro Preto, de 1994, os principais instrumentos jurídicos de iniciação do processo de integração entre seus quatro membros: Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai.

O Tratado de Assunção consiste, na realidade, em Acordo-Quadro, na medida em que não se esgota em si mesmo, mas é continuamente complementado por instrumentos adicionais.

Em 2004, os Estados membros do Mercosul e do Pacto Andino assinaram a Declaração de Cuzco, documento que lançou as bases da Comunidade Sul-Americana de Nações e que tem o propósito de unir os dois Blocos.

Até o presente momento, o Mercosul é uma União Aduaneira imperfeita, que aguarda a entrada definitiva da Venezuela⁴⁵, e que possui o Chile e a Bolívia na qualidade de membros associados, porquanto se encontram em processo de aquisição de *status* de membros propriamente ditos.

Como se verá a seguir, o Mercosul muito se diferencia e distancia da União Européia, não obstante o seu compromisso para a formação de um mercado comum.

materia política y económica; convergencia progresiva de acciones parciales hacia la formación de un mercado común latinoamericano; flexibilidad; tratamientos diferenciales en base al nivel de desarrollo de los países miembros; y multiplicidad en las formas de concertación de instrumentos comerciales.” (ASSOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN, 2010).

⁴⁴ Além dos países membros de sua antecessora, a ALADI teve a adesão de Cuba, em 2002.

⁴⁵ A Venezuela aderiu ao Bloco em julho de 2006 e o Tratado para o seu ingresso encontra-se em processo de ratificação pelos Estados membros do Mercosul.

4.2 O processo de integração do MERCOSUL

A harmonização legislativa é requisito incontestável para que se opere uma integração de mercados de maneira satisfatória. Por exemplo, na União Européia e na Comunidade Andina, as decisões comunitárias emanadas por seus órgãos de integração são incorporadas automaticamente ao direito interno dos Países membros. Dessa forma, não há necessidade de qualquer ato unilateral por parte destes, bastando uma publicação da norma em órgão oficial da Comunidade, bem como o decurso de um período denominado *vacatio*.

Paulo Borba Casella (1999) destaca a importância das instituições supranacionais dentro de um espaço econômico integrado e, dentre essas, o próprio tribunal supranacional, *“concebido não somente como instância jurisdicional em sentido estrito, como por seu papel de mecanismo de solução de controvérsias, interpretação e aplicação das normas comuns e controle da legalidade dos atos da Administração”*⁴⁶.

O referido sistema tem como vantagem a possibilidade de acesso dos particulares, que, no ordenamento jurídico do Direito Comunitário, são sujeitos de direitos e obrigações para com todo o sistema.⁴⁷

Para Casella (1999), o tribunal supranacional exerce duas funções importantes: a) internamente, assegura o controle de legalidade dos atos da administração, pois atua como entidade de fiscalização do controle e legalidade dos atos comunitários e, b) em relação aos tribunais nacionais, coloca-se como instância de uniformização da aplicação e interpretação das normas comuns.

⁴⁶ O autor esclarece, ainda, que a atuação de um tribunal supranacional seria de extrema importância para a consolidação do processo de integração, pois tal instituição *“atua como meio e modo de solução de controvérsias entre Estados Partes, bem como controla a conformidade da atuação em relação às normas regentes da integração, frente às respectivas administrações nacionais; em relação aos órgãos responsáveis pela gestão da empreitada de integração”*. CASELLA, Paulo Borba. Mercosul, exigências e perspectivas. Pizzolo; Almeida, Elizabeth Accioly Pinto de. Perspectivas da soberania e da democracia contemporânea no contexto dos blocos econômicos. In: FERRARI, Regina M.M Nery (Org.). **Mercosul e as ordens jurídicas de seus Estados membros**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 95-117.

⁴⁷ CASELLA, Paulo Borba. **Mercosul, exigências e perspectivas**. Almeida, Elizabeth Accioly Pinto de. Perspectivas da soberania e da democracia contemporânea no contexto dos blocos econômicos. In: FERRARI, Regina M.M Nery (Org.). Mercosul e as ordens jurídicas de seus Estados membros. Curitiba: Juruá, 1999. p. 164 e segs.

Ademais, um tribunal supranacional, por intermédio dos seus mecanismos de aplicação do Direito Comunitário, permite que os próprios particulares (pessoas físicas ou jurídicas) possam ter meios jurídicos para invocar a tutela jurisdicional do tribunal ou das suas jurisdições nacionais, construção essa peculiar do Direito Comunitário e do instituto da supranacionalidade.

Não se pode discordar que um tribunal supranacional é um dos órgãos superestatais mais aptos a possibilitar o aprofundamento do processo integracionista, pois confere maior estabilidade ao bloco econômico, ao garantir eficácia e uniformidade na interpretação das normas, fiscalizando a correta atuação das instituições comunitárias.

Maria Teresa Lobo (2004)⁴⁸ destaca que o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias,

numa formidável construção hermenêutica, em que os princípios fundamentais do direito comunitário foram definidos desde o início da sua jurisprudência, sempre evidenciou: a) a autonomia do direito comunitário em relação aos direitos nacionais; b) o primado do direito comunitário sobre as normas nacionais; c) a inserção do direito comunitário nos ordenamentos jurídicos nacionais.

O sistema de solução de controvérsias dos blocos econômicos em processo de integração dependerá do seu grau de aprofundamento e da autonomia institucional de seus órgãos. Quanto maior a autonomia e independência da organização, maior será a necessidade de instituições judiciais dotadas de competência para decidir sobre as questões decorrentes da integração.

Por outro lado, tem-se o Mercosul. Em que pese o compromisso dos seus Estados Partes de harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes, sua forma de tratar o tema demanda a edição de ato normativo interno como condição para a vigência da norma nos seus Países membros.

No Mercosul, as controvérsias que surjam entre os Estados Partes sobre a interpretação, aplicação ou o não cumprimento do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul

⁴⁸ LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. **Manual de direito comunitário: a ordem jurídica da União Européia**. 2. ed. ampl. e atualiz. Curitiba: Juruá, 2004.

serão submetidas aos procedimentos estabelecidos no Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul⁴⁹, de fevereiro de 2002, que criou, ainda, o Tribunal Arbitral Ad Hoc e o Tribunal Permanente de Revisão (TPR) para as controvérsias do Bloco.

O art. 3º do Protocolo de Olivos prevê a possibilidade de o Conselho do Mercado Comum “estabelecer mecanismos relativos à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão”. Entretanto, o seu Regulamento, em seu art. 11, dispõe expressamente que “As opiniões consultivas emitidas pelo TPR não serão vinculantes nem obrigatórias”.

Não obstante terem as normas emanadas dos órgãos do Mercosul natureza obrigatória, estas só têm vigência e eficácia se os Estados partes adotarem em seus ordenamentos jurídicos internos todas as medidas que assegurem seu cumprimento e quando todos os Estados partes comunicarem à Secretaria Administrativa do Mercosul a sua aprovação.⁵⁰

Assim, embora seja reconhecidamente necessária a criação de mecanismos de colaboração entre os juízes nacionais e os órgãos do bloco, em especial aqueles dedicados à solução de controvérsias, não há aplicabilidade direta de normas no âmbito interno. Assim, resulta inviável pretender que uma consulta vincule diretamente o órgão nacional, jurisdicional ou de outra natureza, bem como os particulares que a tal órgão tenha confiado uma controvérsia.

Inobstante ser a criação do Tribunal Permanente de Recursos (TPR), ao nosso ver, a inovação mais relevante levada a efeito pelo Protocolo de Olivos, a criação de um tribunal propriamente supranacional é inviabilizada pelo obstáculo de natureza constitucional representado pelas leis fundamentais de dois dos países membros do Bloco, a brasileira e uruguaia, como se verá mais adiante.

Muito embora constitua o TPR um inegável avanço no sentido de conferir maior estabilidade e segurança ao sistema, uma vez que permitirá a superação do problema de interpretações discrepantes das normas regionais, suas decisões não são dotadas de efeitos *erga omnes*, sendo vinculantes apenas para os países que sejam partes na controvérsia.

⁴⁹ A partir de sua entrada em vigor, o Protocolo de Olivos derogou o Protocolo de Brasília, bem como seu anexo, aprovado pela decisão CMC 17/98. Entretanto, este continua aplicável às controvérsias que se tenham iniciado sob a sua vigência.

⁵⁰ Vide o disposto no artigo 38 do Protocolo de Ouro Preto.

O problema da recepção da regra pelos países do Bloco tem sido uma questão extremamente problemática após o Protocolo de Ouro Preto. O Tratado de Assunção, praticamente não tratou da questão da incorporação das normas. Assim, antes da vigência do Protocolo, observavam-se os procedimentos até então disciplinados pelas legislações dos respectivos países do Bloco.

No Protocolo de Ouro Preto, a questão da incorporação vem expressamente definida no seu texto, constando que se deve observar rigorosamente a questão da recepção de normas nas legislações internas de cada país.

Para Carlos Eduardo Caputo Bastos (2010)⁵¹, a forma intergovernamental escolhida pelos Tratados do Mercosul para tratar do tema da incorporação das normas gera sérios problemas para o Bloco. Isso porque, para o autor, desde o Tratado de Assunção, um dos princípios basilares da constituição do Mercosul é o Princípio da Reciprocidade. Ele explica que, com base nesse princípio, se pode dimensionar a existência de uma série de conflitos, tendo em vista a falta de simetria, ou sintonia, entre as ordens jurídicas dos seus quatro Países membros. Enquanto no Paraguai e na Argentina já estão muito bem definidas as questões da antinomia entre as fontes - ordem externa e interna -, no Brasil e no Uruguai, de certa forma, essa questão ainda está por se definir no âmbito constitucional.

Para o autor, há dificuldade de compreensão para o tema. No Brasil, por exemplo, as hipóteses em que a lei interna é posterior ao tratado já incorporado na ordem jurídica interna têm sido abordadas em diversas oportunidades. Fala-se de revogação de tratado pela lei interna, porque, ao menos em princípio, é o que surge da leitura do exame da jurisprudência brasileira.

Conforme explica Caputo Bastos (2010)⁵², o Brasil teria adotado a chamada regra da posteridade, ou seja, havendo hierarquia equiparada entre as normas internas e internacionais, prevalece, no que tange à validade e eficácia, a norma mais recente. Dessa forma, se um tratado aprovado e incorporado por meio de uma norma interna estiver em conflito com norma interna que lhe é posterior, prevalecerá a norma interna⁵³.

⁵¹ BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. **Harmonização e incorporação de normas: direito comunitário e direito interno**. Portal do Conselho da Justiça Federal. 2010.

⁵² BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. **Harmonização e incorporação de normas: direito comunitário e direito interno**. Portal do Conselho da Justiça Federal. 2010.

⁵³ Exceção se encontra no artigo 98 do Código Tributário Nacional: "Os tratados e as convenções

Oportunamente, e de forma mais aprofundada, retornaremos às especificidades desse assunto e sua aplicação para cada um dos Países membros do Mercosul.

O art. 40 do Protocolo de Ouro Preto estabelece o procedimento para garantir a vigência simultânea, nos Estados Partes, das normas emanadas dos órgãos do Mercosul, da seguinte maneira:

- a. aprovada a norma de integração, os Estados Partes adotarão as medidas necessárias à sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional e comunicarão estas à Secretaria Administrativa do Mercosul;
- b. quando todos os Estados Partes tiverem informado sua incorporação aos respectivos ordenamentos jurídicos internos, a Secretaria Administrativa do Mercosul comunicará o fato a cada Estado Parte;
- c. as normas entrarão em vigor simultaneamente, nos Estados Partes, 30 dias após a data da comunicação efetuada pela Secretaria Administrativa do Mercosul, nos termos do item anterior.

Com esse objetivo, os Estados Partes, dentro do prazo legal, darão publicidade do início da vigência das referidas normas, por intermédio de seus respectivos diários oficiais.

Segundo Carlos Márcio Cozendey (2010)⁵⁴, é possível identificar quatro questões que, direta ou indiretamente, prejudicam o processo:

- a. o processo “*sui generis*” de vigência simultânea das normas, composto por várias etapas e envolvendo diversos agentes, fica sujeito a diversos pontos de interrupção ou erro;
- b. o custo da originalidade. Como o procedimento estabelecido difere dos habituais, não há exemplos que possam ser seguidos com segurança, e novas dúvidas quanto à maneira de incorporação de uma norma

internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

⁵⁴ COZENDEY, Márcio Carlos B. **Texto preparado para o seminário sobre incorporação das normas do Mercosul à ordem jurídica interna**. Disponível no site do Ministério das Relações Exteriores. 2010.

- específica surgem a cada dia;
- c. a maneira descentralizada estabelecida pelo processo, que esbarra na falta de familiaridade dos diversos órgãos das administrações públicas com os procedimentos e obrigações decorrentes das normativas do Mercosul;
 - d. muitas normas antigas foram negociadas sem “consciência plena” por parte dos órgãos nacionais participantes, sem a necessária supervisão superior e participação de todos os setores do mesmo órgão envolvidos.

Por conseguinte, no momento dos procedimentos para a incorporação, os envolvidos podem vir a perceber que não estão de acordo com seu conteúdo, propondo a sua revisão, que nem sempre é aceita pelos demais Estados Partes.

Apenas em duas situações o Conselho Mercado Comum, por intermédio da Decisão nº 23, de 29 de junho de 2000, entendeu que normas oriundas dos órgãos do Mercosul não necessitam de medidas internas para sua incorporação: quando se tratar de normas para o funcionamento interno do Bloco, ou quando o conteúdo da norma já estiver previsto na legislação interna do país membro do Mercosul.⁵⁵

As decisões no âmbito do Mercosul são tomadas da seguinte forma:

- a. o Conselho do Mercado Comum⁵⁶, órgão superior do Mercosul, emite as Decisões, de natureza obrigatória para os Estados Partes;
- b. o Grupo Mercado Comum, órgão executivo do Mercosul, dentro de suas competências, emite as Resoluções, também de natureza obrigatória para seus membros. De acordo com o Protocolo de Olivos, se uma controvérsia for

⁵⁵ O art. 5º da Decisão n. 23/2000 preconiza o seguinte e:

“Art. 5º - As normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL não necessitarão de medidas internas para a sua incorporação, nos termos do artigo 42 do Protocolo de Ouro Preto, quando:

a) os Estados Partes entendam, conjuntamente, que o conteúdo da norma trata de assuntos relacionados ao funcionamento interno do MERCOSUL. Este entendimento será explicitado no texto da norma com a seguinte frase: “Esta norma (Diretiva, Resolução ou Decisão) não necessita ser incorporada ao ordenamento jurídico dos Estados Partes, por regulamentar aspectos da organização ou do funcionamento do MERCOSUL.

b) o conteúdo da norma estiver contemplado na legislação nacional do Estado Parte.”

⁵⁶ “El Consejo del Mercado Común es el órgano superior del MERCOSUR al cual incumbe la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos en el Tratado de Asunción y para alcanzar la constitución final del mercado común”. (MERCOSUL, 2010).

submetida ao Grupo Mercado Comum pelos Estados partes na controvérsia, este formulará recomendações. Se uma controvérsia for levada à consideração do Grupo Mercado Comum a pedido de um Estado que dela não é parte, o Grupo Mercado Comum poderá formular comentários ou recomendações a respeito;

- c. a Comissão de Comércio do Mercosul⁵⁷, no âmbito de suas competências, emite as Diretrizes, também de natureza obrigatória;
- d. a Comissão Parlamentar Conjunta emite, no âmbito de suas competências, as Recomendações, de natureza não-obrigatória, ou seja, os Estados Partes não possuem a obrigatoriedade de incorporá-las a seus ordenamentos jurídicos internos;
- e. o Foro Consultivo Econômico e Social manifesta-se através de Recomendações dirigidas ao Grupo Mercado Comum, as quais também não possuem natureza obrigatória.

Face às amarras encontradas, as soluções tornam-se lentas no âmbito do Bloco e os Estados negociam seus objetivos, de maneira horizontal, levando em consideração os seus interesses econômicos, políticos e sociais, na qualidade de países soberanos que são.

Como se percebe, o modelo de intergovernabilidade representado pela conjuntura atual do Mercosul, não leva a um caminho que permita a adoção do Direito Comunitário. Os seus próprios Países membros tratam a questão da incorporação das normas internacionais de forma contrária uns dos outros. Enquanto as constituições argentina e paraguaia recepcionaram as normas internacionais, conferindo-lhes primazia sobre o direito interno, as constituições brasileira e uruguaia sequer permitem a imediata incorporação das normas traçadas nos tratados e acordos assinados, ou seja, dois de seus quatro membros não concordam em ter seus interesses subjugados à vontade dos demais.

Nesse sentido, observa-se que a Constituição da República brasileira prevê que o país *"buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da*

⁵⁷ "A la Comisión de Comercio del MERCOSUR, órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común, compete velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes para el funcionamiento de la unión aduanera, así como efectuar el seguimiento y revisar los temas y materias relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-MERCOSUR y con terceros países". (MERCOSUL, 2010).

América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações" (art. 4º, par. único), mas não admite a existência de nenhum órgão com poderes superiores ao do Estado. Ao contrário, ao acolher o princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário de "*lesão ou ameaça a direito*" (art. 5º, XXXV, CF/88), sem ressalva, torna-se impossível a admissão de uma ordem jurídica comunitária no Brasil.

Em palestra realizada no seminário 'Mercosul: uma nova realidade jurídica', o professor Fausto de Quadros (1997)⁵⁸ observou que

talvez a principal motivação do processo de integração europeia tenha sido sempre a perseguição da paz - isto é, uma motivação política e não apenas econômica - permitindo, apesar de todas as dificuldades, ir tão longe e entrar na fase da integração política. Se não tivéssemos partido para a dramática necessidade de alcançar a paz, apenas com a preocupação de uma melhoria do crescimento econômico dos Estados-membros, talvez não tivéssemos ido tão longe, tão depressa, porque cinquenta anos, nesse processo, não é muito tempo.

Entendemos que a adoção de um adequado mecanismo de solução de controvérsias para o Mercosul somente ocorrerá com a consolidação do processo de integração e de seu alargamento, sendo necessário prever meios que possibilitem atender aos interesses de todos os Estados Partes e, principalmente, resguardem os seus interesses comerciais, políticos e sociais.

A integração não pode se consolidar sem um ordenamento jurídico comum, a lhe assegurar existência e continuidade e, ao mesmo tempo, a lhe conferir a uniformidade de interpretação e aplicação.

Na União Europeia, detentora até agora do mais alto grau de integração internacional do planeta, esse ordenamento novo e especial só foi possível com a diluição do conceito de soberania estatal e o recurso à supranacionalidade.⁵⁹

Nesse sentido, assinala Fausto de Quadros (1997)⁶⁰:

⁵⁸ QUADROS, Fausto de. O modelo Europeu. **Revista CEJ**. n. 02, v. 1, ago. 1997.p. 17.

⁵⁹ D'ANGELIS, Wagner Rocha. **MERCOSUL: Da intergovernabilidade à supranacionalidade? Perspectivas jurídicas para a efetivação do mercado comum**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 99.

⁶⁰ QUADROS, Fausto de. O Modelo Europeu. **Revista CEJ**, n.2, v. 1, ago. 1997. p. 445.

A harmonização é, pois, um instrumento fundamental da integração, ou seja, da prossecução, antes, do Mercado Comum e do Mercado interno e, hoje, da União Europeia e Monetária, em suma, da livre circulação. Esta só é alcançável se não houver entre os Estados membros obstáculos ou discriminações de índole jurídica.

