

Título do capítulo	CAPÍTULO 3 COMPRAS GOVERNAMENTAIS: POLÍTICAS E PROCEDIMENTOS NO NAFTA, NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL
Autores (as)	Heloiza Camargos Moreira José Mauro de Morais
DOI	
Título do livro	A ALCA E O BRASIL: UMA CONTRIBUIÇÃO AO DEBATE
Organizadores (as)	Renato Baumann
Volume	
Série	
Cidade	
Editora	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal)
Ano	2003
Edição	1ª
ISBN	
DOI	

© Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – **ipea** 2003

As publicações do Ipea estão disponíveis para *download* gratuito nos formatos PDF (todas) e EPUB (livros e periódicos). Acesse: <http://repositorio.ipea.gov.br>

As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade dos autores, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada ou do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

COMPRAS GOVERNAMENTAIS: POLÍTICAS E PROCEDIMENTOS NO NAFTA, NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL *

Heloíza Camargos Moreira
José Mauro de Moraes

1 ACORDOS E LEGISLAÇÕES SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS

1.1 Introdução

Este trabalho analisa as legislações sobre compras governamentais adotadas no âmbito do Acordo de Livre Comércio da América do Norte (Nafta) e em dois países, Estados Unidos e Brasil, e tem o objetivo de fornecer informações para as negociações com vistas à formação de um futuro acordo de compras governamentais no âmbito da Área de Livre Comércio das Américas – Alca.

O tema **compras governamentais** tem sido pouco abordado nas análises realizadas no Brasil sobre processos de integração em blocos comerciais. Com o advento das negociações para a criação da Alca, surgiu a necessidade de estudos sobre experiências comparadas da legislação e os efeitos econômicos que podem decorrer da assinatura de acordos dessa natureza.¹ Revela-se, nesse aspecto, de primordial interesse avaliar o acordo de compras governamentais do Nafta, já com dez anos de existência, e a política de aquisições governamentais adotada nos Estados Unidos, o maior parceiro da Alca, pela abrangência e pelas dimensões que assume o mercado norte-americano.

Esta seção contém uma introdução geral ao tema, apresentando alguns princípios básicos que embasam os acordos de compras governamentais e um breve histórico desse tipo de acordo. Recomendações às negociações internacionais do Brasil voltadas a acordo de compras públicas na Alca encontram-se nas conclusões das seções 2 e 3 e na seção 5.

* Documento elaborado no âmbito do Convênio Cepal/Ipea, como parte separada de um relatório de maior abrangência e que incluiu, além do estudo da legislação sobre compras governamentais do Nafta, dos Estados Unidos e do Brasil, os casos da Organização Mundial de Comércio e da União Européia. As opiniões aqui expressas são de inteira responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, a posição das instituições envolvidas.

1. Ressalte-se, a respeito, a grande importância do mercado de compras governamentais, cujos dispêndios alcançam de 3% a 12% do PNB em vários países e blocos de comércio. As compras de bens e serviços dos 15 países da União Européia representaram, em 1994, 11,5% do PNB. No Nafta, alcançaram valores próximos a US\$ 1 trilhão (1995) – Unctad/WTO(2000). No Brasil, as compras de bens e serviços do governo federal, compreendendo a administração direta, autarquias e fundações, com exclusão dos ministérios militares e dos Poderes Legislativo e Judiciário, alcançaram R\$ 13,0 bilhões, em 2002, ou 1% do PIB (www.comprasnet.gov.br/publicações/Informativo/comprasnet).

1.2 Evolução dos acordos sobre compras governamentais

Os princípios básicos de um acordo de compras governamentais compreendem, entre outros, a adoção de tratamento nacional e a não-discriminação em relação aos bens e produtores dos demais países participantes do acordo. Esses princípios se efetivam quando os países signatários assumem o compromisso de conceder aos bens, serviços e fornecedores dos demais países tratamento não menos favorável que o concedido aos seus próprios produtos, serviços e fornecedores. Esses preceitos devem ser aplicados não só aos fornecedores de bens ou serviços de origem estrangeira, como também aos fornecedores de propriedade estrangeira estabelecidos no território onde é realizada a licitação pública. Respeitando esses princípios, os países participantes deverão assegurar que os órgãos públicos convidem, sem discriminação, e nas mesmas condições aplicáveis aos seus nacionais, os fornecedores e os prestadores de serviços dos outros Estados-membros que possuam as qualificações requeridas.

Outro princípio básico de um acordo de compras governamentais diz respeito à transparência das leis, dos regulamentos, das normas e das práticas adotadas pelos países. Toda a legislação concernente às compras deve ser tornada pública mediante a divulgação em publicações, especificadas nos acordos, de forma a permitir igual oportunidade a todos os interessados em participar das licitações.

O primeiro acordo multilateral que definiu regras comuns de desgravação tarifária entre países signatários, assinado em 1947, sob o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (Gatt), excluiu explicitamente as compras governamentais das obrigações de tratamento nacional concedido aos bens dos países-membros do acordo.

Foi no âmbito do Tratado que instituiu a Comunidade Européia, originado do Tratado de Roma, de 1957, que se desenvolveu a primeira iniciativa para incluir as compras governamentais nas normas de comércio sob desgravação tarifária de um mercado comum. As normas acordadas assumiram a forma de *diretivas*, ou seja, ordenamentos que estabelecem regras comuns a serem seguidas pelos entes governamentais nas suas aquisições de bens e nas contratações de serviços, aceitando-se o livre acesso dos fornecedores dos países do bloco ao mercado de compras governamentais de cada país. A primeira diretiva entrou em vigor em 1971, estabelecendo a coordenação de procedimentos nas contratações de obras públicas nos países comunitários. Seguiram-se as diretivas com normas comuns para aquisições de bens (1977), aquisições e contratações das entidades que operam serviços de utilidades públicas (1990) e contratações de serviços (1992).

Em âmbito mundial, o primeiro esforço para incluir o tema **compras governamentais** nas normas de comércio de desgravação tarifária ocorreu nas negociações da Rodada Tóquio, resultando no primeiro acordo plurilateral desse tipo, assinado em 1979 e que entrou em vigor em 1981. Posteriormente,

como resultado das negociações desenvolvidas na Rodada Uruguai, entre 1986-94, o acordo foi renovado, e sua versão atual foi assinada em 15 de abril de 1994, mesma data de criação da Organização Mundial do Comércio – OMC, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1996. O Acordo de Compras Governamentais da OMC tem a adesão de 27 países, tendo expandido a cobertura, em relação ao acordo anterior, para incluir governos subcentrais (estados ou províncias e prefeituras), empresas públicas, serviços e construção civil.²

Nas Américas, o primeiro acordo de compras governamentais foi implementado com a criação do Acordo de Livre Comércio da América do Norte (com a sigla Nafta, em inglês), em 1992, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1994, abrangendo os Estados Unidos, o Canadá e o México.

1.3 Compras governamentais no Nafta, nos Estados Unidos e no Brasil

O Nafta constitui-se na maior área de livre comércio do mundo: reúne mais de 400 milhões de pessoas e produz mais de US\$ 11 trilhões em bens e serviços. A diminuição das barreiras comerciais entre Estados Unidos, Canadá e México expandiu o comércio total entre os três países de US\$ 300 bilhões, em 1993, para US\$ 676 bilhões, em 2000, o que representa crescimento acumulado de 128%. Para o México, a taxa de crescimento entre os dois períodos foi de 238%, o que contribuiu com mais da metade da taxa de crescimento do produto nacional do país no período 1994-2000. Esses números, contudo, não eliminam a importância da avaliação dos resultados efetivos quanto ao acesso ao mercado de compras governamentais entre os três países, especialmente se considerarmos que há diversos registros de dificuldades encontradas pelo México e pelo Canadá para romperem determinadas barreiras existentes nas licitações públicas nos Estados Unidos, mesmo sob o manto do acordo do Nafta.

Este estudo identificou diversas restrições existentes na legislação norte-americana à participação de produtos estrangeiros nas licitações do governo federal. Os objetivos de políticas públicas na legislação estadunidense representam um amplo leque de diretrizes, abrangendo aspectos econômicos, industriais, sociais, militares e de desenvolvimento local, entre outros. Os instrumentos para tanto se encontram nas determinações de que os órgãos e empresas públicas concedam preferência aos bens de produção doméstica, derivadas das disposições contidas nos programas *Buy American Act*, *Balance of Payments Program* e *Small Business Act*.

Nas negociações para um acordo de compras governamentais no âmbito da Alca, um dos aspectos a ser superado diz respeito à preferência às

2. Informações sobre o assunto encontram-se no site www.wto.org.

empresas de pequeno porte na legislação dos Estados Unidos. São conhecidas as dificuldades para a exclusão das preferências a essas empresas, uma vez que, mesmo sob acordo de comércio, que suspende as restrições aos produtos estrangeiros, as diretrizes de apoio às empresas de pequeno porte seriam mantidas na legislação de licitações, consubstanciando uma barreira aos produtos estrangeiros.

No caso brasileiro, a Lei nº 8.666/93 não prevê nenhum tratamento favorecido à produção de bens e serviços por microempresas e empresas de pequeno porte, consagrando o princípio da economicidade e buscando as condições mais vantajosas para a administração pública, independentemente de se tratar de bens ou serviços nacionais ou importados. Contudo, como o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte – a Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999 – prevê que “a política de compras governamentais dará prioridade à microempresa e à empresa de pequeno porte, individualmente ou de forma associada, com processo especial e simplificado nos termos da regulamentação desta Lei”, e ainda não foi regulamentado, o Brasil poderia incluir dispositivo no acordo de compras governamentais da Alca que resguardasse uma futura política específica para esse segmento de empresas.

2 ACORDO DE LIVRE COMÉRCIO DA AMÉRICA DO NORTE – NAFTA: COMPRAS GOVERNAMENTAIS

2.1 Cobertura, âmbito de aplicação e modalidades de licitação

O capítulo X do Nafta, Acordo de Livre Comércio da América do Norte, firmado por Estados Unidos, Canadá e México em 17 de dezembro de 1992, abrange as contratações de bens e serviços, inclusive construção, realizadas por meio de aquisições, *leasing* ou aluguel, com ou sem opção de compras, pelas entidades dos governos federais apontadas (Anexo 1001.1a-1 do Acordo); pelas empresas estatais listadas (Anexo 1001.1a-2); e ainda por entidades estaduais ou provinciais que venham a ser indicadas, resultado de futuras negociações (Anexo 1001.1 a-3).

Não estão compreendidas no Acordo as várias formas de assistência governamental, acordos de cooperação, transferências, empréstimos, aportes de capital, garantias, incentivos fiscais e fornecimentos de bens ou serviços para pessoas ou governos estaduais ou provinciais e regionais; as contratações de agências de apoio, de auditoria e controle que provêm assessoria a órgãos governamentais; as contratações de serviços financeiros necessários à liquidação e à gerência de instituições financeiras; e as contratações de serviços para as operações de compra e venda de títulos públicos.

Os procedimentos a serem adotados prevêm as modalidades clássicas de licitação – aberta, seletiva ou restrita, cujos valores estimados sejam iguais ou superiores aos limites mínimos acordados.³ Estão compreendidos todos os bens e serviços, com exceção das compras dos órgãos de defesa e de listas negativas de serviços no Anexo 1001.1b-2 – os serviços de construção cobertos encontram-se relacionados em lista positiva constante do Apêndice 1001.1b-3-A.

Atendidas as condições, fica conferido o tratamento nacional, não discriminatório aos bens, serviços e fornecedores dos demais Estados-partes, conforme o artigo 1003. Contudo, o tratamento nacional não se aplica a tarifas aduaneiras ou outros encargos incidentes sobre as importações, ao método de cobrança das tarifas ou encargos, nem a outras regulamentações, restrições ou exigências formais que recaem sobre as importações de bens ou serviços.

2.2 Valoração dos contratos

Para impedir que uma entidade escolha um método de valoração ou que fracione os contratos, elidindo os limites acordados a partir dos quais se aplicam as regras, são fixadas no artigo 1002 as regras para se determinar o valor estimado de cada contrato, a saber:

- a) considerar todas as formas de remuneração, inclusive prêmios de seguro, taxas, comissões e juros;
- b) no caso de uma aquisição específica, resultante da adjudicação de mais de um contrato ou de contratos adjudicados por partes, considerar como base de valoração:
 - i) o valor real dos contratos recorrentes similares, celebrados durante o exercício fiscal precedente ou nos 12 meses anteriores, ajustado em função de alterações previstas na quantidade e no valor para os 12 meses seguintes; ou
 - ii) o valor estimado dos contratos recorrentes efetivados durante o exercício fiscal ou nos 12 meses seguintes ao contrato inicial;
- c) nos casos de contratos de arrendamento ou aluguel, com ou sem opção de compra, ou no caso de contratos em que não se especifica um preço total, considerar como base de valoração:

3. Os limites acordados foram os seguintes: (i) para entidades do governo federal: US\$ 50 mil para contratos de bens, serviços ou qualquer combinação desses, e US\$ 6,5 milhões para contratos de serviços de construção; (ii) para empresas governamentais: US\$ 250 mil para contratos de bens, serviços ou qualquer combinação desses e US\$ 8,0 milhões para contratos de serviços de construção; (iii) para entidades dos governos estaduais e provinciais, o limite aplicável será objeto de entendimentos entre as partes.

- i) contratos por prazo fixo, de 12 meses ou menos: valor total do contrato durante seu período de vigência; ou, se o prazo for superior a 12 meses, o valor total incluído o valor residual estimado; ou
 - ii) contratos por prazo indeterminado: pagamento mensal estimado multiplicado por 48. Esse método deverá ser utilizado também nos casos em que a entidade não tiver certeza se o contrato será por prazo determinado ou indeterminado;
- d) quando as normas da licitação contiverem cláusulas de opção (*option clauses*), considerar o valor total da compra máxima permitida, incluindo todas as possíveis compras opcionais.

2.3 Especificações técnicas, regras de origem e compensações especiais

Cada país-membro deverá assegurar que suas entidades não elaborarão, não adotarão nem aplicarão qualquer especificação técnica com o objetivo de criar obstáculos ao comércio. Quando necessária, a especificação técnica deverá ser elaborada levando em conta critérios de funcionamento, baseada em normas internacionais, regulamentos técnicos nacionais, normas nacionais reconhecidas ou códigos de construção, sem exigência ou referência a marca ou nome comercial, patente, desenho, tipo, origem específica, produtor ou fornecedor – se a referência for indispensável para a especificação do bem ou serviço objeto da licitação, deverá apresentar a expressão “ou equivalente”. Além disso, fica vedada a aceitação ou solicitação de assessoramento de empresa ou indivíduo que possa ter interesse na licitação.

Os bens deverão atender às regras de origem acordadas aplicadas às “operações comerciais normais” (artigo 1004) – as regras de origem a serem aplicadas às “operações comerciais normais” estão previstas no capítulo IV do Nafta.

É vedada também a exigência ou consideração de condições compensatórias especiais, como conteúdo local, concessão de licenças para uso de tecnologia, investimentos, comércio compensatório (*counter trade*), ou ainda outros requisitos análogos (artigo 1006).

2.4 Procedimentos de licitação: qualificação de fornecedores

Conforme o artigo 1009, cada signatário deverá “assegurar que cada uma de suas entidades utilize um procedimento único de qualificação de fornecedores (...), podendo empregar procedimentos adicionais (...) se estiver preparada, a pedido de outra Parte, para explicar essa necessidade e procurar reduzir ao mínimo as diferenças entre os procedimentos (...) de suas entidades”. Ao reafirmar que uma entidade não deve utilizar o processo ou o tempo de qualificação para excluir participantes, resguarda a exclusão em decorrência de declaração falsa ou falência de concorrentes.

As condições para a habilitação dos participantes – qualificações técnicas, garantias e informações para se verificar a capacidade financeira, comercial e técnica – devem ser as indispensáveis para assegurar o cumprimento dos contratos, e tornadas públicas aos interessados com a devida antecedência. Ao se avaliar a capacidade financeira, comercial e técnica de um fornecedor, deverá ser considerada toda a sua atividade, “incluindo tanto a exercida no território da Parte do provedor, como em território da Parte da entidade licitante”. A existência de lista de qualificados tampouco deve se constituir em obstáculo à participação ampla dos interessados, sendo previstos procedimentos para a qualificação de novos fornecedores.

