



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Thyago de Pieri Bertoldi

**A (in)compatibilidade entre o Acordo de Compras Governamentais da OMC e
as contratações públicas brasileiras promotoras do desenvolvimento nacional
sustentável**

Florianópolis-SC

2023

Thyago de Pieri Bertoldi

**A (in)compatibilidade entre o Acordo de Compras Governamentais da OMC e
as contratações públicas brasileiras promotoras do desenvolvimento nacional
sustentável**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Internacional e Sustentabilidade.

Orientador(a): Profa. Joana Stelzer, Dra.

Florianópolis-SC

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC

Bertoldi, Thyago de Pieri

A (in)compatibilidade entre o Acordo de Compras Governamentais da OMC e as contratações públicas brasileiras promotoras do desenvolvimento nacional sustentável / Thyago de Pieri Bertoldi ; orientadora, Joana Stelzer, 2023.

166 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Desenvolvimento nacional sustentável. 3. Acordo de Compras Governamentais da OMC. 4. Políticas públicas horizontais em contratações públicas. I. Stelzer, Joana. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Thyago de Pieri Bertoldi

A (In)Compatibilidade entre o Acordo de Compras Governamentais da OMC e as contratações públicas brasileiras promotoras do desenvolvimento nacional sustentável.

O presente trabalho em nível de Mestrado foi avaliado e aprovado, em 18 de dezembro de 2023, pela banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof.(a) Joana Stelzer, Dra
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. José Sérgio da Silva Cristóvam, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Nuno Cunha Rodrigues, Dr.
Universidade de Lisboa

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Mestre em Direito Internacional, Econômico e Comércio Sustentável.

Insira neste espaço a
assinatura digital

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Insira neste espaço a
assinatura digital

Prof.(a) Joana Stelzer, Dra
Orientadora

Florianópolis-SC, 2023.

AGRADECIMENTOS

No início de março de 2022, fui surpreendido pela notícia de que havia ingressado como mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Descobri, então, que fazia parte de um seleto grupo de estudantes e pesquisadores privilegiados por ter acesso à educação jurídica de altíssima qualidade, em um Programa de Pós-Graduação altamente respeitado no Brasil. Dentro do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC (CCJ) tive a oportunidade de conhecer pessoas e viver experiências incríveis, que influenciaram, expandiram e mudaram minha visão de mundo. Considero que saio do Mestrado não só um pesquisador e um jurista, mas também (e principalmente) como uma pessoa melhor. Não há como iniciar este trabalho sem agradecer à própria UFSC pela oportunidade de vivenciar uma pós-graduação tão rica, plural e engrandecedora.

É certo que diversas pessoas contribuíram para transformar o Mestrado nessa experiência positiva e transformadora e a elas serei eternamente grato. Sem embargo, há um grupo específico que foram decisivas para a realização desta pesquisa e para a confecção deste trabalho. Sem elas, esta dissertação não existiria e, por essa razão, merecem um agradecimento especial.

Inicialmente, devo manifestar minha extrema gratidão à minha orientadora, a Professora Dra. Joana Stelzer. Em primeiro lugar, pelo voto de confiança que possibilitou meu ingresso no PPGD/UFSC e que se irradiou a uma série de oportunidades e parcerias acadêmicas com as quais jamais teria sonhado em participar. Além disso, a didática e a paciência da Professora Dra. Joana Stelzer, não só na área de Comércio Internacional, mas também (e especialmente) na de metodologia de pesquisa, fazem com que a correção de um trabalho ou uma breve conversa tenham uma carga de aprendizado inimaginável. Devo consignar que minha gratidão pela orientação da Professora Dra. Joana Stelzer não se limita ao desenvolvimento deste trabalho e estende-se à própria compreensão da vida acadêmica e do papel do pesquisador na área do Direito. A atenção e o profissionalismo dispensados pela Professora Dra. Joana Stelzer a seus orientandos criam, em nós, três sentimentos certamente unânimes: a) gratidão (não poderia ser diferente); b) extrema admiração pelo trabalho da professora; e b) desejo que todo pós-graduando tenha a sorte que tivemos em encontrar uma orientadora assim.

Este trabalho também não seria possível sem as ricas contribuições do Professor Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam e do Professor Dr. Nuno Cunha Rodrigues feitas durante a banca de qualificação da dissertação. As sugestões, as orientações e as provocações críticas feitas pelos professores influenciaram desde a introdução à conclusão desta pesquisa e, por isso, devo aqui consignar meu muito obrigado. Ao Professor Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam devo agradecer também pelo aprendizado durante a disciplina de Direito Administrativo e Contemporaneidade do último trimestre do ano letivo de 2022, essencial para compreensão das transformações vivenciadas atualmente na disciplina. Ao Professor Dr. Nuno Cunha Rodrigues fica minha gratidão, ainda, pela inspiração desta pesquisa, por meio de sua obra “A contratação pública como instrumento de política económica”, em que correlaciona, com habilidade única, as disciplinas de Direito Administrativo, Econômico e Internacional.

É preciso relembrar e agradecer, ainda, à minha família pelo apoio e pela estrutura conferida para que eu pudesse concluir o programa de Mestrado em outra cidade, sem prejuízo da minha atuação profissional. Um especial agradecimento deve ser conferido à minha esposa, Ana Clarice, pela compreensão durante os dois anos que passei no Mestrado. Sei que estar recém-casada com um mestrando não é (ou, ao menos não deve ser) uma das experiências mais agradáveis de uma vida — em especial quando parte das suas viagens de férias é gasta ao lado de alguém ocupado com revisões bibliográficas e fichamentos de artigos sobre contratações públicas —, mas (acredito) que, ao final, deu tudo certo. Agradecimento especial para minha mãe, Eunice, madrinha, Irene, e pai, Hercílio, por terem facilitado meu transporte até a Rodoviária de Curitiba (por vezes em horários nada convidativos) e, eventualmente, me surpreendido com passagens de presente.

A todos vocês que fizeram parte desse processo: este trabalho é, também, um pouco de vocês e, por isso, meu muitíssimo obrigado.

“Vivemos em uma era em que o Estado está sendo podado. Os serviços públicos estão sendo terceirizados, os orçamentos estatais cortados e o medo, em vez da coragem, está determinando muitas estratégias nacionais” (Mazzucato, 2014, p.327)

RESUMO

O presente trabalho buscou avaliar a possibilidade e as formas de compatibilizar o princípio da não discriminação do Acordo de Compras Governamentais da OMC (GPA 2012) com a legislação brasileira que visualiza nas contratações públicas um relevante instrumento de intervenção no domínio econômico e de promoção do desenvolvimento nacional sustentável, em especial quanto as medidas de favorecimento de bens, serviços e fornecedores domésticos. A pesquisa foi pura e de cunho descritivo. O método de abordagem foi o indutivo crítico. Quanto aos métodos de interpretação foram, preponderantemente, o teleológico e o axiológico. A técnica de pesquisa foi bibliográfica, pautada na consulta e análise da legislação, de livros, de artigos científicos e de periódicos de bases de dados físicas e digitais. Os resultados foram expostos exclusivamente em forma de texto e o desenvolvimento foi dividido em quatro capítulos. O primeiro foi destinado à apresentação dos fundamentos jurídicos que autorizam o uso das contratações públicas como instrumento de política econômica, de regulação e de promoção de políticas públicas de diversas naturezas. O segundo buscou descrever o regime jurídico das licitações internacionais e a participação de sociedades estrangeiras nas contratações públicas brasileiras. O terceiro dirigiu-se a expor o conteúdo do princípio da não discriminação no âmbito do GPA 2012, bem como suas implicações para a participação de países em desenvolvimento no Acordo e a viabilidade do uso de políticas públicas horizontais pelos signatários no contexto das contratações públicas. Por fim, o quarto objetivou avaliar a possibilidade de compatibilizar as disposições do GPA 2012, relativas ao princípio da não discriminação e da legislação brasileira, no que diz respeito à promoção de políticas públicas horizontais em suas contratações públicas, em especial o estabelecimento de margens de preferência e tratamento favorecido a bens, serviços e empresas nacionais. A partir da investigação, concluiu-se que se o Brasil estivesse disposto em renunciar parte de seu *policy space* em relação a suas contratações públicas, seria possível compatibilizar o princípio do desenvolvimento nacional sustentável da legislação brasileira e o princípio da não discriminação do GPA 2012, inclusive no que diz respeito a medidas de preferência em favor de bens, serviços e fornecedores nacionais.

Palavras-chave: Desenvolvimento nacional sustentável; Acordo de Compras Governamentais da OMC; Políticas públicas horizontais em contratações públicas.

ABSTRACT

This work sought to assess the possibility and ways to make the Brazilian legislation, which sees public procurement as a relevant instrument for economic intervention and the promotion of national sustainable development, especially concerning measures favoring domestic goods, services, and suppliers, compatible with the non-discrimination principle of the World Trade Organization's Government Procurement Agreement (GPA 2012). In nature, the research was pure and descriptive. The approach method was the critical inductive reasoning and the interpretation method employed was mainly teleological and axiological. The research technique was essentially bibliographic, based on the consultation and analysis of legislation, books, scientific articles, and periodicals from physical and digital databases. The results were presented exclusively in text and the paper was divided into four chapters. The first chapter was dedicated to presenting the legal foundations that authorize the use of public procurement as an instrument of economic policy, regulation, and the promotion of various types of horizontal public policies. The second chapter sought to describe the legal framework for international tenders and the participation of foreign companies in Brazilian public procurement. The third chapter aimed to describe the content of the non-discrimination principle within the scope of GPA 2012, as well as its implications for the participation of developing countries in the Agreement and the feasibility of using horizontal public policies by signatories in the context of public procurement. Finally, the fourth chapter aimed to assess the possibility of harmonizing the provisions of GPA 2012 related to the non-discrimination principle with Brazilian legislation regarding the promotion of horizontal public policies in its public procurement, especially the establishment of preferences and favorable treatment for domestic goods, services, and companies. From the investigation, it was concluded that if Brazil were willing to waive part of its policy space concerning its public procurement, it would be possible to reconcile the principle of sustainable national development in Brazilian legislation and the non-discrimination principle of GPA 2012, including measures favoring domestic goods, services, and suppliers.

Keywords: National sustainable development; Government Procurement Agreement of the World Trade Organization; Horizontal public policies in public procurement.

LISTA DE SIGLAS

CNMF	Cláusula da Nação Mais Favorecida
DES	Direito Especial de Saque
DS	Dispute Settlement
GATS	Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços
GATT	Acordo Geral de Tarifas e Comércio
FMI	Fundo Monetário Internacional
GPA	Acordo de Compras Governamentais da OMC
EPP	Empresa de Pequeno Porte
IN	Instrução Normativa
LC	Lei Complementar
ME	Microempresa
Mercosul	Mercado Comum do Sul
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMC	Organização Mundial do Comércio
OSC	Órgão de Solução de Controvérsias
PBI	Produto Interno Bruto
P&D	Pesquisa e Desenvolvimento
RDC	Regime Diferenciado de Contratações Públicas
S&D	Tratamento especial e diferenciado
SEGES	Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital
SUS	Sistema Único de Saúde
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TCU	Tribunal de Contas da União
TN	Tratamento Nacional
UE	União Europeia
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	14
2	O MODELO BRASILEIRO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS INDUTORAS DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL.....	22
2.1	O ESTADO E O SEU PAPEL PARA INDUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.....	22
2.2	A RESSIGNIFICAÇÃO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA E PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	27
2.3	A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: O CAMINHO ATÉ A LEI Nº 14.133, DE 2021	33
2.4	A FUNÇÃO REGULATÓRIA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NA LEI Nº 14.133, DE 2021	43
3	PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES ESTRANGEIROS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS.....	48
3.1	LICITAÇÕES INTERNACIONAIS: CONCEITO E CONTEXTO	48
3.2	O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS.....	55
3.3	O REGRAMENTO DA LEI Nº 14.133, DE 2021, QUANTO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES ESTRANGEIROS.....	59
3.4	EXCEÇÕES LEGAIS AO TRATAMENTO ISONÔMICO E À PARTICIPAÇÃO DE CONTRATANTES ESTRANGEIROS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS	68
3.4.1	Atividades restritas a brasileiros.....	69
3.4.2	As margens de preferência	70
3.4.3	A nacionalidade como critério de desempate	76
4	O ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC: O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS HORIZONTAIS.....	78
4.1	COMÉRCIO INTERNACIONAL E AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: DA RODADA DE TÓQUIO AO ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC	78

4.1.1	Rodada de Tóquio e a entrada em cena das contratações públicas no comércio internacional	79
4.1.2	Rodada do Uruguai, OMC e o Acordo de Compras Governamentais de 1994	82
4.2	O 'NOVO' ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DE 2012.....	83
4.2.1	Partes, observadores e processo de acesso.....	84
4.2.2	Estrutura e principais elementos do GPA 2012.....	86
4.2.3	O papel central da não discriminação no GPA 2012.....	88
4.2.4	Regras procedimentais e garantia de competitividade e não discriminação	92
4.2.5	Mecanismos de <i>enforceability</i> : procedimentos de revisão domésticas, consultas e resolução de controvérsias	94
4.2.6	Exceções à aplicação do GPA 2012	97
4.3	O GPA 2012 E OS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO	98
4.4	POLÍTICAS HORIZONTAIS E O ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DE 2012.....	105
5	A COMPATIBILIDADE ENTRE O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO DO GPA 2012 E O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL DA LEI Nº 14.133, DE 2021.....	112
5.1	A CANDIDATURA DO BRASIL À ADESÃO AO GPA 2012: PERSPECTIVAS E EFEITOS	112
5.1.1	A candidatura brasileira: benefícios, desvantagens e necessidade de adesão ao GPA 2012	113
5.1.2	Harmonização legislativa e redução de <i>policy space</i>	116
5.2	UM PROBLEMA JÁ ENFRENTADO POR OUTROS? DESCRIÇÃO DE EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS NA BUSCA DA COMPATIBILIZAÇÃO DO USO DE POLÍTICAS HORIZONTAIS E O GPA 2012.....	120
5.3	AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DO CONFLITO ENTRE O REGIME JURÍDICO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS E DO GPA 2012	124
5.4	DESAFIOS À LIBERALIZAÇÃO E DESENVOLVIMENTO NAS COMPRAS PÚBLICAS BRASILEIRAS: UMA PROPOSTA DE ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE LEI Nº 14.133 E O GPA 2012	132
5.4.1	O objeto de comparação	133

5.4.2	Características e funções jurídicas dos objetos comparados.....	134
5.4.3	Inserção extra e meta-jurídica dos objetos comparados	135
5.4.4	Diferenças e semelhanças entre os sistemas jurídicos	137
5.4.5	Síntese crítica e conclusões	139
6	CONCLUSÃO	142
	REFERÊNCIAS	149
	APÊNDICE A – NORMAS VEICULANDO POLÍTICAS AMBIENTAIS E SOCIAIS NA LEI Nº 14.133, DE 2021	162

1 INTRODUÇÃO

As contratações públicas ocupam posição relevante dentro do comércio internacional. É natural, portanto, que esse ramo atraia a atenção das organizações e entidades responsáveis pela regulamentação das trocas comerciais.

No âmbito do sistema multilateral de comércio, as contratações públicas entraram a pauta de regulamentação durante a Rodada de Tóquio, realizada entre 1973 e 1979. Atualmente, a Organização Mundial do Comércio (OMC) ocupa-se da matéria por meio do Acordo de Compras Governamentais 2012 (GPA 2012). Trata-se de acordo internacional de natureza plurilateral, cujo objetivo é regulamentar a condução do comércio internacional das contratações públicas. Em razão de sua abrangência territorial, efetividade jurídica e capacidade de inspirar outros instrumentos internacionais, representa o diploma normativo de maior relevância e centralidade do atual Direito Global das Contratações Públicas.

Em maio de 2020, o Brasil formulou pedido de adesão ao GPA 2012, reforçando sua intenção de acessão. O Brasil seria o primeiro país latino-americano e dos atuais BRICS a fazer parte, como membro efetivo, do GPA 2012, se, em 30 de maio de 2023, não houvesse retirado sua candidatura à acessão ao acordo plurilateral. O argumento para desistência foi que, a despeito de oferecer uma cobertura até mesmo superior àquela dos atuais signatários, a adesão traria restrições significativas à capacidade do Brasil em usar seu poder de compra como mecanismo de promoção do desenvolvimento econômico e social brasileiro, especialmente no que diz respeito a políticas públicas de saúde e ao fomento à tecnologia e à inovação. A motivação da decisão brasileira sinaliza para a existência de um potencial conflito entre a visão brasileira e internacional (representada pelo GPA 2012) acerca da extensão do escopo das contratações públicas.

Nesse contexto, o presente trabalho ocupa-se do seguinte problema central: como avaliar a existência de (in)compatibilidade do princípio da não discriminação do GPA 2012 com a legislação brasileira que visualiza nas contratações públicas um relevante instrumento de intervenção no domínio econômico e de promoção do desenvolvimento nacional? A hipótese inicial é que, em caso de renúncia, pelo Brasil, de parte de seu *policy space* em relação às contratações públicas, seria possível compatibilizar o princípio do desenvolvimento nacional sustentável da legislação brasileira e o princípio da não discriminação do GPA 2012.

O objetivo geral da pesquisa é avaliar critérios de compatibilização entre o princípio da não discriminação do GPA 2012 e o princípio do desenvolvimento nacional sustentável dos artigos 5º e 11, inciso IV, da Lei nº 14.133, de 2021, notadamente a partir das normas nacionais que autorizariam o estabelecimento de tratamento favorecido a bens, serviços e empresas brasileiras e do Mercosul nas contratações públicas. Para a persecução desse objetivo, o desenvolvimento do trabalho foi dividido em quatro capítulos, cada um veiculando um objetivo específico da pesquisa.

O capítulo inaugural buscou explicar os fundamentos jurídicos que possibilitam o uso das contratações públicas como meio de promoção de políticas públicas horizontais de várias naturezas e a relevância dada pelo legislador a esse mecanismo. Iniciou-se com uma abordagem do relevante papel do Estado na indução do desenvolvimento econômico, em especial a partir de Mazzucato (2014). A seguir, descreveu-se o processo de ressignificação das contratações públicas brasileiras das últimas décadas, com a maior abertura para sua utilização como forma de promoção de políticas horizontais, utilizando-se sobretudo conceitos de Ferreira (2012), de Rodrigues (2013), de Breus (2020) e de Arrowsmith (2010). Posteriormente, foram apresentados o histórico brasileiro no uso das contratações públicas para promoção do desenvolvimento nacional sustentável e o tratamento do tema à luz da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos brasileira, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

O capítulo seguinte dedicou-se a descrever o regime jurídico das licitações internacionais e a participação de sociedades estrangeiras nas contratações públicas brasileiras, mais precisamente mediante a compreensão da extensão do princípio da isonomia e dos fundamentos autorizadores do estabelecimento de tratamento diferenciado para bens, serviços e empresas nacionais e do Mercosul. Foram objeto de análise no capítulo a construção da concepção da legislação brasileira de licitações internacionais, a correlação entre o princípio da isonomia e a presença de sociedades estrangeiras nas contratações públicas brasileiras, as normas aplicáveis aos contratantes estrangeiros e, por fim, as hipóteses legais em que o tratamento igualitário entre sociedades nacionais e estrangeiras foi excepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro. O referencial teórico pautou-se, além da consulta à legislação, principalmente, nos trabalhos de Guimarães, Moreira e Torgal (2015), Justen Filho (2021), Schwind (2022) e Bittencourt (2022).

Em seguida, voltou-se a expor o conceito subjacente ao princípio da não discriminação no âmbito do GPA 2012, juntamente com as consequências que a aplicação desse princípio acarreta para a participação de países em desenvolvimento no Acordo e a viabilidade do uso de políticas públicas horizontais pelos signatários no contexto das contratações públicas. Neste título, a partir de Arrowsmith e Anderson (2011), Rodrigues (2013), Yukins e Schnitzer (2015) e Schwind (2022), foram abordados o histórico da regulamentação das contratações públicas no sistema multilateral de comércio internacional, os principais aspectos do GPA 2012, com ênfase no princípio da não discriminação. Também foram objeto de estudo o regime jurídico diferenciado concedido aos países em desenvolvimento pelo Acordo, sob a perspectiva de Müller (2011), Yukins e Schnitzer (2015) e Michalopoulos (2000), e, ao final, o tratamento conferido pelo tratado plurilateral à promoção de políticas públicas horizontais nas contratações públicas, em especial sob a visão de Arrowsmith (2002 e 2010), Rodrigues (2013) e Anna Corvaglia (2016).

O último capítulo do desenvolvimento objetivou verificar a viabilidade de compatibilização do princípio da não discriminação do GPA 2012 e da promoção de políticas públicas horizontais nas contratações públicas brasileiras, em especial o estabelecimento de margens de preferência e tratamento favorecido a bens, serviços e empresas nacionais. O título inicia-se com a avaliação dos potenciais efeitos que a candidatura brasileira à adesão ao GPA 2012, se mantida, teria sobre a legislação interna em termos de limitação de *policy space* sobre suas contratações públicas, sobretudo a partir da perspectiva de Araújo Júnior (2019), Oliveira e Fortini (2020), Rodrigues (2021), Jordão e Cunha (2021) e Costa (2021). Após, por meio da consulta à documentação disponibilizada no sítio eletrônico da OMC, realizou-se a descrição da experiência de outros países, que adotam a forma federada de Estado, na harmonização de suas legislações com as disposições do tratado plurilateral.

Posteriormente, foi feito o levantamento das posições doutrinárias sobre a possibilidade e as alternativas de compatibilização das regras brasileiras ao texto do GPA 2012, sendo consultados os seguintes autores: Monassa e Leonelli (2013), Nascimento (2014), Bicalho (2015), Silveira (2015), Oliveira e Fortini (2020), Costa (2021), Jordão e Cunha (2021), Justen Filho (2021), Maldonado (2021), Rodrigues (2021) e Schwind (2022). A revisão bibliográfica centrou-se no conjunto de normas relativas ao uso das contratações públicas para a promoção de políticas horizontais, em especial das margens de preferência e de tratamento favorecido a bens, serviços

e fornecedores nacionais e do Mercosul. No processo, também foram utilizados materiais referentes à Lei nº 8.666, de 1993, dada: a) a relativa novidade da Lei nº 14.133, de 2021 (resultando em certa escassez de fontes de pesquisa); b) a ausência de alteração substancial na disciplina da função regulatória da contratação pública (em verdade, a Lei nº 14.133, de 2021, até mesmo a amplia); e, por fim c) por aquela legislação ainda estar em vigor por força do artigo 3º da Lei Complementar nº 198, de 28 de junho de 2023 (Brasil, 2023).

O capítulo foi finalizado com a análise comparativa entre as disposições da legislação brasileira e o GPA 2012, para verificação da plausibilidade de harmonização dos dois sistemas jurídicos. As etapas metodológicas escolhidas para comparação entre as regras brasileiras e as do GPA 2012 foram as descritas no artigo Método Comparativo e Direito Administrativo, de Marrara (2014). Além desse trabalho, dentro das fases de comparação, para o mérito da análise, considerou-se a perspectiva culturalista e interdisciplinar trazida por Legrand (2018), na obra *Como Ler o Direito Estrangeiro*.

Segundo Marrara (2014, p. 31), o método comparativo pressupõe cinco etapas: a) seleção dos objetos de comparação; b) a descrição das características e funções jurídicas de cada objeto nos seus respectivos sistemas legais; c) a inserção de cada objeto sob a perspectiva macrojurídica e, sendo necessário ou possível, extrajurídica; d) a comparação propriamente dita; e) a análise das diferenças e das semelhanças encontradas ao longo da comparação; e f) a formulação de críticas aos objetos examinados e, quando pertinente, sugestões de aprimoramento dos sistemas nos quais eles estão inseridos, com base nas conclusões comparativas. A opção para o trabalho foi pela microcomparação, ou seja, a comparação que recai sobre um único instituto jurídico. Já em relação aos aspectos temporal e territorial, optou-se pela técnica horizontal, isto é, objetos contemporâneos e de entidades legiferantes diversas.

Almejando ganho de qualidade na análise comparativa adotou-se a perspectiva de Legrand (2018, p. 65) da ideia aberta e ampla de que o Direito é integrante de uma cultura ('juriscultura') e, por isso, elementos extrajurídicos devem ser considerados no processo de cotejo de dois conjuntos de normas. Ignorar a cultura, os princípios e os valores que influenciaram a elaboração de regras não constituem verdadeira comparação, mas sim a mera interpretação do sistema jurídico internacional ou estrangeiro sob a ótica do Direito nacional do intérprete. A postura de ignorar

as 'jurisculturas' pode levar a distorções e comprometer os resultados buscados na comparação dos sistemas jurídicos. Nesse contexto, mostra-se pertinente a perspectiva culturalista e interdisciplinar proposta pelo autor para a análise comparativa proposta. Fica claro que não se trata de utilização do método comparativo, mas, cotejamento de normas para mais riqueza de análise.

Reputa-se importante elucidar, ainda, os conceitos-chave utilizados na pesquisa e fundamentais para compreensão do problema, da hipótese inicial e dos objetivos propostos: a) contratação pública: a aquisição remunerada de bens, obras e serviços, com recursos públicos, por entidades administrativas para cumprimento de suas finalidades; b) princípio do desenvolvimento nacional sustentável: princípio-objetivo das contratações públicas brasileiras que atua como fundamento jurídico e diretriz de interpretação e de atuação de gestores públicos, para utilização do poder de compra estatal como mecanismo de intervenção econômica e de promoção de políticas públicas horizontais; c) princípio da não discriminação: na perspectiva do GPA 2012, designa o princípio que, como expressão da igualdade formal entre Estados signatários, proíbe qualquer forma de discriminação contra bens, serviços e empresas estrangeiras, incluindo barreiras indiretas, que possam criar quaisquer dificuldades para participação de sociedades estrangeiras em contratações promovidas por países signatários do Acordo; d) *policy space* (espaço decisório político): margem disponível para a formulação e implementação de políticas por parte do Governo e da Administração de um Estado soberano; e, e) políticas públicas horizontais: iniciativas governamentais e administrativas que buscam organizar os recursos disponíveis do Estado e as atividades do setor privado para alcançar objetivo constitucionalmente relevantes, no âmbito de um contrato administrativo, com relação direta ou indireta com o objeto contratado.

Quanto à classificação da pesquisa, conquanto a divisão estanque entre investigações 'puras' e 'aplicadas' possa ser considerada insuficiente, porque, segundo Gil (2002, p. 17), "[...] a ciência objetiva tanto o conhecimento em si mesmo quanto contribuições práticas decorrentes desse conhecimento", a presente pesquisa é de natureza predominantemente pura.

Além disso, tendo em vista o enfoque interpretativista adotado, abordou-se o problema a partir de dados e informações de forma qualitativa. As pesquisas quantitativas são identificadas pelo emprego de dados numéricos e medidas estatísticas, permitindo a descrição de populações e fenômenos, além de possibilitar a análise

das relações entre variáveis. Em contraste, as pesquisas qualitativas empregam dados qualitativos com o intuito de investigar a vivência das pessoas e ambientes sociais complexos, sob a perspectiva dos próprios participantes (Gil, 2021, p. 57).

Quanto aos fins, a pesquisa é de cunho descritivo, pois voltada à descrição do fenômeno investigado e o estabelecimento de relação entre variáveis (Gil, 2002, p. 42). No presente trabalho, as variáveis, associadas em relação assimétrica, considerando que a influência de uma sob a outra na condição de pré-requisito e efeito, foram (Gil, 2021, p. 50): a) a renúncia pelo Brasil do *policy space* em relação às suas contratações públicas (variável influenciadora e pré-requisito); e, b) a compatibilização axiológica da legislação brasileira com o princípio da não discriminação do GPA 2012 (variável influenciada e efeito).

O método de abordagem é o indutivo crítico. Segundo Marconi e Lakatos (2022, p. 82), a indução consiste no “[...] processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal”. Neste trabalho, a partir do referencial teórico eleito, por meio de uma sequência parte-se da observação e análise dos seguintes objetos particulares: a) o modelo brasileiro de contratações públicas indutoras do desenvolvimento nacional sustentável, por meio do forte apelo legislativo pela utilização das contratações públicas para promoção de políticas públicas horizontais; b) o regimento brasileiro da participação de licitantes estrangeiros nas licitações internacionais brasileiras; c) o papel central da não discriminação e seus desdobramentos dentro do GPA 2012; d) o tratamento da utilização das contratações públicas para promoção de políticas públicas horizontais no GPA 2012; e) a experiência de outros países, organizados sob a forma de Federação, no processo de harmonização de sua legislação interna com o tratado plurilateral da OMC; e, f) os posicionamentos doutrinários acerca do conflito entre o regime jurídico de contratações públicas brasileiras e do GPA 2012.

A qualificação do método indutivo como ‘crítico’ decorre da consciência acerca das fragilidades e limitações do indutivismo, apontadas por Chalmers (1993). A ‘criticidade’ reside, portanto, no reconhecimento de que as conclusões decorrentes deste trabalho consideraram a observação dos elementos singulares acima elencados, dizendo respeito ao método de abordagem, e não ao objeto da pesquisa.

Os métodos de interpretação utilizados foram o gramatical, o teleológico, o axiológico e o comparativo, com preponderância dos dois últimos, em razão do obje-

tivo geral deste trabalho de busca de critérios orientadores para compatibilização de disposições da legislação brasileira e do GPA 2012 da OMC.

Como técnica de pesquisa, os meios essencialmente bibliográficos, pautados por consulta e análise da legislação, de livros, de artigos científicos e de periódicos. Os documentos consultados foram retirados de diversas bases de dados tanto físicas, em especial a Biblioteca do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, quanto digitais, englobando os catálogos da Editora Fórum, da Thomson Reuters Brasil, HeinOnline, sem prejuízo de outras acessadas a partir de consultas ao Google Acadêmico e de requisições a outras instituições de ensino por correio eletrônico. As traduções do inglês, espanhol e italiano foram realizadas pelo próprio autor, contando com o auxílio da ferramenta ChatGPT (3.5) para revisão e aprimoramento do produto das traduções. Os resultados foram expostos exclusivamente em forma de texto.

Por fim, a relevância deste trabalho decorre, sob uma perspectiva institucional (nada obstante, por ora, a desistência de acessão), do interesse de o Estado brasileiro a identificar os pontos e a extensão das possíveis contrariedades entre a legislação vigente e o GPA 2012.

O acordo plurilateral da OMC ocupa posição central no Direito Internacional das Contratações Públicas e, por essa razão, serve de base para os mais diversos diplomas vocacionados à regulamentação dessa matéria em âmbito internacional. Exemplo é o Acordo Comercial entre Mercado Comum do Sul (Mercosul) e União Europeia, cujas disposições sobre contratações públicas são bastante próximas àquelas constantes no GPA 2012, e, atualmente, está sendo negociado. Além disso, não é possível descartar uma nova tentativa brasileira de adesão ao acordo plurilateral de contratações públicas da OMC no futuro em caso de mudanças de conjunturas político-econômicas do país.

O estudo da compatibilidade axiológica entre o princípio do desenvolvimento sustentável das contratações brasileiras e o princípio da não discriminação do GPA 2012 serve de importante guia para negociações da acessão brasileira a esse e outros tratados internacionais sobre negócios públicos. Com isso, busca-se auxiliar o Estado brasileiro a encontrar um meio termo razoável entre liberalização e intervenção estatal no mercado de contratações públicas (embora, reconheça-se, as negociações de tratados envolvam, eminentemente, atividade política).

Já do ponto de vista científico, a importância do trabalho resulta do fato de que não há consenso doutrinário estabelecido acerca da contrariedade entre o princípio da não discriminação e a promoção de políticas públicas horizontais em contratações públicas, mesmo em pontos específicos a exemplo do estabelecimento de margens de preferência e tratamento favorecido a bens, serviços e fornecedores brasileiros e do Mercosul. A sistematização e comparação dos posicionamentos doutrinários é fundamental para compreensão do potencial conflito normativo, de sua extensão e das possíveis vias de compatibilização a fim de verificar se, de fato, a promoção de políticas horizontais por meio de licitações e contratos administrativos é necessariamente um impeditivo à inserção do mercado de negócios públicos brasileiros no Direito Global das Contratações Públicas.

Ainda sob a perspectiva científica, sem embargo o reconhecimento da literatura a respeito da importância do GPA 2012 para o Direito Global das Contratações Públicas, existem poucas pesquisas acadêmicas no Brasil que se debruçam, com profundidade que o tema merece, sobre o estudo do tratado plurilateral de contratações públicas da OMC. Assim, com este trabalho, pretende-se realizar contribuição científica para o estudo da matéria sob a ótica brasileira.

2 O MODELO BRASILEIRO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS INDUTORAS DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

No Brasil, o modelo de contratações públicas indutoras do desenvolvimento nacional sustentável surgiu a partir do reconhecimento da eficiência da estratégia de utilizar as aquisições administrativas para fomentar o crescimento econômico, a inclusão social e a proteção ambiental. A experiência de países como Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, Japão, Coreia do Sul e China demonstra claramente que as contratações públicas desempenham papel fundamental no desenvolvimento econômico e social de um país.

O objetivo deste capítulo é apresentar, dentro do contexto do ordenamento jurídico brasileiro, os fundamentos jurídicos que autorizam o uso das contratações públicas como instrumentos de política econômica, de regulação e de promoção de políticas públicas de diversas naturezas.

O título encontra-se estruturado em quatro partes. Na primeira, realiza-se uma exposição sobre o papel do Estado na indução do desenvolvimento econômico. Em seguida, é apresentado o processo de resignificação das contratações públicas das últimas décadas e de abertura para sua utilização como forma de promoção de políticas públicas horizontais. A terceira parte aborda o histórico do Brasil no uso das contratações públicas para estimular o desenvolvimento nacional sustentável, considerando os marcos legais e as práticas adotadas ao longo do tempo. Por fim, a última centra-se na apresentação do tema à luz da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos brasileira, a Lei nº 14.133, de 2021.

2.1 O ESTADO E O SEU PAPEL PARA INDUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Embora não raramente tidas por expressões sinônimas, desenvolvimento e crescimento econômico não possuem o mesmo significado. O crescimento econômico fixa-se tão somente no Produto Interno Bruto (PIB) ou na produção nacional. O desenvolvimento, por seu turno, é conceito mais amplo, que considera na aferição do sucesso nacional a capacidade de atendimento a direitos humanos básicos, dentro dos limites ambientais planetários (Raworth, 2019, p. 34).

O crescimento econômico não implica, necessariamente, desenvolvimento. Na concepção de Sen (2010, p. 29), “o crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado [...] com a melhora da vida que levamos e da liberdade que desfrutamos”. Di Pietro e Marrara (2023, p. 48) diferenciam crescimento econômico de desenvolvimento, pois esse reflete o “aumento da fruição de direitos fundamentais pela coletividade”, enquanto aquele apenas a acumulação de riqueza pela sociedade. Ferreira (2012, p. 48), por seu turno, complementa que só se pode falar de desenvolvimento quando o crescimento econômico é socialmente justo e benigno do ponto de vista ambiental¹. Na visão de Bercovici (2022, p. 114), a noção de desenvolvimento compreende e supera a noção de crescimento econômico, consistindo na “[...] transformação das estruturas socioeconômicas e institucionais para satisfazer as necessidades da sociedade nacional”.

A importância da ideia de desenvolvimento tornou-se mais evidente em razão da grave crise econômica, ecológica e sanitária vivenciada nos últimos anos. Percebeu-se que o crescimento econômico, sem melhora qualitativa na vida da sociedade e predatório ao meio ambiente, é inútil. Acompanhado da despicienda qualificação de ‘sustentável’ (pois o desenvolvimento só é considerado desenvolvimento, se sustentável²), o desenvolvimento passou a ocupar o centro do debate público (embora alguns responsáveis por políticas públicas ainda persistam incansáveis na eterna busca pelo crescimento).

O Estado possui papel central na promoção do desenvolvimento. Conforme destaca Benayon (1998, p. 72), os países que hoje encontram-se no ‘centro’ da sociedade global, a exemplo de Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha e Japão, contaram com a ação decisiva do Estado em seu processo de ascensão econômica. Nes-

¹ Ferreira sustenta que “Hoje, parece razoável consenso que o crescimento econômico esteja diretamente ligado ao PIB (Produto Interno Bruto) ou ao PNB (Produto Nacional Bruto) – que representa a soma de todos os bens e serviços finais produzidos em determinado espaço geográfico e de tempo. Crescendo o PIB (e, pois, a disponibilidade há crescimento da economia. Todavia, isso não revela, necessariamente, melhoria subjetiva, qualitativa, das condições de vida da população em geral. Há que se considerar, para tanto e no mínimo, a melhor ou a pior distribuição de riqueza decorrente e, ainda, os impactos gerados ao meio ambiente”. Imbricados esses elementos possibilitariam a identificação de quatro tipos de crescimento econômico: o crescimento selvagem, socialmente iníquo e degradante do ponto de vista ambiental; o crescimento socialmente benigno, mas degradante do ponto de vista ambiental; o crescimento benigno do ponto de vista ambiental, mas socialmente iníquo; e, por fim, o crescimento socialmente justo e benigno do ponto de vista ambiental, sendo apenas esse último aquele a corresponder ao conceito de ‘desenvolvimento’” (Ferreira, 2012, p. 48).

² Nada obstante o posicionamento exposto, neste trabalho empregar-se-á a expressão “desenvolvimento sustentável” por ter sido consagrada em boa parte da literatura e, também, na própria legislação brasileira sobre compras públicas.

ses países, o Estado mostrou-se fundamental para direção e impulso do processo de desenvolvimento³.

Não se tratou, é importante esclarecer, de intervenção meramente contracíclica ou para solucionar falhas de mercado, mas adoção de função ativa de condução, direcionamento e, em especial, assunção de riscos que o capital privado, sobretudo em momentos iniciais da pesquisa e desenvolvimento (P&D), não está disposto a assumir.

Essa visão de um ‘Estado empreendedor’, defendida, por exemplo, por Mazzucato (2014), contrapõe-se diretamente ao discurso neoclássico (ou neoliberal), fortemente presente no Consenso de Washington e no receituário de desenvolvimento defendido por instituições como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial. Visão preponderante na condução das políticas públicas nas décadas de 1970 a 1990 (Costa, 2021, p. 16-17), os economistas neoclássicos pregavam a imposição de rígidos limites ao papel do Estado e a liberalização das relações econômicas para alcançar o desenvolvimento. Na concepção neoliberal⁴, a imagem do Estado está associada à lentidão, à burocracia (no sentido pejorativo da expressão) e à ineficiência. Essa corrente ideológica logrou êxito na disseminação da ideia de que o Estado participativo é um obstáculo ao desenvolvimento e de que seu papel é não atrapalhar a atividade produtiva do setor privado. A função do Estado neoliberal

³ Benayon (1998, p. 72) traz que, nos centros econômicos, as realizações estatais para o sucesso dos países envolveram: “I. Promover a formação do capital *nacional*, entendido nos aspetos: 1) real, i. é: a) **fixo**: máquinas, equipamentos e infra-estrutura; b) **sutil**: acumulação tecnológica; 2) financeiro. II. Fazê-lo: 1) diretamente, ou por meio de autarquias, na infra-estrutura econômica e social, inclusive na instrução pública em as instituições científicas e tecnológicas; 2) com empresas estatais, na estrutura produtiva; 3) subsidiando empresas privadas de capital nacional e participando do capital destas. III. Impedir o controle dos mercados financeiro e de bens e serviços no país por capital externo, cuja variável estratégica é o IDE; IV. Dar ao capital nacional condições de disputar espaços no exterior” (destaques no original). É por essa razão que o autor defende que, no processo de desenvolvimento, “O Estado não tem substituto possível, pois o capital privado só começa a crescer durante o processo de desenvolvimento. Não, antes, quando é preciso dar direção e impulso ao processo” (destaques no original).

⁴ Adota-se, neste trabalho, a ideia de neoliberalismo como sendo a corrente ideológica que “[...] apresenta uma defesa inflexível da propriedade privada e do individualismo como modelos de ordenação do corpo social, cabendo ao Estado apenas proteger esses fundamentos”. Esse ideário “[...] coloca o mercado como o livre regulador das relações estabelecidas na sociedade, não sendo este [o neoliberalismo] o responsável por problemas sociais e políticos, por exemplo”. Daí que o papel do Estado neoliberal “[...] reduz-se unicamente a possibilitar as condições para o funcionamento do livre mercado, sem interferir de forma direta nas desigualdades que esse sistema produz – o que não está no âmbito de atuação do sistema de mercado”. Como efeito desse processo, “[o] neoliberalismo e seus fundamentos limitam o progresso dos direitos fundamentais e sociais e a construção do futuro comum, que passa a ser compreendido como interesse puramente individual, subvertendo direitos que implicam essencialmente na proteção do bem comum. A racionalidade neoliberal tenta atribuir ao mercado, e não ao Estado, a manutenção desse bem comum” (Cristóvam, Lima e Sousa, 2023, p. 246-247).

não é a promoção da justiça social, da industrialização e do desenvolvimento sustentável, mas tão somente possibilitar as condições para o funcionamento do livre mercado (Cristóvam, Lima e Sousa, 2023, p. 247).

O que se percebe, porém, é justamente o oposto. Mesmo nesses períodos dominados pelo discurso neoclássico, o Estado estava presente como indutor do desenvolvimento. Como sustenta Mazzucato (2014, p. 54), “o Estado está por trás da maioria das revoluções tecnológicas e longos períodos de crescimento” e, graças ao ‘capital de risco público’, é que uma série de invenções consideradas disruptivas na história (GPS, *internet*, nanotecnologia, inteligência artificial, diversos fármacos, dentre outras), tornaram-se realidade. Conforme Cristóvam e Sousa (2022, p. 10), o Estado exerce papel de protagonista na busca da inovação, devendo “[...] idealmente, investir em inovação como mecanismo para o desenvolvimento, aqui certamente entendido para além do viés econômico”. As estratégias econômicas de sucesso da Coreia do Sul, de Taiwan e da China, contando com planejamento e políticas industriais ativas, também demonstram que, longe de ser um problema, o Estado é um parceiro fundamental no caminho ao desenvolvimento.

Após três décadas de liberalização econômica e depreciação do papel estatal na condução do desenvolvimento, a crise financeira de 2008 e, mais recentemente, a crise sanitária da Covid-19 demonstraram o papel imprescindível do Estado “como principal agente de estabilização sistêmica e de coordenação de ações” (Costa, 2021, p. 20). Somado ao encargo de adotar inúmeras medidas monetárias, resgatar empresas, manter salários e renda da população, o Estado ainda aportou recursos para o desenvolvimento e a viabilização da vacina contra o Sars-Cov-2.

Assim, longe de ser um obstáculo, o Estado é agente econômico fundamental no processo de desenvolvimento de um país. Seja por meio do consumo e investimento diretos seja por intermédio de mecanismos regulatórios, o Estado é imprescindível na busca da eficiência estática da Economia (Nusdeo, 2016, p. 247-248). Deve ser compreendido como parceiro, e não adversário da iniciativa privada⁵. A colaboratividade entre Estado, sociedade e setor privado é a base para gestão pública do futuro (Cristóvam e Sousa, 2022, p. 39).

⁵ Neste ponto, é importante citar o posicionamento de Mazzucato (2014, p. 49): “Evidentemente, a ênfase sobre o Estado como agente empreendedor não pretende negar a existência da atividade empreendedora do setor privado, desde o papel das jovens empresas que geram dinamismo em novos setores (Google, por exemplo) a importantes fontes de financiamento como o capital de risco. O problema-chave é que essa é única história que costuma ser contada”.

Contudo, se continuar depreciado pelos discursos neoclássicos mais radicais, menos condições terá o Estado de exercer essa importante função de modo pleno (Mazzucato, 2014, p. 46), notadamente considerado o contínuo cenário de crise global. É que, amenizados os períodos agudos das crises em que a atuação estatal é intensa e requisitada (até mesmo por setores críticos ao Estado), retorna-se ao receituário neoclássico de ‘Estado mínimo’ como solução única ao desenvolvimento e a superação dos períodos críticos.

Esse cenário agrava-se se considerado, conforme descrito por Moreira (2018, p. 59), a situação de ‘crise permanente’, assim entendida aquela que “abre mão de fronteiras, porquanto não advém de fato específico, mas da fragmentação múltiplas causas e efeitos randômicos”. Nele, agudiza-se a escassez das verbas públicas (a partir da imposição de rígidas âncoras fiscais) e, em meio ao caos político e ao deteriorado cenário social, em que não se é capaz de identificar causa e efeito da crise, surgem desafios antes impensáveis⁶.

Não obstante o difícil quadro acima descrito, o Estado, mesmo sob críticas e limitado em recursos orçamentários, deve permanecer a desempenhar as competências a ele conferidas, no caso brasileiro, pela Constituição de 1988 em prol do desenvolvimento. A ação estatal, nesses termos, dá-se pela via da promoção de políticas públicas⁷. São elas, dentro do Estado Democrático de Direito, responsáveis por concretizar os direitos fundamentais (Coelho, Lolli e Bittencourt, 2022, p. 28).

A imprescindibilidade e a compulsoriedade da atuação do Estado na busca pelo desenvolvimento exigem, assim, estratégias para continuidade da execução de políticas públicas, a fim de contornar as restrições orçamentárias e fiscais e prover as demandas sociais de forma satisfatória. Se o investimento direto se tornou, em

⁶ Conforme aponta Moreira (2018, p. 62), é no cenário de ‘crise permanente’ e caos político que são ressuscitadas teses de retrocesso nos campos econômico, político, social e institucional: “Afim, é na permanência da crise que surgem teses a defender, por exemplo, a diminuição da maioria penal unida ao agravamento de punições e limitações a direitos; o retrocesso em termos de direitos sociais, com represamento das verbas de educação, saúde, moradia; o degrading do poder político, por meio de emendas constitucionais como método de cura de todos os males e/ou retaliação; o inadimplemento das verbas alimentares de alguns servidores públicos, ao lado de acréscimos indevidos para outros tantos; estruturas paraestatais de administração da violência e controle (milícias a dominar áreas urbanas; esquadrões da morte; controle criminoso de estabelecimentos prisionais; tráfico; armamento pesado; situações de guerra civil etc.); reações desproporcionais/populistas dos governos à questão da violência, institucionalizando cenários de guerra etc”.

⁷ Segundo Bucci (2002, p. 241), políticas públicas consistem em “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Deve-se reconhecer, porém, que a expressão é plurívoca e, portanto, não admite uma só concepção. Para um recorte aprofundado sobre políticas públicas sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo, ver: Coelho, Lolli e Bittencourt, 2022, p. 1-54.

muitas áreas, difícil, impondo cada vez mais sua seletividade, outros caminhos deveriam ser buscados. Uma das soluções encontradas foi a utilização do poder de compra estatal, isto é, das contratações públicas, como alternativa à escassez de recursos na promoção de políticas públicas.