Seria possível compreender, então, que os Tratados institucionais do Mercosul e a forma como foram erigidos, o privaram, de forma definitiva, do verdadeiro espírito comunitário? Entendemos que não. Apesar dos obstáculos, é possível a recepção do princípio da supranacionalidade no âmbito do Mercosul, lembrando que, se os países membros optarem por instituí-la, haverão de existir diversas modificações.

Inicialmente, para haver um autêntico processo de integração, com viés comunitário, serão necessárias alterações nas Constituições do Brasil e do Uruguai, que deverão reconhecer a supremacia do Direito Comunitário em face do Direito Interno, para que as normas do Mercosul possam ter aplicação automática.

De fato, uma possível introdução da supranacionalidade no Mercosul deve surgir da dinâmica e do desenvolvimento do próprio processo de integração, e não de ato meramente burocrático dos governos envolvidos. Há necessidade de mudança na cultura dos Estados Partes para aceitação de um novo poder centralizador.⁶¹

4.3 A evolução das contratações públicas do MERCOSUL - o protocolo de contratações públicas

A regulação do espaço da concorrência em um mercado comum tem como objetivo impedir a construção de barreiras ao comércio, seja por acordos particulares entre empresas, seja por abusos de monopólios ou ajudas estatais. Tal atitude preserva a realização de uma competição efetiva entre as empresas interessadas.

O presente estudo trata da importância de direcionar o poder da contratação pública dos países signatários do Tratado de Assunção, para que esta seja efetivada mediante procedimentos transparentes e eficazes, que assegurem ampla

⁶¹ OLIVEIRA, Marcos Aurélio Guedes de. **MERCOSUL e política**. São Paulo: LTr, 2001.

concorrência.

O Princípio da Livre Concorrência, consagrado no Tratado de Assunção, impede intervenções estatais na economia com o intuito de privilegiar algumas empresas em detrimento das demais, para que todas possam concorrer em condições de igualdade.

Conforme a lição de Roberto Dromi (1999),

[...] la normativa comunitaria busca atenuar los efectos que, sobre el mercado común, pueden producir las regulaciones de los Estados miembros en tanto contengan restricciones en favor de los contratistas nacionales. [...] Ello así teniendo en cuenta que el objetivo general comunitario es la liberalización de los mercados para lograr la libre competencia.⁶²

A instituição de qualquer óbice à circulação de mercadorias por parte dos Estados membros do Mercosul, tais como restrições quantitativas ou de procedência a determinado produto, bem como de questões alfandegárias e tributárias, demonstrar-se-ia contrária aos objetivos do Bloco.⁶³

Salomoni (1997)⁶⁴ ressalta que

[...] ello significa la necesidad de establecer un sistema de “compra comunitario”. En otras palabras, me estoy refiriendo a un sistema de preferencia y promoción de las industrias locales - las nacionales de cada país miembro - considerandolas como comunitarias, en sus provisiones a cualquiera de esos Estados miembros.

Diego Raúl Gonzalez (1999)⁶⁵ identifica princípios explícitos e implícitos no Tratado de Assunção pertinentes ao processo licitatório, elencados a seguir:

⁶² DROMI, Roberto. **Licitación Pública**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. P. 536.

⁶³ Para Diego Raúl González (1999), [...] las medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa consisten en una noción original de Tratado de Roma y que engloba todas las formas posibles de intervención del Estado no contempladas específicamente por el Tratado y cuyo objeto o efecto sea restringir, directa o indirectamente, actual o potencialmente, los intercambios intercomunitarios.” **Las contrataciones estatales en un sistema de integración económica; Vigencia y aplicación del Tratado de Asunción**. Anuario de Derecho – Universidad Austral, v.5 - Buenos Aires: 1999, p. 217.

⁶⁴ SALOMONI, J. **Reforma del Estado y Mercosur**. In CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes (Coord.). **Temas de Integração com enfoques no Mercosul**. São Paulo: LTr, 1997. v.1. p. 228.

⁶⁵ RAÚL GONZÁLEZ, Diego. **Las contrataciones estatales en un sistema de integración económica; Vigencia y aplicación del Tratado de Asunción**. Anuario de Derecho – Universidad Austral, v.5 - Buenos Aires: 1999. p 229.

- a. princípios expressos no Tratado: livre circulação de mercadorias; livre circulação de serviços; livre circulação de fatores produtivos; livre concorrência; e reciprocidade de direitos e obrigações.
- b. princípios implícitos no Tratado: liberdade de estabelecimento; não discriminação por razões de nacionalidade; e solidariedade.

Ocorre que, as regras do Tratado de Assunção demonstraram-se insuficientes para assegurar a livre concorrência em relação às contratações governamentais nos países mercosulinos.

Em que pese os princípios inseridos no Tratado, as legislações internas dos Países membros do Mercosul apresentavam dispositivos restritivos à participação de pessoas físicas e jurídicas de um país nas licitações realizadas em outro. Tais restrições acabavam por prejudicar a almejada livre circulação de pessoas, bens e serviços, princípio básico de qualquer processo de integração.

Em 1994, o Conselho do Mercado Comum, entendendo a relevância da questão, instituiu um Comitê Técnico encarregado de tratar do tema “Políticas Públicas que Distorcem a Competitividade”, com a responsabilidade de identificar medidas estatais no âmbito de políticas públicas que poderiam distorcer as condições de concorrência.⁶⁶

Para Fabrício Motta (2006)⁶⁷, tais medidas beneficiavam os agentes econômicos localizados no país que as praticava, incluídas as compras governamentais, de acordo com critérios de eficiência econômica e com os objetivos globais do Mercosul, em termos de harmonização das normas pertinentes.

Posteriormente, foi criado pelo Grupo Mercado Comum, um Grupo específico e Ad-Hoc de “Compras Governamentais”⁶⁸, incumbido de formular proposta para o regime de compras de bens e serviços pelos Estados membros. Com fulcro nos estudos preliminares deste Grupo, o Grupo Mercado Comum editou, em 22 de julho de 1998, a Resolução nº 34/98, aprovando as diretrizes sobre critérios, procedimentos e prazos para negociação de um regime de compras governamentais de bens e serviços no âmbito do Mercosul.

⁶⁶ Decisão CMC nº 20/94.

⁶⁷ MOTTA, Fabrício. **Licitação Pública e MERCOSUL**. In: CASELLA, Paulo Borba; LIQUIDATO, Vera Lucia Viegas. **Direito da Integração**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 295.

⁶⁸ Resolução nº 79/97.

A Resolução nº 34/98 determinava a elaboração de uma normativa que assegurasse efetiva participação das empresas sediadas nos Estados Partes nos procedimentos de compras governamentais, de forma progressiva, por meio de sucessivas rodadas de negociação. Essa futura normativa do Mercado deveria consagrar os seguintes critérios:

Anexo I:

- a) Tratamento nacional – deverá ser dispensado tratamento não menos favorável aos bens, serviços e fornecedores de qualquer dos Estados, tendo como parâmetro o tratamento outorgado aos nacionais;
- b) Abrangência – serão definidos os entes da Administração, as empresas, bens e serviços alcançados pelo regime a ser instituído (listas positivas ou negativas de produtos e serviços, níveis de governo, empresas estatais);
- c) Transparência – os procedimentos de transparência deverão visar à efetividade e o cumprimento dos objetivos do regime de compras governamentais, por meio do acesso amplo à informação e ao exercício dos direitos dos interessados. Poderão ser estabelecidos, dentre outros, critérios básicos sobre:
 - cadastro e habilitação de fornecedores, bem como o acesso aos mesmos;
 - especificações técnicas, impedimentos à participação, requisitos básicos para redação das convocações, critérios de adjudicação e abertura das propostas;
 - publicação das convocações e editais no Estado-membro onde ocorra a licitação, no boletim oficial do Mercosul e em jornal de grande circulação;
 - informações estatísticas, podendo conter um anexo implementando sistema de informações eletrônicas.

Os prazos, determinados pela Resolução 34/98, para negociação entre os Estados partes (dezembro de 1998 e junho de 1999) esgotaram-se sem que a questão alcançasse solução definitiva.

Por meio da Resolução nº 81/99, o Grupo Mercado Comum resolveu prorrogar até 30 de junho de 2000 o prazo para apresentação das conclusões do Grupo Ad Hoc, o que também não ocorreu.

Por intermédio da Decisão CMC nº 27/04, de 09 de dezembro de 2004, foi aprovado o “Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul”, posteriormente regulamentado pela Decisão CMC nº 55/04, de 16 de dezembro de 2004.

O Protocolo foi considerado pela Cúpula Presidencial mercosulina um passo fundamental para o aprofundamento da União Aduaneira, em que pese ter sido ratificado somente pela Argentina até o presente momento, faltando ainda os demais países do Bloco assim proceder.

De acordo com o seu artigo primeiro, o Protocolo possui o objetivo de proporcionar aos fornecedores prestadores de serviços estabelecidos no âmbito do

Mercosul, bem como aos bens, serviços e obras públicas originários desses Estados, tratamento não discriminatório nos processos de contratações efetuadas pelas suas entidades públicas.

A partir de sua vigência, as empresas sediadas nos Estados Partes passarão a ser igualadas às empresas nacionais no que tange ao tratamento na participação das contratações públicas. Nenhum dos Estados Partes poderá preparar, projetar ou estruturar qualquer contratação pública com o propósito de criar óbices ou evitar as obrigações do Protocolo.

Quando vigente, o Protocolo se aplicará a todas as contratações públicas que as entidades, de todos os níveis de governo do Mercosul, celebrem para a aquisição de bens e serviços.

Nessa linha de entendimento, os processos de contratações públicas de bens, serviços e obras públicas serão realizados de forma transparente, observando os princípios básicos de legalidade, objetividade, imparcialidade, igualdade, devido processo legal, publicidade, vinculação ao instrumento convocatório e ampla concorrência.

Ao se evitar o tratamento discriminatório, cada Estado Parte deverá outorgar aos bens, serviços e obras públicas e aos fornecedores e prestadores de qualquer outro Estado Parte tratamento não menos favorável em relação ao que conceda aos bens e serviços e obras públicas e aos fornecedores e prestadores de seu próprio país.

Um Estado Parte não poderá discriminar um fornecedor ou prestador estabelecido em qualquer dos Estados Partes por motivo de afiliação ou propriedade estrangeira, ou discriminar um fornecedor ou prestador estabelecido no seu território em razão de que os bens ou serviços ou obras públicas oferecidos por esse fornecedor ou prestador para uma contratação em particular sejam de outro Estado Parte.

O Protocolo deverá ser aplicado em conjunto com a legislação específica de cada Estado Parte, o qual velará para que suas leis, regulamentos e procedimentos estejam em conformidade com as suas disposições.

Cada Estado Parte deverá zelar para que todas as medidas que afetem as contratações públicas sejam administradas de maneira razoável, uniforme, objetiva e imparcial.

De acordo com o Protocolo, cada Estado manterá, ou estabelecerá instâncias, ou procedimentos judiciais, arbitrais ou administrativos, visando a solucionar os eventuais conflitos em matéria de contratações governamentais para a provisão de bens e prestação de serviços e obras públicas.

Na qualidade de signatários do Protocolo, os Estados Partes se comprometem a desenvolver negociações futuras⁶⁹, com o fim de completar a liberalização do mercado de contratações públicas no Mercosul. Comprometem-se, ainda, a fazer um intercâmbio de informação concernente aos programas de capacitação e orientação em matéria de contratações públicas em seus respectivos países.

Nesse sentido, busca-se com o Protocolo uma efetiva participação dos Estados integrantes do processo em diversos empreendimentos, bem como o desenvolvimento de programas conjuntos de cooperação técnica, todos com o propósito de propiciar uma maior compreensão sobre os respectivos sistemas de contratações públicas.

Para efeitos do Protocolo, as contratações públicas efetuadas entre os Estados Partes serão realizadas mediante licitação pública ou por contratação direta⁷⁰, desde que seja assegurado que os processos de licitação se apliquem de

⁶⁹ Na XIII Reunião do Conselho do Mercado Comum (CMC), que aconteceu em Montevidéu aos 15 de dezembro de 1997, decidiu-se aprovar mediante a Decisão nº 13/97 do CMC o “Protocolo de Montevidéu sobre o Comércio de Serviços do MERCOSUL” (Art. XXX), que tem por objeto promover o livre comércio de serviços no MERCOSUL e se aplica às medidas adotadas pelos Estados Partes que efetuem o comércio de serviços em seu território. O mencionado Protocolo também é parte integrante do Tratado de Assunção (1991), tem duração indefinida e entrou em vigência trinta dias depois da data do depósito do terceiro instrumento de ratificação (Art. XXVII inciso 1), fato que ocorreu aos 7 dias de dezembro do ano de 2005, tendo recebido nestas datas as ratificações da Argentina, Brasil e Uruguai. Segundo o Art. XIX inciso 1 deste Protocolo, os Estados Partes devem sucessivas rodadas de negociações para efeito de completar num máximo de dez anos, contados a partir da entrada em vigor do mesmo, o Programa de Liberalização do Comércio de Serviços do MERCOSUL. O prazo final para o cumprimento do Programa de Liberalização se dará no fim do ano de 2015. (MATEO, et al., 2010).

⁷⁰ Há regras específicas no Protocolo para a possibilidade de contratação direta. Dentre elas, citamos algumas: poderá ocorrer este tipo de contratação na ausência de ofertas em resposta a uma convocação de licitação pública ou quando as ofertas apresentadas tenham resultado inadmissíveis e/ou não se ajustem aos requisitos essenciais do edital de licitação, quando justificadamente não se possa repetir a licitação sem prejuízo para a entidade contratante, e sempre que no contrato adjudicado não se modifiquem as condições pré-estabelecidas, ou até onde seja estritamente necessário; quando, por razões de extrema urgência ou emergência devidas a acontecimentos que a entidade não possa prever ou evitar, não seja possível obter os bens ou serviços ou obras a tempo mediante licitações públicas, ou sua realização prejudique seriamente as atividades da entidade contratante, e somente para os bens necessários a atender a situação urgente e frações de obras e serviços que possam ser concluídos no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias seguidos e ininterruptos, contados a partir do ato administrativo através do qual se declare a necessidade de

maneira não discriminatória, tornando efetivos os princípios de igualdade, concorrência e transparência, quaisquer que sejam os procedimentos de licitação ou seleção adotados.

Prevê, ainda, o Protocolo que cada um dos Estados Partes deve assegurar que suas entidades proporcionem a todos igual acesso a informação relativa a uma contratação e não forneça informação privilegiada sobre determinada contratação, de forma que venha a frustrar ou impedir o caráter competitivo do processo licitatório.

As condições para a participação de interessados nos procedimentos de licitação no âmbito do Mercosul deverão ser estabelecidas nos editais e conhecidas com antecedência que permita a participação da maior quantidade de interessados dos Estados Partes.

As entidades contratantes não poderão condicionar a participação de fornecedor ou prestador de um Estado Parte a que lhe tenham sido atribuídos um ou mais contratos, ou à experiência prévia de trabalho no território desse Estado Parte.

Cada um dos Estados Partes deverá assegurar que suas entidades contratantes utilizem de um procedimento único de qualificação. Quando a entidade justificar devidamente a necessidade de recorrer a procedimento diferente, poderá empregar procedimentos adicionais ou distintos de qualificação, os quais deverão ser detalhados no edital.

Cada Estado Parte deverá assegurar que suas entidades façam uma efetiva divulgação das oportunidades de licitação geradas pelo processo de compras governamentais, de forma que os interessados de qualquer dos Estados Partes possam contar com toda a informação necessária para tomar parte nesse processo de contratação.

Os avisos de licitação devem ser publicados pelo menos uma vez e devem conter os elementos de informação necessários para permitir aos interessados avaliar seu interesse em dela participar. Serão os editais publicados nos prazos estabelecidos no Protocolo⁷¹, no diário oficial nacional ou em outro meio de

realizar uma contratação direta, sendo vedada a prorrogação dos respectivos contratos. (MERCOSUL/CMC/DEC, 2010).

⁷¹ Nas licitações públicas, o aviso deverá ser publicado pelo menos 40 (quarenta) dias consecutivos antes do prazo final para a entrega das propostas. Em caso de licitação por meio eletrônico, o prazo é de pelo menos 15 (quinze) dias consecutivos para bens e serviços e de 40 (quarenta) dias

divulgação oficial nacional.

O edital de uma licitação internacional no âmbito do Mercosul deverá conter:

- a. nome e endereço da entidade licitante;
- b. procedimento da licitação;
- c. objeto da contratação prevista, incluída a natureza e quantidade dos bens ou serviços que serão adquiridos ou obras que serão executadas e os requisitos que devam ser cumpridos, com inclusão das especificações técnicas, certificações de conformidade, planos, desenhos e instruções que sejam necessárias;
- d. condições para a participação na licitação, dentre as quais: i) garantias; ii) comprovação de idoneidade jurídica e fiscal, da qualificação técnica e econômico-financeira no caso de obras, bens e serviços, quando for o caso; iii) prazo de entrega dos bens ou obras ou prestação dos serviços;
- e. forma e idioma de apresentação das propostas;
- f. moeda para apresentação das propostas e pagamento;
- g. sanções pelo inadimplemento contratual;
- h. lugar, dia e hora para a recepção da documentação e da proposta;
- i. lugares, horários e meios de comunicação à distância, em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para o atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objetivo;
- j. data prevista para o início e conclusão de entrega dos bens ou obras ou prestação dos serviços;
- k. critérios de avaliação das ofertas, incluindo qualquer outro fator diferente do preço. Também, se for o caso, deverá constar uma clara explicação da fórmula de ponderação dos fatores que se utilizem para a seleção das ofertas;
- l. lugar, dia e hora para a abertura e avaliação das propostas;
- m. anexos que contenham: i) projeto básico e/ou executivo; ii) orçamento estimado, se for pertinente; iii) modelo do contrato a ser assinado entre as

consecutivos para obras públicas. Os prazos serão contados a partir da publicação do aviso de licitação ou da data de efetiva disponibilidade do edital de licitação, o que ocorra por último. (SISTEMA DE INFORMAÇÃO SOBRE COMÉRCIO EXTERIOR, 2010).

- Partes; e iv) as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação;
- n. indicação de que o processo de contratação pública de que se trata está coberto pelo Protocolo;
 - o. prazo de validade das ofertas, a partir do qual os fornecedores ficarão liberados dos compromissos assumidos;
 - p. condições de pagamento e qualquer outra estipulação e condição; e
 - q. indicação da legislação específica relacionada com a contratação e os procedimentos de reclamação.

As entidades contratantes responderão prontamente a qualquer solicitação de explicações formuladas por escrito, de acordo com sua legislação nacional.⁷²

As ofertas de bens, serviços e obras públicas dos Estados Partes gozarão de uma preferência nas contratações públicas em relação às de extra-zona. Essa preferência será efetivada através da oportunidade concedida aos beneficiários do protocolo de igualar a melhor oferta, mantidas como mínimo as características técnicas apresentadas na oferta inicial, sempre e quando a diferença entre estas não for superior a 3% (três por cento), conforme o critério de avaliação das ofertas.⁷³

As entidades contratantes, por sua vez, deverão disponibilizar a todos os fornecedores e prestadores de serviços toda a informação relativa ao procedimento de contratação e, em especial, aos fundamentos da adjudicação e às características relativas à oferta ganhadora.⁷⁴

Pelo Protocolo, exige-se que sejam fixados valores para contratações, admitindo-se diferenças em virtude da assimetria dos países componentes do

⁷² A entidade contratante adjudicará o contrato ao fornecedor ou prestador considerado capaz de executá-lo e cuja oferta seja a mais vantajosa, de acordo com os critérios específicos de avaliação estabelecidos no edital, e para que possa ser considerada à adjudicação, uma oferta deve cumprir, no momento da abertura, com os requerimentos do edital e deverá ser de um fornecedor ou prestador que cumpra com as condições de participação. (MERCOSUL/CMC/DEC, 2010).

