

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITO GLOBAL DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA:
PROPOSTA DE REFORMA DA LEI 14.133/2021
PARA A INTEGRAÇÃO DO BRASIL AO MERCADO MUNDIAL
DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA.

Silvio Brambila Fragoso Jr.

Porto Alegre, 2023

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITO GLOBAL DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA:
PROPOSTA DE REFORMA DA LEI 14.133/2021
PARA A INTEGRAÇÃO DO BRASIL AO MERCADO MUNDIAL
DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA.

Silvio Brambila Fragoso Jr.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor, sob a orientação do Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior.

Porto Alegre, 2023

Agradecimentos

Primeiramente, manifesto minha mais profunda gratidão a meu orientador, Prof. Dr. Augusto Jaeger Jr., um verdadeiro mestre, exemplo de profissionalismo e dedicação à docência.

Também agradeço enormemente aos professores Jaime Rodríguez-Arana, Márcio Staffen e Maren Taborda as valiosíssimas contribuições fornecidas na banca de qualificação, fundamentais para enriquecer o conteúdo desta pesquisa e dar seguimento aos estudos relativos ao Direito Global da Contratação Pública.

Expresso ainda minha gratidão aos professores Marcelo Schenk Duque e Pedro Augustin Adamy pela presença na banca de defesa. Seus comentários e sugestões foram extremamente relevantes para aprimorar este estudo.

Reconheço ainda o importante incentivo recebido pelos professores Fabio Morosini e Nicolás Perrone, cujas apreciações realizadas na etapa preliminar de desenvolvimento da tese foram de grande auxílio para desenvolver este trabalho.

Estendo meus agradecimentos a Marcelo Rodrigues Pinto e Rosmari de Azevedo, colaboradores do Programa de Pós-Graduação em Direito, e aos colegas e professores com os quais tive a satisfação de conviver ao longo do curso.

Finalmente, agradeço ao Cônsul-Geral da República Argentina em Porto Alegre, Ministro Jorge Perren, titular da Representação Consular onde me desempenho profissionalmente, os incentivos recebidos para buscar uma permanente capacitação profissional.

Resumo

Esta tese propõe um exame da contratação pública sob uma perspectiva global, considerando a relevância do assunto para o nosso país. A elaboração da Lei 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), os debates acerca da participação do Brasil no Acordo sobre Compras Governamentais (ACG) da Organização Mundial do Comércio (OMC) e a presença da matéria em tratados assinados ao longo dos últimos anos, somados ao fato de ser o Brasil um dos principais mercados mundiais de contratações públicas, mostram a necessidade de realização de um exame aprofundado relativo ao papel do Direito na elaboração de políticas que envolvam essa temática.

A presente pesquisa se desenvolve a partir da percepção de autores que, desde o início deste século, vêm observando o surgimento de fenômenos globais geradores de desafios para os quais as estruturas institucionais existentes não demonstram ter a capacidade de apresentar soluções. Especificamente acerca da contratação pública, problemas atuais demandam a adoção de um enfoque no qual se observe uma maior colaboração entre o setor público e o privado.

Considera-se que a Pandemia de Covid-19, seguida do conflito militar que se desenvolve em território ucraniano, trata-se de um acontecimento histórico disruptivo para o desenvolvimento da globalização. Entre suas consequências no âmbito jurídico, ganha relevância o estudo do Direito Global da Contratação Pública como instrumento para aprimorar as relações entre Estados e pessoas.

Com o objetivo de averiguar se a Lei 14.133/2021 viabiliza a inserção do Brasil a um mercado mundial da contratação pública, este estudo parte de uma análise histórica do ordenamento jurídico nacional ao longo da qual se observa um posicionamento desfavorável à participação de estrangeiros nos processos de contratação pública. Mais recentemente, detecta-se uma relativa abertura ao exterior; mas discrepâncias na visão de distintos operadores políticos têm sido constantes.

Posteriormente, a pesquisa traz um exame comparativo das legislações dos países que, junto ao Brasil, respondem por aproximadamente oitenta por cento do volume de contratações públicas realizadas mundialmente. Observa-se um equilíbrio entre abertura e fechamento de mercados, posicionamento que deve ser seguido por nosso país.

Finalmente, apresenta-se um detalhado estudo das iniciativas tomadas no âmbito internacional relativas à regulamentação da contratação pública. Observa-se que a matéria foi tardiamente incorporada ao arcabouço institucional elaborado a partir da década de 1940 e tem como instrumento mais evoluído o ACG da OMC.