2.5 Avisos, editais e prazos para licitação e entrega das propostas

São estipulados procedimentos para a publicação, nos meios de comunicação indicados por cada signatário (Anexo 1010, 1), dos avisos e/ou convites para participação nas licitações. Além de destacar no aviso que a compra a que se refere está amparada pelo acordo, deve ser assegurado o acesso à informação, de forma equitativa, a todos os interessados – nos casos de alterações nos termos dos avisos ou editais já publicados, deverá ser dada a mesma divulgação que a concedida para a publicação original.

Em todas as licitações realizadas nas modalidades aberta ou seletiva, os avisos deverão conter as informações de praxe, a saber (artigo 1010, 1 e 2):

- a)* descrição da natureza e quantidade dos bens e serviços que serão adquiridos, incluindo qualquer opção de compra futura; modalidade de licitação e indicação de se há previsão de negociação;
- b)* datas e endereço para encaminhamento de todas as solicitações – para ser convidado para a licitação, para se qualificar na lista de fornecedores, para envio das propostas, endereço da entidade que adjudicará o contrato e responsável pela prestação das informações solicitadas; data limite para entrega/recebimento das propostas e o idioma ou idiomas em que serão apresentadas; data de início e conclusão ou entrega dos bens ou serviços licitados; e
- c)* requisitos econômicos e técnicos, garantias financeiras e documentos exigidos dos fornecedores.

Os editais de licitação fornecidos a todos os interessados, mediante solicitação, devem conter, além das apontadas nos avisos, as seguintes informações: nomes das pessoas autorizadas a assistir à abertura das propostas e a data, hora e lugar da abertura; critérios de adjudicação dos contratos, inclusive indicação de qualquer fator, além do preço, que deverá ser considerado na avaliação das propostas; elementos de custos, tais como transporte, seguro e inspeção, direi-

tos aduaneiros e demais taxas de importação, impostos e a moeda de pagamento; e termos do pagamento e qualquer outro requisito ou condição.

O artigo 1012 dispõe sobre os prazos para a licitação e para a entrega das propostas e dos bens e serviços objeto da licitação. Os prazos, consistentes com as necessidades das entidades, deverão ser suficientes para que os interessados possam preparar e apresentar as propostas, levando em conta a complexidade e o tempo necessário para enviá-las pelo correio, a partir do exterior e do território nacional. Em relação às datas de entrega dos bens ou serviços, as entidades deverão considerar a complexidade da compra, a subcontratação prevista e o tempo necessário para a produção, despacho e transporte dos bens.

Nas modalidades de licitação aberta,⁴ ou seletiva com lista permanente de fornecedores, o prazo para o recebimento das propostas não poderá ser inferior a 40 dias, contados a partir da data de publicação do aviso ou do convite a licitar. Em se tratando de licitação seletiva sem lista de fornecedores qualificados, o prazo para a apresentação de solicitação de convite pelos interessados não poderá ser inferior a 25 dias, a partir da data de publicação do aviso, ao qual se acrescentam 40 dias para a apresentação ou recebimento das propostas, contados a partir da emissão do convite para licitar. Estão previstas as hipóteses em que poderão ser utilizados prazos menores: no caso de urgência justificada, os prazos não serão inferiores a 10 dias, contados a partir da publicação do aviso.

2.6 Disciplinas de negociação, apresentação, recebimento e abertura das propostas e adjudicação de contratos

O artigo 1014 dispõe sobre as disciplinas de negociação, utilizadas “fundamentalmente para identificar os aspectos vantajosos e desvantajosos das propostas” (artigo 1014, 2). As entidades poderão conduzir negociações somente se tiverem indicado tal procedimento no aviso de licitação, e quando considerarem “(...) na avaliação das ofertas, (...) que nenhuma oferta é claramente mais vantajosa segundo os critérios concretos de avaliação anunciados nos avisos ou nas normas da licitação” (1014, 1b).

No artigo 1015, são estabelecidos os procedimentos para apresentação, recebimento, abertura das propostas e adjudicação dos contratos. As propostas deverão ser apresentadas por escrito. Quando prevista e permitida a apresentação por meio de telex, telegrama, telecópia ou outros meios de transmissão eletrônica, a proposta – a ser confirmada por carta ou cópia assinada do documento na forma utilizada – deverá incluir toda a informação necessária para a

4. Nos termos do artigo 1025, que trata de definições, nas licitações abertas todos os interessados podem apresentar propostas; na licitação seletiva podem apresentar propostas os interessados convidados pelas entidades; na restrita, utilizada nas circunstâncias e condições especiais especificadas, a entidade contata o fornecedor diretamente.

avaliação, em particular o preço definitivo proposto e uma declaração de concordância com todas as cláusulas e condições da licitação.

Com relação às adjudicações dos contratos, realizadas conforme critérios e requisitos apontados nos editais e avisos, determina-se que “para que uma oferta possa ser considerada (...), terá de cumprir, no momento da abertura, os requisitos essenciais estipulados no aviso ou no edital de licitação (...)” (artigo 1015, 4a). Nenhuma entidade poderá condicionar a adjudicação ao fato de o ofertante ter sido contratado anteriormente, ou ter que contar com experiência prévia no território da entidade contratante (1015, 5).

Salvo por motivo de interesse público, a adjudicação será feita ao proponente com menor preço ou a proposta mais vantajosa, de acordo com os critérios estabelecidos no aviso ou no edital de licitação, considerado plenamente capaz de executar o contrato (artigo 1015, 3). No caso de oferta com preço anormalmente inferior às demais, a entidade poderá assegurar-se de que o potencial fornecedor satisfaz as condições de participação e de que é ou será capaz de cumprir o contrato (art. 1015, 3).

A entidade deve publicar aviso, no prazo de 72 dias após a adjudicação, contendo informações sobre os contratos adjudicados (artigo 1015, 7). A entidade deverá fornecer informações, se solicitadas, sobre tais contratos, inclusive para os participantes cujas propostas tenham sido rejeitadas.

2.7 Licitação seletiva e licitação restrita

Conforme o artigo 1025, na licitação aberta é permitida a participação de todos os interessados, enquanto na seletiva só podem apresentar ofertas os fornecedores convidados pela entidade. O artigo 1011 define os procedimentos a serem observados na licitação seletiva. Em cada aquisição ou contratação, deverá ser convidado o maior número possível de fornecedores nacionais e de outros Estados-partes. Tal modalidade admite a utilização de lista de fornecedores qualificados, porém, quando isso ocorrer, devem ser concedidas condições e oportunidades iguais de participação para todos e a possibilidade de ingresso de novos interessados.

Permite-se à entidade limitar o número de novos fornecedores apenas em decorrência de eventuais perdas de eficiência nesse processo simplificado. Mediante solicitação, um não convidado ou que tenha proposta de participação rejeitada deverá receber prontamente informações sobre a decisão.

A manutenção de listas de fornecedores qualificados implica a obediência a certos procedimentos: divulgação anual de aviso que contenha as listas vigentes, incluindo os primeiros da lista; condições a que os fornecedores devem

atender e métodos segundo os quais as entidades verificarão o cumprimento de cada uma delas, para a inclusão de novos fornecedores; período de validade das listas e formalidades para sua renovação.

São especificadas as circunstâncias e condições para utilização da licitação **restrita**, em que “(...) uma entidade se comunica individualmente com os fornecedores (...)” (artigo 1025), a saber:

- a) ausência de propostas, após utilização das modalidades de licitação aberta ou seletiva; propostas que não se ajustam aos requisitos essenciais da licitação, ou ainda quando se constata conluio entre os ofertantes;
- b) não cumprimento das condições de participação pelos ofertantes, desde que os requisitos da licitação original não sejam substancialmente modificados;
- c) aquisições de obras de arte, ou bens ou serviços protegidos por patentes, direitos autorais e outros direitos exclusivos, ou ainda de informação reservada;
- d) quando, por razões técnicas, não houver concorrência, e os bens ou serviços são ofertados por um fornecedor determinado, sem alternativas ou substitutos razoáveis;
- e) urgência em virtude de acontecimentos não previstos e impossibilidade de obtenção de bens ou serviços em tempo hábil, se adotadas as modalidades de licitação aberta ou seletiva;
- f) entregas adicionais pelo fornecedor original para reposição, continuação ou ampliação de serviços, materiais ou instalações existentes, em que a mudança de fornecedor obriga a entidade a adquirir equipamentos ou serviços que não se ajustam ao requisito de ser permutável com o equipamento ou serviços já existentes, incluindo o software, na medida em que a compra inicial deste encontrar-se coberta pelo acordo;
- g) aquisição de protótipos ou um primeiro bem ou serviço desenvolvido a pedido da entidade licitante, no transcurso ou execução de um determinado contrato de pesquisa, experimentação, estudo ou desenvolvimento original;
- h) aquisição de produtos básicos;
- i) compras efetuadas em condições excepcionalmente favoráveis que só são oferecidas a curto prazo, tais como as ofertas extraordinárias realizadas por empresas que normalmente não são fornecedoras; ou oferta de ati-

vos de empresas em liquidação ou sob administração judicial – não inclui as compras ordinárias realizadas com fornecedores habituais;

- j) contratos que serão adjudicados ao ganhador do concurso de desenho arquitetônico, sob condições em que o concurso é organizado conforme os princípios do acordo, inclusive em relação à publicação do convite aos fornecedores qualificados a participar; ou organizado com o propósito de adjudicar o contrato de desenho ao vencedor; e submetido a júri independente; ou
- k) quando uma entidade utilizar-se de serviços de consultoria de natureza confidencial.

No caso previsto no item “g”, cumpridos os contratos, as compras efetuadas de bens ou serviços, posteriormente, deverão se ajustar aos procedimentos previstos para a realização de licitações nas modalidades aberta ou seletiva, cabendo destacar, ainda, que “o desenvolvimento original de um primeiro bem pode incluir sua produção em quantidade limitada com objetivo de se obterem os resultados das provas na prática e demonstrar que o produto é indicado para produção em série, satisfazendo padrões de qualidade, mas não inclui a produção em série para determinar a viabilidade comercial ou para recuperar os custos de pesquisa e desenvolvimento” (artigo 1016, 2e).

Utilizada tal modalidade, deverá ser elaborado relatório sobre cada contrato adjudicado, com informações sobre o nome da entidade, valor, tipo e país de origem dos bens e/ou serviços adquiridos e declaração sobre as circunstâncias e condições que a justificaram.

2.8 Procedimentos: impugnação

Todos os aspectos do processo licitatório poderão ser objeto de questionamento/impugnação, conforme o artigo 1017. O prazo para se iniciar a impugnação poderá ser limitado, mas não inferior a dez dias úteis, contados a partir do momento em que a fundamentação da reclamação passa a ser conhecida (ou deveria ser do conhecimento) do interessado.

Deverá ser estabelecida ou designada uma autoridade revisora, e deverão ser definidos os procedimentos a serem adotados, estando prevista, inclusive, a postergação da adjudicação do contrato, até que seja solucionada a pendência.

As entidades devem manter a documentação completa relativa a todas as suas compras, até mesmo um registro por escrito de todas as comunicações que afetam substancialmente cada compra, **“durante um período de pelo menos três anos a partir da data em que o contrato foi adjudicado”** (artigo 1017, 1p – grifo nosso).

2.9 Informações dos signatários, retificações, modificações, exceções e denegação de benefícios

Com relação às compras abrangidas pelo Acordo, deverão ser apresentados anualmente informes que contenham (artigo 1019, 7):

- a) estatísticas sobre o valor estimado de todos os contratos adjudicados, tanto abaixo como acima do valor dos patamares aplicáveis, discriminadas por entidades;
- b) estatísticas sobre o número e valor total dos contratos de valor superior aos limites aplicados, discriminadas por entidades, por categorias de bens ou serviços e por países de origem dos bens e serviços adquiridos;
- c) estatísticas sobre o número e o valor total dos contratos adjudicados sob a modalidade de licitação restrita, discriminadas por entidades, por categoria de bens e serviços e por país de origem dos bens e serviços adquiridos;
- d) estatísticas sobre o número e valor total dos contratos adjudicados conforme as exceções indicadas por cada signatário – exceções apontadas nos anexos 1001.2a e 1001.2b, discriminadas por entidades.

Nos artigos 1022 e 1023, estão previstos, respectivamente, as possibilidades e os procedimentos para os casos de retificações e alteração da cobertura, como também a retirada de entidade(s) da lista constante do anexo 1001.1a-2, em decorrência de privatização de empresas estatais federais. Apenas em circunstâncias excepcionais um país signatário poderá alterar a cobertura e a abrangência das compras governamentais. Quando, e se, tal fato ocorrer, não apenas deverão ser observados os procedimentos previstos, como, sobretudo, deverão “propor às Partes compensações apropriadas (...), com o objetivo de manter um nível de cobertura comparável ao existente antes da modificação” (artigo 1022, 2c). A despeito do previsto anteriormente, o signatário estará dispensado da compensação por reorganização do setor público ou descentralização de ações (artigo 1022, 4).

O artigo 1023 dispõe sobre a eliminação de empresas estatais federais das listas nacionais de cada signatário. Apesar de determinar expressamente que “nada do disposto neste capítulo será interpretado no sentido de impedir uma Parte de retirar uma entidade (...)” (da lista de entidades sujeitas aos termos acordados – artigo 1023, 1), nada dispõe sobre a dispensa ou obrigatoriedade de compensação decorrente de tal ação. A prevalecer o disposto no artigo 1022, não haveria impedimento de se eliminar da lista de cobertura uma empresa estatal que viesse a ser privatizada a partir da vigência do acordo, mas haveria compensação para tal.

O artigo 1018, 1 dispõe sobre as exceções clássicas em matéria de compras governamentais, a saber:

- 1 Nenhuma disposição deste capítulo será interpretada no sentido de impedir uma Parte de adotar qualquer medida ou abster-se de revelar informações que considere necessárias para proteger seus interesses essenciais em matéria de segurança no que se refere à compra de armas, munições ou material de guerra, ou compra indispensável para a segurança nacional ou para fins de defesa nacional.
- 2 Desde que essas medidas não sejam aplicadas de maneira arbitrária ou constituam injustificável discriminação entre as Partes (...) ou que impliquem uma restrição disfarçada ao comércio (...), nenhuma disposição deste capítulo será interpretada como impedimento de estabelecer ou manter medidas:
 - a) necessárias para proteger a moral pública, a ordem ou a segurança, a saúde e a vida humana, animal ou vegetal;
 - b) necessárias para proteger a propriedade intelectual; ou relacionadas com bens ou serviços produzidos por deficientes físicos, instituições filantrópicas ou resultado de trabalho penitenciário.

Finalmente, o artigo 1005 dispõe sobre a denegação ou recusa dos benefícios previstos em matéria de contratação de serviços. Trata-se de cláusula que busca assegurar o cumprimento de “regra de origem” para serviços. Atendidos os procedimentos previstos – notificação prévia e realização de consultas –, “uma Parte poderá negar os benefícios derivados deste capítulo a um prestador de serviços de outra Parte, quando a Parte determinar que o serviço é prestado por uma empresa de propriedade ou sob controle de indivíduos de um país que não é Estado signatário e que não realiza atividades de negócios substanciais em território de qualquer das Partes”.

Além disso, “a parte poderá denegar os benefícios deste capítulo a uma empresa de outra Parte, se a mesma for de propriedade ou estiver sob o controle de nacionais de qualquer país que não seja Parte”, e:

- a) as circunstâncias estabelecidas no artigo 1113(1)(a) (denegação de benefícios) são cumpridas; ou
- b) a Parte que negar os benefícios adota ou mantém, com respeito ao país que não é Parte, medidas que proíbam transações com a empresa, “que seriam violadas ou elididas se os benefícios deste capítulo fossem concedidos a essa empresa” (artigo 1005, 2).

Nos termos do artigo 1113, 1, poderão ser denegados os benefícios relativos aos investimentos – investidores, empresas e seus investimentos – para empresas de propriedade ou controladas por investidores de países com os quais o país signatário não mantém relações diplomáticas.