⁷³ Em caso de empate entre as ofertas, de acordo com os critérios específicos de avaliação estabelecidos no edital, os critérios de desempate são: 1) adjudica-se o contrato ao ofertante dos Estados Partes; 2) em caso de empate entre prestadores ou fornecedores dos Estados Partes, a entidade lhes solicita uma nova oferta de preço. Persistindo a situação de igualdade, esta se resolverá por meio de um sorteio público. (MERCOSUL/CMC/DEC, 2010).

⁷⁴ Uma vez assinado o contrato, as entidades publicam informação sobre a contratação, incluindo: nome do fornecedor ou prestador favorecido, valor, prazo de vigência e objeto do contrato, nome e localização da entidade contratante e o tipo de procedimento de contratação utilizado. (MERCOSUL/CMC/DEC, 2010).

Mercosul, a partir dos quais os certames deverão ser divulgados em veículo próprio, editado pela Secretaria Administrativa do Mercosul, que se encarregará de cobrar e consolidar as informações junto aos órgãos licitantes.

A fixação de valores das contratações será de grande importância, pois as compras rotineiras que envolvam pequeno volume de recursos não poderão ser revestidas de formalidades exageradas, que inviabilizem a atividade administrativa.

Uma segurança maior para a Administração residirá na obrigatoriedade da prestação de garantia, em qualquer modalidade, para as contratações, a partir de determinado valor.

Foi regulamentada a fixação de um conteúdo mínimo para as divulgações dos certames, bem como o estabelecimento de prazos razoáveis que permitam, entre a divulgação e a apresentação da oferta, lapso temporal suficiente para a elaboração da proposta, e a observância dos idiomas oficiais do Mercosul, o Português e o Espanhol, devendo as informações estar acessíveis em ambos.

As controvérsias que possam surgir com relação à aplicação, à interpretação ou ao descumprimento dos compromissos estabelecidos no Protocolo deverão ser resolvidas em conformidade com os procedimentos e mecanismos de solução de controvérsias vigentes no Mercosul, previstos no Protocolo de Olivos.

Como já abordado, com a vigência do Protocolo, não haverá mais distinção entre pessoas e empresas em razão da nacionalidade, notadamente no tocante à participação em licitações públicas no espaço geográfico mercosulino. Para efeito dos regimes de preferência existentes nos Estados membros do Bloco, todas as empresas de países do Mercosul serão consideradas “nacionais”. A denominação “estrangeiros” será conferida tão somente aos ofertantes originários de países outros, que não fazem parte do Bloco.

Sempre se soube que a harmonização das legislações entre os Estados Partes do Mercosul seria realizada, inicialmente, por meio da edição de uma normativa internacional, assinada pelos representantes dos países componentes do Mercosul, disciplinando a questão.

De fato, a intenção do mercado comum, de integrar e fortalecer as economias dos países deste bloco, mediante o tratamento igualitário relação às contratações públicas, pouco falta para se realizar.

Nesse sentido, o art. 32 do Protocolo reza que este

entrará em vigor, para os dois primeiros Estados que o ratificarem, 30 (trinta) dias depois do depósito do segundo instrumento de ratificação. Para os demais signatários entrará em vigor 30 (trinta) dias depois do depósito dos respectivos instrumentos de ratificação na ordem em que foram depositados⁷⁵.

Assim, o Protocolo poderá entrar em vigor bilateralmente, ou seja, assim que dois Estados Partes o ratificarem, já poderão usufruir, entre eles, das preferências e regulamentos nele estabelecidos.

Por outro lado, em que pese o avanço na matéria, muitas melhorias ainda podem vir a ser implementadas com a vigência do Protocolo. Por exemplo, poderá ser estudado mecanismo que permita a realização de cadastro anual de fornecedores, por ramo de atividade, constando de tal cadastro o preço de cada fornecedor para itens determinados. Poderá, ainda, ser criado um site específico na internet para divulgar os instrumentos convocatórios e as contratações em andamento em âmbito do Mercosul.

Será importante para o funcionamento do sistema a informatização do processo licitatório do Bloco, que deverá ser coordenada por órgão específico do Mercosul, no sentido de se verificar a situação legal, econômica e financeira das empresas concorrentes nos países participantes das licitações.

Percebe-se que o Mercosul deu importante passo rumo à sua integração no que tange ao tema das contratações públicas.

Como já abordado, a União Européia possui, por outro lado, uma jurisprudência comunitária aplicável a todos os seus membros, mas não dispõe de uma Norma Geral para as Contratações Públicas.

Veja-se que nem mesmo a União Européia possui um modelo legal, de âmbito comunitário, que regule todos os procedimentos para as contratações públicas entre seus países membros, o que só vem a confirmar o grande passo que vem sendo dado no Mercosul com a vigência do Protocolo.

⁷⁵ ASSOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN, 2010.

4.4 A harmonização dos ordenamentos jurídicos dos estados partes do MERCOSUL

A harmonização de ordenamentos jurídicos no âmbito de um bloco econômico consiste em fator estrutural do processo de integração.

O Tratado de Assunção⁷⁶ estabelece, em seu art. 1º, que o Mercado Comum implica:

A livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente; [...]

A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes - de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem - a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes;

O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.(grifo nosso).

O Tratado de Assunção priorizou a harmonização das normas internas de seus países membros no que se refere às contratações públicas. Assim, as decisões tomadas pelos órgãos deste bloco econômico devem ser adaptadas ao ordenamento jurídico de cada Estado membro, a fim de que estas não entrem em conflito com as normas internas estatais.⁷⁷

Segundo Paulo Borba Casella (1994)⁷⁸, a criação e o desenvolvimento de um mercado comum exigem adequações, que incidem nas constituições e na legislação infraconstitucional de cada país, perpassando pelas competências legislativas e atribuições dos tribunais.

⁷⁶ CONGRESSO NACIONAL. COMISSÃO PARLAMENTAR CONJUNTA DO MERCOSUL, 2010.

⁷⁷ Para Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, a necessidade de compatibilização da ordem jurídica interna com as regras de Direito Internacional às quais o Estado se vincula tem-se colocado na ordem do dia para os parlamentos nacionais, responsáveis em última instância, de modo geral, tanto pela elaboração das normas de direito positivo interno como pela autorização para a ratificação de compromisso do Estado no âmbito Internacional. CASELLA, Paulo Borba. **A Integração Econômica e seu Tratado Constitucional. MERCOSUL: desafios a vencer**. Conselho Brasileiro de Relações Internacionais: São Paulo, 1994. p. 94.

Os textos constitucionais de cada Estado membro do Mercosul devem, portanto, incorporar a nova realidade do processo de integração, por intermédio da celebração de tratados pertinentes, no sentido de conciliar seus ordenamentos.

Nessa linha de argumentação, as constituições da Argentina e do Paraguai deram força hierárquica superior aos tratados internacionais, em comparação com as suas leis internas. Por outro lado, os textos constitucionais do Brasil e do Uruguai preservaram a sua soberania frente aos textos internacionais.

Em outras palavras, enquanto a Constituição da Argentina e a do Paraguai estabelecem um posicionamento hierárquico das normas internacionais em relação ao ordenamento jurídico interno, o que se denomina teoria monista, o Brasil e o Uruguai optam pelo dualismo, não estabelecendo o referido posicionamento hierárquico, exceto para questões fiscais brasileiras (artigo 98 do CTN).

Ressalta-se que uma futura estabilidade do Mercosul dependerá de um alinhamento das Constituições dos seus Estados, o que ainda não ocorreu.

Como se verá adiante, cada membro deste bloco possui o seu próprio arcabouço legislativo, que deve ser comparado, no sentido de construir pontos comuns para um possível “Direito do Mercosul para a Contratação Pública”.

4.4.1 O Uruguai

A Constituição do Uruguai prevê, no artigo 4º, o princípio da soberania nacional, o que lhe permite ditar as leis que regerão o seu território. Entretanto, a consagração desse princípio gera polêmica e pode obstar a que se leve adiante processos de integração, especificamente a delegação de competências legislativas a órgãos supranacionais.

A Constituição da República Oriental do Uruguai silencia em relação ao posicionamento hierárquico das normas internacionais e das leis internas, abrindo a possibilidade de lei posterior revogar lei anterior. Sobre a adoção dessa regra e a instabilidade institucional que ela pode ensejar no Mercosul, Jorge Fontoura (1999)⁷⁹

⁷⁹ FONTOURA, Jorge. **Asimetrías constitucionales en el Mercosur**. Informativo Mercosul, 1.999. p. 9.

esclarece que:

En esa línea de pensamiento se ve, admitida (en el ámbito de la hermenéutica constitucional) la tesis de la nulidad del tratado por la ley posterior viceversa, principalmente por permitirse el control de legalidad y de constitucionalidad del tratado ante el derecho positivo constitucional, esa situación origina en el contexto del Derecho Internacional Público y más específicamente, en la perspectiva de una integración aun más profunda en el Mercosur, inseguridad y perplejidad angustiantes.

O texto da Constituição do Estado uruguaio não dá ênfase ao processo integracionista, pelo contrário, ressalta o poder soberano em sua plenitude. Todavia, como forma de atenuar seu posicionamento “nacionalista”, adota o sistema arbitral para a solução de divergências decorrentes da aplicação das normas dos tratados internacionais e uma política, ainda que genérica, de integração econômica e social com os Estados latino-americanos.⁸⁰

Assim, a Constituição do Uruguai, não obstante destacar o processo integracionista latino-americano e aceitar a arbitragem como via adequada para a solução de divergências decorrentes de tratados internacionais assinados por esse país, exalta a soberania como aspecto central do Estado, demonstrando assim sua opção pela teoria dualista.

4.4.1.1 O Direito Administrativo interno uruguaio sobre as licitações públicas

No tocante às contratações públicas realizadas por meio de processo licitatório, o Uruguai ainda não possui legislação específica. A matéria encontra-se inserida na seção 2 do Texto Ordenado de Contabilidade e Administração Financeira do Poder Legislativo, o TOCAF, de outubro de 1988.

⁸⁰ “Artículo 4o. - La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará.

[...]

Artículo 6o. - En los tratados internacionales que celebre la República pondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.”

O TOCAF prevê as regras gerais das contratações públicas, sem, no entanto, aprofundar-se no que tange às tramitações processuais e normas de fornecimento e/ou execução de bens e serviços.⁸¹

Diferentemente da constituição brasileira, a uruguaia, bastante vaga, delega ao legislador ordinário a tarefa de disciplinar a regra de contratação pública.⁸²

Conforme explica Jorge Luiz Salomoni, *“la constitución uruguaya establece una regulación dispersa sobre los servicios públicos y su Contrato de Concesión”*.

^{83/84}

Por outro lado, a lei uruguaia faz referência, de forma específica, a vários princípios que regem as contratações públicas. O Princípio da Igualdade e o da Publicidade são contemplados nos artigos 34⁸⁵, 47⁸⁶ e 48⁸⁷ do TOCAF.

⁸¹ Conforme o artigo 33 do TOCAF, todo contrato se celebrará mediante “el procedimiento de la licitación pública, cuando del mismo se deriven gastos de funcionamiento o de inversión o salidas para el Estado, y por remate o licitación pública cuando se deriven entradas o recursos”.

⁸² O artigo 33 da lei uruguaia estabelece três tipos de contratações públicas:

- (i) licitação pública;
- (ii) remate;
- (iii) licitação abreviada.

⁸³ SALOMONI, Jorge Luís. Actualidad en el Derecho Público. **Contratos Administrativos y MERCOSUR**. Ed. Ad. Hoc, Buenos Aires. p. 171. v.9.

⁸⁴ Sobre as obras públicas, Jorge Luis Salomoni explica: *“A hora bien, las normas particulares sobre contratación de obras públicas, son las siguientes: art. 704, de la ley 14.106/973, art. 193, del dec. ley 14.859/978; art. 360, de la ley 15.809/986; art. dec. 192/985; dec. 8/990; y para la concesión de obras públicas, el dec. ley 15.637/984.”* (AeDP n.º 9”, Janeiro-Abril de 1999, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, art. cit. ant.. P. 173.

⁸⁵ “Artículo 34.- El Poder Ejecutivo, previo dictamen favorable del Tribunal de Cuentas, podrá autorizar regímenes y procedimientos de contratación especiales, basados en los principios de publicidad e igualdad de los oferentes, cuando las características del mercado o de los bienes o servicios lo hagan conveniente para la Administración. Las autorizaciones respectivas serán comunicadas a la Asamblea General y publicadas en dos diarios de circulación nacional.”

⁸⁶ “Artículo 47.- Para las licitaciones públicas y remates se efectuará una publicación en el Diario Oficial y en otro de circulación nacional, sin perjuicio de otros medios que se consideren convenientes para asegurar la publicidad del acto, en especial, la comunicación a los servicios de información sobre compras estatales.”

⁸⁷ “Artículo 48.- Para las licitaciones abreviadas se invitará, como mínimo, a seis firmas del ramo a que corresponda el llamado, asegurándose que la recepción de la invitación se efectúe por lo menos, con tres días de antelación a la apertura de la propuesta. Ello sin perjuicio de la publicidad que se estime conveniente. Este plazo podrá reducirse a cuarenta y ocho horas anteriores a la apertura por las mismas circunstancias previstas en el artículo anterior. Deberán asimismo aceptarse todas aquellas ofertas presentadas por firmas no invitadas.” En los contratos superiores a \$ 105.000 (pesos uruguayos ciento cinco mil) 5 se deberá remitir la información a las publicaciones especializadas en compras, sin costo para el organismo.

Já o artigo 131 deste Diploma prevê uma gama de Princípios que regem as contratações públicas uruguaias. São eles:

- a. flexibilidade;
- b. delegação;
- c. ausência de formalismos;
- d. materialidade;
- e. veracidade;
- f. publicidade;
- g. igualdade dos licitantes; e
- h. concorrência.

O art. 51 da Constituição do Uruguai preconiza que as concessões não são perpétuas e compete ao Estado e aos governos departamentais, respeitadas as suas respectivas competências, homologarem os preços das tarifas dos serviços públicos. Determina, ainda, que a criação e supressão do serviço público devem ser regradas, ordinariamente, por lei e, que, caso sejam arcadas pelo Tesouro Nacional, serão assinalados os recursos e dotações orçamentárias necessários a fazer frente à aludida obrigação.⁸⁸

Uma grande diferença entre o sistema uruguaio para contratações públicas e os sistemas dos demais países do Mercosul reside na execução do contrato administrativo, em especial quando ocorre o descumprimento da obrigação por parte da Administração. Isto porque, quando o descumprimento deriva da Administração, o particular não tem direito à indenização.

⁸⁸ Para DELPIAZZO: “Nuestro ordenamiento jurídico, ya desde antiguo y también ahora en el Texto Ordenado (se refiere al Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera ‘TOCAF’, aprobado por dec. 95/991), consagra distintas formas de selección del cocontratane, según que el contrato implique u origine um deuda, genere un crédito o no tenga por resultado, ni una deuda ni un crédito...En el primer caso, es decir, cuando del contrato se deriva una erogación para la administración, el art.33 del Texto Ordenado dispone que todo contrato se celebrará mediante el procedimiento de la licitación pública. Quiere decir que nuestro sistema de restricción en la consagración del mismo, resulta tan amplio que nos vemos enfrentados a una verdadera inversión del principio general de libre elección... En el segundo caso, o sea, cuando del contrato se deriva una entrada o recurso, el mismo art.33 de TO. Establece que el mismo se realizará mediante los procedimientos de remate o licitación pública... En el tercer caso, o sea, cuando el contrato es económicamente neutro ya que no genera como resultado ni una deuda ni un crédito, nos encontramos frente a la hipótesis de la permuta, ampliada y flexibilizada en su regulación por el art. 38 del Texto Ordenado.” DELPIAZZO. Carlos E. In **Manual de Contratación Administrativa**. Secretaria de la Presidencia de la Nación-Programa Nacional de Desburocratización – Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, Montevideo, 1992, t.1.p. 40.

Como exposto, a impossibilidade de se obter indenização da Administração Pública causadora do rompimento de um contrato administrativo é o que distancia a legislação uruguaia da dos demais Estados deste bloco. Nestes últimos, quem der azo a ruptura terá que arcar com os consectários legais, abrangendo, inclusive, a competente indenização por perdas e danos e lucros cessantes, o que não ocorre no Uruguai. A par disso, não há divergências entre a norma uruguaia e as demais, salvo a ausência de regulamentação específica por parte do Uruguai.

Resta claro que o Uruguai se encontra em atraso no que tange à sua legislação para contratações públicas, tanto em âmbito nacional, quanto em âmbito internacional.

Nesse sentido, mesmo sem deter posição hierárquica superior às leis internas, a ratificação do Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul será de grande valia para o Uruguai no que tange ao processo de integração, mormente pelo fato de que as contratações internacionais sequer são abordadas pelos textos uruguaios.

4.4.2 O Paraguai

A Constituição da República do Paraguai tem peculiaridades que possibilitam o desenvolvimento do direito da integração, pois aceita a existência de uma ordem jurídica supranacional, desde que em condições de igualdade e reciprocidade com os demais Estados, atribuindo às normas internacionais o primado sobre as leis nacionais.⁸⁹

Esse fato, porém, não implica que as primeiras tenham aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico interno, pois são condicionadas à aprovação do Congresso Nacional.

⁸⁹ CASELLA, Paulo Borba. **Mercosul, exigências e perspectivas**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 95-117.

Para Francisco Centurión (1998) ⁹⁰,

Sin embargo, há de tenerse en cuenta que en definitiva son los organos internos de cada estado los que intervienen en la conclusión de un tratado, y siendo así en todo ese proceso es regulado por el derecho interno de cada estado. Por ejemplo, en la etapa de negociación es el jefe de estado el que interviene, pero siempre sujeto al derecho interno que establece su competencia. Con la firma que sería la segunda etapa, se fija el texto y el contenido del tratado que no puede ser ya variado por las partes, sin una nueva renegociación. La firma del tratado, sin embargo no obliga al estado firmante a ratificarlo ni de la vigencia, pero siendo aprobado por el Congreso, conjuntamente con otros actos, como previene el Art. 141 de la Constitución esos tratados integran el ordenamiento jurídico positivo de la nación.

De fato, a Constituição paraguaia pode ser vista como modelo de ordenamento jurídico para o Mercosul, apta a acolher o Direito Comunitário, pois não só admite o primado das normas internacionais sobre as nacionais, como também aceita a existência de uma ordem jurídica supranacional, não obstante sua validade estar condicionada aos mecanismos de recepção para vigorarem na ordem interna.

A Constituição do Paraguai incorpora o Princípio de Cooperação Internacional, admitindo a ordem jurídica supranacional, nos seus artigos 137 e 141⁹¹, os quais dispõem que os tratados, convênios e acordos internacionais, aprovados e ratificados, integram o direito positivo nacional em posição de superioridade hierárquica à lei.