2.2 A RESSIGNIFICAÇÃO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA E PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Entende-se por ‘contratação pública’ a aquisição remunerada de bens, obras e serviços, com recursos públicos, por entidades administrativas para cumprimento de suas finalidades. A delimitação conceitual do fenômeno⁸ é relevante para diferenciá-lo de outras manifestações de acordos e procedimentos administrativos presentes na legislação brasileira.

O conceito de ‘contratação pública’ é mais amplo do que ‘compras públicas’, que, no Brasil⁹, designa apenas a aquisição remunerada de bens (não incluindo, por consequência, obras e serviços). Também é fenômeno mais abrangente que ‘licitação’, procedimento seletivo de propostas, e que, embora seja regra para obtenção de bens e serviços pela Administração¹⁰, não abarca as contratações públicas realizadas de forma direta, por meio de dispensa ou inexigibilidade

Por seu turno, a qualificação da contratação como ‘pública’ é a tecnicamente mais correta, dada a diferenciação entre Estado, Administração e Governo¹¹. Quem

⁸ A opção metodológica pela expressão ‘contratações públicas’, não a dando como sinônimo de ‘compras públicas’ ou ‘licitações públicas’ baseou-se, com adaptações e complementações pessoais deste autor, no posicionamento de Sarai (2021, p. 34) que, ao tratar das contratações públicas sustentáveis, pontua que: “No Brasil, contudo, não seria adequado adotar a expressão ‘compra’, até porque, nos termos do art. 6º, II, da Lei de Licitações, compra seria apenas a aquisição de bens. Essa definição, como se vê, não abarca as obras e os serviços, ou seja, é insuficiente. Por outro lado, também não seria adequado utilizar a expressão ‘licitações sustentáveis’, pois existem hipóteses de contratações em que a licitação não ocorre, por ser dispensável ou inexigível, conforme arts. 24 e 25 da Lei de Licitações. Desse modo, o ideal é utilizar a expressão ‘contratação’”.

⁹ Segundo o artigo 6º, inciso X, da Lei nº 14.133, de 2021, compra é a “aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente, considerada imediata aquela com prazo de entrega de até 30 (trinta) dias da ordem de fornecimento” (Brasil, 2021).

¹⁰ Conforme o artigo 37, inciso XXI, da Constituição, “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (Brasil, 1988).

¹¹ De acordo com Dallari (2016, p. 118), tratando-se de ente complexo, é impossível encontrar um conceito de Estado que satisfaça todas as correntes doutrinárias que se debruçaram sobre o estudo do tema, de modo que “[...] pode ser abordado sob diversos pontos de vista e, além disso, sendo,

realiza as contratações públicas é o Estado e/ou a Administração Pública, não o Governo, pelo que não seria tecnicamente adequado falar em contratações ‘governamentais’. Opta-se por qualificá-las como ‘públicas’, porque a expressão consegue abarcar, a um só tempo, a figura estatal e administrativa, sem excluir uma ou outra.

Por outro lado, delimitando-a como “aquisição remunerada de bens, obras e serviços, com recursos públicos”, o conceito sugerido exclui acordos ou concertações interadministrativas, a exemplo de convênios, termos de execução descentralizada, acordos de cooperação, dentre outros instrumentos congêneres, em que ausente relação contratual em sentido estrito¹².

As contratações públicas representam significativa fatia da economia de um país, em geral 10 a 15% do PIB interno (Costa, 2021, p. 27). Especificamente no Brasil, Ribeiro e Inácio Júnior (2019, p. 18) apontam que, no período de 2006 a 2016, as contratações públicas corresponderam, em média, a 12,5% do PIB nacional. Desse total, foi a União a responsável pela maior parte das contratações públicas (6,8%), seguida dos Municípios (3,2%) e dos Estados (2,2%)¹³.

Sob uma perspectiva tradicional, o objetivo da contratação pública é o atendimento das necessidades da Administração Pública para o desempenho de seus

sendo extremamente variável quanto à forma por sua própria natureza, haverá tantos pontos de partida quantos forem os ângulos de preferência dos observadores”. Sem embargo, com o objetivo de abarcar pontos de vistas jurídicos e não jurídicos, bem como todos os elementos constitutivos da noção dessa figura, o autor propõe como conceito de Estado “[...] a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território” (Dallari, 2016, p. 121). A figura do Estado não se confunde, portanto, com a Administração Pública que, segundo Medaur (2023, p. 45), sob um ângulo organizacional, “representa o *conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula das funções de governo*” (destaques no original). Tampouco deve ser considerado como sinônimo de Governo, relacionado ao exercício da função política em sentido estrito. É imperioso reconhecer, no entanto, a dificuldade de estabelecimento de fronteiras rígidas entre as noções de Administração e Governo: “Algumas afirmações vêm sendo reiteradas para distinguir Administração e governo. Este tem a ver com a tomada de decisões fundamentais à vida da coletividade, com vistas até ao seu futuro; Administração significa realizar tarefas cotidianas e simples. Também se diz que o governo é dotado de função primordialmente política e fixa as diretrizes da vida associada, cabendo à Administração a tarefa de simples cumprimento de tais diretrizes; nessa linha, a Administração apareceria como dependente do governo ou submetida às diretrizes do governo” (Medaur, 2023, p. 47).

¹² Para a diferenciação entre contratos e convênios, ver: Di Pietro (2019, p. 298-300). O ponto central de distinção entre contrato e convênio é que, naquele, há existência de interesses contrapostos, embora harmonizados, enquanto no convênio (e em outros instrumentos congêneres), os partícipes seriam movidos por interesses comuns. A distinção é, de fato, necessária para afastar das concertações interadministrativas um regime jurídico formatado para regular relações comerciais entre a Administração e particulares. Assim, instrumentos congêneres não podem ser considerados contratos em sentido *estrito*.

¹³ As médias brasileiras não destoam daquelas apresentadas pelos países que compõem a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em que, no período estudado (2006-2017), a média foi de 13,2% (Ribeiro e Inácio Júnior, 2019, p. 20). O percentual nacional tampouco destoa significativamente daquele verificado na União Europeia, de 14% (Costa, 2021, p. 27).

propósitos constitucionais e normativos (Justen Filho, 2021, p. 148). Nessa concepção, a contratação pública é manifestação administrativa de atividade-meio que possibilita aos órgãos e entidades públicos a realização suas finalidades.

Nas últimas décadas, porém, as contratações públicas passam por um processo de resignificação, no qual, conforme relata Breus (2020, p. 25):

[...] o contrato público passa a ser também empregado como mecanismo de regulação da colaboração dos particulares com a Administração para a consecução de finalidades públicas, isto é, os contratos deixam de funcionar tão-só como instrumento técnico-jurídico para o exercício de atividades-meio e passam a servir diretamente para prossecução de atividades-fim.

Nesse cenário, passa-se a falar de ‘Governo por contratos’ (Gaudin, 1999), de contrato como ‘ferramenta de gestão’ (Dromi, 2008, p. 26) e de ‘contratualização da ação administrativa’ (Oliveira e Schwanka, 2008, p. 43), expressões que evidenciam o alargamento da função dos contratos para o Direito Administrativo atualmente.

O movimento de ampliação do escopo dos contratos administrativos está imbricado com a noção de Administração Pública consensual (dialógica ou paritária). Nesse modelo, “a Administração pública passa a valorizar (por vezes privilegiar) uma forma de gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação, a colaboração, a conciliação, a transação” (Oliveira e Schwanka, 2008, p. 39), abandonando os tradicionais métodos unilaterais e impositivos de ação estatal.

Outras razões a impulsionar a adesão ao modelo de contratualização da ação administrativa são as limitações orçamentárias e financeiras impostas aos Estados (o que reflete na impossibilidade fornecimento direto de bens e serviços) e os novos desafios que surgiam à Administração no exercício de suas funções com as crescentes demandas sociais por bens e serviços. Utilizando-se do modelo de ‘Governo por contratos’, a Administração ativa o potencial privado para a auxiliá-la na realização de tarefas públicas e obtém instrumento (o contrato) mais flexível e eficiente para composição de relações jurídicas (Breus, 2020, p. 72-76).

Nessa perspectiva, a visão atual não mais limita a funcionalidade do contrato administrativo ao atendimento das necessidades administrativas. Os meios consensuais de decisão e de ação estatal, incluindo os contratos administrativos, crescem em importância para a Administração Pública não só como atividade-meio, mas

também para o desempenho de suas atividades-fim. O contrato administrativo passa a ser compreendido como um instituto plurívoco¹⁴, multifuncional e fundamental à ação estatal dentro da concepção de Administração dialógica.

Sem perder de vista seu escopo 'primário' (satisfação das necessidades administrativas), os contratos administrativos passam a ser instrumentos de veiculação e de promoção de políticas públicas, de exercerem uma 'função social' (Ferreira, 2012, p. 36). O Estado vale-se de sua posição de importante consumidor no mercado interno e, utilizando seu poder de compra, busca moldar a atuação dos agentes econômicos e alcançar objetivos de bem-estar nacional.

A contratação pública abandona seu posto de mero objeto regulado e avança para posição de instrumento econômico regulatório. Fala-se, nesse contexto, em 'função regulatória da contratação pública'¹⁵, em que o contrato administrativo é pensando como um "[...] instrumento para o *atendimento de finalidades públicas* outras, *consagradas constitucionalmente*" (Oliveira e Freitas, 2012, p. 11); e, em "contrato regulatório", em que, segundo Gonçalves (2011, p. 121), a contratação pública é utilizada como "[...] instrumento ou meio de *efetuar* toda ou uma parte da regulação pública administrativa que orienta as condutas das empresas reguladas de um determinado mercado".

A contratação pública se apresenta como complexa ferramenta regulatória, podendo atuar como: a) técnica de regulação pública; b) estratégia regulatória; ou, c) mecanismo regulatório 'indireto'. Enquanto técnica regulatória, o contrato é visto como instrumento direto e central de regulação de determinado mercado. Já quando utilizada como estratégia regulatória, consubstancia mecanismo alternativo ou complementar à regulamentação clássica. Por fim, o uso da contratação administrativa como ferramenta de regulamentação indireta representa as hipóteses em que o po-

¹⁴ Dromi (2008, p. 23-39), por exemplo, encontra dez significados 'hipermodernos' do contrato administrativo: a) instrumento de bem estar geral; b) ferramenta de gestão; c) instrumento jurídico e de causa obrigacional; d) fonte de Direito; e) técnica de desenvolvimento; f) sociológico, expressão da vontade e do consentimento administrativos; g) manifestação internacional de acesso à globalização; h) forma de resolução de conflitos; i) princípio de seleção do contratado; e j) filosófico, de manifestação de justiça comutativa e distributiva.

¹⁵ É comum encontrar na doutrina brasileiras referências à 'função regulatória da licitação' para designar o fenômeno de utilização das contratações públicas como mecanismo de regulamentação indireta de mercados. Conforme destaca Garcia (2018, p. 85), essa expressão ('função regulatória da licitação') é atribuída à Marcos Juruena Villela Souto. Todavia, na esteira do exposto em linhas pretéritas deste trabalho, com base na lição de Sarai (2021, p. 34), sustenta-se que o mais preciso seria falar em 'função regulatória da contratação pública', já que, assim, estar-se-ia abrangendo, não só o procedimento de seleção de propostas, mas todo o processo de contratação pública.

der de compra estatal é utilizado para realização de objetivos públicos determinados, em geral de cunho social ou ambiental (Gonçalves, 2011, p. 121-122).

Sob essa última perspectiva é que se passou a vislumbrar a possibilidade de utilização dos contratos administrativos, segundo Rodrigues (2013, p. 29), como instrumento de política econômica ou; de acordo com Breus (2020, p. 152), como meio de promoção de políticas públicas horizontais¹⁶:

Nos últimos anos, paralelamente às finalidades contratuais tradicionais, em especial, a obtenção de uma contratação vantajosa, isonômica e transparente, foram-se somando novas preocupações, denominadas também de *metacontratuais*, de forma que as contratações públicas, a par de seus objetivos *imediatos*, passaram a servir também como instrumento de realização *mediata* das mais variadas políticas públicas voltadas à prossecução de demandas morais da sociedade, com fundamento no ordenamento jurídico. Logo, com a inserção de políticas públicas *suplementares* na contratação pública, ela passa a se consagrar como um instrumento interventivo estatal dirigido (*targeted procurement*) para produzir resultados mais amplos do que o simples aprovisionamento de bens e serviços necessários à satisfação dos entes estatais.

O Estado passa a conceber e a utilizar as contratações públicas não só para obter bens e serviços no mercado, mas também como um modo de promoção de políticas públicas em diversas áreas, como condições de trabalho justas, desenvolvimento regional e criação de oportunidades econômicas para grupos vulneráveis (Arrowsmith, 2010, p. 149).

Há, assim, mudança de perspectiva nas finalidades da contratação pública. Em razão da influência do consensualismo e do pluralismo, a licitação e o contrato administrativo deixam de pautar-se unicamente pela economicidade. A legitimidade da ação estatal, no âmbito do exercício de seu poder de compra, depende do atendimento de outros princípios constitucionais. Nessa esteira, segundo Oliveira e Freitas (2012, p. 13), “a *função regulatória da licitação* pressupõe o atendimento não apenas dos valores econômicos, mas, também, dos valores sociais, ambientais, dentre outros”.

¹⁶ As políticas públicas promovidas por meio das contratações públicas acabam recebendo, da doutrina, uma quantidade considerável de qualificações: secundárias, colaterais ou horizontais. Segundo Arrowsmith (2010, p. 150), porém, a expressão “políticas horizontais” é preferível, porque “é suficientemente genérico para abarcar todos os tipos de políticas (econômicas, sociais, políticas, ambientais, etc), mas, em contraste com a terminologia políticas ‘secundárias’ ou ‘colaterais’ não passa a impressão de que essas políticas são, necessariamente, ilegítimas ou subservientes aos aspectos comerciais”. Semelhante posicionamento é defendido por Breus (2020, p. 156).

O exercício da função regulatória da contratação pública pode ser feito, segundo Arrowsmith (2010, p. 152), mediante a promoção de políticas que objetivem: a) a obediência de requisitos legais genéricos (por exemplo, a necessidade de observância das regras de medicina e segurança do trabalho na execução do contrato administrativo); ou, b) vão além da mera observância de requisitos legais genéricos (por exemplo, demanda de paridade de raça e de gênero no quadro de empregados de uma empresa)¹⁷. Embora, no primeiro caso, as exigências contribuam para promoção da livre e justa concorrência econômica entre licitantes (por exemplo, o desrespeito à legislação trabalhista e/ou tributária por uma empresa coloca as demais, que as cumprem, em desvantagem competitiva), é no segundo que o exercício do Estado no domínio econômico, por meio de seu poder de compra, torna-se mais evidente. A Administração tenta moldar mercados, condicionando a prestação de serviços a seu favor à adoção de práticas empresariais que implemente padrões socioambientais constitucionalmente desejados.

O uso das contratações públicas como estratégia estatal para a promoção de políticas públicas horizontais não é medida característica de um grupo de países ou específica de determinado período histórico. Trata-se, em realidade, de medida adotada por vários países e em diferentes momentos históricos. Conforme aponta Reis (2022, p. 94), podem ser citados como exemplos, dentre outros: a) no Reino Unido, após a 1ª Guerra Mundial, para favorecimento de veteranos; b) nos Estados Unidos, em 1978, o *Buy American Act*, que estabelece tratamento favorecido a empresas americanas em compras relacionadas com a defesa; c) no Canadá, mediante a concessão de benefícios à população indígena para compensar a perda de terras; d) na África do Sul, para inclusão da população negra; e) na Malásia, para prestígio da etnia Malay; e, f) em Portugal, para promoção de valores ambientais.

Os casos apresentados confirmam que: a) é possível a utilização da contratação pública para promoção de políticas públicas das mais diferentes naturezas; b) a prática não é uma exclusividade de países ricos, estando presente, também, em

¹⁷ Dentro da taxonomia proposta por Arrowsmith (2010), haveria três 'classificações-chaves' dentro da temática da promoção de políticas horizontais por meio da contratação pública. A primeira, referenciada no corpo deste trabalho, leva em conta se as políticas estão ou não limitadas ao *compliance* de normas genéricas e pré-existentes. A segunda, considera se as políticas estão ou relacionadas à performance do contrato adjudicado. Por fim, a terceira diz respeito aos mecanismos de implementação das políticas (decisão de comprar ou não, decisão do que comprar, condições contratuais, embargos e tempo dos pedidos, *set-asides*, exclusão por não observância de políticas, tratamento favorecido a determinadas empresas, prêmios contratuais e medidas de melhoria no acesso a contratos públicos).

países em desenvolvimento; e, c) mesmo países conhecidos pela defesa de valores econômicos neoclássicos, como Estados Unidos e Reino Unido, utilizam suas contratações públicas de forma estratégica, como instrumento de política econômica e para promoção de políticas horizontais.

No Brasil, também, as contratações públicas foram e são utilizadas para promoção de uma gama bastante grande de políticas públicas horizontais, processo que se intensificou com a edição da Lei nº 12.349, de 5 de dezembro de 2010, responsável pela inclusão do desenvolvimento nacional sustentável como uma das finalidades da licitação, dispositivo legal que veio a servir de fundamento jurídico geral e amplo ao uso da contratação pública como instrumento de política econômica.

2.3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: O CAMINHO ATÉ A LEI Nº 14.133, DE 2021

O Brasil possui experiência de longa data no uso do poder de compra estatal para a promoção de políticas públicas horizontais. É possível ilustrar essa prática na legislação brasileira, mesmo antes da edição da Lei nº 12.349, de 2010. É dizer, ainda que extraordinariamente, as contratações públicas brasileiras sempre puderam cumprir uma espécie de 'função social' (Ferreira, 2012, p. 37).

O tratamento diferenciado dispensado às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), presente no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 123, de 2006) é um dos principais exemplos desse fenômeno. Fundamentais à geração de empregos no país, a Lei Complementar nº 123, de 2006, em atendimento ao que dispõe o inciso XI do artigo 170 e o artigo 179 da Constituição, conferiu às microempresas, pequenas empresas, cooperativas, microempreendedores individuais e agricultores familiares uma série de prerrogativas para contratação com o poder público, que englobam desde a possibilidade de comprovação diferida da regularidade fiscal e trabalhista (artigo 42) e critérios especiais de desempate durante o procedimento de licitação (artigos 44 e 45) até certames exclusivos para contratações de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), cotas reservadas de itens licitados e subcontratação obrigatória em licitações de maior porte (artigo 48). O tratamento diferenciado visa auxiliar o desenvolvimento das micro e pequenas empresas, bem como às entidades a elas equiparadas (o que, reflexamente, resulta na geração de emprego e o empreendedorismo), equilibrando o mercado competitivo em relação às grandes corporações.

Outro mecanismo profícuo para a promoção de políticas públicas horizontais nas contratações públicas brasileiras são as contratações diretas, sobretudo as hipóteses de dispensa de licitação.

A possibilidade de dispensa de licitação quando a União tiver que intervir no domínio econômico, para regular preços ou normalizar o abastecimento, por exemplo, é caso de uso da ‘função social’ da contratação pública que remonta o Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, diploma que continha normas gerais sobre licitações e contratos previamente à edição da Lei nº 8.666, de 1993. A hipótese foi mantida no inciso VI do artigo 24 da Lei Geral de Licitação e Contratos Administrativos de 1993.

No período que abrange a vigência da Lei nº 8.666, de 1993, mas antecede a entrada em vigor da Lei nº 12.349, de 2010, Reis (2022b, p. 55-56) identifica a edição de diversos diplomas que buscavam, por meio da contratação direta, a efetivação de valores socioambientais relevantes: a) Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994, ao inserir na Lei nº 8.666, de 1993, as hipóteses de dispensa de licitação voltadas à recuperação social do preso e de associação de portadores de deficiência física¹⁸; b) Lei nº 10.973, de 2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, ao estabelecer a possibilidade de dispensa de licitação para a transferência de tecnologia e para o licenciamento do direito de uso ou de exploração de criação protegida¹⁹; c) Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que inseriu na Lei nº 8.666, de 1993, a dispensa de licitação para contratação de associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas de baixa renda para realização da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis²⁰; d) Lei nº 11.484, 31 de maio de 2007, versando sobre a contratação direta de empresas para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no país que envolvam, cumulativamente, alta comple-

¹⁸ Lei. 8.666, art. 24: “É dispensável a licitação: XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;” (Brasil, 1993).

¹⁹ Lei 8.666, art. 24: “É dispensável a licitação: XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida.” (Brasil, 1993).

²⁰ Lei 8.666, art. 24: “É dispensável a licitação: XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.” (Brasil, 1993).

xidade tecnológica e defesa nacional²¹; e, por fim, e) Lei nº 12.188, de 11 de janeiro de 2010, responsável pela introdução na Lei nº 8.666, de 1993, da dispensa de licitação para a contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal²².

De acordo com Boselli (2020, p. 56), a utilização das dispensas de licitação como ferramenta regulatória da contratação pública volta-se, em especial, para promoção de políticas públicas de acesso ou de diminuição de desigualdade. O próprio estudo desenvolvido pelo autor, porém, revela que a utilização dessa espécie de contratação direta para tutela de outros bens jurídicos, a exemplo da segurança nacional e do desenvolvimento de inovação e de avanços tecnológicos.

Além das hipóteses de dispensa de licitação, é válido citar, também, como medida do exercício da 'função social' da contratação pública, a Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC). Esse diploma, em seu artigo 6º, inciso XII, estabeleceu como um dos instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima, a possibilidade de previsão de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas para propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos (Brasil, 2009).

Já no âmbito infralegal, é digna de destaque a Instrução Normativa (IN) nº 01, de 19 de janeiro de 2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que, dentre outras providências, dispôs sobre os critérios de sustentabilidade ambiental nas contratações públicas da Administração Pública Federal, direta, autárquica e fundacional²³ (BRASIL, 2010^a).

²¹ Lei 8.666, art. 24: "É dispensável a licitação: XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão." (Brasil, 1993).

²² Lei 8.666, art. 24: "É dispensável a licitação: XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal." (Brasil, 1993).

²³ Conforme aponta Villac (2020, p. 79), a IN SLTI nº 01, de 2010, representou uma substancial mudança na dinâmica das licitações públicas ao prever, em âmbito infralegal, comandos para inclusão de elementos de sustentabilidade em todas as fases das contratações da Administração Pública federal: "a Instrução Normativa nº 1/2010, SLTI, introduziu mudanças significativas nas contratações pú-

Durante todo o período precedente à Lei nº 12.349, de 2010, o exercício da ‘função social’ da contratação pública, mediante sua utilização para promoção de políticas públicas horizontais, não contava com fundamento legal claro e específico. Era, porém, conforme aponta Ferreira (2010, p. 80), extraído de interpretação sistêmico-teleológica da Constituição da República Federativa do Brasil (em especial de seus objetivos) e de diplomas internacionais assinados pelo Brasil (a exemplo da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adaptada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1986).

Contudo, foi em 15 de dezembro de 2010, com a edição da Lei nº 12.349, que alterou o artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, que ocorreu a efetiva institucionalização, no Brasil, do uso das contratações públicas para a promoção de políticas públicas horizontais. A Lei nº 12.349, de 2010, ao acrescentar no artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, ao lado da garantia do princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, o desenvolvimento nacional sustentável como uma das finalidades da licitação, passa a constituir em autorização legislativa genérica e ampla para a utilização do poder de compra estatal enquanto instrumento de política econômica (Breus, 2020, p. 214).

A inserção do ‘desenvolvimento nacional sustentável’ no rol de objetivos das contratações públicas brasileira transmuta a natureza das ações administrativa que visavam à promoção de políticas públicas horizontais por meio do poder de compra estatal. O que antes era visto como ‘poder-dever’, mera possibilidade ou algo desejável, passa a ser propriamente um ‘dever’, uma finalidade a ser, de modo obrigatório, buscada pelo administrador, conforme sustenta Ferreira (2012, p. 39):

Destarte, quando se alocou, como terceira finalidade legal da licitação, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, fez-se com que uma “função social” extraordinariamente desejada passasse a figurar num rol de possibilidades exigidas por lei.

Melhor dizendo, o que dantes se sustentou como dever-poder administrativo extraível do sistema jurídico, a partir da Constituição da República e de leis esparsas, passa a figurar como uma obrigação genérica e ordinária, da qual o gestor público apenas poderá se desonerar por justa causa, devidamente motivada e comprovada. Caso contrário estará a descumprir uma finalidade (de três) para a licitação, contaminando-a de vício insanável.

Aliás, descumprir a função social da licitação (de promoção do desenvolvimento nacional sustentável), em tempos atuais, importa em simultaneamen-

blicas, não meramente operacionais, mas substantivas, conferindo uma inédita maneira de se considerar a licitação, que passou à necessidade de conter critérios de sustentabilidade, desde a extração até o descarte no âmbito de todo o Poder Executivo federal. Houve uma inversão, no mundo do real, dos ensinamentos jurídicos sobre a hierarquia das normas.”

te desatender a seleção da proposta mais vantajosa, porque não mais pode haver “benefício neutro”, aquele que apenas considera como juridicamente relevantes os benefícios econômicos para a Administração e a utilidade obtida diretamente pelos destinatários da obra pública, por exemplo. É que o interesse (público) geral exige mais, muito mais.

A adição da expressão ‘desenvolvimento nacional sustentável’ ao marco legal das contratações públicas brasileiras consagrou a ressignificação dos procedimentos de licitação e de contratação da Administração, tornando expresso aquilo que outras leis já tentavam sinalizar: as contratações públicas não se destinam unicamente ao atendimento das necessidades administrativas imediatas, mas também à consecução de valores constitucionais e socioeconômicos relevantes. Na condução de suas contratações, a Administração não deve se preocupar tão somente em obter bens, serviços ou obras, mas também em promover valores ambientais e socialmente úteis (Breus, 2020, p. 158).

A importância da Lei nº 12.349, de 2010, para a regulamentação das contratações públicas brasileiras, porém, não se limita a essa circunstância. Passando a figurar no rol de finalidades ordinárias da licitação, o desenvolvimento nacional sustentável se impõe diante da Administração quando da organização de suas aquisições (Garcia, 2018, p. 90) e somente pode ser afastado mediante fundamentação robusta por parte da área técnica responsável pela contratação²⁴. Ademais, a inovação legislativa trazida pela Lei nº 12.349, de 2010, internaliza compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, em especial na Agenda 21, assinada por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio-92 ou Eco-92), que expressamente prevê a utilização do poder de compra estatal como relevante instrumento de proteção ao meio ambiente²⁵.

Sem embargo a relevância da Lei nº 12.349, de 2010, em termos de política internacional, o diploma normativo não se limitou a implementar no ordenamento jurídico brasileiros as denominadas ‘licitações verdes’. O desenvolvimento nacional

²⁴ Nesse sentido, aliás, foi a posição da Câmara Nacional de Sustentabilidade da Advocacia-Geral da União (AGU) no recente Parecer n. 00001/2021/CNS/CGU/AGU (Brasil, 2021b), em que se reconheceu a obrigatoriedade da adoção de critérios e práticas de sustentabilidade e acessibilidade no âmbito das contratações públicas, devendo a impossibilidade ser devidamente justificada por força do disposto no artigo 2º, p. único, inciso VII e no artigo 50, incisos I e IV, da Lei nº 9.784, de 1999.

²⁵ O Capítulo 4 da Agenda 21 estabelece o uso das contratações públicas pelo Estado como mecanismo de modificação de padrões de consumo: “(d) Exercendo liderança por meio das aquisições públicas. 4.23. Governos também exercem um papel no consumo, particularmente em países onde o setor público atua como relevante ator econômico e tem considerável influência sobre decisões empresariais e da opinião pública. Devem, portanto, revisar as práticas de aquisição de seus órgãos e entidades para que possam melhorar, onde possível, o conteúdo ambiental das práticas licitatórias, sem prejuízo dos princípios de comércio internacional” (ONU, 1992, tradução livre).

sustentável, enquanto objetivo do procedimento licitatório, é verdadeira autorização legislativa ampla para utilização do contrato administrativo para promoção de políticas públicas de diversas naturezas.

Com efeito, não é rara a compreensão de que o desenvolvimento nacional sustentável está relacionado apenas a políticas públicas de matiz ambiental, o que se deve por, de fato, ter sido essa a principal preocupação quando da gênese do instituto. Atualmente, porém, o desenvolvimento nacional sustentável possui acepção muito mais ampla, inclinando-se a postular uma economia global equilibrada, distributiva, regenerativa e focada na prosperidade de indivíduos e da sociedade. A sustentabilidade vem ganhando interpretação evolutiva e ampliativa, mediante a agregação de valores sociais e éticos, conforme esclarece Freitas (2019, p. 55):

Com esses aportes, é que se chegou ao conceito de sustentabilidade, que vale repisar: é o princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade, pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

Ou, numa fórmula sucinta: é o princípio constitucional que determina promover o desenvolvimento social, econômico, ambiental, ético e jurídico-político, no intuito de assegurar as condições favoráveis para o bem-estar das gerações presentes e futuras. Ou, ainda mais resumidamente, é o princípio que determina o desenvolvimento que viabiliza o direito ao futuro.

É essa concepção multidimensional e ampla que dirige a compreensão do desenvolvimento sustentável enquanto objetivo ou princípio da contratação pública (Villac, 2020, p. 27). Prova dessa amplitude são não só as normas que antecederam a Lei nº 12.349, de 2010, prevendo o uso do poder de compra estatal para promoção de políticas públicas horizontais de diversas naturezas, mas também ela própria e outros diplomas que a sucederam, responsáveis por agregar ao marco legal de contratações públicas brasileiras ainda mais mecanismos de utilização da contratação pública para direção do comportamento dos agentes de mercado nas mais variadas áreas.

A própria Lei nº 12.349, de 2010, pode ser citada como exemplo para demonstrar a magnitude do desenvolvimento nacional sustentável como princípio orientador ao exercício da 'função social' da contratação pública. Isso porque o diploma foi também o responsável por inserir, na Lei nº 8.666, de 1993, a possibilidade do estabelecimento de margens de preferência para produtos manufaturados e para

serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras²⁶ (prerrogativa extensível, também, a bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul²⁷). Incorporou, também, à Lei nº 8.666, de 1993, novas hipóteses de dispensa de licitação, voltadas ao fomento da pesquisa, ciência, tecnologia e inovação²⁸ (Brasil, 2010b).

Reis (2022b, p. 56) lembra ainda de outros diplomas que, alterando a Lei nº 8.666, de 1993, procuraram trazer para as contratações públicas o estímulo a interesses sociais e econômicos: a) Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012, que autorizou a dispensa de licitação para os casos em que há transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS)²⁹; b) Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013, que acrescentou como hipótese de contratação direta a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água³⁰; c) a Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015, que permitiu a dispensa de licitação para aquisição de insumos estratégicos para a saúde, produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS³¹; e, d) a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que acrescentou margens de

²⁶ Lei 8.666, de 1993, art. 3º, §5º: “Nos processos de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para: I - produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras;” (Brasil, 1993).

²⁷ Lei 8.666, art. 3º, §10: “A margem de preferência a que se refere o § 5º poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul.” (Brasil, 1993).

²⁸ Lei 8.666, art. 24: “É dispensável a licitação: XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.”

²⁹ Lei 8.666, art. 24: “É dispensável a licitação: XXXII - na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica.” (Brasil, 1993).

³⁰ Lei 8.666, art. 24: “É dispensável a licitação: XXXIII - na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água.” (Brasil, 1993).

³¹ Lei 8.666, art. 24: “É dispensável a licitação: XXXIV - para a aquisição por pessoa jurídica de direito público interno de insumos estratégicos para a saúde produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua

preferência³² e critério de desempate³³ em favor de empresas que cumprem a reserva de cargos prevista em lei para pessoas com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social.

Fora dos diplomas legais que modificaram a Lei nº 8.666, de 1993, é digna de nota a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Prevendo, à semelhança da Lei nº 8.666, de 1993, o desenvolvimento nacional sustentável como um de seus princípios regentes (artigo 3º), determinou expressamente a necessidade de que as contratações realizadas por meio do RDC, respeitem as regras relacionadas à disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados por obras; à mitigação por condicionantes e compensação ambiental; ao uso de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, economizem energia e recursos naturais; à avaliação de impactos de vizinhança; à proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial; e, por fim, à acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida (artigo 4º, §1º). Ademais, o RDC estabelece, em seu artigo 1º, §1º, como dois de seus objetivos a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público e incentivar a inovação tecnológica (Brasil, 2011). A Lei do RDC, segundo destaca Reis (2022b, p. 60), possui relevância não só como exemplo de manifestação do uso das contratações públicas para promoção de políticas públicas de natureza ambiental e de desenvolvimento tecnológico, mas também por evidenciar que a aferição dos benefícios oriundos de uma contratação pública não decorre unicamente do preço ofertado à Administração:

autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, nos termos do inciso XXXII deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.” (Brasil, 1993).

³² Lei 8.666, art. 3º, §5º: “Nos processos de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para: II - bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação” (Brasil, 1993).

³³ Lei 8.666, art. 3º, §2º: Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação” (Brasil, 1993).

[...] pode-se perceber que o uso da força da contratação do Estado é colocado como meio para a majoração do ambiente tecnológico no país, bem como para repensar a relação do custo *versus* benefício para o setor público no alcance da proposta mais vantajosa, o que pode ser encarado como um arrefecimento à ideia de pura mensuração tão somente pelo preço. [...] Diretrizes para o uso de tal regime diferenciado, expostas no artigo 4º, têm uma elevada contribuição por incluir a busca da maior vantagem para a Administração Pública como um vetor para os certames, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância.

Semelhantes disposições podem ser percebidas no artigo 32, §1º³⁴, da Lei nº 13.330, de 30 de junho de 2016, que preceitua o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Brasil, 2016).

No âmbito infralegal, em 5 de junho de 2012, foi editado o Decreto nº 7.746, responsável por regulamentar o artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, para estabelecer critérios e práticas para efetivação do desenvolvimento nacional sustentável como objetivo das contratações realizadas pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, bem como por suas empresas estatais dependentes. Embora possuindo como foco a questão ambiental, o regulamento não negligenciou aspectos de caráter social, ao conceituar como critérios e práticas sustentáveis elementos como a “preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local” e “maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local” (Brasil, 2012).

O aumento da percepção dos casos de corrupção e de violação de direitos humanos na história recente brasileira, fez também com que a contratação pública passasse a preocupar-se com questões de governança. Nesse sentido, o Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018, que estabelece as Diretrizes Nacionais sobre empresas e Direitos Humanos, trouxe, em seu artigo 3º, incisos VII e XVI, respecti-

³⁴ Lei 13.330, art. 32, §1º: “§ 1º As licitações e os contratos disciplinados por esta Lei devem respeitar, especialmente, as normas relativas à: I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; II - mitigação dos danos ambientais por meio de medidas condicionantes e de compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e de recursos naturais; IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística; V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado por investimentos realizados por empresas públicas e sociedades de economia mista; VI - acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida” (Brasil, 2016).

vamente, o dever de o Estado estimular a adoção, por grandes empresas, de procedimentos adequados de dever de diligência/vigilância (*due diligence*) em direitos humanos e de códigos de condutas em direitos humanos com as quais estabelece negócios ou atue em parceria (Brasil, 2018).

Percebe-se, assim, que, com o tempo, a amplitude de políticas públicas veiculadas por meio de contratações públicas foi crescendo, de maneira a contemplar uma perspectiva multidimensional de sustentabilidade. Esse processo culmina, em 02 de setembro de 2019, com a entrada em vigor do Decreto nº 10.024, que regula a licitação, na modalidade pregão eletrônico, no âmbito da Administração Pública Federal. Em seu artigo 2º, §1º³⁵, o diploma prevê a obrigatoriedade de observância do princípio do desenvolvimento sustentável em todas as etapas de contratação e contempla uma concepção multidimensional de sustentabilidade, reconhecendo a existência de elementos econômicos, sociais, ambientais e culturais no conceito (Brasil, 2019).

Desse modo, a análise da experiência brasileira até a Lei nº 14.133, de 2021, demonstra que a promoção de valores sociais e econômicos constitucionalmente relevantes sempre estiveram, ainda que indiretamente, no objeto das contratações públicas nacionais. É dizer, por meio de licitações, dispensas e inexigibilidades, o Estado brasileiro sempre buscou exercer ‘função social’ e promover políticas públicas horizontais por meio de suas contratações. A Lei nº 12.349, de 2010 apenas institucionalizou e tornou obrigatória a observância do desenvolvimento nacional sustentável enquanto objetivo das contratações públicas brasileiras (Barki, 2011, p. 267). Além disso, é possível perceber que, com o tempo, a noção de sustentabilidade que rege a compreensão do que é a ‘promoção do desenvolvimento nacional sustentável’ enquanto objeto da licitação foi se alargando e, atualmente, é multidimensional, abarcando elementos de natureza econômica, social, ambiental, cultural e de governança.

Todos esses fatores, verificados pela análise da experiência brasileira do uso das contratações públicas como instrumento de promoção de políticas públicas horizontais, mostram-se presentes na Lei nº 14.133, de 2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos nacional.

³⁵ Decreto 10.024, art. 2º, §1º: “O princípio do desenvolvimento sustentável será observado nas etapas do processo de contratação, em suas dimensões econômica, social, ambiental e cultural, no mínimo, com base nos planos de gestão de logística sustentável dos órgãos e das entidades” (Brasil, 2019).

2.4 A FUNÇÃO REGULATÓRIA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NA LEI Nº 14.133, DE 2021

A compreensão de que a contratação pública deve exercer ‘função social’ e de que sua utilização como instrumento de política econômica é um relevante mecanismo de intervenção do Estado na Economia, na tentativa de moldar um mercado atento a valores, das mais variadas naturezas, constitucionalmente relevantes foi incorporada pela Lei nº 14.133, de 2021.

Na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos nacional, o desenvolvimento nacional sustentável foi, ao mesmo tempo, positivado como princípio (artigo 5º³⁶) e objetivo (artigo 11³⁷) da contratação pública. Orienta, portanto, a aplicação da lei dentro do microsistema da contratação pública (porque é princípio) e, simultaneamente, a conduta dos gestores públicos na condução dos procedimentos de contratação (pois é objetivo)³⁸. Nessa perspectiva, vê-se a dupla previsão do desenvolvimento nacional sustentável como reforço normativo à função regulatória da contratação pública no âmbito da Lei nº 14.133, de 2021. Com isso, o legislador procura destacar a relevância de que os vultosos recursos financeiros investidos em contratos públicos devem, na medida do possível, ser direcionados à produção de externalidades positivas e à geração de utilidades sociais (Di Pietro e Marrara, 2023, p. 48).

³⁶ Lei 14.133, art. 5º: “Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).” (Brasil, 2021)

³⁷ Lei 14.133, art. 11: “O processo licitatório tem por objetivos: IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.” (Brasil, 2021)

³⁸ Entende-se a existência de um “reforço normativo”, pois, como pontua Justen Filho (2021, p. 94), “é um equívoco reputar que o art. 5º da Lei 14.133/2021 apresenta equivalência com o art. 3º da revogada Lei 8.666/1993. Há algumas diferenças marcantes entre os dispositivos. O art. 3º da Lei 8.666 dispunha sobre as finalidades e os princípios norteadores da licitação. O art. 5º da Lei 14.133/2021 disciplina a atividade de aplicação da lei, considerada em termos amplos. Não dispõe especificamente sobre a finalidade da licitação. O art. 11 prevê os objetivos da licitação, aludindo às questões da vantajosidade, da isonomia, da economicidade e do incentivo ao desenvolvimento nacional sustentável”. Na mesma linha, Di Pietro e Marrara (2023, p. 12) definem os objetivos do artigo 11 “como consequências ideais que o emprego do processo de contratação deverá acarretar” e, por isso, “têm papel central no controle do alinhamento das condutas da Administração Pública, como contratante, com as finalidades estatais [...] principalmente por tornarem patente a adequação ou a inadequação de uma medida de contratação”.

A obrigatoriedade de pensar a contratação pública como mecanismo de promoção de políticas públicas não se limita, na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a seus artigos iniciais que tratam da principiologia da legislação. O desenvolvimento nacional sustentável mostra-se ativamente presente no curso dos procedimentos previstos na Lei nº 14.133, de 2021, exigindo, em várias passagens, a incorporação de valores ambientais, sociais e de governança, desde o planejamento da contratação até após o encerramento do contrato administrativo. A sustentabilidade é, assim, algo efetivamente concreto, e não meramente retórico, na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos brasileira.

Os artigos 5º e 11 balizam o espírito da nova legislação, de modo que a utilização da contratação pública para promoção de políticas públicas, segundo Niebuhr (2022, p. 350), “é algo tão presente, encrustado e natural à Lei n. 14.133/2021, que se torna até mesmo difícil destacar todos eles e sistematizá-los”. De fato, a despeito de constituir-se diploma relativamente recente, já se percebe esforços de sistematização dos dispositivos contemplando a promoção de políticas públicas. A quantidade de normas é significativa e, durante a revisão de literatura, observou-se que todas as tentativas de identificação e elenco das regras contém ressalva de sua natureza meramente exemplificativa³⁹.

Dentre as tentativas de sistematização, destaca-se a feita por Vieira e Puerari (2021, p. 75-79), em que as disposições promotoras de políticas públicas da Lei nº 14.133, de 2021 (cerca de sessenta regras no total), foram separadas a partir dos elementos que compõem o conceito de sustentabilidade de Juarez Freitas (2019), acima abordado.

Com base nessa classificação, a nova Lei de Licitações e Contratos veicularia políticas ambientais no: a) artigo 6º, inciso XXIII, alínea ‘c’ e XXIV, alínea ‘e’; b) artigo 11, inciso I; c) artigo 18, §1º, inciso XII; d) artigo 25, §5º, inciso I e §6º; e) artigo 26, inciso II; f) artigo 34, §1º; g) artigo 42, inciso III; h) artigo 45, inciso I e II; i) artigo 74, inciso III, alínea ‘h’; j) artigo 75, inciso IV, alínea ‘j’; k) artigo 115, §4º; l) artigo 137, inciso VI; m) artigo 147, inciso II e III; e n) artigo 178⁴⁰.

³⁹ É o caso das quatro propostas de sistematização das normas da Lei nº 14.133, de 2021, que buscam a promoção do desenvolvimento nacional sustentável encontradas: Camarão (2022), Carvalho e Santos (2021), Niebuhr (2022) e Vieira e Puerari (2021).

⁴⁰ O artigo 178 da Lei nº 14.133, de 2021, modifica o Código Penal incluindo nesse diploma o artigo 337-O que tipifica como crime a “omissão grave de dado ou de informação por projetista”, o que inclui negligenciar o acesso a condições ambientais e demais elementos impactantes para elaboração dos artefatos da contratação (Brasil, 2021).

Por seu turno, em relação à dimensão social, poder-se-ia citar o: a) artigo 6º, inciso XXIV, alínea 'a'; b) artigo 50, incisos I a VI; c) artigo 62, inciso III; d) artigo 63, inciso IV e §1º; e) artigo 68, inciso IV a VI; f) artigo 75, inciso XV; g) artigo 76, inciso I, alínea 'f'; h) artigo 91, §4º; i) artigo 92, inciso XVII; j) artigo 116, *caput* e p. único; k) artigo 137, inciso IX; l) artigo 147, inciso III; e m) artigo 169⁴¹.

A dimensão econômica das contratações públicas sustentáveis estaria presente, na Lei nº 14.133, de 2021: a) nos princípios da eficiência, da eficácia, da celeridade, da economicidade e da competitividade do artigo 5º; b) nos diversos dispositivos que tratam do tratamento diferenciado em favor de micro e pequenas empresas; c) na dispensa de licitação para coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente de pessoas físicas de baixa renda (no já citado artigo 75, inciso IV, alínea 'j'); d) nas alienações de bens imóveis para fins de reforma agrária (artigo 76, inciso I, alínea 'h'); e, e) na criação do Portal Nacional de Compras Públicas, que busca viabilizar maior eficiência e economicidade das compras públicas brasileiras.

Já a dimensão ética das contratações públicas brasileiras sustentáveis seria percebida: a) nos princípios da moralidade e da probidade administrativa (no já citado artigo 5º); b) nos programas de *compliance* como requisitos para contratações de grande vulto (artigo 25, §4º), critérios de desempate (artigo 60, inciso IV), parâmetro para aplicação de sanções (artigo 156, §1º, inciso V) e condição de reabilitação (artigo 163, p. único); c) exigência de reputação ética e profissional para dispensa de licitações do artigo 75, inciso XV; d) delimitação dos mecanismos de controle das contratações (artigos 169 a 173); e e) previsão de sanções administrativas e criminais relativas às contratações administrativas (artigos 155 a 163 e 178). Por fim, a dimensão jurídico-política da sustentabilidade na Lei nº 14.133, de 2021, estaria consubstanciada no próprio princípio do desenvolvimento nacional sustentável (artigo 5º) e em todas as regras jurídicas citadas para tratar das demais dimensões (Vieira e Puerari, 2021, p. 79).

Sem embargo extensa, reforça-se que a lista de disposições é meramente exemplificativa, pois novas normas que veiculam elementos de sustentabilidade po-

⁴¹ Excepcionalmente, devido a grande quantidade de artigos, a transcrição dos dispositivos citados nos dois últimos parágrafos encontra-se no 'Apêndice A - Normas veiculando políticas ambientais e sociais na Lei nº 14.133, de 2021' deste trabalho.

dem ser identificadas. Mencione-se, a título ilustrativo, as próprias normas que estabelecem margens de preferência para bens, serviços e empresas brasileiras e do Mercosul, previstas no artigo 26, inciso I e §1º, e no artigo 60, §1º, inciso II, ambos da Lei nº 14.133, de 2021.

A sistematização de Vieira e Puerari (2021), assim como outras, serve, em especial, ao objetivo de demonstrar a relevância do desenvolvimento nacional sustentável para as contratações públicas brasileiras. A quantidade de normas, segundo Da Cruz e Pazinato (2022, p. 28), marca a consolidação das contratações públicas como instrumento estratégico para o estímulo da inovação e do desenvolvimento nacional sustentável, tornando ultrapassada sua compreensão como mero mecanismo de aquisição de bens e serviços pela Administração Pública. No mesmo sentido, Carvalho e Santos (2021, p. 31) pontuam que as previsões legais constantes na Lei nº 14.133, de 2021, “ratificam a compreensão do contrato administrativo com instrumento capaz de efetivar o direito ao desenvolvimento sustentável, ainda mais em um contexto de crise e de premente modernização”.