2.10 Cooperação técnica e programas de participação para pequenas empresas

Os artigos 1020 e 1021 dispõem, respectivamente, sobre a cooperação técnica e participação das pequenas empresas.

Está prevista a troca de informações e a de participação em programas de capacitação e orientação para agentes do setor público e privado para melhorar a compreensão dos sistemas de compras e ampliar as oportunidades para os interessados (artigo 1020).

Contudo, a despeito da abrangência aparente, o artigo 1021 – Programas de Participação Conjunta para a Micro e Pequena Empresa – limita-se a prever a formação do Comitê da Pequena Empresa, que deve se reunir pelo menos uma vez por ano, para “facilitar” atividades como a identificação de oportunidades para treinamento das micro e pequenas empresas em procedimentos sobre compras e de micro e pequenas empresas interessadas em associar-se comercialmente às congêneres no território dos demais signatários. Está previsto, também, o desenvolvimento de bancos de dados sobre as micro e pequenas empresas.

2.11 Previsão de negociações futuras

O artigo 1024 dispõe sobre o início de negociações destinadas a ampliar a liberalização do mercado regional de compras governamentais: “no mais tardar em 31 de dezembro de 1998” (artigo 1024, 1), cerca de cinco anos a partir da vigência e seis anos a partir da assinatura. No mais tardar um ano após a data de entrada em vigor do acordo, isto é, no máximo até 1^a de janeiro de 1995, deveriam ser celebradas negociações sobre o uso de meios eletrônicos nas licitações (artigo 1024, 5).

Estabeleceu-se que, nas negociações, seriam revisados todos os aspectos sobre as práticas de compras do setor público para efeitos de: avaliar o funcionamento dos sistemas de compras do governo; buscar ampliar a cobertura do Acordo, inclusive com a incorporação de outras empresas governamentais e as compras sujeitas a exceções legislativas ou administrativas; e revisar o valor dos patamares (artigo 1024, 2).

Anteriormente à revisão, os signatários deveriam realizar consultas com seus governos estaduais ou provinciais, com vistas a obter sua adesão, em base voluntária e recíproca, para incorporação de compras realizadas pelas suas entidades e empresas estatais.

Finalmente, considerando que à época da assinatura do Nafta estavam se processando as negociações do Gatt – Rodada Uruguai, que culminaram com os acordos firmados no âmbito da OMC, previu-se que os signatários deveriam “iniciar imediatamente consultas com seus governos estaduais e provinciais,

com o objetivo de obter, em bases voluntárias e recíprocas, compromissos para a inclusão das compras de suas entidades e empresas (no escopo do acordado sobre compras governamentais), e ampliar as obrigações e a cobertura (...) para um nível pelo menos equivalente ao do Código”, isto é, nova versão do Acordo sobre Compras Governamentais do Gatt.⁵

2.12 Considerações finais

Atendo-se ao marco normativo sobre compras governamentais do Nafta, é importante acrescentar ou reiterar algumas considerações. Em primeiro lugar, ao se reconhecerem as condições mais desfavoráveis na adaptação de suas instituições à abertura do mercado de compras governamentais, foram previstas regras transitórias para o México, a saber: *(i)* possibilidade de incorporação gradual das aquisições de bens e serviços pelas estatais Pemex e Comisión Federal de Eletricidade (CFE), além das contratações de serviços de construção civil pelas demais entidades e empresas públicas; nesses casos, a totalidade das aquisições de bens e serviços e os serviços de construção estarão sujeitos às regras acordadas somente a partir de 1^a de janeiro de 2003, o que corresponde a um período de transição de nove anos; *(ii)* reconhecimento da necessidade de concessão de período de cinco anos para ajustes significativos nas normas internas e nos sistemas de contratação pública, podendo incluir, desde que apropriados, ajustes às obrigações; *(iii)* exceção, até 1^a de janeiro de 2002, isto é, prazo de oito anos a partir da vigência, para as compras de produtos farmacêuticos não patenteados no México ou cujas patentes mexicanas tenham expirado.

Além disso, foi prevista a alteração, pelo México, da lista de cobertura de serviços – até 1^a de julho de 1995, isto é, decorrido um ano e meio da vigência. Segundo informações obtidas junto a representante do governo mexicano, o assunto vem sendo tratado por um Grupo de Trabalho tripartite, porém a lista continua sendo provisória.

Em segundo lugar: ampliação da cobertura do acordo e limites de valor a partir dos quais se aplicam as regras acordadas. Os limites estão sendo revisados a cada dois anos,⁶ mas não houve avanço na ampliação da cobertura, a despeito de início de negociações em 1998, conforme previsto no acordo.

5. O Acordo sobre Compras Governamentais da OMC entrou em vigência em 1^a de janeiro de 1996.

6. Os limites atuais são os seguintes: US\$ 56.190,00 para bens e serviços e US\$ 7.304.733,00 para serviços de construção, aplicáveis às entidades dos governos centrais; US\$ 280.950,00 para bens e serviços e US\$ 8.990.862,00 para serviços de construção, aplicáveis às empresas governamentais.

É importante constatar que, no relatório apresentado pelo Grupo de Trabalho do Nafta sobre Compras Governamentais, referente ao período 1994 a 1996, foram registradas preocupações do Canadá e do México quanto ao prosseguimento das negociações. O Canadá expressou que a inclusão das entidades subcentrais deveria antes considerar as exceções existentes na legislação dos Estados Unidos, como os programas de preferência para pequenas empresas, as exigências do *Buy American Act* e as “preferências locais”.

Quanto ao México, considerou que um “ambiente mais liberal nas preferências para pequenas empresas ajudaria o processo de negociações com os seus Estados”.⁷ Informações atualizadas, provenientes de representante do governo mexicano, dão conta que a pretendida ampliação de cobertura não ocorreu em decorrência tanto de pressões do setor privado, resistente à concessão de maior acesso a empresas estadunidenses e canadenses, como também de dispositivo constitucional que impede o governo central de dispor sobre as licitações promovidas pelas unidades subfederadas.

3 ESTADOS UNIDOS: COMPRAS GOVERNAMENTAIS NO CONTEXTO DE ACORDOS INTERNACIONAIS

Esta seção analisa a política estadunidense de compras governamentais, por meio da descrição e avaliação das normas e procedimentos gerais adotados na legislação que rege as licitações de órgãos e empresas públicas dos Estados Unidos.

Além das normas de aplicação geral, são analisados as políticas de compras e os regulamentos adotados em programas especiais da administração federal dos Estados Unidos, que se caracterizam pela adoção de mecanismos de proteção aos bens de fabricação interna. Esses mecanismos são o *Small Business Program*, voltado às pequenas empresas, o *Buy American Act*, que restringe as aquisições de produtos estrangeiros para uso interno nos Estados Unidos, e o *Balance of Payments Program*, que regulamenta as aquisições dos Estados Unidos para utilização no exterior.

No contexto das negociações de Acordo sobre Compras Governamentais da Alca, torna-se fundamental analisar o alcance daquelas normas, com atenção especial às exceções de cobertura que venham a compor o acordo. Busca-se verificar em que grau as normas vigentes de aquisições e contratações de bens e serviços dos Estados Unidos podem dificultar o alcance dos objetivos de expansão das oportunidades de comércio entre os países signatários.

Inicia-se a análise, na subseção 3.1, com uma descrição do sistema de coordenação das normas e procedimentos aplicados nas compras governamentais

7. Ver o relatório *1994-1996 Report on the NAFTA Government Procurement Working Group*, disponível em: www.sice.oas.org.

dos Estados Unidos, apresentando-se a conceituação de *government procurement*, a cobertura em termos dos órgãos submetidos às diretrizes de aquisições, os organismos responsáveis pela administração das normas, além dos princípios que orientam as agências federais e os funcionários responsáveis pelas aquisições.

As subseções 3.2 e 3.3 apresentam as linhas gerais das restrições impostas pelos programas *Buy American Act* e *Balance of Payments Program* às aquisições de bens estrangeiros.

A subseção 3.4 descreve a política de preferência às pequenas empresas nas compras do governo, com base nas determinações expressas em diversos dispositivos legais – sendo o principal o *Small Business Act* – que determinam aos órgãos públicos prioridade a essas empresas nos processos licitatórios.

A subseção 3.5 analisa as normas gerais aplicadas nas aquisições de bens e serviços, compreendendo a divulgação das intenções de compra, os prazos concedidos para a apresentação das propostas, as modalidades de licitação, as exceções à competição ampla e aberta, e outras preferências a bens de produção interna além das previstas nos programas citados.

Finalmente, na subseção 3.6, são apresentados o resumo e as conclusões que se podem inferir da legislação levantada e de outras fontes consultadas.

Para a descrição e análise das políticas, das normas e dos procedimentos, foi utilizada como fonte básica de informações a regulamentação contida na FAR – *Federal Acquisition Regulation* –, normativo que consolida as políticas e os procedimentos administrativos aplicados nas compras e contratações dos órgãos civis e militares e empresas públicas. As referências à FAR são dispostas entre parênteses, com a indicação da seção onde a informação se originou, o que serve como indicador para aqueles que quiserem se aprofundar nos detalhes da regulamentação. Também é citada a legislação encontrada no *United States Code*, que consolida as leis aprovadas no Congresso dos Estados Unidos, fonte de muitas das disposições contidas na FAR. Não foram consideradas neste estudo as normas e políticas específicas de compras adotadas por determinados órgãos, como, por exemplo, a Nasa e o Departamento de Defesa, não obstante se aplicarem a esses órgãos as normas gerais aqui apresentadas.

3.1 A política de compras governamentais dos Estados Unidos: cobertura, diretrizes e princípios

No escopo da legislação estadunidense sobre compras governamentais, o termo *procurement* compreende “todas as etapas do processo de aquisição de bens ou serviços, começando com a determinação da necessidade da aquisição de um bem ou da contratação de serviços e terminando com a adjudicação do contrato

ao vencedor da licitação e sua liquidação”. As regras e os procedimentos licitatórios aplicam-se às “aquisições realizadas para o benefício direto e uso de entidades governamentais” e abrangem as aquisições de bens e a contratação de serviços, construção e obras públicas, como também as operações de aluguel, *leasing*, com ou sem opção de compra, e qualquer combinação de bens e serviços.⁸

O sistema de compras governamentais dos Estados Unidos é coordenado pelo *Office of Federal Procurement Policy* (OFPP),⁹ abrangendo somente as aquisições realizadas pelos órgãos federais. Nas esferas estaduais e municipais, as compras governamentais são reguladas por legislação própria, porém são aplicadas leis federais quando financiadas por recursos do orçamento federal.¹⁰

As normas e os procedimentos de licitações públicas são dirigidos às *executive agencies*, designação que compreende os seguintes órgãos: (i) *Executive Departments*, que abrangem os Departamentos de Estado, do Tesouro, da Defesa, da Justiça, do Interior, da Agricultura, do Comércio, do Trabalho, da Saúde, da Habitação e Desenvolvimento Urbano, dos Transportes, de Energia, da Educação e de Veteranos; (ii) os Departamentos Militares (Marinha, Força Aérea e Exército); (iii) as empresas públicas, definidas como aquelas de propriedade integral do governo;¹¹ e (iv) outros órgãos do Poder Executivo não pertencentes à estrutura dos *Executive Departments*.¹²

Acrescente-se que, além das aquisições diretas, os órgãos devem satisfazer, em alguns casos, às exigências para as aquisições de bens ou serviços procedentes de fontes governamentais centrais de suprimento, ou obtidos por intermédio dessas fontes. Um exemplo é a obtenção de bens ou serviços de fontes de fornecimento no atacado, como é o caso da *General Services Administration* (GSA) ou da *Defense Logistic Agency* (DLA).¹³

As diretrizes governamentais para as compras e contratações de bens, serviços, construções e obras públicas dos Estados Unidos encontram-se consolidadas na FAR – *Federal Acquisition Regulation* –,¹⁴ que regulamenta as políticas, as práticas e os procedimentos utilizados nas aquisições do governo federal, com-

8. Ver *Communication from the United States* (1996). Esse documento trata de normas e procedimentos em geral e não somente dos pertinentes a serviços.

9. Localizado no *Office of Management and Budget*, o *Office of Federal Procurement Policy* é o órgão com a atribuição de estabelecer a orientação geral das políticas de compras do governo federal. O Escritório é dirigido pelo administrador da política de compras federal, indicado pelo presidente dos Estados Unidos e aprovado pelo Senado (as atribuições dessa agência encontram-se definidas no título 41, seção 405, do *U. S. Code*, disponível em: www.findlaw.com).

10. Ver *Communication from the United States* (1996).

11. Ver *United States Code*, título 31, seção 9.101 – disponível em: www.findlaw.com.

12. Ver *United States Code*, título 5, seção 104(1) – disponível em: www.findlaw.com.

13. Ver *Communication from the United States* (1996).

14. O governo dos Estados Unidos mantém um site na Internet denominado AcqNet (anteriormente *Acquisition Reform Network*), www.arinet.gov, que divulga a FAR e outras informações e regulamentos sobre compras governamentais norte-americanas.

preendendo todas as suas agências. Ademais, há o **Sistema FAR**, que consiste das normas gerais da própria FAR, que é o documento básico, e dos regulamentos dos órgãos federais que implementam ou complementam a FAR.¹⁵

A FAR tem como objetivo coordenar e dar uniformidade ao processo de compras federais. Contudo, é permitido aos órgãos definir normas internas, desde que sejam preservados os princípios gerais previstos na lei e que não afetem os procedimentos dos demais órgãos da administração (FAR, seção 1.101). Assim, nos termos da legislação, os órgãos podem emitir regulamentos próprios e **implementar “políticas adicionais, procedimentos, prescrições sobre editais ou cláusulas de contratação que suplementem a FAR, para atender a necessidades específicas da agência”** (FAR, seção 1.302).

É elaborada e divulgada conjuntamente por três autoridades: o secretário da Defesa, o administrador de Serviços Gerais e o administrador da Nasa – *National Aeronautics and Space Administration*. A Administração de Serviços Gerais mantém uma secretaria específica, que se encarrega de administrar e divulgar os documentos relativos à FAR. As modificações pontuais na legislação são publicadas no *Federal Register*, e a publicação completa, no *Code of Federal Regulations* (CFR), no título 48, capítulo I.¹⁶

São estabelecidos os seguintes princípios na FAR, a serem observados nas compras realizadas pelos órgãos governamentais: tornar disponível em tempo hábil o produto ou serviço **com o melhor preço para o adquirente**, mantendo a confiança do público e **atingindo os objetivos das políticas públicas**. Os participantes do processo devem trabalhar como uma equipe e deter plena capacidade de decidir em suas áreas de responsabilidade.

Aos membros da equipe de compras do governo é **atribuída autoridade para exercer a melhor estratégia** requerida em situações específicas, podendo

15. Foi promulgada em 1984, com fundamento na legislação que criou o *Office of Federal Procurement Policy*, estabelecendo uma regulamentação uniforme para as compras federais. Além dela, há outras quatro legislações principais regulando as contratações e aquisições federais nos Estados Unidos: *Armed Services Procurement Act* (ASPA), de 1947, codificado no título 10 do *U.S. Code*, seções 2.302 a 2.314; *Federal Property and Administrative Services Act* (FPASA), de 1949, codificado no título 40 do *U.S. Code*, seções 471 a 514, e no título 41 do *USC*, seções 251 a 260; *Competition in Contracting Act* (CICA), codificado em seções espalhadas nos títulos 10, 31, 40 e 41 do *U.S. Code*; *Office of Federal Procurement Policy Act* (OFPP), codificado nas seções 401 e seguintes do título 41 do *U.S. Code*. A ASPA regula a aquisição de bens, construção e serviços pelos órgãos de defesa. A FPASA regula essas aquisições pelos órgãos civis. A CICA é aplicável às aquisições militares e civis. Ver Vacketa e Handler (1992), disponível em: www.findlaw.com. Para OFPP, ver nota 9.