A partir do exame proposto, conclui-se que a Lei 14.133/2021 deve ser modificada para contemplar elementos que auxiliem o setor privado nacional a fornecer produtos e serviços a governos estrangeiros.

Palavras-chave: Contratação pública; Direito Global da Contratação Pública; Direito Administrativo Global; Direito da Integração; Lei 14.133/2021; Licitações.

Abstract

This thesis proposes an examination of public procurement from a global perspective, considering the relevance of the subject for our country. Various elements illustrate the necessity of carrying out an in-depth analysis of the role of Law in the development of policies regarding this topic; they include the following: the elaboration of the statute 14.133/2021 (bidding processes and administrative contracts statute), the debates about the participation of Brazil in the Global Procurement Agreement (GPA) of the World Trade Organization (WTO) and the presence of the subject in treaties signed over the past few years, in addition to the fact that Brazil is one of the main global public procurement markets.

This research has been developed based on the perception of authors who, since the beginning of this century, have observed the existence of global phenomena that generate challenges for which existing institutional frameworks do not demonstrate the capacity of presenting solutions. Specifically in the area of public procurement, current problems demand the adoption of an approach in which more collaboration between the public and the private sectors has been observed.

This work considers that the Covid-19 Pandemic, followed by the military conflict in Ukraine, has been a disruptive historical event for the development of globalization. Among its consequences within the legal sphere, the study of Global Procurement Law as an instrument to improve the relations between states and people gains relevance.

With the aim of determining whether statute 14.133/2021 enables the insertion of Brazil into a global public procurement market, this study begins from a historical analysis of the Brazilian legal order in which a position unfavourable for the participation of foreign companies in bidding processes has been detected. More recently, a relative openness to the outside world has been identified, but discrepancies in the perception of different political players on this topic have been constant.

Subsequently, the research presents a comparative examination of the legislation of countries that, together with Brazil, represent approximately eighty percent of the volume of public procurement carried out worldwide. A balance between opening and closing markets has been detected, an attitude that should be followed by our country.

Finally, a detailed study of the initiatives taken internationally concerning the regulation of public procurement is presented. It is observed that the topic was belatedly incorporated into the institutional framework elaborated since the 1940's and has as its most recently developed instrument the GPA of the WTO.

Keywords: Public Procurement; Global Procurement Law; Global Administrative Law; Integration Law; Statute 14.133/2021; Bidding process.

Sumário

<i>Introdução</i>	<i>p. 1</i>
<i>1. Legislação brasileira, jurisprudência e exame concorrencial do mercado de contratações públicas.</i>	<i>p. 10</i>
<i>1.1. Legislação brasileira relativa à contratação pública.</i>	<i>p. 10</i>
<i>1.2. Jurisprudência do TCU e exame concorrencial coordenado pelo CADE.</i>	<i>p. 32</i>
<i>1.3. Conclusão parcial.</i>	<i>p. 56</i>
<i>2. Análise legislativa dos principais contratantes mundiais.</i>	<i>p. 58</i>
<i>2.1. Mercados fechados.</i>	<i>p. 60</i>
<i>2.2. Mercados abertos.</i>	<i>p. 87</i>
<i>2.3. Conclusão parcial.</i>	<i>p. 113</i>
<i>3. Direito Global da Contratação Pública</i>	<i>p. 117</i>
<i>3.1. Iniciativas multilaterais.</i>	<i>p. 117</i>
<i>3.2. Situação do Brasil.</i>	<i>p. 140</i>
<i>3.3. Conclusão parcial.</i>	<i>p. 161</i>
<i>Conclusão</i>	<i>p. 163</i>
<i>Referências</i>	<i>p. 174</i>

Introdução.

A contratação pública¹ é o meio pelo qual um Estado adquire bens e serviços necessários para o cumprimento de suas atribuições. Entre os adquirentes, encontram-se ministérios e secretarias em níveis nacional, estadual ou provincial, autarquias e empresas estatais. Basilares para a execução das políticas públicas, as contratações realizadas pelos distintos níveis da administração vêm despertando maior interesse dos setores privado e público ao longo dos últimos anos.

No Brasil, em nível federal, o estudo do tema ganhou relevância a partir da promulgação da Lei 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), substituta das Leis 8.666/1993 (Lei de Licitação), 10.520/2002 (Lei do Pregão) e 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações). A norma, que passará a regular o tema com exclusividade a partir de 2024, foi elaborada segundo o diagnóstico de que o país necessita um marco legal mais adequado para lidar com este fundamental elemento de promoção do desenvolvimento². Em paralelo, destaca-se o debate acerca da adesão do Brasil ao acordo sobre compras governamentais (ACG) da Organização Mundial do Comércio (OMC) de 2012³.