Outro relevante efeito trazido pela forte presença do desenvolvimento nacional sustentável em todas as etapas da contratação pública é a indicação legislativa para superação da cultura brasileira do ‘dogma (quase um mantra) do menor preço’, consistente no fenômeno de cultura administrativa brasileira tendente a interpretar a proposta mais vantajosa à Administração considerando somente critérios quantitativos, isto é, o preço ofertado pelo fornecedor. Consoante explica Calasans Junior (2021, p. 92):

A nova lei põe fim ao entendimento de alguns intérpretes do inciso I do §1º do art. 5 da Lei 8.666, segundo o qual nas licitações do tipo menor preço não seria admitido levar em conta, para efeito de classificação das propostas, quaisquer outros aspectos além do valor nominal. De fato, por conta de uma interpretação vesga da regra daquele dispositivo, as Comissões de licitação entendiam que o simples fato de uma proposta indicar o menor valor era suficiente para ser classificada como a melhor, o que constituía equívoco. O menor preço que determina a vantagem de uma proposta não é o seu valor *nominal*, mas sim aquele que representar o *menor* dispêndio para a Administração, vale dizer, o valor final ou *real* da obra, serviço ou fornecimento a ser contratado. E somente com uma avaliação criteriosa pode-se determinar o melhor preço, ou seja, aquele que, efetivamente, significará o *menor dispêndio final* para a Administração.

Camarão (2022, p. 180) também ressalta os avanços da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos na perspectiva de avaliação da melhor proposta,

ampliando o espectro de aferição da proposta mais vantajosa para além do preço como única referência, em especial por meio da análise do ciclo de vida do produto ou serviço. Já Da Cruz e Pazinato (2022, p. 27) destacam que, com a Lei nº 14.133, de 2021, houve o deslocamento da ideia de que a contratação mais vantajosa seria aquela que apresentasse o menor valor nominal para a concepção de “melhor custo para a Administração Pública”, sendo imperativo considerar “outras questões de cunho econômico, como o custo de utilização, de manutenção, a qualidade e durabilidade, o rendimento e os impactos ambientais”.

O movimento de superação do ‘dogma do menor preço’ trazido pela Lei nº 14.133, de 2021, está diretamente relacionado com a ideia de que a contratação pública deve exercer uma função social e, com isso, é instrumento adequado para promoção de políticas públicas horizontais. Com efeito, apenas é possível pensar em função regulatória da contratação pública se admitida a ideia de que ela serve ao fomento de valores outros que não a busca da proposta com menor preço nominal para a Administração Pública. O culto ao ‘dogma do menor preço’ é, assim, incompatível, lógica e axiologicamente, com a ideia de desenvolvimento nacional sustentável enquanto princípio e objetivo da contratação pública brasileira e com o reconhecimento legislativo da aptidão das licitações e contratos administrativo brasileiros serem utilizados como instrumento de promoção de políticas públicas.

Não há como precisar se o desejo do legislador em transformar a concepção de ‘melhor proposta para a Administração Pública’ tornar-se-á realidade ou será frustrado pelos costumes administrativos arraigados pelo espírito da legislação que antecedeu a Lei nº 14.133, de 2021. Fato é que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativa brasileira valoriza e possui claro intento em transformar as contratações públicas em instrumentos de política econômica, de regulação e de promoção de políticas públicas horizontais.

3 PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES ESTRANGEIROS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS

Em um mundo cada vez mais globalizado, a participação de empresas estrangeiras nas contratações públicas brasileiras mostra-se não apenas uma oportunidade para o Brasil se beneficiar da experiência e tecnologia de outros países, que aumenta a competitividade e estimula o desenvolvimento econômico, mas também questão fundamental para suprir demandas específicas de bens e serviços.

O presente capítulo tem como objetivo principal descrever o regime jurídico das licitações internacionais e a participação de sociedades estrangeiras nas contratações públicas brasileiras. Busca-se detalhar a extensão da incidência do princípio da isonomia nessa área e, com isso, a existência de fundamentos jurídicos, no Brasil, autorizadores do estabelecimento de tratamento diferenciado para bens, serviços e empresas nacionais e do Mercosul.

Para atingir esse objetivo, o capítulo foi organizado em quatro partes distintas. Na primeira parte, foi abordado o desenvolvimento do conceito de licitações internacionais no Brasil, desde suas origens até a sua positivação recente por meio da Lei nº 14.133, de 2021. Na segunda parte, foi realizada uma análise da correlação entre o princípio da isonomia e a presença de sociedades estrangeiras nas contratações públicas brasileiras. A terceira parte foi dedicada à clarificação do regime jurídico da participação de empresas estrangeiras nas contratações públicas, conforme estabelecido pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Por fim, a quarta parte tratou das hipóteses em que a regra do tratamento igualitário entre sociedades nacionais e estrangeiras é excepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 LICITAÇÕES INTERNACIONAIS: CONCEITO E CONTEXTO

Já foi destacado que as contratações públicas se revestem de elevada relevância econômica, representando, em média, 10% (dez por cento) a 15% (quinze por cento) do PIB de um país (Costa, 2021, p. 27). O volume de recursos envolvidos nessas aquisições, aliada à intensificação do fenômeno de globalização econômica, em especial a partir do final do século XX, desperta o interesse de diversas empre-

sas, organizações e Estados ao redor do mundo, dispostos a participar de certames ou atrair para suas licitações contendedores estrangeiros.

Nada obstante a importância conferida ao mercado de contratações públicas em âmbito mundial, durante muito tempo, no Brasil, o tema foi de parca abordagem pela legislação e doutrina nacionais (Pedra, 2003).

No Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, a disciplina das licitações em âmbito internacional era bem reduzida, limitando-se à definição da modalidade de licitação aplicável (artigo 21, §1º), à disciplina da apresentação de documentos na fase de habilitação (artigo 25, §10), à delimitação de hipóteses de exceção à aplicação das regras de licitações brasileiras (artigo 25, §13) e à previsão da necessidade de adequação das cláusulas dos editais às diretrizes da política monetária, de comércio exterior e às exigências dos órgãos competentes (artigo 34) (Brasil, 1986).

A Lei nº 8.666, de 1993, reservou mais dispositivos para tratar do tema das licitações internacionais, mas o fez de modo difuso e não uniforme (Guimarães, Moreira e Torgal, 2015, p. 70).

À semelhança do diploma que a antecedeu, definiu as modalidades licitatórias aplicáveis (artigo 23, §3º), os requisitos de habilitação e qualificação para empresas estrangeiras (artigo 32, §4º) e as hipóteses de afastamento das disposições da lei brasileira. A referida legislação trouxe, em acréscimo, disciplina detalhada dos procedimentos de concorrência quando da participação de empresas estrangeiras no certame, a exemplo da necessidade de previsão, no instrumento convocatório, de condições equivalentes de pagamento entre licitantes brasileiros e estrangeiros (artigo 40, IX), do estabelecimento de procedimentos em caso de cotação em moeda estrangeira, de equivalência de garantias, de equalização de propostas e outros temas específicos (artigo 42) e, por fim, da possibilidade, em “leilões internacionais”, de o pagamento ser feito em até vinte e quatro horas (artigo 53, §3º) (Brasil, 1993).

Sem embargo o avanço no regramento das licitações internacionais, a Lei nº 8.666, de 1993 (e tampouco as Leis nº 10.520, de 2002, e nº 12.462, de 2011) possuía um conceito claro acerca do instituto. A delimitação do que a legislação brasileira consideraria como uma licitação internacional é, conforme Guimarães, Moreira e Torgal (2015, p. 70) dificultada, em razão da ausência de um tratamento uniforme da matéria, pois ora a expressão é empregada para se referir a certames em que há participação de empresas estrangeiras, ora a licitações em que há mitigação das

regras nacionais de licitações e contratos administrativos. Frente a essas circunstâncias, coube aos aplicadores do Direito, por meio da atividade interpretativa, a tarefa de elucidar e delimitar a real compreensão do instituto e o regime jurídico apropriado à sua aplicação.

À míngua de um conceito legal e diante do tratamento difuso da matéria, Schwind (2022, p. 39-42) relata que se formaram, ao menos, cinco correntes doutrinárias diversas – todas passíveis de críticas, segundo o mesmo autor – na tentativa de delimitar a compreensão de ‘licitação internacional’ para o Direito brasileiro.

A primeira vertente entende que seriam internacionais os certames realizados no exterior. O critério, porém, não seria compatível com a legislação, já que não há, na Lei nº 8.666, de 1993 (ou em qualquer outro diploma), exigência ou disposição que dê margem à compreensão de que o caráter internacional de uma contratação decorre de sua realização no estrangeiro (Schwind, 2022, p. 39).

Um segundo grupo de doutrinadores, a exemplo de Furtado (2020, p. 277)⁴², defende ser internacional a licitação cuja divulgação do instrumento convocatório fosse realizada no exterior. Embora reconheça tratar-se de medida pertinente à adequada publicidade da licitação a empresas sediadas fora do Brasil, Schwind (2022, p. 40) atenta que a exigência de publicação do instrumento convocatório fora das fronteiras nacionais não consta no ordenamento jurídico brasileiro.

Uma terceira corrente argumenta que a natureza internacional da licitação está relacionada à origem dos recursos empregados na contratação: sendo provenientes de financiamento ou doação de organismo internacional ou agência de cooperação, o certame seria considerado internacional. Essa concepção é adotada, por Guimarães, Moreira e Torgal (2015, p. 83)⁴³ e por Ribeiro e Pereira (2016, p. 121)⁴⁴.

⁴² Sustenta o autor que “é considerada licitação internacional aquela em que a Administração promove a sua divulgação no exterior, convocando empresas constituídas e regidas por leis de países estrangeiros para participar do certame. Lembramos que em uma licitação normal (que não seja internacional), para a aquisição pela Administração de determinados produtos, nada impede que empresas estrangeiras apresentem propostas. Isto não irá, no entanto, transformá-la em licitação internacional. Somente quando a divulgação do certame for feita no exterior, será ela considerada internacional. Isto impõe, como visto, a adoção, como regra, da concorrência” (Furtado, 2020, p. 277).

⁴³ Neste ponto, cumpre esclarecer que Guimarães, Moreira e Torgal diferenciam a “licitação com participação de empresa estrangeira” e “licitação de âmbito internacional”. Nesta segunda categoria, em que, por serem os recursos financiadores oriundos de fontes externas (organizações internacionais e/ou agências de cooperação), haveria a possibilidade de derrogação das normas brasileiras de licitações em contratos, em prol da aplicação das diretrizes trazidas pelos organismos doadores de recursos. Em relação à primeira categoria, reconhecer-se-ia a sua natureza internacional, na medida que permitisse a participação de empresas que não atuem diretamente no território nacional e, portanto, não possuem a autorização exigida por lei. Haveria na visão dos autores, assim, ao menos duas ‘espécies’ de licitações internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, o que impediria, com a

A crítica a esse posicionamento, para Schwind (2022, p. 40), reside no fato de que a fonte dos recursos não é critério suficiente para caracterização de uma licitação como internacional, considerando que “existem licitações internacionais realizadas total ou parcialmente com recursos obtidos no exterior, bem como licitações também internacionais realizadas com recursos inteiramente domésticos”.

A quarta linha doutrinária confere caráter internacional aos certames que permitem participação de empresas estrangeiras. Parece ser a posição de Marrara e Campos (2017, p. 161)⁴⁵. Por esse critério, as licitações internacionais seriam aquelas em que a concorrência no certame estaria aberta a empresas sediadas no exterior e que, por esse motivo, estariam impedidas de contender nos procedimentos nacionais. Contudo, de acordo com Schwind (2022, p. 41), o critério não se sustentaria, já que a isonomia entre licitantes nacionais e estrangeiros é princípio basilar dos certames organizados pela Administração Pública brasileira:

Não há uma vedação a que empresas estrangeiras participem de licitações nacionais. Qualquer pessoa que preencha os requisitos legais e estabelecidos pelo edital poderá participar do certame. Seria inconstitucional vedar a participação de estrangeiros, assim como era ilegal discriminar licitantes em função da sua nacionalidade, sede ou domicílio, seja à luz da Lei nº 8.666 (artigo 3º, §1º, inciso I), seja sob a Lei nº 14.133 (artigo 9º, inciso I, alínea b).

Uma quinta corrente⁴⁶ defende que a licitação seria internacional quando possível a participação de empresas estrangeiras, sem autorização para funciona-

precisão necessária, a proposição de um conceito de licitação internacional a partir da Lei nº 8.666, de 1993.

⁴⁴ Ribeiro e Pereira (2016, p. 120) reconhecem a discussão doutrinária a respeito do conceito de licitação internacional e adotam, para desenvolvimento da pesquisa “Direito administrativo global, financiamentos internacionais e licitações públicas”, a ideia de que uma licitação é internacional na medida que os recursos para contratação sejam oriundos de financiamento externo.

⁴⁵ Segundo os autores “[...] o exame geral da Lei de Licitações permite sustentar que *licitações internacionais* configuram procedimentos licitatórios marcados pelo objetivo de atrair licitantes brasileiros e estrangeiros”. A impossibilidade de determinação do posicionamento dos autores decorre da ressalva, poucas linhas depois, de que “[...] o fator de diferenciação não reside no grau da ‘abertura’ do certame, mas sim no ‘objetivo’ de atrair estrangeiros, sobretudo os que ainda não atuam no Brasil” (Marrara e Campos, 2017, p. 161-162).

⁴⁶ Embora de maior aceitação no campo da doutrina e dos órgãos de controle, o parâmetro não é isento de críticas. Schwind (2022, p. 42) questiona a suficiência do critério, sustentando estar relacionado à atividade material da empresa, e não à dispensa do cumprimento dos requisitos legais previstos no Código Civil: “O simples fato de o estrangeiro ser contratado pela Administração Pública não dispensava a observância dos requisitos previstos no Código Civil caso sua atuação dependesse de autorização para funcionamento no Brasil. A necessidade ou não de autorização se relacionava na verdade com a atividade material que seria desempenhada pelo estrangeiro, a qual poderia configurar “funcionamento no Brasil”, e não com a natureza jurídica (pública ou privada) do sujeito que o contrata para praticar tal atividade. Do contrário, a empresa estrangeira que firmasse contrato com a

mento no Brasil. É o entendimento de maior aceitação, sendo adotado, por exemplo, por Bittencourt (2000)⁴⁷, Guimarães, Moreira e Torgal (2015, p. 83)⁴⁸, Justen Filho (2019, p. 828) e, também, pelo Tribunal de Contas da União (TCU), conforme se extrai da Decisão nº 607/1994 do Plenário (TCU, 1994)⁴⁹. O parâmetro eleito por essa vertente tem fundamento na interpretação conjunta entre as disposições do Código Civil e da Lei nº 8.666, de 1993.

O regramento da Lei nº 8.666, de 1993, relativo às licitações internacionais volta-se a disciplina de questões específicas dos procedimentos em que admitida a participação de estrangeiros, com vistas a garantir a participação isonômica dessas empresas com as de origem nacional. Já o Código Civil, em seu artigo 1.134, demanda da empresa estrangeira, independentemente de seu objeto, a autorização do Poder Executivo para funcionar no País. Uma vez obtida a autorização, por força do artigo 1.137 do mesmo diploma, a sociedade estrangeira fica sujeita às leis e aos tribunais brasileiros quanto a seus atos e operações praticados no Brasil (Brasil, 2002), o que abrange sua participação em contratações públicas. Não haveria, portanto, necessidade de regulamento jurídico diverso para empresas brasileiras e estrangeiras autorizadas a funcionar no país, porque ambas deveriam obedecer às exigências presentes na legislação brasileira de licitações e contratos, estando equiparadas quanto ao seu tratamento jurídico. As regras diferenciadas para licitações internacionais apenas teriam sentido lógico de existência para empresas estrangeiras que não funcionassem no Brasil, já que aquelas dotadas de autorização do Po-

Administração Pública seria dispensada de um requisito legal somente pelo fato de ser contratada pelo Poder Público, o que não faria sentido”.

⁴⁷ Segundo o autor, seriam licitações internacionais os “[...] procedimentos licitatórios a transcorrer no Brasil, possibilitando a participação, mediante condições estabelecidas no edital, de empresas estrangeiras, com domicílio em outro país (isto é, que não funcionem no Brasil), desde que sujeitas às diretrizes impostas por órgãos responsáveis pela política monetária nacional e de comércio exterior, bem como sob a égide dos diversos outros órgãos que disciplinam a implantação desta política no Brasil” (Bittencourt, 2000).

⁴⁸ Conforme ressaltado anteriormente, os autores aparentam adotar duas concepções de licitações internacionais: uma relacionada à origem dos recursos (que permitiria a não aplicação parcial da legislação brasileira de contratações públicas) e outra concernente à participação de empresas estrangeiras, sem autorização, em licitações.

⁴⁹ Na decisão, o relator, Min. Homero Santos, expressamente diferencia “a) Licitações nacionais em que podem participar todas as empresas em funcionamento no Brasil, inclusive as estrangeiras autorizadas a funcionar no País. [...] b) Licitações Internacionais são as que podem participar empresas internacionais e brasileiras, isoladas ou em consórcios aquelas com estas [...]. Em tais concorrências estão permitidas inclusive as empresas estrangeiras sem autorização governamental para funcionar no Brasil, podendo, por isso mesmo, produzir-se efeitos que ultrapassem os limites do órgão contratante da Administração Pública” (TCU, 1994).

der Executivo se submetem ao mesmo regime jurídico das empresas nacionais (Guimarães, Moreira e Torgal, 2015, p. 77).

Com a edição da Lei nº 14.133, de 2021, a regulamentação difusa e a confusão conceitual do que seria uma licitação internacional à luz da legislação brasileira dá lugar a uma definição legal do instituto. Consta no artigo 6º, inciso XXXV, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Brasil, 2021), que:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] XXXV - licitação internacional: licitação processada em território nacional na qual é admitida a participação de licitantes estrangeiros, com a possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira, ou licitação na qual o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro.

Para Justen Filho (2021, p. 182), a previsão de um conceito legal de licitação internacional possui relevância prática, tendo em vista que delimita normativamente o regime jurídico dessa espécie de certame, que, em algumas oportunidades, demandam o afastamento de algumas regras estabelecidas para licitações nacionais. Confere-se, assim, maior segurança jurídica aos aplicadores da lei, pois o âmbito de aplicação das normas dá-se com fulcro na legislação, e não mais tão somente em interpretações doutrinárias e jurisprudenciais (essas, em especial, muitas vezes pendulares).

De fato, a introdução de um conceito legal de licitações internacionais na Lei nº 14.133, de 2021, teve como efeito reflexo uma maior congruência no tratamento e na compreensão doutrinária do instituto⁵⁰, se comparado com o regime anterior.

Schwind (2022, p. 43-48), sistematizando o conceito do artigo 6º, inciso XXXV, da Lei nº 14.133, de 2021, identifica cinco elementos-chave para caracterização de uma licitação como internacional: a) processamento em território nacional; b) admissão de participação de estrangeiros; c) desnecessidade de o licitante estrangeiro deter autorização para funcionamento no Brasil; d) possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira; ou, ainda, e) existir execução total ou parcial do obje-

⁵⁰ O tratamento mais homogêneo das licitações internacionais não significa a ausência de críticas à definição trazida em lei. Bittencourt (2022, p. 396), por exemplo, entende que o conceito trazido pela Lei nº 14.133, de 2021, conflita, em parte, com a intenção brasileira de adesão ao GPA 2012, por implicar a ideia de que, nas licitações nacionais, não seria permitida a participação de estrangeiros (ao menos daqueles que não dispõem de autorização para funcionamento no País). Já Oliveira (2022, p. 528) e Lima (2023) consideram o conceito legal demasiadamente simplório e, focando somente na alternativa de apresentação de propostas em moeda estrangeira, alheio a circunstâncias outra que poderiam tornar o certame atrativo a licitantes estrangeiros.

to no exterior. Sobre o último elemento, o autor destaca seu caráter complementar em relação aos quatro primeiros, funcionando como uma segunda espécie de licitação internacional.

Desse modo, segundo o artigo 6º, inciso XXXV, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos são igualmente internacionais: a) as licitações realizadas em território brasileiro, com a participação de estrangeiros e a possibilidade de propostas em moeda estrangeira; e b) as licitações em que o objeto deva ser executado, total ou parcialmente, em território estrangeiro, ainda que não presentes os demais requisitos previstos na norma.

Na mesma linha é o posicionamento de Justen Filho (2021, p. 182), que sustenta que a caracterização de uma licitação como internacional pode ocorrer de duas formas: a) possibilidade de apresentação de propostas e, eventualmente, de pagamento em moeda estrangeira; ou b) existir previsão de execução do objeto, no todo ou em parte, em território estrangeiro.

Oliveira (2022, p. 527-528) também defende a existência de duas espécies de licitações internacionais: a) aquela que é realizada em território nacional, admitida a participação de licitantes estrangeiros e a cotação de preços em moeda estrangeira; e b) aquela em que o objeto pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro. Ressalva, porém, em especial quanto à primeira espécie que, “[n]a verdade, o que torna uma licitação internacional é o intuito da Administração licitante de ampliar a competitividade pela atração de atores econômicos estrangeiros” e é, nessa perspectiva, que deve ser compreendido o requisito da oportunidade de cotação de preços em moeda estrangeira.

Já para Bittencourt (2022, p. 395), são quatro os componentes principais do conceito legal: “a) competição deverá ocorrer no Brasil; b) é admitida a participação de estrangeiros; c) é possível a cotação de preços em moeda estrangeira; e d) o objeto poderá ser executado, no todo ou em parte, fora do País”.

Niebuhr (2022, p. 730-731), nada obstante o conceito trazido pela Lei nº 14.133, de 2021, considera internacional a licitação em que há permissão de participação de pessoas estrangeiras não constituídas e não autorizadas a funcionar em território brasileiro. A necessidade de execução, parcial ou total, do objeto em solo estrangeiro, para o autor, é circunstância que, juntamente com a ausência de fornecedores nacionais ou a restrição de competitividade no mercado brasileiro, autorizaria a realização de torneio de âmbito internacional.

Entre os autores consultados, observa-se existir significativa semelhança entre as concepções de licitações internacionais adotadas a partir do regime instituído pela Lei nº 14.133, de 2021. Com base no conceito normativo, os doutrinadores identificam na possibilidade de participação de licitantes estrangeiros, na previsão de condições especiais de cotação de preços em moeda estrangeira e na execução do contrato, parcial ou totalmente, no exterior os critérios distintivos para uma licitação internacional. Não há dissidências substanciais em relação a esses elementos e sua posição fundamental na categorização de uma licitação como internacional. Há maior segurança jurídica na aplicação do regime jurídico particular das licitações internacionais e ficam superados os posicionamentos que defendiam a necessidade de divulgação no exterior, de utilização de financiamento estrangeiro⁵¹ ou de obrigatoriedade de execução do objeto em território estrangeiro (Schwind, 2022, p. 48).

A caracterização do certame como internacional reflete, em especial, na modelagem do procedimento licitatório e do contrato administrativo, que são configurados de modo a prever soluções para a hipótese de participação e contratação de empresas estrangeiras (Justen Filho, 2021, p. 182). Visa-se, com isso, a assegurar a isonomia material do processo competitivo para esses fornecedores.

3.2 O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS

O princípio da igualdade sempre teve tratamento de destaque nas contratações públicas brasileiras. No Decreto-lei nº 2.300, de 1986, constava como um princípio básico da licitação (Brasil, 1986). Com o artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, sem perder sua posição de princípio regente do procedimento licitatório, a garantia de observância do princípio constitucional da isonomia foi promovida a um dos escopos das contratações públicas nacionais (Brasil, 1993). Mesmo *status* foi conferido à igualdade pelo artigo 1º, §1º, inciso IV, e pelo artigo 3º da Lei nº 12.462, de 2011

⁵¹ Legalmente, houve a distinção entre a 'licitação/contratação internacional' e a 'licitação/contratação com financiamento estrangeiro'. A primeira, como visto, tem seu conceito positivado no artigo 6º, inciso XXXV, da Lei nº 14.133, de 2021. A segunda, conquanto não possua definição normativa, está prevista no artigo 1º, §3º, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos brasileira, em disposição que admite, nas licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, certa flexibilização do regime jurídico da Lei nº 14.133, de 2021, em deferência às regras trazidas em acordos internacionais e/ou nos contratos de doação e empréstimo celebrados para obtenção dos recursos.

(Brasil, 2011) e, atualmente, pelo artigo 5º e pelo artigo 11, inciso II, da Lei nº 14.133, de 2021 (Brasil, 2021)⁵².

O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, segundo lição de Mello (2007, p. 37), é “que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais”, devendo, portanto, ser encarado em sua dupla perspectiva: formal e material. O que se impõe não é a impossibilidade de concessão de tratamento diferenciado entre pessoas, mas sim desequiparações fortuitas ou injustificadas. Assim, para que a distinção não ofenda o princípio da isonomia, a partir do elemento diferenciador eleito, o discrimine deve conter justificativa racional e ser compatível com os valores presentes no sistema normativo constitucional, conforme destaca Mello (2007, p. 21-22):

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Dentro das contratações públicas, o atendimento ao princípio-objetivo da isonomia guarda uma peculiaridade relevante: dada sua natureza, os procedimentos de seleção para aquisições administrativas são, por si, discriminatórios. Consoante esclarece Justen Filho (2021, p. 111), “quando a Administração escolhe alguém para contratar, está efetivando uma diferenciação entre os interessados. Em termos rigorosos, está introduzindo um tratamento diferenciado para os terceiros”.

Assim, nas licitações e contratos administrativos, o conteúdo do princípio da igualdade relaciona-se, não a uma vedação absoluta de discernimento entre potenciais contratantes (porque pressuposta pelo próprio procedimento de seleção), mas sim, e com especial intensidade, à proibição de promoção de distinções arbitrárias e infundadas.

⁵² Embora seja a única a não estabelecer qualquer previsão expressa quanto ao princípio da isonomia, a Lei nº 10.520, de 2002, é fortemente marcada pelo princípio da igualdade, como se pode extrair, por exemplo, do artigo 3º, inciso II (veda especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias que limitem a competição) e artigo 5º (preocupado com a possibilidade de exclusão dos pregões de empresas de menor capacidade econômica, proíbe a exigência de garantia, a necessidade de aquisição do edital ou de pagamento de taxas e emolumentos) (Brasil, 2002). De todo modo, na regulamentação federal da modalidade licitatória, há expressa previsão da igualdade como princípio regente, conforme artigo 2º do Decreto nº 10.024, de 2019 (Brasil, 2019).

O princípio-objetivo da igualdade guarda, nas contratações públicas, forte relação com a competitividade e com a busca da melhor proposta para a Administração (Torres, 2021, p. 82). A legitimidade da competição depende que o torneio seja, conforme Garcia (2018, p. 79), “travado em igualdade de condições entre todos os interessados capazes de satisfazer o objeto licitatório”, considerando, em especial, a pluralidade dos valores envolvidos na concepção de ‘melhor proposta para a Administração’ (que, como visto no primeiro capítulo, não está adstrita ao menor preço). Conquanto possua natureza essencialmente discriminatória, o processo de contratação pública não pode ser anti-isonômico.

Com o objetivo de corrigir distorções eventualmente verificáveis nas relações entre Estado e fornecedores, garantindo a isonomia material, é possível que a Administração lance mão de técnicas discriminatórias⁵³ (Di Pietro e Marrara, 2023, p. 32). Por vezes, peculiaridades do objeto, circunstâncias do procedimento ou mesmo decisões políticas fazem com que a lei autorize o tratamento desigual entre contratantes (para além daquele pressuposto pelo próprio processo competitivo). Segundo Justen Filho (2021, p. 115):

Portanto, existem discriminações que o direito permite que sejam praticadas no âmbito de licitações. Essas discriminações podem resultar em benefícios ou em desvantagens para determinadas categorias de licitantes. Não se admitem discriminações fundadas em preferências subjetivas dos administradores.

Algumas das discriminações legítimas envolvem circunstâncias específicas relativas ao objeto licitado. Mas existem outros tratamentos diferenciados que se vinculam a decisões políticas mais amplas. Isso envolve a utilização da contratação administrativa como instrumento de fomento econômico. Em tais hipóteses, o tratamento diferenciado somente é válido porque autorizado por norma legal. Essa questão se relaciona diretamente com a avaliação da vantagem a ser buscada por meio de licitação.

Para ser válido, contudo, as discriminações no âmbito das contratações públicas devem obedecer determinados critérios. De acordo com Schwind (2022, p. 53), a juridicidade do tratamento diferenciado depende do atendimento às seguintes diretrizes: “(i) devem retratar diferenças fáticas que sejam efetivas e reais; (ii) devem

⁵³ Nem toda técnica pró-competitiva é considerada discriminatória. Conforme ensinam Di Pietro e Marrara (2023, p. 32-33) “Inclusão e discriminação não são sinônimas. As técnicas pró-competitivas usadas pelo Estado formam um gênero, que abrange ora medidas de tratamento isonômico formal, ora medidas de desequiparação ou de ação afirmativa. Isso se vislumbra no campo da contratação pública muito facilmente”. Exemplos de medidas pró-competitivas não discriminatórias são a regra do parcelamento do objeto e a possibilidade de prova de qualidade do produto apresentado pela proponente em relação às marcas eventualmente indicadas no edital.

instituir um tratamento discriminatório adequado às diferenças de fato; e (iii) devem retratar valores jurídicos consagrados pelo ordenamento”. Observados esses requisitos, mesmo havendo a promoção de distinção entre potenciais interessados no fornecimento de bens, serviços e obras à Administração, tem-se atendido o princípio-objetivo da isonomia nas contratações públicas.

Observa-se, dessa forma, que a isonomia, nas licitações e contratos administrativos brasileiros, relaciona-se fortemente à ideia de equidade, de busca do tratamento justo dentro do processo administrativo de competição da contratação pública.

Por isso, por exemplo, não há violação ao princípio-objetivo da igualdade (em verdade, até mesmo reforça sua dimensão material), o tratamento diferenciado conferido para MEs e EPPs pela Lei Complementar nº 123, de 2006. Com fulcro em mandamento constitucional (artigos 170 e 179), reconhecendo a dificuldade que possuem na competição com grandes *players* do mercado, as prerrogativas conferidas pelos artigos 42 a 49 do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte para participação de ME, EPPs e entidades a elas equiparadas em contratações públicas objetivam ajudar o desenvolvimento dessas espécies de negócios e, reflexamente, estimular a geração de empregos e o empreendedorismo. Outra hipótese de discriminação, prevista no artigo 26 da Lei nº 14.133, de 2021, e promotora de equidade competitiva, é a possibilidade de previsão de margens de preferência para bens, serviços e empresas brasileiras (Di Pietro e Marrara, 2023, p. 32), com vista ao desenvolvimento de determinados setores econômico-industriais e mercados internos.

O princípio-objetivo da igualdade, e sua relação estreita com a promoção da competitividade, também se manifesta nas disposições relativas à participação de estrangeiros nas licitações brasileiras. Com efeito, conforme destaca Schwind (2022, p. 53-54), em uma primeira dimensão, a isonomia pressupõe o livre acesso de todos os interessados (inclusive estrangeiros) às contratações públicas⁵⁴. Contudo, para alcançar, em plenitude, a concepção de igualdade pretendida pelo legislador isso só

⁵⁴ Para Guimarães, Moreira e Torgal (2015, p. 72) essa dimensão encerra manifestação da isonomia processual a ser dispensada aos licitantes: “[...] o acesso ao mercado público por empresas estrangeiras deve dar-se em termos análogos aos garantidos aos agentes econômicos locais. [...] A toda evidência, a Lei nº 8.666/1993 está a tratar da *isonomia processual* a ser dispensada aos licitantes. Afinal, a licitação é um processo. O art. 37, inc. XXI, da Constituição brasileira é expresso ao consignar isso: ‘processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes’. Está-se se a se tratar de condições processuais de igualdade entre licitantes brasileiros e estrangeiros”.

não basta. A isonomia depende, igualmente, da existência de condições que possibilitem a apresentação de propostas que melhor atendam às necessidades da Administração em termos de qualidade e de preço.

É com base nessa ideia, de possibilitar a participação de empresas estrangeiras e a comparação de suas propostas com aquelas de fornecedores brasileiros, é que o ordenamento jurídico prevê uma série de normas especiais em relação às licitações internacionais (Guimarães, Moreira e Torgal, 2015, p. 73). Criam-se regras particulares, decorrente da condição diferenciada das empresas estrangeiras, para regular em concreto sua participação nas licitações e nos contratos realizados pela Administração Pública brasileira.

3.3 O REGRAMENTO DA LEI Nº 14.133, DE 2021, QUANTO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES ESTRANGEIROS

Conforme pontuado no título precedente, a Lei n. 14.133, de 2021, preocupou-se em trazer em seu texto uma série de regras para regulamentar a participação de fornecedores estrangeiros nas contratações públicas brasileiras.

A necessidade de um regime legal peculiar não significa que o fenômeno deva ser encarado como algo excepcional. Em realidade, a regra é que todas as licitações e todos os contratos administrativos estão abertos a empresas estrangeiras.

O artigo 9º da Lei nº 14.133, de 2021⁵⁵, veda qualquer conduta dos agentes públicos, com exceção daquelas previstas em lei, voltadas a fornecer qualquer espécie de preferência ou de tratamento diferenciado para licitantes e contratantes em decorrência de sua naturalidade (Brasil, 2021).

Essa abertura abrange todo e qualquer tipo de licitação, isto é, não só as internacionais, mas também as nacionais. Trata-se de interpretação extraída do pró-

⁵⁵ A Lei nº 8.666, de 1993, prevê em seu artigo 3º, §1º, disposição menos complexa, mas com conteúdo bastante semelhante: “Art. 3º. [...] § 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, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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; II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991” (Brasil, 1993).

prio texto constitucional que, em seu artigo 37, inciso XXI, determina que os processos de licitação pública devem assegurar igualdade de condições a “todos os concorrentes” (Brasil, 1988). Não havendo justificativa para a exclusão de fornecedores estrangeiros da licitação, qualquer medida nesse sentido contrariaria o texto constitucional e legal, bem como seria prejudicial à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração. Para Schwind (2022, p. 78):

A regra é que os estrangeiros possam participar de qualquer licitação, tanto nacional quanto internacional. Ausente um objetivo compatível com o ordenamento que justifique a vedação à participação de estrangeiros (como o incentivo ao setor nacional de defesa de que trata a Lei nº 12.598), seria inconstitucional – além de incompatível com o artigo 9º, incisos I, b, e II, da Lei nº 14.133 – vedar a participação de estrangeiros em licitações simplesmente pelo fato de não serem nacionais. Basta verificar que a proposta de um licitante estrangeiro pode, em tese, ser a mais vantajosa para a Administração, o que já impõe que seja levada em consideração.

A questão é que, além das preferências destinadas a incentivar o desenvolvimento nacional, certas atividades somente podem ser exercidas por brasileiros ou por empresas controladas por pessoas de nacionalidade brasileira. A legislação nacional, por questões de segurança, dentre outros fundamentos, reserva determinadas atividades a brasileiros. Nesse caso, é cabível vedar a participação de estrangeiros que não poderiam exercer a atividade licitada. Mas fora das hipóteses de vedação legal à participação de estrangeiros, as quais deverão ser compatíveis com valores protegidos pelo ordenamento, não se pode discriminar os licitantes em função de sua nacionalidade.

Embora, em geral, as contratações públicas estejam abertas para empresas estrangeiras, sua participação nas licitações e contratos administrativos brasileiros demanda a observância de alguns requisitos burocráticos adicionais, ora por parte dos próprios interessados ora pelos agentes públicos da contratação. Essas exigências objetivam permitir a presença dos licitantes com sede no exterior nas contratações públicas brasileiras e a comparação de suas propostas com aquelas ofertadas pelos fornecedores domésticos.

No âmbito da habilitação⁵⁶, o tratamento diferenciado a licitantes estrangeiros consiste na necessidade de apresentação de autorização de funcionamento no país e na possibilidade de utilização de documentos produzidos no exterior para comprovação das exigências presentes no instrumento convocatório.

⁵⁶ Nos termos do artigo 62 da Lei nº 14.133, de 2021, “[a] habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação” (Brasil, 2021).

O artigo 66 da Lei n. 14.133, de 2021, prevê que a habilitação jurídica⁵⁷ restringe-se à “comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada”⁵⁸ (Brasil, 2021). O artigo 1.134 do Código Civil exige que as sociedades estrangeiras, para funcionar no Brasil, dependem de autorização do Poder Executivo. De acordo com Guimarães, Moreira e Torgal (2015, p. 75) o verbo ‘funcionar’ referenciado pelo Código Civil significa “a atuação ordinária no território brasileiro com vistas à exploração da atividade econômica que é própria da empresa (isto é, o desempenho concreto da atividade que caracteriza o objeto social)”. É desnecessária a autorização, portanto, em casos de atividade eventual, isolada, pontual ou precária, pois não configurado o ‘funcionamento’ a que alude o artigo 1.134 do Código Civil.

Assim, para o licitante estrangeiro, Justen Filho (2021, p. 804) aponta a existência de dois cenários: a) se a execução do contrato não configurar atuação permanente no Brasil, a habilitação jurídica resume-se à comprovação de sua constituição e de sua situação regular no país de origem; e b) se a sociedade estrangeira exercer atividades de forma permanente no Brasil, além dos documentos de constituição, é necessária também a apresentação do decreto de autorização para funcionamento no país, na forma dos artigos 1.134 a 1.141 do Código Civil.

Em posição parcialmente contrária, Schwind (2022, p. 86-87), utilizando-se da interpretação analógica do artigo 67, §7º, da Lei nº 14.133, de 2021⁵⁹, ressalva que o decreto de autorização para funcionamento no Brasil somente poderia ser exigido do licitante estrangeiro, caso se sagsasse vencedor no certame, já que “do contrário, a própria figura da licitação internacional se tornaria inócua e o mercado brasileiro de compras públicas não estaria efetivamente aberto a outras nações”.

Independentemente do momento de apresentação da documentação, observa-se que, configurada a necessidade de atuação da sociedade estrangeira em terri-

⁵⁷ Nos termos desse dispositivo, a habilitação jurídica “visa a demonstrar a capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações” (Brasil, 2021).

⁵⁸ Disposição semelhante era prevista no artigo 28, inciso V, da Lei nº 8.666, de 1993: “Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em: V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir” (Brasil, 1993).

⁵⁹ Lei nº 14.133, art. 67, §7º: Sociedades empresárias estrangeiras atenderão à exigência prevista no inciso V do *caput* [registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso] deste artigo por meio da apresentação, no momento da assinatura do contrato, da solicitação de registro perante a entidade profissional competente no Brasil” (Brasil, 2021, adicionou-se nota explicativa entre colchetes).

tório nacional para execução do objeto, a formalização do contrato administrativo é condicionada à obtenção de autorização do Poder Executivo para funcionamento.

Ainda no campo da habilitação, o artigo 70 da Lei nº 14.133, de 2021, com o objetivo de facilitar o acesso desses fornecedores ao mercado de contratações públicas brasileiras, autoriza as sociedades sediadas no exterior, que não funcionem no País, a apresentar documentos de habilitação equivalentes àqueles exigidos em edital⁶⁰ (Brasil, 2021).

O âmbito de aplicação da norma é claro: é restrito a empresas estrangeiras que não possuem anuência do Poder Executivo para atuação em território nacional. Sociedades estrangeiras que possuem a autorização estão, nos moldes do artigo 1.137 do Código Civil, sujeitas às leis e à jurisdição brasileira e, portanto, devem comprovar o cumprimento dos requisitos de habilitação e qualificação na mesma forma das empresas nacionais.

Equivalência não significa identidade. Por “documento equivalente”, conforme Schwind (2022, p. 91), entende-se “aquele destinado ao mesmo fim que o documento passível de apresentação pelo licitante brasileiro, ou que contenha as mesmas informações que constariam do documento emitido no Brasil”. O artigo 70 da Lei n. 14.133, de 2021, funciona como norma de conexão (indicativa ou indireta) e remete à aplicação da lei estrangeira. Dessa forma, na avaliação da equivalência de documentos, deve ser considerada a lei do local de constituição da pessoa jurídica, e não a lei brasileira. É dizer, na análise de suficiência dos documentos equivalentes, a Administração deve aferir o cumprimento dos requisitos legais de regularidade presentes na legislação estrangeira. Segundo destaca Bittencourt (2022, p. 504):

Preliminarmente, verifica-se que o dispositivo reconhece a aplicação da lei do local de constituição da pessoa jurídica, ou seja, no que concerne à constituição e ao funcionamento das empresas licitantes estrangeiras não há que se pensar em lei brasileira. Com efeito, na medida em que, para a constituição dessas empresas, a lei estrangeira exija pressupostos similares

⁶⁰ Previsão similar constava no artigo 32, §4º, da Lei nº 8.666, de 1993: “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. [...] § 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” (Brasil, 1993).

aos da lei brasileira, deverá ser promovida a prova de preenchimento dos requisitos correspondentes.

Dessa forma, naquilo que for possível, as empresas estrangeiras demonstrarão condições de habilitação, precipuamente quanto à regularidade jurídica; à aptidão para a [sic] execução do objeto (demonstração técnica); e à qualificação econômico-financeira. [...]

Observa-se que a apresentação de documentos equivalentes depende exclusivamente do ordenamento jurídico de cada país, devendo os julgadores agir e avaliar diante de tal preceito.

De acordo com o artigo 37⁶¹ da IN nº 73, de 30 de setembro de 2022, da Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (diploma regulamentador das disposições da Lei nº 14.133, de 2021), a tradução juramentada e a consularização dos documentos de habilitação e qualificação apresentados pelos licitantes estrangeiros só serão necessárias caso sagre-se vencedor do certame. Para o momento competitivo, é suficiente a tradução livre (Brasil, 2022).

Conquanto formalidades adicionais sejam necessárias para viabilizar a participação isonômica de empresas estrangeiras nas contratações públicas brasileiras, elas não podem onerar essas sociedades de tal forma que configurem barreiras indiretas à abertura do mercado nacional. Por isso, Schwind (2022, p. 90) entende “elogiável” o esforço do legislador em dispensar a tradução juramentada de documentos para a fase competitiva da licitação, “[...] reduzindo exigências burocráticas que na prática serviriam como barreiras à ampla participação no mercado de contratações públicas brasileiras”.

Na mesma linha de princípio, o artigo 67, §4º, da Lei nº 14.133, de 2021, possibilita que a qualificação técnica seja demonstrada por atestados ou outros documentos emitidos por entidades estrangeiras, desde que traduzidos para o português. As sociedades estrangeiras também poderão comprovar o registro ou a inscrição na entidade profissional competente no Brasil, quando necessário, apenas por

⁶¹ IN SEGES/ME nº 73, art. 37: “Quando permitida a participação de empresas estrangeiras que não funcionem no País, as exigências de habilitação serão atendidas mediante documentos equivalentes, inicialmente apresentados em tradução livre. Parágrafo único. Na hipótese de o licitante vencedor ser empresa estrangeira que não funcione no País, para fins de assinatura do contrato ou da ata de registro de preços, os documentos exigidos para a habilitação serão traduzidos por tradutor juramentado no País e apostilados nos termos do disposto no Decreto nº 8.660, de 29 de janeiro de 2016, ou de outro que venha a substituí-lo, ou consularizados pelos respectivos consulados ou embaixadas”. O dispositivo segue a tendência já observada no regime anterior, quando o Decreto nº 10.024, de 2019, em seu artigo 41, também possibilitava a consignação de documentos, apenas com tradução livre, para permitir a competição de licitantes estrangeiros nos certames organizados pela Administração Pública brasileira.

ocasião da assinatura do contrato, nos termos do artigo 67, §7º, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Brasil, 2021).

Essas disposições são inéditas e não estavam presentes no regime jurídico anterior. Em prol da competitividade, houve abrandamento das exigências legais de demonstração de qualificação técnica por parte das sociedades estrangeiras. Contudo, isso não as dispensa, ainda que enfrentem alguma dificuldade decorrente de sua naturalidade, de demonstrar que possuem capacidade técnica para a adequada execução do objeto disputado (Schwind, 2022, p. 98). A Lei nº 14.133, de 2021, equilibrando os objetivos de seu artigo 11, inciso I e II, flexibiliza requisitos. Buscase, assim, o tratamento isonômico dos licitantes estrangeiros e a promoção da justa competição, com abertura das contratações públicas brasileiras a sociedades estrangeiras, sem abandonar a persecução da seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública.

A necessidade de regime jurídico peculiar para a participação de licitantes estrangeiros não se limita à fase de habilitação, impactando também outras etapas do procedimento licitatório. As regras que regulam os certames internacionais estão concentradas no artigo 52 da Lei nº 14.133, de 2021⁶², cuja redação transparece a intenção do legislador em estabelecer a equidade competitiva entre licitantes nacionais e estrangeiros, conferindo a ambos as mesmas oportunidades (Brasil, 2021):

⁶² Na Lei nº 8.666, de 1993, o dispositivo responsável pela regulamentação das licitações internacionais era o artigo 42: “Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes. § 1º Quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro. § 2º O pagamento feito ao licitante brasileiro eventualmente contratado em virtude da licitação de que trata o parágrafo anterior será efetuado em moeda brasileira, à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento. § 3º As garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro. § 4º Para fins de julgamento da 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. § 6º As cotações de todos os licitantes serão para entrega no mesmo local de destino” (Brasil, 1993).

Art. 52. Nas licitações 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, o licitante brasileiro igualmente poderá fazê-lo.

§ 2º O pagamento feito ao licitante brasileiro eventualmente contratado em virtude de licitação nas condições de que trata o § 1º deste artigo será efetuado em moeda corrente nacional.

§ 3º As garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes às aquelas oferecidas ao licitante estrangeiro.

§ 4º Os gravames incidentes sobre os preços constarão do edital e serão definidos a partir de estimativas ou médias dos tributos.

§ 5º As propostas de todos os licitantes estarão sujeitas às mesmas regras e condições, na forma estabelecida no edital.

§ 6º Observados os termos desta Lei, o edital não poderá prever condições de habilitação, classificação e julgamento que constituam barreiras de acesso ao licitante estrangeiro, admitida a previsão de margem de preferência para bens produzidos no País e serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras, na forma definida no art. 26 desta Lei.

O *caput* do artigo 52 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos exige a adequação do edital às regras de política monetária, de comércio exterior e dos órgãos competentes. Na visão de Oliveira (2022, p. 528), ocorrendo em um contexto de comércio exterior, o certame deve levar em conta todos os componentes necessários para ajustar a competição, com especial atenção às normas estabelecidas pelos órgãos nacionais e internacionais responsáveis pela regulamentação das práticas comerciais internacionais, em conformidade com os acordos vigentes.