Em termos de relações internacionais, o art. 143 da Constituição do Paraguai prevê os seguintes princípios:

- a. a independência nacional;
- b. a autoderminação dos povos;
- c. a igualdade jurídica entre os Estados;
- d. a solidariedade e a cooperação internacional;
- e. a proteção internacional dos direitos humanos;

⁹⁰ CENTURION, Francisco. **Derecho constitucional**. Assunción: EMASA.SRL, 1998. p. 358.

⁹¹ “Artículo 137.- La Ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”. “Artículo 141 – Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 136”.

- f. a livre navegação dos rios internacionais;
- g. a não intervenção; e
- h. a condenação a toda forma de ditadura, colonialismo e imperialismo.

Para viabilizar a construção de uma ordem internacional, o art. 145 da Constituição do Paraguai assume o compromisso de, em condições de igualdade com os outros Estados, admitir uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos Direitos Humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento, em termos políticos, econômicos, sociais e culturais. Decisões a esse respeito só poderão ser aceitas com a maioria absoluta de cada Câmara do Congresso paraguaio.

Como se percebe, a Constituição do Paraguai, ao inserir o tratado Internacional em seu ordenamento em condição de superioridade ao texto legislativo nacional, contempla a cooperação, a integração e as relações internacionais. Assim, com a futura ratificação do Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul, este pacto terá força superior à lei interna paraguaia.

4.4.2.1 O Direito Administrativo interno paraguaio sobre as licitações públicas

Por outro lado, a Constituição do Paraguai estabelece, de forma tímida, dispositivos voltados ao tema das contratações públicas, quando trata das formas de gestão do serviço público.⁹²

Por sua vez, o requisito constitucional para a concessão de serviço público é a autorização legislativa, conforme o artigo 202, inc.11 da Constituição.

⁹² O art. 178 da Constituição paraguaia assinala que o Estado “explora por si, ou por meio de concessionários, os bens de seu domínio privado”, e “organiza a exploração dos serviços públicos”. O Capítulo VI, “Da Política Econômica do Estado”, Seção II, Da Organização Financeira, ainda determina que para el cumplimiento de sus fines, el Estado establece impuesto, tasas, contribuciones y demás recursos; explota por sí, o por impuesto, tosas, contribuciones y demás recursos; explota por si, o por medio de concesionarios, los biens de su dominio privado, sobre los cuales determina regalia, “royalties”, compensaciones u otros derechos, en condiciones justas y convenientes para los intereses nacionales; organiza la explotación de los servicios públicos y percibe el Canon de los derechos que se estatuyan; contral empréstitos internos a los programas nacionales de desarrollo; regula el sistema financiero del país, y organiza, fija y compone el sistema monetario.”

Ou seja, são deveres e atribuições do Congresso paraguaio autorizar, por tempo determinado, concessões para explorações de serviços públicos nacionais, multinacionais ou de bens do Estado, assim como a extração e transformação de minerais sólidos, líquidos e gasosos.

Estes dispositivos constitucionais remetem para a legislação infraconstitucional a tarefa de regular a organização administrativa e a sua relação com terceiros, em especial quando diz respeito à contratação pública.

A Lei de Organização Administrativa é bem antiga, especificamente de 22 de junho de 1909, e regula o regime de aquisições e obras.

Luis Enrique Chase Plate (1998) explica que este comando legal era avançado quando foi sancionado, trazendo em seu bojo princípios que não eram usuais.⁹³ O autor cita, por exemplo, a pré-qualificação dos concorrentes, como uma forma de limitar o número de participantes da licitação no certame⁹⁴.

A Lei 25/1991, de 2 de dezembro de 1991, modificou os artigos 192 e 193 da velha Lei de Organização Administrativa, ao prever três modalidades de procedimentos de contratação pública: a) a licitação pública; b) o concurso de preços; e, c) a contratação direta, via administrativa.⁹⁵

Pela Lei nº 26/1991, ampliou-se a obrigatoriedade de licitação pública para toda Administração do Estado, incluindo neste contexto as entidades descentralizadas, autônomas, autárquicas e de economia mista.

⁹³ PLATE, Luis Enrique Chase. **Los Contratos Públicos**. Assunção: Intercontinental Editora, 1998. p. 111.

⁹⁴ “Art. 204 - Las licitaciones relativas a obras, manufacturas o suministros que no puedan nin inconveniente entregasse a una concurrencia ilimitada, deberán conter restricciones que no admitan a la licitación sino a personas previamente reconocidas capaces por la administración , y que presenten las garantías que exija el pliego de bases y condiciones.”

⁹⁵ “Art.192 - Las adquisiciones, suministros, arrendamientos, locaciones de obras y servicios para las Instituciones del Sector Público que comprende a las entidades de la Administración Central se harán por meio de: a) Licitación Pública, cuando el monto de la operación supere los (10.000) diez mil jornales mínimos legales para actividades diversas no especificada en la capital de la República; b) Concurso de Precios, cuando el monto de la operación no exceda a los valores previstos en el inciso anterior y sea superior a los (2.000) dos mil jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas en la capital de la República. Asimismo, deberá recurrirse al concurso de precios, cuando repetidas dos veces la licitación a propuesta cerrada, no hubiese postor, o las propuestas hechas fueram inaceptables y, como tales, declaradas expressamente por Decreto del Poder Ejecutivo, y c) Contratación Directa por via Administrativa, cuando la operación no exceda el monto de los (2.000) dos mil jornales mínimos legales para actividade diversas no especificada en la capital de la República. La adquisición directa podrá hacerse, siempre que con el mismo objeto no exista en los meses anteriores outro contrato que, agregado al anterior, exceda los límites establecidos en esta artículo.”

A licitação pública no Paraguai consiste em um procedimento administrativo que encontra fundamento em vários princípios constitucionais, tais como a primazia do interesse público (art. 128 da Constituição⁹⁶), e a igualdade e a não discriminação da livre concorrência (arts. 46⁹⁷, 47⁹⁸ e 107⁹⁹ da Constituição).

Os contratos administrativos mais freqüentes no Paraguai são a concessão de serviço público, obra pública e arrendamento.

Luis Enrique Chase Plate (1998) sintetiza as finalidades dos contratos administrativos, ao afirmar que o propósito de uma lei de contratos deve buscar a objetividade da atividade administrativa e a transparência da contratação. Para o autor, um dos requisitos da transparência consiste na adequada publicidade da licitação e da adjudicação, bem como da simplificação do procedimento jurídico administrativo da contratação. Caso não se simplifique o procedimento, a atuação administrativa se demonstrará confusa e possibilitará manobras, ainda que não se caracterizem delitos, constituirão atos imorais que macularão a administração e prejudicarão aos licitantes.¹⁰⁰

⁹⁶ “ARTICULO 128 - DE LA PRIMACIA DEL INTERES GENERAL Y DEL DEBER DE COLABORAR. En ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general. todos los habitantes deben colaborar en bien del país, prestando los servicios y desempeñando las funciones definidas como carga pública, que determinen esta Constitución y la ley.”

⁹⁷ “ARTICULO 46 - DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS. Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.”

⁹⁸ “ARTICULO 47 - DE LAS GARANTIAS DE LA IGUALDAD. El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1. la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen; 2. la igualdad ante las leyes; 3. la igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad, y 4. la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura.”

⁹⁹ “ARTICULO 107 - DE LA LIBERTAD DE CONCURRENCIA. Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia. La usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos serán sancionados por la Ley Penal.”

¹⁰⁰ PLATE, Luis Enrique Chase. **Los Contratos Públicos**. Assunção: Intercontinental Editora, 1998. p. 199 e segs.

4.4.3 A Argentina

A Constituição da Argentina foi reformada em 1994, ou seja, após a assinatura do Tratado de Assunção. Nessa perspectiva, instituiu-se a integração, o comunitarismo e o regionalismo.

O ordenamento constitucional argentino, a exemplo do paraguaio, adota o princípio do primado do Direito Internacional sobre o nacional, conforme disposição expressa do artigo 75, incisos 22 e 24.¹⁰¹ Tal instituto reflete interessante forma de harmonização das normas internacionais com as leis nacionais, conferindo às primeiras supremacia sobre o ordenamento jurídico nacional.

Da mesma forma que a legislação da República do Paraguai, na Argentina as normas internacionais dependem de prévia aprovação do Congresso, o que impede a sua aplicabilidade direta no ordenamento jurídico nacional.

O modelo argentino dispõe de modos distintos a hierarquia das normas internacionais e nacionais, pois, em relação aos tratados sobre os direitos humanos e fundamentais, estes prevalecem sobre as leis nacionais, equiparando-se à própria Constituição argentina.

Quanto às normas internacionais, estas têm primazia sobre as leis infraconstitucionais. Todavia, distingue o artigo 25 os mecanismos de aprovação dos

¹⁰¹ “Artículo 75. Corresponde al Congreso:

[...] 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. (...)

24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veite días del acto declarativo.”

tratados por parte do Congresso, da seguinte maneira: o tratado celebrado com países latino-americanos necessita da aprovação da maioria absoluta do Congresso; já os tratados celebrados com os demais Estados devem antes ser autorizados, segundo a conveniência de sua aprovação, pela a maioria absoluta dos membros presentes de cada Câmara e depois aprovados pela maioria absoluta da totalidade dos membros da Câmara, decorridos 120 dias do ato que autorizou.

Dessa maneira, a Argentina não poderá invocar uma lei para desobedecer a um tratado ou deixar de cumprir obrigações internacionais, pois o seu texto constitucional é explícito em impor a compromissos internacionais um grau de hierarquia superior.

A introdução deste preceito na atual Constituição Argentina decorreu da necessidade de se harmonizar a nova situação mundial, tendo em vista que o texto anterior estabelecia igualdade hierárquica entre as leis nacionais e os tratados internacionais, permitindo que lei posterior modificasse ou alterasse o documento internacional.

Antes da citada reforma constitucional, a Corte Suprema de Justiça da Argentina, em 1992, na conhecida causa "*Ekmekdjian c/ Sofovich*"¹⁰², havia fixado o

¹⁰² Caso EKMEKDJIAN c/ SOFOVICH: "En este fallo la Corte Suprema resolvió de manera contraria como la había resuelto en la causa Ekmekdjian c/ Neustad. El sábado 11 de junio de 1988 el señor Dalmiro Sáenz, en el programa televisivo de Gerardo Sofovich, expresó todo un largo discurso con palabras verdaderamente ofensivas, irrespetuosas y blasfemas sobre Jesucristo y la Virgen María. Miguel Ekmekdjian al sentirse profundamente lesionado en sus sentimientos religiosos por las frases de Sáenz, interpuso una acción de amparo dirigida al conductor del ciclo televisivo para que en el mismo programa diera lectura a una carta documento que contestaba a los supuestos agravios vertidos por Sáenz. Ante la negativa del conductor del programa a leer la carta documento, Ekmekdjian inició un juicio de amparo fundado en el derecho a réplica basándose para ello en el Art. 33 de la Constitución Nacional y en el Art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica. El juez de primera instancia rechazó la demanda con los mismos argumentos empleados por la Corte Suprema al resolver en la causa Ekmekdjian c/ Neustad, "no tiene derecho a réplica por no haber mediado una afectación a la personalidad". "el derecho a réplica no puede considerarse derecho positivo interno porque no ha sido aún reglamentado". La cámara de Apelaciones resolvió en este mismo sentido. Como consecuencia el actor dedujo recurso extraordinario ante la Cámara el cual no fue concedido, esto motivó la queja por denegación del recurso ante la Corte Suprema. La Corte hace lugar a la queja declarando procedente el recurso extraordinario, entendió que debía pronunciarse por tratarse de una cuestión federal en cuanto se cuestionaban cláusulas de la Constitución Nacional y del Pacto de San José de Costa Rica. Deja establecido que el derecho a réplica integra nuestro ordenamiento jurídico, sobre este punto la Corte resuelve de manera opuesta a como lo había hecho años atrás en la causa Ekmekdjian c/ Neustad. Interpretó que al expresar el Pacto de San José de Costa Rica, Art. 14, "en las condiciones que establece la ley" se refiere a cuestiones tales como el espacio en que se debe responder o en qué lapso de tiempo puede ejercerse el derecho, y no como se consideró en el caso antes mencionado, en el que el a quo interpretó que esa frase se refería a la necesidad de que se dictara una ley que estableciera que el derecho de réplica fuera considerado derecho positivo interno. Por lo tanto, el derecho a réplica existe e integra nuestro ordenamiento jurídico, sin necesidad que se dicte ley alguna. Para ello la Corte se basó en el Art. 31 de la C.N. y en lo establecido por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, donde se confiere primacía al derecho

entendimento sobre a superioridade dos tratados internacionais em relação às leis nacionais. Após este julgamento, a reforma da Constituição abarcou a sua fundamentação.

4.4.3.1 O Direito Administrativo interno argentino sobre as licitações públicas

No tocante às contratações públicas internas, a Constituição da Argentina, no artigo 75, inciso 18, atribui ao Congresso Nacional a tarefa de dispor sobre a exploração de serviços públicos pelos particulares.¹⁰³

O constituinte argentino, ao estabelecer a possibilidade de conceder privilégios temporários ao particular, sublinhou que esta concessão está vinculada à consecução da prosperidade do país e com o bem estar de todas as suas províncias. Prevalece no texto constitucional argentino a obrigação do Estado manter relação de justiça distributiva, onde, sempre que possível, logre através da concorrência de ofertas ou da licitação a melhor contratação¹⁰⁴.

Essa relação encontra apoio não só no princípio da igualdade que proclamam os artigos 16 e 75, inciso 23, da Constituição argentina, como também

internacional sobre el derecho interno. Consideró la Corte que el actor estaba legitimado para actuar por verse afectado profundamente en sus sentimientos religiosos, el Sr. Dalmiro Sáenz interfirió en el ámbito privado del Sr. Ekmekdjian conmoviendo sus convicciones más profundas, lo que implica un verdadero agravio a un derecho subjetivo. En consecuencia la Corte resolvió hacer lugar al derecho a réplica ordenando la aclaración inmediata y gratuita en el mismo medio, y fue así que se condenó a Gerardo Sofovich a dar lectura a la carta documento en la primera de las audiciones que conduzca. Los Dres. Petracchi, Moliné O'connor, Levene y Belluscio, hacen lugar a la queja, declaran admisible el recurso y confirman la sentencia apelada. Se implementa el derecho a réplica sin una ley que lo autorice. Se evitan abusos de la libertad de expresión. Se reconoce prioridad al derecho internacional sobre el derecho interno. Se establece que las garantías individuales existen y protegen a los individuos." (in saberdelderecho.blogspot.com/.../resumen-del-fallo-ekmekdjian-c-sofovich.html).

¹⁰³ " Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos inferiores, por leyes, proctetoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo."

¹⁰⁴ "De esta manera, el ámbito del principio de libre contratación queda limitado – en líneas generales – a los supuestos en que no resulta viable ni conveniente la concurrencia (ej.: caso de un fabricante único o exclusivo) y a los casos de extinción o fracaso de una licitación pública." (Juan Carlos Cassagne. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO. Abeledo-Perrot, 1999, p. 43).

em outro princípio incorporado pela reforma constitucional de 1994, relativo ao dever do Estado de prover “*a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados*”¹⁰⁵.

Seguindo políticas neoliberais, a Argentina promoveu a privatização de setores estratégicos (energia, telefonia, telecomunicação, dentre outros), transferindo para particulares atividades estatais, com o intuito de melhorar a prestação de serviço público, nos termos da citada Lei de Reforma do Estado.¹⁰⁶

As características básicas do contrato administrativo argentino assemelham-se aos demais países do Mercosul. Atualmente, pelo processo de reforma do Estado e regulação econômica, a Argentina fiscaliza o cumprimento da prestação de serviços das empresas privatizadas pelos seus entes reguladores¹⁰⁷, que são também os responsáveis pelo acompanhamento do contrato de concessão.

A Argentina, mergulhada em crise econômica, possuía, até 2001, uma legislação contratual pública diversificada, não existindo até então um regime de serviços públicos.

Os contratos administrativos típicos seguiam, até então, a liturgia dos seguintes comandos legais:

- a. Lei de Contabilidade nº 23.354/56 e seu Decreto Regulamentador nº 5720/72 modificado pelo Decreto nº 1792/88, versam sobre compra e venda, locações, arrendamentos e demais atividades que não importem em permissão ou concessão de uso de domínio público ou privado;

¹⁰⁵ Art. 42, segunda parte, Constituição Argentina.

¹⁰⁶ Lei 23.696/89 - Art. 15 – Para el cumplimiento de los objetivos y fines de esta ley, el Poder Ejecutivo, a través de la autoridad de aplicación o en forma directa en su caso, podrá: Inc. 7 – Otorgar permisos, licencias o concesiones, para, la explotación de los servicios públicos o de interés público a que estuviesen afectados los activos, empresas o establecimientos que se privaticen, entanto los adquirentes reúnan las condiciones exigidas por los respectivos regímenes legales, así como las que aseguren la eficiente prestación del servicio y por el término que convengan para facilitar la operación. En el otorgamiento de las concesiones, cuando mediante razones de defensa nacional o seguridad interior, a criterio de la autoridad de aplicación, se dará preferencia al capital nacional. En todos los casos se exigirá una adecuada equivalencia entre la inversión efectivamente realizada y la rentabilidad.”

¹⁰⁷ “ Agências Reguladoras e as Suas características”. **Revista do Instituto Ibero-Americano de Direito Público – RIADP**. N.º 1, 2000, Ed. América Jurídica, p. 194.

- b. Lei 13.064, de 13 de outubro de 1947, e seus decretos regulamentares disciplinam as obras públicas; e
- c. Lei 17.520, de 7 de novembro de 1967, com as modificações introduzidas pela Lei 23.696, de 18 de agosto de 1989, estipula as normas sobre concessão pública.

Em face desta última hipótese normativa, foram baixados vários atos legislativos, com o condão de viabilizar as concessões dos serviços públicos nas atividades de grande importância para a sociedade:

- a. eletricidade (Lei 24.065);
- b. gás (Lei 24.074);
- c. água (Dec. 999/92);
- d. telefonia (Dec. 1185/90 e Dec. 702/95).

Todavía, o Estado argentino manteve, de forma direta, os serviços de água corrente e dos correios (art. 67, inc. 13, da Constituição).

Em 2001, entrou em vigor o *Régimen General de Contrataciones Públicas*, instituído pelo Decreto n° 1023, de 13/08/2001.¹⁰⁸ Esta Lei abrange os contratos administrativos em geral, listados em seu artigo 4°:

- a) Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente.
- b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias.** (grifo nosso).

O artigo 3° do *Régimen General de Contrataciones Públicas* estabelece os Princípios que devem reger as contratações públicas:

¹⁰⁸ “Artículo 1° - OBJETO. El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad. Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado.”

- a. razoabilidade;
- b. eficiência da contratação;
- c. concorrência;
- d. transparência;
- e. publicidade; e
- f. responsabilidade dos agentes públicos que realizam a contratação.

Ressalte-se que o artigo nono deste Diploma prima, em especial, pelo Princípio da Transparência, assim redigido:

La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas. Asimismo, teniendo como base el principio de transparencia, la apertura de las ofertas siempre se realizará en acto público, siendo ello también aplicable a las contrataciones públicas electrónicas.

O artigo 26, letra B, do *Régimen* distingue as licitações nacionais das internacionais. Infere-se do aludido Diploma que as licitações internacionais são aquelas em que, pelas características de seu objeto e pela complexidade da prestação, o ato convocatório se estende a empresas interessadas de outros países, cujas sedes se encontrem no estrangeiro e não tenham sucursal registrada na Argentina. Confira-se:

b) NACIONALES O INTERNACIONALES.

