



Opinião: Licitações e contratações entre empresas do Mercosul

Líderes do Mercosul acabam de assinar o Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul, com o propósito de estabelecer as bases para um mercado comum regional de contratações governamentais, possibilitando que empresas dos Estados-partes participem de licitações promovidas pelos países do bloco, em igualdade de condições.

Pelo acordo, todas as aquisições de produtos e serviços acima de R\$ 500 mil deverão ser abertas a empresas do Mercosul, em igualdade de condições. No caso de obras públicas, a abertura será para contratações acima de R\$ 20 milhões.

Empresas brasileiras, segundo o acordo, poderão participar de licitações em países do bloco e receber o mesmo tratamento dado às empresas locais.

No Brasil, empresas de países do Mercosul poderão participar de licitações promovidas pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, exceto de algumas estatais, como o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) e a Agência Espacial Brasileira (AEB).

O acordo decerto que desafiará disposições do Direito Constitucional e infraconstitucional brasileiro.

Na seara do primeiro, há de se aguardar a aprovação do acordo pelo Congresso Nacional, no exercício da competência que lhe assina o artigo 49, I, da Constituição da República, exame que fará certamente inspirado nos princípios enunciados nos artigos 4º e 170. Mas haveria de ser compatibilizado com a política pública constitucional brasileira que assegura preferência, nas contratações do Estado, a bens e serviços produzidos no país (CF/88, artigos 21, IX; 22, XVII; 170, IV e IX (EC 06/95)).

Na esfera do segundo, há vigentes normas brasileiras legisladas que podem orientar, reorientar ou desorientar a aplicação do que se venha a aprovar.

A rigor, o acordo não inova a respeito da participação de empresas de países do Mercosul em licitações promovidas no Brasil. O artigo 3º, parágrafo 10, da Lei 8.666/1993 — a Lei Geral de Licitações — admite, com a redação introduzida pela Lei 12.349/2010, que possa ser estendida margem de preferência, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados-partes do Mercosul. Tal margem de preferência é aplicável a produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, não podendo ultrapassar o montante de 25% sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

O que parece destinado a reorientar a atividade contratual dos Estados-membros do Mercosul, ao menos em face das vigentes normas de nosso Direito interno, é que de todos os numerosos decretos editados pelo chefe do Executivo Federal brasileiro (7.709/12, 7.713/12, 7.756/12, 7.767/12, 7.810/12, 7.812/12, 7.816/12, 7.840/12, 7.843/12 e 7.903/13) resulta uma pauta de pontos disciplinadores da adoção das margens de preferência, ao que parece divergentes dos objetivos que o acordo pretenderia alcançar, a saber:

- 1) sua aplicação é exclusiva para licitações da administração pública federal, com necessária previsão nos respectivos editais, excluídos, portanto, estados e municípios;
- 2) há margem de preferência apenas para produtos manufaturados nacionais brasileiros;
- 3) cada licitante deve apresentar declaração de cumprimento das regras de origem (prova de tratar-se de produto manufaturado nacional — Portaria 279/11, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior), em formulário padronizado;
- 4) a declaração das regras de origem deve acompanhar os documentos de habilitação; não apresentada, o objeto será considerado produto manufaturado estrangeiro e não fará jus à margem de preferência;
- 5) a fórmula de cálculo da margem de preferência é invariável e tem por base o menor preço ofertado para produto manufaturado estrangeiro;
- 6) a margem de preferência será aplicada para a classificação das propostas, após a fase de lances (pregão), ou na etapa de julgamento e classificação das propostas (demais modalidades);
- 7) a margem de preferência não prevalece caso o menor preço ofertado seja de produto manufaturado nacional;
- 8) caso o proponente classificado em primeiro lugar seja inabilitado ou não cumpra o requisito 4, haverá reclassificação das propostas para o fim de aplicação da margem de preferência;
- 9) na hipótese de licitação por grupo ou lote, a margem de preferência só será aplicada se todos os itens do grupo ou lote forem produto manufaturado nacional;
- 10) a aplicação da margem de preferência não exclui o direito de preferência das micro e pequenas empresas.

A implementação do Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul viria ampliar a concorrência nas contratações promovidas pelos países do bloco, podendo em tese atrair propostas mais vantajosas. A ampliação da competitividade preordena-se a isso. Quanto maior o número de competidores na disputa, maior o número de ofertas, reduzindo-se, por conseguinte, as propostas de preços. O aumento do número de empresas em licitações produz, ainda, a melhoria da qualidade de bens, serviços e obras. Prioridades competitivas, tais como as de custos, qualidade, desempenho na entrega e inovação, são objetivos que as empresas devem buscar fortemente, com o intuito de aumentar a sua competitividade e, por conseguinte, a sua participação no mercado.

O acordo, caso venha a ser aprovado pelo Congresso Nacional, não deve se distanciar de valores fundamentais aplicáveis às contratações públicas, entre eles os de igualdade de condições, transparência, perfeita identificação do bem, obra ou serviço e a sua correta valoração.

A igualdade de condições nas contratações públicas desdobra-se em duas obrigações impostas à



administração pública: a primeira, de não admitir, prever, incluir ou tolerar cláusulas ou condições capazes de frustrar, restringir ou direcionar o caráter competitivo do procedimento licitatório, bem como de especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias; a segunda, de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, assegurando-se procedimento único de qualificação para empresas pertencentes aos países do bloco.

A transparência dos atos e documentos que instruem os processos de licitação e contratação por órgãos e entidades públicas, independentemente do objeto, valor e origem dos participantes possibilita a qualquer cidadão propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, conforme previsto no artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal. Ainda, legitima qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato a denunciar, ao respectivo tribunal de contas (CR/88, artigo 74, parágrafo 2º) e ao órgão competente do Ministério Público, o descumprimento das prescrições estabelecidas na Lei Complementar 101/2000, artigo 73-A.