Elemento fundamental para atração de licitantes com sede no exterior (referido no próprio conceito legal de licitação internacional), a possibilidade de cotação em moeda estrangeira é regulada pelo artigo 52, §1º, da Lei n. 14.133, de 2021. Segundo o dispositivo, se possibilitado ao licitante estrangeiro a cotação de sua proposta em moeda diversa do real brasileiro, deve-se conceder igual oportunidade ao concorrente brasileiro.

A abertura legal de cotação de preços em moeda estrangeira não deve ser interpretada como ampla discricionariedade na escolha da divisa para a realização da oferta, sob pena de impor aos agentes da contratação responsáveis pelas licitações internacionais dificuldade desproporcional na comparação de propostas, sem ganhos substanciais de competitividade. Nesse sentido, para Justen Filho (2021, p. 635), “deve-se interpretar o §1.º no sentido de que o ato convocatório deverá indicar a moeda em que serão formuladas as propostas. Escolhida a moeda estrangeira, todos os licitantes se sujeitarão à mesma regra”.

Os §§3º, 4º e 5º do artigo 52 da Lei n. 14.133, de 2021, corroboram a importância conferida pelo legislador ao tratamento isonômico entre licitantes nacionais e estrangeiros. O objetivo da licitação internacional é atrair empresas concorrentes de outros países para participar do processo de contratação pública. No entanto, isso não significa que a Administração possa oferecer vantagens às empresas estrangeiras durante a licitação (Oliveira, 2022, p. 530). A legislação estabelece que o licitante brasileiro receberá as mesmas garantias de pagamento oferecidas às sociedades estrangeiras (§3º), que as obrigações incidentes sobre as propostas devem estar, de modo claro, especificadas em edital e definidas a partir de estimativas ou médias dos tributos (§4º) e que todas as propostas apresentadas pelos licitantes (independentemente de sua origem) se submeterão às mesmas condições e regras estabelecidas no instrumento convocatório (§5º).

Dentro do contexto do tratamento isonômico entre licitantes nacionais e estrangeiros, o §4º do artigo 52 da Lei nº 14.333, de 2021, aborda a necessidade de 'equalização das propostas', isto é, a colocação, em mesmas bases pecuniárias, das ofertas dos licitantes, com o objetivo de impedir que uma proposta seja avaliada sem levar em conta os custos que afetam a oferta de alguns licitantes, mas não a de outros concorrentes (Oliveira, 2022, p. 531).

Sob o regime anterior, o artigo 42, §4º da Lei nº 8.666, de 1993, previa que, por ocasião do julgamento, "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" (Brasil, 1993).

Conforme relata Schwind (2022, p. 106), muitos doutrinadores, pressupondo que a carga tributária em outros países é menos onerosa que aquela imposta às empresas brasileiras, o que poderia resultar em desvantagem para as licitantes nacionais no processo competitivo, sugeriam que a solução dada pelo dispositivo seria aplicar a regulamentação tributária brasileira aos preços dos concorrentes estrangeiros. A proposição enfrentava obstáculos práticos⁶³ e contrariava a própria lógica de

⁶³ Schwind (2022, p. 108-111) elenca como óbices a essa linha de interpretação: a) a impossibilidade de simular a 'carga tributária brasileira', dada a impossibilidade de ter 'certeza absoluta' sobre seu impacto sobre o preço final ofertado à Administração Pública (em especial considerando os tributos indiretos que incidem durante a cadeia de produção); b) a possibilidade de emprego de mecanismos de elisão fiscal por fornecedores nacionais, impedindo logicamente a definição de uma 'carga tributária em tese' que incidisse da mesma forma sobre qualquer licitante brasileiro e estrangeiro; c) erro de premissa em pressupor que a carga tributária estrangeira é, necessariamente, mais benéfica que a

que a promoção de uma licitação internacional é voltada à atração de fornecedores estrangeiros (Oliveira, 2022, p. 531).

A despeito dessas interpretações, prosperou, no âmbito do TCU⁶⁴, a tese de que o escopo do artigo 42, §4º da Lei n. 8.666, de 1993, é estabelecer que as propostas dos licitantes nacionais e estrangeiros estejam nas mesmas bases tributárias, permitindo a comparação entre elas. Assim, na elaboração de sua proposta, o licitante estrangeiro deveria considerar os tributos incidentes sobre suas operações e receitas⁶⁵, sob pena de ter de arcar com os valores por meio de sua margem de lucro ou ter sua proposta considerada inexecutável (Justen Filho, 2019, p. 983). A visão prevalecente confere ao artigo 42, §4º da Lei nº 8.666, de 1993, perspectiva de norma promotora da isonomia entre licitantes estrangeiros e brasileiros, e não de disposição de proteção aos fornecedores nacionais.

A regra do §4º do artigo 52 da Lei nº 14.133, de 2021, é mais simples e determina que eventuais gravames incidentes sobre as propostas do fornecedor internacional deverão constar em edital. Com isso, segundo Justen Filho (2021, p. 638), a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos “superou as dificuldades verificadas sob a égide da Lei 8.666/1993” quanto à equalização das propostas. Para Bittencourt (2022, p. 403), a regra do §4º “tenta sepultar a descabida concepção de que, para a ‘equalização’ de propostas de licitantes estrangeiros, dever-se-ia nelas

brasileira; d) necessidade de detalhado levantamento contábil para definir a carga tributária incidente sobre cada licitante, de cada nacionalidade; e) desconsideração do objetivo de busca pela proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

⁶⁴ No Acórdão n. 2238/2013, do Plenário TCU, decidiu-se que “A ausência, em edital de licitação internacional, de previsão de equalização das propostas ofertadas por licitantes nacionais e estrangeiros configura desobediência aos princípios da isonomia, da eficiência e do julgamento objetivo da licitação, previstos no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal c/c o art. 42, §§ 4º e 5º, da Lei 8.666/1993”. A necessidade de que as propostas de licitantes nacionais e estrangeiros estejam nas mesmas bases tributárias transparece na seguinte passagem: “a comparação de preços das licitantes estrangeiras e nacionais, em bases tributárias e de custos totalmente distintas, sem a devida equalização, a exemplo do previsto na licitação em comento, importa em violação aos princípios da isonomia, do julgamento objetivo e da obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, devendo, portanto, ser repellido por este Tribunal” (TCU, 2013)

⁶⁵ Mesmo sentido de ‘equalização de propostas’, no regime da Lei nº 8.666, de 1993, é defendido por Schwind (2022, p. 111-112), “Entendíamos que a melhor interpretação do §4º do artigo 42 da Lei nº 8.666 era a de que somente se podia realizar a equalização se a proposta do licitante estrangeiro provocar algum custo adicional à *Administração Pública contratante*, que não exista para o caso de se contratar um licitante brasileiro. O objetivo primordial da regra, portanto, era permitir uma comparação adequada das propostas, verificando-se qual era aquela que efetivamente proporciona maior vantajosidade à Administração Pública contratante. [...] Um exemplo pode esclarecer o que se afirma aqui. Suponha-se que a proposta do licitante estrangeiro envolva a importação do produto que será fornecido à Administração. Essa importação envolve determinados encargos tributários (imposto de importação, IPI, PIS/COFINS, ICMS), que necessariamente incidirão no custo final do produto. Nesse caso, a Administração não poderia deixar de considerar a incidência de tais encargos” (destaques no original).

acrescentar a carga tributária nacional”. Eventuais encargos relacionados à execução do contrato serão previstas no instrumento convocatório pela Administração e caberá aos licitantes interessados observá-los na formulação de suas propostas, viabilizando a comparação dos valores finais de maneira isonômica entre licitantes nacionais e estrangeiros e assegurando a contratação da proposta mais vantajosa pela Administração Pública (Schwind, 2022, p. 119).

A Lei nº 14.133, de 2021, não se ocupou apenas de estabelecer um regime de formalidades com vistas a atrair fornecedores estrangeiros e garantir a competição equânime com os licitantes nacionais. Alguns entraves burocráticos, outrora presentes na Lei nº 8.666, de 1993, foram retirados na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos para facilitar o acesso de sociedades sediadas no exterior nas contratações públicas brasileiras. Foram eliminadas: a) a necessidade de representação legal, com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente, no Brasil, antes presente no artigo 32, §4º, da Lei nº 8.666, de 1993⁶⁶; e b) a proibição de que empresas estrangeiras sejam líderes em consórcios, exigência outrora constante do artigo 33, §1º, da Lei nº 8.666, de 1993⁶⁷.

3.4 EXCEÇÕES LEGAIS AO TRATAMENTO ISONÔMICO E À PARTICIPAÇÃO DE CONTRATANTES ESTRANGEIROS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS

As licitações promovidas pela Administração Pública brasileira e seus entes subnacionais devem ser abertas para licitantes independentemente de sua nacionalidade e, dentro do processo de contratação, fornecedores nacionais e estrangeiros devem ser tratados de forma isonômica.

⁶⁶ Lei nº 8.666, art. 32, §4º: “As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente”. Sem embargo, Schwind (2022, p. 99) ressalva que “[...] não nos parece que seria indevido exigir no edital do certame que o licitante estrangeiro constitua representante no território brasileiro, inclusive com poderes para receber citação e responder administrativa e judicialmente. Primeiro, porque na prática será necessário haver um representante que interaja com a Administração ao longo do certame. Segundo, porque a constituição de um representante, além de não apresentar dificuldades, acaba facilitando a atuação do licitante estrangeiro que não tenha sede ou filial no Brasil”.

⁶⁷ Lei nº 8.666, art. 33, §1º: “No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo” (Brasil, 1993).

Sem embargo, o ordenamento jurídico brasileiro flexibiliza a igualdade entre licitantes domésticos e estrangeiros em três situações: a) limitação de acesso quando o objeto se refere a atividades restritas a brasileiros; b) margens de preferência; e c) utilização da nacionalidade como critério de desempate⁶⁸.

3.4.1 Atividades restritas a brasileiros

A primeira limitação ao tratamento isonômico e ao acesso de licitantes estrangeiros ao mercado de compras públicas brasileiras dá-se em relação a atividades restritas a fornecedores brasileiros.

Segundo destaca Justen Filho (2021, p 239), algumas atividades só podem ser exercidas por brasileiros ou empresas controladas por brasileiros, de modo que é possível haver restrições nesse sentido, desde que estejam previstas em lei e sejam compatíveis com os princípios fundamentais da Constituição.

Com base em levantamento realizado por Motta (2011, p. 379-383)⁶⁹ podem ser citados como exemplos de atividades, cujo exercício é exclusivo de brasileiros ou de empresas nacionais: a) transporte doméstico pelos meios aquaviário e terrestre, nos moldes do artigo 29 da Lei nº 10.233, de 05 de julho de 2001; b) área energética, conforme artigo 39 da Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, que obriga a empresa estrangeira a constituir, caso vencedora de licitação, empresa segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País; c) concessões florestais, em consonância com o artigo 19, §1º, da Lei nº 11.284, de 2006; d) assistência à saúde, conforme artigo 199, §3º, da Constituição, salvo nos casos previstos no artigo 23 da

⁶⁸ As três exceções legais à participação de licitantes estrangeiros em contratações públicas brasileiras consistem em espécies do gênero “medidas de preferência local”. Segundo Fernandes (2022, p. 49), são consideradas preferências locais “[...] qualquer medida, seja ela geral ou adotada no âmbito de um concreto procedimento pré-contratual, que tenha por objeto e/ou efeito potencial a discriminação de operadores económicos, bens ou mão-de-obra em função de um critério geográfico ou de proximidade – que pode ser de âmbito nacional, regional ou local –, independentemente de sua exata configuração e inserção no procedimento adjudicatório”. A Lei nº 14.133, de 2021, limitou-se a prever regras de preferências locais de abrangência nacional, conquanto, no texto encaminhado para sanção presidencial, constasse no artigo 26, §§3º e 4º, a possibilidade de preferência a empresas com sede no local do ente responsável pela contratação. As disposições foram retiradas do texto, sob fundamento de sua inconstitucionalidade, com o que concorda a doutrina brasileira majoritária (por todos, ver Justen Filho, 2021, p. 434). Acredita-se, porém, que o estabelecimento de margens de preferência para empresas regionais não deve, de plano, ser descartada ou considerada inconstitucional, em especial no âmbito do *‘food procurement’* (Fernandes, 2022, p. 122-126).

⁶⁹ Embora a listagem apresentada tenha sido embasada em pesquisa realizada por Motta (2011), realizou-se sua atualização, com supressão dos exemplos cuja previsão legal foi suprimida ou modificada.

Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990; e) empresas jornalísticas e empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens, na forma do artigo 222 da Constituição; e f) empresas de mineração e de energia hidráulica, nos termos do artigo 176, §1º, da Constituição.

Ademais, no âmbito da Lei nº 14.133, de 2021, pode-se citar o artigo 26, §7º que, em contratações públicas para instalação, manutenção e melhoria de sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos pelo Poder Executivo federal, autoriza a restrição das licitações a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no Brasil, produzidos de acordo com o processo produtivo básico previsto na Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001 (Brasil, 2021).

Para Schwind (2022, p. 56), é possível admitir a constitucionalidade dessas regras que estabelecem proibições legais à participação de estrangeiros em contratações públicas no Brasil, contanto haja conexão direta entre a restrição e a proteção dos interesses nacionais, mesmo que isso possa resultar em custos mais elevados para o erário em comparação com a contratação de um licitante estrangeiro.

Nas hipóteses previstas no ordenamento jurídico, portanto, há possibilidade de restrição de acesso de estrangeiros às contratações públicas brasileiras.

3.4.2 As margens de preferência

A segunda exceção à regra de isonomia de tratamento entre licitantes nacionais e estrangeiros dá-se em relação à possibilidade de previsão de margens de preferência para bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, nos termos do artigo 26, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021.

As margens de preferência são definidas por Justen Filho (2021, p. 427) como o benefício consistente “[...] na fixação de uma margem a ser calculada sobre o valor da melhor proposta que não satisfaça os requisitos para o tratamento preferencial”. Trata-se, assim, de autorização legal para a contratação de propostas com valores mais altos, desde que, preenchidos os requisitos necessários à concessão da vantagem, estejam dentro de um limiar percentual específico.

Segundo o artigo 26, §1º, a margem de preferência deverá ser definida em decisão fundamentada do Poder Executivo Federal, será de até 10% (dez por cento) sobre o preço de outros bens e serviços — com possibilidade de extensão para até 20% (vinte por cento) para os bens manufaturados nacionais e serviços nacionais

definidos em regulamento do Poder Executivo Federal como resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no Brasil — e, havendo reciprocidade prevista em tratado internacional devidamente incorporado, poderá ser estendida para bens manufaturados e serviços originários de Estados Partes do Mercosul. Por outro lado, de acordo com o artigo 26, §5º, a margem de preferência não pode ser aplicada aos bens e serviços nacionais se a capacidade de produção ou de prestação de serviços no país for inferior à quantidade a ser adquirida ou contratada ou aos quantitativos fixados em razão do parcelamento do objeto da contratação (Brasil, 2021).

Conforme relata Bittencourt (2022, p. 284), originalmente, o ordenamento jurídico brasileiro proscovia, de forma genérica, a concessão de preferências nas contratações administrativas. De modo gradativo, porém, esse paradigma foi sendo quebrado: a) inicialmente, com a Lei nº 8.248, de 1991, revisada pela Lei nº 10.176, de 2001, que previa concessão de preferência aos bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País ou desenvolvidos de acordo com o Processo Produtivo Básico (PPB); b) em seguida, com a LC nº 123, de 2006, estabelecendo o tratamento diferenciado para MEs e EPPs; e, c) finalmente, com a MP nº 495, de 2010, convertida na Lei nº 12.349, do mesmo ano, que, com inspiração em normas estrangeiras (em especial o *Buy American Act*, de 1978, e o *American Recovery and Reinvestment Act*, de 2009), passou a admitir a previsão de preferências nas contratações administrativas brasileiras para a promoção de políticas públicas de fomento do desenvolvimento econômico. Desde então presentes na Lei nº 8.666, de 1993, a política do *'buy brazilian'*, instrumentalizada pelas margens de preferência, foi reproduzida pela Lei nº 14.133, de 2021.

A adoção de margens de preferência constitui exemplo do uso indireto das contratações públicas. A medida objetiva promover a utilização das licitações como um mecanismo de fomento à indústria e ao desenvolvimento nacional (Justen Filho, 2021, p. 424). Dentro dos mecanismos de promoção de políticas públicas horizontais, o estabelecimento de margens de preferência é qualificado como uma *'solução intralicitatória'*⁷⁰. É norma geral (e, portanto, possui abrangência nacional, podendo

⁷⁰ Segundo Justen Filho (2021, p. 425), o uso indireto da contratação pública possui duas “alternativas teóricas” para sua consecução. A primeira é pela via das soluções extralicitatórias, que correspondem “[...] à implementação de políticas amplas, em que a persecução do interesse nacional envolva um conjunto de providências desvinculadas de alguma contratação administrativa específica. Nesse caso, as atividades econômicas compatíveis com o desenvolvimento nacional sustentável recebem tratamento jurídico mais favorável, que resultam em custos mais reduzidos”. A licitação segue seu curso norma, sendo “julgada segundo os critérios usuais, sem inovações ou peculiaridades”.

ser utilizadas nas contratações públicas conduzidas por qualquer ente federativo) e não auto-executória (depende de regulamentação por parte do Poder Executivo para sua implementação).

Nesse cenário, a existência de mecanismos de avaliação do ciclo de políticas públicas implementadas por meio de margens de preferência mostra-se fundamental. Conforme destacam Coelho, Lolli e Bitencourt (2022, p. 34), considerando a perspectiva crítica do constitucionalismo contemporâneo, torna-se cada vez mais crucial que as atividades governamentais sejam transparentes e adequadamente avaliadas, a fim de garantir a conformidade com ideias de responsividade. Além disso, essa transparência é relevante para identificar representações falsas e espetacularizações relativas à implementação de políticas públicas.

Embora a previsão de margens de preferência em contratações públicas remonte à Lei nº 8.666, de 1993, a política é encarada com ceticismo por muitos autores, sobretudo diante das dificuldades de aferir sua eficiência na promoção dos fins a que se destina.

Como mecanismo de fomento de determinados setores, a instituição de margens de preferência é (ou deveria ser) provisória. Por essa razão, conforme Rauen (2016), a política pública requer avaliações antecipadas (*ex-ante*) para estabelecer os setores e os limites dos benefícios, bem como avaliações posteriores (*ex-post*) para garantir transparência, monitoramento e permitir alterações na sua implementação. Segundo o pesquisador, porém, a realidade evidencia “desafios para a realização de um estudo abrangente de avaliação dos impactos da política de margens de preferência”.

A dificuldade em se efetuar análises sobre os efeitos das margens de preferência sobre as contratações públicas é percebido pelo estudo Avaliação de Impacto das Margens de Preferência nas Compras Governamentais, produzido pela Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda, em 2015. A partir de dados colhidos no período compreendido entre 2012 e 2015, observou-se que, nas licitações em que adotada a margem de preferência, em somente 4,4% dos itens (correspon-

As medidas extralicitatórias contrapõem-se às ‘soluções intralicitatórias’, nas quais a adoção de margens de preferência se insere. O autor aponta que, nessa segunda categoria, “adota-se um critério de julgamento discriminatório, prevendo margens para a proposta orientada ao desenvolvimento nacional sustentável” e que, nesse caso, “[...] produz-se-ia uma forma de alteração da função da licitação. Não se trata apenas de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, sob o prisma da economicidade ou da técnica. Nem se pretende assegurar a igualdade absoluta de tratamento entre potenciais competidores. A licitação torna-se orientada a outros fins”.

dente a 10,53% do valor arrematado) houve adjudicação a licitantes nacionais e que o custo adicional foi de R\$ 62,416 milhões. Contudo, ao final do relatório o órgão governamental apontou que: a) os exercícios econométricos realizados não conseguiram detectar uma diminuição nos preços das compras públicas como resultado da política de margens de preferência; e b) não ser possível associar o aumento da produção e do emprego constatado no período direta e exclusivamente aos efeitos das margens de preferência (Brasil, 2015, p. 108-112).

São esses desafios na mensuração da eficácia das margens de preferência é que conduzem a autores como Torres (2021, p. 190), Montenegro Neto e Blanchet (2017, p. 277-278)⁷¹, Rosilho e Braga (2016)⁷², Pércio e Ramos (2012, p. 62), dentre tantos outros, a lançarem críticas sobre políticas dessa espécie. A adoção de medidas protecionistas, priorizando a contratação de produtos e serviços específicos, sob a justificativa de que isso contribuiria para o fortalecimento econômico do país, acaba, segundo Torres (2021, p. 190) sendo uma “verdade relativa”, já que o único efeito certo da aplicação das margens de preferência é o aumento dos custos das contratações públicas:

A ideia de estabelecer margem de preferência para produtos e serviços nacionais está fincada na lógica protecionista e intervencionista, que prioriza a atuação do Estado na economia. As margens de preferência buscam priorizar a contratação de determinados produtos ou serviços, sob o fundamento de que isso auxilia a economia do país. É um raciocínio questionável, uma verdade relativa. Se, por um lado, beneficiando produtos e serviços nacionais, por exemplo, pode haver estímulo ao crescimento de nossas empresas e geração de empregos no país, por outro lado, aumenta-se o custo das

⁷¹ Lançando críticas sobre a utilização de margens de preferência nas contratações públicas a partir da Análise Econômica do Direito, Montenegro Neto e Blanchet (2017, p. 277-278) defendem que “[...] sob a ótica da Análise Econômica do Direito, sobretudo, o critério de eficiência de Kaldor-Hicks, constata-se que a política pública de margens de preferência não atingiu os meios mais eficientes para, através das licitações, atender ao propósito do pleno desenvolvimento nacional sustentável”, propondo “que, para o cumprimento do princípio da eficiência, o administrador brasileiro deve aprimorar a compreensão cabal da margem de preferência em licitações, principalmente, no tocante às compras que podem contribuir para o desenvolvimento sustentável nacional. Para isso, pode-se criar regras mais claras e publicizar com mais afinco a utilização desse instrumento de licitação, como por exemplo, concedendo discricionariedade ao legislador estadual e municipal para defini-las em favor de produtos e serviços localmente vocacionados ou, ainda, em situações excepcionais, bem como mecanismos de melhor acompanhamento da eficiência das margens de preferência”

⁷² Rosilho e Braga (2017), frente as dificuldades enfrentadas pelos órgãos públicos na mensuração dos benefícios advindos da política de instituição de margens de preferência e dos elevados custos na sua implementação (não só financeiros, mas também burocráticos), defendem a necessidade de reforma ou mesmo de revogação do modelo: “O momento é de reflexão sobre os rumos da política de estímulo à produção doméstica de bens e serviços por meio do poder de compra do Estado. O objetivo é nobre e o mecanismo pode ser interessante em contextos específicos. Mas, como dizem por aí, o diabo mora nos detalhes. Talvez seja preciso ajustar o modelo para que o custo (financeiro, de burocracia e de complexidade) inerente ao sistema de margem de preferência realmente valha a pena. Ou talvez devamos simplesmente revogá-lo”.

contratações e do próprio Estado, o que é um fator asfixiante para o crescimento da economia e, por conseguinte, das nossas empresas.

De qualquer forma, pode-se apontar vantagens e desvantagens, na adoção das margens de preferência. A vantagem, para a sociedade, é um pretensão beneficiamento ao empresariado nacional ou a tipos de produtos estratégicos, utilizando o poder de compra do Estado como instrumento de fomento ao crescimento das empresas, geração de emprego, desenvolvimento sustentável e crescimento econômico. Em contraponto, a importante frisar que deve haver o devido planejamento dessas medidas, sob pena de subvertelas apenas em aumento do custo estatal e acomodação competitiva das empresas nacionais, gargalos ao próprio crescimento econômico.

A adoção de medidas protecionistas em contratações públicas não é, contudo, uma realidade exclusivamente brasileira. Miranzo-Díaz (2020, p. 374) relata a utilização de políticas de preferência para aquisição de produtos nacionais na Argentina, na Austrália e, principalmente, na China⁷³. O incremento na utilização de práticas dessa natureza remonta à crise financeira de 2008, que abriu portas para o fortalecimento do nacionalismo e do populismo. Nesse contexto, conforme sustenta Porto (2019, p. 30), o emprego de medidas protecionistas, a exemplo das margens de preferência, são mais fáceis (política e administrativamente) e mais baratas⁷⁴ que as demais alternativas existentes para aumento da produtividade econômica interna (investimento em educação e infraestrutura, reformas estruturais, etc).

⁷³ Miranzo Díaz (2020, p. 357) sustenta que, além das barreiras tradicionais, por meio do estabelecimento de cotas preferenciais para aquisição de produtos e de serviços de origem nacionais, voltam a tornar-se comuns as barreiras indiretas, adotadas, por exemplo, em Chile e Israel, mediante o estabelecimento de exigências burocráticas exageradas às sociedades estrangeiras interessadas em participar de procedimentos licitatórios: “Como exemplo, podemos observar que a Argentina aplica preferências de preço para bens domésticos em contratações públicas; a Austrália não adotou o princípio de não discriminação como um princípio-chave e mantém medidas discriminatórias nessa área; no Brasil, empresas estrangeiras devem estar legalmente estabelecidas no Brasil para participar de licitações nacionais e há uma margem de preferência para bens e serviços nacionais de até 25%; na China, existe uma política agressiva de ‘buy Chinese’ que, em princípio, permite apenas empresas chinesas concorrerem em licitações públicas; lances estrangeiros são permitidos excepcionalmente. Todos esses exemplos impõem alguma preferência nacional ou cota que limita explicitamente o acesso de empresas estrangeiras a contratos públicos. Esses exemplos são, por assim dizer, barreiras regulatórias diretas ou *de jure*. No entanto, possíveis barreiras podem ser menos visíveis, como medidas indiretas, a exemplo de requisitos burocráticos. No Chile, por exemplo, o processo para entrar no registro de contratos públicos é excessivamente burocrático. Os obstáculos incluem obter o reconhecimento de qualificações acadêmicas para trabalhadores, a necessidade de produzir numerosos documentos notariados (por exemplo, certificados de boa conduta dos trabalhadores, certificação de projetos anteriores) e obter um número de identificação fiscal local. Em Israel, os avisos em inglês de licitações internacionais são publicados apenas em formato impresso em jornais em inglês de Israel e não estão disponíveis online.”

⁷⁴ Para Porto (2019, p. 30-31) as medidas protecionistas possuem maior facilidade de atingirem os objetivos desejados, porque medidas simples e de baixo custo como a limitação de importações ou a elevação dos tributos alfandegários acabam por possibilitar a substituição dos produtos estrangeiros por nacionais de forma rápida. A medida carece de elevados investimentos em formação profissional, apoio tecnológico ou promoção de venda a mercados externos, por exemplo. Ademais, em geral, são medidas que acabam contemplando interesses de grupos politicamente organizados.

Sem embargo as dificuldades de apurar a eficiência das margens de preferência sobre o mercado interno nacional no regime jurídico da Lei nº 8.666, de 1993, o Brasil seguiu a tendência internacional de promoção das contratações de empresas nacionais por meio de margens de preferência, mantendo e valorizando essa política na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Até a data de encerramento deste trabalho, o artigo 26 da Lei nº 14.133, de 2021, ainda se encontra pendente de regulamentação e não há previsão precisa da edição do ato infralegal pelo Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos⁷⁵, o que impede o conhecimento acerca da extensão e das características que as margens de preferência terão sobre as contratações públicas brasileiras no novo regime.

Ao lado da disciplina do regime jurídico das margens de preferência nas licitações brasileiras, o artigo 26 da Lei nº 14.133, de 2021, em seu §6º, estabeleceu a possibilidade de as contratações públicas preverem medidas de compensação (*offsets*). São institutos diversos que, embora previstos no mesmo dispositivo legal, não se confundem.

As medidas de compensação ou *offsets*, de acordo com Schwind (2022, p. 66), são “[...] toda e qualquer prática compensatória acordada entre as partes como condição para importação de bens, serviços e tecnologia, com a intenção de gerar determinados benefícios de natureza industrial, tecnológica ou comercial”. É, em outros termos, “[...] uma prestação adicional exigida do particular que se sagra vencedor da licitação” (Justen Filho, 2021, p. 436).

A medida de compensação não necessita relacionar-se ao objeto contratual⁷⁶, mas deve apresentar utilidade e relevância para a Administração. Para não vulnerar a isonomia, os *offsets* não devem ser utilizados para avaliação comparativa das propostas. Sendo uma condição imposta pela Administração, deve ser aceita por todos os licitantes interessados, de modo que, se não prevista na proposta, o

⁷⁵ Informações constantes do documento “Lista de atos normativos e estágios de regulamentação da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021”, do Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos (Brasil, 2023).

⁷⁶ Schwind (2022, p. 69) aponta que existem dois tipos de compensação: a) direta: “envolve bens e serviços diretamente relacionados com o objeto do contrato de importação”. É o que ocorre, por exemplo, em uma avença na qual o fornecedor estrangeiro se compromete a entregar determinados bens (aeronaves, por exemplo) e, ao mesmo tempo, promove medidas de transferência de tecnologia para capacitar o comprador a fabricar o mesmo tipo de bem”; e b) indireta: “não há relação direta entre os bens e os serviços e o objeto dos contratos de importação. Como exemplo, pode ser citado o contrato em que o fornecedor de determinado bem (por exemplo, um helicóptero) se compromete a realizar a assistência técnica de outro bem se qualquer relação com aquele que será fornecido”.

contendente deve ser desclassificado do certame e, se não cumprida após a assinatura do contrato, sancionado o contratado (Justen Filho, 2021, p. 436).

O artigo 26, §6º, da Lei nº 14.133, de 2021, é, também, norma geral, sendo passível de utilização por qualquer ente federativo em suas licitações, e igualmente necessita regulamentação pelo Poder Executivo federal para sua plena aplicação.

Contrariamente às margens de preferência, porém, as medidas de compensação destinam-se, em geral, a empresas estrangeiras. No Brasil, seu emprego dá-se em especial nas contratações públicas do setor de defesa (Bittencourt, 2023, p. 118) e aeronáutico (Schwind, 2022, p. 71). Isso se dá porque os *offsets* são outro exemplo de uso indireto das contratações públicas para promoção de objetivos de política macroeconômica, notadamente de transferência tecnológica à indústria nacional. Conforme ressalta Schwind (2022, p. 66-67):

O *offset*, portanto, é uma prática adotada pelo Estado Brasileiro que tem por *objetivos*: (i) promover o crescimento tecnológico e qualitativo da indústria nacional, (ii) fomentar a indústria nacional para ampliar a sua competitividade em nível internacional, (iii) ampliar o mercado de trabalho brasileiro mediante a criação de oportunidades de emprego de alto nível tecnológico, (iv) obter recursos externos diretos e indiretos para elevar a capacitação industrial e tecnológica brasileira e (v) incrementar a nacionalização e a progressiva independência do mercado externo.

Em última análise, pelas práticas de compensação (*offset*), o Estado Brasileiro utiliza seu “poder de compra” para negociação de práticas compensatórias a certos objetivos de política macroeconômica.

Bittencourt (2023, p. 120) destaca que as medidas de compensação têm sido implementadas em vários países devido à sua eficácia como ferramenta não apenas para criar alternativas que permitam maior inserção internacional, mas também para fortalecer a tecnologia e impulsionar o desenvolvimento industrial. Atento ao movimento, a Lei nº 14.133, de 2021, buscou ampliar a aplicação desse instrumento nas contratações públicas brasileiras para além dos setores em que usualmente empregada, mediante a previsão do artigo 26, §6º.

3.4.3 A nacionalidade como critério de desempate

A última exceção ao tratamento isonômico entre empresas nacionais e estrangeiras é a possibilidade de consideração da nacionalidade do licitante como cri-

tério supletivo de desempate, nos termos do artigo 60, §1º, da Lei nº 14.133, de 2021.

Em caso de empate entre duas ou mais propostas, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê quatro critérios para desempate: a) disputa final, com apresentação de novas propostas; b) avaliação do desempenho contratual prévio; c) desenvolvimento de ações de equidade de gênero no ambiente de trabalho; e, d) existência de programa de integridade.

Somente se persistindo o empate, é que incidirá o critério geográfico, dando-se preferência, sucessivamente, para: a) empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, quando a licitação for conduzida por órgão ou entidade municipal, no território do Estado em que o município esteja situado; b) empresas brasileiras; c) empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no Brasil; e d) empresas que comprovem práticas de mitigação, na forma da Lei da Política Nacional sobre Mudança do Clima (Brasil, 2021).

Considerando que o elenco trazido pelo artigo 60 da Lei nº 14.133, de 2021, é sucessivo, a nacionalidade do licitante é apenas o sexto critério de desempate. Em razão disso, Justen Filho (2021, p. 762) entende que, junto dos demais parâmetros previstos no §1º do dispositivo, consistem em “[...] previsões destituídas de relevância prática, podendo-se presumir que nunca haverá situação em que o empate seja mantido depois da aplicação dos incisos do dispositivo”.

4 O ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC: O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS HORIZONTAIS

Embora tenha grande relevância econômica, o mercado de contratações públicas nem sempre recebeu a devida atenção das organizações responsáveis pela regulamentação do comércio internacional. No entanto, a Rodada de Tóquio marcou o início da construção de um sistema jurídico internacional sobre o assunto, de modo que atualmente é possível falar em um ‘Direito Administrativo Internacional (ou Global) dos Contratos Públicos’. Apesar de ser composto por vários diplomas, a doutrina majoritária atribui ao GPA 2012 — acordo plurilateral sobre contratações públicas da OMC — o lugar central nesse microssistema de normas, devido à sua ampla abrangência territorial, efetividade jurídica e capacidade de inspirar outros instrumentos internacionais sobre o assunto.

O objetivo deste capítulo é investigar o conteúdo do princípio da não discriminação no âmbito do GPA 2012 da OMC, bem como suas implicações para a participação de países em desenvolvimento no Acordo e a viabilidade do uso de políticas horizontais pelos signatários no contexto das contratações públicas. Dividido em quatro partes, o capítulo apresenta a seguinte estrutura: na primeira, é fornecido um histórico sobre a regulamentação das contratações públicas no sistema de comércio internacional. A segunda aborda os principais aspectos do GPA 2012, com ênfase no princípio da não discriminação. A terceira concentra-se no regime jurídico concedido aos países em desenvolvimento pelo Acordo. Por fim, a última versa sobre a questão das políticas horizontais no contexto do GPA 2012.

4.1 COMÉRCIO INTERNACIONAL E AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: DA RODADA DE TÓQUIO AO ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC

A construção do ordenamento comercial internacional decorreu de longo período de negociação global. Com forte influência dos países vencedores da Segunda Guerra Mundial, em especial dos Estados Unidos, o processo de Bretton Woods à criação da OMC, foi marcado por acordos e divergências, avanços e retrocessos até a consolidação dos tratados que atualmente regulam as trocas comerciais internacionais. Esse modelo de comércio internacional multilateral, capitaneado pela OMC,

foi construído com a pretensão de garantia da paz e da estabilidade mundial e da parametrização das trocas comerciais, com vistas ao desenvolvimento equitativo entre os países.

O regramento de trocas comerciais, sob responsabilidade da OMC, abrange uma série de temas: produtos, serviços, agricultura, propriedade intelectual. Nada obstante dotadas de grande relevância econômica — ao ponto de, atualmente, considerar-se existente um ‘Direito Global das Contratações Públicas’⁷⁷ (Oliveira, 2017 e Viana, 2008) —, nas fases iniciais de desenvolvimento do sistema multilateral de comércio e dos regimes regionais e bilaterais de livre comércio, a regulamentação internacional das contratações públicas não era considerada uma prioridade.

4.1.1 Rodada de Tóquio e a entrada em cena das contratações públicas no comércio internacional

O estabelecimento de um conjunto de regras multilaterais sobre contratações públicas sempre enfrentou resistência. Segundo Arrowsmith e Anderson (2011, p. 3), as licitações e os contratos administrativos eram considerados temas sensíveis, em especial pela potencialidade de serem usados na promoção de interesses pessoais e políticos. As contratações públicas eram vistas por muitos Estados como uma última ferramenta protecionista à disposição, ante o desmantelamento dos obstáculos pautais pelas regras de liberalização do comércio internacional (Rodrigues,

⁷⁷ O “direito internacional ou global das contratações públicas”, segundo Oliveira (2017, p. 235) decorre da percepção de desnacionalização (ou des-localização) do interesse público, conduzindo a organizações internacionais e outras entidades na área, preocupadas com aspectos econômicos e de outras ordens (por exemplo, corrupção) a expedição de normas sobre o tema, o que inclui as contratações públicas. Como produto desse fenômeno, podem ser citados vários exemplos de regulamentações internacionais de contratações públicas: “a Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, a United Nations Commission on International Trade Law, costumeiramente conhecida pela sua sigla inglesa Uncitral; o Regulamento de Aquisições para Mutuários de Operações de Financiamento de Projetos de Investimento do Banco Mundial; os Princípios para Melhoramento da Integridade da Contratação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE); o regime de contratação pública da União Europeia; e o Acordo Plurilateral sobre Contratos Públicos – ACP da OMC”. As principais características das normas internacionais de contratação pública, segundo Oliveira (2017, p. 238-239), são: a) “limitação do poder normativo do Estado nacional em razão das imposições resultantes da globalização e da formação de um incipiente direito internacional dos contratos públicos”; b) fragmentação, porque “esse regime de contratação é formado por uma série de normas dotadas de objetivos diferentes, envolvendo aspectos como: comércio internacional, cooperação internacional e combate à corrupção (integridade). Porém, desse conjunto de objetivos extraem-se princípios semelhantes, pelo que é possível asseverar que no campo global há princípios da contratação pública, quais sejam: igualdade, transparência, imparcialidade, competitividade e garantia do devido processo”; e c) veicula “regras de cunho procedimental e substancial que determinam a conduta dos operadores econômicos”.

2013, p. 102). Nessa perspectiva, Anderson e Müller (2017, p. 956) apontam que, desde as negociações conduzidas na OCDE em meados de 1963, era possível antever que regras gerais acerca da não discriminação nas contratações públicas não seriam suficientes, por si, para encerrar práticas discriminatórias nesse campo.

Como fruto dessas dificuldades, as contratações públicas foram expressamente excepcionadas do âmbito de incidência das regras do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*) e do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (*General Agreement on Trade in Services – GATS*) e até hoje há pouco avanço no tratamento multilateral da matéria. As iniciativas de regulação das contratações públicas no campo do comércio internacional concentraram-se (e permanecem centradas) em medidas plurilaterais⁷⁸ (Arrowsmith e Anderson, 2011, p. 11)⁷⁹.

A OCDE fez uma tentativa, em 1963, de incorporar os contratos públicos nas regras de comércio internacional. Com a intenção de liberalização desse mercado, buscava-se estender às contratações públicas a aplicação dos princípios do tratamento nacional e da cláusula da nação mais favorecida. A inexistência de um consenso entre os países envolvidos (fruto, em especial, do confronto entre a concepção americana e a nipo-europeia) acerca da extensão do princípio da não discriminação impediu a edição de um conjunto de regras sobre o tema (Rodrigues, 2013, p. 103-104).

Somente durante a Rodada de Tóquio, realizada entre 1973 e 1979, é que o tema das contratações públicas seria reintroduzido na pauta do comércio internacio-

⁷⁸ Em especial no âmbito da OMC, é importante diferenciar os acordos multilaterais (aplicáveis a todos os membros da organização internacional em razão dessa condição) e plurilaterais (acordos cuja adesão depende de manifestação de vontade expressa dos interessados). Elucidativa, nesse sentido, é a lição de Schwind (2022, p. 312): “é importante compreender a distinção entre acordos plurilaterais e acordos multilaterais, uma vez que essa questão tem influência direta sobre a dinâmica da acessão do Brasil ao GPA. Acordos plurilaterais são acordos aos quais apenas os signatários se vinculam, ou seja, não há uma vinculação automática de todos os membros de uma organização. No caso do GPA, comprometem-se com o Acordo apenas os membros da OMC que individualmente o assinam. A situação é diversa da que acontece num acordo multilateral, em que as decisões tomadas se aplicam a todos os membros da OMC”.

⁷⁹ Arrowsmith e Anderson (2011, p. 7) ressaltam que, a despeito da limitação em sua aplicação, os acordos multilaterais foram relevantes para o tema das contratações públicas, ao menos, sob duas perspectivas: aumento da transparência e controle da atuação de empresas estatais: “Os acordos multilaterais são, no entanto, relevantes para as aquisições governamentais em pelo menos dois aspectos. Primeiro, esses acordos obrigam os governos a publicar suas normas sobre contratações públicas, como leis e regulamentos, por força das disposições gerais de publicação de medidas governamentais encontradas no Artigo X do GATT e no Artigo III do GATS. Segundo, as regras podem ter algum papel potencial no controle das aquisições de empresas estatais, que tradicionalmente têm sido consideradas como uma questão problemática de discriminação nas aquisições, semelhantemente ao apresentado por entidades públicas em geral”.

nal (Stelzer, 2018, p. 58). Com base nos trabalhos iniciados no âmbito da OCDE, relata Schwind (2022, p. 314), o assunto foi levado para a Rodada de Negociações Comerciais de Tóquio dentro do GATT em 1976, o que conduziria à formalização do Código da Rodada de Tóquio sobre Compras Governamentais (ou *Tokyo Round Code on Government Procurement*). A transposição das negociações do âmbito da OCDE para o GATT objetivava: a) o aumento do número de Estados potencialmente interessados em aderir ao acordo, já que a OCDE era composta por um número reduzido de membros em comparação com o sistema GATT; e, b) a adoção de um mecanismo de solução de controvérsias capaz de garantir alguma eficácia ao tratado, o que não existia na OCDE (Rodrigues, 2013, p. 104).

O Código da Rodada de Tóquio sobre Compras Governamentais foi assinado em 1979, originalmente por Áustria, Canadá, Finlândia, Hong Kong, China, Japão, Noruega, Singapura, Suíça, Estados Unidos e os seis países então membros da Comunidade Europeia (Bélgica, França, Alemanha Ocidental, Itália, Luxemburgo e Holanda). Posteriormente, a aplicação do tratado estendeu-se à Grécia, a Portugal e à Espanha, em razão de sua entrada na Comunidade Europeia, bem como a Israel, mediante sua adesão ao tratado, em 1983 (Arrowsmith e Anderson, 2011, p. 12).

O Código da Rodada de Tóquio sobre Compras Governamentais, em sua primeira versão, entrou em vigor em 1981. O acordo possuía cobertura bastante limitada objetiva (somente regulamentava a contratação de bens acima de determinado limite de valor) e subjetivamente (aplicava-se apenas a entidades centrais) (Arrowsmith e Anderson, 2011, p. 12). Sua relevância para regulamentação internacional das contratações públicas está na incorporação de regras expressas sobre obrigações relativas ao tratamento nacional e à nação mais favorecida, além do estabelecimento de outras normas sobre transparência e procedimento (Anderson e Müller, 2017, p. 956).

O tratado foi emendado em 1986, passando a vigorar, com a nova redação, em 1988. Conquanto a intenção inicial das negociações fosse a ampliação da cobertura do Código da Rodada de Tóquio sobre Compras Governamentais, as negociações acabaram concentradas em fortalecer disposições concernentes à não discriminação e à transparência e o protocolo acabou apenas por formalizar pequenas mudanças no texto original, com novas proibições de discriminação, redução de prazos mínimos e leve diminuição dos limites de aplicação de suas regras (Arrowsmith e Anderson, 2011, p. 16-17). A efetiva expansão de cobertura para abranger contra-

tos de serviços e entidades subnacionais, segundo Anderson e Müller (2017, p. 957), somente seria alcançada pela adoção do tratado que sucederia o Código da Rodada de Tóquio sobre Compras Governamentais: o Acordo de Compras Governamentais de 1994 (GPA 1994).

4.1.2 Rodada do Uruguai, OMC e o Acordo de Compras Governamentais de 1994

Com inspiração na regulamentação europeia existente à época, o GPA 1994 foi assinado em 15 de abril de 1993, em Marrakesh, no Marrocos, em conjunto com a ata final da Rodada do Uruguai (Rodrigues, 2013, p. 106).

O novo acordo entrou em vigor em 1º de janeiro de 1996, tendo como partes, inicialmente, o Canadá, a União Europeia (naquele momento composta por Áustria, Bélgica, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda Portugal, Espanha e Suécia), Israel, Japão, Noruega, Suíça, Reino Unido e Estados Unidos. Posteriormente, contaria com adesões de Coreia do Sul, Liechtenstein, Hong Kong (China), Singapura, em 1997; Islândia, em 2001; Chipre, República Checa, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Polônia, Eslováquia, Eslovênia, em 2004; Bulgária, Romênia, em 2007; Taipei (China), em 2009; Armênia, em 2011; Croácia, em 2013; Montenegro e Nova Zelândia, em 2015; Ucrânia e Moldávia, em 2016; e, finalmente, Austrália, em 2019 (OMC, 2023b).

A reforma empreendida no Acordo, conforme ressaltam Anderson e Müller (2017, p. 957) foi responsável pela expansão substancial de sua cobertura subjetiva e objetiva, incluindo em seu escopo entidades subnacionais (estados, províncias, municípios etc.), serviços, obras e serviços de engenharia. Houve, também, preocupação em tornar as regras e os procedimentos do tratado mais flexíveis, em particular em relação aos novos entes inseridos no âmbito de aplicação (Arrowsmith e Anderson, 2011, p. 18). Além disso, a revisão do texto original resultou na simplificação e modernização do Acordo, para refletir técnicas modernas de contratações públicas, incluindo ferramentas de aquisição eletrônica, prazos mínimos mais curtos e novas disposições relativas à governação e à luta contra a corrupção (Yukins e Schmitzer, 2015, p. 100).

Partindo dos princípios do tratamento nacional e da não discriminação (com temperamentos para os países em desenvolvimento), o GPA estabeleceu um con-

junto de regras comuns sobre os procedimentos de contratações públicas com vistas a garantir a transparência e a aplicação equitativa e eficaz das normas internacionais sobre a matéria (Rodrigues, 2013, p. 108). De acordo com Arrowsmith e Anderson (2011, p. 19-20), as principais obrigações veiculadas no GPA 1994 são: a) garantia do tratamento nacional e da não discriminação para bens, serviços e fornecedores dentro das listas de cobertura (artigo III); b) padrões mínimos para os processos de contratações públicas, visando a assegurar a condução transparente e competitiva dos procedimentos (artigos VI a XVI); c) exigências adicionais de transparência (em especial artigo XVII); d) procedimentos para modificações e retificações relacionadas aos compromissos de cobertura (artigo XXIV 6); e) exigências de disponibilidade e natureza de procedimentos de impugnação das contratações públicas (artigos XVIII a XX); f) possibilidade de aplicação do Sistema de Resolução de Controvérsias da OMC (artigo XXII); e, g) compromisso de aprimoramento do acordo, com extensão de cobertura e eliminação de medidas de discriminação (artigo XXIV 7).