1. La licitación o el concurso serán nacionales cuando la convocatoria esté dirigida a interesados y oferentes cuyo domicilio o sede principal de sus negocios se encuentre en el país, o tengan sucursal en el país, debidamente registrada en los organismos habilitados a tal efecto.
2. La licitación o el concurso serán internacionales cuando, por las características del objeto o la complejidad de la prestación, la convocatoria se extienda a interesados y oferentes del exterior, revistiendo tal carácter aquellos cuya sede principal de sus negocios se encuentre en el extranjero, y no tengan sucursal debidamente registrada en el país.

Dentre os quatro países membros do Mercosul, como se verificará adiante, o Brasil é o que possui a Legislação mais completa acerca do tema “contratações

públicas”. Percebe-se que a Argentina não fica muito atrás, pois o *Régimen General de Contrataciones Públicas*, diploma abrangente e específico sobre o assunto, se assemelha ao que dispõe a Lei brasileira.

Frise-se, por fim, que o governo da Argentina foi o único que já depositou o instrumento de ratificação do Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul. Vale lembrar que, pela formatação da legislação deste Estado, suas normas internas deverão obedecê-lo assim que entrar em vigor no país, tendo em vista seu caráter hierarquicamente superior.¹⁰⁹

4.4.4 O Brasil

A Constituição brasileira preconiza no parágrafo único do art. 4º que o país buscará a integração econômica, política, social e cultural com os povos da América Latina, com o objetivo de formar uma sociedade latino-americana de nações.

No ordenamento constitucional brasileiro, a exemplo do uruguaio, não há dispositivo que estabeleça hierarquia nas normas internacionais em relação às nacionais. Consideradas equivalentes, são aplicadas segundo a regra “*lex posteriori revogat priori*”.

Muito embora o artigo 4º, parágrafo único, da Constituição Federal estabeleça que a Nação tem como finalidade buscar a integração política entre os Estados latino-americanos, não explicita, a exemplo do texto constitucional uruguaio, mecanismos que a viabilizem.

Por outro lado, a Constituição brasileira prevê um sistema de celebração e aprovação dos tratados internacionais nos seus artigos 84, inciso VIII (competência exclusiva do Presidente da República para celebrar tratados), e 49, inciso I (competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre tratados internacionais que acarretem obrigações ao Estado).

Em duas condições o princípio “*lex posterior revogat priori*” comporta exceções. A primeira, em questão relacionada aos tratados internacionais, assi-

¹⁰⁹ Assim que o próximo país do Mercosul o ratificar, este passará a vigorar para a Argentina e para este país.

nados em matéria de direitos e garantias fundamentais, que são equiparados à norma constitucional, conforme previsão do artigo 5º, parágrafo 2º.¹¹⁰

A segunda exceção à regra “*lex posteriori derogat priori*” insere-se no já referido artigo 98 do Código Tributário Nacional¹¹¹, que assegura grau hierárquico superior aos tratados e convenções internacionais sobre matéria tributária, em relação às leis ordinárias, sendo a sua fonte de validação no ordenamento jurídico pátrio o decreto legislativo.¹¹²

Por faltar ao Brasil norma que regulamente a hierarquia de tratado internacional e norma interna, não obstante as exceções acima mencionadas, os tribunais exercem papel preponderante na solução desse conflito e demonstram a tendência atual da jurisprudência brasileira em equiparar os tratados internacionais às leis nacionais.¹¹³

A questão tem extrema relevância, na medida em que o nível hierárquico dos tratados é o que vai determinar qual norma deve prevalecer na hipótese de conflito entre tratado e lei ordinária ou entre tratado e a Constituição Federal.

Nesse sentido, a Reforma do Poder Judiciário, veiculada através da EC nº 45/2004, incluiu o seguinte texto no art. 5º da CF/88: “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos*

¹¹⁰ Art. 5º, par. 2º, CF/88: “Os direitos e garantias individuais expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹¹¹ “Art. 98 CTN: Os tratados e as convenções internacionais revogam e modificam a legislação tributária interna e serão observadas pela que lhes sobrevenha.”

¹¹² FERNANDES, Edson Carlos. **Sistema tributário do Mercosul**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 46. Para Roque Antonio CARRAZA (Curso de direito constitucional tributário. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 163-164), o artigo 98 do CTN seria inconstitucional, pois entende que “o tratado internacional não é fonte primária do Direito Tributário, mas o decreto legislativo do Congresso Nacional que o ratifica. O tratado é, apenas, o pressuposto, necessário e suficiente, para que o decreto legislativo inove, em caráter inaugural, a ordem jurídica interna.” Nesse aspecto tem o autor uma concepção de negativa de vigência dos tratados na ordem jurídica interna dos Estados; entretanto, não se pode olvidar que os tratados internacionais são fontes de direitos e obrigações entre os Estados e que no ordenamento jurídico pátrio o decreto legislativo simplesmente transpõe a norma internacional ao nosso ordenamento. Finalmente, como a Constituição Brasileira silencia sobre o posicionamento hierárquico dos tratados em relação à legislação interna, não há nenhum óbice para que a matéria venha a ser disposta na legislação infraconstitucional.

¹¹³ O mais conhecido é o Acórdão STF, proferido no Recurso Extraordinário 80.004, célebre por definir a paridade hierárquica entre normas internacionais e nacionais. Naquele julgado se questionava se a aplicabilidade da Convenção de Genebra sobre letras de câmbio poderia sobrepor-se ao Decreto-Lei 427/69, que trata da mesma matéria, editado posteriormente àquela Convenção.

membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."

Daí defluiu que a Carta Magna trouxe disposições especiais referentes apenas aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, não consagrando os demais tipos de tratados e convenções internacionais.

Conforme lição de Flávia Piovesan (2003) ¹¹⁴:

[...] é nesse contexto que há de se interpretar o disposto no art. 5, §2º do texto, que, de forma inédita, tece a interação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos. Conclui-se, portanto, que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §§1º e 2º - apresentam hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa

Essa posição foi defendida na seara jurisprudencial pela Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, no julgamento proferido por unanimidade pela Primeira Turma do TRF-5ª Região, na AC 238.842-RN (2000.05.00.057989-2), julgado em 30/08/2001, quando a eminente relatora afirmou que:

Não poderia deixar de mencionar que os princípios acima elencados estão presentes em diversos Tratados internacionais sobre direitos humanos nos quais o Brasil é parte, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU – 1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (San Jose, 1969), ambos em vigor entre nós, desde 1992. **Estes e muitos outros textos internacionais estão, nos termos da própria Constituição, à mesma equiparados, na melhor interpretação dada ao §2º do seu art. 5º.** (grifo nosso)

Outro não é o posicionamento de Fernando Luiz Ximenes Rocha (1996) ¹¹⁵, que defende a posição do constituinte de 1988, ao consagrar que os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte recebem tratamento especial, inserindo-se no elenco dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do disposto nos §§01º e 2º do art. 5º da Constituição Federal.

¹¹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 44-48.

¹¹⁵ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília-DF: Senado Federal, a. 33, n. 130. 1996. p. 81.

Por outro lado, nota-se que a Constituição Federal de 1988 não foi expressa com relação à posição hierárquica dos tratados internacionais não referentes a direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Tal questão restou, desse modo, delegada à jurisprudência e à doutrina pátrias, o que causa imensa polêmica.

O Brasil, segundo vem entendendo o Supremo Tribunal Federal desde 1977, enquadra-se na corrente que atribui paridade hierárquica entre tratados/convenções internacionais e a lei federal.

Antes de 1977, o STF posicionava-se no sentido da primazia do tratado internacional quando em conflito com norma infraconstitucional. O divisor de águas foi o julgamento do RE 80.004-SE, em 1977.

O clássico RE 80.004-SE (Rel. Min. Cunha Peixoto, julgado em 1º/06/1977), foi o *leading case* que veio modificar o ponto de vista anterior do STF. A partir de então, o Excelso Pretório tem adotado o sistema paritário, ou monista nacionalista moderado, segundo o qual tratados e convenções internacionais têm *status* de lei ordinária.

Francisco Rezek (1996)¹¹⁶ leciona que

de setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, em que assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre o tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça - sem embargo das conseqüências do descumprimento do tratado, no plano internacional. [...]. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.

Frederico Koehler (2007) explica que tratava-se de conflito envolvendo a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto nº 57.663 de 1966, e lei interna posterior, qual seja, o Decreto-lei nº 427/69. O conflito relacionava-se à obrigatoriedade ou não de existência do aval apostado na nota promissória - uma exigência formal para a validade do título que não constava no texto internacional. Prevaleceu, ao final do julgamento, o Decreto-lei nº 427/69, valendo-se o STF da regra *lex posterior derogat priori*. A partir de

¹¹⁶ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 106-107.

então, passou a predominar na Suprema Corte a paridade entre lei interna e tratado internacional, com a utilização do critério cronológico - i.e., da regra *lex posteriori derogat priori* - para a resolução dos conflitos entre leis internas e tratados internacionais.¹¹⁷

O STF continua com esse mesmo entendimento até a atualidade. Na ADIn 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello (j. em 04/09/1997), que tinha por objeto a Convenção nº 158 da OIT, o Pleno do STF decidiu que todos os tratados internacionais estão subordinados à CF/88, que tem irrestrita precedência hierárquica sobre eles. Há, portanto, relação de paridade normativa entre a lei ordinária e os tratados. Em eventual conflito entre leis e tratados, deve ser utilizado o critério cronológico (*lex posteriori derogat priori*) ou, quando cabível, o critério da especialidade (*lex specialis derogat generalis*), ou seja, a norma de caráter especial, mesmo que mais antiga, prevalece sobre a norma de caráter geral.

Para Koehler (2007), crítica principal à paridade normativa instaurada após o julgamento do RE 80.004-SE se funda nas conseqüências danosas que o descumprimento do tratado, com a chancela do STF, traz para o Estado no plano internacional, revelando um desrespeito e desconsideração em relação aos acordos feitos voluntariamente com os demais Estados-contratantes.¹¹⁸

A lição de Flávia Piovesan (1997)¹¹⁹ é a seguinte:

Acredita-se que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença às conseqüências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Esta posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não-cumprimento de tratado. Tal dispositivo reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu. Ora, se o Estado no livre e pleno exercício de sua soberania ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento. Além disso, o término de um tratado está submetido à

¹¹⁷ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno**. 2010.

¹¹⁸ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno**. 2010.

¹¹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 83-84.

disciplina da denúncia, ato unilateral do Estado pelo qual manifesta seu desejo de deixar de fazer parte de um tratado. Vale dizer, em face do regime de Direito Internacional, apenas o ato da denúncia implica a retirada do Estado de determinado tratado internacional. Assim, na hipótese de inexistência do ato da denúncia, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional.

Ademais, se o Congresso Nacional confere sua aquiescência ao conteúdo do compromisso firmado, é porque implicitamente reconhece que, se ratificado o acordo, está impedido de editar normas posteriores que o contradigam. É a teoria do *venire contra factum proprium non valet*, plenamente aplicável nessa seara, segundo a qual não se pode ir contra um fato praticado por si próprio, sob pena de prática de má-fé internacional.¹²⁰

Como afirma Valério Mazzuoli (2001)¹²¹,

seria fácil burlar todo o pactuado internacionalmente se por disposições legislativas internas fosse possível modificar tais normas. Se um Estado se obriga livremente a cumprir um acordo internacional, como explicar possa ele editar leis contrárias a todo o pactuado? Qual o valor de um tratado se por meio de lei interna se pudesse deixar de aplicá-lo? Aprovando um tratado internacional, o Poder Legislativo se compromete a não editar leis a ele contrárias. Pensar de outra forma seria admitir o absurdo.

O autor criou a seguinte posição crítica em face do entendimento do STF:

os tratados internacionais ratificados pelo Brasil situam-se em um nível hierárquico intermediário: estão abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior, posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais.¹²²

Verifica-se que o fato de a Constituição brasileira, bem como a uruguaia, não definirem de forma expressa a resolução dos conflitos entre leis internacionais e nacionais, resta impossibilitado um procedimento unânime na tomada de decisões pelos Estados partes do Mercosul.

¹²⁰ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno**. 2010.

¹²¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. **Revista CEJ**, Brasília-DF, n. 14, mai./ago. 2001. p. 115.

¹²² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. **Revista CEJ**, Brasília-DF, n. 14, mai./ago. 2001. p. 118.

Há, portanto, a necessidade de harmonização constitucional nessa matéria por parte dos quatro países, o que facilitaria a adoção de um sistema de solução de controvérsias efetivamente capaz de assegurar uniformidade na interpretação e aplicação do direito da integração no Mercosul, bem como o primado de suas normas sobre as nacionais.

4.4.4.1 O Direito Administrativo Interno Brasileiro sobre as licitações públicas

No que tange ao Direito Administrativo brasileiro interno, a Constituição de 1988 estabelece princípios e regras significativos sobre a abrangência e a disciplina das licitações.

O art. 22, XXVII, da CF/88 reza que compete privativamente à União legislar sobre *normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.*¹²³

Como conseqüência, a competência normativa dos demais entes federativos em face da União é muito menor do que se poderia supor em um exame inicial. As normas gerais são definidas privativamente pela União e são vinculantes para os outros entes. As competências locais são restritas às peculiaridades não disciplinadas nas normas gerais, tornando-se secundária a relevância da legislação local para o regime das licitações no Brasil.

A competência para a edição de normas gerais vem sendo exercitada há longo tempo pela União. Houve verdadeira sucessão de textos legislativos, que culminou, em 1993, na edição da atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93). A União exercitou essa competência também em textos legislativos esparsos. Os mais significativos são a Lei de Concessões, de 1993 (Lei nº 8.987/95 e Lei nº 9.074/95), e a Medida Provisória nº 2.026, de junho de 2000, que instituiu uma nova modalidade licitatória - o Pregão.

¹²³ Obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1o, III.

O conteúdo fundamental do regime licitatório no Brasil é conformado pelo art. 37, XXI, da Constituição da República, pautado na isonomia de condições dos concorrentes e na vinculação das condições das propostas com as cláusulas de obrigações de pagamento, respeitados os princípios norteadores de uma Administração Pública democrática e transparente.¹²⁴

Depreende-se da leitura desse dispositivo uma condição de validade dos contratos administrativos no Brasil: serão precedidos sempre de licitação ou de ato formal que reconheça o enquadramento do caso em uma das ressalvas legais.

Estabelece-se, além disso, um princípio que está na base da compreensão do regime licitatório no Brasil: a igualdade de condições entre os concorrentes. Em atenção a esse princípio, a legislação infraconstitucional brasileira ocupa-se de disciplinar minuciosamente o procedimento licitatório, com o objetivo de que todos os licitantes tenham condições de definir de modo preciso os requisitos que deverão preencher e os critérios segundo os quais suas propostas serão examinadas.

A preocupação com a isonomia é tão intensa que, por vezes, conduz a Administração a frustrar o próprio interesse público, adotando posição excessivamente formalista em nome da proteção da competitividade da licitação.

Para Guimarães Pereira (2010), outro ponto importante, que também está na base do regime das contratações públicas no Brasil, é a consagração da manutenção das condições efetivas da proposta durante toda a execução do contrato. Com isso, há proteção constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, assegurando-se ao contratado a coletivização dos riscos extraordinários envolvidos no contrato. Essa regra - que é traduzida com maior detalhe na legislação infraconstitucional - enseja ao licitante um quadro jurídico seguro para a formulação de propostas e, posteriormente, o cumprimento do respectivo contrato.¹²⁵

¹²⁴ Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (FUNDAÇÃO ESTATAL, 2007).

¹²⁵ PEREIRA, Cesar Guimarães A. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. . 22. Abr./jun. 2010 p. 3.

Por fim, o dispositivo constitucional em comento estabelece limitação das exigências de qualificação técnica e econômica que podem ser estipuladas como requisito para a contratação administrativa. Permite que a Administração, para assegurar-se do cumprimento do contrato, exija a demonstração de certos requisitos de qualificação (ou habilitação, na linguagem da Lei de Licitações).¹²⁶

Não obstante, prevê a proporcionalidade entre esses requisitos e seu fim: somente as exigências indispensáveis podem ser formuladas. Na base dessa regra também está a preservação da isonomia e do caráter competitivo da licitação.

A abrangência do regime licitatório brasileiro deriva da conjugação entre os arts. 22, XXVII, e o art. 173, § 1º, III, da Constituição da República. O primeiro assinala que as normas gerais de licitação aplicam-se necessariamente à Administração direta, às autarquias e fundações.¹²⁷

Segundo esse dispositivo constitucional, tais empresas estatais, que explorem *atividade econômica*, poderão ter estatuto peculiar e próprio de licitações, observado os princípios básicos da Administração Pública, que inspiram as normas gerais.

Como há nítida distinção de regimes constitucionais entre as empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) que prestam *serviços públicos* (art. 175 da Constituição) e as que exploram *atividades econômicas* (art. 173 da Constituição), o regramento mais simplificado somente poderia aplicar-se a essas últimas, que realizam atividade econômica.

Explica Guimaraes Pereira (2010) que as empresas estatais que prestam serviços públicos estão, em qualquer caso, sujeitas integralmente às normas gerais de licitações. Além disso, não havendo ainda lei que estabeleça o regramento simplificado das empresas estatais, devem ser aplicadas a todas, indistintamente, as normas gerais de licitações.¹²⁸

Finalmente, há regra especial no art. 175 da Constituição da República, segundo a qual a outorga de concessão ou permissão de serviços públicos será sempre realizada mediante licitação. Trata-se de regra de definição objetiva, de

¹²⁶ PEREIRA, Cesar Guimarães A. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 22. Abr./jun. 2010. p. 4.

¹²⁷ Quanto às sociedades de economia mista e empresas públicas, aplica-se o art. 173, § 1o, III, da Constituição.

¹²⁸ O art. 1o, parágrafo único, da Lei de Licitações, que não foi revogado nem alterado, submete a essas normas à Administração direta e indireta.

cobertura do regime licitatório.

Esse é o desenho constitucional específico do regime de seleção de contratados no Brasil, que se demonstra à frente dos demais países do Mercosul.

Há regras estritas sobre a competência para a edição de normas infraconstitucionais, sobre a cobertura (em termos subjetivos e objetivos) e sobre o conteúdo fundamental da disciplina da licitação. No entanto, o regime constitucional, aplicável à espécie não se exaure nisso.

Há princípios constitucionais gerais, definidos nos valores e objetivos fundamentais da República, previstos nos arts. 1º e 3º da Constituição. Há direitos individuais fundamentais, consagrados em inúmeros incisos do seu art. 5º. Há princípios específicos da Administração Pública, definidos no seu art. 37. Há disciplina minuciosa acerca da intervenção do Estado na economia e dos princípios que regem a ordem econômica no Brasil (arts. 170 a 174, CR/88). Há até mesmo a previsão de requisitos específicos relacionados com a proteção do meio ambiente (art. 225, § 1º, IV, CR/88).

A conjugação desses princípios e regras constitucionais compõe o quadro geral do regime licitatório no Brasil.

4.4.4.1.1 Da isonomia no tratamento entre empresas nacionais e estrangeiras e a Medida Provisória 495

A Lei Federal nº 8.666/93, em atendimento às regras constitucionais ora referidas, cuidou de estabelecer os objetivos do certame e identificar os princípios que devem informá-lo.