¹ No Brasil, o termo consta no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) do Governo Federal. (<https://www.gov.br/pncp/pt-br>) Acesso em 01/08/2023. Em Portugal, autores como Cláudia Viana também utilizam a mesma expressão. Em idioma espanhol, pesquisadores como Jaime Rodríguez-Arana Muñoz e José Antonio Moreno Molina falam de “contratación pública”. Em inglês, utiliza-se “public procurement”. Segundo Sue Arrowsmith: “Public procurement refers to the government's activity of purchasing the goods and services which it needs to carry out its functions. Public procurement is the phrase generally used now to refer to this activity in the English language in the EU since it is the phrase used in EU legislation. However, other systems use different terminology to cover the same concept – for example, the World Trade Organization system refers to “government procurement” and the US system, generally, to government contracts or public contracts”. ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Steen; FEJØ, Jens; JIANG, Lili. *Public Procurement Regulation: an introduction*. EU Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation. 2010.

² Sobre este ponto, no ano de 2013, foi criada a Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos. Esta foi autora do Projeto de Lei do Senado nº 559/2013 que, por sua vez, originou a Lei 14.133/2021.

³ Em inglês, o acordo se denomina “Agreement on Government Procurement” (GPA). Nesse sentido: “The GPA is a plurilateral agreement within the framework of the WTO, meaning that not all WTO members are parties to the Agreement. At present, the Agreement has 21 parties comprising 48 WTO members. Thirty-five WTO members/observers participate in the Committee on Government Procurement as observers. Out of these, 11 members are in the process of acceding to the Agreement. The fundamental aim of the GPA is to mutually open government procurement markets among its parties. As a result of several rounds of negotiations, the GPA parties have opened procurement activities estimated to be worth more than US\$ 1.7 trillion annually to international competition (i.e. to suppliers from the GPA parties offering goods, services or construction services). Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm Acesso em 01/08/2023.

Mundialmente, a importância do tema pode ser observada por meio de estimativas que apontam que a contratação pública representa entre dez e quinze por cento do PIB mundial⁴. Similarmente, dados divulgados pela organização internacional *Open Contracting Partnership*⁵ mostram que um de cada três dólares gastos pelas administrações públicas destina-se a algum tipo de contratação realizada com empresas privadas, representando uma quantia anual aproximada de treze trilhões de dólares. Além do expressivo volume de recursos envolvidos no mercado mundial da contratação pública, outra característica que merece ser destacada é sua concentração.

Nesse sentido, quase oitenta por cento das referidas despesas são realizadas por apenas dezesseis países, entre eles o Brasil. Examinando esse seleto grupo, detecta-se que China e Estados Unidos da América respondem por sessenta por cento do volume total dos recursos utilizados, seguidos de: Alemanha, Canadá, França, Índia, Indonésia, Itália, Japão e Reino Unido. Completam o grupo dos dezesseis maiores contratantes mundiais: Austrália, Coreia do Sul, Espanha, Países Baixos, Rússia, e, como já ressaltado, o Brasil⁶.

Um breve exame da lista anterior mostra que seus integrantes, em maior ou menor intensidade, mantêm relações com outros Estados soberanos por meio de processos de integração ou iniciativas similares. Ademais, não se encontram isolados das influências do fenômeno da globalização⁷, que age sobre todas as latitudes e afeta distintos ramos do Direito.

Apesar da relevância do assunto, o Direito Global da Contratação Pública é uma disciplina que ainda se encontra em um estágio evolutivo incipiente, assim como a área da qual deriva: o Direito Administrativo Global⁸. Autores como Benedict Kingsbury, Nico

⁴ Informação disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm Acesso em: 01/08/2023.

⁵ Informação disponível em: www.open-contracting.org/what-is-open-contracting Acesso em: 01/08/2023.

⁶ A lista dos principais contratantes mundiais está disponível em: <https://www.open-contracting.org/wp-content/uploads/2020/08/OCP2020-Global-Public-Procurement-Spend.pdf> Acesso em: 01/08/2023.

⁷ Propondo um acordo semântico acerca do termo “globalização”, utiliza-se a definição de Jagdish Bhagwati “I refer to economic globalization, which embraces diverse forms of international integration, including foreign trade, multinational direct foreign investment, movements of short-term portfolio funds, technological diffusion, and crossborder migration”. BHAGWATI, Jagdish. *In Defense of Globalization*. 2.ª ed. Nova Iorque. Oxford University Press. 2007. p. 09.

