

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito e administração pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr, Henrique Ribeiro Cardoso, Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-038-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito e Administração Pública I do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe (UFS), cidade de Aracaju SE, caracterizou-se pela atualidade dos temas versados. Dentre estes, evidenciam-se, por sua recorrência, a improbidade administrativa e as contratações públicas.

Há uma série de acontecimentos e modificações na área do Direito, as quais emergem altas indagações sobre a essencialidade do estudo relacionado ao Direito Administrativo e à Administração Pública.

Dentro desse contexto é que o livro em apreço aborda questões relacionadas aos mais variados assuntos do Direito Administrativo hodierno, inclusive refletindo acerca dos princípios e do regime geral de licitações no Brasil.

A diversidade dos temas apresentados e reunidos nesse Grupo de Trabalho, além de refletir um anseio generalizado de abordagens da Administração Pública concertada, implica imensa satisfação por parte dos seus Coordenadores ao vivenciarem tão enriquecedora experiência, invulgar nas observações e discussões de si extraídas em conjunto com tais pesquisadores intimamente ligados ao desenvolvimento nacional. E, para facilitar a experiência e revisitação aos temas e seus autores, a seguir faz-se breve descrição do conteúdo que será encontrado ao longo de toda a obra

Tratando da análise da Lei de Acesso à Informação nos portais do Poder Legislativo Federal, a autora Clarissa Teresinha Lovatto Barros realiza esse estudo com o intuito de verificar a efetividade da Lei de Acesso à Informação no Legislativo Federal como ferramenta de controle social e transparência do Poder Legislativo Federal.

Evidenciando as influências da atuação do Tribunal de Contas da União no trabalho de regulação que vem sendo desenvolvido pela Anatel, a autora Ana Cristina Melo de Pontes Botelho buscou verificar se esta vem adotando as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

Na medida em que a Lei de Licitações é o principal instrumento normativo nas aquisições de bens e serviços para a Administração Pública, o autor João Carlos Medrado Sampaio trata da

eficácia das normas de licitação, em especial da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), na promoção da concretização do princípio constitucional da plena satisfação do interesse público.

Versando sobre a legitimidade da ingerência do Judiciário no âmbito da realização e controle das políticas públicas como forma de concretização constitucional dos direitos fundamentais dos cidadãos ou como invasão de competência alheia, a pesquisadora Marília Ferreira da Silva observa que há um espaço de intangibilidade sobre o qual não pode existir qualquer intervenção extraordinária.

No trabalho *Parcerias Público-Privadas (PPP): Uma análise crítica modernização da Administração Pública em face da reforma do Estado*, os autores Gustavo Brígido Bezerra Cardoso e Aldemar Monteiro da Silva Neto tratam do alcance da desestatização por meio das privatizações e das delegações como ferramenta no aprimoramento das relações do Estado com a iniciativa privada.

Em *Improbidade Administrativa no exercício da Função Jurisdicional*, o pesquisador Jailsom Leandro de Sousa trata da sanção por prática de atos de improbidade administrativa prevista na Constituição Federal e na Lei 8.429/92, em especial sobre a possibilidade de os juízes serem responsabilizados por tais atos quando no exercício da função jurisdicional, fundado no fato de a constituição e a lei não terem feito distinção de pessoas e nem de tipos de atividades funcionais.

Realizando uma releitura do Princípio da Supremacia do Interesse Público em detrimento do Interesse Privado à luz do Estado Constitucional de Direito, os autores Gina Chaves e Érico Andrade buscam demonstrar que a Administração Pública tem no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado um instrumento efetivo para atender ao Estado Constitucional de Direito, na busca pela implementação dos direitos e garantias fundamentais.

Os autores Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo e Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça em *A absolutização do Direito Administrativo na Utopia Racionalista* demonstram como o Direito Administrativo se torna, na visão deles, absoluto ou total nas sociedades utópicas em decorrência da necessidade constante de manutenção da ordem artificial em detrimento da ordem espontânea.

Em A responsabilidade do estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, Ronaldo Alves Marinho da Silva e Gustavo Santana de Jesus realizam uma análise do âmbito da responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional em Portugal.

Os autores Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas realizam uma análise sistêmica das licitações no âmbito do MERCOSUL e dos recursos do Fundo de Convergência Estrutural (FOCEM), dando a ideia da imprescindibilidade de que o Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL seja efetivamente incorporado pelos Estados, adquirindo vigência no espaço mercosulista e tornando-se, de conseguinte, de obrigatória observância para todos os procedimentos licitatórios realizados pelos Estados-partes e também para o FOCEM.

No artigo Crise de legitimidade do legislativo e a construção de consensos os autores Talia Bárbara Tumelero e Luiz Carlos Cancellier de Olivo tratam dessa crise apontando os fatores determinantes, as consequências deste processo na consolidação da democracia no país e alguma solução possível para esta realidade.

Abordando os principais benefícios e riscos da utilização do procedimento de manifestação de interesse social previsto na Lei 13.019/2014, que disciplina as parcerias entre o poder público e o terceiro setor, a autora Mariana Bueno Resende analisa o procedimento de manifestação de interesse já utilizado nas concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas.

Ao tratar do papel das Agências Reguladoras em cenários de instabilidade política e econômica, o autor Francisco Carlos Duarte analisa se as mesmas estão preparadas para agir imediatamente diante de momentos de instabilidade política e econômica, atenuando as consequências para a sociedade e se conferem maior credibilidade à Administração Pública.

O pesquisador Hugo Lázaro Marques Martins, ao realizar uma análise dos Consórcios Intermunicipais e a efetivação da prestação do serviço público de saúde à luz do Princípio Constitucional da Eficiência, demonstra que os Consórcios Públicos apresentam-se como uma das melhores alternativas gerenciais, já que permite a estruturação regional da prestação do serviço público.