16. Sujeitas às três autoridades citadas, as revisões na FAR são elaboradas e publicadas por meio da ação coordenada de dois Conselhos: *Defense Acquisition Regulations Council* (DAR Council) e *Civilian Agency Acquisition Council* (CAA Council). Os membros representam seus respectivos órgãos em tempo integral. O presidente do *CAA Council* é o representante do administrador de Serviços Gerais, sendo os demais membros representantes dos Departamentos da Agricultura, do Comércio, de Energia, da Saúde, do Interior, do Trabalho, dos Transportes e do Tesouro, da Agência de Proteção Ambiental, Seguridade Social, Departamento dos Veteranos e *Small Business Administration* – SBA. O diretor do *DAR Council* é o representante do secretário da Defesa, autoridade encarregada de orientar as operações do conselho. Seus membros são os representantes dos ministérios militares, da *Defence Logistics Agency* e da Nasa. Cada conselho deve: (i) entrar em acordo sobre as revisões com o outro conselho; (ii) submeter à secretaria da FAR as publicações a serem feitas no *Federal Register*, com solicitações de comentários do público sobre revisões propostas na FAR; (iii) submeter toda revisão final à secretaria da FAR para publicação no *Federal Register*, impressão e distribuição.

adotar, no melhor interesse do governo, procedimentos e estratégias não previstas em regulamento.

3.2 Preferência para a produção doméstica

Conforme foi assinalado, a legislação americana **privilegia a compra de bens e serviços de produção doméstica**, com base em três programas: *Buy American Act*, *Balance of Payment Program* e *Small Business Act*.

O *Buy American Act* foi aprovado em 1933 com o objetivo principal de proteger a produção interna e promover a geração de empregos, em uma situação de altas taxas de desocupação provocadas pela depressão econômica que atingiu o país no começo da década de 1930.¹⁷

Aquele dispositivo legal estabelece restrições à compra pelo governo de bens finais não produzidos nos Estados Unidos, incluindo os não-manufaturados, como os agrícolas e os de extração mineral. No caso de bens manufaturados, a origem dos componentes utilizados na fabricação ocupa papel importante na determinação da origem do produto final. Para que um produto seja beneficiado pela política de preferência nas compras governamentais, deverá atender a duas exigências: *i*) o bem precisa ser produzido nos Estados Unidos; e *ii*) o bem deve atender ao requisito de **conteúdo nacional**, em que o custo dos componentes nacionais deve representar mais de 50% do custo de todos os componentes utilizados. Se atender a esses requisitos, o produto é considerado **produto final doméstico** (*domestic end product*). Os componentes de origem estrangeira que não são produzidos internamente em quantidades e qualidades satisfatórias são tratados como componentes domésticos (FAR 25.001; 25.003).

A preferência nas compras governamentais aos produtos nacionais estende-se também às aquisições de bens e materiais de construção para utilização fora dos Estados Unidos – compras destinadas a embaixadas, consulados, etc. Nesse caso, devem ser observadas as disposições contidas no *Balance of Payments Program*. Nos termos desse programa, atendido o requisito de origem, o mesmo constante do *Buy American Act*, deverá ser conferida margem de preferência de 50% ao produto estadunidense em relação ao estrangeiro (**ou percentual maior, se for determinado pelo dirigente do órgão licitante**). Isso significa que, em uma licitação, o contrato deverá ser adjudicado a um fornecedor de um determinado bem de produção nacional, ainda que seu preço seja superior em até 50% ao do produto estrangeiro ou ao do produto que, fabricado nos Estados Unidos, não atende ao requisito de conteúdo nacional requerido (FAR 25.303-f).

17. O *Buy American Act* foi emendado em 1988.

A legislação prevê exceções às restrições contidas no *Balance of Payments Program*. Um produto final ou um material de construção estrangeiro pode ser adquirido para uso fora dos Estados Unidos, sem considerar as restrições gerais constantes do *Balance of Payments Program*, nas seguintes situações:

- a) valor estimado da licitação não superior a US\$ 100 mil;
- b) o produto licitado consta da lista de “não disponibilidade”¹⁸ dos Estados Unidos da América;
- c) o chefe do órgão contratante determina que a obra somente pode ser realizada com material estrangeiro, até mesmo por razões geográficas ou características próprias (areia, pedra, concreto, etc.);
- d) nas aquisições de materiais perecíveis;
- e) nas licitações sujeitas às regras de tratado ou acordo entre governos;
- f) quando o preço do material proveniente dos Estados Unidos (incluindo gastos de manuseio e transporte) exceder em mais de 50% o preço do material local; ou
- g) se o chefe do órgão que está realizando as aquisições determinar que não é de interesse público aplicar as restrições do *Balance of Payments Program* ou que é impraticável aplicá-las a determinados materiais (FAR 25.303).

3.3 *Buy American Act*: diretrizes nas aquisições de bens estrangeiros

Conforme apontado na subseção anterior, é assegurada nas compras governamentais a preferência para a aquisição de bens e de materiais de construção de produção doméstica, nos termos do *Buy American Act*. Para que a preferência seja exercida, os bens devem ser produzidos em território americano, ou, sendo produto manufaturado, deve atender ao requisito de **conteúdo nacional**, com participação dos componentes de produção doméstica superior a 50% do custo total dos componentes.¹⁹ Essa exigência, que

18. Para implementar essa norma, a FAR publica lista com cerca de cem produtos declarados não disponíveis (sem produção ou com oferta insuficiente no mercado interno), incluindo produtos químicos, minerais, carne, bauxita, banana, castanha do Brasil, castanha de caju, cacau, café em grão, fibras têxteis, couros, açúcar em bruto, petróleo, chips de microprocessadores, livros e revistas não editados nos Estados Unidos, etc. Adicionalmente, o dirigente do órgão licitante pode concluir que um artigo, material ou suprimento não é extraído, produzido ou manufaturado nos EUA em quantidade ou qualidade satisfatórias. De outro lado, se tomar conhecimento de que qualquer produto constante da lista de não disponibilidade passou a ser produzido domesticamente, deve especificar nas futuras licitações a disponibilidade interna do bem (FAR, seção 25.104).

19. Representa o conceito de *domestic end product*, em contraste com a definição de *US-made end product*, que vem a ser a regra de origem utilizada nas aquisições de produtos estadunidenses amparados por acordos comerciais, definindo o bem extraído, produzido ou manufaturado nos Estados Unidos ou, se utilizar componentes importados, substancialmente transformado em um novo e diferente artigo comercial, com nome, natureza ou uso distinto do artigo ou artigos do qual foi transformado.

se aplica também nas preferências (*set aside*) para as compras de bens produzidos por pequenas empresas,²⁰ implica tratar **como se estrangeiro fosse** o bem produzido nos Estados Unidos que não atende à norma de conteúdo nacional.

É importante destacar que, no contexto de acordos internacionais, e observados a cobertura e os limites aos quais se aplicam as regras dos acordos, são derogadas as restrições previstas no *Buy American Act* para a aquisição de bens e materiais de construção estrangeiros, aos quais passa-se a aplicar a norma de tratamento nacional.

3.3.1 Aquisições de bens não amparados por acordos comerciais

Em situações excepcionais, como as descritas a seguir, podem ser adquiridos produtos finais estrangeiros sem se observar as restrições do *Buy American Act*:

- a) quando a preferência por produto doméstico for considerada inconsistente com o interesse público;
- b) quando não houver disponibilidade interna do produto; ou
- c) quando o preço do produto nacional não for razoável.

Se ocorrer oferta de produto nacional a preço superior ao de produto importado, poderá ser determinada a “não razoabilidade” do preço. O preço de um produto nacional será considerado **não razoável** quando superar a oferta estrangeira de menor preço, depois de aplicada a margem de preferência de 6% sobre o preço do produto importado (incluída a tarifa alfandegária), se a oferta nacional for proveniente de grande empresa, e de 12%, se proveniente de pequena empresa. **Essas margens de preferência podem ser elevadas caso o dirigente do órgão licitante decidir, por determinação escrita, que “o uso de fatores mais elevados é mais apropriado”.** Acrescente-se que **o fator de proteção é de pelo menos 50% nas aquisições realizadas pelo Departamento da Defesa.**²¹ No caso de empate nos preços, será dada preferência ao fornecedor de bens de produção nacional (FAR 25.103; 25.105).

3.3.2 Aquisições de bens amparados por acordos comerciais

A seção 25.400 da FAR especifica as normas e os procedimentos que devem ser aplicados nas aquisições amparadas por Acordos Comerciais firmados pelos Estados Unidos.

20. Conforme estabelece o *Buy American Act*, um produto manufaturado ofertado por uma pequena empresa que não atender à definição de produto final doméstico (*domestic end product*) deve ser considerado produto estrangeiro (FAR, seções 25.101; 25.502).

21. Ver *Trade Policy Review*, parágrafo 290 (1999).

São os seguintes os acordos e países sujeitos a esses procedimentos:

- a) Acordo de Compras Governamentais da OMC;
- b) países de menor desenvolvimento da Ásia e da África e de outras regiões, para os quais o *Trade Agreements Act* prevê a suspensão das restrições do *Buy American Act*, segundo faculdade concedida ao presidente do Estados Unidos; esses países são listados na FAR junto com os países signatários do acordo da OMC sob o termo geral de “países designados”;
- c) grupo de 22 países da Bacia do Caribe – *Caribbean Basin Trade Initiative*;
- d) países signatários do Nafta;
- e) Acordo de Livre Comércio Estados Unidos–Israel, de 1985; e
- f) Acordo de Comércio sobre Aeronaves Civis da OMC.

Nas aquisições governamentais de bens e de materiais de construção estrangeiros cobertos por acordos comerciais, não se aplicam as restrições do *Buy American Act* – BAA e do *Balance of Payments Program* – BPP (FAR 25.403). A derrogação desses dois instrumentos abrange também, como listado anteriormente, os bens originários de países **designados** em ato presidencial, com base no *Trade Agreements Act* – TAA, lei que concede ao presidente do Estados Unidos a autoridade para suspender as restrições nas aquisições governamentais de produtos provenientes de países de menor desenvolvimento e, ainda, de países não signatários do acordo da OMC que concederem reciprocidade de tratamento, nas suas compras governamentais, aos produtos e fornecedores estadunidenses. O TAA também delega poderes ao presidente para manter as restrições do BAA e BPP mesmo para países signatários do Acordo de Compras da OMC que não cumprem as normas do acordo.²²

A faculdade concedida ao presidente da República para derrogação das restrições previstas no *Buy American Act* não se aplica, contudo, às aquisições de pequenas empresas, conforme determina o *Trade Agreements Act*.²³ As compras reservadas para pequenas empresas constituem, assim, exceção geral nos acordos comerciais dos Estados Unidos – exceção ao tratamento nacional previsto nos acordos comerciais sobre compras governamentais.

22. Ver *United States Code*, título 19, capítulo 13, seção 2.511 em: findlaw.com; e *Communication from the United States* (1996, p.7).

23. Conforme a seção 2.511 do TAA: “*The authority of the president under subsection (a) of this section to waive any law, regulation, procedure or practice regarding government procurement does not authorize the waiver of any small business or minority preference*” (a subseção “a” da seção 2.511 autoriza o presidente a levantar restrições nas compras governamentais para bens e fornecedores estrangeiros de países com acordos e compromissos internacionais com os Estados Unidos).

Aplica-se, portanto, o tratamento nacional aos bens originários dos países signatários de acordos ou beneficiados com tratamento preferencial pelo TAA.²⁴ As ofertas desses países, ressalvadas as exceções, passam a se enquadrar na categoria de “produto elegível”. Os bens devem atender às regras de origem, que determinam a substancial transformação do produto, também aplicadas aos produtos americanos.²⁵

O tratamento nacional abrange ainda as empresas instaladas nos países signatários de acordos internacionais, vedada a discriminação baseada em propriedade de capital, assim como em especificações técnicas que tenham o objetivo de impedir a entrada de produtos dessas fontes.

São previstos os seguintes procedimentos para a avaliação de ofertas estrangeiras amparadas por acordos comerciais:

- a) verificar o atendimento às regras de origem previstas nos acordos, tanto para produtos fabricados nos Estados Unidos quanto para os fabricados nos países beneficiados;
- b) classificar as ofertas por preço; e
- c) em caso de empate entre uma oferta estrangeira e oferta de produto estadunidense, definido como aquele que atende à regra de origem, será vencedora a proposta americana.

Quando houver empate entre uma proposta estrangeira e uma de pequena empresa estadunidense, mesmo que não atenda ao requisito previsto no *Buy American Act (domestic end product - 25.502-d)*, será vencedora a oferta de pequena empresa. Para desempate entre ofertas de pequenas empresas, serão seguidos os critérios previstos na seção FAR 14.408-6(a), que dão prioridade para ofertas dessas empresas que operam em área geográfica com excedente de mão-de-obra.

3.3.3 Bens e serviços excluídos dos acordos

A FAR também consolida as exceções aos acordos firmados pelos Estados Unidos, ou seja, listas de bens e serviços excluídos das regras de tratamento nacional

24. O tratamento nacional aplica-se às entidades listadas em cada acordo, observados os seguintes limites: (i) Para o Acordo de Compras Governamentais da OMC, países de menor desenvolvimento e países da Bacia do Caribe, as compras governamentais são permitidas para bens e serviços dessas procedências a partir do limite mínimo de US\$ 177.000; no caso de materiais de construções, o valor mínimo é US\$ 6.806.000 (sujeitos a revisões a cada dois anos pelo *US Trade Representative*) – FAR 25.403; e (ii) Nafta: para as entidades públicas cobertas pelo acordo, os limites são de US\$ 54.372 para bens, serviços ou qualquer combinação desses, e US\$ 7.068.419 para contratos de serviços de construção; para as empresas governamentais, US\$ 250.000 para bens, serviços ou qualquer combinação desses, e US\$ 8,0 milhões para contratos de serviços de construção. Atente-se que, na relação bilateral Canadá e Estados Unidos, para qualquer entidade federal constante do Nafta, o limite acordado é de US\$ 25.000, aplicável para contratos de bens e serviços, conforme fixado no acordo *US-Canada Free Trade Agreement*.

25. Conceituado como *US - made end product* (ver nota 19). Assim, nas compras sob acordos comerciais, não se adota o conceito de *domestic end product*, utilizado nas aquisições sujeitas às restrições do *Buy American Act*.

concedido aos bens estrangeiros. Importa destacar que a **primeira exceção apontada é a relativa às aquisições de bens amparados pelos programas de apoio às pequenas empresas**. As demais são as seguintes:

- aquisições de armas e munições e artigos indispensáveis à segurança nacional, inclusive os serviços contratados em apoio às forças militares no exterior;
- aquisições de produtos finais para revenda;
- aquisições de bens produzidos nas prisões federais e por organizações sem fins lucrativos que empregam pessoas cegas ou severamente incapacitadas;
- aquisições de fornecedor único;
- aquisições por interesse público, quando o dirigente do órgão licitante dispuser de autoridade para decidir se a realização da licitação por meio de concorrência aberta não é de interesse público;
- aquisições relacionadas aos seguintes serviços excluídos: processamento automático de dados (ADP), serviços de telecomunicações e transmissões; pesquisa e desenvolvimento; serviços de transporte (não incluindo serviços de agentes de viagens), e ainda outros bens que estejam explicitamente excluídos dos acordos comerciais; e
- outros serviços não cobertos pelos acordos comerciais: dragagem; contratos de gerência e de operação de certas instalações governamentais ou privadas utilizados com propósitos governamentais (por exemplo: centros de desenvolvimento e de pesquisa financiados com fundos federais) – FAR 25.401.

Os órgãos e as empresas públicas licitantes podem ainda rejeitar uma oferta de produto estrangeiro com o objetivo de proteger determinadas atividades internas. São previstas as seguintes situações que permitem a adoção desse procedimento, denominado *exclusion of sources*, cujos normativos se encontram na seção FAR 6.202: (i) quando for do interesse da defesa nacional dispor de instalação, produtor, indústria ou outro fornecedor disponível para fornecer materiais ou serviços em casos de emergência nacional ou mobilização industrial; (ii) quando for do interesse da defesa nacional manter capacidade nacional de pesquisa, desenvolvimento ou engenharia por instituição educacional ou sem fins lucrativos, ou centro de pesquisa financiado por fundos federais; (iii) para assegurar a continuidade de um fornecedor confiável de bens ou serviços; (iv) para satisfazer necessidades projetadas baseadas em demandas historicamente altas; e (v) para satisfazer necessidades críticas de suprimentos médicos, de segurança ou emergenciais.