⁸ De acordo com Jaime Rodríguez-Arana Muñoz: “El Derecho Administrativo Global es un nuevo campo en desarrollo que adolece todavía de legitimidad debido entre otros factores a la ausencia de un órgano legislativo global”. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Los principios del Derecho Global de la Contratación

Krisch e Richard Stewart identificaram o surgimento da matéria no início deste século⁹ e pesquisadores como Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, José Antonio Moreno Molina, Claudia Viana, Sue Arrowsmith, Hilde Casavola e Sabino Casesse vêm desenvolvendo estudos específicos acerca do Direito Global da Contratação Pública ao longo dos últimos anos.

Considerando o anteriormente exposto, este trabalho inclui entre seus objetivos, preliminarmente, contribuir para o desenvolvimento da matéria no âmbito acadêmico nacional. Inspirada em iniciativas existentes no exterior¹⁰, esta pesquisa propõe incorporar o Direito Global da Contratação Pública aos programas de estudos de cursos jurídicos brasileiros¹¹.

Entende-se ser a referida iniciativa necessária e oportuna, considerando o estado evolutivo da disciplina em nível mundial e as indefinições dos planejadores de políticas públicas nacionais acerca do assunto. Nesse sentido, a partir do salutar debate

Pública. *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP (Pontificia Universidad Católica del Perú)*. n° 66. pp.29-54. 2011.

⁹ Sobre este ponto, salienta-se a existência do Projeto de Direito Administrativo Global (identificado pela sigla GAL - Global Administrative Law Project) desenvolvido no Institute for International Law and Justice da New York University School of Law. Em relação ao projeto: “The Global Administrative Law (GAL) Project is focused on an emerging field of research and practice: the increasing use of administrative law-type mechanisms - in particular those related to transparency, participation, accountability, and review - within the regulatory institutions of global governance. This project has resulted in the publication of over a hundred papers, journal symposia, and the Law and Global Governance book series published by Oxford University Press. The project has fostered collaborations across both developed and developing countries and has engaged a wide set of actors. Most recently, the World Bank has referenced global administrative law in the study of the Bank’s sanctions regime and its recent reforms”. Disponível em: <https://www.iilj.org/GAL/> Acesso em 09/03/2023. No mesmo sentido, destaca-se o seguinte estudo: KINGSBURY, Benedict; KRISCH Nico; STEWART Richard B. The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*. vol. 68. n° 3. 2005. pp. 15-61.

¹⁰ Exemplos podem ser encontrados na Escola de Direito da Universidade do Minho, que conta com seminários relativos à matéria em curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas. Disponível em: <https://www.direito.uminho.pt/pt/Ensino/Paginas/Doutoramento.aspx> Acesso em: 23/07/2023.

Já a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na unidade curricular “Contratação Pública e Concorrência” de seu Curso de Mestrado em Direito e Prática Jurídica, possui entre os conteúdos programáticos o tema “Direito Internacional e Europeu da Contratação Pública”. Disponível em: https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2023/05/Contratacao-publica-e-concorrencia-FDUL_ficha_UC_PT-EN.pdf Acesso em: 23/07/2023.

Também, o King 's College de Londres conta com o curso de pós-graduação “Public Procurement Regulation in the European Union and in its Global Context”. Disponível em: <https://www.kcl.ac.uk/study/postgraduate-taught/courses/public-procurement-regulation-in-the-eu-ma-pg-dip> Acesso em: 23/07/2023.

¹¹ Sugere-se que a estrutura da disciplina Direito Global da Contratação Pública inclua: 1. Princípios do Direito Global da Contratação Pública. 2. Contratação Pública e Integração Regional. 3. Contratação Pública na OMC. 4. Exame Jurisprudencial no Âmbito da União Europeia. 5. Legislação brasileira. 6. Estudo Comparado da Legislação dos Principais Contratantes Mundiais.

gerado pela academia, será possível propor e avaliar estratégias de inserção internacional para o Brasil.

A relação entre o Direito Administrativo Global, do qual emana o Direito Global da Contratação Pública, e o Direito da Integração manifesta-se no fato de que regulamentação pertinente ao tema encontra-se em estágio avançado no âmbito do já citado ACG da OMC, na União Europeia¹² - ao ponto em que se observa a existência de um processo de europeização do Direito Administrativo¹³ - e no Mercosul¹⁴. Dessa forma, o objeto deste estudo se ajusta ao conteúdo da linha de pesquisa respectiva¹⁵ e ao trabalho desenvolvido pelo Professor Orientador junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS¹⁶.