No último artigo da coletânea, Emerson Affonso da Costa Moura e Juliana Campos Maranhão demonstram que em uma ordem constitucional voltada à centralidade dos direitos fundamentais, o poder de polícia se submeterá a um juízo de ponderação entre o interesse

público e privado envolvido, de forma a justificar a sua restrição, bem como, a limites procedimentais e substanciais para a sua aplicação.

Com a breve exposição dos trabalhos, é possível ver a atualidade, mediante o emprego de métodos vão além da mera exposição dogmática, a revelar o chamado pensamento tecnológico, voltado para a aplicabilidade e solução dos conflitos com o emprego de uma percepção mais completa e funcional do Direito na Administração Pública, de sorte a revelar investigações científicas cuja leitura recomenda-se vivamente.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr UNICURITIBA

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS

Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça - UNIFOR

**A LICITAÇÃO NO ÂMBITO DO MERCOSUL E OS RECURSOS DO FUNDO DE
CONVERGÊNCIA ESTRUTURAL (FOCEM): ANÁLISE SISTÊMICA DAS
NORMAS REGIONAIS E NACIONAIS**

**LA LICITACIÓN EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR Y LOS RECURSOS DEL
FONDO DE CONVERGENCIA ESTRUCTURAL (FOCEM): ANÁLISIS SISTÉMICO
DE LAS NORMAS REGIONALES Y NACIONALES**

**Jamile Bergamaschine Mata Diz
Roberto Correia da Silva Gomes Caldas**

Resumo

A criação de um processo de integração na parte sul do continente americano, destinado a promover um aprofundamento das relações entre os Estados participantes, resultou na necessidade de discutir os aspectos vinculados à harmonização de normas que influenciam a política econômica, notadamente no que tange à gestão e controle dos recursos públicos utilizados para atenuar as assimetrias intrabloco. Neste sentido, o objetivo do presente trabalho será analisar a adoção, aplicação e controle desses recursos públicos no âmbito do Fundo de Convergência Estrutural do MERCOSUL (FOCEM) com as normas gerais relativas aos procedimentos licitatórios. Como tal, uma abordagem crítica do processo deve, sem dúvida, centrar-se justamente na inter-relação entre o equilíbrio dos interesses público-privados e seus reflexos sobre os procedimentos licitatórios para, posteriormente, debruçar-se sobre os aspectos originados da relação entre a integração regional, os recursos comuns gerados pelo FOCEM e a aplicação de normas licitatórias específicas, bem como a respectiva compatibilidade entre ambas as relações, o que gera uma análise sistêmica necessária para a formulação de uma política regulatória própria do bloco

Palavras-chave: Mercosul, Fundo de convergência estrutural do mercosul (focem), Licitação, Normas comuns, Análise sistêmica

Abstract/Resumen/Résumé

La creación de un proceso de integración en la parte sur del continente americano, destinado a promover una profundización de las relaciones entre los Estados participantes, resultó en la necesidad de discutir los aspectos vinculados a la armonización de normas que influyen la política económica, principalmente en lo que se refiere a la gestión y control de los recursos públicos utilizados para paliar las asimetrías intrazona. En este sentido, el objetivo del presente trabajo será analizar la adopción, aplicación y control de esos recursos públicos en el ámbito del Fondo de Convergencia Estructural del (FOCEM) y la compatibilidad con las normas generales relativas a los procedimientos licitatorios. Como tal, un examen crítico del proceso debe centrarse justamente en la interrelación entre el equilibrio de los intereses público-privados y sus reflejos sobre los procedimientos licitatorios para, posteriormente, analizar los aspectos originados de la relación entre la integración regional, los recursos

comunes generados por el FOCEM y la aplicación de normas licitatorias específicas, así como la respectiva compatibilidad entre ambas, lo que genera un análisis sistemático necesario para la formulación de una política propia aplicada en el ámbito del proceso de integración.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mercosur, Fondo de convergencia estructural, Licitación, Normas comunes, Análisis sistémico

Sumário

1. Introdução. 2. A criação do MERCOSUL e de uma estrutura orgânica voltada para a consecução do mercado comum. 3. A Licitação no âmbito do processo de integração mercosulista. 3.1. O Protocolo de Contratações Públicas e o *enforcement* de uma política de harmonização econômica. 3.2. A compatibilidade das normas nacionais com o Protocolo. 4. O FOCEM como instrumento de atenuação das assimetrias. 4.1. A aplicação dos recursos do FOCEM. 4.2. A normativa FOCEM relativa às licitações e respectivas contratações públicas. 4.3. A compatibilidade do Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL com as normas FOCEM. 4.4. A compatibilidade das normas nacionais com o Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL e do FOCEM. 5. Conclusões.

1. Introdução

O contexto histórico dos anos da década de 1990 na América Latina abarca a necessidade global de criarem-se mecanismos regionais de integração que visem à cooperação entre nações, de modo a possibilitar sua competitividade em âmbito internacional e o desenvolvimento interno, necessidade esta entrelaçada com o desfecho de uma onda redemocratizante ocorrida durante os anos da década de 1980, após períodos de regimes autoritários em diversos países, e uma abertura em maior escala dos mercados à Economia neoliberal. Assim, neste âmbito de transição regional, nasce o Tratado de Assunção, constitutivo do MERCOSUL – como é conhecido o Mercado Comum do Sul – em 1991, por meio de negociações preliminarmente bilaterais entre Brasil e Argentina que culminaram, mediante a ratificação e adesão de Uruguai e Paraguai, com a consolidação de um bloco econômico (Mata Diz, 2010).

A afirmação do MERCOSUL em âmbito internacional, durante as últimas décadas, atraiu o interesse de outras nações que firmaram Tratados de Livre Comércio e se tornaram Estados associados, ou que buscaram se tornar Estados-membros, como é o caso da Venezuela.