Em todos os casos referidos, deverão ser apontadas todas as informações e dados que justificaram a dispensa dos procedimentos de licitação ampla.

As exceções previstas no Nafta foram objeto de análise da seção 2 deste estudo.

3.4 Preferência nas compras governamentais para pequenas empresas

A legislação americana assegura preferência nas compras governamentais para bens e serviços produzidos por pequenas empresas. A política e os procedimentos estão consolidados na seção 19.000 da FAR e têm como base as determinações expressas em diversos dispositivos legais, como o *Small Business Act*, o *Armed Services Procurement Act* – ASPA (que regula as aquisições das agências de defesa), o *Federal Property and Administrative Services Act* – FPASA (que regula as aquisições das agências civis), e outros atos legais.

Considerando que a preferência para as pequenas empresas não é derrogada por acordos internacionais firmados pelos Estados Unidos, permanece uma forte restrição ao acesso ao mercado americano no contexto das negociações para a assinatura de um acordo sobre compras governamentais no âmbito da Alca. Nesse sentido, estão sendo apontados nesta subseção os principais pontos da legislação relativa às políticas e aos procedimentos aplicados nas aquisições direcionadas às pequenas empresas.

3.4.1 Definição de pequena empresa

Nos termos da legislação, pequena empresa, incluindo suas associadas, é a empresa não dominante no mercado do bem objeto de licitação e definida segundo critérios de faturamento e de número de empregados, em função do ramo de atividade em que atua. A empresa é considerada não dominante em seu campo de operações quando não exerce controle ou influência no mercado, em dimensões nacionais, conforme indicadores como: volume de vendas, número de empregados, recursos financeiros, propriedade ou controle de materiais, processo, patentes, instalações, território de vendas e natureza das atividades que desenvolve.

As definições **setoriais** de pequena empresa industrial utilizam como critério o número de empregados, variando de 500 a 1.000, conforme o ramo industrial, com predominância do limite inferior.²⁶ No caso de peque-

26. Há definição específica para microempresa (*very small business concern*), que adota, junto com critérios de número de empregados e receita anual, especificação em termos de localização geográfica, a saber: (i) a empresa deve ter até 15 empregados e receita média anual não excedente a US\$ 1 milhão; e (ii) suas instalações operacionais devem estar localizadas em área geográfica servida por um escritório regional da *Small Business Administration* (*designated SBA district*). Para essas empresas, foi desenvolvido, em 1994, programa especial denominado *Very Small Business Pilot Program*, previsto para terminar em 30 de setembro de 2003. Ele tem prioridade sobre os programas de preferência para pequenas empresas. Visa melhorar o acesso das microempresas ao mercado de compras do governo, por meio da reserva de uma parcela das aquisições, incluindo construções, compreendidas entre US\$ 2,5 mil e US\$ 50 mil. O programa foi aplicado em dez áreas geográficas selecionadas, compostas por dez aglomerações de cidades de médio e grande portes (*designated SBA district*), especificadas na seção 19.902 da FAR.

na empresa do comércio, no atacado ou varejo, é utilizado como critério até 500 empregados.²⁷

Nas licitações, o tamanho da empresa é especificado no aviso de licitação, de forma que o interessado verifique se pode ser classificado como pequena empresa (FAR 19.102). Se diferentes produtos ou serviços são licitados, o aviso identificará o tamanho da pequena empresa para cada produto ou serviço.

3.4.2 Diretrizes de política

A política de preferência se aplica, objetivamente, com a determinação de que as aquisições de bens ou serviços de valor entre US\$ 2,5 mil e US\$ 100 mil (*simplified acquisition threshold*) devem ser “automaticamente reservadas” exclusivamente para empresas de pequeno porte (*small business set aside* – FAR 19.501). Essa determinação será aplicada sempre que for constatada a expectativa de se obterem ofertas de pelo menos duas empresas de pequeno porte, competitivas em termos de preços de mercado, qualidade e capacidade de entrega. Essa é a chamada “regra de dois” para a adoção de preferências às pequenas empresas.

É de se destacar que, ainda que se tenha em conta essa regra, um contrato poderá ser adjudicado a um único ofertante, se o mesmo apresentar condições de atendimento do pedido “de forma responsável”. Não se concretizando essas condições, a licitação será aberta a empresas de qualquer porte.

Qualquer aquisição de valor acima de US\$ 100 mil poderá ainda ser reservada para pequenas empresas, desde que haja “expectativa razoável” de que serão obtidas ofertas de pelo menos duas pequenas empresas produtoras ou de empresas que comercializam bens produzidos por pequenas empresas a preços justos de mercado (FAR 19.502-2 (b)).²⁸

Em se tratando de aquisições de maior vulto, com incapacidade de fornecimento integral por pequenas empresas, poderá ser destinada **parcela** das aquisições para participação exclusiva de pequenas empresas (FAR 19.502-3).

A prioridade nas aquisições de pequenas empresas é, ainda, orientada mediante determinação de que os órgãos proporcionem “máximas oportunidades de participação” a **empresas de propriedade de determinados grupos**

27. O SBA utiliza, especificamente, como critério de tamanho para pequena empresa do comércio por atacado, o número de cem empregados. Verifica-se, portanto, que, para efeito de compras governamentais, o conceito abrange empresas com número de empregados cinco vezes maior. Informações disponíveis em: www.sba.gov.

28. Embora a avaliação da *performance* passada seja importante, outros fatores devem ser considerados para avaliar se há “expectativa razoável” de oferta nas condições acima. Como exemplo dado na FAR, nas licitações para a contratação de serviços de pesquisa e desenvolvimento “reservadas” para pequenas empresas, a “expectativa razoável” é de que as empresas possam oferecer as melhores alternativas científicas e tecnológicas, consistentes com a melhor combinação de custo, desempenho e condições de fornecimento.

sociais, considerados em posição de desvantagem econômica ou social nos Estados Unidos. A esses grupos sociais, conforme as categorias seguintes, são direcionados programas de apoio específicos de compras governamentais:

- a) empresas de pequeno porte de propriedade de veteranos de guerra;
- b) empresas de pequeno porte de propriedade de veteranos de guerra incapacitados;
- c) empresas de pequeno porte localizadas em regiões classificadas como *HUBZone – Historically Underutilized Business Zone* (compreende determinadas áreas geográficas, de baixo desenvolvimento, além de municípios selecionados não metropolitanos e terras situadas nas fronteiras de reservas indígenas);²⁹
- d) empresas de pequeno porte de propriedade de grupos considerados em desvantagem econômica ou social, como: negros, hispânicos, nativos americanos e tribos indígenas, americanos de origem asiática do Pacífico, e de organizações nativas havaianas, sem excluir outros grupos em situação de desvantagem;³⁰ e
- e) empresas de pequeno porte de propriedade de mulheres.

Ainda como aspecto importante da política de preferência, o *Small Business Act* requer que todas as agências autorizadas a realizar licitações mantenham um setor específico de apoio a pequenas empresas e a empresas em situação de desvantagem, denominado *Office of Small and Disadvantaged Business Utilization*, dirigido por funcionário especializado, com o cargo de diretor, com funções, entre outras, de facilitar a participação dessas empresas nas licitações, trabalhando em estreita colaboração com a *Small Business Administration* (SBA). Além disso, os departamentos civis e militares e as empresas públicas devem avaliar a participação das pequenas empresas em seus programas, medindo de forma acurada como cada categoria de pequena empresa toma parte nas aquisições governamentais, com relação ao valor total dos contratos adjudicados durante cada ano fiscal, e encaminhar as informações para a SBA (FAR 19.201d).

Nas aquisições de valor acima de US\$ 100 mil, a determinação de se separar uma aquisição (*set aside*) exclusivamente para pequenas empresas classificadas como *HUBZone small business* (localizadas em áreas de menor desenvolvimento nos Estados Unidos) adquire prioridade em relação à preferência

29. O *HUBZone Program* foi criado para proporcionar, nas contratações federais, assistência para pequenas empresas localizadas em áreas economicamente deprimidas, incentivando o crescimento do emprego e do investimento nessas áreas (FAR 19.1301).

30. Para ser elegível ao recebimento de um contrato com base na situação de empresa em desvantagem, a firma precisa estar certificada como *small disadvantaged business* pela SBA.

para pequenas empresas em geral, independentemente do local de cumprimento do contrato (FAR 19.1303). A agência licitante pode, ademais, adjudicar contratos, **com oferta única**, a empresa localizada nas *HUBZone* **para contrato de valor até US\$ 5 milhões, no caso de bens industriais, e de até US\$ 3 milhões para outros tipos de aquisições** (FAR 19.1306).

Para as **empresas de pequeno porte pertencentes a grupos em desvantagem**, são estabelecidos mecanismos especiais de preferência nas compras, cabendo destacar:

- a) a participação dessas empresas nos contratos das empresas vencedoras, nas licitações negociadas (analisadas no item 3.5.3 deste trabalho), de valor superior a US\$ 500 mil, sob as formas de subcontratação, parcerias ou *joint ventures*, conforme exigências de atendimento de metas em percentual ou em dólar, estabelecidas nos avisos de licitação (FAR 19.1202); e
- b) os incentivos financeiros para a subcontratação, com a concessão de subsídios ao fornecedor principal, correspondentes a até 10% do valor que superar a meta de subcontratação, estipulada em cada contrato (FAR 52.219-26).

3.4.3 Subcontratação de pequenas empresas

Todo fornecedor de bens e serviços para o governo com contratos de valor superior a US\$ 100 mil deverá conceder “a oportunidade máxima possível” para que pequenas empresas participem do fornecimento. No caso de contratos superiores a US\$ 500 mil (ou US\$ 1 milhão, para construção), e desde que haja possibilidades de subcontratações, o *Small Business Act* determina que o fornecedor deve apresentar um “plano de subcontratação” de pequenas empresas. A não apresentação desqualifica-o para assinar o contrato com o governo.

Antes da publicação do aviso de licitação, o plano de subcontratação deve ser submetido à SBA e, após a adjudicação do contrato, cópias dos documentos são remetidos àquela agência, que poderá proceder à avaliação do cumprimento do contrato (FAR 19.707). Se comprovada a impossibilidade de subcontratação, prevê-se a aprovação da dispensa da exigência por funcionário de nível hierárquico superior ao do funcionário responsável pela licitação. O plano de subcontratação não é exigido de pequenas empresas e nas aquisições realizadas fora dos Estados Unidos.

Para estimular as subcontratações, está prevista a concessão de incentivos (*monetary incentives*), tais como os pagamentos baseados no cumprimento da subcontratação acima das metas estabelecidas (*Incentive Subcontracting Program* – FAR 19.708,c,1 e 52.219-10).

O não cumprimento do plano de subcontratação implica o pagamento de “multa” equivalente ao valor da subcontratação não cumprida (FAR 19.705-7).

3.5 Procedimentos em licitações públicas nos Estados Unidos

Esta subseção sintetiza os principais procedimentos adotados na legislação dos Estados Unidos relativos a compras realizadas por órgãos e empresas governamentais, apresentando a descrição das modalidades de licitações previstas, as normas para a sua divulgação e dos contratos adjudicados, os prazos para a apresentação de propostas pelas empresas, os requisitos de habilitação e os procedimentos para impugnação de licitações.

São utilizadas três categorias de procedimentos ou modalidades (FAR 6,102):

- a) licitação aberta, em que qualquer interessado pode apresentar proposta, correspondendo à modalidade descrita nesta subseção como *sealed bidding*;
- b) licitação restrita ou seletiva, com número limitado de ofertantes convidados a apresentar propostas, descrita na FAR como “aquisições negociadas competitivas” (FAR 15.000); e
- c) aquisição de fornecedor único, denominada de “aquisição negociada não competitiva” (FAR 15.000).

Existem, ademais, procedimentos próprios para a “licitação simplificada”, aplicável aos contratos de valor até US\$ 100 mil, conforme analisado no item 3.5.6.

3.5.1 Licitação ampla com proposta fechada (*Sealed Bidding*)

Identificada uma necessidade por um órgão federal, e decidida a sua aquisição, serão solicitadas ofertas sob a modalidade de “proposta fechada” se estiverem presentes as seguintes situações:

- a) tempo suficiente para permitir a divulgação do edital, entrega das propostas e a sua avaliação;
- b) adjudicação do contrato com base no preço e outros fatores relacionados a preços;³¹

31. Os fatores relacionados a preços podem ser considerados na avaliação das ofertas e serão incluídos nos avisos de licitação, consistindo em custos previsíveis ou atrasos para o governo resultantes de fatores como: necessidade de inspeção dos bens, que podem estar localizados em maior ou menor distância, transporte para o local onde eles serão utilizados e impostos locais, estaduais ou federais. Devem ser considerados, ainda, entre os fatores, a origem dos bens e, se forem estrangeiros, a aplicação do *Buy American Act* (quando serão aplicadas margens de preferência de 6% ou 12%, ou outra maior se assim determinar a legislação do órgão) ou qualquer outra proibição de compras estrangeiras (FAR 14.201-8).

- c) não necessidade de se empreenderem negociações com os ofertantes a respeito de suas propostas; e
- d) existência de uma razoável expectativa do recebimento de mais de uma proposta.

Se não for apropriada a realização da licitação por meio dessa modalidade, podem ser utilizadas as categorias de propostas negociadas competitivas (FAR 6.401), descritas no item 3.5.3.

As normas também requerem uma “averiguação de responsabilidade”, antes da adjudicação do contrato para a melhor proposta (FAR 14.408-2). O responsável pela licitação deve verificar se o futuro contratado: (i) demonstra capacidade financeira para cumprir o contrato e o cronograma de entrega proposto ou requerido; (ii) apresenta desempenho satisfatório no cumprimento de fornecimentos anteriores, integridade e ética nos negócios; (iii) demonstra indispensável organização, experiência, controles contábeis e operacionais, capacidades técnica e produtiva, e demais recursos necessários; (iv) está qualificado e elegível para contratação pelo governo, atendendo à legislação em vigor, conforme a seção 9.100 da FAR, que prescreve políticas, normas e procedimentos para a averiguação de responsabilidade de fornecedores. Ao especificar a aplicabilidade das normas sobre a averiguação de responsabilidade, a FAR determina sua aplicação também a fornecedores de outros países, exceto se forem inconsistentes com as leis e costumes dos países dos fornecedores potenciais (FAR 19.102).

Se a proposta vencedora for de empresa de pequeno porte, existe legislação específica que prevê a expedição, pela *Small Business Administration*, de um “certificado de competência”, atestando a capacidade de cumprimento do contrato de fornecimento.³²

A critério do responsável pela licitação, e desde que conste do aviso e do edital, poderão ser realizadas licitações em duas etapas (*two-step sealed bidding*). A primeira consiste da apresentação, avaliação e discussão de uma proposta técnica, não envolvendo a questão de preço. Na etapa seguinte, aqueles que submeteram propostas tecnicamente aceitáveis apresentam propostas fechadas de preços (FAR 14.500). Esse procedimento, descrito na FAR como uma combinação de procedimentos negociados competitivos, é útil nas aquisições que requerem propostas técnicas, particularmente quando se trata de itens complexos.

32. Quando o órgão licitante considerar que a pequena empresa vencedora de uma licitação não possui condições para cumprir os termos de um contrato, poderá solicitar à SBA a emissão de certificado de competência (*Certificate of Competency—COC*). Se a SBA concluir que a empresa tem condições de cumprir o contrato, emitirá um certificado atestando a sua responsabilidade, incluindo capacidade, competência, crédito, integridade e perseverança para efetivar os termos do contrato específico. O programa COC pode ser aplicado em todas as aquisições governamentais, inclusive as realizadas no exterior, para pequenas empresas estadunidenses (FAR 19.601).

3.5.2 Exclusão de fontes de ofertas: estabelecendo ou mantendo fornecedores alternativos

Na mesma seção que trata dos procedimentos adotados para se obter “competição ampla e aberta” (seção 6.000 da FAR), são previstas algumas situações em que é permitida aos órgãos a exclusão de determinados fornecedores das licitações, quando, por questões de segurança, defesa e emergência e em outras situações, for de interesse assegurar a continuidade de fornecedor doméstico. Além desses casos, pode ainda ser excluído fornecedor quando a exclusão resultar em “aumento ou manutenção da concorrência, com provável redução dos custos na aquisição”.