Na convergência entre a regulamentação da contratação pública e a integração entre Estados soberanos, situa-se a tese desenvolvida por esta pesquisa. O trabalho tem como principal objetivo examinar como se deve tratar a contratação pública no Brasil para que o país se integre à comunidade internacional de forma a facilitar a promoção do desenvolvimento nacional¹⁷.

¹² Exemplo de processo de integração cuja origem esteve vinculada a aspectos econômicos e que evoluiu para outros âmbitos. Segundo Augusto Jaeger Junior: “Um bloco econômico regional que previu o alcance de um mercado comum é a União Europeia. Essa fase de um processo de integração econômica já se encontra consolidada no ambiente comunitário. Lá, ela já evoluiu até mesmo para um mercado interno e a além”. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais*. Curitiba. Juruá Ed. 2010. p. 49.

¹³ Afirma Jaime Rodríguez-Arana Muñoz: “La europeización del Derecho Administrativo es hoy una realidad. Una realidad que, sin embargo, no está del todo asumida en el interior de los Estados miembros ni interiorizada por numerosos operadores jurídicos de los estados de la Unión Europea”. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Los principios del Derecho Global de la Contratación Pública. *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP (Pontificia Universidad Católica del Perú)*. n° 66. pp.29-54. 2011.

¹⁴ Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2020/12/dec-37-2017-protocolo-de-contratacoes-publicas-cleaned-docx.pdf> Acesso em 01/08/2023.

¹⁵ Linha IV do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS: *Fundamentos da experiência jurídica no direito internacional, Europeu e Alemão: globalização, sustentabilidade e diversidade cultural*. Essa linha de pesquisa está voltada para o estudo da União Europeia, de temas europeus e de direito alemão e cauteloso, com ênfase na ciência jurídica alemã e europeia, suas contribuições ao direito e à cultura científica latino-americana. As pesquisas desta linha buscam compreender o fenômeno jurídico internacionalizado, a partir da complexidade determinada por suas condições específicas de produção, de modo que as diferentes realidades entre Europa e América Latina possam fomentar estudos interdisciplinares propositivos em matéria de boas práticas e soluções jurídicas complementares e solidárias. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/ppgd/apresenta/> Acesso em: 01/08/2023.

¹⁶ Prof. Doutor Augusto Jaeger Junior. <http://lattes.cnpq.br/3355594912939001>

¹⁷ Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, de acordo com a Constituição Federal: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: ... II - garantir o desenvolvimento nacional.

Nesse sentido, a pergunta que se pretende responder ao final desta pesquisa em nível de doutorado pode ser sintetizada da seguinte forma: *a Lei 14.133/2021 viabiliza uma adequada integração do Brasil ao mercado mundial da contratação pública?*

Entende-se que a inconstância no tratamento do tema por parte dos responsáveis pelo desenvolvimento de políticas públicas observada ao longo da história deva ser debelada mediante ação legislativa. Particularmente, o principal aspecto de originalidade deste trabalho está em propor incorporar à Lei 14.133/2021 instrumentos que contribuirão para um melhor direcionamento da matéria.

Especificamente acerca dos aspectos internacionais da legislação brasileira relativa à contratação pública, cabe destacar a existência de condições favoráveis para a participação de ofertantes estrangeiros em certames licitatórios realizados no país¹⁸. Entretanto, a análise do texto da Lei 14.133/2021 mostra que, acompanhando a opinião de Edite Hupsel¹⁹, perdeu-se uma oportunidade de proporcionar maior segurança jurídica relativa à matéria, dotando o Brasil de condições legislativas favoráveis para que o capital estrangeiro possa colaborar com o desenvolvimento nacional, mediante a participação de empresas do exterior em processos de contratações públicas.

Agrega-se à avaliação da autora a necessidade de que a legislação brasileira também fomente a promoção de empresas brasileiras como potenciais fornecedores de Estados estrangeiros, ideia defendida neste trabalho. Partindo desta interpretação, propõe-se uma alteração na Lei 14.133/2021, com o acréscimo de um artigo à subseção V, que trata das

¹⁸ Nesse sentido: “O mercado de compras públicas no Brasil já é bastante aberto à concorrência internacional, mesmo nas licitações internas. Já há alguns anos não são aplicadas, por exemplo, quaisquer margens de preferência para produtos nacionais, e importadores normalmente concorrem com fabricantes nacionais nas licitações, sem qualquer tratamento discriminatório. As licitações internacionais também já são permitidas, com a participação direta de fabricantes estrangeiros não estabelecidos no Brasil”. CNI – Confederação Nacional da Indústria. *Negociações para acesso do Brasil ao acordo da OMC em compras governamentais: posição da indústria*. Brasília. CNI, 2021. p. 63.