E é na tensão interativa de erros e acertos durante o processo de construção da integração regional que diversos mecanismos e instrumentos jurídicos (ditos, mais precisamente, institutos jurídicos) foram criados para proteger os princípios fundantes do bloco (Mata Diz, 2012) e estabelecer uma política econômica comum, calcada na formulação de um acervo jurídico próprio, com a criação de um sistema institucional

voltado também à redução das assimetrias entre os Estados partícipes desse mencionado processo de integração sul-americano.

Levando-se em consideração que tal processo de integração possui como principal objetivo o desenvolvimento regional e interno, tendo os cidadãos como principais destinatários de seus progressos, faz-se necessário analisar os efeitos das normas aplicadas para os procedimentos licitatórios no âmbito do MERCOSUL, de modo a expressar sua conformidade com os instrumentos jurídicos disponíveis.

Diante da necessidade de harmonização trazida pela própria finalidade do mercado comum, torna-se imperioso indagar sobre as questões atinentes às licitações que ocorrem nos financiamentos realizados com recursos públicos do FOCEM¹.

Ainda assim, mais do que identificar a motivação e a fundamentação das normas jurídicas vinculadas à licitação no contexto regional, é preciso analisar se caberia a criação de uma norma específica para os projetos financiados pelo FOCEM, em detrimento das normas gerais já existentes, quais sejam, as contidas no Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL (Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 27/04).

É por essa razão que, inicialmente, será realizada uma breve explanação de alguns dos principais e mais discutidos temas da atualidade em relação à influência de uma normatização regulatória específica voltada para o equilíbrio dos interesses público-privados e seus reflexos sobre os procedimentos licitatórios para, posteriormente, debruçar-se sobre os aspectos originados da relação entre a integração regional, os recursos comuns gerados pelo FOCEM e a aplicação de normas licitatórias. Esta tríade demonstra a relevância de um estudo onde se possa compreender como a utilização de recursos públicos deve guiar-se por instrumentos específicos de sua aplicação, gestão e controle.

No atual marco da política econômica e estrutural do processo de integração do MERCOSUL, deve-se ainda analisar como serão estipuladas as medidas que deverão ser observadas pelos Estados-membros, e seus respectivos órgãos, no momento, mesmo, da formulação das normas relativas à criação de um procedimento licitatório comum aplicado aos recursos públicos do FOCEM. O enfoque do presente trabalho se concentrará, portanto, na análise das normas adotadas para a gestão dos recursos públicos do FOCEM, dos instrumentos relativos ao procedimento licitatório já adotado pelo MERCOSUL (de forma geral) e a compatibilidade entre ambos.

A eleição desse tema deveu-se, em grande medida, à necessidade de compatibilizar a atuação institucional do FOCEM com os objetivos estipulados pelas normas licitatórias

¹ Especificamente sobre o contexto de criação do FOCEM e seus resultados iniciais, vide: Obara (2009: 34-36).

adotadas pelo MERCOSUL, em especial o Protocolo de Contratações Públicas (Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 27/04) que, vale mencionar, ainda não está plenamente vigente.

A metodologia de trabalho deverá centrar-se nos aspectos principais estabelecidos para uma pesquisa interdisciplinar que envolve temas de Direito Administrativo e seu tratamento pelo Direito da Integração Regional, devido especialmente ao caráter específico e singular que deve estar presente em toda análise de um sistema jurídico próprio aplicado a um determinado tipo de relação interestatal, como é o caso do MERCOSUL.

Nesse sentido, devem-se utilizar métodos que permitam verificar a criação e aplicação de normas voltadas para a gestão e controle dos recursos públicos do FOCEM e sua observância pelos Estados-partes. Os métodos histórico e indutivo permitirão estabelecer as premissas conceituais e práticas aplicadas ao tema da licitação no âmbito do processo de criação das políticas setoriais voltadas para o desenvolvimento do presente trabalho, ao possuírem maior inter-relação com a política econômica.

No que tange à vertente teórico-metodológica, planeja-se seguir uma linha crítico-metodológica, resultante de uma teoria crítica da realidade segundo Gustin e Dias (2002), com os respectivos problemas derivados de um processo de integração cujos participantes apresentam um alto grau de assimetria.

2. A criação do MERCOSUL e de uma estrutura orgânica voltada para a consecução do mercado comum

O Tratado de Assunção, em seu preâmbulo, apresenta os objetivos da associação que são: ampliação das atuais dimensões dos mercados nacionais; aceleração dos processos de desenvolvimento econômico com justiça social; aproveitamento eficaz dos recursos disponíveis; preservação do meio ambiente; melhoramento das condições fiscais; coordenação das políticas macroeconômicas e setoriais; fundamentação dos princípios da gradualidade, flexibilidade e equilíbrio; promoção do desenvolvimento científico e tecnológico.

O seu Capítulo I prevê os propósitos e princípios que devem ser implementados para que o mercado comum seja uma realidade, evidenciando-se a livre circulação de bens, serviços e de fatores produtivos (capital) entre os países-membros, por intermédio da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias, o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a harmonização das legislações nas áreas pertinentes.

Para tanto, conta-se com uma estrutura orgânico-institucional do próprio MERCOSUL, definida pelo Protocolo de Ouro Preto de 1994, que inclui o Conselho do Mercado Comum (CMC), o Grupo Mercado Comum (GMC), a Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM), a Comissão Parlamentar Conjunta, o Foro Consultivo Econômico e Social e a Secretaria Administrativa².

Quanto à aquisição de bens e serviços por parte dos Estados-membros ou associados Vieira (2010:20) ressalta que:

Enfocando especificamente a temática da licitação, o Grupo Mercado Comum (GMC), que é o órgão executivo do MERCOSUL, expediu em 1997 a Resolução GMC nº 79/97 criando o Grupo *Ad Hoc* de Compras Governamentais com a missão de elaborar um regime de compras governamentais de bens e serviços no MERCOSUL. Em 1998, considerando os lineamentos propostos pelo referido Grupo *Ad Hoc*, é adotada a Resolução GMC nº 34/98 que estabeleceu novos lineamentos para a elaboração de um regime de compras governamentais de bens e serviços no MERCOSUL.