São as seguintes as situações em que fornecedores podem ser excluídos de licitações:

- a) quando a exclusão resultar em aumento ou manutenção da concorrência, com provável redução dos custos na aquisição;
- b) interesse da defesa nacional em ter instalação (ou um produtor, um industrial ou outro fornecedor) disponível para o fornecimento de bens ou serviços em situação de emergência nacional ou “mobilização industrial”;
- c) interesse da defesa nacional em estabelecer ou manter uma capacidade essencial de engenharia, pesquisa ou desenvolvimento, a ser fornecido por instituição educacional, por instituição sem fins lucrativos ou centro de pesquisa e desenvolvimento mantido com recursos federais;
- d) com o objetivo de assegurar a disponibilidade contínua de fonte confiável de bens ou serviços ou satisfazer necessidades projetadas, com base em dados históricos de alta demanda; ou
- e) para satisfazer necessidade crítica de suprimentos médicos, de seguranças e emergenciais.

As ações para a contratação com exclusão de fornecedores devem ser fundamentadas por decisão (*determination and findings*) assinada pelo dirigente do órgão licitante, com base em relatório preparado pelo pessoal técnico. Quando a exclusão de fornecedor tiver como objetivo a redução geral de custos na aquisição, o relatório deve indicar o valor estimado da redução e como as estimativas foram obtidas (FAR 6.202).

3.5.3 Contratação por meio de negociações

A licitação com a utilização de procedimentos que não sejam por meio de propostas fechadas é chamada de “contratação negociada”. A contratação negociada possibilita ao órgão conduzir discussões, avaliar as propostas e adjudicar.

car o contrato pela utilização de outros fatores além do preço, tais como experiência gerencial, tecnologia adotada e desempenho do proponente no atendimento de contratos anteriores.

Uma aquisição negociada pode assumir as seguintes formas:

- a) aquisições de fonte única, caso em que o convite para propostas (*Request for Proposals*-RFP) deve ser simplificado, para excluir informações e exigências desnecessárias; e
- b) aquisições com negociações competitivas, com número limitado de convidados a apresentar propostas, em que os procedimentos são preparados para minimizar as complexidades do aviso de licitação, da avaliação e da decisão final.

3.5.4 Negociações competitivas: troca de informações com interessados antes do recebimento das propostas

A legislação prevê processo de trocas de informações com as partes interessadas, antes do recebimento das propostas, a partir da identificação das necessidades do órgão. Considera-se que a troca de informações antecipadas entre os ofertantes e o órgão que fará a licitação ajuda a dirimir eventuais dúvidas sobre a estratégia de aquisição a ser adotada, os termos do contrato e a programação das aquisições.

O processo apresenta alguns pontos positivos, conforme a FAR: (i) melhora o entendimento a respeito das necessidades do órgão licitante e da capacidade da indústria em atendê-las; (ii) amplia a possibilidade do órgão em obter serviços e produtos de melhor qualidade; e (iii) aumenta a eficiência na preparação das ofertas, na avaliação das propostas e na adjudicação do contrato.

3.5.5 Negociações competitivas: avaliação das propostas

A avaliação consiste na verificação da possibilidade e capacidade do ofertante em cumprir com sucesso o contrato, com base nos fatores, nos requisitos e nas exigências constantes do aviso de licitação. Devem ser registrados os pontos fortes das propostas, as deficiências, os pontos negativos e os riscos envolvidos em cada uma. Especificamente, são os seguintes os critérios a serem avaliados:

- a) preço ou custo para o governo;
- b) qualidade do produto, incluindo fatores não relacionados a custo, como a *performance* passada do ofertante (avaliação realizada nas licitações de valor acima de US\$ 100 mil), atendimento das exigências do aviso de licitação, excelência técnica, capacidade administrativa e a qualificação do pessoal da empresa (FAR 15.304/5); e

c) avaliação técnica, isto é, análise da capacidade de cada ofertante para cumprir os requisitos técnicos relativos aos bens ou serviços licitados.

Nas avaliações que envolvem a subcontratação de pequenas empresas, os avisos de licitação devem ser estruturados para levar em consideração: (i) o cumprimento pelo ofertante de subcontratações de pequenas empresas em licitações passadas; e (ii) a participação de pequenas empresas nos planos de subcontratação dos ofertantes na licitação em andamento.

A legislação destaca que a autoridade encarregada da licitação pode rejeitar todas as propostas recebidas, se for do melhor interesse para o governo.

3.5.6 Procedimentos simplificados

A legislação prevê a adoção de procedimentos simplificados de licitação nas aquisições de bens, serviços e construção de valor não superior a US\$ 100 mil, e nas compras de pequeno valor (*micro-purchase threshold*: até US\$ 2,5 mil), com o objetivo de reduzir custos administrativos, melhorar as oportunidades para que pequenas empresas obtenham uma “proporção justa” dos contratos governamentais, promover a eficiência e a economia na contratação e evitar gastos desnecessários para os órgãos do governo e fornecedores (FAR 13.000).³³

Além de diversos procedimentos previstos, deve ser dada utilização máxima possível do “cartão de compras governamental” (*government wide purchase card*) no pagamento de bens e serviços, emitido para o pessoal autorizado dos órgãos governamentais (FAR 13.301);

A despeito da possibilidade de adoção de qualquer modalidade de procedimentos para que se alcancem os objetivos da aquisição simplificada, a forma descrita na FAR refere-se à licitação com tomada de preços (*quotation*) junto a empresas constantes de lista do órgão licitante. Os órgãos devem manter listas de fornecedores, classificados de acordo com as seguintes categorias: pequenas empresas, pequenas empresas em desvantagem e pequenas empresas de propriedade de mulheres. Novas empresas podem ser adicionadas à lista por meio da rede eletrônica *Procurement Marketing and Access Network (PRO-Net)*, da *Small Business Administration (SBA)* (FAR 13.102).

3.5.7 Qualificação: produtos, fornecedores e fabricantes

A legislação determina que, em uma licitação aberta, qualquer interessado pode apresentar proposta, cabendo ao responsável pela licitação averiguar to-

33. Os procedimentos simplificados não são utilizados nas seguintes situações: (i) em aquisições de produtos fabricados em prisões federais, do *Committee for Purchase from People Who are Blind or Severely Disabled* e de contratos *Federal Supply Schedule*; e (ii) em contratos para quantidades indefinidas.

das as condições do pretendente sobre suas possibilidades financeiras, técnicas e administrativas no cumprimento do contrato. Em geral, não são exigidos requisitos de registro, residência ou de outro tipo para os potenciais fornecedores. Entretanto, desde que conste do edital e do aviso, e seja devidamente fundamentado, poderá ser exigido que o fornecedor esteja a certa distância do local do cumprimento ou execução do contrato.³⁴

Geralmente, o processo de qualificação é realizado antes e independentemente da licitação. Depois da qualificação, os produtos, fabricantes e ofertantes são incluídos em listas de ofertantes qualificados (QBLs), fabricantes qualificados (QMLs) e produtos qualificados (QPLs), separadas em áreas federal e militar (FAR 9.203).

3.5.8 Aquisições sem licitação

A legislação prevê que, em situações excepcionais, a contratação poderá ocorrer sem a utilização de procedimentos licitatórios (competição ampla e aberta). As situações guardam semelhança com aquelas previstas na legislação brasileira (por dispensa ou inexigibilidade de licitação), como a existência de somente um fornecedor, sem a possibilidade de que outros bens ou serviços supram as necessidades do órgão licitante; por motivo de urgência; para contratação de serviços de especialista ou pessoa neutra em questões de disputas judiciais (FAR 6.302-3), por questões de segurança nacional, em que a revelação das necessidades do governo comprometeria a segurança do país, entre diversas outras possibilidades.

Antes de iniciar negociações para a contratação de um único fornecedor, “sem a utilização de concorrência ampla e aberta”, o funcionário responsável pela licitação deve justificar por escrito a utilização desse método – a autorização para a aprovação é limitada às aquisições de valor até US\$ 500 mil. Para contratações que ultrapassam esse valor, devem ser obtidas aprovações de autoridades superiores (FAR 6.304).

3.6 Conclusões e recomendações

A análise da política norte-americana de compras governamentais indica que dois programas de proteção às atividades produtivas internas desempenham papel de extrema importância quando se avaliam as possibilidades de acesso ao mercado daquele país: o *Small Business Act* e o *Buy American Act*.

As políticas de apoio às pequenas empresas são amparadas nas diretrizes definidas no *Small Business Act*, aprovado pelo Congresso dos Estados Unidos

34. Ver *Communication from the United States* (1996).

em 1953. Esse estatuto definiu os princípios básicos para a atuação do Poder Executivo em apoio às pequenas empresas ao estabelecer como “política declarada do Congresso que o governo deve apoiar, assistir e proteger, na medida do possível, os interesses dos pequenos negócios”.

As diretrizes citadas deram origem a políticas abrangentes de apoio na área de compras governamentais, destacando-se a determinação de que todas as aquisições de bens e contratações de serviços e obras públicas de valor entre US\$ 2,5 mil e US\$ 100 mil sejam automaticamente destinadas às pequenas empresas, além da preferência a empresas de propriedade de pessoas e grupos sociais em desvantagem econômica e social. Para cumprir essas determinações, foram implantados rigorosos mecanismos de acompanhamento e avaliação, por meio da atuação da SBA junto aos órgãos e empresas públicas.

Quanto ao *Buy American Act*, suas normas estabelecem preferência nas compras governamentais para a produção doméstica. Para fazer jus ao tratamento preferencial, devem ser atendidas duas exigências: (i) o bem a ser adquirido deve ser produzido nos Estados Unidos; e (ii) sendo produto manufaturado, deve atender ao requisito de conteúdo nacional, ou seja, o custo dos componentes nacionais deve representar mais de 50% do custo de todos os componentes utilizados na fabricação. Esse é o critério que define o chamado *domestic end product*, ou produto final doméstico, distinto da regra de origem utilizada nas aquisições amparadas por acordos comerciais, adotada para produtos estrangeiros e nacionais.³⁵

Sob as diretrizes daquele instrumento legal, produtos estrangeiros de uso final, não originados de países signatários de acordos comerciais firmados com os Estados Unidos, somente podem ser adquiridos por órgãos e empresas públicas federais diante da insuficiência de oferta interna ou quando o preço do produto doméstico for considerado não razoável. Para avaliar se o preço do bem doméstico encontra-se acima de valor considerado razoável, são aplicadas margens de preferência de 6% ou 12%³⁶ para o produto doméstico. Nessas condições, o produto estrangeiro somente poderá ser adquirido se, depois de aplicado um dos percentuais referidos sobre o preço do produto estrangeiro de mais baixo valor, esse continuar com preço ainda inferior ao do produto doméstico.

35. Nas aquisições, os produtos originários dos países sob acordo comercial deverão atender às mesmas regras de origem aplicadas aos produtos estadunidenses, ou seja, no caso de produtos que contenham insumos importados de terceiros países, os bens devem apresentar “substancial transformação”, isto é, constituírem produtos novos e diferentes, com nomes, naturezas e/ou usos distintos dos insumos utilizados na fabricação.

36. O percentual de 6% é aplicado nas aquisições de produto de grande empresa e o de 12% de pequena empresa. Percentual de 50% ou superior pode ser aplicado, se assim determinarem as normas próprias de cada órgão, como no caso do Departamento de Defesa, que aplica o percentual mínimo de 50%. Ver *Trade Policy Review* (1999, par. 290).

Dessa forma, para que produtos estrangeiros tenham condições de concorrer nas licitações com produtos internos, devem apresentar excepcionais condições de competitividade, uma vez que, além da aplicação das margens de preferência, o produto estrangeiro chega àquele mercado encarecido por despesas como custos de transporte, seguros, comissões, etc.

A assinatura de acordo comercial com os Estados Unidos derroga as restrições do *Buy American Act*, permitindo que produtos estrangeiros participem de licitações governamentais em condições de igualdade com os produtos americanos.³⁷ A derrogação das restrições e preferências não alcança, contudo, as compras governamentais reservadas para pequenas empresas (FAR 25.401). As compras reservadas para pequenas empresas constituem, assim, exceção geral nos acordos comerciais e compromissos internacionais dos Estados Unidos – exceção ao tratamento nacional previsto nos acordos comerciais sobre compras governamentais.

Como exemplo, o Acordo de Livre Comércio Estados Unidos–Canadá prevê a aceitação de ofertas recíprocas nas licitações de valor a partir de US\$ 25 mil, porém, na prática, esse limite é inócuo nos casos de licitações estadunidenses até US\$ 100 mil, uma vez que são reservadas para as pequenas empresas daquele país (FAR 25.101; 25.504-1).

Os elementos apontados neste trabalho levam à reflexão sobre o efetivo acesso ao mercado dos Estados Unidos para os bens e serviços brasileiros em decorrência de um acordo sobre compras governamentais. Se a não assinatura de acordo impede o acesso às compras governamentais, em razão das preferências aos bens estadunidenses previstas no *Buy American Act*, com mercado virtualmente fechado para os produtos brasileiros e dos demais países, um eventual acordo deveria preservar um mínimo de equilíbrio, expandindo as possibilidades para bens e serviços produzidos no Brasil e demais países latino-americanos.

Devem ser observadas as seguintes situações previstas na legislação dos Estados Unidos que poderão representar barreiras ao acesso ao mercado de compras governamentais:

- autonomia concedida aos órgãos licitantes para a ampliação dos limites de compras reservadas para pequenas empresas, acima do limite de US\$ 100 mil; a permanência dessa autonomia introduz elemento de incerteza sobre as regras de participação de ofertas estrangeiras nas licitações, notadamente sobre o patamar a partir do qual bens estrangeiros podem participar das licitações;

37. Os produtos e materiais de construção estrangeiros amparados por acordos comerciais assinados com os Estados Unidos passam a receber o seguinte tratamento nas aquisições governamentais: (i) devem apresentar certificação de regra de origem; (ii) não há aplicação das margens de preferência (6% ou 12%, ou superior, se previsto em legislação do órgão) para os bens estadunidenses.

- exigência de subcontratação de empresas de pequeno porte, segundo as várias categorias de empresas, nas licitações de valor acima de US\$ 500 mil, incluindo a concessão de subsídios ao fornecedor principal que exceder as metas estipuladas de subcontratação;³⁸ não fica claro na legislação e nos demais documentos consultados se essa exigência se mantém, na eventualidade de proposta vencedora estrangeira, o que representaria, de fato, barreira à participação no mercado. Sugerimos que sejam esclarecidas nas negociações a forma de operação dessa exigência e a maneira como são tratadas as ofertas estrangeiras vencedoras de licitações acima de US\$ 500 mil;
- autonomia concedida aos órgãos para emitir regulamentos próprios e implementar “políticas adicionais, procedimentos, prescrições sobre editais ou cláusulas de contratação que suplementem a FAR, para atender a necessidades específicas da agência” (conforme seção 5.2); e
- definição a respeito das diversas situações que permitem aquisições de um único fornecedor, sem processos de licitação concorrenciais, como nos casos de: (i) contratos adjudicados a empresa localizada nas *HUBZone* para aquisições de valor até US\$ 5 milhões; (ii) aquisição de “itens comerciais” de valor até US\$ 5 milhões, em que podem ser adquiridos produtos de um só fornecedor; (iii) situações excepcionais, discurridas no item 3.5.8, em que a legislação prevê que a contratação poderá ocorrer sem a utilização de procedimentos licitatórios, e que guardam semelhança com aquelas previstas na legislação brasileira de dispensa ou inexigibilidade de licitação; e (iv) permissão aos órgãos para a exclusão de fornecedores de licitações, frente a determinadas situações de segurança ou de emergência, conforme descritas no item 3.5.2.

Mantida a reserva para pequenas empresas nas licitações de valor até US\$ 100 mil, como indicam os diversos acordos assinados pelos Estados Unidos, deve-se avaliar o montante que essa reserva representa com respeito a mercado não acessível aos produtos brasileiros após a eventual assinatura de acordo, incluindo os programas especiais dirigidos às diversas categorias de pequenas empresas.³⁹

Devem ser levantadas estimativas do efeito líquido resultante da importação de bens e serviços por entidades governamentais brasileiras e do acesso ao mercado estadunidense de compras governamentais, considerando diversos

38. Mecanismo conhecido como *Incentive Subcontracting Program* (FAR 19.708, c, 1), cuja cláusula contratual se encontra em FAR 52.219-10 e 52.219-26.