¹⁹ Segundo Edite Hupsel: “Quanto ao tema das “licitações internacionais”, oportunidade foi perdida pelo legislador de melhor discipliná-lo na nova Lei geral. Primeiro, acreditamos que merecia ser disciplinado em uma seção apartada na qual houvesse uma melhor sistematização do assunto, e que também tratasse da participação de empresas estrangeiras em licitações públicas nacionais e internacionais, facilitando a aplicação dos seus comandos e dando maior segurança aos agentes públicos e ao mercado. Nessa seção seriam indicados os regramentos para os tipos de certames; apontada a forma, os prazos e os meios de publicação do edital; indicada a aceitação, ou não, de empresas estrangeiras sem autorização para funcionamento no país; declinadas as exigências para a habilitação; indicadas as moedas para pagamento; definida a questão da equalização das propostas, quando necessária; e, finalmente, indicada a questão da confidencialidade durante o processo de sua avaliação”. HUPSEL, Edite Mesquita. Lei nº 14.133 de 2021 - A nova Lei de licitações - Inovações e desafios. Zênite Fácil, categoria Doutrina. 20 de abril de 2021.

licitações internacionais, baseado no conteúdo do Regulamento (UE) 2022/1031²⁰, para que a legislação brasileira contemple não apenas a regulamentação do Estado como adquirente, mas também fomente a presença do setor privado no exterior.

A referida contribuição se insere em um cenário internacional no qual o desenvolvimento do fenômeno da globalização²¹ vem gerando a necessidade de promover mudanças no arcabouço jurídico, econômico e político global neste início de século XXI, com o objetivo de reformar as estruturas que atendiam às demandas da sociedade internacional de meados do século passado, mas que vêm se mostrando ineficazes para dar respostas aos desafios atuais²².

Diante desse quadro, observa-se que a busca por uma harmonização entre os interesses dos setores privado e público consiste em um dos mais relevantes meios para superar os obstáculos existentes²³. Nesse contexto, caberá à contratação pública um ainda

²⁰ Regulamento (UE) 2022/1031 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de junho de 2022 relativo ao acesso de operadores económicos, bens e serviços de países terceiros aos mercados de contratos públicos e de concessões da União e que estabelece os procedimentos de apoio às negociações sobre o acesso de operadores económicos, bens e serviços da União aos mercados de contratos públicos e de concessões dos países terceiros (Instrumento de Contratação Pública Internacional - ICPI). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1031&from=EN> Acesso em: 01/08/2023.

²¹ Especificamente acerca da relação entre globalização e contratação pública, Hilde Casavola afirma, ao examinar as evoluções ocorridas ao longo das últimas três décadas: “More than forty supranational sets of rules have been established by a variety of international organizations, institutions and bodies exercising regulatory power over contracting. Such rules and standards formulated outside a national context, primarily call upon international trade, development, cooperation, investment and money laundering. These sets of rules concur with domestic regulations to discipline the same issues. In this sense, economic and legal globalization caused increasing challenges in public procurement”. CASAVOLA, Hilde Caroli. Public procurement and globalization. *Ius Publicum Network Review*. Dezembro de 2013.

²² Segundo José María Gimeno Feliu: “La contratación pública - y su fundamento - ha cambiado de forma muy notable en los últimos años. De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva, se ha evolucionado hacia la idea de la contratación pública como herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Por ello, la contratación pública (que supone el 22 por ciento de los presupuestos públicos según los últimos datos) debe ser recontextualizada desde la perspectiva de inversión y no de gasto. Y como inversión interesa su correcta articulación como actividad estratégica”. GIMENO FELIU, José María. *El derecho de los contratos públicos en España: novedades y propuestas de futuro*. IUS ET VERITAS. n. 62. Julho 2021.

²³ Nesse sentido: “El alcance sobre las fórmulas de colaboración público privadas y su función en la consecución del interés público, más allá de las personales posiciones ideológicas, exige una respuesta en clave jurídica, que concilie de forma adecuada los distintos principios e intereses en juego, y que preserve, en su decisión final, la esencia del derecho a una buena administración. Hay que evitar el maniqueísmo sobre quien presta mejor el interés general y, para ello, hay que garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar, por supuesto, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración diligente”. GIMENO FELIU, José María. *El derecho de los contratos públicos en España: novedades y propuestas de futuro*. IUS ET VERITAS. n. 62. Julho de 2021.

mais destacado papel como elemento auxiliar para a indução do progresso material e da integração entre diversas soberanias²⁴.