Na sequência cronológico-normativa, o Conselho do Mercado Comum (CMC), órgão superior do MERCOSUL que tem a função de conduzir politicamente o processo de integração regional, exarou, em um primeiro momento, a Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 40/03, derrogada pela Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 27/04 que estabelece o atual Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL (PCPMS) e seus respectivos Anexos, o qual resta, ainda, complementado pelas posteriores Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 55/04, ante a instituição do Regulamento do Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL (RPCPMS), e Resolução GMC nº 35/04, que transforma o Grupo *Ad Hoc* de Compras Governamentais em Grupo de Contratações Públicas do MERCOSUL (GCPMS), encarregando-o não apenas de administrar a implementação do referido Protocolo (PCPMS) e seu correspondente Regulamento (RPCPMS), mas também de ampliar seu alcance e de aperfeiçoar sua aplicação pelos Estados-partes.

Além disso, é de se realçar as funções da Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM), tida como o órgão técnico encarregado de administrar os instrumentos de política comercial comum, incluindo também os relacionados à concorrência, contando, sobre este tema, com o auxílio do Comitê Técnico nº 5 sobre Defesa da Concorrência (CT5).

E, no que tange à execução, controle e monitoramento dos projetos financiados pelos Estados-membros com recursos provenientes do MERCOSUL, tem-se o seu Fundo de Convergência Estrutural (FOCEM) (cujas funções serão, de forma mais detida, adiante

² Vide a respeito: Gomes (2014: 124-132); Mata Diz e Orantes (2012: 28-29).

perscrutadas), existindo, ainda, como parte da estrutura institucional vinculada a ditos projetos, a Comissão de Representantes Permanentes do MERCOSUL - CRPM.

A CRPM foi criada pela Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 11/03 e representou, naquele momento, um avanço importante para o desenvolvimento dos diálogos governamentais sobre a estrutura organizacional do MERCOSUL, demonstrando o reconhecimento, por parte dos governos nacionais, da necessidade de se reforçar o quadro institucional então existente nesse processo integrativo regional, de sorte a torná-lo mais harmônico e eficiente. No preâmbulo da supracitada decisão que criou a CRPM, foram especificadas as referências explícitas ao reforço do quadro institucional como parte essencial da renovação do MERCOSUL.

Nos anos que se seguiram, todavia, verificou-se um certo “esvaziamento” das funções da CRPM³, a partir de um aparelhamento exclusivamente político do órgão (não por acaso ocupado por ex-presidentes ou figuras políticas importantes), com nítido enfraquecimento do seu exercício inclusive quanto à aprovação e controle dos projetos financiados pelo FOCEM (funções estas a si atribuídas quando da criação do Fundo), o que prejudica, e muito, sua capacidade de satisfação da necessidade de impor uma imperiosa harmonização das normas licitatórias nacionais, a partir das regionais gerais e específicas do próprio FOCEM, o que demonstra claramente a falta de uma verdadeira institucionalidade e funcionalidade da Comissão e do próprio Fundo que a seguir será melhor analisada.

3. A Licitação no âmbito do processo de integração mercosulista: breve aproximação

Esse assunto requer uma atenção especial por parte dos governantes integrantes do bloco no sentido de se dirimirem as barreiras existentes, uma vez que as oscilações econômicas dos seus respectivos países interferem direta ou indiretamente em qualquer modelo de integração.

O movimento das compras públicas traz para o processo de integração inúmeros benefícios, bem como para as empresas fornecedoras de bens e/ou serviços, fazendo com

³ Inicialmente as funções da CPRM eram: assistir o Conselho do Mercado Comum e a Presidência Pro-Tempore do MERCOSUL em todas as atividades que sejam requeridas por qualquer deles; apresentar iniciativas ao Conselho do Mercado Comum sobre matérias relativas ao processo de integração do MERCOSUL, às negociações externas e à conformação do Mercado Comum; fortalecer as relações econômicas, sociais e parlamentares no MERCOSUL, estabelecendo vínculos com a Comissão Parlamentar Conjunta e o Foro Consultivo Econômico e Social, assim como com as Reuniões Especializadas do MERCOSUL. Posteriormente, com a criação do FOCEM, à CRPM foi atribuída a função de sua gestão e supervisão.

que os países integrantes do bloco comecem a pensar em novos modelos e sistemáticas com vistas a agilizar esse campo da integração, até o momento pouco explorado.

Nesse sentido, a criação de uma norma comum destinada a regular as compras públicas, mediante a aplicação de um procedimento próprio, com a adoção de um sistema voltado para o fortalecimento da integração e a diminuição das assimetrias, deve ser objeto de atenção por parte dos idealizadores do MERCOSUL, uma vez que sua finalidade é estabelecer um mercado comum.

Não se pretende aqui realizar um estudo pronto e acabado sobre todas as disposições do Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL (PCPMS), já que tal tarefa demandaria um estudo monográfico específico, ou mesmo analisar, *pari passu*, todos os efeitos gerados pela aplicação de tais disposições, mas tão só examinar, ainda que brevemente, os principais aspectos do referido instrumento de forma que, posteriormente, se possa discutir sua compatibilidade com a normativa FOCEM, especialmente no que se refere ao âmbito de incidência e à aplicação dos princípios que regem as compras públicas.