Nesse sentido, estatuiu, em seu artigo terceiro, que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Nessa perspectiva, a licitação

será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

O inciso II, parágrafo 1º, do mesmo artigo 3º da Lei nº 8.666/93 vedou, desde a promulgação desta Lei, a adoção de tratamento preferencial em face de empresas brasileiras, ou seja, não se admitia que empresa estrangeira deixasse de vencer um certame licitatório simplesmente por ser estrangeira.¹²⁹

O supracitado artigo autoriza a participar de licitações quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, independentemente de sua nacionalidade.

Essa é uma conclusão lógica, pois o artigo 5º da Constituição da República¹³⁰, que trata dos direitos e garantias fundamentais, não faz qualquer distinção em relação à nacionalidade para uso das garantias de igualdade.¹³¹

O art. 171 da Constituição de 1988 introduziu no regime constitucional brasileiro o conceito de nacionalidade das empresas, distinguindo-as em empresas brasileiras, empresas brasileiras de capital nacional e empresas não brasileiras, nestas compreendidas as empresas estrangeiras e as empresas multinacionais ou transnacionais.

A Emenda Constitucional nº 6/95 veio revogar o artigo 171 da Constituição Federal e foi instituída no sentido de não descriminalizar as empresas estrangeiras. Para Sidney Bittencourt (2002),

[...] foi instituído, portanto, um novo regime, que inadmite a distinção entre empresas em função da origem de seu capital, extinguindo-se todos os privilégios que, em razão dessa distinção, poderia a legislação ordinária

¹²⁹ "Art. 3, § 1o É vedado aos agentes públicos:(...)II - Estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere à moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no Parágrafo seguinte e no art. 3o da Lei n. 8248, de 23 de outubro de 1991.

¹³⁰ "Art. 5º Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito `a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:"

¹³¹ Entretanto, ao contrário do acima exposto, o mesmo art. 3o, em seu parágrafo segundo, estabelecia o seguinte: " §2o – Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

- I- produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;
- II- produzidos no país;
- III- produzidos ou prestados por empresas brasileiras."

Esse artigo foi inspirado na redação original do artigo 171 da Carta de 1988,i revogado pela Emenda Constitucional n. 6, de 15/08/1995. O referido artigo estabelecia distinções entre as empresas brasileiras e as brasileiras que possuíam capital nacional. Além disso, o parágrafo primeiro do aludido comando constitucional concedia tratamento preferencial à empresa brasileira de capital nacional quando houvesse aquisição de bens e serviços pelo Poder Público.

conferir. De conseguinte, toda a legislação infraconstitucional, no que conceituava o assunto ou previa qualquer privilégio, restou derogada, por incompatível com a nova concepção jurídica.¹³²

Assim, com a revogação do artigo 171 da CR/88, deixou de existir fundamento constitucional para preferências em favor de empresas brasileiras nos processos de licitações, ou mesmo para bens ou serviços produzidos no Brasil.

Entretanto, tendo em vista o artigo 5º da CF/88, ao assegurar a isonomia entre brasileiros e estrangeiros domiciliados no Brasil, somente seriam admitidas as exceções previstas constitucionalmente ou, eventualmente, outras que pudessem ser justificadas em face de valores protegidos constitucionalmente.

Ademais, a garantia constitucional da isonomia do artigo 5º não significa a liberação para a adoção de tratamentos discriminatórios em face de estrangeiros não domiciliados no Brasil, mas, na acepção de que, mesmo para estrangeiros não domiciliados no Brasil, somente se admite discriminação compatível com o sistema nacional.

Ora, o princípio da isonomia entre brasileiros e estrangeiros não admitia a obrigação de tratamento desvantajoso ao estrangeiro não domiciliado no Brasil simplesmente por esse fundamento. A nacionalidade não brasileira e a ausência de domicílio no Brasil podiam conduzir a tratamento discriminatório, se houvesse a configuração de pressupostos para a diferenciação jurídica.

Por outro lado, referida garantia também beneficiava os licitantes nacionais, pois não se demonstrava constitucional que esses fossem onerados, ou sofressem quaisquer restrições, em face de licitantes não nacionais.¹³³ Assim, uma eventual pretensão estrangeira de subordinar uma contratação administrativa a critérios incompatíveis com a constituição brasileira não seria possível no ordenamento jurídico do Estado brasileiro.

Para Carlos Ari Sundfeld (1999), a isonomia de tratamento entre os possíveis interessados consiste na espinha dorsal da licitação, afirmando-se como condição indispensável da existência de uma competição efetiva. Aduz o autor que

¹³² BITTENCOURT, Sidney. **Estudos sobre licitações internacionais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1988. p. 45.

¹³³ Imagine-se, por exemplo, uma hipótese de contratação com recursos provenientes do estrangeiro. A garantia destinou-se a impedir que alguma entidade não nacional não pretenda condicionar o repasse dos recursos a favor de seus compatriotas.

só existe disputa entre iguais, a luta entre desiguais é farsa (ou, na hipótese melhor: utopia). [...] A competitividade real, concreta, efetiva, é condição essencial do sucesso da licitação. Quando a competição entre diversos sujeitos for impossível, não se fará licitação (art. 25), pois ela não existe sem confronto, sem disputa, sem oposição, sem conflito de interesses entre pessoas.¹³⁴

Por outro lado, sempre se soube que o Estado brasileiro, como empreendedor, dispõe do dever-poder de incentivar o desenvolvimento da indústria nacional, ao proteger o emprego dos brasileiros e agir preferencialmente em prol do progresso da nação. Dessa maneira, é dever do bom gestor utilizar-se de recursos estatais como instrumento de defesa do interesse nacional, sem fazer qualquer discriminação.

Nesse sentido, as recentes alterações produzidas pela MP nº 495 reintroduziram no Brasil as antigas preferências nacionais nas licitações.

César A. Guimarães Pereira (2010) esclarece que a nova legislação altera o tratamento tradicional dado pelo regime aplicável às licitações no Brasil, baseado em rigorosa igualdade entre licitantes estrangeiros e nacionais.¹³⁵

Ao analisar as recentes mudanças ocorridas na legislação, o autor explica que muitos aspectos ainda dependerão de regulamentação, mas passou-se a ter um limite objetivo de até 25% para a vantagem que se pode estipular em favor de empresas estabelecidas no Brasil ou que cumpram determinados índices de nacionalização.

Para o autor, trata-se de tema relevante e polêmico, especialmente diante da expressiva quantidade de investimentos governamentais que se prevê para o futuro próximo no Brasil, também relacionados com a Copa do Mundo de 2014 e com as Olimpíadas de 2016 no Rio de Janeiro.

Juntamente com outros diplomas legais (MPs 488 e 489), recentemente editados para regular as licitações vinculadas àqueles eventos esportivos internacionais, a MP 495 deverá atrair a atenção de empresas estrangeiras interessadas no mercado de licitações para as vantagens de um determinado nível

¹³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 20/22.

¹³⁵ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **A MP nº 495 e as alterações na legislação sobre licitações**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, n. 42, ago. 2010.

de investimento direto no Brasil.

O direito brasileiro já contempla o favorecimento de determinada categoria de licitantes, as microempresas e as empresas de pequeno porte, por intermédio da Lei Complementar nº 123, baseado na suposição de que tais empresas são sediadas no Brasil.

Guimarães Pereira (2010)¹³⁶ explica que a MP 495 favorece ao desenvolvimento nacional e produtos e serviços produzidos no Brasil, mas não elimina possíveis *joint ventures* ou parcerias entre empresas estrangeiras e brasileiras.

Além disso, a MP 495 prevê que qualquer vantagem concedida a empresas brasileiras deve ser estendida aos signatários de tratados internacionais sobre compras governamentais assinados e ratificados pelo Brasil. Até o momento, isto significa grande vantagem com relação ao Protocolo de Compras Governamentais do MERCOSUL, o qual entrará em vigor em breve.

A MP 495 alterou a Lei nº 8.666/93 em diversos tópicos. O artigo 3º da Lei 8.666/93¹³⁷ foi modificado para prever que o processo licitatório se destina a "*garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional***". (grifo nosso).

Este dispositivo vê-se complementado pelo § 1º, I, do artigo 3º, o qual proíbe "*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.*" Esta regra expressamente ressalva as preferências

¹³⁶ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **A MP nº 495 e as alterações na legislação sobre licitações**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, n. 42, ago. 2010.

¹³⁷ Medida Provisória n. 495 – “Art. 1o: A Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1o É vedado aos agentes públicos:

I - 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 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.”

previstas nos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei 8.666¹³⁸, na redação da MP nº 495, e no art. 3º da Lei nº 8.248/91¹³⁹.

Alterou-se ainda o art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666, para incluir novos critérios de desempate, pelo qual será dada preferência a produtos e serviços:

- (i) feitos no Brasil;
- (ii) feitos ou prestados por empresas brasileiras;
- (iii) feitos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa no desenvolvimento de tecnologia no Brasil, nesta ordem.

Se estes critérios não forem suficientes para o desempate, este será feito por sorteio (artigo 45, § 2º, da Lei nº 8.666).

¹³⁸ “§ 5o Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

§ 6o A margem de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que refere o § 5o, será definida pelo Poder Executivo Federal, limitada a até vinte e cinco por cento acima do preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

§ 7o A margem de preferência de que trata o § 6o será estabelecida com base em estudos que levem em consideração:

- I - geração de emprego e renda;
- II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; e
- III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.

§ 8o Respeitado o limite estabelecido no § 6o, poderá ser estabelecida margem de preferência adicional para os produtos manufaturados e para os serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.

§ 9o As disposições contidas nos §§ 5o, 6o e 8o deste artigo não se aplicam quando não houver produção suficiente de bens manufaturados ou capacidade de prestação dos serviços no País.

§ 10. A margem de preferência a que se refere o § 6o será estendida aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, após a ratificação do Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul, celebrado em 20 de julho de 2006, e poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários de outros países, com os quais o Brasil venha assinar acordos sobre compras governamentais.

§ 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão exigir que o contratado promova, em favor da administração pública ou daqueles por ela indicados, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo Federal.

§ 12. Nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo Federal, a licitação poderá ser restrita 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 11 de janeiro de 2001.”

¹³⁹ “Art. 3o Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, a:

- I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País;
- II - bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo.”

A MP nº 495 também inseriu os §§ 5º a 12 do artigo 3º da Lei nº 8.666. No seu § 5º, o art. 3º prevê que "*poderá ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras*".

A margem de preferência deve ser determinada após estudos que definam critérios baseados em "*geração de emprego e renda*", "*efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais*" e "*desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País*". Contudo, o § 9º permite à Administração desconsiderar tais preferências "*quando não houver produção suficiente de bens manufaturados ou capacidade de prestação dos serviços no País*".

Esclarece Guimarães Pereira (2010) que outro ponto em que a MP nº 495 se afasta da disciplina tradicional das licitações no Brasil é o § 11 do art. 3º. A Lei nº 8.666 há muito previa que era "*vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica*".

Agora, o § 11 do art. 3º prevê justamente o contrário e inclui a possibilidade de os editais exigirem do contratado que "*promova, em favor da administração pública ou daqueles por ela indicados, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não*".

O artigo 3º, § 12, prevê a existência de licitações específicas nas quais a competição "*poderá ser restrita 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 11 de janeiro de 2001*".

O artigo 6º da Lei nº 8.666 contém as definições. A MP nº 495 incluiu algumas novas definições: produtos manufaturados nacionais (art. 6º, XVII), serviços nacionais (art. 6º, item XVIII) e sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos.

O novo inciso XXXI do artigo 24 prevê a dispensa de licitação (contratação direta) nas contratações que derem cumprimento aos artigos 3º, 4º, 5º e 20º da Lei nº 10.973/2004. Esta lei contém uma série de medidas destinadas a promover o desenvolvimento brasileiro por meio de estímulo a processos tecnológicos altamente

qualificados.

O artigo 57 da Lei de Licitações trata do prazo dos contratos. O novo prazo pode ser de até 120 meses (elevando-se, portanto, dos 60 meses atuais) em alguns casos específicos: contratos do setor de defesa e segurança (artigo 24, incisos IX, XIX e XXVIII) e de algumas áreas de tecnologia (artigo 24, inciso XXXI).

A nova legislação vem sendo amplamente discutida por especialistas internacionais. Tom Buschmann, citado por GUIMARÃES PEREIRA (2010)¹⁴⁰, manifestou interessante opinião sobre os efeitos da MP nº 495:

This has significant implications, considering the widespread of public authorities in the Brazilian economy, the size and growth of the economy, the youth of its population and its eagerness to try new products and services. This legislation stipulates an explicit option for the Federal Government to define strategic ICT projects that need to be controlled / developed / supported by Brazilian resources, which is understandable. It further stipulates that for all other products and services there is a limit to the discrimination of foreign companies by defining that government agencies could require foreign firms to be 25% or more price competitive with national firms, but not more. And this discrimination has to be substantiated with market studies. So foreign firms will have to be treated equally to Brazilian firms that under certain circumstances could be offering their services max 25% more expensively than these foreign firms. This is fair if one realises that exports to Brasil in general do not require the exporter to charge VAT, but Brazilian firms have to pay ICMS (a State-levied VAT), which on average is 20%. In practice foreign firms could easily be price competitive, depending on their view of the Brazilian Real exchange rate, their access to lower cost foreign capital and the height of import duties. Imagine a company with a sufficiently unique product or service: when operating from another Mercosur country, when partnering with a Brazilian company or even when operating from outside Mercosur and simply being price competitive in Brazilian Reals: what would be against growing revenues and margins from the opportunities provided by the Brazilian government.¹⁴¹

¹⁴⁰ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **A MP nº 495 e as alterações na legislação sobre licitações**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, nº 42, agosto 2010.

¹⁴¹ Tradução: "Isto tem implicações significativas, considerando a disseminação de entidades públicas na economia brasileira, o tamanho e o crescimento da economia, a juventude de sua população e sua vontade de experimentar novos produtos e serviços. Esta legislação estabelece uma opção explícita para o Governo Federal definir projetos ICT estratégicos que precisam ser controlados/desenvolvidos/apoiados por recursos brasileiros, o que é compreensível. Estabelece ainda que para todos os demais produtos e serviços há um limite para a discriminação de empresas estrangeiras, definindo que as entidades governamentais poderão exigir de empresas estrangeiras que sejam 25% ou mais competitivas em preço que as empresas nacionais, mas não mais. E esta discriminação precisa ser amparada em estudos de mercado. Portanto, empresas estrangeiras precisarão ser tratadas com igualdade em relação a empresas brasileiras que sob certas circunstâncias poderiam oferecer seus serviços no máximo 25% mais caros do que os de tais firmas estrangeiras. Isto é justo quando se percebe que as exportações para o Brasil em geral não exigem que o exportador recolha IVA, mas as empresas brasileiras são obrigadas a pagar ICMS (um IVA cobrado pelo Estado), com a alíquota média de 20%. Na prática, empresas estrangeiras poderiam facilmente ser competitivas em preço, dependendo da sua visão acerca da taxa de câmbio do real brasileiro, seu acesso a capital estrangeiro de menor custo e a dimensão dos impostos de

Para Tim Mcgraph (2010) ¹⁴², a nova legislação deverá

penalizar empresas estrangeiras de menor porte (que não têm condições de instalar-se no Brasil) que participem de licitações. Parece mais uma barreira que um incentivo. Como tais organizações menores tendem a oferecer soluções inovadoras, esta situação também pode não vir ao encontro do interesse do Brasil.

Esta nova regulação deve ensejar a criação de *joint ventures* ou parcerias entre pequenas empresas estrangeiras e empresas locais. Além disso, a nova disciplina de fato introduz regras mais claras sobre preferências nacionais, como indica BUSCHMAN.

O artigo 42, § 4º, da Lei nº 8.666 estabelece que "*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*".

Para Marçal Justen Filho (2010), esta regra sempre foi muito criticada e reputada inaplicável em face da ausência de norma geral estabelecendo a possibilidade de a licitação ser utilizada como instrumento para a promoção do desenvolvimento nacional, ainda que isto implicasse a celebração de contratos com um custo mais elevado.¹⁴³ Esta dificuldade viu-se superada com a edição da MP nº 495.

Por outro lado, vale destacar duas situações a que se refere à Lei n. 8.666/93 que nunca mudaram. A primeira é tratada no artigo 12, inciso IV, da Lei de Licitações:

Art. 12. Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos:[...]IV -

importação. Imagine-se uma empresa que tenha um produto suficientemente único: quando opera a partir de outro país do Mercosul, quando estabelece uma parceria com uma empresa brasileira ou mesmo quando opera de fora do Mercosul e simplesmente com preço competitivo em reais brasileiros: o que poderia ser contra receitas e margens crescentes em função das oportunidades possibilitadas pelo governo brasileiro?" (PEPPOL - Pan-European Public Procurement Online, em Linked In).

¹⁴² PEPPOL - Pan-European Public Procurement Online, em LinkedIn. www.linkedin.com.br. Citado por Cesar A. Guimarães Pereira, In: **A MP nº 495 e as alterações na legislação sobre licitações**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, n. 42, ago. 2010.

¹⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14ª ed., Dialética: São Paulo. 2010. Vide especificamente o art. 42, §§ 3º e 4º.

possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação.

Como se sabe, o projeto básico, elaborado ainda na fase interna da licitação, é de suma importância para o procedimento licitatório e para a garantia de uma boa contratação. O projeto executivo, por sua vez, contém o conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra.

Ao se planejar a execução da obra, o Poder Público deverá considerar a possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local, para execução, conservação e operação. Isto significa que se pode consagrar uma preferência em favor dos licitantes nacionais antes mesmo da fase externa da licitação, isto é, que esta seja lançada, contendo preferências aos nacionais, de acordo com o projeto básico.

Se a elaboração do projeto executivo ficar a cargo do contratante, o artigo 12, inciso IV será levado em consideração na análise da proposta, o que novamente caracterizará desvantagem em relação às propostas de licitantes estrangeiros.

Outro dispositivo da Lei n. 8.666/93 que sempre consagrou discriminação a estrangeiros é o parágrafo primeiro do artigo 33:

Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: [...]§1o No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

Outro ponto interessante da nova legislação é a sua preocupação em preservar os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil com relação a compras governamentais, preparando o país para esta nova realidade. Entretanto, a MP nº 495 ainda exigirá extensa regulamentação, por meio de decreto, a ser proximamente editado. Trata-se de um novo desafio e um longo caminho na criação de preferências nacionais nos processos licitatórios.

4.4.4.1.2 As Licitações internacionais no sistema jurídico brasileiro

Dentre os Estados membros do Mercosul, merece destaque a legislação brasileira ao tratar, de forma específica, das licitações internacionais, ou seja, daquelas que contém possíveis interessados de fora do país.

Para uma licitação internacional, via de regra, deve-se adotar a modalidade concorrência¹⁴⁴, mas há possibilidade de eleição da tomada de preços, quando o órgão dispuser de cadastro internacional de fornecedores, bem como do convite, quando não houver nacionais em condições de realizar o objeto contratual, desde que respeitados os limites legais dessa modalidade, mormente o valor da contratação¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Lei n. 8.666/93:

“Art. 22. São modalidades de licitação: I - concorrência; II - tomada de preços; III - convite; IV - concurso; V - leilão.

§ 1o Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2o Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

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

§ 4o Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5o Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.”

¹⁴⁵ “Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

- para obras e serviços de engenharia;

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). (Redação dada pela Lei

Lembre-se que, no Brasil, se existirem normas de Direito Internacional Público, provenientes de tratados internacionais ratificados pelo Congresso Nacional, estas se integrarão ao direito interno, sem características hierarquicamente superiores, sendo que eventual primazia do ordenamento internacional será creditada somente quanto ao aspecto cronológico.