39. Essa demanda começou a ser atendida no estudo *Compras do Governo Federal dos Estados Unidos da América*, elaborado por Edson P. Guimarães e Rodrigo M Zeidan, Escritório da Cepal no Brasil, maio de 2003.

cenários de cobertura: listas variadas de bens e serviços, entidades do governo federal e demais níveis de governo ou apenas entidades do governo federal e empresas estatais, patamares a partir dos quais vigorariam as regras do acordo, e restrições atualmente existentes e praticadas pelos Estados Unidos, inclusive exceções já fixadas em outros acordos congêneres.

Entende-se que, além de estatísticas globais sobre compras governamentais norte-americanas e brasileiras, deveriam ser analisados os valores alocados para as exceções ou situações especiais, assim como aqueles destinados a cumprir os mandados previstos nos programas de apoio às empresas de pequeno porte dos Estados Unidos. A composição dos bens e serviços adquiridos ainda deveria ser analisada a fim de se verificar a capacidade de fornecimento destes pelos produtores brasileiros.

4 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS

4.1 Princípios e cobertura

A legislação brasileira que rege as compras governamentais tem como referência o art. 37 da Constituição: a Administração Pública, nas três esferas de governo, deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Dispõe o inciso XXI desse artigo que, obedecidos tais princípios e ressalvados os casos especificados em lei, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

As normas para licitações e contratos da Administração Pública brasileira, que abrangem as aquisições de bens e contratação de serviços, assim como alienações e locações, aplicáveis aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, a órgãos da administração direta, indireta, inclusive empresas públicas ou de economia mista, fundações e demais entidades controladas direta ou indiretamente, estão consolidadas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e alterações posteriores.⁴⁰

Ao revogar o instrumento legal até então vigente (Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986), a Lei nº 8.666/93, contendo 126 artigos, “foi elaborada num contexto histórico peculiar, marcado pela preocupação da opinião pública com denúncias de corrupção no Estado. Esta circunstância (...)concorreu para o detalhismo de procedimentos e o caráter exaustivo da lei (...)”, conforme destacado em palestra proferida no *Centro Latinoamericano de*

40. A Lei nº 8.666 foi alterada pelos seguintes instrumentos legais: Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994; Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995; Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998; Lei nº 9.854, de 27 de outubro de 1999; e Medida Provisória nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001, que criou a modalidade de licitação pregão.

Administración para el Desarrollo, em junho de 2000, por representante da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPO).

4.2 Limites e modalidades de licitação

Nos termos das Leis nº 8.666/93 e 10.520 (de 17 de julho de 2002), são modalidades de licitação, vedada a combinação ou a criação de outras, a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso, o leilão e o pregão.⁴¹

Prevê o art. 23 da Lei nº 8.666/93 que as modalidades serão determinadas em função dos valores apontados a seguir, levando em conta o valor estimado da contratação:^{42, 43}

- I. para obras e serviços de engenharia, aplica-se a modalidade de convite para valores estimados em até R\$ 150 mil; tomada de preços para valores estimados em até R\$ 1,5 milhão; e concorrência para valores estimados superiores a R\$ 1,5 milhão;
- II. para compras de outros bens e serviços, convite para valores estimados em até R\$ 80 mil; tomada de preços para valores estimados em até R\$ 650 mil; e concorrência para valores estimados superiores a R\$ 650 mil.

Quando se tratar de compra ou alienação de bens imóveis, deverá ser utilizada a modalidade de concorrência, independentemente do valor, sendo admitida a modalidade de leilão (art. 23, § 3º) – essa modalidade também deverá ser utilizada nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais. Nas licitações internacionais, poderá ser utilizada a tomada de preços, desde que o órgão ou entidade disponha de cadastro internacional de fornecedores, ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no país.

41. Concorrência é a modalidade em que podem participar todos os interessados que comprovam os requisitos exigidos. Na tomada de preços, participam os interessados devidamente cadastrados, ou que atenderem a todas as condições para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. Na modalidade convite, ocorre licitação entre os interessados do ramo pertinente, cadastrados ou não e convidados, em número mínimo de três. O concurso é a modalidade para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores. O leilão é a modalidade utilizada para a venda de móveis inservíveis, ou produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens móveis, a quem oferecer maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. Finalmente, a modalidade pregão, promovida exclusivamente no âmbito da União, se aplica à aquisição de bens e serviços comuns apontados em decreto, para qualquer valor estimado da contratação. A disputa é feita por propostas e lances em sessão pública.

42. O artigo 23, § 2º prevê a utilização da modalidade de licitação mais ampla, a concorrência, em todos os casos, bem como de tomada de preços, quando aplicável à modalidade de convite. Como já destacado, a modalidade pregão pode ser aplicada às compras de bens e serviços comuns constantes de lista anexa ao decreto de regulamentação, realizadas exclusivamente no âmbito da União, independentemente do valor estimado. Além disso, com a nova redação ao art. 120, dada pela mesma Lei nº 9.648/98, “os valores fixados por esta Lei poderão ser anualmente revistos pelo Poder Executivo (...) observando como limite superior a variação geral dos preços do mercado, no período”. No contexto de uma negociação internacional, particular importância deverá ser conferida a tais limites, a fim de se determinar a cobertura dos compromissos assumidos.

43. Para evitar a elisão dos limites acordados no acordo da OMC, determina-se que, no caso de fracionamento de contratos, os limites a considerar levarão em conta o valor total dos contratos – artigo II do Acordo sobre Contratação Pública da OMC.

O art. 23 determina, ainda, que “as obras, serviços e compras efetuadas serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viável, procedendo-se a licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade (*sic*) sem perda da economia de escala”. A cada etapa ou conjunto de etapas deve corresponder uma licitação distinta (art. 23, § 2º). Contudo, é vedada a utilização de tomada de preços ou convite para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta ou concomitantemente, sempre que o somatório dos valores caracterizar uma modalidade menos simplificada de licitação, ressalvando-se as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquele do executor da obra ou serviço.

4.3 Casos excepcionais: dispensa de licitação

No art. 24 são apontadas as exceções, admitida a dispensa da licitação.^{44, 45}

- I. para obras ou serviços de engenharia de valor até 10% do limite apontado, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente – 20% para empresas públicas ou sociedades de economia mista, autarquias e fundações qualificadas como agências executivas;
- II. para outros serviços e compras de valor até 10% do limite acima e para alienações, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez – 20% para empresas públicas ou sociedades de economia mista, autarquias e fundações qualificadas como agências executivas;
- III. nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem ou quando houver a possibilidade de comprometimento da segurança nacional; nos casos estabelecidos em decreto, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;
- IV. nos casos de emergência ou de calamidade pública, restringida aos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídos no prazo de 180 dias consecutivos e ininterruptos,

44. A legislação brasileira trata de forma distinta as exceções nos processos de licitação, considerando casos de dispensa de licitação e casos em que a licitação não é exigida. Para não se burocratizar o processo brasileiro de compras governamentais, os dois casos deveriam ser contemplados como exceções em eventual acordo regional.

45. Além das hipóteses previstas no art. 24 para dispensa de licitação, acrescente-se o caso de concessão de direito real de uso de bens imóveis, quando o uso se destinar a outro órgão da administração pública, ou quando, no caso de interesse público devidamente justificado, ocorrer doação com encargo.

contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

- V. quando não se apresentarem interessados à licitação anterior e esta não puder ser repetida sem prejuízo para a administração pública, mantidas as condições preestabelecidas;
- VI. quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar abastecimento; ou quando as propostas apresentarem preços superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados por órgãos oficiais competentes;⁴⁶
- VII. para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à da vigência da Lei nº 8.666/93, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;
- VIII. para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;
- IX. na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual; nesse caso, deve ser atendida a ordem de classificação da licitação anterior, e devem ser aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço devidamente corrigido;
- X. nas compras de hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;
- XI. na contratação de instituição brasileira de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, ou de recuperação social do preso, desde que a contratada, sem fins lucrativos, tenha inquestionável reputação; para a aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento à pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim;

46. Nesse caso, persistindo as propostas de preços consideradas inexequíveis, pode-se promover a adjudicação direta, com preços não superiores aos constantes dos registros de preços.

- XII. para a aquisição de bens ou serviço nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições forem manifestamente vantajosas para o poder público;⁴⁷
- XIII. para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos e para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração e de edições técnicas oficiais, bem como para a prestação de serviços de informática à pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;
- XIV. para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original dos equipamentos, quando a exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;
- XV. nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamentos, quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, desde que o valor não exceda a R\$ 80 mil; nas compras de materiais pelas Forças Armadas, com exceção de material de uso pessoal e administrativo, quando necessária a padronização pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres;
- XVI. na contratação de associação de portadores de deficiência, sem fins lucrativos, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço seja compatível com o mercado;
- XVII. na contratação ou fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado;
- XVIII. na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias ou controladas, para a aquisição de bens e serviços, desde que o preço seja compatível com o praticado no mercado; e
- XIX. para a celebração de contratos de prestação de serviços com organizações sociais, qualificadas no âmbito dos respectivos níveis de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

47. A dispensa de licitação, nos termos previstos no inciso XIV do art. 24 (“aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições forem manifestamente vantajosas para o Poder Público”) ratifica o princípio da economicidade, levado ao extremo, que permeia toda a legislação brasileira sobre compras governamentais.

4.4 Casos excepcionais: inexigibilidade de licitação

O art. 25 determina que a licitação é inexigível quando houver inviabilidade de competição, em especial na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca; na contratação de serviços técnicos (estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; pareceres, perícias e avaliações em geral; assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; restauração de obras de arte e bens de valor histórico), de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; e na contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou opinião pública.

A aplicação da dispensa ou inexigibilidade deverá ser, necessariamente, justificada e comunicada dentro de três dias à autoridade superior para ratificação, com publicação na imprensa oficial no prazo de cinco dias. As justificativas deverão conter a caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifica a dispensa, a razão da escolha do fornecedor ou executante e a justificativa do preço e o documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

4.5 Tipos e procedimentos para as licitações

Os tipos de licitação previstos no art. 45 são: **menor preço; melhor técnica; técnica e preço;** e **maior lance ou oferta**, nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. Os tipos de licitação **melhor técnica** e **técnica e preço** serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos.

Para os bens e serviços de informática, é obrigatória a adoção do tipo **técnica e preço**, admitidos outros tipos em casos indicados em decreto do Poder Executivo.

No caso de licitações **melhor técnica**, os procedimentos, explicitados no instrumento de convocação, prevêm a abertura das propostas técnicas apenas dos licitantes previamente qualificados, com avaliação e classificação de acordo com os critérios definidos no edital. Classificadas as propostas técnicas, seguem-se a abertura das propostas de preços dos que atingiram a valorização

mínima fixada no edital e as negociações das condições propostas com a proponente mais bem classificada, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitários, tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiverem a valorização mínima. Em caso de impasse, o procedimento será o mesmo com os demais classificados, observando-se a ordem de classificação, até que se chegue a um acordo sobre a contratação.

Nas licitações do tipo técnica e preço, além de se adotarem os procedimentos citados, prevê-se classificação de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos estabelecidos no instrumento de convocação. Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; produzidos no país; e produzidos ou prestados por empresas brasileiras. Permanecendo o empate, a classificação será por sorteio, em ato público, para o qual serão convocados todos os licitantes.

O art. 48 prevê os casos em que as ofertas são desclassificadas: propostas que não atendem às exigências; e propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços inexequíveis, assim considerados os que não demonstrem a viabilidade por meio de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os preços de mercado e coeficientes de produtividade compatíveis com a execução do objeto do contrato.

O mesmo art. 48, no seu § 3º, prevê que, em caso de inabilitação de todos os licitantes, ou de desclassificação de todas as propostas, poderá ser fixado prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de novas propostas – em se tratando da modalidade convite, esse prazo poderá ser de três dias úteis. Mais uma vez, esse ponto merece destaque, já que pode ser considerado demasiadamente exíguo para a apresentação de novas propostas, quando se tratar de licitações de bens ou serviços cobertos por acordo internacional.

4.6 Habilitação

Conforme o art. 27, aos interessados será exigida **exclusivamente** documentação relativa à habilitação jurídica; qualificação técnica e econômico-financeira; regularidade fiscal; e cumprimento da proibição do trabalho noturno, perigoso ou insalubre por menores de 18 anos e qualquer trabalho por menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos.

Nas licitações internacionais, as empresas que não funcionarem no país deverão ter representação legal no Brasil, com poderes para receber citação e

responder administrativa e judicialmente pelas situações relacionadas aos processos de licitação, e atender às exigências, tanto quanto possível, mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado – a exigência de apresentação dos documentos por essas empresas não se aplica às licitações internacionais com pagamento em decorrência de financiamento de organismo internacional ou agência brasileira de cooperação, e nem nas contratações com empresa estrangeira para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que com prévia autorização do presidente da República. Não se aplica, ainda, na aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

Os arts. 28, 29, 30 e 31 listam os documentos, apresentados em original ou cópia autenticada por cartório ou servidor da administração, ou ainda publicação em órgão da imprensa oficial, necessários para a habilitação jurídica, comprovação de regularidade fiscal e qualificação técnica e econômico-financeira. Nas modalidades convite, concurso, ou leilão, ou quando do fornecimento de bens para pronta entrega, a entidade licitadora poderá dispensar, em todo ou em parte, os documentos requeridos para habilitação (art. 32).

No art. 34, que determina que os órgãos e entidades que realizam frequentes licitações mantenham registros cadastrais dos fornecedores com validade de, no máximo, um ano, são previstos os procedimentos requeridos para ampla divulgação, acesso e transparência dos registros cadastrais, além de atualização para ingresso de novos interessados.

4.7 Outros procedimentos e julgamento das propostas

Os artigos 38 a 53 fixam os procedimentos para a licitação, inclusive para o julgamento das propostas. Nos termos do art. 39, “sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 vezes o limite fixado para o uso da modalidade de concorrência nas licitações de obras e serviços de engenharia (R\$ 1.500.000,00), o processo licitatório deverá ser iniciado, **obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável, com antecedência mínima de 15 dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados**”.⁴⁸

48. Sem dúvida, a exigência de audiência pública anterior à publicação de edital de ampla divulgação se apresenta como um dos “detalhos em excesso” da lei, tendo em vista que a publicação do edital deve cumprir o objetivo de permitir a divulgação e amplo acesso às informações.

No art. 40, determinam-se as informações que deverão constar do edital. Além das informações de praxe – nome da entidade responsável, modalidade, regime de execução e tipo de licitação –, devem constar o local, o dia e a hora do recebimento da documentação e proposta e para o início da abertura dos envelopes, descrição sucinta e clara do objeto da licitação, prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos.

Atendidos os requisitos preliminares, com a publicação do edital, os procedimentos para a licitação propriamente dita são os apresentados no artigo 43, a saber:

- I. abertura dos envelopes com a documentação relativa à habilitação dos concorrentes e sua apreciação;
- II. devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as propostas, desde que não tenha havido contestação ou recurso;
- III. abertura dos envelopes com as propostas dos habilitados, desde que tenha transcorrido o prazo sem interposição de recursos, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos;
- IV. verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital;
- V. julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital; e
- VI. deliberação quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

A abertura dos envelopes será realizada em ato público, previamente designado, com o registro em ata dos resultados. Critérios objetivos definidos em edital deverão ser considerados no julgamento das propostas, não se admitindo oferta de vantagem não prevista, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes. Não serão admitidas propostas que apresentem preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

Na modalidade de pregão, alguns procedimentos, em particular os prazos, devem ser destacados. Prevê-se a apresentação das propostas em prazo não inferior a oito dias úteis. Por ocasião da execução do pregão, o autor da oferta

de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor. Nessa modalidade, o exame do atendimento pelo licitante vencedor das condições previstas no edital ocorre somente após o encerramento da “etapa competitiva”. Caso o vencedor não atenda às exigências de habilitação, ou se a oferta for inaceitável, serão examinadas as ofertas subsequentes e a qualificação dos ofertantes, obedecida a ordem de classificação, podendo haver negociação de preços com a proposta vencedora.