O Protocolo tem como âmbito de incidência o verificado nas disposições previstas pelo seu art. 2º, as quais podem, assim, ser consideradas a partir da conjugação dos seguintes requisitos (Vieira, 2010):

- a) em relação à estrutura político-administrativa e a aplicação a todos os níveis organizacionais (esferas de governo): o Protocolo determina a aplicação a todo e qualquer ente estatal (Estado federado, Província – ou, no caso brasileiro, Município – departamento etc.), mas, contudo, nota-se que, até o momento, Brasil e Argentina (que se caracterizam como sistemas federativos de Estado) não incluem as entidades internas federativas (conforme se depreende do anexo I do PCPMS);
- b) a criação de listas de bens e serviços: observa-se que, em relação aos bens, excluem-se aqueles previstos no Anexo II do PCPMS – consubstanciando uma lista negativa de bens – e, em relação aos serviços, somente incluem-se os previstos no Anexo III do PCPMS – traduzindo, de conseguinte, uma lista positiva – e, em relação às obras públicas, somente incluem-se as previstas no Anexo IV do PCPMS – aqui também adotando-se o sistema de lista positiva;
- c) a determinação de um sistema de valores e as respectivas exceções: estes valores são os estabelecidos no Anexo V e estão sujeitos a um mecanismo de ajuste automático a cargo da CCM, com exceção das seguintes hipóteses: i) financiamento externo, em que as licitações se sujeitarão às normas estabelecidas pelo financiador (art. 2.4), como é o caso das *Guidelines* do Banco Mundial ou “diretrizes” do Banco Internacional para a Reconstrução e

Desenvolvimento (BIRD); ii) situações que forem regidas pelo Protocolo de Montevideu sobre Comércio de Serviços do MERCOSUL (art. 2.5), de acordo com a Lista de Compromissos Específicos deste instrumento; iii) contratações públicas sob regime de delegações a prestadores privados (art. 2.6), iv) as obras e serviços que por disposições legais sejam prestadas ao Estado diretamente por entidades públicas (art. 2.7).

Como tal, a compatibilização das normas dos respectivos sistemas jurídicos dos Estados-membros do MERCOSUL é vista como indispensável para que se possa concretizar a integração econômica regional, consoante, inclusive, extrai-se do contido no art. 1º, do Tratado de Assunção, c/c o art. 17.1, do Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL (PCPMS), o qual, a seu turno, estabelece como princípios licitatórios regionais a não discriminação, legalidade, objetividade, imparcialidade, igualdade, devido processo, publicidade e transparência (*disclosure*)⁴, vinculação ao instrumento convocatório, concorrência e os demais que concordem com eles (art. 1.2, c/c art. 17.1).

Dessa maneira, o PCPMS prevê que informações de interesse de possíveis licitantes devem estar disponíveis de forma a atender os princípios da publicidade e transparência, inclusive sendo inseridas em publicações específicas de cada Estado-membro (além das oficiais), cuja lista se mostra no Anexo II do RPCPMS (art. 1, “b”), consoante previsto no art. 30.2, sem prejuízo dos arts. 21, 22 e 26, do PCPMS, que também trazem regras específicas sobre estes princípios.

Tais princípios – considerados como estruturantes do sistema licitatório regional – devem conduzir à formulação de certames com regras claras e específicas para quaisquer tipos de procedimentos, a garantir a ampla competitividade e concorrência conforme expressa o art. 17.1, do PCPMS, apresentando-se enquanto a gênese a ser observada nas espécies licitatórias regionais abrangidas por este Protocolo, cujos aspectos específicos são:

a) tratamento da nação mais favorecida: expressamente estabelece que não poderão ser objeto de quaisquer tipos de discriminação e/ou diferenciação, as licitações feitas no âmbito de cada Estado em relação aos bens, serviços, prestadores, fornecedores que se originem de outro ente estatal partícipe do MERCOSUL. A aplicação da cláusula inclui obviamente aqueles tipos de obras e serviços abarcados por si e prevê, ainda, a possibilidade de não aplicação do tratamento igualitário em casos onde se comprove que a empresa prestadora ou fornecedora efetivamente não realize atividades comerciais substantivas; contudo, o instrumento não estabelece quais seriam as condições para que se pudesse averiguar a

⁴ A transparência ou publicidade, a exemplo do seu contexto orçamentário nacional, segundo o qual os cidadãos têm direito de saber das fases que antecedem e sucedem a aplicação dos recursos, decorre do princípio republicano (Caldas, 2011:119) e, no caso, da plena integração regional tal qual almejada.

“substantividade” de tais atividades, o que resulta num conceito plurissignificativo, com alto grau de abstração e subjetividade;

b) requisitos técnicos: a normatização do MERCOSUL estabelece que os requisitos técnicos para o processamento das licitações, no que tange à elaboração dos critérios de concorrência, não poderão ser colocados como barreiras para uma participação igualitária entre prestadores e fornecedores, ou seja, não se admite a possibilidade de que haja um direcionamento do procedimento licitatório de forma que somente um prestador possa efetivamente participar do certame. Textualmente, o art. 9.2 do Protocolo dispõe que “As especificações técnicas serão formuladas em função das propriedades de uso e emprego do bem e do destino do serviço ou obra pública e incluirão requisitos objetivos que sejam essenciais ao cumprimento do objeto da contratação”;

c) procedimentos: prevê dois tipos de procedimento, tais sejam, licitação pública ou contratação direta. Neste caso, fixa a referida norma que o procedimento de contratação direta não deve ser utilizado como meio para evitar a “máxima concorrência” nem para favorecer os bens e serviços provenientes de empresas nacionais. Relaciona, ainda, os casos em que tal modalidade licitatória poderá ocorrer, quais sejam: i) ausência de ofertas quando da realização de licitação pública (deserta) ou quando as ofertas apresentadas não forem compatíveis com os requisitos da licitação; ii) especialidade da oferta em virtude do tipo de bem ou serviço; iii) por razão de extrema urgência ou emergência, desde que comprovado que não será possível obter os bens ou serviços ou obras a tempo mediante licitações públicas, ou sua realização prejudique seriamente as atividades da entidade contratante; iv) nos casos de notória especialização para a consecução do serviço ou a realização da obra, comprovada a notoriedade mediante desempenho prévio, estudos, experiência, publicações, organização, equipamentos, pessoal técnico ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, entre outros;