Logo após a introdução do GPA 1994, as partes envolvidas iniciaram o processo de reexame do acordo, seguindo as diretrizes delineadas em seu artigo XXIV (7). As negociações foram finalizadas em dezembro de 2011 e seu resultado, o GPA 2012, foi oficialmente aceito em março de 2012 (Schwind, 2022, p. 314).

4.2 O 'NOVO' ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DE 2012

O GPA 2012 é o acordo plurilateral vigente, desenvolvido no âmbito da OMC, cujo objetivo é regulamentar a condução do comércio internacional nas contratações públicas e a abertura mútua desse mercado entre os países signatários (Schwind, 2022, p. 315). O acordo ocupa posição central dentro do 'Direito Global das Contratações Públicas', dada sua ampla abrangência territorial, sua considerável efetividade jurídica (Oliveira, 2017, p. 230) e o alinhamento buscado por outros instrumentos normativos (como a Lei Modelo de Contratações Públicas da UNCTRAL e as diretrizes para organizações doadoras internacionais do Banco Mundial) com seus termos (Anderson e Müller, 2017, p. 973-974).

O GPA 2012 é fruto de um longo processo de negociações empreendidas pelos Estados-partes, iniciadas não muito após a implementação do GPA 1994. Embora o texto do GPA 2012 tenha sido aceito em março de 2012, o acordo somente

entrou em vigor em 6 de abril de 2014 para os membros que já haviam ratificado os termos do novo tratado, sem prejuízo da permissão dada a parte dos signatários de finalizar seus processos internos de ratificação. A Suíça foi o último país a depositar o instrumento de aceitação dos termos do GPA 2012, em 2 de dezembro de 2020. Com isso, em 1º de janeiro de 2021, o acordo plurilateral de contratações públicas da OMC passou a vigor para todos os seus signatários e, na mesma data, o GPA 2012 substituiu, definitivamente, o GPA 1994 (OMC, 2023).

4.2.1 Partes, observadores e processo de acesso

Como consequência lógica de sua natureza plurilateral, e a despeito dos esforços empreendidos pela OMC na expansão de cobertura subjetiva do GPA 2012, nem todos os países membros da OMC são partes do acordo.

Em verdade, o GPA 2021 conta 21 (vinte e um) signatários, abrangendo um conjunto de 48 (quarenta e oito) Estados: Armênia, Austrália, Canadá, União Europeia (no que diz respeito aos seus vinte e sete países membros: Áustria, Bélgica, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Espanha, Suécia, Chipre, República Checa, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Polônia, Eslováquia, Eslovênia, Bulgária, Romênia e Croácia), Hong Kong (China), Islândia, Israel, Japão, Coreia do Sul, Liechtenstein, Moldávia, Montenegro, Aruba (Holanda), Nova Zelândia, Noruega, Singapura, Suíça, Taipei (China), Ucrânia, Reino Unido e Estados Unidos. Outros 36 (trinta e seis) países membros da OMC participam atualmente do Comitê de Contratações Públicas (*Committee on Government Procurement*), órgão responsável pela Administração do Acordo, na condição de observadores⁸⁰, possibilitando aos Estados acompanharem os acordos plurilaterais sobre o tema e de contribuir ativamente nas discussões e na tomada de decisões relacionadas ao GPA 2012.

⁸⁰ São membro do Comitê de Compras Governamentais, na condição de observadores: Afeganistão, Albânia, Argentina, Barein, Bielorrússia, Brasil, Camarões, Chile, China, Colômbia, Costa Rica, Costa do Marfim, República Dominicana, Equador, Geórgia, Índia, Indonésia, Jordânia, Cazaquistão, Quirguistão, Malásia, Mongólia, Macedônia do Norte, Oman, Paquistão, Panamá, Paraguai, Filipinas, Rússia, Arábia Saudita, Seicheles, Sri Lanka, Tajiquistão, Tailândia, Turquia e Vietnam. Dos observadores, negociam acesso, além de Brasil, China e Rússia, a Albânia, a Geórgia, a Jordânia, o Cazaquistão, o Quirguistão, a Macedônia do Norte, o Oman e o Tajiquistão (OMC, 2023b).

A relativa baixa adesão ao acordo plurilateral⁸¹ sobre contratações públicas da OMC, segundo Rodrigues (2013, p. 109-111), pode ser explicada por uma série de razões: a) preferência doméstica na contratação pública, mediante o uso de licitações e contratos administrativos como instrumento de política industrial e comercial, último obstáculo não-pautal com certa aceitação pelo comércio internacional; b) escassez de visibilidade do acordo; c) pressões políticas internas para manutenção de políticas protecionistas; e, d) problemas relacionados à própria estrutura do GPA 2012, sobretudo relativos à falta de precisão de conceitos constantes no tratado.

Sem embargo, dos 36 (trinta e seis) atuais observadores do GPA 2012, 10 (dez) deles, incluindo China e Rússia, estão em processo de acessão ao tratado plurilateral (OMC, 2023b), tendo o Brasil formalmente desistido de sua candidatura recentemente. Yukins e Schnitzer (2015, p. 93-94) destacam que a adesão ao GPA 2012 pode mostrar-se interessante a esses países com o objetivo de superar barreiras discriminatórias e alcançar maior justiça nas relações comerciais internacionais. Isso se deve porque, embora muitos países, ainda que não membros do GPA 2012, já garantam a sociedades estrangeiras acesso ao mercado de contratações públicas, tratando-as em igualdade de condições com empresas nacionais, muitos dos Estados-partes do GPA 2012 possuem permissão ou mesmo são obrigados ou a discriminar fornecedores de países não-membros do acordo plurilateral. É o que ocorre nos Estados Unidos com o fenômeno denominado '*walled garden*', em que agências federais não têm permissão para adquirir bens e serviços de empresas que não possuem uma relação comercial especial com esse país.

O processo de acessão designa o procedimento prévio ao ingresso de qualquer parte ao GPA 2012, em que se desenvolve as negociações das condições de cobertura do Acordo, para determinar, com base em vários critérios, quais contratações públicas do país interessado na adesão estarão sujeitas ao instrumento plurilateral. É composto de dois elementos chaves: a) a oferta de cobertura; e, b) o com-

⁸¹ Em sentido contrário, Anderson e Müller (2017, p. 971) visualizam que o crescimento de adesões ao GPA é sinal de sucesso de sua abordagem plurilateral e, conseqüentemente, de adesão facultativa pelos membros da OMC. Para corroborar seu argumento, os autores relatam o aumento do número de signatários nas últimas décadas: o Código da Rodada de Tóquio sobre Compras Governamentais possuía dezenove membros, sendo dez deles da União Europeia; o GPA 1994, na data de sua entrada em vigência, contava vinte e um membros da OMC; e, em 2017, o GPA 2012 abarcava 47 Estados da OMC. Além disso, Anderson e Müller (2017, p. 973) destacam que há uma constante procura de membros da OMC para acessão ao acordo, o que inclui quinze novas candidaturas, incluindo China e Rússia.

promisso de conformidade de leis e regulamentos domésticos ao tratado (Yukins e Schnitzer, 2015, p. 94).

Em primeiro lugar, o interessado na adesão ao GPA 2012 deve apresentar uma 'oferta de cobertura', a ser negociada, em consultas bilaterais e plurilaterais, com os demais membros. É etapa de extrema relevância, considerando que o GPA 2012 adota um regime de cobertura negociada, isto é, cada Estado-parte deve negociar, individualmente, com os outros, "[...] quais contratos serão abertos para concorrência internacional segundo as regras do GPA e de quais entes da estrutura estatal são esses contratos" (Schwind, 2022, p. 315-316). A extensão da cobertura horizontal e vertical de cada signatário será definida no Apêndice I (específico para cada membro) do Acordo. Composto de sete anexos, nele, constará a delimitação de quais tipos de contratações (Anexo 4 a 6: bens, serviços e obras), entidades (Anexos 1a 3: centrais, subnacionais e outros entes administrativos), exceções e derrogações (Anexo 7) se aplicarão àquele país dentro do âmbito do GPA 2012 (Yukins e Schnitzer, 2015, p. 94).

Outro componente fundamental do processo de adesão ao GPA 2012 é a garantia de conformidade da legislação e dos regulamentos domésticos com o conteúdo do Acordo. É essencial o alinhamento das normas internas do país interessado com os princípios fundamentais do TN e da não discriminação, bem como com as disposições processuais (em especial, no que se refere à transparência e possibilidade de impugnação e revisão de decisões administrativas). Essa etapa pode demandar alterações nas regras nacionais existentes de contratação pública para que o Estado interessado ingresse como membro do GPA 2012.

4.2.2 Estrutura e principais elementos do GPA 2012

O GPA 2012 é composto de duas partes principais: a) o texto do Acordo propriamente dito; e, b) as listas de compromisso (apêndices) de acesso a mercados dos países signatários (OMC, 2023a). A primeira define as normas fundamentais para assegurar o cumprimento de determinadas condições de competição aberta, imparcial e transparente nos processos de contratação pública e a segunda delimita o plano detalhado das etapas de cobertura, ou seja, das atividades de compra de bens e serviços que cada parte do GPA 2012 considera incluídas nas condições de

competição estabelecidas no texto do Acordo (Schwind, 2022, p. 318). Em essência, portanto, o âmbito objetivo e subjetivo de aplicação é dado pelos apêndices e as regras e procedimentos da contratação pública é trazido pelo texto do Acordo (Rodrigues, 2021, p. 260).

Além do preâmbulo, o texto do GPA 2012, é composto de vinte e dois artigos: a) Artigo I – Definições; b) Artigo II – Escopo e cobertura; c) Artigo III – Segurança e exceções gerais; d) Artigo IV - Princípios Gerais; e) Artigo V – Países em desenvolvimento; f) Artigo VI – Informação e sistemas de contratação; g) Artigo VII – Notificações; h) Artigo VIII – Condições para participação; i) Artigo IX – Qualificação de fornecedores; j) Artigo X – Especificações técnicas e documentação do processo de licitação; k) Artigo XI – Prazos mínimos; l) Artigo XII – Negociações; m) Artigo XIII – ‘Concurso limitado’⁸²; n) Artigo XIV – Procedimentos eletrônicos; o) Artigo XV – Condução de procedimentos e adjudicação de contratos; p) Artigo XVI – Transparência das informações sobre a contratação pública; q) Artigo XVII – Revelação de informações; r) Artigo XVIII – Procedimentos domésticos de revisão e de impugnação; s) Artigo XIX – Modificação e retificação de coberturas; t) Artigo XX – Consultas e resolução de controvérsias; u) Artigo XXI – Instituições; e, v) Disposições finais (2023^c). Já as listas de compromisso de acesso a mercado, delimitando a cobertura horizontal e vertical⁸³ do GPA 2012, contém sete anexos: a) Anexo 1 - Entidades centrais de governo; b) Anexo 2 - Entidades subcentrais de governo; c) Anexo 3 - Outras entidades; d) Anexo 4 - Bens; e) Anexo 5 - Serviços; f) Anexo 6 – Serviços de engenharia; e, g) Anexo 7 - Notas gerais (OMC, 2023^a).

Baseado nos princípios da não discriminação, transparência e imparcialidade procedimental, o GPA 2012 possui como elementos principais, segundo a OMC (2023a): a) garantia do tratamento nacional e da não discriminação para os fornecedores dos países signatários do Acordo, no que diz respeito à aquisição de bens,

⁸² O artigo I, alínea ‘h’, do GPA 2012 define o *limited tendering* como um método de contratação em que a entidade contratação contacta um ou mais fornecedores de sua escolha (OMC, 2023^c). Embora, em essência, possua características semelhantes à ‘contratação direta’ brasileira, as hipóteses autorizadas de um e de outro são diversas e, principalmente, as contratações diretas brasileiras podem ser (e são) utilizadas para promoção de preferências locais, o que contraria as ressalvas do artigo XIII do GPA 2012. Diante disso, utilizou-se a tradução feita por Rodrigues (2021, p. 261) para designar o *limited tendering* como ‘concurso limitado’, evitando-se a designação de ‘contratação direta’.

⁸³ Por ‘cobertura horizontal’ compreende-se “quais contratos serão abertos para concorrência internacional segundo as regras do GPA” e por ‘cobertura vertical’ entende-se quais entes da estrutura estatal (órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta) estarão submetidos às regras do acordo (Schwind, 2022, p. 316).

serviços e serviços de engenharia, conforme estabelecido nos cronogramas de cobertura de cada país; b) disposições relativas à adesão ao Acordo e à disponibilidade de tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento e menos desenvolvidos; c) requisitos procedimentais detalhados em relação aos processos de contratações públicas, projetados para garantir que as aquisições abrangidas pelo Acordo sejam realizadas de maneira transparente e competitiva, sem discriminação contra bens, serviços ou fornecedores de outros países, evitem conflitos de interesse e impeçam corrupção; d) exigências adicionais relacionadas à transparência das informações das contratações públicas; e) disposições relativas a modificações e retificações dos compromissos de cobertura dos países; f) exigências atinentes à existência e à natureza de procedimentos internos de revisão das contratações públicas por fornecedores, que devem ser estabelecidos por todos os países signatários do Acordo; e, g) um compromisso (“*built-in agenda*”) de aprimoramento do GPA 2012, extensão de cobertura e eliminação das medidas discriminatórias ainda existentes, mediante negociações futuras. Por seu turno, Schwind (2022, p. 316) destaca que os compromissos dos signatários do GPA 2012 giram em torno de três eixos principais: procedimentos, não discriminação e acesso ao mercado de contratações públicas.

Considerando o escopo deste trabalho, os tópicos seguintes ficaram restritos à análise das disposições do GPA 2012 relacionadas à não discriminação e ao acesso a mercados.

4.2.3 O papel central da não discriminação no GPA 2012

O princípio da não discriminação constitui um dos pilares de sustentação do GPA 2012, ao lado da transparência e da imparcialidade procedimental. Em sendo a abertura dos mercados de contratações públicas o principal objetivo do Acordo, o princípio da não discriminação é figura central dentro do GPA 2012 (Moreno Molina, 2015, p. 57). A relevância conferida à não discriminação pode ser constatada pelo fato de ser o primeiro princípio geral abordado pelo acordo, já no início do texto do Acordo, em seu artigo IV, incisos 1 e 2:

1. Com relação a qualquer medida referente a contratação abrangida, cada Parte, incluindo suas entidades contratantes, deverá conceder imediata e incondicionalmente aos bens e serviços de qualquer outra Parte e aos fornecedores de qualquer outra Parte que ofereçam bens ou serviços de qualquer Parte, um tratamento não menos favorável do que aquele concedido pela Parte, incluindo suas entidades contratantes, aos seguintes elementos:
 - (a) bens, serviços e fornecedores domésticos; e
 - (b) bens, serviços e fornecedores de qualquer outra Parte.
2. Com relação a qualquer medida referente a contratação abrangida, uma Parte, incluindo suas entidades contratantes, não deverá:
 - (a) tratar um fornecedor estabelecido localmente de forma menos favorável do que outro fornecedor estabelecido localmente com base no grau de afiliação ou propriedade estrangeira; ou
 - (b) discriminar contra um fornecedor estabelecido localmente com base no fato de que os bens ou serviços oferecidos por esse fornecedor para uma determinada contratação são bens ou serviços de qualquer outra Parte.

Conforme Rodrigues (2013, p. 131-132), o princípio da não discriminação “aparece identificado com a igualdade formal entre Estados e, neste sentido, com o princípio vetor do multilateralismo, nas relações comerciais”. Nas palavras de Schwind (2022, p. 321), esse princípio encerra o compromisso dos signatários do GPA 2012 de “[...] conferir aos bens, serviços e fornecedores das demais partes o mesmo tratamento que prestam (i) aos bens, serviços e fornecedores domésticos e (ii) aos bens, serviços e fornecedores das demais partes”. Em essência, por meio dele, o GPA proíbe qualquer forma de discriminação contra licitantes estrangeiros, o que abrange a imposição de barreiras indiretas, que possam criar quaisquer dificuldades para a participação dessas sociedades em contratações públicas promovidas por outros signatários (Justen Filho, 2021, p. 238).

O comando do princípio da não discriminação não se limita à concessão de tratamento isonômico a licitantes nacionais e estrangeiros, mas estabelece que todas as outras partes do GPA 2012 devem receber o mesmo tratamento em relação a bens, serviços e fornecedores. O objetivo, segundo Rodríguez-Arana (2011, p. 48), é que todos os interessados disponham das mesmas oportunidades de formular suas propostas, independentemente de sua nacionalidade. Consubstancia, assim, a aplicação do princípio do Tratamento Nacional (TN) e da Cláusula da Nação Mais Favorecida (CNMF) no microsistema plurilateral de contratações públicas da OMC (Rodrigues, 2013, p. 132).

Segundo Stelzer (2018, p. 64), o TN proscreve qualquer espécie de discriminação entre produtos e serviços nacionais ou estrangeiros, consistindo “um compromisso fundamental que fomenta tratar em igualdade de condições de mercado os produtos, independentemente de serem domésticos ou estrangeiros”. Já o CNMF é

considerado o principal ponto de referência no sistema de comércio internacional. A Cláusula estabelece a obrigação de todos os participantes de conceder aos demais o mesmo tratamento que concedem a um país específico (do que resulta a ‘não discriminação entre nações’). A CNMF exerceu contribuição fundamental para a multilateralização e institucionalização no âmbito do GATT, bem como desempenhou um papel importante na redução das tarifas comerciais globais, beneficiando, em especial, os países industrializados (Stelzer, 2018, p. 55).

Dentro do sistema multilateral de comércio internacional da OMC, a CNMF é complementado por dois princípios: a) reciprocidade: visa a restringir o efeito colateral dos benefícios da CNMF aos *free riders* (agentes que buscam beneficiar-se sem qualquer contraprestação), demandando que as negociações devam ocorrer por meio de concessões recíprocas e dependem do poder de barganha de cada interessado; e, b) transparência: exige fácil entendimento e publicidade imediata para os normativos nacionais sobre comércio exterior, possibilitando aos sujeitos envolvidos nas operações ter pleno conhecimento sobre essas regras sem qualquer possibilidade de questionamento ou incerteza (Stelzer, 2018, p. 63).

Especificamente em relação ao GPA 2012, Rodrigues (2013, p. 133) sustenta que o princípio da não discriminação reflete-se, em especial, no TN, de modo que as entidades adjudicantes nacionais devem evitar qualquer forma de discriminação contra fornecedores locais, com base no país de origem dos bens ou serviços fornecidos, desde que esse país seja uma parte do Acordo. Já o papel da CNMF, no GPA 2012, é de estipular que cada parte deve conceder a produtos, serviços e fornecedores de outras partes um tratamento não menos favorável do que o dado aos nacionais. Nesse contexto, para o autor português, o princípio da não discriminação age como um multiplicador, possibilitando que, ocorrendo a liberalização das restrições comerciais, os benefícios se estendam a todos os países signatários do Acordo e seja aberto o acesso ao mercado de contratações públicas para todos os Estados que sejam parceiros comerciais.

Anderson e Müller (2017, p. 983-984) pontuam que, ao contrário de outros acordos da OMC, o GPA 2012 franqueia o acesso a mercados fornecidos por meio do TN e da CNMF apenas aos signatários do Acordo. A aplicação da TN e da CNMF no GPA 2012, nesse contexto, é peculiar e passa pela compreensão de dois conceitos chave, decorrentes da característica de ‘cobertura negociada’, insita ao

processo de adesão de cada interessado ao Acordo: a) reciprocidade setorial⁸⁴, isto é, a possibilidade de operadores econômicos de um Estado acessarem o mercado de contratações públicas de outro está condicionada à abertura desse mesmo mercado por esse segundo país aos fornecedores do primeiro Estado; e, b) ‘geometria variável’: expressão utilizada para descrever as diferentes interpretações que cada parte do GPA 2012 pode possuir em relação à estrutura do Apêndice I do tratado, que delimita sua cobertura subjetiva e objetiva, e da extensão de aplicação da CNMF para cada signatário (Rodrigues, 2021, p. 262-265).

O GPA consistiria, assim, em acordo plurilateral ‘fechado’, cujos benefícios não seriam automaticamente multilateralizados e de acesso livre aos demais membros da OMC, dependendo de concessões mútuas dos Estados interessados. Essa circunstância é relevante para: a) limitar a atuação dos *free riders* (incentivando que outros Estados-membros da OMC considerem a acessão ao GPA 2012); e, b) possibilitar que os signatários do Acordo celebrem acordos regionais de livre comércio com outros países não partes do GPA 2012, sem repercussões nas coberturas e nos compromissos assumidos em relação a esse Acordo plurilateral sobre contratações públicas⁸⁵ (Anderson e Müller, 2017, p. 984).

Sem embargo, a ideia de ‘geometria variável’ e de reciprocidade setorial, aliada à possibilidade de derrogações da CNMF, acaba por dificultar a definição de cobertura de determinado mercado pelo GPA 2012 e, com isso, resta prejudicada a uniformidade de aplicação do Acordo a todos os países signatários. Segundo Rodrigues (2021, p. 268):

Quanto à redação, está em causa o facto de os apêndices e anexos terem valor constitutivo, na medida em que determinam, de forma taxativa, o âmbito de aplicação do ACG, ao contrário do que sucede, *verbi gratia*, com as diretivas europeias sobre contratação pública.

⁸⁴ Conquanto o foco do GPA 2012 está na liberalização do comércio internacional de contratações públicas, a adoção da concepção de ‘reciprocidade setorial’, segundo Rodrigues (2021, p. 263) “[...] assenta, porém, mais numa ideia de comércio internacional justo e equilibrado (*fair trade*) do que numa ideia de comércio livre (*free trade*). A ideia de *fair trade* no âmbito do GPA 2012 será retomada por ocasião da avaliação do regime de adesão ao tratado para países em desenvolvimento.

⁸⁵ Em relação aos acordos regionais de livre comércio, Anderson e Müller (2017, p. 984) pontuam, como fruto de pesquisa realizada pelos autores, que os países signatários do GPA 2012 são partes de inúmeros acordos regionais e ou bilaterais que tem por consequência a extensão dos princípios do Acordo de Compras Governamentais da OMC para Estados não signatários do GPA 2012. Para os autores, esses acordos tem como efeito positivo a ampliação do alcance dos princípios do GPA 2012, sem com ele conflitar ou produzir o denominado efeito ‘tigela de espaguete’ (*spaghetti bowl effect*, assim entendido o fenômeno de multiplicação e sobreposição de acordos comerciais bilaterais, regionais e multilaterais, que dá lugar a um emaranhado de regras, potencialmente superpostas e contraditórias).

Por outro lado, a forma diversa com que as Partes outorgantes redigem os anexos conduz a diferentes interpretações de conteúdo, suscetíveis de gerar litígios entre os Estados subscritores do ACG.

Em síntese, o ACG funciona *de facto*, no que respeita a acesso aos contratos públicos, como uma amálgama de acordos bilaterais – face aos apêndices e às notas de derrogações – constituindo a matéria relativa a procedimentos a adotar, no âmbito da contratação pública, a única em que se verifica uma harmonização vinculativa para todos os Estados aderentes.

A despeito do problema de ordem prática, o princípio da não discriminação é central para o GPA 2012 e diversas de suas disposições buscam resguardar o tratamento isonômico entre fornecedores estrangeiros e domésticos nas contratações públicas dos Estados-partes do Acordo.

4.2.4 Regras procedimentais e garantia de competitividade e não discriminação

Consistindo em um dos pilares do GPA 2012 (e do Direito Administrativo Global da Contratação Pública), o princípio da não discriminação serve de fonte e de elemento inspirador, fornecendo os critérios sobre os quais se edificam as regras procedimentais do Acordo (Rodríguez-Arana, 2011, p. 39).

Dentro do GPA 2012, existem, ao menos, quatro disposições procedimentais chave para a garantia de maior concretude do princípio da não discriminação: a) métodos específicos de seleção; b) prazos mínimos para apresentação de propostas e de documentos (artigo XI); c) exigências relacionadas à publicação dos editais (artigo VII); e, d) regras de tratamento aos proponentes (artigo XV) (Schwind, 2022, p. 322).

Em relação às modalidades de seleção, o GPA 2012 possui três modelos⁸⁶: a) concurso aberto (*open tendering*): previsto no artigo I, alínea ‘m’, consiste no método de contratação pública em que qualquer fornecedor interessado pode oferecer uma proposta; b) concurso seletivo (*selective tendering*): dos artigos I, alínea ‘q’ e IX, inciso 4, é o método de seleção em que somente os fornecedores qualificados são convidados pela entidade ou órgão licitante a apresentar propostas; e, por fim, c) concurso limitado (*limited tendering*): constante dos artigos I, alínea ‘h’, e XIII, é a

⁸⁶ Em relação às modalidades de seleção previstas no GPA 2012, utilizou-se a tradução de Rodrigues (2021, p. 261).

modalidade de contratação em que a entidade ou órgão contratante contacta um ou mais fornecedores de sua escolha (OMC, 2023c).

Conforme lembra Rodrigues (2023, p. 261), os processos de seleção podem receber diferentes nomes nos Estados signatários do GPA 2012, de modo que “os procedimentos nacionais devem apenas caber em qualquer dos procedimentos-tipo previstos no ACG”. De acordo com o Acordo, a regra deve ser a adoção do procedimento de concurso aberto, em que qualquer empresa interessada tem permissão para apresentar proposta. Essa abertura aos licitantes estrangeiros é crucial para evitar barreiras indiretas e ocultas ao ingresso do capital estrangeiro (Schwind, 2022, p. 322).

O artigo XI do GPA 2012 estabelece os prazos mínimos a serem concedidos pelas entidades contratantes para que fornecedores possam manifestar interesse em participar das contratações públicas e apresentar propostas. A definição dos prazos deve considerar a natureza e a complexidade da contratação pública, a extensão da subcontratação prevista e o tempo necessário para o envio de propostas, por licitantes domésticos e estrangeiros, por meios não eletrônicos (quando utilizados). O prazo mínimo exigido pelo GPA 2012 é, em regra, de 40 (quarenta) dias entre a publicação do instrumento convocatório e a apresentação de documentos para participação do certame (artigo XI, inciso 4). Excepcionalmente, porém, são admitidos prazos menores, por exemplo de 25 (vinte e cinco) dias, para concursos seletivos (artigo XI, inciso 2), desde que não inferiores a 10 (dez) dias, conforme artigo XI, incisos 2, 4, 6, 7 e 8 (OMC, 2023c).

A previsão de períodos adequados para a submissão de documentos e de propostas é essencial para abertura do mercado de contratações públicas à iniciativa privada, pois, caso os prazos mínimos para manifestação de interesses sejam muito curtos, é comum que licitantes estrangeiros não tenham conhecimento do procedimento ou não disponham de tempo necessário para providenciar toda a documentação exigida para sua participação (Schwind, 2022, p. 322).

Outra regra relevante para a garantia da não discriminação no Acordo diz respeito à publicação das intenções de contratações públicas. Com exceção das hipóteses em que admitido o concurso limitado, o artigo VII do GPA determina que os órgãos e entidades licitantes devem publicar nos meios físicos ou eletrônicos apropriados e listados no Apêndice III do ingresso do Estado signatário licitante, permitindo, assim, que os interessados de todos os membros do Acordo saibam, de

antemão, os locais de veiculação dos anúncios de contratação (Schwind, 2022, p. 322). O acesso aos editais deve ser proporcionado sem a cobrança de taxas e, em regra, pela via eletrônica. Além disso, conjuntamente aos instrumentos convocatórios, as entidades e os órgãos licitantes devem providenciar a publicação de um ‘aviso resumido’⁸⁷, de acesso imediato e em uma das três línguas oficiais (inglês, francês ou espanhol) da OMC (OMC, 2023c).

Por fim, o artigo XV estabelece que o tratamento oferecido aos licitantes deve voltar-se à garantia da imparcialidade e da objetividade do processo de contratação pública. Dessa forma, por exemplo, não deverá penalizar fornecedores pela apresentação de propostas ou de documentos de modo intempestivo, estender a todas as empresas participantes a oportunidade de corrigir erros não intencionais cometidos quando da entrega de suas ofertas e adjudicar os contratos à proposta mais vantajosa ou, quando o preço for o único critério de julgamento, de menor valor.

4.2.5 Mecanismos de *enforceability*: procedimentos de revisão domésticas, consultas e resolução de controvérsias

Nos termos de seu artigo XVIII, o GPA 2012 demanda que a legislação doméstica de seus signatários possua um procedimento de revisão (ou de contestação) das ações relacionadas às contratações abrangidas pelo Acordo, visando a permitir a denúncia de violações ao GPA 2012 e às regulamentações nacionais estabelecidas pelos países membros do Acordo (Schwind, 2022, p. 338). Trata-se de um avanço crucial para o ordenamento plurilateral de contratações públicas da OMC, introduzido já por ocasião do GPA 1994, pois confere aplicabilidade (“*enforceability*”) às regras do Acordo (Arrowsmith e Anderson, 2011, p. 18).

Com efeito, a previsão procedimento de revisão doméstica é essencial para assegurar o objetivo do GPA 2012 de evitar práticas discriminatórias no âmbito das contratações públicas de seus países signatários. Rickard e Kono (2014, p. 350) destacam que os acordos internacionais relativos às compras públicas visam influenciar a conduta de governos ao elevar os custos reputacionais de não cumprimento

⁸⁷ A figura do ‘*Summary Notice*’ (‘aviso resumido’) assemelha-se ao ‘extrato de publicação’ brasileiro, devendo conter o objeto da contratação, os prazos fatais para apresentação de propostas ou de manifestação de interesse de participação e, por fim, o endereço onde o licitante poderá obter os documentos relacionados à licitação.

de seus termos. Contudo, esses mecanismos de reputação somente produzirão efeitos se possível verificar a existência de violações aos tratados comerciais. Nesse cenário, o papel dos procedimentos de contestação doméstica é justamente conferir transparência e publicidade a eventuais medidas de *noncompliance* das partes signatárias do GPA 2012, resguardando a força normativa do Acordo.

O procedimento de revisão interna exigido pelo GPA 2012 pode ser de natureza administrativa ou judicial⁸⁸, mas deve ser, de acordo com Schwind (2022, p. 338), um “*judicial type procedure*, ou seja, um procedimento que envolva garantias processuais fundamentais, de modo que as revisões sejam efetivas, tempestivas, transparentes e não discriminatórias”, na forma dos quatro princípios gerais previstos no artigo XVIII, inciso 1, do Acordo.

Os procedimentos serão: a) efetivos: se voltados a assegurar os objetivos do GPA 2012, garantindo as regras de adjudicação e outras obrigações substantivas previstas no Acordo; b) tempestivos: se rapidamente submetidos a um órgão de revisão; c) transparentes: se dotados de regras claras, autoexecutoriedade de suas decisões e passíveis de supervisão; e, d) não discriminatórios: se seu acesso for franqueado a outros signatários na forma da CNMF e de acordo com os requisitos do TN (Zhang, 2011, p. 486).

Outro mecanismo relevante na garantia de aplicabilidade das regras do GPA 2012 e da eficácia de seus objetivos na liberalização do mercado de contratações públicas diz respeito aos procedimentos de consulta e à resolução de controvérsias previsto no artigo XX do Acordo. O procedimento é o mesmo daquele estabelecido no Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (artigo XX, inciso 3).

Até o momento, o OSC da OMC foi acionado quatro vezes para solucionar controvérsias relativas ao Acordo plurilateral. Todos os casos referem-se ao texto original do tratado (GPA 1994), não havendo registro de disputas quanto à redação revisada (GPA 2012). Dos quatro casos, apenas um teve desfecho determinado por

⁸⁸ Algumas características relevantes acerca do procedimento de revisão doméstica exigido pelo GPA 2012 são: a) prazo mínimo de 10 (dez) dias para impugnação (artigo XVIII, inciso 3); b) ser conduzido por, ao menos, uma autoridade administrativa ou judicial independente em relação à entidade ou órgão contratante (artigo XVIII, inciso 4); c) as decisões administrativas devem ser passíveis de questionamento judicial (artigo XVIII, inciso 6); d) os procedimentos devem ser, em regra, públicos e as decisões escritas e fundamentadas (artigo XVIII, inciso 6) (OMC, 2023c).

um painel⁸⁹, um terminou em acordo entre as partes⁹⁰ e outros dois tiveram a formação de seus grupos especiais tornada sem efeito em razão de circunstâncias alheias ao mecanismo de solução de disputa do órgão⁹¹. Sem embargo, nos dois casos em que se verificou a resolução ‘de mérito’ da controvérsia entre as partes, o procedimento teve duração de aproximadamente um ano, o que indica a elevada efetividade da OSC da OMC para resolver questões relativas ao seu Acordo de Compras Governamentais.

⁸⁹ O *Dispute Settlement* (DS) 163, de 16 de fevereiro de 1999, consistiu em pedido formulado pelos Estados Unidos em face da República da Coreia, em razão de alegada violação ao disposto nos artigos I, inciso 1, III, *caput* e inciso 1, VIII, XI, XVI, XX, XXXII, inciso 2 e Apêndice 1, Anexo 1 do GPA. Os Estados Unidos alegavam que determinadas práticas contratuais do *Korean Airport Construction Authority* violavam as obrigações contraídas pela República da Coreia quando da assinatura do GPA, em especial quanto à qualificação requerida dos licitantes, aos requisitos em matéria de sócios nacionais e à ausência de acesso a procedimentos de impugnação do instrumento convocatório. Os Estados Unidos sustentavam que as entidades envolvidas na construção de aeroportos estavam dentro das entidades de governo central previstas no Anexo 1 do Apêndice I do GPA e, por consequência, que as obrigações constantes nesse acordo plurilateral se aplicavam aos projetos de construção de aeroportos desenvolvidos naquele país asiático.

O painel para resolução do conflito foi formado em 30 de agosto de 1999, contando com a Comunidade Europeia e o Japão como terceiros interessados.

Em 1º de maio de 2000, o grupo especial circulou o relatório aos Membros, constatando, em síntese, que: (a) as entidades contratadas para execução do objeto do litígio não estavam abarcadas pelo Apêndice I do GPA da República da Coreia e, portanto, não estavam abrangidas nas obrigações contraídas por aquele país em decorrência do acordo internacional; (b) houve um erro por parte dos Estados Unidos em relação à autoridade coreana responsável pela condução do projeto; e (c) não houve comprovação por parte dos Estados Unidos que as vantagens que razoavelmente buscava obter em decorrência do GPA foram anuladas ou diminuídas por medidas adotadas pela República da Coreia. O OSC adotou o *report* do grupo especial na reunião de 19 de junho de 2000 (OMC, 2022d).

⁹⁰ O DS 73 foi formulado em 26 de março de 1997, pela Comunidade Europeia contra o Japão, sob a alegação de desrespeito aos artigos III, VI e XII do GPA pelo país asiático. O caso envolvia uma licitação para a aquisição de um satélite multifuncional pelo Ministério dos Transportes japonês, voltado à gestão de tráfego aéreo. A Comunidade Europeia se insurgia contra as especificações constantes em edital que, na visão dos europeus, não eram neutras, mas dirigidas a fornecedores estado-unidenses, impedindo, assim, a participação de licitantes europeus. Em 31 de julho de 1997, as partes informaram o Secretariado da OMC de que alcançaram uma solução amigável à disputa, estabelecendo um sistema de cooperação na área de navegação aérea e compromissos quanto a condições técnicas a serem veiculadas em futuras licitações em relação a esse objeto (OMC, 2022a).

⁹¹ O DS 88 foi iniciado em 20 de junho de 1997, pela Comunidade Europeia em face dos Estados Unidos. Contendo o Japão como terceiro interessado, a Comunidade Europeia alegava a violação dos artigos III, VIII, XIII e XXII, inciso 2, do GPA pelos Estados Unidos. Trata-se de impugnação a ato normativo editado pela *Commonwealth of Massachusetts* que proibia as autoridades públicas daquele órgão de adquirir bens e serviços de empresas que possuíssem negócios com Burma (Myanmar). Em 08 de setembro de 1998, a Comunidade Europeia requereu a abertura de um painel, o que ocorreu em 21 de outubro de 1998. Contudo, em 10 de fevereiro de 1999, o procedimento foi suspenso em decorrência de medida judicial tomada nos Estados Unidos que impedia a aplicação da medida contestada perante o OSC da OMC. Ante a ausência de pedido dos reclamantes para continuação dos trabalhos do grupo especial, em 11 de fevereiro de 2000, reconheceu-se a caducidade da decisão de estabelecimento do painel (OMC, 2022b).

O DS 95, movido pelo Japão em face dos Estados Unidos, em 18 de julho de 1997, possui o mesmo objeto do DS 88, tendo o trâmite dos procedimentos corrido em conjunto (OMC, 2022c).

4.2.6 Exceções à aplicação do GPA 2012

Uma das principais características do GPA 2012 diz respeito a seu regime de cobertura negociada, por meio do qual cada Estado-parte deve negociar, individualmente, com os outros a abrangência horizontal e vertical do alcance do Acordo. O escopo e a cobertura do GPA 2012, portanto, dependem das negociações havidas entre as partes.

O tratado plurilateral, porém, estabelece, de antemão, em seu artigo II, inciso 3, algumas situações de não aplicabilidade do GPA 2012, salvo a existência de ressalva no Apêndice I de cada parte: a) aquisição ou aluguel de terra, prédios, outros bens imóveis ou seus direitos; b) acordos não contratuais ou qualquer forma de assistência que um Estado-parte forneça, incluindo acordos de cooperação, subsídios, empréstimos, injeções de capital, garantias e incentivos fiscais; c) aquisição ou contratação de serviços de agência fiscal ou serviços de depósito, serviços de liquidação e gestão para instituições financeiras regulamentadas ou serviços relacionados à venda, resgate e distribuição de dívida pública, incluindo empréstimos e títulos do governo, notas e outros valores mobiliários; d) contratos de emprego público; e) aquisições conduzidas: e.1) com o objetivo específico de fornecer assistência internacional, incluindo ajuda ao desenvolvimento; e.2) sob o procedimento ou condição particular de um acordo internacional relacionado ao destacamento de tropas ou à implementação conjunta pelos países signatários de um projeto; ou e.3) sob o procedimento ou condição particular de uma organização internacional, ou financiado por meio de subsídios internacionais, empréstimos ou outra assistência, quando o procedimento ou condição aplicável for inconsistente com o GPA 2012 (OMC, 2023c).

Aliada a essas exceções, o artigo III determina que as disposições do GPA 2012 não devem ser interpretadas como impedimento para ações necessárias à proteção dos interesses essenciais de segurança dos Estados-parte relativos à compra de armas, munições ou materiais de guerra, tampouco para a aquisições indispensáveis à segurança nacional ou a fins de defesa nacional. Da mesma forma, desde que não constituam medidas de discriminação arbitrária ou injustificável, o Acordo não deve ser interpretado como obstáculo para que os signatários do GPA 2012 adotem providências necessárias para proteger: a) a moral pública, a ordem ou a segurança; b) a vida, a saúde humana, animal ou vegetal; c) a propriedade intelectual.

tual; e d) pessoas com deficiência, instituições filantrópicas ou trabalho prisional (OMC, 2023c).

Assim, colhe-se que o próprio tratado inclui exceções para garantir que o GPA 2012 não prejudique situações específicas em que a “lógica de contratação não é atingida pelo objetivo de ampliar o acesso a contratações públicas” (Schwind, 2022, p. 320). Esses casos envolvem não só contratações públicas específicas, mas também a tutela de determinados bens jurídicos, a exemplo da segurança nacional, da proteção ao meio ambiente e de grupos hipossuficientes.

4.3 O GPA 2012 E OS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

Apesar da intenção do Sistema GATT-OMC de corrigir distorções que resultavam em desvios no comércio, a melhora das condições alocativas dos diferentes fatores de produção em escala global não foi alcançada e a efetiva inserção dos países em desenvolvimento no comércio mundial permanece difícil.

Com efeito, o Sistema GATT-OMC possui como vértice norteador a CNMF, que postula, essencialmente, a impossibilidade de discriminação entre Estados contratantes. Se é possível atribuir méritos à cláusula pelo seu papel na colaboração com a multilateralização e com a institucionalização no âmbito do comércio internacional, bem como na redução das tarifas alfandegárias, deve-se igualmente reconhecer sua contribuição para manutenção de uma lógica jurídica injusta entre os países, conforme destaca Stelzer (2018, p. 55-56):

Cumprir destacar que, com a aplicação da CNMF, desde o início do GATT, não era difícil perceber que existia uma lógica jurídica injusta entre os participantes. Afinal, promovia-se um tratamento igual entre partes bastante desiguais, *máxime* em virtude da natureza das trocas: bens manufaturados oriundos dos países ricos e bens primários oriundos de países não industrializados. [...]

Ora, se os Estados não eram e não são iguais, a igualdade jurídica (formal) não deveria ter sido utilizada no âmbito do GATT, como sugere o Direito Internacional Público. Trata-se de uma equação jurídico-econômica que jamais funcionará e somente trará consequências de agravamento do fosso que separa as nações. Quando a Regra de Não Discriminação entre as Nações é utilizada no cenário comercial sempre deve ponderar o imenso hiato econômico entre o Norte e o Sul. Enquanto tal circunstância perpetuar irá contribuir para a manutenção das diferenças e desigualdades que perduram até os dias de hoje.

Os obstáculos de participação de países do Sul-global no microsistema plurilateral de contratações públicas da OMC é ainda mais evidente: sem embargo a existência de pedidos de acesso, não há países latino-americanos, caribenhos ou africanos entre os signatários do Acordo. Essa circunstância fez com que, por muitas décadas, a impressão fosse de que o GPA 2012 estivesse aberto apenas para os países mais desenvolvidos (Yukins e Schnitzer, 2015, p. 102).

Esse cenário é percebido pela OMC e tentativas de revertê-lo são constantes. O tratamento especial e diferenciado (ou S&D) para países em desenvolvimento está presente, virtualmente, em todos os acordos da OMC, visando conferir efetividade aos objetivos, previstos no preâmbulo do acordo constitutivo dessa organização internacional, do desenvolvimento econômico sustentável e da expansão dos benefícios do comércio internacional aos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento (Müller, 2011, p. 340).

Entende-se por S&D o conjunto de disposições que autorizam o tratamento desigual de membros de um tratado da OMC, possibilitando a concessão de condições especialmente favoráveis aos países em desenvolvimento no comércio internacional. Funcionam como uma forma de isenção dos requisitos de não discriminação contidos nos acordos comerciais da OMC e possuem como escopo promover uma participação ativa dos países em desenvolvimento no comércio internacional, bem como aliviar as dificuldades desse conjunto de Estados nos processos de adesão ou implementação dos tratados da OMC, por meio da assunção de obrigações menos onerosas (Müller, 2011, p. 342-344).

Existem várias premissas subjacentes à concessão de S&D no âmbito da OMC. A principal delas é que os países em desenvolvimento enfrentam desvantagens na sua inserção no comércio internacional e, por isso, os tratados multilaterais entre eles e os países desenvolvidos devem considerar esses desafios ao estabelecer os direitos e responsabilidades de cada parte. Além disso, as políticas comerciais dirigidas à promoção do desenvolvimento sustentável nos países em desenvolvimento são diversas daquelas aplicadas em economias desenvolvidas, de modo que as restrições incidentes sobre uma e outra devem ser diferentes. Uma outra premissa relevante estaria relacionada ao fato de ser interessante aos países desenvolvidos prestar auxílio aos em desenvolvimento, para que se integrem e participem plenamente do sistema de comércio internacional (Michalopoulos, 2000, p. 15).

O Secretariado da OMC entende que o S&D pode ser dividido em seis espécies de disposições: a) dirigidas ao incremento das oportunidades de trocas comerciais dos países em desenvolvimento; b) para resguardar interesses dos países em desenvolvimento; c) flexibilização de compromissos, de ações e de uso de instrumentos políticos; d) períodos de transição; e) assistência técnica; e, f) relacionadas aos países menos desenvolvidos (OMC, 2023d, p. 4).

No GPA 2012, o artigo V, inciso I, determina que as negociações para adesão, implementação e administração do Acordo devem ser dirigidas com atenção às necessidades comerciais, financeiras e de desenvolvimento dos países menos desenvolvidos ou em desenvolvimento⁹², com reconhecimento que podem diferenciar-se de Estado para Estado (OMC, 2023c). Esse dispositivo consagra a possibilidade de concessão de S&D para países em desenvolvimento no âmbito do GPA 2012.

Conforme destaca Müller (2011, p. 344), o S&D somente qualifica o princípio da não discriminação, não fazendo que seja completamente abandonado. Isso porque, em tese, as prerrogativas garantidas pelo tratamento diferenciado não são concedidas a signatários específicos de países em desenvolvimento, mas apenas a grupos de membros qualificados como países em desenvolvimento. É essa coletividade (e não um Estado específico) que pode ser tratada de forma mais favorável que os outros signatários do Acordo que contam com economias desenvolvidas.

Porém, um problema referenciado por Yukins e Schnitzer (2015, p. 109-110) é que o GPA 2012 não traz um conceito normativo do que pode ser considerado como 'país em desenvolvimento'. Isso leva a crer que o país candidato à acessão ao Acordo pode autodeclarar-se como 'em desenvolvimento'⁹³ (ou mesmo 'menos de-

⁹² O GPA 2012 adota a expressão "países em desenvolvimento" para referir-se, indistintamente, tanto a países em desenvolvimento quanto países menos desenvolvidos. A terminologia (utilizada, na mesma forma, por este trabalho), sinaliza para a circunstância de que, ressalvada a existência de disposição em contrário em um tratado, não seria possível um tratamento "mais favorecido ou diferenciado" em favor de países menos desenvolvimento (Müller, 2011, p. 349). Em outros termos, o S&D, no GPA 2012, seria uniforme para países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, de modo que não haveria necessidade em diferenciar os dois grupos.