O edital de licitação internacional deverá respeitar os tratados e as convenções internacionais vigentes no Brasil, assim como decisões proferidas no plano do direito internacional público.¹⁴⁶

Questão importante, inserida na legislação brasileira sobre contratos internacionais, reside na discricionariedade do administrador quanto à determinação da abrangência da licitação, ou seja, na escolha entre a concorrência nacional ou internacional.

Como exemplo, Sidney Bittencourt (1998) analisa caso concreto de licitação internacional realizada pela Petrobrás, defendendo a tese da discricionariedade do administrador na determinação da abrangência da licitação:

[...] poderemos concluir que compete à Administração fixar quando irá realizar uma concorrência de âmbito nacional e quando realizará uma concorrência de âmbito internacional. Se assim não fosse, de resto, ficaria sem nenhum sentido a própria lei de licitação, quando estipula a divisão das concorrências entre nacionais e internacionais (v.g. art. 42 da Lei n. 8.666/93). Bastaria a lei falar em concorrência, apenas. Todas as concorrências seriam, então, na prática, concorrências internacionais.¹⁴⁷

Considerando as complexas peculiaridades da economia mundial, as concorrências abertas à participação de empresas estrangeiras vêm adquirindo cada vez maior relevância.

O artigo 32 da Lei nº 8.666/93¹⁴⁸ versa sobre os documentos necessários à

nº 9.648, de 1998)”

¹⁴⁶ Por exemplo, se vigente vedação a relações comerciais com certo Estado, o Edital deverá vedar a habilitação de empresa dessa nacionalidade.

¹⁴⁷ BITTENCOURT, Sydney. **Estudos sobre Licitações Internacionais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998. P.45.

¹⁴⁸ “Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).
§ 1o A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

habilitação em licitação brasileira e, em especial o seu parágrafo 4º, dos requisitos dessa habilitação para empresas estrangeiras que participem de licitações no Brasil.¹⁴⁹

Conforme a lei brasileira, as empresas estrangeiras não podem funcionar no Brasil sem autorização governamental. Caso uma empresa estrangeira deseje funcionar no país, deverá cumprir as exigências previstas no Código Civil¹⁵⁰.

Assim, o artigo 32, §4º, da Lei nº 8.666/93 não se aplica às empresas estrangeiras que desejem funcionar no Brasil, mas tão somente rege a situação dessas empresas que, não tendo autorização governamental, desejem participar de licitação no país.

Deve-se verificar se o Edital prevê essa situação. Se permitida, haverá licitação internacional. Porém, se o objeto da licitação internacional implicar na necessidade de funcionamento da empresa estrangeira no Brasil, esta deverá se sujeitar ao disposto no Código Civil.

O funcionamento no Brasil deverá ser caracterizado por atividade continuada e permanente, ou seja, não basta que a empresa tenha atuado no Brasil, eventual ou isoladamente.

Poderia se cogitar a hipótese em que uma empresa estrangeira não necessitasse requerer autorização brasileira enquanto estivesse na fase de habilitação. Entretanto, caso esta vencesse a licitação, a sua contratação dependeria de regularização, que, caso restasse frustrada, prejudicaria todo o procedimento licitatório.

§ 2o O certificado de registro cadastral a que se refere o § 1o do art. 36 substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação.

§ 3o A documentação referida neste artigo poderá ser substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta Lei. (...)"

¹⁴⁹ “§ 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.”

¹⁵⁰ O tema foi inicialmente disciplinado pelo Decreto-Lei n. 2.627/40. Posteriormente, pela Lei n. 6.404/76 (Lei das S.A.). O Código Civil de 2002 revogou os dispositivos desta Lei e disciplinou a matéria nos artigos 1.134 a 1.141.

O §4º desta lei em análise ainda reafirma a aplicação da lei do local da constituição da pessoa jurídica, ou seja, a lei brasileira não disciplinará matéria atinente à constituição e funcionamento de empresas constituídas em outro Estado.

Por óbvio, serão verificados tanto a regularidade jurídica, quanto à aptidão para a execução do objeto licitado e as qualificações técnica e econômico-financeira da empresa. Destaca-se, ainda, a exigência de representação legal no Brasil, o qual deverá deter poderes expressos para receber citação, responder administrativa e judicialmente.

Fabrcio Motta (2006)¹⁵¹ esclarece que, em suma, as regras de habilitação em licitação internacional comportam exceções. O autor aduz que não há exigências de habilitação com documentação equivalente, nem de representação legal no país, nem de liderança da empresa brasileira em caso de consórcio, e nem de cláusula contratual que declare competente o foro da sede da Administração para resolução de pendências oriundas da execução do objeto (art. 55§, 2º) para as licitações internacionais que visam a:

- a. adquirir bens e serviços cujo pagamento seja feito com produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação;
- b. contratar empresa estrangeira para compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido previa autorização do Poder Executivo;
- c. adquirir bens e serviços realizados por unidades administrativas com sede no exterior.

De acordo com o artigo 42 da Lei nº 8.666/93, quando se opta por uma licitação internacional, ou seja, se autoriza a participação no certame de empresa sediada fora do país, ressalta-se a questão do pagamento em moeda estrangeira.¹⁵²

¹⁵¹ MOTTA, Fabrcio. **Licitação Pública e MERCOSUL**. In: CASELLA, Paulo Borba; LIQUIDATO, Vera Lucia Viegas. **Direito da Integração**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 317.

¹⁵² O art. 42 da Lei n. 8.666/93 prevê que 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.

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

Ao interpretar esse artigo, Marçal Justen Filho (2009)¹⁵³ considera que, quando empresa estrangeira vence o certame em outro país, há de se verificar se o Edital prevê o pagamento em moeda estrangeira.

Em caso positivo, será necessário compatibilizar a contratação com a política monetária e com o controle sobre a moeda, exercidos pela União. Deverão ser consultados os mecanismos nacionais que disciplinam o câmbio e os pagamentos em moeda estrangeira. Da mesma forma, as políticas acerca do comércio exterior devem ser atendidas, o que envolve normas sobre importação de bens e serviços.

O § 1º do artigo 42 trata de aparente faculdade de formulação de propostas em moedas distintas para uma mesma licitação, o que, caso ocorresse, geraria uma série de dificuldades quando da comparação entre as propostas. Logo, esse artigo deve ser interpretado no sentido de que o edital deverá estabelecer qual é a moeda da licitação. Uma vez escolhida moeda estrangeira, todos os licitantes se sujeitarão à mesma regra.

Se for o caso de propostas apresentadas em moeda estrangeira, o contratado receberá o pagamento em moeda nacional, conforme estabelece o § 2º do artigo 42. Assim, os valores de uma proposta formulada em moeda estrangeira serão convertidos para a moeda nacional, segundo câmbio vigente.

Diz o § 4º que, quando uma proposta estrangeira envolve custos indiretos para o órgão licitante, esses encargos devem ser considerados no julgamento. Não

§ 2o O pagamento feito ao licitante brasileiro eventualmente contratado em virtude da licitação de que trata o parágrafo anterior será efetuado em moeda brasileira, à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3o As garantias de pagamento ao 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 elas 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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

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

¹⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13a Edição. São Paulo: Dialética, 2009. p. 554.

é possível um simples acréscimo de valor na proposta estrangeira, que corresponda à carga tributária brasileira. Somente se admitiria essa hipótese se a tributação fosse efetivamente devida pelo estrangeiro ao Fisco no Brasil.

Assim, o licitante estrangeiro deve arcar com o pagamento dos tributos incidentes sobre suas operações e receitas, sendo o único responsável por elas. E o Fisco não poderá recalcular valores de propostas. Se o licitante, ao realizar seus cálculos, omitir considerações acerca de custos tributários, ele mesmo terá que custear esses valores através de sua margem de lucro, ou então terá uma proposta inexecutável, que levará à sua desclassificação no certame.

Uma séria questão suscitada sobre licitações internacionais relaciona-se com o afastamento da Lei nº 8.666/93 em virtude de exigências de organismos internacionais.¹⁵⁴

Uma hipotética contratação com recursos provenientes de organismos internacionais deverá envolver situação de benefício para o Brasil, sendo certo que o dispositivo do §5º do artigo 42 somente autoriza o afastamento da legislação nacional porque se cogita da percepção de vantagens para a Nação brasileira. Essas vantagens consistem na transferência gratuita (doação) ou não (financiamento a entidades governamentais) de recursos para empreendimentos no território nacional.

E, por certo, a outorga do benefício deverá estar de acordo com a lei brasileira de licitações. A Administração poderá contratar com recursos estrangeiros, adotando regras licitatórias diversas daquelas contempladas na legislação brasileira, mas impõe-se a demonstração de que a entidade estrangeira condiciona a transferência de recursos à observância da Lei de Licitação do Brasil.

Deve-se lembrar que o artigo 42 se relaciona tão somente com contratações realizadas com recursos provenientes de fora do país.

¹⁵⁴ Para o Tribunal de Contas da União: "... mesmo quando se tratar de recursos disponibilizados pelas entidades previstas no §5o, do artigo 42, da Lei 8.666/93, não se poderá admitir a vedação de empresas nacionais em eventuais certames licitatórios. Os normativos oriundos de entidades estrangeiras, mesmo na vigência de acordos celebrados com a União, não prevalecem sobre certas disposições legais específicas, como no caso em comento, e menos ainda sobre princípios constitucionais pátrios que visam garantir os interesses dos integrantes da nação brasileira, haja vista a indisponibilidade do interesse público e a soberania nacional. Os acordos internacionais celebrados pela União e ratificados pelo Congresso Nacional devem ser honrados, mas não ao arpejo de nosso próprio ordenamento jurídico." Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 153/2003. Plenário. Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha.

Para Marçal Justen Filho (2009),

não há cabimento em afastar o regime da Lei n. 8.666 quando se trata de recursos nacionais administrados por entidade internacional. A asserção envolve, claramente, contratações realizadas por meio do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), que dão destino a recursos provenientes do governo brasileiro.¹⁵⁵

O Tribunal de Contas da União emitiu parecer nº 178/2001 (relator Ministro Guilherme Palmeira), no sentido de que

a faculdade prevista no art. 42, §5º, da Lei n. 8.666/93 não se aplica às despesas realizadas, em sede de acordo ou projeto de cooperação, com recursos próprios nacionais, ainda que tais recursos sejam previamente repassados às agências oficiais estrangeiras ou organismos financeiros multilaterais.

Os diversos problemas surgidos com relação as contratações públicas efetuadas com recursos provenientes de instituições estrangeiras e, em especial para os casos de contribuições provenientes do Estado brasileiro a outros países, levaram o TCU a promover uma padronização normativa

Tal padronização converteu-se no *Manual de Convergência de Normas Licitatórias* para aquisição e contratação de serviços custeados com recursos nacionais próprios no âmbito dos projetos de cooperação técnica internacional¹⁵⁶.

Deve-se ressaltar que a regra do §6º do mesmo artigo 42 da Lei de Licitações, ao determinar que a entrega das cotações de todos os licitantes devem ser realizadas no mesmo local de destino, favorece aos licitantes nacionais. Estes estarão isentos dos altos custos para o frete e seguros, certamente maiores ainda quando considerados para produtos advindos do exterior.

Tal “privilégio” vê-se reforçado no artigo 7º do Tratado de Assunção para os Estados membros do Mercosul, ao determinar tratamento idêntico, em matéria de

¹⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13a Edição. São Paulo: Dialética, 2009. P. 560.

¹⁵⁶ O acórdão n. 1.918/2004 do TCU retrata a situação: “Sobre o tema tratado nestes autos, conforme esclareceu a Unidade Técnica responsável pela instrução do feito, os entendimentos desta Corte de Contas acerca da adoção do Manual de Convergência, após a prolação do Acórdão 946/2004 - TCU - Plenário, ou da Lei 8.666/93 na aquisição de bens e contratação de serviços, custeados com recursos próprios nacionais, no âmbito de projetos de cooperação técnica internacional, são no sentido de ser possível a utilização do Manual de Convergência de Normas Licitatórias, já que aquelas regras e procedimentos coadunam-se com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública e estão em harmonia com as disposições da Lei n. 8.666/93.” (Relator Ministro Adilson Motta).

impostos, taxas e outros gravames internos, ao produto que for originário de um Estado membro em relação ao produto nacional. O Tribunal de Contas da União, em julgado sobre licitações internacionais, determinou à Administração que

[...] adote providências na elaboração dos futuros editais de concorrência internacional, com vistas ao cumprimento das disposições dos arts. 40, inciso VII, e 42, §§ 4º e 6º, da Lei n. 8.666/93, fazendo constar do instrumento convocatório em especial: 9.2.1.1 - definição de um mesmo local de entrega dos produtos para a cotação de preços de todos os licitantes e estimativa da quantidade de encomendas desses produtos pelos prováveis órgãos públicos interessados, mesmo no sistema de registros de preços, para efeito de equalização e julgamento das propostas de preço; 9.2.1.2 – indicação de que as alíquotas dos gravames conseqüentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda, a serem aplicadas no cálculo do preço do produto da licitante estrangeira, obedecerão à legislação vigente.” (Acórdão 553/2003 - Plenário. DOU de 02/06/2003).

O Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul estabelece, em seu artigo 25 que

as ofertas apresentadas pelos fornecedores ou prestadores dos Estados Partes não serão acrescidas com a imposição de encargos que introduzam na comparação das mesmas uma discriminação entre os fornecedores ou prestadores nacionais do Estado Parte onde se realiza a licitação e aqueles dos outros Estados Partes.

O Protocolo, ainda, estabelece, em seu artigo 25, uma margem de preferência para licitantes oriundos dos Estados membros do Mercosul em relação às ofertas de licitantes estrangeiros. Essa preferência sucede em razão da oportunidade que é concedida aos beneficiários do Protocolo de igualar a melhor oferta, mantidas como mínimas as características técnicas apresentadas na oferta inicial, sempre que a diferença entre estas não seja superior a três por cento, conforme o critério de avaliação das ofertas.

4.4.4.1.3 As Parcerias Público-Privadas - PPPs no Brasil

A parceria público-privada nada mais é que do uma nova forma de delegação de atividades, onde passa a ser do particular a responsabilidade que anteriormente competia exclusivamente ao Estado, em troca do direito à participação direta e efetiva nos resultados trazidos pelo novo empreendimento.

É possível observar, com isso, que as parcerias público-privadas, na prática, não representaram grande novidade no campo dos ajustes entre os setores públicos e a iniciativa privada. Grande inovação trazida pela Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPPs) reside na criação de duas novas espécies de concessões, nas modalidades patrocinada e administrativa, sem falar nas garantias oferecidas pelo Estado a fim de majorar a atração de investimentos.

Nesse sentido, Gustavo Rocha e João Carlos Horta (2008)¹⁵⁷ explicam que:

Tanto o contrato de PPP como, geralmente, o contrato de concessão, têm como objeto a delegação da prestação de um serviço público para um particular, precedida ou não da construção de obra pública. Porém, no caso de concessão, a remuneração do particular consiste nas receitas advindas da utilização dos serviços por seus usuários. É o que acontece, por exemplo, na concessão de rodovias, mediante o pagamento de pedágio, ou na telefonia fixa, mediante o pagamento de tarifas. Já no caso de PPP, a remuneração do particular advém da receita obtida com a exploração do serviço mais receita advinda do Estado (modalidade denominada concessão patrocinada), ou apenas de pagamentos advindos do Estado (modalidade denominada concessão administrativa).

Em breve revisão das leis que antecederam e contribuíram para a edição da Lei nº 11.079/2004, Lei das PPPs no Brasil, formando o seu arcabouço legal, citamos:

- a. Lei 8.666/93, sobre licitações e contratos da Administração Pública que, em realidade, regulamentou, somente 5 anos após, o Artigo 39, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988;
- b. Lei 8.987/95, sobre concessões e permissões no tocante à prestação de serviços públicos, já previstos, anteriormente, no Artigo 175, da Carta

¹⁵⁷ ROCHA, Gustavo Eugenio Maciel; HORTA, João Carlos Mascarenhas. **PPP – Parcerias Público-Privadas. Guia Legal para empresários, executivos e agentes de governo.** Belo Horizonte: Prax Editora, 2. edição. 2008. p. 32.

Magna atualmente em vigência;

- c. Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000).

O resultado dessa gradativa e importante evolução foi verificado, no contexto pátrio, especialmente a partir da busca, pelo governo brasileiro, de contato mais próximo com experiências no direito comparado e modelos de sucesso obtidos em outros países.

Nos países em desenvolvimento, como o Brasil e os demais membros do Mercosul, as PPPs são propícias a atender, de forma relevante, à uma específica situação: a dos serviços públicos que não são economicamente sustentáveis pelo Estado.

Para Jacintho Arruda Câmara (2007), com as concessões criadas pela Lei das PPPs, a Administração ganha respaldo legal para suprir sua deficiência, assumindo total ou parcialmente a obrigação de remunerar o concessionário, podendo, ainda, para tanto, oferecer-lhe garantias especiais.¹⁵⁸

As PPPs no Brasil já são inúmeras e demonstram uma tendência mundial crescente. O primeiro projeto brasileiro foi o da Linha Amarela do metrô de São Paulo.¹⁵⁹ Logo após, Minas Gerais e Bahia anunciaram a PPP da Rodovia MG-050, bem como a PPP da disposição oceânica do Jaguaribe. Tem-se, ainda, as PPPs das penitenciárias de Minas Gerais e de São Paulo, bem como diversas outras em andamento.

Tem-se por certo que a vigência do Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul será de grande valia para fomentar as PPPs entre países do Bloco. Assim, contratações públicas de grandes obras de infra-estrutura e empreendimentos diversos terão maior participação, em conjunto, dos países que formam o Mercosul, pois a tendência, viabilizada pelo Protocolo, é de se estruturar um sistema integrado de licitações, onde uns participam das licitações dos outros, sem qualquer forma de discriminação.

¹⁵⁸ CAMARA, Jacintho Arruda. **Parcerias Público-Privadas**. Carlos Ari Sundfeld (Coordenador). Malheiros: São Paulo, 2007.

¹⁵⁹ Adotada na modalidade de Concessão Patrocinada. O contrato prevê que parceiro privado investiria R\$ 724 milhões e o governo R\$ 1,9 bilhões na construção da linha férrea e estações.

5 CONCLUSÃO

No âmbito do Mercosul, não há transferência expressa das competências dos Estados membros para os Órgãos de Integração, o que seria necessário para se conferir o caráter supranacional a esse sistema.

Isso demonstra que o Mercosul se apresenta ainda em estágio intermediário de integração, identificado como união aduaneira, objetivando ampliar a atual dimensão dos mercados nacionais por meio da constituição de um efetivo mercado comum, último estágio do processo. Quando o alcançarmos, teremos a coordenação de políticas macroeconômicas e a livre circulação de mão de obra, serviços e capitais.

Por intermédio do Tratado de Assunção, os Estados signatários positivaram a intenção de criar o Mercosul, comprometendo-se, inclusive, a harmonizar as legislações internas para fortalecer a integração buscada.

A questão que se apresenta é a compatibilização, entre si, de leis dos diferentes países – Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai – relativas ao mesmo objeto, qual seja, a contratação pública realizada por meio de licitação.

De fato, a licitação, como antecedente necessário das contratações públicas, é tida como fundamental para o alcance dos objetivos visados pelo processo de integração iniciados pelo Tratado de Assunção.

Por ora, não se trata de conseguir que as quatro Nações adotem uma lei comum. O exercício que se faz é que, partindo de um ponto em comum, os seus Estados Partes poderão se proteger mais da concorrência externa, eliminando barreiras que possam existir entre si e agregando sinergia ao bloco.