d) qualificação e acesso às listas ou registros de fornecedores e prestadores: em princípio, não se prevê um procedimento único de qualificação das ofertas a ser estabelecido para a contratação pública no espaço mercosulista; não obstante, prescreve que algumas disposições relacionadas com a necessidade de que a qualificação técnica, a idoneidade econômico-financeira, bem como a comprovação da atuação de experiência prévia, não possa ser considerada como obstáculos à participação das licitações realizadas pelos Estados-partes. O regramento regional insta, ainda, que as normas nacionais sejam aplicadas de modo a evitar o tratamento discriminatório e que as entidades subnacionais adotem o mesmo procedimento de qualificação, o que, no caso do Brasil, seria de difícil aplicação

dada a competência legislativa em matéria licitatória e sua aplicação pelos entes estatais. Cabe observar, outrossim, que o Protocolo busca garantir um acesso igualitário de todos os fornecedores e prestadores às listas ou registros mantidos pelos Estados-membros, de modo que a inscrição, habilitação ou qualificação possa ocorrer a qualquer momento, e que não haja discricionariedade na inclusão dessas listas ou registros; todos os fornecedores e prestadores incluídos nas listas ou registros devem ser notificados da suspensão temporária ou do cancelamento dessas listas ou registros.

O Protocolo prevê, também, quais serão as informações que deverão constar do edital de licitação (art. 23), o procedimento para abertura das propostas (art. 24), bem como a adjudicação do contrato no caso da proposta vencedora. Neste sentido, é interessante observar que o art. 25.6 estipula um tratamento diferenciado em relação às contratações extra-zonas, o que significa que haverá uma cláusula de preferência MERCOSUL, conforme explica Vieira (2010:117-118):

Essa preferência será efetivada através da oportunidade concedida aos beneficiários do presente Protocolo de igualar a melhor oferta, mantidas como mínimo as características técnicas apresentadas na oferta inicial, sempre e quando a diferença entre estas não seja superior a 3% (três por cento), conforme o critério de avaliação das ofertas.

Por isso, deve-se entender pela coexistência das preferências nacionais e MERCOSUL, ao menos enquanto o processo integracionista não atingir um patamar que possibilite a plena efetividade da máxima do Tratamento Nacional. A Preferência MERCOSUL deverá incidir de acordo com as regras de origem vigentes no MERCOSUL, ou seja, de acordo com o Regime de Origem MERCOSUL (ROM), este último é estabelecido na Decisão CMC 01/04 e como regra geral exige que para serem considerados originários do MERCOSUL os bens devem ser integralmente elaborados no território de um dos Estados Partes do MERCOSUL, usando materiais originários, ou no mínimo 60% originários.

Vale ressaltar que além da previsão dos procedimentos de publicidade dos resultados da licitação regional, determina-se como poderão ser realizadas as reclamações relativas a cada uma das etapas do procedimento adotado.

3.1. O Protocolo de Contratações Públicas e o *enforcement* de um processo para a harmonização e coordenação das políticas macroeconômicas

A coordenação das políticas macroeconômicas, imposição determinada pelo Tratado de Assunção, em seu art. 1º, reforça a necessidade de serem compatibilizados os instrumentos regulatórios existentes em cada um dos Estados-partes. Uma das facetas dessa coordenação reside justamente na harmonização das normas que afetam o mercado comum e as chamadas quatro liberdades fundamentais: livre circulação de bens, serviços, pessoas e fatores produtivos (capital).

A harmonização pode ser definida como a adoção, a nível comunitário, de regras que tendem a assegurar o bom funcionamento do mercado comum e as normas que devem se conformar com as legislações nacionais. Neste caso, estaríamos na presença de uma legislação em duas fases: uma comunitária, que se impõe aos Estados-membros, e outra, nacional, que cria direitos e impõe obrigações aos particulares, conforme previsto nas normas do direito comunitário. Trata-se de uma harmonização vertical que prevê modificações somente nos setores que efetivamente condicionam a criação de um mercado comum, quais sejam as políticas macroeconômicas.

Para que haja uma harmonização legislativa, deve-se reconhecer um órgão dotado de competência supranacional, e que seja encarregado de elaborar as normas que irão vigorar para os países-membros. Tal órgão deverá vir dimensionado pelo tratado ou acordo que foi celebrado pelos Estados-partes. Se o tratado criar uma ordem jurídica supranacional, a harmonização se dará mediante os instrumentos veiculados por este órgão.

Ao contrário do sistema europeu, o Tratado de Assunção não implica a aceitação ou aplicação de um direito comunitário, pelo menos durante o período de transição, isto é, descartou-se a criação de um sistema jurídico supranacional até 31 de dezembro de 1994, e até o presente momento não foram envidados maiores esforços no sentido de efetivá-lo.

Observando-se o processo de constituição do MERCOSUL, percebe-se que o Tratado de Assunção prioriza a formação de um mercado comum, não se limitando apenas a uma harmonização vinculada à união aduaneira. A harmonização no Tratado pode se definir em dois pontos básicos. Em primeiro lugar, partindo dos princípios inspiradores do Tratado e dos objetivos do MERCOSUL, e em segundo lugar, analisando-se as disposições do Tratado que aludem à liberdade de circulação. Os princípios inspiradores podem ser extraídos da natureza adotada pelo MERCOSUL e do sistema econômico regido pelo Tratado de Assunção, do qual se depreende o caráter neoliberal no que concerne à sua estrutura interna e em relação à natureza de suas “trocas” exteriores (Mata Diz, 2000).

Os mais importantes princípios encontrados e que possuem maior incidência na harmonização das normas destinadas a garantir o funcionamento do mercado comum são: a economia de mercado, inspirada nos postulados do liberalismo econômico; a igualdade de tratamento e o princípio da não discriminação (Mata Diz, 2000). Pode-se afirmar que a interação entre estes princípios será determinante para a continuação do processo de harmonização já iniciada (com a adoção, por exemplo, de uma tarifa externa comum), tendo sempre presente que existem limitações de caráter técnico e que a estas se deve somar outras

de natureza política que, definitivamente, marcam o ritmo e a intensidade do processo harmonizador.