A complexa busca pelo equilíbrio entre abertura econômica e defesa das soberanias nacionais será examinada partindo de uma comparação com o início do processo de formação dos modernos Estados Nacionais, quando o sistema da *Lex Mercatoria* preexistente foi sendo, paulatinamente, absorvido pelas legislações nacionais em um processo cuja culminação se deu com a publicação do primeiro Código Comercial, ocorrida na França no início do século XIX. Em paralelo, novas necessidades advindas da organização interna dos Estados derivaram na sistematização dos ordenamentos jurídicos nacionais.

Correlativamente, diante das mudanças econômicas, geopolíticas e jurídicas que vêm ocorrendo a partir de meados do século XX, testemunha-se hoje um processo de flexibilização das soberanias nacionais provocado pela chamada nova *Lex Mercatoria*²⁵. Nesse contexto, a busca por conciliar os interesses dos setores privado e público, harmonizando o exercício da liberdade econômica e a defesa das soberanias, passa, inexoravelmente, pelo estudo da contratação pública.

Considerando o anteriormente exposto, a presente tese se propõe a contribuir com o desenvolvimento do estudo do Direito Global da Contratação Pública e sua relação com o progresso do Brasil, percorrendo um caminho que se iniciará na análise da legislação nacional, passará para o exame legislativo dos países que, junto ao Brasil, respondem por oitenta por cento dos recursos destinados à contratação pública em nível mundial e terminará considerando as iniciativas multilaterais relativas ao tema²⁶.

²⁴ Sobre o papel do investimento público na organização de uma nova economia mundial, a firma Felicia Wong: “The broad international convergence around a new economic framework is significant, because for decades, there has been a similar convergence in the opposite direction: international policymakers privileged trade openness and volume above all, seeking to deregulate markets and support the market-oriented rules of the World Trade Organization (WTO). This was the so-called Washington consensus, the approach that was formulated in the 1980s based on the neoliberal ideas of privatization and deregulation. Now, the Biden administration and like-minded governments are rethinking that approach in favour of policies that seek to bring new standards to international trade and to use *public investment* to address issues such as income inequality”. WONG, Felicia. *The New Economics. How the U.S. and Its Allies Are Rewriting the Rules on Spending and Trade. Foreign Affairs*. Novembro de 2021.

²⁵ Fenômeno identificado por Berthold Goldman. GOLDMAN, Berthold. *The Applicable Law. General Principles of Law - the Lex Mercatoria. Lew (ed.), Contemporary Problems in International Arbitration*. London. 1986. 113 p.

²⁶ Especialmente na segunda e terceira partes deste estudo, optou-se por reproduzir as citações e notas de rodapé elaboradas por autores estrangeiros em suas versões originais. Esta escolha metodológica se fundamenta no fato de que os idiomas constantes nesta pesquisa acadêmica são aceitos pelos Cadernos do Programa de Pós-

Parte-se da hipótese de que a integração seja a melhor estratégia para garantir o desenvolvimento brasileiro, de forma que se buscará detectar referências à possibilidade de participação de empresas estrangeiras em contratações realizadas pelo Estado na legislação. Posteriormente, será examinada jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) relativa à participação de licitantes estrangeiros em certames realizados no Brasil com o objetivo de averiguar o tratamento dado à matéria. Finalmente, será examinada avaliação coordenada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) acerca das contratações públicas federais, seguindo diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)²⁷.

Após uma análise restrita às fronteiras brasileiras, o trabalho se dedicará ao estudo das legislações dos demais países que formam o já citado grupo dos maiores contratantes mundiais. A finalidade desse ponto do estudo é identificar semelhanças e diferenças acerca do tratamento dado às empresas estrangeiras interessadas em fornecer produtos e serviços aos governos dos referidos países²⁸. Como metodologia de análise, os Estados serão divididos em abertos ou fechados à participação de empresas estrangeiras em seus mercados de contratação pública, segundo o conteúdo das normas reguladoras do tema.

Este ponto da tese averiguará a dificuldade em buscar a necessária conciliação entre integração econômica e defesa da soberania, mediante o trabalho conjunto entre os setores privado e público e contemplando a busca pela harmonização de elementos complexos, como a defesa dos interesses dos diversos setores da economia e a promoção do livre mercado²⁹.