Assim, a comparação dos princípios da contratação pública que regem os quatro países que compõem Bloco revela-se como alternativa para o início da integração jurídica, onde o Mercosul e seus países adotariam normas comunitárias para efetivar suas contratações públicas, instrumento essencial ao processo de integração. Para isto, é necessária a confrontação dos direitos e normas de cada país membro, pois a questão deve ser solucionada dentro dos limites do Direito Administrativo, o qual possui ligação estreita com a estrutura de cada Estado, individualmente considerado.

Verificou-se, ao longo do presente estudo, que os países que são partes do Mercosul possuem sistema jurídico de contratação pública interna que não se contradiz. Assim, apesar de arcabouços normativos incompletos, como o do Uruguai e do Paraguai, os membros do Bloco adotam princípios e normas de certa forma semelhantes para regerem os seus direitos públicos internos, sendo certo que um não agride o sistema jurídico do outro.

Entretanto, por ora, encontra-se afastada a hipótese de unificação das legislações. Correto parece falar-se, então, em compatibilização de normas internas.

Para que haja a necessária harmonização constitucional entre todos os membros do Bloco, um primeiro passo seria uma mudança nas Constituições brasileira e uruguaia, no sentido destas passarem a ter como modelo a redação dos dispositivos constitucionais argentinos e paraguaios, os quais não afrontam os objetivos e as normas do Mercosul.

Em que pese previsão de um Tribunal Permanente de Revisão – TPR - pelo Protocolo de Olivos, na atualidade, a criação de um tribunal propriamente supranacional é inviabilizada pelo obstáculo de natureza constitucional representado pelas leis fundamentais brasileira e uruguaia, de caráter intergovenamental.

Assim, não é possível considerar o TPR como órgão jurisdicional supranacional. Futuramente, se efetuadas as potenciais reformas constitucionais e exercida a opção clara do Bloco no sentido de atribuir parcelas de soberania para criação de um ente supranacional, seria provável a evolução do atual TPR na direção de uma Corte de Justiça do Mercosul propriamente dita.

Para tanto, é imperioso que Brasil e o Uruguai deixem para traz os entraves que colocam ao sistema comunitário e sigam modelos referentes à delegação de poderes e à jurisdição a organismos supranacionais, bem como estabeleçam, de forma concreta, o primado dos tratados sobre as leis internas. Além disso, todos os países do Bloco devem conceder às normas emanadas pelos Órgãos do Mercosul aplicação automática.

O presente estudo demonstra a necessidade de se direcionar as contratações públicas dos países signatários do Tratado de Assunção para pontos comuns, em prol da integração, devendo as licitações se efetivarem mediante procedimentos transparentes e eficazes, que assegurem a ampla concorrência livre de barreiras entre os membros do Bloco.

Nesse aspecto, o objetivo do Mercosul, previsto no Tratado de Assunção, é que as licitações públicas levem a contratações consubstanciadas em uma livre circulação de mercadorias, serviços e fatores produtivos, em livre concorrência, reciprocidade de direitos e obrigações, liberdade de estabelecimento, não discriminação por razões de nacionalidade e em solidariedade.

Entendemos que a primeira fase desse processo já foi alcançada com a construção de um núcleo comum de regras sobre licitação, a ser, em futuro próximo, utilizado pelos quatro países membros do Bloco: o Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul.

O Protocolo tem a finalidade de facilitar o entendimento, a operacionalização e reduzir as divergências mais acentuadas existentes entre os membros do Mercosul.

De acordo com o Protocolo, deve-se evitar o tratamento discriminatório entre países. Cada Estado Parte deverá outorgar aos bens, serviços e obras públicas e aos fornecedores e prestadores de qualquer outro Estado Parte tratamento não menos favorável que aquele que conceda em seu país. Com sua vigência, em futuro breve, todas as empresas de países do Mercosul serão consideradas “nacionais” ao participarem de licitações públicas.

Como comparativo para o Mercosul, a integração europeia constitui experiência valiosa para se compreender os aspectos sistemáticos de todo processo de mudança que ocorre em no curso da integração, e vem se inovando, no decorrer dos anos, sempre com o objetivo da prosperidade e crescimento econômico dos seus povos.

O sistema jurídico europeu, formado, em especial, pelas Diretivas e as decisões emanadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, sofreu processo de evolução até alcançar o Direito Europeu dos Contratos Públicos, o qual se aplica equivalentemente a todos os países da Comunidade supranacional.

Tecendo considerações sobre esta forma de integração “modelo” que é a União Europeia, Haroldo Pabst (1998) esclarece:

A União Europeia foi, desde o início, ao contrário de outras formas de integração, uma entidade jurídica própria, com personalidade jurídica própria, constituindo, no dizer de Estrella Faria, uma nova ordem jurídica de direito internacional, em favor do qual os Estados-Membros limitaram, ainda que em domínios estritos, os seus direitos soberanos e cujos sujeitos não

são apenas os Estados Membros, mas também os seus nacionais. Com tal característica, a institucionalização do mercado comum fica sobremaneira facilitada, abrindo-se o caminho para a criação de órgãos legislativos e jurisdicionais.¹⁶⁰

Por outro lado, em que pese a comparação dos sistemas adotados, não foi na Europa que encontramos o nosso modelo para a contratação pública. Temos o nosso próprio que, de certa forma, foi além do modelo europeu, tendo em vista a existência de um documento geral para nossas licitações públicas, o Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul.

De qualquer maneira, a velocidade e os resultados não são os mesmos no Mercosul e no continente europeu. O atual estágio de desenvolvimento do processo de integração do Mercosul é marcado por avanços efetuados com certa cautela, principalmente em razão das dificuldades de ordem econômica e política existentes nos países.

No tocante ao Brasil, em específico, deve o Estado, antes de mais nada, definir se efetivamente deseja, ou não, chegar ao estágio do mercado comum. Enquanto essa questão não estiver estabelecida e finalizada, o tema da hierarquia das normas e da sua inserção no ordenamento interno do país continua sendo uma discussão tão somente acadêmica, embora oportuna.

A partir do momento em que houver a definição de que o Brasil optou por um mercado comum, ou seja, se o Estado realmente desejar chegar à terceira etapa do processo de integração, essa discussão, obviamente, passa a deixar de existir e a ser mais uma referência do que propriamente uma necessidade, porque as normas que são geradas no âmbito da comunidade integrada, que já tenha alcançado pelo menos o terceiro estágio de integração, são normas que dispensam a recepção para serem aplicadas e produzem efeitos nas ordens jurídicas internas, ou seja, não mais necessitam de qualquer trabalho das ordens jurídicas internas.

O modelo de intergovernabilidade representado pela conjuntura atual do Mercosul, ainda não leva a um caminho que permita a adoção do Direito Comunitário. Mesmo assim se sabe que, quanto maior o grau de compatibilização das normas, maior será o grau de integração alcançado e a chance de êxito proporcionada pelo Mercado.

¹⁶⁰ PABST, Haroldo. **Mercosul: Direito da Integração**. São Paulo: Ed. Forense, 1998. p. 16.

Espera-se que, em um próximo passo, como ocorre na União Européia, o Mercosul passará a ter suas normas sobre contratações públicas automaticamente recebidas, as quais poderão produzir efeito e eficácia imediata perante as ordens jurídicas internas. E, por fim, há de se almejar a evolução de todo o sistema, cujos caminhos levarão ao sonhado “Direito do Mercosul para a Contratação Pública”.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Elizabeth. **Mercosul & União Européia**. Curitiba: Juruá, 1996.
- AGÊNCIAS REGULADORAS e as Suas características. **Revista do Instituto Ibero-Americano de Direito Público - RIADP**, n. 1, 2000, p. 194.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2001. v.2.
- ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. Perspectivas da soberania e da democracia contemporânea no contexto dos blocos econômicos. In: FERRARI, Regina M.M Nery (Org.). **Mercosul e as ordens jurídicas de seus Estados membros**. Curitiba: Juruá, 1999.
- ASSOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN. Disponível em: <<http://www.aladi.org/nsfweb/sitio/>> Acesso em: 14 set. 2010.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO - 2010. Disponível em: <<http://www.iadb.org> > Acesso em: 14 mar. 2011.
- BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da. **O Direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao professor Vicente Marotta Rangel**. São Paulo: LTR, 1998.
- BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Mercosul e a competência do direito comunitário emergente. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 210, p. 117-122, out./dez. 1997.
- BASSO, Maristela. A estrutura institucional definitiva do Mercosul. **Estudos Jurídicos**, v.27, n.69 , p.53-61, jan./abr.1994.
- BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. **Harmonização e incorporação de normas: direito comunitário e direito interno**. Portal do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero2/artigo10.htm>>. Acesso em: 5 jul. 2010.

BEALTY, Stephen. KPMG LLP. **Public-Private Partnership Around the World – Canadian Forum on Public Procurement**. St. John's, Newfoundland, October 1, 2001.

BITTENCOURT, Sidney. **Estudos sobre licitações internacionais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

BRANT, Leonardo Nemer C. **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CABRAL, Margarida Olazabal. **O concurso público nos contratos administrativos**. Almedina: Coimbra, 1997.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1980.

CAMARA, Jacintho Arruda. **Parcerias Público-Privadas**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2007.

CAMPOS, João Mota de (Org.). **Direito comunitário: volume 2: o ordenamento jurídico comunitário**. 5.ed. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1997.

CARNEIRO, Cynthia Soares. **Direito da integração regional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CASELLA, Paulo Borba. **A Integração econômica e seu tratado constitucional. MERCOSUL: desafios a vencer**. São Paulo: Conselho Brasileiro de Relações Internacionais: 1994.

CASELLA, Paulo Borba. **Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico**. São Paulo: LTr, 1994.

CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Mercosul: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CASELLA, Paulo Borba; LIQUIDATO, Vera Lúcia Viegas (Coord.). **Direito de Integração**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CASELLA, Paulo Borba. Mercosul, exigências e perspectivas. In: FERRARI, Regina M.M Nery (Org.). **Mercosul e as ordens jurídicas de seus Estados membros**. Curitiba: Juruá, 1999.

CENTURION, Francisco. **Derecho constitucional**. Assunción: EMASA.SRL, 1998. p. 358.

CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes (Coord.). **Temas de Integração com enfoque no Mercosul**. São Paulo: LTr, 1997, v. 1.

CONGRESSO NACIONAL. COMISSÃO PARLAMENTAR CONJUNTA DO MERCOSUL. Tratado de Assunção. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/mercosul/Legislacao/TASSUNCAO.htm>>. Acesso em: 5 jul. 2010.

CONEXÃO MIGALHAS. **Parceria Público-Privada**. Millenium Editora, ano 1. n. 1.

COZENDEY, Márcio Carlos B. **Texto preparado para o seminário sobre incorporação das normas do Mercosul à ordem jurídica interna**. Disponível no site do Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <www.mre.gov.br>. Acesso em: 11 jul. 2010.

CRIAÇÃO DA CEE - PRESENTATION TRANSCRIPT. A afirmação da Europa. Disponível em: < <http://www.slideshare.net/JDLIMA/criao-da-cee> > Acesso em: 15 set. 2010.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 5 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

D'ANGELIS, Wagner Rocha. **MERCOSUL: Da intergovernabilidade à supranacionalidade? Perspectivas jurídicas para a efetivação do mercado comum**. Curitiba: Juruá, 2000.

DELPIAZZO, Carlos E. **Contratación administrativa**. Montevideo: Universidad de Montevideo, 1999.

DELPIAZZO, Carlos E. In **Manual de contratación administrativa**. Secretaria de la Presidencia de la Nación-Programa Nacional de Desburocratización – Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo. Montevideo: Universidad de Montevideo, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DOLINGER, Jacob. O direito internacional e sua aplicação pelo direito brasileiro: atualidades e perspectivas. **Revista de Direito Internacional e Econômico**, Porto Alegre , v.2, n.5, out.nov./dez.2003.

DROMI, Roberto. **Licitación pública**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

DROMI, Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel A.; RIVERA, Julio C. **Derecho comunitário - Sistemas de Integración - Regimen del Mercosul**. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

DUARTE, Maria Luiza. **Direito da União Européia e das Comunidades Européias..** Lex, Lisboa, 2001. v.1

ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990.

ESTORNINHO, Maria João. **Direito europeu dos contratos públicos: um olhar português**. Coimbra: Almedina, 2006.

FARIA, Edimur Ferreira. **Curso de direito administrativo positivo**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERNANDES, Edson Carlos. **Sistema tributário do Mercosul**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FLORÊNCIO, S.A.L.; ARAÚJO, E.H.F., **Mercosul hoje**. São Paulo. Alfa-Ômega: 1995.

FONTOURA, Jorge. **Asimetrías constitucionales en el Mercosur**. Informativo Mercosul, 1999.

FUNDAÇÃO ESTATAL. **Proposta para debate**. 2007. Disponível em: < http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/fundacao_estatal/arquivos/081005_PFE_Arq_proposta.pdf > Acesso em: 14 ago. 2010..

GONZALEZ-VARAS, Santiago Ibanéz. **Derecho administrativo europeu**. 3. ed. Sevilha: Instituto Andaluz de Administración Publica, 2005.

GRANILLO OCAMPO, Raúl. **Direito internacional público da integração**. Trad. de Sergio Duarte. Derecho Público de La Integración. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

IBANEZ, V. Santiago González-Varas. **El derecho administrativo europeu**. 3.ed. Servilha: Instituto Andaluz de Administração Pública. s.d.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. Public-Private Partnerships. Disponível em: <<http://www.servicesforall.org>> Acesso em: 14 ago. 2010..

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno**. Disponível em: < www.jus2.com.br > Acesso em: 14 ago. 2010.

LIQUIDATO, Vera Lúcia Viegas. Direito internacional público e direito da integração: desafios atuais. In: **Direito da Integração**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. **Manual de direito comunitário: a ordem jurídica da União Européia**. 2ed. ampl. e atualiz. Curitiba: Juruá, 2004.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Curso de direito constitucional da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2004.

MATEO, Manuel Cienfuegos et. al., 4.2.2. Protocolo de Montevideu sobre o Comércio de Serviços do MERCOSUL (1997). Disponível em: < [http://www.eumed.net/libros/2008b/393/Protocolo%20de%20Montevideu%20sobre%](http://www.eumed.net/libros/2008b/393/Protocolo%20de%20Montevideu%20sobre%20)

20o%20Comercio%20de%20Servicos%20do%20MERCOSUL.htmr > Acesso em: 14 ago. 2010..

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas. **Revista CEJ**, Brasília-DF, n. 14, maio./ago. 2001.

MAZZUOLI, Valério Oliveira. **Coletânea de direito internacional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MERCOSUR. Disponível em: <www.mercosur.org.uy> Acesso em: 15 jul. 2010.

MERCOSUL/CMC/DEC. **Substituição do anexo da decisão CMC N° 27/04**. Disponível em: < <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec2306p.pdf>> Acesso em: 15 jul. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, T. e CARNEIRO, M. C. F. A parceria público-privada na infra-estrutura econômica. **Revista do BNDES**, v.1, n.2. Rio de Janeiro, BNDES, dezembro de 1994.

MOTTA, Fabrício M. A Harmonização das Normas sobre Licitação nos Estados Partes do Mercosul. **Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica**, n. 14, jun./ago., 2002.

MOTTA, Fabrício. Licitação Pública e MERCOSUL. In: CASELLA, Paulo Borba; LIQUIDATO, Vera Lucia Viegas. **Direito da Integração**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 295.

MUKAI, Toshio. **Parcerias Público Privadas**: comentários à Lei Federal n. 8987/95. Rio de Janeiro: Forense, Universitária, 2005.

Muñoz Machado, Santiago. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Publico General**. Civitas, Madrid: 2004.

OLIVEIRA, Marcos Aurélio Guedes de. **MERCOSUL e política**. São Paulo: LTr, 2001.

PABST, Haroldo. **Mercosul: direito da integração**. São Paulo: Ed. Forense, 1998.

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS. **Uma análise comparada de diferentes experiências**. Diretor científico: Boaventura de Souza Santos. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Centro de Estudos Sociais. Universidade de Coimbra, 2007.

PARTNERSHIPS UK. Disponível em: <<http://www.partnershipsuk.org.uk> > Acesso em: 14 ago. 2010..

PASSIN, Jorge Antonio bozoti; Borges, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de Parceria Público-Privada e sua aplicabilidade na Gestão de Infra-Estrutura Pública. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 10, n.20, Dez. 2003.

PELLET, Alain; DINH, Guyen; DAILLIER, Patrick. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Trad. Vitor Marques Coelho, editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Portugal, 2003.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo. **Direito institucional e material do Mercosul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. A MP nº 495 e as alterações na legislação sobre licitações. **Informativo Justen**. Curitiba, nº 42.

PEREIRA, César A. Guimarães. O regime jurídico das licitações no Brasil e o Mercosul. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v.1, n. 9, dez./2001.

PINHEIRO, Luis de Lima. O problema do direito aplicável aos contratos internacionais celebrados pela administração pública. **Direito e Justiça, UCP**, Lisboa, v. 13, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PLATE, Luis Enrique Chase. **Los Contratos Públicos**. Assunção: Intercontinental Editora, 1998.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. *Padrão PUC Minas de normalização*: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>.

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS. Fiscal Affair Department of the International Monetary Fund. Disponível em:
<www.servicesforall.org/html/Privatization/IMF_Public_Private_Partnerships.pdf>
Acesso em 12 set. 2010.

QUADROS, Fausto de. O modelo Europeu. **Revista CEJ**. n. 02, v. 1, ago. 1997.

RAINER, SOUZA. **Congresso do Paraná. 2010**. Disponível em: <
<http://www.mundoeducacao.com.br/historia-america/congresso-panama.htm> >
Acesso em: 14 ag. 2010.

RAÚL GONZÁLES, Diego. Las contrataciones estatales en un sistema de integración económica; vigencia y aplicación del Tratado de Asunción. **Anuario de Derecho**. Buenos Aires: Universidad Austral, 1999. v.5.

REPORT ON THE PUBLIC Consultation on the Green Paper on the Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions: Disponível em<[HTTP://ec.europa.eu/internal-market/publicprocurement](http://ec.europa.eu/internal-market/publicprocurement)> Acesso em: 13 set. 2010.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Direitos humanos**: o constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, v. 33, n. 130.

ROCHA, Gustavo Eugenio Maciel; HORTA, João Carlos Mascarenhas. **PPP - Parcerias Público-Privadas. Guia Legal para empresários, executivos e agentes de governo**. Belo Horizonte: Prax Editora, 2005.

ROCHA, Gustavo Eugenio Maciel; HORTA, João Carlos Mascarenhas. **PPP - Parcerias Público-Privadas: guia Legal para empresários, executivos e agentes de governo.** Belo Horizonte: Prax Editora, 2. edição. 2008.

SACCHETINI, Antonio. **La Comunidad Européia y los Contratos Públicos.** Nociones Básicas y Desarrollo Reciente. Marcial Pons: Madrid, 1996.

SALOMONI, Jorge Luís. **Actualidad en el Derecho Público.** Contratos Administrativos y MERCOSUR. Buenos Aires: Ed. Ad. Hoc, 1997. v.9.

SISTEMA DE INFORMAÇÃO SOBRE COMÉRCIO EXTERIOR. Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Disponível em<
<http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec4003p.asp>> Acesso em: 13 set. 2010.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito comunitário, por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOUTO, Marcos Juruema Vilela. O Mercosul e a nova Lei de Licitações brasileira. **Boletim de Licitações e Contratos**, fev. 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.