A harmonização como um todo é um processo contínuo e controlado de autoadaptação das estruturas que reagem entre si devido às características de seus objetivos e das metas definidas em comum. A necessidade deste processo evolutivo é evidente e está explícita nos projetos da formação de uma união aduaneira, porque esta dificilmente poderá subsistir mantendo-se no simples estado aduaneiro. Logo, a supressão de barreiras aduaneiras traz como consequência a aparição de outros obstáculos para a finalização dos fluxos comerciais, até então ignorados pelo simples fato de que seu nível de ação se restringia ao nível de proteção tarifária.

De qualquer forma que se conceba a harmonização, seja como meio de organizar a coexistência entre as diferentes legislações nacionais, seja como manifestação da vontade de aproximar os elementos macroeconômicos que incidem sobre o mercado comum, o certo é que o avanço da mesma requererá uma evolução paralela na marcha da integração econômica. Sob a óptica das perspectivas técnicas, deve-se destacar os distintos níveis de atuação previstos pelo Tratado de Assunção, no âmbito da harmonização, cujo objetivo se configura no mercado comum, e um dos principais instrumentos é a aproximação das políticas macroeconômicas.

Não obstante, no Tratado de Assunção a integração não vem expressamente prevista para todos os graus do processo de forma homogênea, havendo um cronograma preciso para a fase da zona de livre comércio. Em todas as demais fases o meio de atuação se reduz à simples expectativa da cooperação. Como expressão da soberania e autonomia nacional, a cooperação, de certa forma, está dependendo dos interesses nacionais e das sólidas estruturas econômicas, que encontram na manutenção da autonomia estatal a melhor das proteções. Isto explica as tendências centrífugas dos interesses nacionais que constituem a principal dificuldade da adequação de uma política de harmonização (Mata Diz, 2000).

Agora bem, a relação entre harmonização e procedimento licitatório é dinâmica e contínua e afeta intrinsecamente a liberdade de circulação, uma vez que pode determinar condicionantes impeditivos para a realização de uma atividade, o intercâmbio de mercadorias ou a prestação de serviços no âmbito do mercado interno. Neste sentido, se pode verificar a importância de uma norma comum – aplicada de forma uniforme – pelos Estados-partes do processo de integração, de modo a evitar um tratamento discriminatório, a concorrência desleal e a ausência de condições equitativas de acesso aos mercados nacionais. Conforme ressalta o Informe MERCOSUL BID/INTAL (2000:73):

O avanço na construção da união aduaneira deve introduzir algum tipo de tratamento comum às compras do setor público; com efeito, a discriminação em favor dos provedores nacionais – em detrimento dos seus concorrentes sub-regionais – gera uma desigualdade nas condições de concorrência no interior do mercado ampliado, que não parece ser compatível com a ideia e os objetivos da integração. (...) A existência de regimes de compras governamentais diferentes nos Estados membros do Mercosul dificulta o processo de harmonização a escala sub-regional.

4. O FOCEM como instrumento de atenuação das assimetrias

É mister assinalar que o MERCOSUL não previu desde o Tratado de Assunção nenhum mecanismo concreto para corrigir as assimetrias existentes entre as grandes e as pequenas economias, ou entre as regiões muito desfavorecidas da periferia dos países, e as mais favorecidas historicamente em meio ao processo de integração (Mata Diz, 2010). A importância do tratamento das assimetrias num processo de integração que envolve atores tão díspares (tanto em tamanho geográfico e populacional, quanto em índices de desenvolvimento econômico e social) é apontada por Bouzas e Motta Veiga (2008: 237) ao enfatizarem que:

No MERCOSUL as assimetrias estruturais entre países são muito importantes, seja pela mensuração de indicadores de tamanho econômico, PBI per capita, composição da produção, grau de abertura ou estrutura do comércio (...). As assimetrias entre regiões do interior dos países membros também são muito importantes: as regiões mais ricas do MERCOSUL têm um rendimento per capita várias vezes superior ao das regiões mais pobres e a complexidade da estrutura produtiva também varia consideravelmente.⁵

Esse tema surgiu nas reuniões celebradas pelos Chefes de Governo da região durante o início da década de 2000. Na Cúpula de Assunção (2001), os Presidentes do MERCOSUL reconheceram pela primeira vez que o mercado ampliado não era suficiente para tornar competitivos os sócios menores, e que era necessário melhorar as condições de todas as regiões dentro dos grandes países para aumentar a produtividade e a coesão social no MERCOSUL. Esta nova perspectiva é a primeira tentativa de superar uma tendência, histórica nos países do MERCOSUL, de marginalização das regiões geográficas mais distantes da metrópole e dos centros econômicos mais dinâmicos dos quatro países (Mata Diz, 2011).

A partir das discussões desenvolvidas na Reunião de Assunção e de Belo Horizonte (julho de 2003 e dezembro de 2004)⁶, se começou a criar um Grupo de Trabalho cujo

⁵ No original: “En el MERCOSUL las asimetrías estructurales entre países son muy importantes, ya sea que se las mida por indicadores de tamaño económico, PBI per capita, composición de la producción, grado de apertura o estructura del comercio. Las asimetrías entre regiones al interior de los países miembros también son muy importantes: las regiones más ricas del MERCOSUL tienen un ingreso per capita varias veces superior al de las regiones más pobres y la complejidad de la estructura productiva también varía considerablemente”.