⁹³ A ausência de um conceito claro de desenvolvimento no âmbito da OMC influi negativamente sob a negociação dos acordos internacionais na organização, em prejuízo à participação dos países em desenvolvimento. Com efeito, de acordo com Wieira (2022, p. 255), embora presente no preâmbulo do acordo que institui a OMC, "[...] ainda que a OMC sustente um compromisso de desenvolvimento dos seus membros, prevendo-o como um objetivo da organização, verifica-se que não há um conceito declarado do que se considere desenvolvimento, ou seja, não há menção expressa. Sob tal panótipo, o direito passa a figurar no polo ativo da marginalização dos países em desenvolvimento, junto ao sistema multilateral de comércio. Ainda que se tenha clarificada a influência política e econômica na fragilidade dos membros postos à margem, a constatação de que o direito tenha deixado um conceito importantíssimo em aberto – com o de desenvolvimento – torna-o partícipe nas razões para a fragilidade negocial dos países em desenvolvimento".

envolvido’) para evocar as prerrogativas de S&D do artigo V do GPA 2012. O único controle estaria na aceitação da categorização pelos demais países signatários do GPA 2012. Nada obstante, conforme aponta Michalopoulos (2000, p. 2), a ausência de um conceito normativo resulta na aplicação do mesmo regime de S&D para países com desigualdades substanciais: Singapura e Gana gozariam de semelhante tratamento, a despeito de o primeiro possuir um PIB *per capita* aproximadamente dez vezes maior que o segundo. Além disso, a abertura permite que países como os Estados Unidos mantenham normas especiais de *set-aside* em suas listas de cobertura, com a exclusão da aplicabilidade do GPA 2012 tanto a pequenas empresas quanto a empresas de propriedade de minorias (Yukins e Schnitzer, 2015, p. 117). Ao mesmo tempo que a falta de delimitação do conceito de ‘país em desenvolvimento’ garante higidez normativa ao princípio da discriminação, na prática acaba por gerar situações de injustiça e comprometer a eficácia das medidas de S&D.

Diferentemente do GPA 1994, em que o foco era privilegiar o acesso dos países em desenvolvimento aos mercados de contratações públicas dos demais signatários, o GPA 2012 procurou centralizar o S&D em medidas de proteção do mercado interno e períodos de transição individualmente negociados durante os procedimentos de acesso (Müller, 2011, p. 376). Dentro da classificação do Secretariado da OMC, o GPA 2012 foca em medidas de resguardo de interesses dos países em desenvolvimento, flexibilização de compromissos e períodos de transição para implementação do Acordo.

De acordo com Anderson e Müller (2017, p. 987), o S&D, no GPA 2012, possui como características principais: a) é negociado, individualmente, durante o processo de adesão do signatário, com base em suas necessidades, inexistindo um conjunto padrão de medidas aplicadas automática e indistintamente; b) são projetadas para serem transitórias, isto é, para serem eliminadas gradualmente, e não mantidas indefinidamente; e, por fim, c) estão sujeitas as considerações de reciprocidade, conforme negociação entre os membros do Acordo e o país em desenvolvimento⁹⁴.

⁹⁴ Os autores destacam que a abordagem de S&D adotada pelo GPA 2012 é diversa da abordagem tradicional da OMC e “[...] arguably addresses some if not most of the questions that have been raised by some with regard to the effectiveness of conventional S&D in facilitating economic development. More specifically, it creates the possibility of incentivizing developing country acceding Members to engage in gradual market liberalization, using the negotiated timetable as ‘roadmap for development’” (Anderson e Müller, 2017, p. 987)

Nesses termos, o artigo V, inciso 3, do GPA 2012 autoriza que os países em desenvolvimento mantenham, temporariamente, dentro de um período de transição negociado no processo de acesso, políticas de: a) margens de preferência, desde que transparentes (claramente prevista no instrumento convocatório da contratação) e restritas a produtos e serviços originários daquele país em desenvolvimento (ou de outros Estados na mesma condição e em relação aos quais há compromisso de TN pelo signatário); b) medidas de compensação (*offsets*), com obediência às mesmas condições de transparência previstas para as margens de preferência; c) incorporação gradual (*phased-in addition*) de determinadas entidades e setores à cobertura do Acordo; e, d) limite de valor provisório (*threshold*) mais elevado que o definitivo para aplicabilidade do GPA 2012 (OMC, 2023c). Segundo Müller (2011, p. 358), o foco do artigo V, inciso 3, do GPA 2012 está na flexibilização para permitir aos países em desenvolvimento algum *policy space* para a promoção de setores industriais sensíveis e na exclusão temporária de cobertura para evitar choques econômicos internos, de modo a garantir uma transição mais tranquila a um regime de liberalização das compras públicas.

Além dessas medidas, o artigo V, inciso 4, do Acordo prevê a possibilidade de adiamento da aplicabilidade de obrigações específicas do GPA 2012, desde que não excedido o prazo de 5 (cinco) anos para países menos desenvolvidos e 3 (três) anos para os demais países em desenvolvimento (OMC, 2023c). A abertura conferida para norma pode abranger não só obrigações técnicas (a exemplo dos procedimentos domésticos de revisão), mas também as relacionadas à não discriminação, incluindo aquelas relativas ao TN entre os signatários⁹⁵ (Müller, 2011, p. 363). É necessário, porém, que a especificação da obrigação adiada, do período de sua implementação, bem como de qualquer condição interina com a qual o Estado candidato à adesão tiver concordado durante o processo de negociação conste expressamente do Anexo 7 do Apêndice I do Acordo, conforme artigo V, inciso 5 do GPA 2012.

Yukins e Schnitzer (2015, p. 106) apontam, ainda, que o GPA 2012 estabelece a possibilidade de flexibilizações pós-acesso em favor dos países em desenvolvimento, de forma a abranger circunstâncias especiais não previstas por ocasião

⁹⁵ Müller (2011, p. 364) destaca a relevância de uma maior flexibilidade na aplicabilidade de obrigações técnicas, trazida pelo GPA 2012, pois permite aos países em desenvolvimento melhor enfrentar as dificuldades que possivelmente encontrariam na implementação das exigências procedimentais trazidas pelo Acordo, considerando, em especial, a necessidade de modificações legislativas.

do processo de adesão daquele Estado. Müller (2011, p. 365) acrescenta que a extensão também é cabível nos casos em que o período negociado se mostrar 'irreal' ou a extensão é necessária por razões políticas. As medidas de flexibilização pós-adesão estão previstas no artigo V, inciso 6, do Acordo e permitem ao Comitê de Compras Governamentais, a partir de requisição do país em desenvolvimento: a) estender períodos de transição para eliminação das medidas discriminatórias ou para completa implementação das obrigações previstas no GPA 2012; ou, b) adotar novas medidas de transição (OMC, 2023c).

Por fim, o artigo V, inciso 8, do Acordo veicula o dever de os Estados-parte, quando solicitados, conferirem aos países em desenvolvimento a concessão de cooperação técnica e capacitação em relação à adesão ou a implementação do GPA 2012 (OMC, 2023c).

É relevante considerar que o S&D no GPA 2012 possui caráter provisório. São medidas, com fundamento normativo, que excepcionam os princípios fundamentais do Acordo, sobretudo a não discriminação, com o escopo de dar um 'espaço de respiro' à economia interna dos países em desenvolvimento interessados em aderir ao tratado plurilateral, permitindo que sua indústria se prepare para competição em um mercado internacional de contratações públicas liberalizado (Yukins e Schnitzer, 2015, p. 103). O GPA 2012 reconhece o caráter temporário das provisões de S&D e, no artigo V, inciso 7, demanda que os países em desenvolvimento por ela beneficiados adotem cronogramas de implementação da abertura de seus mercados de contratações públicas, comunicando o Comitê de Compras Governamentais dos avanços (OMC, 2023c).

O GPA 2012, mediante adoção do princípio da reciprocidade setorial e do S&D, tenta assentar a abertura dos mercados de contratações públicas em uma concepção de comércio internacional justo e equilibrado ('*fair trade*')⁹⁶, e não sim-

⁹⁶ Com o objetivo de não confundir fenômenos, o mais adequado seria falar em '*fair play*' para referir-se ao movimento de tentativa de equalização de condições do comércio internacional no contexto de abertura defendido pela OMC. O *Fair Trade* ou Comércio Justo é algo diverso e mais amplo. Sobre esse último fenômeno, Stelzer (2018, p. 128) refere que "é complexo e mesmo inviável querer cercar o fenômeno somente por uma dimensão, afinal, comporta diferentes enfoques". De fato, em sua obra, a autora aponta uma pluralidade de concepções de Comércio Justo, destacando, por exemplo, a distinção entre a compreensão europeia e latino-americana do instituto: "[...] a iniciativa Fair Trade europeia insistirá na promoção dos pequenos produtores no mercado internacional, no anseio de minimizar a pobreza no hemisfério Sul. Tal fato, entre outras circunstâncias, gerará uma tensão entre os movimentos latino e europeu, acarretando o uso da denominação *Fair Trade* para uma proposta que visa a justas condições comerciais visando ao fim da pobreza; e, outra, de Comércio Justo (ou em

plesmente de comércio livre (*'free trade'*) (Rodrigues, 2013, p. 123). O microsistema, contudo, demanda evolução se efetivamente deseja a implementação do modelo de comércio internacional justo, que envolva a cobrança de rendimentos dignos, ambientalmente responsável e socialmente inclusor⁹⁷, pois centrado, essencialmente, na preocupação do *value for Money*⁹⁸ (Yukins e Schnitzer, 2015, p. 107).

Sem embargo sua importância para evitar choques econômicos e a tentativa de melhoria dos problemas imputados à modelagem de S&D no âmbito do Sistema GATT-OMC⁹⁹ (Müller, 2011, p. 373), o tratamento diferenciado a países em desenvolvimento do GPA 2012 ainda peca pela ausência de conceituação clara dos potenciais beneficiados, submetendo a questão às negociações durante o procedimento de acesso (o que estimula a inserção de questões políticas de quais países e de quanto poderão usufruir da S&D), e pela falta de exequibilidade das disposições (o S&D vem veiculado em preâmbulos ou em obrigações qualificadas como de 'melhor esforço').

espanhol *Comercio Justo*), mais próxima da ideia de empoderamento dos produtores (e trabalhadores) para participação equitativa nas trocas mundiais)" (Stelzer, 2018, p. 125).

⁹⁷ Esses parâmetros para compreensão do 'Comércio Justo' consideram a lição de Stelzer e Gonçalves (2016), ao pontuarem que "[c]ontemporaneamente, o Comércio é considerado Justo em virtude de uma série de fatores, e especialmente porque o preço é justo, vale dizer, cobra os custos de um rendimento digno, ambientalmente responsável e socialmente inclusor (para isso, há os princípios enumerados *infra*). Com isso, há grande atenção não somente com as condições de trabalho do produtor (além da sua família e comunidade, e que deve se estender por toda a cadeia logística), mas, também, com o consumidor que pode adquirir bens de forma ética. Trata-se de um raciocínio muito diferente do praticado pelo neoliberalismo, pois no Comércio Justo as pessoas são consideradas mais importantes que o lucro)".

⁹⁸ Conforme destacam Yukins e Schnitzer (2015, p. 107), o princípio fundante do GPA 2012 não se preocupa com a origem dos bens e serviços contratados, mas sim na melhor proposta em termos de preço: "Membership in the GPA therefore should allow foreign bidders to participate in public tender procedures in other GPA parties under the same terms and conditions domestic suppliers enjoy. Under the GPA's guiding principles, in other words, ultimately the bidder which offers best value for money should win a public contract, regardless of the bidder's origin, or the origin of the goods or services it provides".

⁹⁹ Após avaliação das políticas de S&D no âmbito do Sistema GATT-OMC, Michalopoulos (2000, p. 34-37), sugere a seguinte reorientação de prioridades com vistas à melhoria da efetividade do tratamento diferenciado em favor de países em desenvolvimento e menos desenvolvidos: a) maior ênfase em instrumentos para fortalecer a capacidade institucional dos países em desenvolvimento; b) obrigações legalmente exequíveis; c) reexame dos períodos de transição, presentes nos Acordos da OMC, para melhoria das debilidades institucionais dos países em desenvolvimento; d) conferir menor foco a medidas que asseguram aos países em desenvolvimento maior flexibilidade para proteção da indústria interna ou em subsídios para exportação de bens e serviços; e) uma diferenciação mais precisa entre os países em desenvolvimento; f) evitar esforços para 'vinculação permanente' de margens de preferências; g) promoção de transparência, com revisões periódicas da implementação das medidas de S&D; e h) promoção de maior coerência entre as medidas de S&D da OMC e outras iniciativas internacionais e de Organizações Internacionais.

Embora na última década seja possível verificar tímidas adesões e interesse de acessões de países em desenvolvimento ao GPA 2012¹⁰⁰, o fato de muitos preferirem a liberalização via acordos regionais e/ou bilaterais de comércio¹⁰¹, sinalizam que ainda vige, no âmbito do GPA 2012, o que Michalopoulos (2000, p. 33) denomina de “cultura de fingimento em relação ao S&D”: os países em desenvolvimento consideram politicamente mais fácil fingir que todos devem ser tratados com igualdade, excepcionados os menos desenvolvidos, e os países desenvolvidos simulam oferecer S&D significativa, enquanto, na prática, os compromissos não são juridicamente executáveis.

4.4 POLÍTICAS HORIZONTAIS E O ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DE 2012

Grande parte da resistência dos Estados à adesão à regulamentação plurilateral e de caráter liberalizante das contratações públicas é atribuída às limitações que podem causar à utilização do poder de compra governamental para promoção de políticas públicas horizontais.

Muitos países empregam as contratações públicas como instrumentos para promoção de práticas consideradas benéficas, a exemplo do estímulo à economia local, à sustentabilidade e ao desenvolvimento de ME e EPPs. A liberalização defendida pelo GPA 2012, em especial por meio da aplicação do princípio da não discriminação, tem o potencial de restringir o uso dos contratos administrativos como ferramentas para o alcance desses objetivos políticos, econômicos e sociais, tidos como relevantes pelos Estados (Rodrigues, 2013, p. 151-152).

Conforme relata McCrudden (1999, p. 30), o espírito de liberalização trazido pelo GPA faz com que alguns autores defendam que um dos propósitos do GPA é a introdução do ‘princípio da pureza’ (*‘the purity principle’*) nas contratações públicas de seus signatários, isto é, “o estabelecimento de um sistema que reduza, ao máximo, a possibilidade de inserção de critérios não econômicos dentro do processo de contratação pública”.

¹⁰⁰ São exemplos de países em desenvolvimento que ultimaram a adesão ao GPA 2012 a Armênia e a República da Moldávia. Dentre os interessados em aceder ao Acordo, encontram-se Albânia, Geórgia e Jordânia (OMC, 2023b).

¹⁰¹ Veja-se, por exemplo, o Brasil, que negocia, por meio do Mercosul, um tratado de comércio com a União Europeia, cuja cobertura abarca as contratações públicas.

Todavia, a partir da leitura do artigo V do GPA 2012, observa-se que o Acordo, embora imponha certas limitações, não é completamente refratário à utilização das contratações públicas como instrumento de promoção de políticas horizontais, sobretudo no que concerne aos países em desenvolvimento. Conquanto a existência princípio da pureza não tenha sido afastado de forma inequívoca pelo GPA 2012, a posição majoritária da doutrina é de que o Acordo propicia espaços normativos à promoção de políticas públicas pela via das contratações administrativas.

Jiang (2010, p. 184) esclarece que o GPA concede aos signatários certa margem para uso de políticas horizontais por meio das contratações públicas, buscando equilibrar os valores do livre comércio e os objetivos de políticas públicas domésticas legítimas relacionadas às contratações. Nesse contexto, a flexibilidade propiciada pelo Acordo exerce função relevante, porque permite aos membros excluírem entidades ou tipos específicos de contratos da cobertura do GPA, se desejarem utilizar essas contratações para promoção de políticas industriais, sociais ou ambientais. Também é possível aos países signatários negociar derrogações específicas para abarcar determinados programas para utilização das contratações públicas, desde que de forma temporária. Essa prática foi adotada, por exemplo, por Estados Unidos, Canadá e Japão¹⁰².

A via da compatibilidade por meio de derrogações também é defendida por Davies (2011, p. 442), ao menos até que seja possível obter maior clareza sobre as regras relativas sobre políticas horizontais no GPA. Isso se deve ao fato de que a maior parte dessas políticas representarem violações “*de jure* ou *de facto*” aos princípios da não discriminação e do TN. São consideradas violações *de jure* (ou de direito) aquelas que diferenciam explicitamente entre bens, serviços ou fornecedores nacionais e estrangeiros com base tão somente em suas nacionalidades. Lado outro, aquelas *de facto* (ou de fato) consistem em políticas neutras em relação à origem de bens, serviços e empresas, mas possuem efeito prejudicial aos fornecido-

¹⁰² De fato, em consulta ao Anexo 7 (Notas Gerais) dos países membros, é possível verificar a existência de uma série de derrogações à cobertura do GPA 2012 pelos países citados por Jiang (2010). Por exemplo, o Canadá, à semelhança dos Estados Unidos, exclui da cobertura do Acordo as preferências para pequenas empresas e sociedades de propriedade de minorias. Uma importante política pública de reparação histórica para os povos aborígenes canadenses por meio de contratações públicas também é preservada por meio de derrogação ao GPA 2012. O Anexo 2 (relativo a entes subnacionais) dos Estados Unidos prevê a possibilidade de que as entidades estaduais nele listadas apliquem preferências ou restrições relacionadas a políticas de promoção do desenvolvimento de áreas em situação de crise, negócios de propriedade de minorias, veteranos militares com deficiência ou mulheres. Os casos de Canadá e Estados Unidos serão avaliados com maior detalhamento no próximo capítulo.

res estrangeiros. Davies (2011, p. 432) defende que, nesse último caso, poder-se-ia afastar a alegação de desrespeito aos princípios da não discriminação e do TN, caso houvesse uma explicação válida para esse efeito não relacionada à nacionalidade dos bens, serviços ou fornecedores. A falta de clareza na extensão das justificativas presentes no GPA, porém, fazem com que a via da derrogação seja considerada a mais segura juridicamente para implementação de políticas horizontais pelos países signatários do Acordo.

Gomes (2015, p. 136) avalia a compatibilidade das políticas horizontais a partir de sua divisão em duas espécies: a) com caráter discriminatório; e, b) não discriminatórias. Para o autor, as primeiras só são passíveis de implementação pelos países membros do GPA caso excluídas do âmbito objetivo e subjetivo de incidência do Acordo¹⁰³. Por outro lado, as políticas horizontais não discriminatórias não trariam problemas de compatibilidade com a regra do TN e da CNMF, “[...] daí ser possível promovê-las nos vários momentos dos procedimentos pré-contratuais previstos no GPA”.

Em posição bastante próxima, Arrowsmith (2010, p. 152), dentro de sua taxonomia para as políticas públicas horizontais perseguidas por contratações públicas, observa a existência daquelas que: a) objetivam a obediência de requisitos legais genéricos; b) vão além da mera observância de requisitos legais genéricos; e i) são restritas a aspectos de performance contratual; e, ii) abrangem aspectos que ultrapassam a performance contratual. Para a autora, concluir pela compatibilidade com o GPA de determinada política horizontal que se limita a demandar dos fornecedores o cumprimento da legislação e a regular pontos relativos à execução contratual é mais simples, mas, de todo modo, sua implementação pode, mesmo assim, demandar negociação para derrogações do Acordo (Arrowsmith, 2010, p. 161).

Rodrigues (2013, p. 152-153), por seu turno, defende uma metodologia de análise quanto à possibilidade de prossecução de políticas horizontais nas contratações públicas pelos signatários do GPA sob três óticas distintas: a) do princípio da não discriminação; b) do princípio da transparência; e c) enquanto política passível

¹⁰³ Gomes (2015, p. 136) destaca hipótese em que, mesmo estando a contratação coberta pelo GPA 2012, seria possível a prossecução de políticas horizontais discriminatórias “i) a existência de uma derrogação específica negociada com sucesso entre as partes; (ii) a existência de uma derrogação ao abrigo do art. III para a proteção de determinados valores taxativos; (iii) ser conferida a possibilidade, normalmente proibida, para o uso de *offsets*, dado o Estado, *in casu*, beneficiar o estatuto de país em vias de desenvolvimento”. Pensa-se, porém, que os casos elencados consistem em derrogações de cobertura do Acordo, o que faria com que incidissem na regra geral trazida pelo mesmo autor.

de restringir o comércio mundial. Considerando que as políticas horizontais, em geral, buscam a proteção da indústria nacional, o autor parte do pressuposto que boa parte delas viola, “*de jure* ou *de facto*”, o princípio da não discriminação. Contudo, essa circunstância não constitui impeditivo absoluto da implementação de qualquer política pública pela via da contratação pública, principalmente diante da falta de clareza do texto do GPA quanto à relação entre a promoção de políticas horizontais e obstáculos de acesso a mercados.

Aponta, também, a existência de políticas “neutrais no tocante ao princípio da não discriminação”, a exemplo daquelas fundadas em especificações técnicas, desde que baseadas em *standards* internacionais (como utilização de materiais biodegradáveis ou imposição de fracionamento de contratos), ou, ainda, alinhadas com objetivos associadas a organizações internacionais (como o Banco Mundial ou o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento). Acrescenta, ainda, que mesmo políticas que violem o princípio da não discriminação podem ser levadas a diante pelos signatários, desde que alberguem um dos valores tutelados pelas exceções do Acordo, sejam negociadas entre os Estados-parte ou perseguidas por países em desenvolvimento (Rodrigues, 2013, p. 153-154).

Em relação ao potencial conflito com o princípio da transparência, Rodrigues (2013, p. 158) defende que os países que possuem a intenção de promover políticas horizontais devem avaliar se elas são compatíveis com os procedimentos estabelecidos pelo GPA (aberto, seletivo ou limitado). Uma última cautela para conformidade das políticas horizontais com o Acordo, para Rodrigues (2013, p. 158-159), refere-se à não incidência em nenhuma vedação (a exemplo das medidas de compensação ou *offsets*) e a existência de vinculação das políticas objeto contratual, o que possibilitaria sua presença em critérios de qualificação, seleção ou de execução de um contrato público.

Por fim, Anna Corvaglia (2016, p. 619-620) esclarece a existência de certo consenso acadêmico acerca da permissão dada pelo GPA 2012 para o uso das contratações públicas como instrumento de promoção de políticas sociais e ambientais, desde que: a) em conformidade, de direito e de fato, com o princípio da não discriminação; b) se discriminatórias, essas políticas estejam cobertas por derrogações negociadas pelas partes; e c) se discriminatórias e incluídas na cobertura do Acordo, justificadas em uma das exceções trazidas pelo Artigo III do GPA 2012.

Sobre o tema, outro aspecto que forma consenso doutrinário é que a possibilidade de utilização de políticas horizontais por países signatários do GPA 2012 é um dos pontos que merece aprimoramento no regulamento plurilateral de contratações públicas da OMC.

De acordo com Arrowsmith (2002, p. 780), considerando que muitos Estados utilizam políticas horizontais em suas contratações pública, a percepção de que o GPA limita a utilização desse recurso, acaba por afastar a candidatura de novos membros. Também é difícil para que os candidatos a acessão obtenham compromisso de entidades subnacionais quanto ao tema, considerando que, não raro, as contratações públicas consistem em um dos poucos instrumentos de política disponíveis para esses grupos.

O problema central em relação às normas sobre políticas horizontais presentes no GPA, segundo a autora, diz respeito à falta de clareza dessas disposições (Arrowsmith, 2002, p. 780). A aplicação em várias áreas, como equidade e direitos humanos, não é de fácil compreensão, apesar das exceções positivadas no tratado plurilateral. Isso se deve à natureza indeterminada dos conceitos relacionados à ordem pública e à moral (o que é extensível a outros, como saúde de pessoas ou mesmo segurança nacional). Há, também, incerteza em relação à abrangência das políticas que podem ser anuladas devido a seus efeitos extraterritoriais, como foi o caso de *Burma vs. Massachusetts*¹⁰⁴.

Um ponto de partida para revisão das normas do GPA quanto ao uso das políticas horizontais é considerar a legítima preocupação dos Estados em utilizar as contratações públicas dessa forma. Esse pressuposto, no entanto, deve ser sopesado contra potenciais efeitos de restrição no comércio internacional que essas políticas podem representar (Arrowsmith, 2002, p. 781). Sugere-se, com base nessas premissas, as seguintes medidas de aprimoramento à redação do GPA, com inclusão de obrigações que as políticas horizontais promovidas pelos países signatários do Acordo: a) sejam, em geral, permitidas, devendo ser sempre justificadas, com remoção, em contrapartida, das limitações dos possíveis tipos de fundamentação

¹⁰⁴ Como visto, caso *Burma vs. Massachusetts* diz respeito a questionamento perante o OSC da OMC, feito pela Comunidade Europeia e o Japão, de norma editada pela *Commonwealth of Massachusetts* que proibia as autoridades públicas daquele órgão de adquirir bens e serviços de empresas que possuíssem negócios com Burma (Myanmar). O pedido da Comunidade Europeia foi autuado sob nº DS 88 e o do Japão sob nº DS 95. Embora tenha sido instituído o grupo especial para solução da controvérsia, a discussão do tema no âmbito da OMC foi suspensa em razão de medida judicial tomada nos Estados Unidos que declarou a norma inconstitucional e impediu sua aplicação.

atualmente presentes no Acordo (exceções de cobertura enumeradas nos artigos II, inciso 3, e III do GPA 2012)¹⁰⁵; b) estejam alinhadas com o “*chapeau*” do Acordo, isto é, não representem restrições ao comércio internacional ou promovam discriminação arbitrária e injustificada; c) sejam formuladas e publicizadas em termos gerais, com vedação a decisões *ad hoc* em contratações específicas; e, d) se dotadas de efeitos extraterritoriais, sejam, em regra, permitidas caso possuam natureza não discriminatória, mas, para evitar abusos contra medidas protecionistas, se de natureza discriminatória, sejam possíveis desde que em linha com normas internacionais (Arrowsmith, 2002, p. 782-784).

A potencial modificação de postura, ao menos para determinadas políticas públicas horizontais, pode ser visualizada a partir da previsão do artigo XXII, inciso 8, do GPA 2012, que prevê a instalação de grupo de trabalho voltado à discussão de disposições relativas ao tratamento para PE e EPPs e de contratações públicas sustentáveis no âmbito do GPA 2012 (OMC, 2023c). Segundo Gomes (2015, p. 135), embora alguns autores considerem que a instituição dos grupos de trabalho conduz à conclusão de que o progresso feito durante as negociações foi claramente insuficiente em relação à temática, outros doutrinadores, menos céticos, entendem que a inserção no texto dos grupos de trabalhos corresponde a uma vitória parcial para os defensores dessas políticas públicas horizontais, como uma garantia à oportunidade de continuar a discussão e de possibilidade de influenciar a evolução do GPA 2012.

Em âmbito europeu, é perceptível o movimento em direção a possibilitar critérios de adjudicações não econômicos nas concorrências públicas. Conforme destaca Rodrigues (2022, p. 444), “[a] partir do acórdão *Concordia Bus*, passou a considerar-se que os critérios de adjudicação podem não ser estritamente econômicos, mas devem estar diretamente relacionados com o objeto do contrato”. Com efeito, nesse caso, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) entendeu que, em concursos públicos para contratação de veículos, é possível à entidade adjudicante incorporar no conceito de proposta mais vantajosa critérios ecológicos, a exemplo de

¹⁰⁵ O posicionamento é compartilhado por Davies (2011, p. 442): “Convincing accounts of national preferences making a genuine and strong contribution to the achievement of the policy goal are hard to come by. Perhaps it is not therefore unrealistic to forecast that governments will begin to see the GPA as a means of ‘tying their hands to the mast’; in other words as a means of resisting domestic pressures for national preferences. Instrumental in strengthening the GPA’s contribution here would be the future implementation of Arrowsmith’s proposal to require all horizontal policies to be justified, but to remove the present limitation of the possible grounds for justification. In the meantime, the possibility of considering any non-protectionist regulatory purpose within the definition of national treatment provides a partial stepping stone”.

nível de emissão de óxido de azoto ou a produção de poluição sonora pelos carros, desde que respeitada a transparência e exista relação com o objeto do contrato. No julgamento, inclusive, o TJUE entendeu que o princípio da igualdade de tratamento não impede a consideração de critérios vinculados à preservação do meio ambiente (TJUE, 2002, p. 7286-7287). Em outros termos, o regramento europeu de contratações públicas considera as contratações públicas ecológicas compatíveis com o princípio da não discriminação.

De toda forma, nada obstante a existência de divergências doutrinárias quanto a maiores ou menores limitações na prossecução de políticas horizontais por meio de contratações públicas, observa-se que inexistente incompatibilidade absoluta entre sua promoção e o GPA 2012, sobretudo quanto àquelas que visam a promoção de valores expressamente excepcionados pelo Acordo e/ou em relação àquelas implementadas por países em desenvolvimento. Há, porém, espaço para aprimoramento das normas relativas às políticas horizontais no GPA 2012, notadamente para melhor delimitar os conceitos dos bens jurídicos que possibilitam justificar o uso das políticas horizontais pelos membros signatários do Acordo e afastar, com isso, violações ao princípio da não discriminação e do TN, a exemplo do que é percebido no âmbito europeu a partir do acórdão *Concordia Bus*.

5 A COMPATIBILIDADE ENTRE O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO DO GPA 2012 E O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL DA LEI Nº 14.133, DE 2021

A adesão de um país a um acordo comercial internacional possui uma série de consequências, estando, dentre elas, a necessidade de adequação de suas normas internas às disposições do tratado. Nesse contexto, a candidatura do Brasil ao GPA 2012, se não fosse abandonada, acarretaria a necessidade de harmonização da legislação do país às disposições daquele Acordo, demandando a conformação de valores e de princípios aparentemente contraditórios entre legislação interna e internacional. Esse processo não seria simples e, no caso brasileiro, acabou frustrado pelo entendimento das autoridades negociadoras da adesão de que a acessão ao GPA implicaria severa limitação ao uso das contratações públicas como instrumento de política econômica e social.

Embora a legislação brasileira, em termos gerais, coadune-se com os princípios, regras e procedimentos estabelecidos pelo GPA 2012, não é difícil constatar que persistem alguns pontos de dissonância que precisariam ser solucionados para viabilizar a acessão do Brasil como membro pleno do tratado plurilateral.

Nesse contexto, objetivo deste capítulo é avaliar a possibilidade de compatibilizar as disposições do GPA 2012, relativas ao princípio da não discriminação, e da legislação brasileira, no que concerne à promoção de políticas públicas horizontais em suas contratações públicas, em especial o estabelecimento de margens de preferência e tratamento favorecido a bens, serviços e empresas nacionais. Para tanto, este título foi dividido em quatro partes: a) na primeira, analisa-se os efeitos da candidatura brasileira à adesão ao GPA 2012; b) na segunda, descreve-se experiências de outros países na harmonização de sua legislação interna com as disposições do tratado; c) na terceira, realiza-se um levantamento das posições de doutrinadores sobre a possibilidade e as alternativas para a compatibilização das regras brasileiras ao texto do GPA 2012; e, d) na quarta, efetua-se uma análise comparativa acerca da plausibilidade de harmonização entre os dois sistemas jurídicos.

5.1 A CANDIDATURA DO BRASIL À ADESÃO AO GPA 2012: PERSPECTIVAS E EFEITOS

Historicamente, a OMC sempre ocupou lugar prioritário na política externa do Brasil, em especial devido ao grande apreço do país ao multilateralismo e por sua aspiração pelo reconhecimento internacional.

Considerando a relevância dos produtos agrícolas para as exportações do país, a atuação brasileira sempre esteve mais concentrada em negociações para tentativa de redução e de retirada de tarifas, quotas e subsídios agrícolas. Por outro lado, o anseio de proteger o mercado doméstico e preservar uma base industrial diversificada e integrada acabava direcionando o Brasil à adoção de postura defensiva quanto a questões que poderiam resultar em restrições à promoção de políticas públicas voltadas para a proteção e incentivo à produção nacional, a exemplo da proteção de investimentos, propriedade intelectual e contrações públicas (Rios e Veiga, 2015, p. 12-18).

Esse cenário, no quadriênio presidencial de 2019-2022, foi alterado. Procurando deixar sua posição de mero observador, que ocupava desde outubro de 2017, no Comitê de Contratações Públicas, o Brasil tornou-se um dos países em acessão formal ao GPA 2012. Em maio de 2020, o país formulou pedido de adesão ao Acordo, reforçado, em outubro do mesmo ano, após a realização de consulta pública, mediante respostas ao *checklist* da OMC¹⁰⁶. Em maio de 2023, porém, o Ministério das Relações Exteriores brasileiro endereçou uma nota à imprensa comunicando a retirada da oferta do Brasil para acessão ao Acordo de Contratações Governamentais da OMC, sob o argumento de que, nada obstante a propositura de uma cobertura equivalente e, em alguns casos, até superior aos atuais signatários do tratado plurilateral, o Estado brasileiro não concordava com a imposição de “severos limites à utilização do poder de compra do governo como instrumento de indução do desenvolvimento econômico e social do país, em particular a políticas públicas de saúde e ao fomento à tecnologia e à inovação” (Brasil, 2023).

5.1.1 A candidatura brasileira: benefícios, desvantagens e necessidade de adesão ao GPA 2012

¹⁰⁶ O *checklist* foi um expediente encontrado pela OMC para imprimir maior celeridade ao processo de adesão do país ao GPA 2012. Conforme Monassa e Leonelli (2013, p. 79), “[...] para aumentar a velocidade do processo, o Comitê de Compras Governamentais adotou um *checklist* de questões para que os membros que pretendem aderir ao Acordo o verifiquem. O acessionário informa ao Comitê os dados necessários para a adesão e concorda em indicar o período em que estará realizando os ajustes requeridos pelo Acordo no âmbito interno e quando reportará o progresso”.

Como qualquer medida de comércio internacional, a adesão brasileira ao GPA 2012 traria potenciais benefícios e desvantagens ao país, que deveriam ser sopesadas (como, de fato, foram) antes da formalização definitiva da adesão do país ao Acordo.

Conforme ressalta Rodrigues (2021, p. 284), a conclusão do processo de adesão do Brasil ao GPA 2012 ganharia enorme visibilidade mundial, pois seria o primeiro país dos chamados atuais BRICS (acrônimo para Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul)¹⁰⁷ a figurar entre os signatários definitivos no Acordo. Seria, também, o pioneiro entre os Estados latino-americanos a aderir ao tratado plurilateral. Além das repercussões políticas, para o autor português, os ganhos com a medida envolveriam a redução de despesa pública, o aumento da concorrência, a transferência e absorção de tecnologias, bem como a abertura de mercados internacionais, para empresas brasileiras, que não mais poderiam ser excluídas por medidas protecionistas ou de retaliação praticadas pelos demais países signatários ou pela União Europeia.

Araújo Júnior (2019, p. 8-9) também visualiza que a adesão brasileira ao GPA 2012, com a consequente exposição à concorrência ao comércio internacional, poderia trazer avanços tecnológicos, aumento de competitividade e de produtividade das empresas nacionais. O autor lembra que um dos grandes benefícios propiciados pelo acordo seria a possibilidade de acesso pelos fornecedores brasileiros ao mercado de contratações públicas de outros países-membros, estimado em US\$ 1,7 trilhão ou, aproximadamente, 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) do PIB mundial, em igualdade de condições e com o impedimento de que o Brasil seja alvo de políticas protecionistas do tipo '*buy national*'. A participação no GPA 2012 auxiliaria também na convergência dos regramentos internos de contratações públicas internacionais e na modernização da legislação doméstica, em especial no que concerne a procedimentos e à transparência, de forma a melhorar a credibilidade nos processos de contratações administrativas. Como membro do Acordo, o Brasil passaria a contar com uma espécie de 'selo de qualidade', o que poderia atrair investimentos externos de empresas interessadas em fornecer obras, bens e serviços ao Estado brasileiro ou atuar em atividades relacionadas.

¹⁰⁷ Com a expansão anunciado em agosto de 2023, os BRICS passarão a contar com seis países adicionais em 2024: Argentina, Etiópia, Irã, Arábia Saudita e Emirados Árabes Unidos (BRICS, 2023).

Jordão e Cunha (2021, p. 140) ressaltam que, para além das denominadas “motivações mercantilistas” (relacionadas à abertura do mercado de compras públicas a fornecedores internacionais), as vantagens de adesão brasileira ao GPA 2012 passariam por outros pontos, a exemplo do aumento de eficiência do gasto público, da melhora da governança pública, do combate à corrupção, da promoção da transparência na Administração Pública e do reconhecimento internacional na adoção de boas práticas em matéria de contratações públicas¹⁰⁸.

Por outro lado, a participação brasileira no GPA 2012 traria algumas desvantagens ao país. A acessão ao tratado plurilateral não bastaria para resolver todos os problemas estruturais das contratações públicas brasileiras (Rodrigues, 2021, p. 286). Nesse contexto, alguns impactos econômicos adversos seriam esperados. Primeiramente, a adesão ao Acordo ocasiona a percepção de que o Estado terá menos poder para impulsionar a demanda interna por meio de tratamentos preferenciais em contratações públicas. Esta, inclusive, foi a motivação principal para retirada da oferta brasileira de acessão ao GPA 2012 conforme a nota à imprensa emitida pelo Ministério das Relações Exteriores (Brasil, 2023).

Outro aspecto a ser considerado seria a possibilidade de perdas de postos de trabalho no país, uma vez que parte dos fornecedores locais seriam substituídos por empresas estrangeiras e/ou a Administração Pública passaria a consumir mais bens e serviços importados em detrimento dos domésticos. Haveria, ainda, previsão de elevados custos nas mudanças e na manutenção de sistemas de informação para garantir a transparência exigida pelo tratado plurilateral, na necessidade de alterações legislativas e de treinamento de pessoal (Araújo Júnior, 2019, p. 10).

A existência dessas desvantagens conduz autores a questionar a própria necessidade de adesão brasileira ao GPA 2012. Conforme Nascimento (2014, p. 204), são argumentos para não acessão do país ao Acordo: a) a semelhança entre as disposições do GPA 2012 e da legislação do Brasil, assegurando um processo eficiente e equitativo de contratações públicas; b) a opção por não aderir ao GPA possibilita a criação de preferências a bens e serviços nacionais, em conformidade com o comando constitucional de promoção do desenvolvimento do país; e, c) as

¹⁰⁸ O reforço ao combate à corrupção e a obtenção do ‘selo de qualidade’ das normas internas de contratações públicas, conforme destacam Jordão e Cunha (2021, p.142-144) são dois dos principais motivos que conduziram países menos desenvolvidos que os participantes mais antigos, como a Ucrânia, a Croácia, o Montenegro, a Bulgária e a Romênia, a acederem ao Acordo de Compras Governamentais da OMC.

normas já existentes no ordenamento jurídico pátrio já contemplam medidas para garantir a igualdade entre os participantes, independentemente de serem nacionais ou estrangeiros¹⁰⁹.

Sob a perspectiva do comércio internacional, eventual integração do Brasil ao GPA 2012 proporcionaria uma oportunidade ímpar para revigorar o Acordo e ampliar o acesso de países que, historicamente, demonstraram resistência à adesão ao tratado plurilateral de contratações públicas da OMC, a exemplo dos demais membros dos BRICS. Esse movimento poderia conduzir a uma maior harmonização da contratação pública em escala global (Rodrigues, 2021, p. 291). Já do ponto de vista interno, a adesão brasileira ao GPA 2012 seria vantajosa para o Brasil caso as empresas nacionais conquistassem mercado nos demais países signatários e/ou sejam alcançados ganhos de eficiência para o setor público (Araújo Júnior, 2019, p. 31).

Contudo, ao sopesar politicamente benefícios e desvantagens da adesão ao GPA 2012, o Estado brasileiro entendeu que a extensão da redução de seu *policy space* relativo ao uso das contratações públicas para promoção de políticas públicas horizontais não compensaria os possíveis ganhos oriundos da entrada no tratado plurilateral da OMC.

5.1.2 Harmonização legislativa e redução de *policy space*

Como candidato a membro pleno do GPA 2012, um dever que se impõe ao país é a harmonização de sua legislação às disposições do tratado plurilateral. Além das negociações para definição da cobertura objetiva e subjetiva, outra etapa relevante do processo de acessão de um Estado ao GPA 2012 é a adoção de medidas voltadas a assegurar a conformidade de sua legislação doméstica com o conteúdo do Acordo.

¹⁰⁹ Em contraponto a essas alegações, Jordão e Cunha (2021, p. 157) sustentam que “[...] a legislação brasileira não é tão adequada para a garantir a isonomia material nos certames em relação aos licitantes estrangeiros quanto pode parecer à primeira vista”. Os autores destacam que “[h]oje, embora a legislação formalmente garanta a isonomia, a falta de ampla publicização da documentação pertinente e os requisitos editalícios comumente exigidos (por exemplo, a exigência de certidões que os fornecedores estrangeiros não têm como obter) são alguns dos fatores que inviabilizam a plena isonomia material entre nacionais e estrangeiros nas licitações”. Pontuam, também, que o regramento relativo às licitações internacionais na Lei nº 8.666, de 1993, não era claro e gerava uma série de incertezas jurídicas no que concerne à participação de licitantes estrangeiros, o que não foi, para eles, substancialmente alterado pela Lei nº 14.133, de 2021 (Jordão e Cunha, 2021, p. 152).

O GPA 2012 não constitui tão somente uma norma internacional vocacionada a estatuir a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, mas sim um regulamento amplo, que traz um sistema de contratação pública. A adesão ao Acordo manifesta a intenção de um Estado em adotar esse modelo e, por isso, deve ser precedida de discussão sobre a compatibilidade entre os objetivos que norteiam a política de contratação pública de um país e o escopo defendido no sistema de compras governamentais da OMC (Oliveira e Fortini, 2020, p. 130-131).

Confirmada a intenção de acessão ao GPA 2012, é crucial que as normas internas do país interessado estejam alinhadas aos princípios fundamentais da OMC (sobretudo do TN e da não discriminação), além de observar as disposições processuais previstas no tratado plurilateral (especialmente em relação à transparência e à capacidade de contestação e revisão de decisões administrativas). Nesse sentido, pode ser necessário realizar modificações nas regras nacionais existentes em relação à contratação pública, a fim de que o Estado interessado possa se tornar membro do GPA 2012 (Yukins e Schnitzer, 2015, p. 95).

O dever de harmonização legislativa é previsto no artigo XXII, incisos 4 e 5, do Acordo. Em essência, as disposições determinam que as partes do tratado plurilateral devem: a) garantir, até a data em entrada em vigor do Acordo para si, a conformidade de seu ordenamento jurídico de contratações públicas às normas do GPA 2012; e, b) informar o Comitê de Contratações Públicas sobre quaisquer modificações relevantes em leis e regulamentos domésticos que podem afetar as obrigações assumidas com o GPA 2012 (OMC, 2023c).

Para Schwind (2022, p. 334), no caso do GPA 2012, o dever de harmonização possui como objetivos principais a facilitação do trânsito das empresas entre os diferentes mercados de contratações públicas dos países signatários do Acordo e, mais importante, permitir a aplicação das previsões do Acordo:

Aponta-se que o dever de harmonização legislativa decorre da compreensão de que a existência de semelhanças entre as legislações sobre contratações públicas dos países é um fator de facilitação do trânsito das empresas entre os mercados nacionais de contratações públicas. Mais do que isso, no entanto, a harmonização das regras internas dos países é uma necessidade para que haja a aplicação das previsões do GPA. Se houvesse antinomias entre o GPA e as regras internas, isso geraria incertezas que poderiam, no limite, comprometer os próprios objetivos buscados com o Acordo.

A similaridade nas leis de contratação pública dos países desempenha um papel significativo na facilitação da participação das empresas nos diferentes mercados públicos. Por esse motivo, a OMC busca promover a harmonização das legislações domésticas dos países signatários do GPA 2012. Com isso, procura-se a eliminação de barreiras burocráticas e a redução dos custos para as empresas estrangeiras interessadas em concorrer nos mercados públicos dos países participantes do Acordo (Oliveira e Fortini, 2020, p. 130).

Assim, a harmonização legislativa é uma imposição do próprio GPA 2012 e dá-se mais por necessidades técnico-econômicas do que propriamente pelo consenso do ideário presente no tratado plurilateral de contratações públicas pelos Estados signatários¹¹⁰.

O dever de harmonização legislativa presente no GPA 2012, contudo, não necessariamente representa renúncia da soberania do Estado aderente.

Com efeito, Schwind (2022, p. 334) distingue os processos de uniformização, em que quase toda matéria é definida pelo acordo internacional, daquele de harmonização, no qual o tratado estabelece diretrizes e princípios gerais, admitindo-se a edição de regras específicas por cada país, desde que alinhadas com os objetivos do acordo internacional. O GPA 2012 contempla apenas o segundo processo, isto é, a harmonização.

Segundo Justen Filho (2021, p. 238), o acordo plurilateral não busca disciplinar diretamente as contratações públicas dos Estados-signatários, de modo que “cada país mantém a autonomia para legislar sobre o assunto, sendo-lhe exigido que observe limites e impedimentos nas licitações sujeitas ao regime do GPA”. Nesse sentido, a harmonização é vista por Schwind (2022, p. 335) como um instrumento voluntário para prossecução dos objetivos presentes no GPA 2012:

Evidentemente, a harmonização legislativa exigida pelo GPA – e por diversos instrumentos internacionais em geral – não é ofensiva à soberania dos países. Ao aderir a um acordo como o GPA, um país está justamente exercendo a sua soberania. A harmonização legislativa não é uma imposição unilateral, mas um instrumento para dar aplicabilidade aos objetivos que os países livremente aceitam ao firmar um acordo como esse. É evidente que

¹¹⁰ Essa constatação deriva da lição de Andrade (2011, p. 36), que, ao comentar o processo de homogeneização do direito, defende que “O *Estado Universal e Homogêneo*, tal qual descrito por Kojève, não constitui uma realidade, pelo menos atual, uma vez que o mundo permanece longe de ser uma unidade política, e a *harmonização/uniformização* do direito global se perfaz antes pelas necessidades colocadas pela técnica e pela autonomia – *tecnocconomia* – do que pelo consenso em torno de uma concepção global de justiça compartilhada por elites jurídicas” (destaques no original).

um país, ao aderir ao GPA, pode ter de alterar regras domésticas, mas não se trata de uma imposição e sim de uma adesão livre e voltada a objetivos que o próprio país considera relevantes e positivos para a sua economia interna.

Sem embargo, a adesão ao GPA 2012 (e de qualquer outro tratado internacional da OMC) é acompanhada de limitação parcial de *policy space* pelos Estados-signatários, isto é, da possibilidade de promoção de determinadas políticas públicas voltadas ao desenvolvimento sustentável em seus territórios. Conforme Costa (2021, p. 10), conquanto não constitua intenção declarada, uma das consequências de grande relevância em termos político-econômicos dos acordos comerciais, desde o estabelecimento da OMC, tem sido a considerável diminuição do espaço decisório dos países signatários para a criação e execução de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento.

Embora existam aberturas normativas para que os signatários se valham dessas políticas públicas, não raro elas são interpretadas restritivamente, impedindo seu uso ou limitando seu alcance. Em análise do artigo XX do GATT, Vieira (2014, p. 71), após a análise de diversos casos, observou que o OSC da OMC utilizou excessivamente da hermenêutica jurídica para restringir o *policy space* dos Estados, reduzindo sua capacidade de implementar políticas de desenvolvimentos sustentável.