4.8 Concorrências internacionais

O art. 42, § 5º prevê que “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 as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, e que não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, ratificado pela autoridade imediatamente superior. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e de comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes. Quando permitido ao licitante estrangeiro apresentar cotações em moeda estrangeira, o mesmo direito deve ser dado ao licitante nacional, e as garantias de pagamento ao licitante estrangeiro serão equivalentes às oferecidas aos nacionais.

É importante destacar que, embora o artigo 42 indique a intenção de coibir eventuais práticas desleais de comércio, entendemos que, em um eventual acordo internacional, o objetivo deveria ser mais explícito, vedando expressamente a participação direta ou indireta de licitantes, quando os bens envolvidos estiverem sendo objeto de investigação de *dumping* ou subsídios nos países de origem. Essa preocupação é reforçada tendo em vista o disposto no art. 44, §§ 3º e 4º.

Art. 44, § 3º – Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitário simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

Para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames que oneram exclusivamente

os nacionais (art. 42, §4º). Esse artigo também nos parece importantíssimo, considerando os tributos em cascata – IOF, PIS, Cofins, CPMF – que oneram exclusivamente os produtos nacionais.

4.9 Impugnação e recursos administrativos

O art. 41 prevê que “qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, **devendo protocolar o pedido até 5 dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação (...)**”. Cabe à Administração julgar e responder à impugnação no prazo de até três dias úteis, sem prejuízo de se recorrer aos Tribunais de Contas ou órgãos de controle interno. Feita tempestivamente, a impugnação não impede um participante de tomar parte da licitação até o trânsito em julgado da decisão. Entretanto, perderá o direito de impugnar os termos do edital o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão.

O art. 109 trata dos recursos administrativos. Nos atos relacionados à habilitação ou inabilitação do licitante, julgamento das propostas, anulação ou revogação da licitação, indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, alteração ou cancelamento de registro cadastral, rescisão de contrato ou aplicação de penas de advertência, suspensão temporária ou multa, cabem recursos a serem apresentados no prazo de cinco dias úteis, contados a partir da data da intimação do ato ou lavratura da ata. Nos casos de pedido de reconsideração de decisão da autoridade maior – ministro de Estado ou secretário estadual ou municipal –, os recursos poderão ser apresentados no prazo de dez dias úteis.

O recurso, dirigido à autoridade superior, será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de cinco dias úteis. Atente-se que, no que diz respeito à modalidade de convite, os prazos para a apresentação de recursos e para a impugnação pelos demais licitantes serão de dois dias úteis, exceto em se tratando de pedido de reconsideração da decisão da autoridade maior.

4.10 Sanções administrativas e tutela judicial

Ponto particularmente importante para qualquer negociação de acordo sobre licitações e compras governamentais refere-se às sanções por prestação de informações falsas, descumprimento de contratos ou de obrigações assumidas e outras infrações previstas na lei. No art. 81, prevê-se que a “recusa do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido (...), caracteriza o descumprimento total

da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas”. São previstas na Lei nº 8.666/93 as infrações e sanções administrativas e penais, tanto para as autoridades administrativas que as praticaram ou que concorreram para tal prática, assim como para os adjudicatários dos contratos para o fornecimento de bens e serviços. Graduadas em função da gravidade da infração, está prevista a aplicação de advertência, multa, suspensão temporária à participação em licitações, declaração de inidoneidade, e até pena de detenção, que varia de seis meses a seis anos, além de multa.

Nos termos do art. 96, tem-se:

Art. 96 Fraudar, em prejuízo da Fazenda pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias ou contrato dela decorrente:

- I. elevando arbitrariamente os preços;
- II. vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;
- III. entregando uma mercadoria por outra;
- IV. alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;
- V. tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou execução do contrato.

Pena: detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Os artigos 100 a 108 dispõem sobre o processo e procedimento judicial. “Qualquer pessoa poderá provocar (...) a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e sua autoria, bem como as circunstâncias em que se deu a ocorrência” (art. 101).

Com procedimentos que permitem amplo acesso às informações e defesa dos acusados, previstos na legislação brasileira, eventual acordo internacional sobre o tema também deverá assegurar reciprocidade de tratamento nesse caso, incluindo-se a possibilidade de aplicação de penalidades e sanções aos licitantes estrangeiros, para que sua aplicação não se restrinja, de fato ou de direito, apenas aos fornecedores nacionais.

4.11 Exceções ao tratamento nacional

4.11.1 Preferência para a aquisição de bens e serviços de informática

A Lei nº 8.666/93 é radical em relação ao princípio da economicidade, não conferindo nenhuma vantagem ou preferência aos bens ou serviços produzi-

dos no País. Enfatizando a igualdade de tratamento entre os produtos e fornecedores nacionais e estrangeiros, determina, no art. 3º, §§ 1º e 2º:

Art. 3º

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I.

II. estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere à moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, **ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de Outubro de 1991.**

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I. produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

II. produzidos no país;

III. produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

O art. 3º da Lei nº 8.248/91 (Lei de Informática), dispõe que:

Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, nos termos do § 2º do art. 171 da Constituição Federal, aos produtos produzidos por empresas brasileiras de capital nacional, observada a seguinte ordem:

I. bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país;

II. bens e serviços produzidos no país, com significativo valor agregado local.

§ 1º Na hipótese da empresa brasileira de capital nacional não vir a ser objeto desta preferência, dar-se-á aos bens e serviços fabricados no país preferência em relação aos importados, observado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade e padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, que eliminou a diferenciação entre empresa brasileira e empresa brasi-

leira de capital nacional, e nos termos da Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001, foi dada a seguinte redação ao artigo 3º da Lei nº 8.248/91:

Art. 1º Os arts 3º, (...) da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, passam a vigorar com a seguinte redação:

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

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

§ 1º

§ 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.

É importante destacar que a nova redação dada ao art. 3º da Lei nº 8.248/91 pela Lei nº 10.176/2001 é consistente com a “quebra” da reserva de mercado para o setor de informática e com a Emenda Constitucional nº 6/95, que elimina a preferência aos bens e serviços produzidos por empresas brasileiras de capital nacional, preserva-a aos bens e serviços com tecnologia desenvolvida no Brasil e para os bens e serviços produzidos no país, mesmo com tecnologia importada, mas que atendam a conteúdo nacional mínimo. **Registra-se, assim, na legislação brasileira, não apenas uma exceção ao tratamento nacional, como também o requisito de conteúdo nacional.**⁴⁹

4.11.2 Lei do Similar

Se a Lei nº 8.666/93 preserva a preferência apenas aos bens e serviços de informática nacionais, adquiridos pelos órgãos e entidades da administração federal, há que se considerar a legislação que dispõe sobre o tratamento tributário das importações.

A Lei nº 8.032, de 12 de abril de 1990, assegura a isenção do imposto de importação (II) e do imposto sobre produtos industrializados (IPI)

49. O Processo Produtivo Básico (PPB) constitui uma forma de determinar o conteúdo nacional, definindo etapas da produção que deverão ser realizadas, necessariamente, no país. É de se destacar que está prevista, além da preferência nas compras pelo setor público federal, incentivos à produção no país de bens e serviços de informática. Esses incentivos, previstos na Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001, estão regulamentados pelo Decreto nº 3.800, de 20 de abril de 2001.

aos casos previstos em seu art. 2º. Entre esses casos, estão incluídas as importações realizadas pela União, pelos estados, pelos municípios e pelas respectivas autarquias. Além dessas, as realizadas pelas instituições de educação ou assistência e instituições científicas e tecnológicas, que poderão estar sujeitas à Lei nº 8.666/93, quando se tratarem de entidades que compõem a Administração Pública federal, estadual ou municipal.

É de se notar que, se o art. 6º da Lei nº 8.032/90 determina que “os bens objeto de isenção ou redução do Imposto de Importação, em decorrência de acordos internacionais firmados pelo Brasil, terão o tratamento tributário neles previsto”, dispõe o art. 17 do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, que “a isenção do imposto de importação somente beneficia produto sem similar nacional”. Assim sendo, é fundamental que, em se tratando de acordo internacional sobre compras governamentais, a questão seja examinada e devidamente equacionada.

5 CONCLUSÕES

Este trabalho analisou a legislação e as normas sobre compras governamentais que vigoram no âmbito do Nafta e em dois países, Estados Unidos e Brasil. Foram descritos e comentados – com a consulta ao Acordo do Nafta e a leis, regulamentos e outros documentos –, as políticas, as normas e os procedimentos que regem as contratações públicas naquele acordo e nos países citados.

Tendo em vista a importância e o aprofundamento das negociações em torno do tema, parece-nos relevante destacar não apenas as observações assinaladas pela Comissão Européia, em análise realizada ao final de 1997, como também elementos fundamentais a serem observados e levados em conta durante o processo de negociação.

Apontava o documento da Comissão Européia: “*En Noviembre de 1997, el cuadro de indicadores muestra que la contratación pública es un de los ámbitos en los que existe un mayor déficit en la incorporación, habiéndose incorporado en cada Estado miembro, de forma correcta, solamente el 55,6% de las directivas. Además, la comunicación de la Comisión sobre Impacto y efectividad del mercado único deja claro que los resultados económicos logrados hasta ahora quedan muy lejos de las expectativas. Incluso, se el índice de penetración de las importaciones en el sector público (es decir, la combinación de las importaciones directas e indirectas de los compradores de carácter público) ha pasado del 6% en 1987 al 10% en la actualidad, se puede constatar que los*

50. Ver *La Contratación Pública en la Unión Europea* (1998, p. 2).

sectores específicos continúan cerrados a causa del empleo de normas técnicas y de sistemas de certificación y calificación".⁵⁰

Esses registros indicam as dificuldades para se promover a adoção plena de regulamentos comuns e efetiva abertura de mercado em matéria de compras governamentais, ainda mais tendo em conta que na integração europeia as primeiras *directivas* sobre aquisições públicas remontam à década de 1970 – as atuais diretivas, que consolidam e atualizam as primeiras, foram estabelecidas em 1992/1993; portanto, há dez anos. Continuando a análise a respeito das dificuldades de integração, afirma o estudo da Comissão Europeia que o baixo nível de participação dos fornecedores estrangeiros pode estar associado aos custos e à burocracia dos sistemas de qualificação para a participação nas licitações (situação pessoal e capacidade financeira, econômica e técnica do interessado) e ao reduzido acesso às informações sobre as licitações planejadas e as em andamento.

O último ponto chama a atenção, no contexto de um acordo de compras públicas que reúne 34 países na Alca, para as dificuldades, bem como para as vantagens, que podem se apresentar para os Estados Unidos, o Canadá e o México, frente aos demais. Se em um bloco em que o processo de integração se desenvolve há décadas, como é o caso da UE, não se conseguiu participação maior que 10% das empresas, não se pode esperar que as empresas da América Latina disponham de condições para estabelecer presença significativa no mercado de compras governamentais daqueles países.

Isso decorre das próprias características dos mercados de compras do setor público, que apresentam particularidades que o diferenciam bastante dos mercados comerciais. Nos aspectos normativos, os produtos devem atender às especificações técnicas dos órgãos compradores, que muitas vezes não são convenientemente claras, ou podem determinar condições muito rígidas de atendimento. Outra particularidade diz respeito aos prazos que devem ser cumpridos, tanto na fase de licitação, quanto na de entrega dos produtos ou serviços, o que acrescenta um desafio no caso de produção realizada fora do país em que será feita a entrega. De outro lado, no aspecto de presença no mercado, deve ser estabelecida uma rede de fornecedores ou de prestadores de assistência técnica em condições de acompanhar a vida útil de determinados bens adquiridos. Além disso, está o fato de que as compras de governo muitas vezes não representam uma demanda contínua, obrigando as empresas fornecedoras a disporem de logística para o atendimento não continuado do mercado governamental.

Essas particularidades, e outras não comentadas, impõem obstáculos à capacidade das empresas em fornecerem para os mercados governamentais situados em outros países. O mesmo não ocorre, com a mesma intensidade,

para os fornecedores estadunidenses, canadenses e mexicanos, tendo em vista que desde 1994 já participam do amplo mercado do Nafta.

Feitas essas observações de caráter geral, entendemos conveniente apontar alguns pontos específicos. Durante as negociações sobre compras do setor público na Alca, deveria ser dada atenção especial às definições relacionadas com a abrangência e cobertura do acordo.

Um dos aspectos mais importantes em um acordo de compras governamentais refere-se à definição dos níveis de governo que participariam do mercado ampliado, podendo incluir as unidades dos governos federal, estadual e municipal, e as entidades da administração indireta a eles pertencentes (empresas públicas, fundações, autarquias, etc.). Aqui, a atenção deverá estar voltada, sobretudo, para a inclusão eventual de licitações realizadas por estados e municípios. Deverá merecer atenção especial o fato de se imporem a tais entes da federação, na eventualidade de estarem suas contratações e aquisições cobertas pelo Acordo, ônus e burocracia adicional, inclusive compromisso de publicação de informações em idioma estrangeiro, *vis-à-vis* acesso efetivo ao mercado dos parceiros.

Outra definição sensível refere-se aos limites de valor a partir dos quais se aplicam as regras para compras e contratações, dado que as aquisições de valor inferior ao limite ficam reservadas para os produtores e ofertantes domésticos. Aí, deverão ser combinados os limites – na negociação dos limites deverá ser ponderado o acesso potencial aos mercados dos parceiros, o acesso ao mercado brasileiro e o ônus adicional decorrente de observância dos procedimentos e normas – com as exceções. Particularmente, chama-se atenção especial para os programas adotados pelos Estados Unidos, e preservados no Nafta, que conferem preferência às empresas americanas, em particular os que beneficiam as de pequeno porte. Como destacado, a manutenção dos mesmos derroga, na prática, obrigações relacionadas com os limites acima dos quais valem as regras acordadas em matéria de compras governamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACORDO DE LIVRE COMÉRCIO DA AMÉRICA DO NORTE – Nafta, texto original.

BAUMANN, R. e FRANCO, M. A., **Algumas implicações do Nafta para a participação do Brasil na Alca**. Brasília: Ipea, maio de 2002.

BRASIL. **Lei nº 10.529, de 12/8/2002**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil de 13/8/2002.

———. **Lei nº 8.032, de 12/4/1990**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil de 13/4/1990.

———. **Lei nº 8.248, de 23/10/1991**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil de 24/10/1991.

———. **Lei nº 8.666, de 21/6/1993**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil de 22/6/1993.

COMMUNICATION FROM THE UNITED STATES – Response to the Questionnaire on Government Procurement of Services, World Trade Organization, 21 October 1996.

FEDERAL ACQUISITION REGULATION – FAR, especialmente as seguintes seções: 1. Federal Acquisition Regulations System; 2. Definitions of Words and Terms; 5. Publicizing Contract Actions; 6. Competition Requirements; 9. Contractor Qualifications; 13. Simplified Acquisition Procedures; 14. Sealed Bidding; 15. Contracting by Negotiation; 19. Small Business Program; 25. Foreign Acquisition; 52. Solicitation Provisions and Contract Clauses.

NAFTA. **1994-96 Report on the Government Procurement Working Group**. Disponível em: www.sice.oas.org.

———. **Evaluation**, Sidney Weintraub. Disponível em: www.sice.oas.org.

NAFTA at Seven: **Building on a North American Partnership**, Department of Foreign Affairs and International Trade of Canada. Disponível em: www.sice.oas.org.

TRADE POLICY REVIEW (TPR) – **United States, Report by the Secretariat. World Trade Organization, 1 June 1999**.

WTO. **Trading into the Future**. March 2001. Disponível em: www.wto.org.

UNCTAD/WTO. **Improving SME Access to Public Procurement**. International Trade Centre, p. 4, 2000.

UNITED STATES CODE, várias seções.

VACKETTA, Carl L.; HANDLER, David P., **Federal Government Contract Overview**, disponível em: www.findlaw.com (Government Contracts), 1992. www.europa.int/internal_market/en/publproc/gpa/1043.htm