A administração pública integra, ou deveria integrar, idealmente, um sistema de gestão cujo funcionamento haveria de concorrer para o contínuo atendimento ao interesse público. Para tanto, é fundamental que o sistema deixe transparecer à sociedade todos os seus negócios e dispêndios, por meio de contato aberto e contínuo, com o fim de viabilizar a verificação de sua atuação conforme os ditames e parâmetros legais vigentes, alcançando, assim, a fundamental democratização da informação pelo Estado e o pleno exercício de práticas de integridade. É de se estimar, portanto, que cada Estado-parte venha a assegurar que seus respectivos órgãos e entidades proporcionem aos fornecedores igualdade de acesso à informação relativa à contratação, responsabilizando-se o agente que fornecer informação privilegiada de forma a desnaturar o caráter competitivo do procedimento licitatório.

A perfeita identificação do objeto da licitação exige que suas especificações sejam as necessárias e suficientes para a sua correta apreensão pelo mercado fornecedor e atendimento com a qualidade pertinente. Se forem insuficientes, sujeitarão a administração a adquirir objeto de pouca ou nenhuma qualidade, justamente porque suas características essenciais não foram definidas. Se forem excessivas, desnecessárias ou análogas às especificações técnicas de determinado fabricante, podem denotar restrição ao caráter competitivo do certame e/ou direcionamento da contratação. Por isso que os Estados-partes deverão empenhar-se por garantir que, nas licitações, seus órgãos e entidades não estabeleçam especificações ou cláusulas cujo cumprimento só seja factível para determinada sociedade empresarial, de modo que a convocação esteja dirigida a favorecer situações particulares.

Para a valoração dos objetos da licitação, considerar-se-á todo custo apto a influir no valor final da contratação, utilizando-se, para essa finalidade, tabelas oficiais de preços, se existentes. Ideal que tais valores de referência (tabelas) baseiem-se em valores unitários de empenhos de despesas publicados em todos os sistemas de administração financeira dos entes públicos, formando um sistema integrado e regionalizado de preços, servindo não só como fonte segura de consulta a ser utilizada para calcular e definir o preço do objeto da licitação, mas, também, de parâmetro seguro para comissões de licitação e pregoeiros aceitarem as propostas de preços ofertadas. Tal medida cumpriria o dever do Estado de qualificar seus gastos públicos, cuja implementação efetiva-se, eficazmente, por meio de estruturas integradas e compartilhamento de sistemas de informação.



Nada obstante, cumpre indagar se as licitações fundadas no acordo a ser aprovado teriam, ou não, natureza internacional.

Rafael Wallbach Schwind faz ver que o Direito brasileiro convive com situações distintas de licitações de que participam empresas e recursos estrangeiros: (a) licitações a que se aplicam normas de atos internacionais ou editadas pelo organismo financiador ou doador de recursos; (b) licitações internacionais feitas de acordo com a legislação nacional. Nas primeiras, "podem ser adotadas soluções praxistas e procedimentais radicalmente diversas daquelas previstas na legislação brasileira, mas os princípios inerentes à atividade administrativa, inclusive os que dizem respeito aos direitos dos licitantes (por exemplo, a um julgamento objetivo, justo e vinculado às disposições do instrumento convocatório), devem ser observados... Nas licitações nacionais e internacionais realizadas de acordo com a legislação brasileira, a participação de licitantes estrangeiros é sempre possível (em tese). Portanto, mesmo uma licitação nacional realizada de acordo com a legislação brasileira admite a participação de concorrentes estrangeiros. A diferença é que, nas licitações nacionais realizadas de acordo com a legislação brasileira, o licitante estrangeiro, caso seja contratado, receberá seus pagamentos em moeda nacional e, para que haja a sua qualificação, e dependendo da natureza da prestação a ser executada, deverá comprovar que possui autorização para funcionamento no Brasil, na forma dos artigos 1.134 a 1.141 do Código Civil. Empresas com sede no exterior, portanto, podem participar de licitações nacionais, mas devem cumprir esses requisitos de ordem burocrática. Já nas licitações internacionais realizadas de acordo com a legislação nacional, os recursos podem ser de origem doméstica ou estrangeira, mas a licitação é expressamente aberta a licitantes estrangeiros, inclusive que não estejam em funcionamento no Brasil. Portanto, nesses casos, como regra geral, o licitante estrangeiro não precisa ser previamente autorizado a operar no Brasil e pode receber pagamentos em moeda estrangeira" (*Licitações Internacionais – participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013, p. 32-34).

Ao que por ora se deduz dos termos acordados, seriam licitações nacionais, a que teriam acesso empresas dos países-membros do Mercosul, em igualdade de condições. A questão é relevante porque, se ditas licitações fossem internacionais, haveriam de se compatibilizar, no Direito interno brasileiro, com as disposições do artigo 42 da Lei 8.666/93, o que desde logo aventa, no mínimo, a dificuldade decorrente da regra de seu parágrafo 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” —, o que, por si só, conspiraria contra o presumido objetivo do acordo, de estimular a competição para obtenção da melhor proposta, em igualdade de condições entre proponentes nacionais e estrangeiros. Ou se consideraria que empresa de país integrante do Mercosul, para fins licitatórios no território brasileiro, não seria estrangeira?

A indagação que se faz é: a qual dessas licitações o acordo pretende referir-se? Ou estará o acordo propondo outra espécie de licitação, até aqui desconhecida do Direito brasileiro?

Vê-se que o Congresso Nacional terá muitas e complexas questões a examinar e harmonizar ao debruçar-se sobre o acordo, para fins de aprovação e ingresso no Direito interno brasileiro.