Por exemplo, em relação à “proteção da vida e da saúde” (bem jurídico previsto tanto no artigo XX do GATT quanto no artigo III do GPA 2012), fica clara a postura restritiva do OSC da OMC ao espaço decisório dos países-parte do tratado. Conforme destacado por Vieira (2014, p. 54), no caso *US-Tuna-Dolphin I*, entendeu-se que a análise da conformidade de medidas comerciais com o GATT passa por três etapas: a) previsão em uma das alíneas do artigo XX; b) análise da necessidade da medida para atingimento de seus objetivos; e c) não constituir meio de discriminação arbitrária ou injustificável entre países onde as mesmas condições prevalecem ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional. Esse exame de compatibilidade foi utilizado pelo Painel no caso *Thailand Cigarettes* para afastar o caráter de ‘necessidade’ da proibição de importação de cigarros para proteger vida e saúde humana em território tailandês, por compreender que a propaganda e a rotulagem de cigarros para informar o consumidor seriam medidas alternativas menos inconsistentes com o GATT.

Conquanto o OSC não tenha atuado em um número significativo de casos relacionados ao GPA, a proximidade de redação entre o artigo XX do GATT e o artigo III do GPA 2012 possibilita a transposição dessas considerações ao acordo plurilateral de contratações públicas da OMC.

Esses casos ilustram que, apesar de não existir incompatibilidade absoluta entre a promoção de políticas horizontais por meio das contratações públicas e o GPA 2012, a necessidade de harmonização legislativa impõe restrições aos Estados-signatários no uso desse mecanismo.

Tradicionalmente, o Brasil sempre tentou preservar seu espaço para adoção de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento nacional, por meio de preferências a bens, produtos e empresas nacionais e no âmbito do Mercosul (Bicalho, 2015, p. 9). Em relação ao GPA 2012, embora a candidatura à acessão ao tratado tenha indicado uma mudança parcial desse posicionamento, o país acabou por entender que, do ponto de vista político, as potenciais limitações impostas ao seu *policy space* na utilização das contratações públicas para promoção do desenvolvimento econômico-social não compensaria os possíveis ganhos oriundos da entrada no tratado plurilateral da OMC.

5.2 UM PROBLEMA JÁ ENFRENTADO POR OUTROS? DESCRIÇÃO DE EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS NA BUSCA DA COMPATIBILIZAÇÃO DO USO DE POLÍTICAS HORIZONTAIS E O GPA 2012

A necessidade de harmonização da legislação interna de contratações públicas, em razão da previsão de políticas públicas horizontais, não é problema exclusivo do Brasil. A análise da bibliografia e dos Anexos de cobertura dos atuais países signatários revelam que a questão é constantemente enfrentada quando da acessão de novos membros ao GPA 2012 e, ao contrário do caso brasileiro, não foi um impedimento necessário à acessão ao tratado plurilateral.

A experiência mais relevante a ser relatada é dos Estados Unidos, conforme Jordão e Cunha (2021, p. 147), “[...] porque, assim como o Brasil, trata-se de Estado federado, com autonomia administrativa das entidades subnacionais”. Aos Estados

Unidos, deve-se somar, também, o Canadá e a Austrália que também são signatários do Acordo e adotam a federação como forma de Estado¹¹¹⁻¹¹².

A investigação do processo de adesão seguido por Estados federados ao GPA 2012 é interessante, já que permite avaliar, além das exceções inseridas para políticas horizontais praticadas por aquele país, na definição de cobertura, a conduta observada por esses países também quanto à definição da extensão da incidência das disposições do Acordo a suas entidades subnacionais (considerando que, se excluídos, podem manter a aplicação de políticas públicas de preferência a fornecedores nacionais).

Todos os dados levantados, nesta parte do trabalho, foram extraídos do sítio eletrônico da Organização Mundial de Comércio, relativa ao “*Coverage schedules*” do GPA 2012 (OMC, 2023e).

Os Estados Unidos são partes do GPA desde 1º de janeiro de 1996, aderindo ao novo Acordo (2012) em 6 de abril de 2014. Em relação ao Anexo 1 (Entidades públicas centrais), a cobertura horizontal (*threshold*) foi fixada em consonância ao padrão do tratado plurilateral em relação a maioria dos signatários: 130.000 (cento e trinta mil) Direitos Especiais de Saque (DES) para bens e serviços e em 5.000.000 (cinco milhões) para serviços de engenharia. Há uma considerável lista de exceções, das quais se destacam as contratações: a) de itens agrícolas pelo Departamento de Agricultura em relação a programas de suporte agrícola ou de segurança alimentar humana; e b) pela Agência Americana para Desenvolvimento Internacional com a intenção de proporcionar assistência internacional.

O Anexo 2 (Entidades subnacionais) estadunidense estabelece como limites mínimos 355.000 (trezentos e cinquenta e cinco mil) DES para bens e serviços e de 5.000.000 (cinco milhões) para serviços de engenharia. Dos cinquenta Estados ame-

¹¹¹ É preciso estar ciente que os países citados e o Brasil adotam desenhos de federação diversos. O modelo federativo brasileiro estabelece autonomia não só para os Estados e para o Distrito Federal, mas também para Municípios, conforme o artigo 18 da Constituição (Brasil, 1988). Dessa maneira, essa espécie de ente subnacional, assim como as entidades da Administração Pública indireta que os compõem, deverão ser consideradas por ocasião da definição da cobertura horizontal e vertical brasileira do GPA 2012.

¹¹² As federações europeias foram descartadas, dada sua adesão, em bloco, com os demais Estados da União Europeia, evidenciando a particularidade do processo de adesão dos países do bloco ao GPA. Além disso, a União Europeia apresenta um complexo regime supranacional de regulamentação sobre as contratações públicas, fazendo com que sua experiência seja bastante diversa da brasileira. Sobre a influência do GPA sobre o marco regulatório de contratações públicas europeus ver: COSTA, 2017, p. 8-30.

ricanos, apenas trinta e sete¹¹³ são abrangidos pelas disposições do GPA 2012 e, em algumas dessas entidades, a aplicação do tratado plurilateral é bem restrita: por exemplo, em Vermont e em Minnesota, o GPA 2012 é somente aplicável às agências estaduais do Poder Executivo e, no Oregon, apenas ao Departamento de Serviços Administrativos. É relevante apontar, também, que, nas notas do Anexo II dos Estados Unidos, consta que as entidades cobertas possuem a prerrogativa de aplicar preferências ou restrições associadas a programas para desenvolvimento de áreas ou negócios de propriedade de veteranos com deficiência ou de minorias. É possível, ainda, que os Estados americanos listados apliquem restrições com o objetivo de promover a qualidade ambiental, desde que tais restrições não constituam barreiras disfarçadas ao comércio internacional.

Ressalva igualmente importante à aplicabilidade do GPA 2012 às contratações públicas dos Estados Unidos é encontrada no Anexo 7 (Notas gerais) da cobertura daquele país: o item 1 afasta do espectro do tratado plurilateral qualquer *set-aside*¹¹⁴ em favor de pequenas empresas ou de negócios de propriedade de minorias, o que abrange qualquer forma de preferência, a exemplo do fornecimento exclusivo de determinado bem ou serviço ou preferência de preços.

Já o Canadá, também membro do GPA 1994 desde 1º de janeiro de 1994 e do GPA 2012 desde 6 de abril de 2014, em seu Anexo 1 (Entidades públicas centrais), apresenta os mesmos *thresholds* que os Estados Unidos para bens, serviços e serviços de engenharia, não havendo notas significativas excetuando a incidência do GPA 2012.

Diferentemente dos Estados Unidos, o Anexo 2 (Entidades subnacionais) canadense contempla todas as dez províncias e os três territórios que compõem a federação do país. Os limites mínimos são os padrões: 355.000 (trezentos e cinquenta e cinco mil) DES para bens e serviços e 5.000.000 (cinco milhões) DES para serviços de engenharia. A cobertura é bastante ampla, em regra, abrangendo todos os departamentos e agências da entidade, com derrogações pontuais (a exemplo dos órgãos do Poder Legislativo). As notas do Anexo 2 do Canadá contemplam, po-

¹¹³ São eles: Arizona, Arkansas, Califórnia, Colorado, Connecticut, Delaware, Flórida, Hawaii, Idaho, Illinois, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, New Hampshire, New York, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Washington, Wisconsin e Wyoming (OMC, 2023e).

¹¹⁴ *Set asides* consistem na prática de reservar determinada percentagem (cota) de contratações públicas para fornecedores específicos. No Brasil, por exemplo, essa prática é adotada em relação a ME e EPPs, conforme o artigo 48, inciso III, da Lei Complementar nº 123, de 2006 (Brasil, 2006).

rém, algumas exclusões de incidências das regras do GPA 2012, com destaque para as contratações públicas: a) em que se estabeleçam preferências ou restrições associadas a programas de promoção do desenvolvimento de regiões em dificuldades; b) para contribuir ao desenvolvimento econômico das províncias de Manitoba, Newfoundland e Labrador, New Brunswick, Prince Edward Island e Nova Scotia ou dos territórios de Nunavut, Yukon ou Northwest Territories; e c) para alguns Estados e Territórios canadenses¹¹⁵, de bens, serviços e serviços de engenharia para fins de representação ou promoção.

O Anexo 7 do Canadá, por derradeiro, também abriga significativas derrogações do regime do GPA 2012, a exemplo de contratações públicas: a) relacionadas a itens agrícolas para suporte de programas agrícolas ou de segurança alimentar humana; b) cotas reservadas (*set-asides*) para pequenas empresas ou negócios de propriedade de minorias; e c) relativas a medidas adotadas ou mantidas pelo país para os povos Aborígenes.

A Austrália, por seu turno, adotou os limites mínimos padrão para signatários do GPA 2012 em seu Anexo 1: 130.000 (cento e trinta mil) DES para bens e serviços e 5.000.000 (cinco milhões) DES para serviços de engenharia. Uma nota importante de ressalva à aplicabilidade do Acordo às contratações públicas australianas diz respeito à derrogação dos princípios gerais do GPA 2012, em especial a não discriminação, para manutenção dos programas e políticas, atuais e futuras, de capacitação da indústria australiana.

O Anexo 2 da Austrália também segue os mesmos *thresholds* para entes subnacionais dos outros dois Estados federais pesquisados: 355.000 (trezentos e cinquenta e cinco mil) DES para bens e serviços e 5.000.000 (cinco milhões) DES para serviços de engenharia. Embora não tão amplas quanto a cobertura canadense, em todas as unidades federadas australianas há uma quantidade significativa de órgãos e entidades cobertas pelo GPA 2012. É possível observar algumas derrogações de aplicação do tratado plurilateral em setores específicos em Estados e territórios. A título de exemplo, no Australian Capital Territory, as contratações públicas cujo objeto sejam saúde, bem-estar, educação, serviços de utilidade ou veículos automotores não são alcançadas pelo Acordo e, no Northern Territory, é excetuada a possibilidade de cotas reservadas em favor da Universidade Charles Darwin.

¹¹⁵ São eles: Alberta, British Columbia, Nova Scotia, Prince Edward Island, Québec, Saskatchewan e Yukon (OMC, 2023e).

O Anexo 7 da Austrália evidencia a preocupação do país na manutenção de uma série de políticas horizontais em suas contratações públicas. Os australianos excluíram a aplicação do Acordo para: a) qualquer forma de preferência para pequenas e médias empresas; e b) medidas para proteção do patrimônio artístico, histórico ou arqueológico, saúde e bem-estar de grupos indígenas, progresso econômico e social para povos originários. A Austrália, ainda, ressalva a possibilidade de utilização do concurso limitado para contratações relacionadas à inovação.

É possível observar, a partir dos Anexos de cobertura dos Estados Unidos, Canadá e Austrália, que, para esses países, a adesão ao GPA 2012 não significou o abandono completo de políticas públicas de favorecimento de fornecedores nacionais. Os três países ressaltaram a aplicabilidade do Acordo para pequenos negócios, por exemplo. Canadá e Austrália ressaltam da cobertura ao GPA 2012 contratações públicas dirigidas a seus povos originários. Os australianos, ainda, ressaltaram da aplicação do GPA as contratações públicas envolvendo seus programas e políticas, atuais e futuras, de capacitação da indústria e podem utilizar concursos limitados para contratações públicas relacionadas à inovação e ressaltaram do GPA. Além disso, a forma de Estado federado permitiu às entidades subnacionais desses países optarem pela exclusão (notadamente no caso estadunidense) do GPA 2012 ou pela adequação das regras às suas particularidades (em especial na Austrália) mediante interrogações específicas e/ou temporárias.

5.3 AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DO CONFLITO ENTRE O REGIME JURÍDICO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS E DO GPA 2012

Há consenso doutrinário de que, em linhas gerais, o ordenamento jurídico brasileiro sobre licitações e contratos administrativos encontra-se em convergência com os princípios e as diretrizes trazidas pelo GPA 2012. Monassa e Leonelli (2013, p. 82) e Bicalho (2015, p. 14), em trabalhos escritos sob a vigência exclusiva da Lei nº 8.666, de 1993, já defendiam que a Constituição brasileira, ao tratar da estrutura da Administração Pública, e a legislação de contratações públicas brasileiras prevêm princípios em consonância com a isonomia e a transparência exigida pelo GPA¹¹⁶. Oliveira e Fortini (2020, p. 134), na mesma linha, sustentam que “[...] é fato

¹¹⁶ Monassa e Leonelli (2013, p. 82) entende que a semelhança entre os sistemas normativos é tamanha que, a princípio, não haveria necessidade de adesão brasileira ao GPA 2012, já que o orde-

que os princípios básicos da contratação pública internacional são seguidos pelo Brasil, como a igualdade, a competitividade, a transparência, a imparcialidade na condução dos procedimentos e outros.”

Esse alinhamento entre os aspectos principais das normas de contratações públicas brasileiras e o GPA 2012 tornou-se mais acentuado ainda depois da edição da Lei nº 14.133, de 2021. Justen Filho (2021, p. 238) destaca que o legislador nacional se preocupou em incorporar na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos brasileira algumas disposições do GPA 2012. Schwind (2022, p. 335) também defende que a legislação doméstica, especialmente com as modificações inseridas pela Lei nº 14.133, de 2021, está em sintonia com os princípios fundamentais do tratado plurilateral.

Contudo, nada obstante a existência dessa convergência, determinadas regras constantes na legislação brasileira demandam especial atenção em relação à sua compatibilidade com as disposições do GPA 2012. Seriam, basicamente, três os pontos de tensão entre o diploma doméstico e o internacional: a) prazos mínimos; b) nacionalidade como regra de desempate; e c) margens de preferência (Schwind, 2022, p. 336-339)¹¹⁷.

O escopo deste título é realizar o levantamento descritivo dos diferentes posicionamentos doutrinários acerca da compatibilidade das disposições da legislação brasileira com o regime jurídico do GPA, bem como das possíveis alternativas propostas hábeis para superar as dissonâncias.

O primeiro ponto relevante a ser observado é a existência de diferentes abordagens quanto à profundidade do conflito normativo entre GPA 2012 e legislação brasileira.

namento jurídico nacional “[...] já prevê o suficiente para garantir um procedimento célere e isonômico”.

¹¹⁷ Em realidade, em seu livro *Licitações internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo*, o autor sinaliza cinco “pontos sensíveis de harmonização”. Os dois não citados no corpo deste trabalho, métodos de seleção e procedimentos de controle e revisão dos atos, não o foram em razão de Schwind (2022, p. 338-339) reconhecer ser desnecessária qualquer modificação na Lei nº 14.133, de 2021, para alcançar harmonia com o GPA 2012. Sobre o primeiro, o autor aponta que “[n]o caso, as modalidades de licitação previstas na legislação brasileira não conflitam com os métodos de seleção do GPA. Isso porque a regra geral é a abertura dos certames a todos os interessados e há a previsão de procedimentos auxiliares. Assim, não parece ser necessário alterar a Lei nº 14.133 porque, no tocante aos métodos de seleção, ela está em consonância com o GPA”. De semelhante forma, para o segundo, conclui “[...] que não é necessário alterar a legislação brasileira. O Brasil tem um sistema de controle e impugnação dos atos praticados em qualquer procedimento de contratação. E tais controles sem dúvida são feitos com contraditório, ampla defesa e a possibilidade de participação de terceiros em certos momentos”.

Em uma posição mais extremada, Oliveira e Fortini (2020, p. 46) visualizam que as regras brasileiras quanto à utilização das contratações públicas para a promoção de políticas horizontais, de forma ampla, colidiriam com as disposições do GPA 2012. Na visão dos autores, possível adesão brasileira ao Acordo deve ser precedida de reflexão e de debate democrático amplos, pois tem o condão de gerar um impacto significativo na concepção da função das contratações públicas brasileiras. O viés protecionista de algumas medidas brasileiras nessa área (especialmente o tratamento diferenciado para ME e EPPs) seria axiologicamente incompatível com a abertura de mercados à fornecedores estrangeiros advogada pelo GPA 2012:

A adesão afeta a política pública nacional em vigor. As mudanças que o acordo pretendido promoverá são significativas e não poderiam ser adotadas sem um debate democrático a respeito das repercussões, além de estudo técnico sobre vantagens e desvantagens que daí podem advir.

Não se trata apenas de calibrar uma ou outra regra. A adesão sinaliza uma alteração conceitual sobre as finalidades da contratação pública, ou, no pior cenário, a coexistência absolutamente insustentável de paradigmas contrastados, ou a licitação retoma o trilho tradicional de servir à escolha mais econômica, o que se ganharia com a vinda de empresas estrangeiras, ou bem extraem-se do procedimento proveitos outros entre os quais o de facilitar a entrada de empresas que, em condições normais, teriam chances reduzidas de alcançar o mercado público.

Abrir o mercado interno e, ao mesmo tempo, proteger empresas de pequeno porte, sobretudo as sediadas localmente, soa difícil.

Quanto à alternativa para superação das incompatibilidades, Oliveira e Fortini (2020, p. 139-140) entendem que uma saída para evitar restrições mais significativas à promoção de políticas horizontais nas contratações públicas brasileiras seria uma condução estratégica do processo de cobertura e o uso das prerrogativas previstas no GPA 2012 para países em desenvolvimento. Um receio por eles manifestado, no entanto, está na renúncia feita pelo Estado brasileiro dos benefícios de país em desenvolvimento nas negociações da OMC perante os Estados Unidos, em troca do apoio para ingresso do Brasil na OCDE.

Outros autores, por seu turno, entendem que a incompatibilidade entre GPA 2012 e a legislação brasileira de contratações públicas é pontual e está na previsão das margens de preferência e do uso da nacionalidade como critério de desempate. Trata-se da corrente amplamente majoritária, embora, dentro dela, sejam perceptíveis diferenças.

Para Schwind (2022, p. 336), a existência de normas que consideram a nacionalidade dos licitantes ou seu investimento em pesquisa e desenvolvimento de

tecnologia no Brasil como critérios para desempate entraria em conflito com o princípio de tratamento não discriminatório do GPA 2012, já que, em essência, isso acarreta discriminar fornecedores com base em sua nacionalidade, o que vai de encontro ao objetivo do tratado plurilateral da OMC de evitar qualquer tipo de discriminação entre os participantes. Dessa forma, o processo de harmonização das normas internas com o GPA 2012 demandaria a revisão, reformulação ou eliminação dos critérios de desempate pautados na nacionalidade dos licitantes.

De forma semelhante, Schwind (2022, p. 337) defende que as margens de preferência a empresas nacionais que invistam em desenvolvimento e tecnologia no Brasil acabam por criar distinção diretamente relacionada à nacionalidade dos licitantes, o que conflita com o princípio da não discriminação do GPA 2012. A solução para falta de harmonia passaria por uma revisão dessas medidas “à luz do princípio da não discriminação e outros princípios gerais contemplados no texto do GPA”.

Justen Filho (2021, p. 428) ressalta apenas que “[a] previsão de margem de preferência no julgamento das propostas pode implicar conflito com as previsões do Acordo de Compras Governamentais [...] da Organização Mundial do Comércio”. O autor não traz, diretamente, alternativas para a superação dessa eventual incompatibilidade, tão somente sinalizando a relevância do processo de cobertura negociada na delimitação das contratações públicas subordinadas ao regime do GPA 2012 (Justen Filho, 2021, p. 238).

Já Bicalho (2015, p. 13) entende que o sistema legal de contratações públicas brasileiro não atende, plenamente, ao requisito de não discriminação do GPA. A autora defende que as disposições de margens de preferência (“*buy Brazilian*”) poderiam ser acomodadas como *offsets*, se qualificadas como “matéria de interesse nacional de país em desenvolvimento”. Reconhece, porém, a dificuldade no processo de negociação para isso, na medida que “[...] os *offsets* admitidos pelo GPA não devem ser utilizados como critério para adjudicação de contratos, mas apenas para a qualificação nos processos de licitação”. Para Bicalho (2015, p. 15), esse constitui ponto fundamental do processo de acesso do país ao acordo plurilateral de contratações públicas da OMC e, se superado, “[...] a harmonização legal não estaria distante caso o Brasil decida-se por aderir ao GPA”.

Monassa e Leonelli (2013, p. 81) posicionam-se pela incompatibilidade das margens de preferência com a CNMF e o princípio da não discriminação do GPA 2012, tendo em vista que estabelecem critérios preferenciais a fornecedores domés-

ticos, preterindo fornecedores estrangeiros. A sugestão para compatibilização entre a legislação e o tratado plurilateral seria a eliminação dessas disposições da legislação nacional ou, ainda, que “[...] o Brasil poderia se valer dos mecanismos do Artigo V:4, tratando essa questão como de interesse nacional e impondo o direito de preferência das indústrias nacionais sobre as estrangeiras”.

Por seu turno, Silveira (2015, p. 142) defende que a concessão de margem de preferência e privilégios para empresas nacionais em detrimento das estrangeiras pode, em um primeiro momento, configurar violação ao princípio da não discriminação. Para o autor, no entanto, em países em desenvolvimento, como o Brasil, a não discriminação deveria ser ponderada em favor do imprescindível e desejado desenvolvimento nacional sustentável. Conquanto reconheça a relevância da utilização de margens de preferência para a política industrial brasileira, não apresenta em sua obra alternativa para a compatibilização entre diploma doméstico e internacional.

Maldonado (2021) visualiza nas margens de preferência e no critério de desempate com base em nacionalidade os dois pontos principais de contrariedade entre a lei de contratações públicas brasileira e o GPA 2012. O autor aponta alguns caminhos para solucionar as antinomias: a) sob a ótica legislativa, não haveria sequer necessidade de eliminação dos “dispositivos problemáticos”, bastando o acréscimo, neles, de exceções para regimes criados por tratados internacionais; e b) do ponto de vista hermenêutico¹¹⁸, argumenta que o GPA, para os casos em que poderia ser considerada norma posterior e específica e, com isso, “[...] o acordo teria precedência à lei nos casos em que fosse aplicável”.

Rodrigues (2021, p. 285-286) aponta que uma das medidas para adesão brasileira ao GPA 2012 está relacionada à eliminação de eventuais regimes protecionistas presentes na legislação, notadamente os critérios de desempate em favor de fornecedores domésticos. Ressalva, no entanto, a possibilidade de adoção, de maneira excepcional, de medidas necessárias à tutela de determinados bens jurídicos (moral, ordem e segurança pública, saúde e vida humana, etc), na forma do artigo III, inciso 2, do Acordo.

Jordão e Cunha (2021, p. 148-150) destacam a flexibilidade quanto à abrangência e a incidência das normas do GPA 2012. Nesse contexto, os autores entendem que a continuidade de políticas públicas como as preferências e benefícios às

¹¹⁸ A sugestão pela via da interpretação jurídica é relevante para Maldonado (2021), porque acredita que “[...] como o projeto de lei acaba de ir à sanção, não haveria ânimo para reformas tão cedo”.

MEs e EPPs ou a bens e serviços produzidos no Brasil ou por empresas brasileiras não são incompatíveis com a adesão brasileira ao GPA 2012. Para Jordão e Cunha (2021, p. 148), a manutenção dessas políticas horizontais depende apenas que “[...] sejam assentadas ressalvas explícitas ao programa de compromissos e o país se submeta à reciprocidade nesse aspecto”.

Destacam, também, a existência das medidas que beneficiam países em desenvolvimentos interessados na acessão ao Acordo, permitindo a adoção de margens de preferência, *offsets* e escalonamento da abrangência em relação a determinadas entidades públicas específicas. Relatam, ainda, a possibilidade prevista no GPA 2012 de que os Estados-membros estabeleçam exceções às regras do Acordo, fundadas em cláusulas bastante amplas (proteção ao meio ambiental, a moral, a ordem ou a segurança pública etc.), desde que não dotadas de “discriminação arbitrária ou injustificável”, isto é, obedeçam a um processo de fundamentação racional para sua instituição¹¹⁹.

Nascimento (2014, p. 213) sustenta que a previsão, na legislação brasileira, de margens de preferência e de privilégios a fornecedores nacionais “[...] atinge frontalmente, no primeiro momento, o princípio basilar do Direito Internacional da Não Discriminação”. Para o doutrinador, porém, a flexibilidade aos princípios gerais do livre-comércio, notadamente do TN, faz-se presente no GPA 2012 por meio de cláusulas que estipulam margens de preferência, condicionalidades (*offsets*), regras de origem, especificações técnicas, exclusões e casos excepcionais de adoção. Esse conjunto de normas garantiria margem de manobra para os Estados-membros signatários do Acordo, especialmente para países em desenvolvimento, implementarem políticas públicas visando à realização do direito humano ao desenvolvimento econômico, social e ambiental (Nascimento, 2014, p. 205).

Por fim, Costa (2021, p. 36) argumenta que o Estado brasileiro ainda mantém espaço de autonomia que o possibilitam de obter de vantagens estratégicas por meio de suas contratações públicas em prol do desenvolvimento nacional. O autor entende, todavia, que essa ‘margem de manobra’, na forma de margens de preferência, é incompatível com os princípios presentes no GPA 2012, pois envolve uma

¹¹⁹ Isso, para Jordão e Cunha (2021, p. 150), significa que “os agentes públicos têm um ônus de demonstrar que as restrições impostas à participação de fornecedores têm objetivos públicos claros, reconduzíveis aos conceitos do Artigo III, e que não são tentativas de contornar as obrigações da parte no acordo. Para tanto, toda e qualquer decisão que possa limitar a concorrência em um certame deve ser bem justificada pelas autoridades competentes”.

derrogação do princípio do TN sem prazo ou setores pré-determinados. Ainda que se argumente que essa incompatibilidade seja observável apenas nas contratações (potencialmente) sujeitas ao regime do Acordo, é exatamente nessas transações envolvendo bens, serviços e projetos mais complexos e de maior valor, geralmente abrangidas por compromissos internacionais de contratações públicas, que se pode exercer maior poder de barganha, por exemplo, no estabelecimento de medidas de compensação.

A exemplo de Oliveira e Fortini (2020, p. 139-140), Costa (2021, p. 39) ressalta que, embora durante a fase de negociação seja possível aos países em desenvolvimento negociar relaxamento temporário do regime jurídico previsto no GPA 2012, o Brasil “não se encontra em posição confortável de barganha, em razão do anúncio de que iria começar a abrir mão do tratamento especial e diferenciado a que tem direito na OMC enquanto país em desenvolvimento”. Além disso, o autor destaca que a participação dos bens e serviços brasileiros nas contratações públicas dos atuais signatários do GPA 2012 é de apenas 0,89% e está relacionada a bens de baixo valor agregado, em especial oriundos do setor agrícola e extrativista.

Colhe-se que dos onze materiais consultados, apenas um (Oliveira e Fortini, 2020) defende a existência de uma forte incompatibilidade de valores entre o regime jurídico de contratações públicas brasileira e o GPA 2012. Para os demais doutrinadores, com exceção de Jordão e Cunha (2021), que interpretam que as regras dos dois sistemas estariam alinhadas como resultado do processo de negociação de acesso brasileira¹²⁰, a incompatibilidade é apenas pontual. Oito dos textos trazem as margens de preferência como elemento de contrariedade da legislação nacional e as normas do Acordo, três apontam como problemáticos os critérios de desempate em favor de empresas brasileiras e outros dois, a existência de “privilégios a empresas nacionais”. É relevante ressaltar a posição de Rodrigues (2021), que manifesta, de maneira mais aberta, a existência de incompatibilidade entre medidas protecionistas e o regime jurídico do GPA 2012.

Em relação às soluções para superação de eventuais incompatibilidades, oito dos materiais consultados sustentavam como alternativa a realização de esforços durante a fase de negociação de adesão brasileira ao GPA 2012 para flexibilização

¹²⁰ Optou-se por uma interpretação literal do texto em relação a esses autores, ainda que, logicamente, entenda-se que a necessidade de negociação para afastar ou contemplar uma política pública horizontal ou uma previsão legislativa pelo Brasil indique a existência de incompatibilidade pontual entre o regime jurídico de contratações públicas nacional e aquele do GPA 2012.

das regras do Acordo e harmonização dos sistemas jurídicos. Três trabalhos apontaram a revisão da legislação nacional, em maior ou menor escala¹²¹, como medida de compatibilização das regras brasileiras e do tratado plurilateral. É válido ressaltar a posição de Maldonado (2021) no sentido de que seria possível, por meio de critérios hermenêuticos de eliminação de antinomias, afastar eventuais incompatibilidades entre os dois sistemas jurídicos. Dos textos consultados, apenas Silveira (2015) passou ao largo de propor solução para as incompatibilidades levantadas entre a legislação brasileira e a internacional.

Os dados levantados na pesquisa bibliográfica podem ser sintetizados em conformidade ao Quadro 1 – Síntese das Posições Doutrinárias.

Quadro 1 – Síntese das Posições Doutrinárias

(continua)

Autor(es)	Há incompatibilidade?	Qual a solução?
Oliveira e Fortini (2020)	Axiologicamente incompatível.	Esforços na cobertura negociada
Schwind (2022)	Pontual. Margens de preferência e critérios de desempate	Revisão legislativa
Justen Filho (2021)	Pontual. Margens de preferência	Esforços na cobertura negociada
Bicalho (2015)	Pontual. Margens de preferência	Esforços na cobertura negociada
Monassa e Leonelli (2013)	Pontual. Margens de preferência	Revisão legislativa e esforços na cobertura negociada
Silveira (2015)	Pontual. Margens de preferência e privilégios a empresas nacionais	Sem alternativa
Maldonado (2021)	Pontual. Margens de preferência e critérios de desempate	Revisão legislativa e uso da interpretação para eliminar antinomias

¹²¹ Maior escala refere-se à supressão das previsões incompatíveis, enquanto a de menor escala diz respeito à aposição de ressalvas ou derrogações.

Quadro 1 – Síntese das Posições Doutrinárias

(conclusão)

Autor(es)	Há incompatibilidade?	Qual a solução?
Rodrigues (2021)	Pontual. Critérios de desempate	Esforços na cobertura negociada
Jordão e Cunha (2021)	Não há incompatibilidade	Esforços na cobertura negociada
Nascimento (2014)	Pontual. Margens de preferência e privilégios a empresas nacionais	Esforços na cobertura negociada
Costa (2021)	Pontual. Margens de preferência	Esforços na cobertura negociada

Fonte: elaborado pelo autor.

Após a análise dos resultados, observa-se a existência de incompatibilidades pontuais entre o regime jurídico de contratações públicas brasileira e do GPA 2012, notadamente quanto às margens de preferência. A principal solução proposta pelos autores que se debruçaram sobre o tema é que o Brasil se empenhe, durante a fase de negociação de sua adesão, para ser contemplado com medidas que flexibilizem as regras do GPA 2012 ou para excluir do âmbito de incidência do Acordo as contratações que entende estratégicas para promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

5.4 DESAFIOS À LIBERALIZAÇÃO E DESENVOLVIMENTO NAS COMPRAS PÚBLICAS BRASILEIRAS: UMA PROPOSTA DE ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE LEI Nº 14.133 E O GPA 2012

A avaliação de compatibilidade entre dois sistemas jurídicos possui como pressuposto lógico uma etapa precedente de comparação. No entanto, a tarefa de comparação de dois sistemas jurídicos não é simples. A análise comparativa não se resume à exposição e à confrontação literal de textos normativos de origem nacional diversa. Ordenamentos jurídicos não se desenvolvem em vácuos e consideram uma série de circunstâncias relacionadas a eventos históricos e políticos, bem como dos valores predominantes nas sociedades ou instituições em que criadas.

Por essa razão, a identificação de pontos de contato e de distanciamento entre dois conjuntos de normas jurídicas passa pela observância de um rigoroso método científico. Para este trabalho, as etapas da análise comparativa foram extraídas de Marrara (2014) e, para o mérito, a perspectiva culturalista e interdisciplinar de Legrand (2018).

5.4.1 O objeto de comparação

O objeto de comparação consiste nas regras brasileiras e do GPA 2012 acerca da promoção de políticas públicas horizontais nas contratações públicas, em especial relacionadas às margens de preferência (microcomparação horizontal).

No Brasil, a possibilidade de utilização das contratações públicas para promoção de políticas públicas horizontais está espalhada por diversos dispositivos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e na legislação esparsa. Especificamente em relação às margens de preferência, elas são previstas no artigo 26 da Lei nº 14.133, de 2021, que autoriza seu estabelecimento em favor de bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, sendo possível sua extensão aos demais Estados-parte do Mercosul, se atendidos os requisitos legais, e a bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis. A aplicação das margens de preferência depende ainda de regulamentação do Poder Executivo federal e poderão, a depender da natureza do bem adquirido, variar entre 10% e 20% (dez e vinte por cento). As margens de preferência consistem em exceções legalmente estabelecidas ao tratamento igualitário entre fornecedores nacionais e estrangeiros (artigos 5º, 9º, 11 e 52).

O GPA 2012, por seu turno, conquanto não se apresente completamente refratário à prática, apresenta margem de manobra bastante estreita para que os países signatários se utilizem das contratações públicas para promoção de políticas horizontais. As margens de preferência, assim como quaisquer critérios diferenciadores entre licitantes nacionais e estrangeiros, em regra, são vedadas pelo princípio da não discriminação (Artigo IV), indo contra o espírito do Acordo. Todavia, algumas espécies de contratações públicas são excepcionadas de seu âmbito de aplicação pelo próprio Acordo (Artigo III) e é possível a derrogação de tantas outras durante o processo de negociação conduzido pelo país candidato à acessão. Há, também, uma flexibilidade, temporária e excepcional, para os países em desenvolvimento

adotarem medidas como margens de preferências e *offsets* em suas contratações públicas (Artigo V). Disso resulta que a utilização das contratações públicas como instrumento de promoção de políticas públicas no GPA 2012 seria excepcional, mas possível, desde que: a) em conformidade, de direito e de fato, com o princípio da não discriminação; b) se discriminatórias, essas políticas estejam cobertas por derrogações negociadas pelas partes; e c) se discriminatórias e incluídas na cobertura do Acordo, justificadas em uma das exceções trazidas pelo Artigo III do GPA 2012.

5.4.2 Características e funções jurídicas dos objetos comparados

Para legislação brasileira, isonomia, economicidade e desenvolvimento nacional sustentável são princípios de mesma hierarquia e devem ser sopesados nas escolhas relacionadas às contratações públicas. Embora seja forte a intenção da manutenção da isonomia (material) entre licitantes nacionais e estrangeiros, bem como a da obtenção do preço mais vantajoso à Administração, ao eleger o desenvolvimento nacional sustentável como um de seus princípios-objetivo, o ordenamento jurídico brasileiro manifesta a clara intenção em transformar as contratações públicas em instrumentos de política econômica, de regulação e de promoção de políticas públicas horizontais. A legislação estimula o administrador, sempre que possível, a conferir uma ‘função social’ às contratações públicas. Um dos instrumentos para o exercício dessa prerrogativa foi o estabelecimento de margens de preferência e determinadas prerrogativas para bens, serviços e fornecedores nacionais. O escopo das contratações públicas brasileiras é muito mais amplo do que meramente atender as necessidades primárias da Administração Pública, servindo como mecanismo de intervenção do Estado no domínio econômico.

Por outro lado, constatou-se uma postura bastante restritiva do GPA 2012 em relação à utilização das contratações públicas para consecução de políticas públicas horizontais. O tratado plurilateral é dirigido pelo princípio do TN e da CNMF e restringe medidas de limitação de acesso de licitantes de seus países signatários a hipóteses pré-determinadas em seu texto. O Acordo admite certa flexibilidade de suas regras, notadamente para países em desenvolvimento interessados em aceder ao tratado, mas apenas por período determinado ou em casos bastante específicos e negociados entre os signatários por ocasião da adesão ao GPA 2012. A não discriminação e o *value for Money* são centrais para o GPA 2012 e a estruturação das

regras do tratado é feita ao redor desses vetores. As normas constantes no Acordo buscam, ao máximo, a restrição da utilização critérios de julgamento de natureza não econômica. O GPA 2012 visualiza as contratações públicas como instrumento necessário à obtenção da via mais barata para satisfação de uma necessidade da Administração.

5.4.3 Inserção extra e meta-jurídica dos objetos comparados

Dentro da perspectiva culturalista, eventos políticos, econômicos e históricos influenciaram sua edição e, portanto, devem ser considerados para adequada compreensão dos textos atualmente vigentes.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, o escopo das contratações públicas é ampliado para abranger não só o atendimento das necessidades da Administração, mas também para intervenção do Estado no domínio econômico, na tentativa de moldar a atuação do mercado e condicionar a aquisição de bens e serviços em seu favor à adoção de práticas empresariais em consonância a valores, padrões e princípios socioambientais constitucionalmente desejados.

Essa lógica do uso da contratação pública como mecanismo de implementação de políticas públicas horizontais, como visto, é uma realidade no Brasil desde antes da Lei nº 12.349, de 2010, responsável pela inclusão do desenvolvimento nacional sustentável como um objetivo das contratações públicas brasileiras. O tratamento diferenciado para ME e EPPs e uma série de dispositivos relacionados às contratações diretas são apenas dois exemplos que demonstram um viés interventivo sobre o mercado da aquisição de bens e serviços pela Administração Pública brasileira nessa época.

Com a Lei nº 12.349, de 2010, a promoção de políticas públicas horizontais, por meio das contratações públicas, passa a contar com fundamento legal claro e específico no Brasil. Houve, com isso, a institucionalização da 'função social' da contratação pública. A promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio de licitações e contratos públicos deixou de ser mera possibilidade e passa ser um dever do administrador.

Na Lei nº 14.133, de 2021, esse movimento fica ainda mais evidente. O desenvolvimento nacional sustentável passa a constar não só como um objetivo, mas também como um princípio do sistema jurídico de contratações públicas brasileiros.

Há, assim, um reforço da obrigação de pensar a contratação pública como um mecanismo de promoção de boas práticas ambientais, sociais e de governança nos mercados. Isso é comprovado pela quantidade de normas constantes na Lei nº 14.133, de 2021 (indicadas no primeiro capítulo), que buscam a promoção das mais diversas políticas públicas horizontais nas contratações públicas brasileiras.

Outro fator a ser considerado é a ampla gama de políticas públicas horizontais contempladas pela legislação (anterior e atual) para promoção pela via das contratações públicas. A compreensão de “desenvolvimento nacional sustentável” é bastante abrangente e engloba a proteção ao meio ambiente, ao mercado de trabalho de mulheres, presos, pessoas com deficiência e outras minorias, à saúde pública, à indústria nacional, à governança e ao combate à corrupção, ao patrimônio histórico-cultural, dentre outros.

Esses fatores estão diretamente relacionados a um aspecto bastante relevante da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos brasileira. Trata-se da tentativa do legislador de superar a prática administrativa do ‘dogma do menor preço’, isto é, de considerar que a proposta mais vantajosa à Administração é, necessariamente, aquela com o menor preço. Pela nova lógica da Lei nº 14.133, de 2021, conquanto relevante o valor nominal ofertado por um fornecedor, outras questões (por exemplo, ciclo de vida do objeto e impacto ambiental) devem ser considerados na escolha da ‘melhor proposta’ para o poder público.

Conquanto marcada por um forte intervencionismo estatal, a legislação brasileira é clara no sentido de que o processo de promoção de desenvolvimento nacional sustentável nas contratações públicas deve ser conduzido com respeito ao princípio da igualdade, o que abrange o tratamento isonômico entre fornecedores nacionais e estrangeiros. O tratamento diferenciado com base na nacionalidade é excepcionalíssimo e, por essa razão, somente tolerável com expressa previsão legal, como ocorre, atualmente, para atividades exclusivas para brasileiros, para margens de preferência e para critérios de desempate.

Por seu turno, o GPA 2012, à semelhança de outros acordos celebrados no âmbito da OMC, tem por objetivo principal a abertura mútua do mercado de negócios públicos entre seus signatários (Schwind, 2022, p. 315). É estruturado sobre os princípios da garantia do TN e da não discriminação para bens, serviços e fornecedores dentro das listas de cobertura (Arrowsmith e Anderson, 2011, p. 19-20). Em razão disso, o GPA proíbe qualquer forma de discriminação contra licitantes estran-

geiros, o que abrange a imposição de barreiras indiretas, que possam criar quaisquer dificuldades para a participação dessas sociedades em contratações públicas, a exemplo de diferenças de preços, *offsets*, dentre outras.

O tratado plurilateral foca no *value for Money* como critério de adjudicação. Pressupõe que o incremento do bem-estar geral é decorrência automática da liberalização do mercado de negócios públicos do Estado-signatário. Assim, qualquer critério não econômico levado em conta na hora de escolher a 'proposta mais vantajosa' representaria prejuízo ao objetivo almejado pelo tratado e, portanto, deveria ser evitado. Desse modo, a lógica do tratado pressupõe que a promoção de políticas públicas horizontais, sobretudo aquelas que buscam o fortalecimento da indústria nacional por meio de preferências de preços, acaba por violar, de fato ou de direito, o princípio da não discriminação.

É verdade que o GPA 2012 apresenta certa flexibilidade em suas regras, circunstância que, inclusive, impede a afirmação de que adotaria um 'princípio da pureza' para contratações públicas. Contudo, o uso das contratações públicas como instrumento de promoção de políticas horizontais, apenas é possibilitado para casos expressamente previstos no texto do acordo, como é o caso de contratações públicas em áreas específicas (a exemplo de segurança nacional e de proteção ao meio ambiente), em que aplicável o tratamento diferenciado a países em desenvolvimento ou quando ocorreu exclusão de cobertura pelo Estado-membro. É dizer, o GPA 2012 não é completamente refratário à utilização das contratações públicas como instrumento de promoção de políticas horizontais, mas a flexibilidade por ele trazida é meramente pontual, temporária ou depende da negociação obtida pelo país interessado em aderir ao Acordo.

5.4.4 Diferenças e semelhanças entre os sistemas jurídicos

No geral, a Lei nº 14.133, de 2021, está alinhada com os princípios, as regras e os procedimentos estabelecidos pelo GPA 2012. Os dois diplomas normativos manifestam grande preocupação ao tratamento e ao acesso igualitário de mercados para licitantes nacionais e estrangeiros como forma de resguardar a contratação pública mais vantajosa. Essa lógica, na lei brasileira, está consubstanciada no princípio da igualdade (artigos 5º, 9º, 11 e 52) e, no GPA 2012, no princípio da não discriminação (Artigo IV).

Além disso, ambos sistemas jurídicos não são completamente rígidos quanto à possibilidade de excepcionar o tratamento igualitário entre fornecedores nacionais e estrangeiros, mas a legislação brasileira é mais flexível nesse aspecto.

Isso decorre principalmente do fato de que o ordenamento jurídico nacional visualiza isonomia, economicidade e desenvolvimento nacional sustentável como objetivos e princípios igualmente relevantes da contratação pública. O sistema brasileiro admite que esses valores cedam, parcial e mutualmente, para consecução da contratação com o resultado mais vantajoso para a Administração Pública.

Com base nesses princípios-objetivos, a legislação permite com maior abrangência, por exemplo, a utilização das contratações públicas como instrumento de promoção de políticas públicas horizontais, inclusive por meio de preferências em favor da indústria nacional (margens de preço, critérios de desempate e restrição de acesso em determinadas atividades). No atual estágio de regulamentação, essas restrições e diferenciações no acesso de empresas estrangeiras ao mercado de negócios não apresenta restrições temporais ou condicionais (salvo para as preferências de preços (cujas áreas de aplicação serão delimitadas em futuro ato infralegal).

A postura do GPA 2012 é diversa. A adoção de diferenciações entre fornecedores nacionais e estrangeiros é, em geral, proscrita em decorrência dos princípios da não discriminação e do TN. De modo excepcional, é permitida para contratações de determinadas espécies ou, transitoriamente, para países em desenvolvimento em processo de acessão ao Acordo. A adoção de margens de preferência no GPA 2012 é condicionada temporal e circunstancialmente pelos Artigos III e V.

A raiz dessas diferenças reside na compreensão da função da contratação pública para a legislação brasileira e para as normas plurilaterais. Em razão da pluralidade de objetivos presente no ordenamento jurídico brasileiro, a contratação pública é entendida não só como forma de satisfação do interesse público primário do Estado, mas também como instrumento de intervenção no domínio econômico e concretizador de políticas das mais variadas matizes. O GPA 2012, por outro lado, privilegia quase exclusivamente o caráter econômico das contratações públicas. Dessa maneira, a legislação brasileira incorpora no escopo das contratações públicas também a promoção de valores socioambientais relevantes, ao passo que o tratado plurilateral da OMC volta suas preocupações com a obtenção da proposta com melhor preço.

É neste ponto que é possível perceber a grande divergência axiológica entre os sistemas jurídicos: o GPA 2012 é construído sob valores de liberalização e abertura do mercado global de negócios públicos, ao passo que a legislação brasileira é partidária da manutenção das contratações públicas como instrumentos de política econômica e de promoção de políticas públicas horizontais.

5.4.5 Síntese crítica e conclusões

Após o cotejo entre os dois sistemas jurídicos, é possível perceber que há uma clara dissonância axiológica entre a legislação brasileira e o GPA 2012 no que concerne à utilização das contratações públicas para promoção de políticas públicas horizontais. Enquanto a primeira enxerga as contratações públicas também como relevante instrumento de política econômica e de promoção de políticas públicas, o acordo plurilateral da OMC as visualiza somente como um conjunto de procedimentos para satisfação das necessidades administrativas primárias pelo menor custo possível. A compreensão do alcance do instituto é, portanto, mais ampla para a legislação brasileira e mais restrita para o tratado plurilateral da OMC.

Essa divergência na compreensão do papel da contratação pública não significa que a adesão brasileira ao tratado plurilateral seja completamente impossível. Em geral, a legislação nacional está em consonância aos princípios, regras e procedimentos estabelecidos pelo tratado plurilateral da OMC, sendo poucos os pontos de conflito. É verdade, por outro lado, que nem todas as exceções legais ao tratamento igualitário entre licitantes nacionais e estrangeiros na legislação brasileira encontram eco na cláusula de abertura do tratado plurilateral. A compatibilização entre regras nacionais e internacionais demanda que o Brasil renuncie, ainda que parcialmente, ao seu *policy space* relativo às contratações públicas.