Graduação em Direito da UFRGS para a submissão de publicações. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/about/submissions> Acesso em: 05/08/2023.

²⁷ OCDE. *Combate a cartéis em licitações no Brasil: Uma revisão das Compras Públicas Federais*. 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Combate-a-Carteis-em-Licitacoes-no-Brasil-uma-Revisao-das-Compras-Publicas-Federais-2021.pdf> Acesso em: 28/06/2023.

²⁸ Sobre este ponto, destaca-se a relevância da disciplina do direito comparado. René David afirma que: “O direito comparado tem uma função de primeiro plano a desempenhar na ciência do direito. Tende, com efeito, em primeiro lugar, a esclarecer os juristas sobre a função e a significação do direito, utilizando, para este fim, a experiência de todas as nações. Visa, por outro lado, num plano mais prático, facilitar a organização da sociedade internacional, fazendo ver as possibilidades de acordo e sugerindo fórmulas para a regulamentação das relações internacionais. Permite, em terceiro lugar, aos juristas de diversas nações, no que respeita aos seus direitos internos, considerar o seu aperfeiçoamento, libertando-os da rotina”. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo. Martins Fontes. 2002. p. 18.

²⁹ De acordo com a CNI: “O ideal é que se possa construir em conjunto (em colaboração público-privada) uma estratégia de posicionamento que reflita as legítimas preocupações do setor produtivo, o que passa por excluir da cobertura determinadas entidades e certos bens e serviços quando adquiridos por algumas das entidades que sejam listadas, além de inserir exceções que preservem espaço para políticas públicas importantes para alguns

Finalmente, a pesquisa se debruçará sobre as iniciativas multilaterais de promoção do Direito Global da Contratação Pública, buscando atingir o objetivo específico de identificar obstáculos para uma integração mais efetiva. A experiência europeia, com regulamentos que incluem instrumentos de abertura de mercado para estrangeiros e de fomento da participação de empresas locais como potenciais fornecedores no exterior, será a base da proposta de alteração legislativa brasileira.

Fundamentalmente, esta tese defenderá a conveniência de incluir na Lei de Licitações e Contratos Administrativos dispositivos que auxiliem a internacionalização do setor privado brasileiro, colaborando para que empresas nacionais se convertam em fornecedoras de bens e serviços a Estados estrangeiros.

Independentemente das negociações acerca da acessão ao ACG da OMC pelo Brasil, torna-se necessário superar divergências conceituais acerca das estratégias de inserção internacional do país em um momento de extrema complexidade para a manutenção da estabilidade do cenário internacional. Acordos dessa natureza não devem comprometer as relações que o Brasil mantém com importantes parceiros que, na atualidade, posicionam-se de forma antagônica³⁰. Nesse sentido, considerando o atual cenário internacional e elementos que transcendem o domínio da contratação pública, averiguar-se-á se a acessão do Brasil ao ACG é oportuna ou inoportuna.

Ao fim do itinerário proposto nesta introdução, esta pesquisa apresentará contribuições para o avanço do estudo do Direito Global da Contratação Pública, colaborando para o enriquecimento do debate acadêmico mediante a problematização das estratégias utilizadas no Brasil para promover a integração do país ao mercado mundial da contratação pública³¹.

setores, a exemplo das Parcerias de Desenvolvimento Produtivo, que são fundamentais para transferência de tecnologia para o país no setor farmacêutico e configurariam offsets proibidos pelo ACG. A indústria brasileira, de forma geral, é favorável ao aumento da concorrência nas licitações, desde que em condições mais isonômicas, o que depende de uma reforma tributária abrangente que afaste problemas do sistema tributário brasileiro, além de outras reformas que ataquem problemas estruturais do país que impactam a competitividade das empresas brasileiras. Há questões sistêmicas que refletem preocupações da indústria brasileira e que poderão ser úteis para o posicionamento do Brasil nas negociações para acessão ao ACG". CNI - Confederação Nacional da Indústria. *Negociações para acessão do Brasil ao acordo da OMC em compras governamentais: posição da indústria*. Brasília. CNI, 2021. p. 65.

³⁰ Aqui se faz referência ao conflito militar que se desenvolve na Ucrânia. Por um lado, encontram-se os Estados Unidos da América e a União Europeia; por outro, China e Rússia.

³¹ Pesquisadores vêm observando uma recente abertura do mercado nacional de contratações públicas. Nesse sentido: "E foi nesse contexto que o Tribunal de Contas da União, recentemente, no Acórdão nº 2010/2022 -