Como visto, a manutenção da utilização de políticas públicas horizontais nas contratações públicas de um país signatário do GPA 2012 é possível em três casos: a) a medida esteja, de fato e de direito, compatível com o princípio da não discriminação; b) se discriminatórias, cobertas por derrogações negociadas pelas partes; e, por fim, c) se discriminatórias e incluídas na cobertura do tratado, excepcionadas pelos Artigos III ou V do GPA 2012.

A primeira e a terceira condições são as que impõe maior restrição ao exercício da 'função social' da contratação pública brasileira. A limitação do espaço deci-

sório na adoção de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento nacional é um reflexo da adesão de Estados a acordos comerciais e, com o GPA 2012, não é diferente. Embora existam aberturas normativas no tratado, elas são poucas, voltadas a áreas específicas e, à semelhança do que ocorre com outros acordos comerciais, a interpretação conferida a elas pelo OSC tende a ser bastante restritiva. Em geral, valendo-se da taxonomia de Arrowsmith (2010, p. 152), as políticas públicas horizontais mais propícias a se enquadrarem nesses requisitos seriam aquelas dirigidas ao cumprimento de exigências legais genéricas (a exemplo de cumprimento de regras internas trabalhistas e ambientais) e, conseqüentemente, com efeito limitado à promoção do desenvolvimento. Outras políticas públicas mais energéticas, voltadas à preservação e à diminuição de impactos sobre a indústria nacional, dependeriam do enquadramento do Estado-candidato à adesão como país em desenvolvimento e, ainda assim, seriam toleradas apenas temporariamente.

Por outro lado, a segunda condição é a que confere maior abertura aos países candidatos à acessão ao GPA 2012. Conquanto a exclusão de cobertura dependa do poder de barganha, é possível que o país aderente consiga excluir do âmbito de incidência de cobertura determinadas entidades e contratações reputadas estratégicas para aquele Estado. São vários os exemplos de signatários que lograram êxito nessas negociações, a exemplo de Estados Unidos, Canadá e Austrália.

No caso específico do Brasil, das margens de preferência e do tratamento favorecido para bens, serviços e fornecedores nacionais previstos na legislação, é improvável que sejam compreendidas como medidas não discriminatórias, pois é de sua essência a concessão de privilégios com base em nacionalidade. Dessa forma, apenas dois cenários seriam possíveis para manutenção dessas previsões na legislação.

O primeiro está relacionado às negociações para o enquadramento do Brasil como 'país em desenvolvimento' (o que, de fato, o é), nos termos do Artigo V do GPA 2012. Todavia, essa alternativa apenas produziria efeitos provisórios, pois fundada em cláusula de S&D, e possui eficácia incerta, já que, conforme relatam Oliveira e Fortini (2020, p. 139-140), o Brasil teria abdicado dos benefícios de seu enquadramento como país em desenvolvimento na OMC em troca de apoio estadunidense para ingresso na OCDE.

O segundo seria a exclusão da previsão do âmbito de aplicação do GPA 2012. Trata-se de alternativa de cunho definitivo e que encontra precedentes em

outros países signatários. Deve-se reconhecer, no entanto, ser pouco plausível que o Brasil logre êxito em ressaltar todo e qualquer setor econômico da incidência do tratado plurilateral. A opção pela inserção de derrogações de cobertura demandaria a eleição pelo Brasil das entidades e dos setores específicos a serem contemplados com as políticas públicas de preferência. Os maiores desafios desse caminho residiriam nas dificuldades encontradas na aferição estatística da efetividade das políticas públicas horizontais promovidas por contratações públicas e, se superado, do exercício do poder de barganha brasileiro de conseguir inserir essas exceções em seus anexos de cobertura.

É relevante pontuar que esses dois caminhos podem ser percorridos sem que, necessariamente, o Brasil renuncie à sua compreensão de contratação pública como importante instrumento de intervenção no domínio econômico. Uma das principais características do GPA 2012 é seu regime de cobertura negociada horizontal e vertical. Isso significa que não é toda e qualquer contratação pública que adentrará o âmbito de aplicação do Acordo. A visão brasileira da contratação pública continuaria plenamente vigente para negócios abaixo do valor previsto no tratado plurilateral e para entidades e aquisições excluídas de sua cobertura. Nesses termos, sob a perspectiva da legislação interna, uma pequena ressalva redacional ou o uso de critérios de solução de antinomias, conforme proposto por Maldonado (2021), bastariam para efeitos de anulação de conflitos normativos.

É possível, assim, compatibilizar as divergências de valores pontuais presentes na legislação brasileira e no GPA 2012, com vistas a permitir a inserção do Brasil como membro signatário do tratado plurilateral. Esse processo não significaria um sacrifício completo à compreensão brasileira de contratação pública como mecanismo de indução do desenvolvimento nacional sustentável, mas, necessariamente, implicará na renúncia, ainda que parcial, ao *policy space* do país em relação à promoção de políticas públicas horizontais em suas contratações públicas.

A avaliação custo-benefício no exercício de abdicação dessa parcela de poder decisório é eminentemente política. Ao anunciar a retirada de sua oferta de adesão ao GPA 2012 o Brasil afirma que, politicamente, não está disposto a abrir, na extensão demandada pelos demais signatários do Acordo, de seu espaço decisório quanto ao uso da 'função regulatória' das contratações públicas.

6 CONCLUSÃO

O Estado sempre exerceu papel relevante na indução do desenvolvimento e da inovação econômicos. Ao contrário dos discursos neoclássicos, a experiência de diversos países, como Estados Unidos, Inglaterra, Japão, Alemanha e, mais recentemente, China e Coreia do Sul, demonstra que a figura de um 'Estado empreendedor' é fundamental no caminho de implementação de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento nacional. Todavia, com a crescente dificuldade em valer-se do investimento direto para consecução dessa tarefa, devido a medidas de austeridade fiscal impostas por entidades internacionais, o Estado necessitou procurar outros caminhos. Uma das alternativas encontradas foi o uso do poder de compra estatal.

Considerando a importância econômica que exercem (cerca de 10 a 15% do PIB de um país), as contratações públicas passaram a ser encaradas como relevantes veículos de políticas públicas. Transformam-se, desse modo, em instrumento de intervenção do Estado na economia para indução de práticas socioambientais desejadas (condições de trabalho justas, desenvolvimento regional, criação de oportunidades a grupos vulneráveis etc.). Abandonam, por fim, a posição de objeto regulado e são alçados a posição de instrumento regulatório do mercado.

Historicamente, a utilização das contratações públicas para promoção de políticas públicas horizontais sempre foi valorizada no Brasil. Esse movimento foi ampliado com o advento da Lei nº 14.133, de 2021. Na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos brasileira, o desenvolvimento nacional sustentável consta não só como objetivo das contratações públicas, mas também como um princípio. Em razão da 'dupla previsão', o desenvolvimento nacional sustentável passa constituir, a um só tempo, diretriz orientadora à conduta dos gestores públicos (pois é objetivo) e à aplicação da legislação (porque é princípio). É, assim, instituto central na compreensão da Lei nº 14.133, de 2021, que incorpora, em ao menos 60 de seus 194 artigos, a promoção da sustentabilidade em suas dimensões ambiental, social, econômica, ética e jurídico-política.

O grande volume de recursos movimentado globalmente pelas contratações públicas desperta o interesse de diversas empresas e organizações interessadas em fornecer bens e serviços às Administrações Públicas de diversos países. A regulamentação da participação de sociedades estrangeiras nas contratações públicas torna-se uma imposição. Para o Brasil, esse movimento não foi diferente, embora,

durante muito tempo, o país tenha convivido com uma parca abordagem da temática pela legislação e pela doutrina. Com a Lei nº 14.133, de 2021, houve a superação das incertezas sobre a compreensão do que seriam licitações internacionais no Brasil demonstra a relevância da temática para o legislador e propicia maior segurança jurídica para modelagem dos procedimentos de contratação administrativa dessa natureza.

A legislação brasileira possui como premissa a abertura das contratações públicas para empresas estrangeiras. Quaisquer condutas que visem à discriminação de licitantes ou contratantes em função de sua nacionalidade são, a princípio, proscritas pela Lei nº 14.133, de 2021. A igualdade consiste em relevante princípio-objetivo das contratações públicas brasileiras, vocacionado à garantia da competitividade e da busca da melhor proposta para a Administração. A isonomia nas contratações públicas, porém, deve ser analisada também sob sua perspectiva material. Com o objetivo de corrigir distorções eventualmente verificáveis nas relações entre Estado e fornecedores, garantindo a isonomia material, é possível que a Administração lance mão de técnicas discriminatórias. Nesse contexto, a igualdade entre licitantes domésticos e estrangeiros é excepcionada em três situações: a) limitação de acesso quando o objeto se refere a atividades restritas a brasileiros; b) margens de preferência; e, c) utilização da nacionalidade como critério de desempate. As duas últimas exceções guardam estrita relação com a utilização das contratações públicas como instrumento de promoção de políticas públicas horizontais.

Em âmbito internacional, em razão de sua ampla abrangência territorial, a principal regulamentação acerca do comércio internacional das contratações públicas é o Acordo de Compras Governamentais de 2012 (GPA 2012). O GPA 2012 é o acordo plurilateral vigente, desenvolvido no âmbito da OMC, cujo objetivo é regulamentar a condução do comércio internacional nas contratações públicas e a abertura mútua desse mercado entre os países signatários.

O princípio da não discriminação constitui um dos pilares de sustentação do GPA 2012, junto da transparência e da imparcialidade procedimental. Dentro do Acordo, o princípio da não discriminação consubstancia a aplicação do princípio do TN e da CNMF. Assim, impõe não só a concessão de tratamento isonômico a licitantes nacionais e estrangeiros, mas também que se dispense o mesmo tratamento em relação a bens, serviços e fornecedores a todas as partes do GPA 2012. O GPA 2012 é, contudo, um 'acordo plurilateral fechado', cujos benefícios não são automa-

ticamente multilateralizados e de acesso livre aos demais membros da OMC, dependendo de concessões mútuas dos Estados interessados. Nesse contexto, a definição das listas de cobertura, apêndices ao tratado, são de extrema relevância, pois definem quais contratos públicos estão abertos ao acesso de licitantes estrangeiros nos termos negociados no Acordo dentro da ideia de 'geometria variável' e de reciprocidade setorial.

Durante décadas, teve-se a impressão de que o GPA 2012 seria um 'clube de países ricos'. Inexistem, por exemplo, países latino-americanos, caribenhos ou africanos entre os signatários do Acordo. Isso demonstra a existência de obstáculos e de relutância de participação de países do Sul-global no Direito Internacional das Contratações Públicas. Esse cenário é percebido pela OMC e tentativas de revertê-lo são constantes, em especial mediante a previsão de tratamento especial e diferenciado (S&D) em seus tratados, incluindo o GPA 2012.

Dentro do GPA 2012, o S&D permite aos países em desenvolvimento diversas prerrogativas, a exemplo da manutenção temporária de margens de preferência, medidas de compensação, incorporação gradual de entidades e setores, previsão de limites mínimos mais elevados, dentre outros. Buscam trazer uma concepção de comércio internacional justo e equilibrado para dentro do GPA 2012. Apesar dos esforços, os defeitos e as dificuldades de efetiva implementação dos mecanismos de S&D superam os resultados benéficos almejados por essas normas. São poucos os países em desenvolvimento que aderiram ou buscam a adesão ao GPA 2012, havendo preferência pela liberalização do mercado de contratações públicas pela via dos acordos regionais e bilaterais de comércio.

A baixa adesão dos membros da OMC ao tratado plurilateral sobre contratações públicas pode ser atribuída, dentre outros fatores, à escolha política de manter preferências domésticas em suas licitações como instrumento de política econômica e industrial. Uma leitura detida do GPA 2012 demonstra, porém, que, embora imponha algumas restrições ao seu uso, o Acordo não é completamente refratário à utilização das contratações públicas como instrumento de promoção de políticas horizontais, em especial para países em desenvolvimento. A promoção de políticas públicas horizontais estaria possibilitada pelos países signatários quando: a) em conformidade, de direito e de fato, com o princípio da não discriminação; b) se discriminatórias, essas políticas estejam cobertas por derrogações negociadas pelas partes; e, c) se discriminatórias e incluídas na cobertura do Acordo, justificadas em uma das

exceções trazidas pelos Artigos III e V do GPA 2012. De toda forma, existe espaço para melhoria das normas relacionadas às políticas horizontais no GPA 2012, especialmente no sentido de aprimorar os conceitos dos bens jurídicos que justificam seu uso, afastando, assim, violações ao princípio da não discriminação e do TN. Esse movimento de compatibilização entre critérios não econômicos (sobretudo ambientais) e o princípio da não discriminação é possível e já é perceptível no sistema de negócios públicos europeus desde o acórdão *Concordia Bus* do TJUE.

Em maio de 2020, o Brasil formulou pedido de adesão ao GPA 2012, avançando no processo mediante resposta ao *checklist* de acessão da OMC, em outubro do mesmo ano. Contudo, em maio de 2023, anunciou a retirada de sua oferta, sob a alegação de que a assinatura do tratado plurilateral sobre contratações públicas pelo país acarretaria severa limitação à utilização do poder de compra estatal como instrumento de política econômica. Observa-se, portanto, que, sopesando benefícios e desvantagens da adesão ao instrumento, o Brasil entendeu que a extensão da redução de seu *policy space* relativo ao uso das contratações públicas para promoção de políticas públicas horizontais não compensaria os possíveis ganhos oriundos da entrada no tratado plurilateral da OMC. Conforme foi possível se depreender da atual legislação, a utilização da ‘função regulatória’ da contratação pública é elemento de extrema relevância para o Brasil, sendo, inclusive, um dos critérios hábeis a excepcionar o tratamento isonômico entre fornecedores nacionais e estrangeiros.

Sem embargo a retirada da candidatura brasileira, o consenso doutrinário é de que, em linhas gerais, a legislação de contratações públicas nacional e o GPA 2012 encontram-se em sintonia. São poucos os pontos de tensão entre os dois sistemas jurídicos, sendo os mais relevantes aqueles relacionados à utilização da nacionalidade como critério de desempate e a possibilidade de instituição de margens de preferência. Após a realização de revisão bibliográfica, percebeu-se que a doutrina considera que a incompatibilidade da legislação brasileira com o tratado plurilateral é meramente pontual e seria passível de resolução durante a fase de negociação para acessão ao GPA 2012, por meio da incidência de medidas que flexibilizem as regras do GPA 2012 (S&D) ou da exclusão do âmbito de incidência do Acordo as contratações que entende estratégicas para promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A experiência de outros países demonstra que a questão da renúncia parcial do poder decisório sobre a utilização das contratações públicas para promoção de

políticas horizontais também foi enfrentada por outros Estados quando de suas candidaturas a acessão ao GPA 1994 e 2012. Neste trabalho, analisou-se os casos de Austrália, Canadá e Estados Unidos, considerando que, à semelhança do Brasil, organizam-se em forma de Federação e, portanto, seriam exemplos de negociações mais próximas daquela possível ao governo brasileiro. Os Anexos de cobertura de Austrália, Canadá e Estados Unidos evidenciam que a adesão ao GPA 2012 não significou o abandono completo de políticas públicas de favorecimento de fornecedores nacionais, incluindo medidas afirmativas a pequenos negócios e minorias.

Considerando o apurado na revisão bibliográfica e na experiência internacional, com o escopo de aferir a compatibilidade entre legislação brasileira e o GPA 2012, realizou-se análise comparativa entre a legislação brasileira e o GPA 2012. Por meio dela, observou-se que há clara dissonância axiológica entre a legislação brasileira e o tratado internacional no que concerne à utilização das contratações públicas para promoção de políticas públicas horizontais. Enquanto a primeira enxerga as contratações públicas também como relevante instrumento de política econômica e de promoção de políticas públicas, o acordo plurilateral da OMC as visualiza somente como um conjunto de procedimentos para satisfação das necessidades administrativas primárias pelo menor custo possível. Para o GPA 2012, critérios não econômicos devem ser, o máximo possível, afastados do processo de negócios públicos. A compreensão do alcance do instituto é, portanto, mais ampla para a legislação brasileira e mais restrita para o tratado plurilateral da OMC.

Essa dissonância do papel da contratação pública não significa que a adesão brasileira ao tratado plurilateral seja impossível. Todavia, constatou-se que a compatibilização entre regras nacionais e internacionais demanda que o Brasil renuncie, ainda que parcialmente, ao seu *policy space* relativo às contratações públicas.

Isso se deve porque a manutenção normativa de políticas públicas horizontais relacionadas a contratações públicas em países signatários do GPA 2012 demanda o cumprimento de um de três requisitos alternativos: a) a medida esteja, de fato e de direito, compatível com o princípio da não discriminação; b) se discriminatórias, cobertas por derrogações negociadas pelas partes; e, por fim, c) se discriminatórias e incluídas na cobertura do tratado, excepcionadas pelos Artigos III ou V do GPA 2012. É pouco plausível que as margens de preferência e o tratamento favorecido para bens, serviços e fornecedores nacionais previstos na legislação em caso

de empate em certames licitatórios sejam consideradas medidas não discriminatórias. Seriam, portanto, toleradas sob o âmbito da assinatura do GPA 2012: a) temporariamente, com o enquadramento do Brasil nas cláusulas de S&D; ou b) excluídas da cobertura do tratado plurilateral, hipótese na qual a necessidade de negociação de exceções imporiria a seleção de setores estratégicos seria impositiva ao país, à semelhança do que aconteceu com Austrália, Canadá e Estados Unidos.

É relevante pontuar, ainda, que, se não fosse abandonada, a candidatura brasileira à acessão ao GPA 2012 não implicaria, necessariamente, o abandono completo à compreensão de contratação pública como importante instrumento de intervenção no domínio econômico. Tendo em vista o regime de cobertura negociada do tratado plurilateral, a visão brasileira da contratação pública continuaria plenamente vigente para negócios abaixo do valor previsto no tratado plurilateral e para entidades e aquisições excluídas de sua cobertura (por exemplo, Estados e Municípios). A oposição de pequena ressalva redacional ou o uso de critérios interpretativos para solução de antinomias bastariam para eliminar qualquer conflito normativo entre o sistema doméstico e internacional. A avaliação das experiências de Austrália, Canadá e Estados Unidos demonstram que é possível a convivência entre liberalização pelo GPA 2012 e a manutenção de algumas políticas públicas horizontais em contratações públicas. Nesse contexto, a pesquisa confirmou a hipótese inicial de que a acessão ao GPA 2012 implicaria na renúncia, ainda que parcial, ao *policy space* do Brasil em relação à promoção de políticas públicas horizontais em suas contratações públicas, inclusive no que diz respeito a medidas de preferência em favor de bens, serviços e fornecedores domésticos.

Não se pode ignorar que o advento da Lei nº 14.133, de 2021, manifesta sinais, de certa maneira, 'contraditórios' quanto à inserção brasileira no mercado do comércio internacional dos negócios públicos. De um lado, a legislação é marcada pela alta relevância dada pelo legislador à sustentabilidade nas contratações públicas brasileiras, trazendo ampla gama de dispositivos que buscam promover valores ambientais, sociais, econômicos, jurídico-políticos e éticos horizontais aos objetivos primários da contratação pública, inclusive mediante ao favorecimento de bens, serviços e fornecedores domésticos. Por outro, diferentemente das antecessoras, a novel legislação traz um regulamento mais claro e objetivo quanto às licitações internacionais e ao tratamento isonômico ao licitante estrangeiro, sinalizando o desejo de

maior abertura das contratações públicas brasileiras ao mercado internacional (inclusive para viabilizar a adesão a tratados internacionais sobre o tema).

Ocorre que sopesar e assentar esses elementos 'contraditórios' é uma atividade eminentemente política. Embora a harmonização jurídica mostre-se possível (com alguma concessão, é verdade), ao comunicar sua decisão de retirar a oferta de acesso ao GPA 2012, o Brasil manifesta que, do ponto de vista político, não está inclinado a ceder, na extensão solicitada pelos demais signatários do Acordo, de seu espaço decisório para tomada de decisões sobre o uso da 'função regulatória' das contratações públicas. Considerando que o GPA 2012 serve de inspiração para outros diplomas internacionais de contratações públicas, a experiência brasileira nas negociações para adesão ao tratado plurilateral da OMC pode ser um indicativo da sorte de outros acordos bilaterais e regionais que envolvam a matéria, a exemplo do Acordo Comercial Mercosul-União Europeia e a experiência nas negociações do tratado multilateral da OMC ser utilizada pelas partes envolvidas na tentativa de encontrar um meio termo razoável entre liberalização e intervenção estatal no mercado de contratações públicas.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Robert D.; MÜLLER, Anna Caroline. The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): key design features and significance for global trade and development. **Georgetown Journal of International Law**, Washington (EUA), v. 48, n. 4, 2017, p. 949-1008.

ANDRADE, Rogério Emílio de. **Direito Homogêneo**: mercado global, administração nacional e o processo de harmonização jurídica. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2011.

ANNA CORVAGLIA, Maria. Public procurement and private standards: Ensuring sustainability under the WTO Agreement on Government Procurement. **Journal of International Economic Law**, v. 19, n. 3, p. 607-627, jun. 2016.

ARROWSMITH, Sue. Reviewing the GPA: the role and development of the plurilateral agreement after Doha. **Journal of International Economic Law**, v. 5, n. 4, p. 761-790, 2002.

ARROWSMITH, Sue. Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. **Journal of Public Procurement**. Bingley (Reino Unido), ano 10, n. 2, p. 149-186, jul./set. 2010.

ARROWSMITH, Sue; ANDERSON, Robert D. The WTO regime on government procurement: past, present and future. In: ARROWSMITH, Sue; ANDERSON, Robert D. (Org.). **The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform**. Cambridge (Reino Unido): Cambridge University Press, 2011, p. 3-58.

ARAÚJO JÚNIOR, Ignácio Tavares de. **Uma Análise dos Custos e Benefícios da Entrada do Brasil no Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio**: Texto para Discussão 2450. Brasília/DF: Ipea, 2019.

BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Licitação e desenvolvimento nacional sustentável. **Debates em Direito Público - RDDP**, Belo Horizonte/MG, ano 4, n. 10, p. 261-274, out./ set. 2011.

BENAYON, Adriano. **Globalização versus desenvolvimento**: o jogo das empresas transnacionais e a periferização por meio dos investimentos estrangeiros. Brasília/DF: LGE, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. O Brasil e o Acordo Geral de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio (GPA – WTO) – perspectivas e harmonização jurídica. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 157, p. 9-15, jan. 2015.

BITTENCOURT, Sidney. Entendendo as licitações internacionais. **Boletim IOB Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública DCAP**, [s.l.], [s. v], [s. a], nov. 2000.

BITTENCOURT, Sidney. **Nova Lei de Licitações: Passo a Passo – Comentando Artigo por Artigo a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2022.

BITTENCOURT, Sidney. **A Licitação Internacional na Nova Lei de Licitações: Lei Nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2023

BOSELLI, Felipe. **Dispensa e inexigibilidade de licitação: o marco normativo constitucional e infraconstitucional da contratação direta no Brasil**. 2020. 270 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/SC, 2020.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Câmara Nacional de Sustentabilidade da Consultoria Geral da União. **Parecer n. 0001/2021/CNS/CGU/AGU**. 2021b. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/PARECER01.2021CNS.pdf>. Acesso em 8 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 9 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2300-86.htm. Acesso em 5 abr. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em 1º mar. 2023

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009**. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm. Acesso em 4 mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010**. Altera as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei no 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Brasília/DF, 2010b. Disponível em: <http://www>

.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm. Acesso em 1º mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Brasília/DF, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em 8 mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília/DF, 2021a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em 9 fev. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei Complementar nº 198, de 28 de junho de 2023**. Altera a Lei Complementar nº 91, de 22 de dezembro de 1997, para manter os coeficientes do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) de Municípios com redução populacional aferida em censo demográfico, aplicando redutor financeiro sobre eventuais ganhos, na forma e no prazo que especifica; e altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LC P/Lcp198.htm. Acesso 31 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia. **Instrução Normativa nº 73, de 30 de setembro de 2022**. Dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por menor preço ou maior desconto, na forma eletrônica, para a contratação de bens, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília/DF, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoesnormativas/instrucao-normativa-seges-me-no-73-de-30-de-setembro-de-2022>. Acesso em 27 abr. 2023.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Política Econômica. **Avaliação de Impacto das Margens de Preferência nas Compras Governamentais – Relatório Final**. Brasília/DF, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/avaliacao-impacto-compras-governamentais.pdf>. Acesso em 12 maio 2023.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa nº 1, de 19 de janeiro de 2010**. Dispõe sobre os critérios de susten-

tabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Brasília/DF, 2010a. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/legislacaoDetalhe.asp?ctdCod=295>. Acesso em 8 mar. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012**. Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP. Brasília/DF, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7746.htm. Acesso em 8 mar. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral da Presidência da República. **Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018**. Estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. Brasília/DF, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9571.htm. Acesso em 8 mar. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral da Presidência da República. **Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019**. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Brasília/DF, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10024.htm. Acesso em 9 mar. 2023.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Nota à Imprensa nº 220**. Retirada da oferta do Brasil para acessão ao Acordo de Contratações Governamentais da OMC. Brasília/DF, 2023. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/retirada-da-oferta-do-brasil-para-acessao-ao-acordo-de-contratacoes-governamentais-da-omc. Acesso em 22 set. 2023.

BREUS, Thiago Lima. **Contratação pública estratégica** o contrato público como instrumento de governo e de implementação de políticas públicas. São Paulo/SP: Almedina, 2020.

BRICS. Brics to Admit Six New Countries to Bloc Including Iran and Saudi Arabia. **BRICS Information Portal**, 24 ago. 2023. Disponível em: <http://infobrics.org/post/39186>. Acesso em 22 set. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo/SP: Saraiva, 2002.

CALASANS JUNIOR, José. **Manual de Licitação**: com base na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. 3. ed. Barueri/SP: Atlas, 2021.

CAMARÃO, Tatiana. Artigo 11. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coord.). **Comentários À Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 - Volume 1. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2022, p. 179-210.

CAMPOS, Carolina Silva; MARRARA, Thiago. Licitações internacionais: regime jurídico e óbices à abertura do mercado público brasileiro a empresas estrangeiras. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, ano 12, n. 275, p. 155-187, maio/ago. 2017.

CARVALHO, Luciani Coimbra de; SANTOS, Artur Zanelatto. Da Lei nº 8.666/1993 à Lei nº 14.133/2021: O Desenvolvimento Nacional Sustentável sob a Ótica da Modernização do Estado, da Complexificação do Contrato Administrativo e das Políticas Públicas Transversais. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis/SC, v. 29, n. 11, p. 16-39, maio/ago. 2021.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venâncio Majer). 6. ed. São Paulo/SP: Paz e Terra, 1999.

CHALMERS, Alan Francis. **O que é ciência afinal?** Tradução: Raul Filker. Brasília/DF: Brasiliense, 1993.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; LOLLI, Eduardo Henrique; BITTENCOURT, Caroline Muller. Políticas públicas e constitucionalismo contemporâneo crítico: sistematizações para subsidiar análises em Direito e políticas públicas. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis/SC, v. 34, n. 90, p. 1-54, 2022.

COSTA, Gustavo Tavares da. **Compras públicas e autonomia político-econômica do Brasil**: o Impacto do Acordo sobre Compras Governamentais da OMC e do acordo entre Mercosul e UE. 2021. 53 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Desenvolvimento e Cooperação Internacional, Lisbon School Of Economics & Management, Universidade de Lisboa, Lisboa (Portugal), 2021.

COSTA, Sara Santos. A relevância do Acordo sobre Contratos Públicos da Organização Mundial do Comércio no espaço eurocomunitário: Contributos para sua contextualização. In: RODRIGUES, Nuno Cunha (Coord.). **Direito Internacional e Europeu da Contratação Pública**. Universidade de Lisboa: Lisboa (Portugal), 2017, p. 8-30.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; LIMA, Caio Monteiro Mota; SOUSA, Thanderson Pereira de. Neoliberalismo contra as políticas sociais: entre mercado, exceção e a lógica do interesse comum individual. **Diké**, Ilhéus/BA, v. 22, n. 22, p. 244-259, 2023.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Direito administrativo da inovação e experimentalismo: o agir ousado entre riscos, controles e colaboratividade. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis/SC, v. 43, n. 91, p. 1-50, 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2016.

DAVIES, Arwel. The national treatment and exceptions provisions of the Agreement on Government Procurement and the pursuit of horizontal policies. In: ARROSMITH, Sue; ANDERSON, Robert D. (Org.). **The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform**. Cambridge (Reino Unido): Cambridge University Press, 2011, p. 429-443.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada**. 12. ed. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. Objetivos e princípios da contratação pública na Lei nº 14.133/2021. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Manual de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. 3. ed. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2023, p. 11-82.

DINIZ, Anderson Moraes. Comentários ao art. 11. In: SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos**. São Paulo/SP: Juspodivm, 2021.

DROMI, José Roberto. **Ecuaciones de los contratos públicos**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2008.

FERNANDES, Débora Melo. **Preferências Locais na Contratação Pública**. Coimbra (Portugal): Almedina, 2022.

FERREIRA, Daniel. **A Licitação Pública No Brasil e Sua Nova Finalidade Legal: A Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável**. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2012.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2019.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 8. ed. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2020.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 5. ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2018.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2002.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 7. ed. São Paulo/SP: Atlas, 2021.

GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte/MG, ano 9, n. 35, p. 105-141, jul./set. 2011.

GOMES, Pedro Cerqueira. Políticas horizontais no novo Government Procurement Agreement (GPA). **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 131-140, mar./ago. 2015.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; MOREIRA, Egon Bockmann; TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: os cenários brasileiro e europeu. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Belo Horizonte/MG, ano 10, n. 269, p. 67-106, maio/ ago. 2015

HACHEM, Daniel Wunder. Prefácio. *In*: LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; CUNHA, Luiz Filipe Esteves. A Adesão do Brasil ao Acordo sobre Contratações Públicas da OMC: entre tabus e dificuldades reais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 3, p. 136-159, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 8.666/1993. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo/SP: Thomson Reuters Brasil, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo/SP: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

LIMA, Jonas. Lei 14.133 e as razões para a licitação internacional obrigatória. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo/SP, 10 fev. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-10/lei-14133-razoes-licitacao-internacional-obrigatoria>. Acesso em: 24 abr. 2023.

MARRARA, Thiago. Método Comparativo e Direito Administrativo. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados/MS, v. 16, n. 32, p. 25-37, jul./dez. 2014.

MAZZUCATO, Mariana. **O Estado Empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. o setor privado (trad. Elvira Serapicos). São Paulo/SP: Portfolio-Penguin, 2014 (versão digital).

MALDONADO, Nicolau de Albernaz. A nova Lei de Licitações e o acordo de compras governamentais. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo/SP, 3 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-03/opiniao-lei-licitacoes-acordo-compras-governamentais>. Acesso em: 31 jul. 2023.

MCCRUDDEN, Christopher. International economic law and the pursuit of human rights: A framework for discussion of the legality of 'selective purchasing' laws under the WTO Government Procurement Agreement. **Journal of International Economic Law**, v. 2, n. 1, 1999, p. 3-48.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2007.

MICHALOPOULOS, Constantine. The Role of Special and Differential Treatment for Developing Countries in GATT and the World Trade Organization. **The World Bank Development Research Group: Policy Research Working Paper 2388**, Washington (EUA), [s. v], [s. n.], p. 1-41, jul. 2000.

MIRANZO-DÍAS, Javier. The tension between global public procurement law and nationalist/populist tendencies: proposals for reform. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 355-400, maio/ago. 2020.

MONASSA, Clarissa Chagas Sanches; LEONELLI, Aubrey de Oliveira. É interessante para o Brasil aderir ao acordo sobre compras governamentais da OMC? **Revista de Direito Internacional**, Brasília/DF, v. 10, n. 1, 2013, p. 72-84.

MONTENEGRO NETO, Eurico Soares; BLANCHETE, Luiz Alberto. A instituição de margens de preferência em licitações e seus efeitos benéficos sobre o desenvolvimento nacional sustentável. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo/SP, v. 11, n. 2, p. 261-280, jul./dez. 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito Administrativo da escassez, contratações públicas e segurança jurídica: o que temos a aprender com a crise permanente. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte/MG, ano 16, n. 61, p. 55-76, jan./mar. 2018.

MORENO MOLINA, José Antonio. Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina. **Derecho & Sociedad**, n. 44, p. 55-64, 1 jun. 2015.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos: comentários, doutrina e jurisprudência**. 12. ed., rev., atual. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2011.

MÜLLER, Anna Caroline. Special and differential treatment and other special measures for developing countries under the Agreement on Government Procurement: the current text and new provisions. In: ARROSMITH, Sue; ANDERSON, Robert D. (Org.). **The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform**. Cambridge (Reino Unido): Cambridge University Press, 2011, p. 339-376.

NASCIMENTO, André Jansen do. Contratações públicas no âmbito da OMC: a política legislativa brasileira à luz do direito ao desenvolvimento. **Revista de Direito Internacional**, Brasília/DF, v. 12, n. 2, 2014, p. 191-209.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 5.ed. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2022.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte/MG, ano 8, n. 32, p. 31-50, abr./jun. 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável – O regime jurídico introduzido pela Lei nº 12.349/10. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte/MG, ano 10, n. 38, p. 9-30, jul./ set. 2012.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Globalização e Contratação Pública: o nascimento de um Direito Internacional dos Contratos Públicos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo/SP, v. 11, n. 2, p. 228-248, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; FORTINI, Cristina. A adesão brasileira ao acordo de compras governamentais da Organização Mundial de Comércio. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza/CE, v. 18, n. 29, p. 120-151, set./dez. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Artigo 52. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coord.). **Comentários À Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei Nº 14.133, de 1º de abril de 2021 - Volume 1. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2022. p. 526-535.

OMC. **DS73: Japan – Procurement of a Navigation Satellite**. 2022a. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds73_e.htm. Acesso em 24 jan. 2022.

OMC. **DS88: United States – Measures Affecting Government Procurement**. 2022b. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds88_e.htm. Acesso em 24 jan. 2022.

OMC. **DS95: United States – Measures Affecting Government Procurement**. 2022c. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds95_e.htm. Acesso em 21 jan. 2022.

OMC. **DS163: Korea – Measures Affecting Government Procurement**. 2022d. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds163_e.htm. Acesso em 20 jan. 2022.

OMC. **WTO and government procurement**. 2023a. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm. Acesso em 9 fev. 2023.

OMC. **Parties and observers**. 2023b. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm. Acesso em 23 maio 2023.

OMC. **Agreement on Government Procurement and related WTO legal texts.** 2023c. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.pdf. Acesso em 30 maio 2023.

OMC. **Special and Differential Treatment Provisions in WTO Agreements and Decisions.** 2023d. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/COMTD/W271.pdf&Open=True>. Acesso em 03 jul. 2023.

OMC. **Coverage schedules.** 2023e. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_app_agree_e.htm. Acesso em 31 ago. 2023.

ONU. **Agenda 21: Rio Declaration on Environment and Development.** United Nations Conference on Environment and Development. Rio de Janeiro, 1992.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Licitação internacional: normas nacionais x normas estrangeiras (uma visão constitucional). **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte/MG, ano 2, n. 19, jul. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=8142>>. Acesso em 4 abr. 2023.

PÉRCIO, Gabriela Verona; RAMOS, Flávio. Preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais em licitações: análise crítica à luz do desenvolvimento nacional sustentável. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba/PR, n. 215, p. 52-68, 2012.

PORTO, Manuel. O regresso do protecionismo: novos argumentos a seu favor? **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra (Portugal), v. 62, n. 62-A, p. 21-44, 2019.

RAUEN, André Tortato. **Nota Técnica n. 29:** Margens de preferência: limites à avaliação de resultados e impactos. Brasília/DF: Ipea, 2016.

RAWORTH, Kate. **Economia Donut:** uma alternativa ao crescimento a qualquer custo (trad George Schlesinge). Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

REIS, Luciano Elias. A contratação pública como elemento integrante da política econômica de um Estado. In: ANDRADE, Luiz Gustavo de; ARRAES, Roosevelt; REIS, Luciano Elias (org). **Construindo o Estado Democrático de Direito:** governo probó, eleições justas e judiciário responsivo. Curitiba/PR: Appris, 2022a, p. 87-98.

REIS, Luciano Elias. **Compras públicas inovadoras:** o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo como perspectiva do desenvolvimento nacional sustentável – De acordo com a nova lei de licitações e o marco regulatório das Startups. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2022b.

RIBEIRO, Cássio Garcia; INÁCIO JÚNIOR, Edmundo. **O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise**: Texto para discussão 2476. Brasília/DF: Ipea, 2019.

RIBEIRO, Leonardo Coelho; PEREIRA, Daniel Silva. Direito administrativo global, financiamentos internacionais e licitações públicas. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte/MG, ano 5, n. 8, p. 111-132, set./fev. 2016.

RICKARD, Stephanie J.; KONO, Daniel Y. Think globally, buy locally: International agreements and government procurement. **The Review of International Organizations**, v. 9, n. 3, p. 333-352, 2014.

RIOS, Sandra Maria Carreira Polónia; VEIGA, Pedro da Motta. Por que a OMC é importante para o Brasil? **Mural Internacional**, [s.l.], v. 6, n. 1, p. 12-21, set. 2015.

RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política económica**. Almedina: Lisboa, 2013.

RODRIGUES, Nuno Cunha. A abertura ao comércio internacional da contratação pública no Brasil: entre o Acordo sobre Compras Governamentais (GPA) e o acordo EU/Mercosul. **Latin American Journal of European Studies**, v. 1, nº 1, p. 254-295, jan/jun. 2021.

RODRIGUES, Nuno Cunha. A utilização de critérios sociais na União Europeia e no Código dos Contratos Públicos de Portugal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, [s.v.], n. 125, p. 439-467, jul./dez. 2022.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Los principios del Derecho global de la contratación pública. **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, [s. v], n. 66, p. 29-54, 2011.

ROSILHO, André; BRAGA, André de Castro O. P. Está na hora de repensar o modelo de margens de preferência em licitações. **Conjur**, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-29/hora-repensar-modelo-margens-preferencia-licitacoes>. Acesso em 12 maio 2023.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Licitações internacionais**: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo. 3. ed. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2022.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo/SP: Companhia das Letras, 2010.

SILVEIRA, Túlio Belchior Mano da Silveira. **Compras públicas**: compatibilidade entre a Legislação Brasileira sobre compras públicas e o Tratado Multilateral de Compras Públicas da Organização Mundial de Comércio. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito. Universidade Católica de Brasília – UCB, Brasília/DF, 187 p., 2015.

STELZER, Joana. **Direito do Comércio Internacional: do Free Trade ao Fair Trade**. Curitiba: Juruá, 2018.

STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. Greenwashing e a Certificação no Comércio Justo e Solidário: Consumismo e Sustentabilidade na Formação da Sociedade Transnacional. In: STELZER, Joana; CARMO, Valter Moura do (Orgs.). **Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**. Florianópolis: CONPEDI, 2016b, v. I.

TCU. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 607/1994 – Plenário**. Denúncia formulada por representante de empresas estrangeiras. Licitação. PETROBRÁS. Concorrência. Edital com restrição a participação de firmas estrangeiras em igualdade de condições com empresas nacionais. Considerações sobre a matéria. Conhecimento. Não provimento. Licitação Nacional e Internacional. Conceito. Diferença. Peculiaridade. Brasília/DF, 06 de janeiro de 1994. Disponível em: <https://www.tcu.gov.br/acordaoslegados/1994/Plenario/DC-1994-000607-HS-PL.pdf>. Acesso em 6 abr. 2023.

TCU. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2238/2013 – Plenário**. Representação. Supostas irregularidades em licitação pública internacional. Aquisição de religadores automáticos trifásicos pela Eletrobras (Projeto Energia +). Recursos do BIRD. Medida cautelar indeferida. Realização de inspeção. Constatação da ausência de equalização de proposta de licitante estrangeira. Desconsideração dos custos de importação e nacionalização dos equipamentos. Aceitação de atestados de capacidade técnica da licitante vencedora parcialmente em desacordo com as disposições do edital. Não observância dos prazos e informações exigidas. Qualificação irregular dos ensaios de tipo da licitante vencedora. divergência das especificações técnicas da proposta com a estabelecida no edital. Indícios de deficiência na análise técnica por parte empresa contratada pela Eletrobras para esse fim. ocorrências que não resultaram em prejuízo à administração. Economicidade e vantajosidade da proposta vencedora para administração. Ausência de indícios de má-fé ou de favorecimento à licitante vencedora. Necessidade de comprovação da adequabilidade dos equipamentos adquiridos. Apuração de eventual descumprimento contratual por parte de contratada. Conhecimento. Procedência parcial. Determinações. Ciências. Autorização de monitoramento. Comunicações. arquivamento. Brasília/DF, 21 de agosto de 2013. Disponível em: <https://conecta-tcu.apps.tcu.gov.br/tvp/49860119>. Acesso em 2 maio 2023.

TJUE. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Acórdão Concordia Bus**. Processo C-513/99. Luxemburgo (Luxemburgo), 17 de setembro de 2002. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0513&from=PT>. Acesso em 19 dez. 2023.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 12. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Juspodivm, 2021.

VIANA, Cláudia. A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). **Estudos de contratação pública**. Coimbra: Coimbra, 2008. v. I, p. 23-49.

VIEIRA, Andréia Costa. A OMC e o Policy Space dos Estados: Questões de Flexibilidade, Desenvolvimento Sustentável e Políticas Públicas no GATT e no GATS. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; CELLI JUNIOR, Umberto (Org.). **A OMC: desafios e perspectivas**. São Paulo: Aduaneiras, 2014, p. 43-74.

VIEIRA, Lucas Pacheco; PUERARI, Adriano. A Sustentabilidade na nova Lei de Licitações. **Saber Humano: Revista Científica da Faculdade Antonio Meneghetti**, [s. l.] v. 11, n. 19, p. 56-81, 2021.

VILLAC, Teresa. **Licitações Sustentáveis no Brasil**. 2.ed. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2020.

WIEIRA, Keite. **O conceito de desenvolvimento na OMC e a decorrente fragilidade negocial dos países em desenvolvimento no âmbito da agricultura**. Londrina/PR: Thoth, 2022.

YUKINS, Christopher R.; SCHNITZER, Johannes S. GPA Accession: Lessons Learned on the Strengths and Weaknesses of the WTO Government Procurement Agreement. **Trade, Law & Development**, Jodhpur (Índia), 2015, v. 7, [s.n.], p. 89-118.

**APÊNDICE A – Normas veiculando políticas ambientais e sociais na Lei nº
14.133, de 2021**

Todos os dispositivos normativos abaixo foram retirados da Lei nº 14.133, de 2021 (BRASIL, 2021):

Art. 6º: “XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos: c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto; e XXIV - anteprojeto: peça técnica com todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, que deve conter, no mínimo, os seguintes elementos: e) parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade;”

Art. 11: “O processo licitatório tem por objetivos: I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;”

Art. 18: “§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos: XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;” (BRASIL, 2021).

Art. 25: “§ 5º O edital poderá prever a responsabilidade do contratado pela: I - obtenção do licenciamento ambiental; e § 6º Os licenciamentos ambientais de obras e serviços de engenharia licitados e contratados nos termos desta Lei terão prioridade de tramitação nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e deverão ser orientados pelos princípios da celeridade, da cooperação, da economicidade e da eficiência.”

Art. 26: “No processo de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para: II - bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento.”

Art. 34: “O julgamento por menor preço ou maior desconto e, quando couber, por técnica e preço considerará o menor dispêndio para a Administração, atendidos

os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação. § 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento.”

Art. 42: “A prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital será admitida por qualquer um dos seguintes meios: III - certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada.”

Art. 45: “As licitações de obras e serviços de engenharia devem respeitar, especialmente, as normas relativas a: I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;”

Art. 74: “É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de: III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;”

Art. 75: “É dispensável a licitação: IV - para contratação que tenha por objeto: j) coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente de pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;”

Art. 115: “Nas contratações de obras e serviços de engenharia, sempre que a responsabilidade pelo licenciamento ambiental for da Administração, a manifesta-

ção prévia ou licença prévia, quando cabíveis, deverão ser obtidas antes da divulgação do edital.”

Art. 137: “Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações: VI - atraso na obtenção da licença ambiental, ou impossibilidade de obtê-la, ou alteração substancial do anteprojeto que dela resultar, ainda que obtida no prazo previsto;”

Art. 147: “Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos: II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; III - motivação social e ambiental do contrato;”

Art. 50: “Nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o contratado deverá apresentar, quando solicitado pela Administração, sob pena de multa, comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, em especial quanto ao: I - registro de ponto; II - recibo de pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário; III - comprovante de depósito do FGTS; IV - recibo de concessão e pagamento de férias e do respectivo adicional; V - recibo de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato; VI - recibo de pagamento de vale-transporte e vale-alimentação, na forma prevista em norma coletiva.”

Art. 62: “A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em: III - fiscal, social e trabalhista;”

Art. 63: “Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições: IV - será exigida do licitante declaração de que cumpre as exigências de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, previstas em lei e em outras normas específicas. § 1º Constará do edital de licitação cláusula que exija dos licitantes, sob pena de desclassificação, declaração

de que suas propostas econômicas compreendem a integralidade dos custos para atendimento dos direitos trabalhistas assegurados na Constituição Federal, nas leis trabalhistas, nas normas infralegais, nas convenções coletivas de trabalho e nos termos de ajustamento de conduta vigentes na data de entrega das propostas.”

Art. 68: “As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos: IV - a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei; V - a regularidade perante a Justiça do Trabalho; VI - o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”

Art. 75: “É dispensável a licitação: XV - para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos;”

Art. 91: “§ 4º Antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência do contrato, a Administração deverá verificar a regularidade fiscal do contratado, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), emitir as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas e juntá-las ao respectivo processo.”

Art. 92: “São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam: XVII - a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;”

Art. 116: “Ao longo de toda a execução do contrato, o contratado deverá cumprir a reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz, bem como as reservas de cargos previstas em outras normas específicas. Parágrafo único. Sempre que solicitado pela Administração, o contratado deverá comprovar o cumprimento da reserva de cargos a que se refere o *caput* deste artigo, com a indicação dos empregados que preencherem as referidas vagas.”

Art. 137: “Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a am-

pla defesa, as seguintes situações: IX - não cumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz.”

Art. 147: “Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos: III - motivação social e ambiental do contrato;”

Art. 169: “As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa”.