⁶ MERCOSUL/CMC/ACTA n° 01/03 y MERCOSUL/CMC/ATA n° 02/04, respectivamente.

principal objetivo foi elaborar um projeto de Fundo de Convergência com o objetivo de impulsionar o desenvolvimento nas regiões do processo mercosulista. No início, os representantes governamentais se deram conta de que o MERCOSUL não tendia a favorecer aos mais de 200.000.000 (duzentos milhões) de habitantes dos quatro países, mas que se concentrava em uma área de 60.000.000 (sessenta milhões) de habitantes, que é a que historicamente abarca as maiores cidades e as maiores indústrias, do Rio de Janeiro até Córdoba.

A fonte de inspiração pela qual se começou a visualizar a necessidade de corrigir esta situação foi a experiência europeia, por meio do que se chamou “política de convergência estrutural”. Dando início aos trabalhos, foi criado um grupo de alto nível, com representantes dos Ministros de Economia e de Relações Exteriores dos quatro países, com o objetivo de elevar ao Conselho de Presidentes as bases para a constituição de um fundo comum que permitisse financiar a convergência estrutural, e identificasse iniciativas e programas para alcançá-la⁷.

Este Grupo se reuniu numerosas vezes em Montevideu. A abordagem se baseou em dois aspectos: uma direcionada aos países menores, Paraguai e Uruguai, e outra para as grandes regiões. As dificuldades foram, em primeiro lugar, determinar o montante dos próprios recursos, para os quais não somente se necessita ampla negociação, mas também vontade política dos respectivos Estados em assumir o pagamento de tais recursos.

Assim, para diminuir as assimetrias existentes se implantou, a partir de 2006, um Fundo comum para a integração estrutural do MERCOSUL. O Fundo de Convergência Estrutural foi criado para ajudar os sócios do bloco com menor desenvolvimento econômico, a fim de lograr uma certa equiparação e diminuir as assimetrias, segundo os acordos firmados pelos chanceleres e negociadores dos quatro países-membros plenos do MERCOSUL, nas reuniões prévias realizadas no mês de junho de 2005 (Mata Diz, 2009).

Vale ressaltar que a questão das assimetrias possui uma forte inter-relação com o regime democrático, ante sua consolidação e estabilidade política, conforme comenta ARTURI ao tratar dos requisitos para o aprofundamento do processo de integração mercosulista (2013:331):

(...) caracteriza uma integração consolidada, processo ainda distante da realidade atual, pois exige redução de assimetrias, aumento da estabilidade política,

⁷ Este Grupo de alto nível, segundo a Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. n° 19/04, teve como principais objetivos: a) identificar iniciativas e programas para promover a competitividade dos Estados-partes – em particular das economias menores – e a convergência estrutural no MERCOSUL; b) propor fórmulas de financiamento para a implantação das iniciativas e programas mencionados, assim como para o funcionamento e fortalecimento da estrutura institucional do MERCOSUL.

consolidação da democracia, redução das tensões interestatais e respostas efetivas a desafios comuns.

A Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 18/05 (no Brasil incorporada pelo Decreto nº 5.969/06), que dispõe sobre a Integração e o funcionamento do Fundo de Convergência Estrutural e Fortalecimento da Estrutura Institucional do MERCOSUL (FOCEM), determina que a criação deste Fundo se destina a respaldar os seguintes objetivos: i) promover a convergência estrutural; ii) desenvolver a competitividade; iii) promover a coesão social, em particular das economias menores e regiões menos desenvolvidas, e apoiar o funcionamento da estrutura institucional e o fortalecimento do processo de integração.

Vale ressaltar que a Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 45/04, no seu art. 2º, estabelece o conteúdo dos programas que devem ser financiados pelo Fundo, atribuindo a cada um deles uma especificidade. Com base nas disposições da Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 18/05 e da Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 01/10 (art.36 – no Brasil incorporada pelo Decreto nº 7.362/10)⁸, se atribuiu a cada um dos eixos financiáveis, linhas de ação, as quais devem ser observadas para que se possa começar o projeto de solicitação dos fundos. De modo geral, as iniciativas estão distribuídas da seguinte maneira (Mata Diz, 2009):

a) Programas de Convergência Estrutural: as atividades destacadas na Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 01/10 que se referem a esse programa são: i) construção, adequação, modernização e recuperação de vias de transporte; de sistemas logísticos e de controle fronteiriço que otimizem o fluxo da produção e promovam a integração física entre os Estados Partes e entre suas sub-regiões; ii) exploração, transporte e distribuição de combustíveis fósseis e biocombustíveis; iii) geração, transmissão e distribuição de energia elétrica; e iv) implantação de obras de infraestrutura hídrica para contenção e captação de águas, de saneamento ambiental e de macrodrenagem;

b) Programas de Desenvolvimento da Competitividade: em dito programa estão incluídos os seguintes componentes: i) geração e difusão de conhecimentos tecnológicos direcionados a setores produtivos dinâmicos; ii) metrologia e certificação da qualidade de produtos e processos; iii) rastreamento e controle de saúde de animais e vegetais; garantia da segurança e da qualidade de seus produtos e subprodutos de valor econômico; iv) desenvolvimento de cadeias produtivas em setores econômicos dinâmicos e diferenciados; v) promoção da

⁸ Regulamento do FOCEM, cuja vigência é de 4 (quatro) anos a partir do procedimento previsto no art. 40, parágrafo 3, do Protocolo de Ouro Preto, podendo o Conselho do Mercado Comum - CMC decidir sobre sua prorrogação pelo prazo que julgar conveniente, consoante previsto em seu próprio art.80. Cabe mencionar que substituiu o Regulamento anterior, a Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº24/05, então promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.985, de 13 de dezembro de 2006, cujo prazo de vigência de dois anos foi contado a partir de setembro de 2007.

vitalidade de setores empresariais, formação de consórcios e grupos produtores e exportadores; vi) desenvolvimento de competências associadas à execução, à gestão e ao melhoramento de processos de manufatura, de serviços e de negócios; vii) reconversão, crescimento e associatividade das pequenas e médias empresas, sua vinculação aos mercados regionais e promoção da criação e desenvolvimento de novas iniciativas; viii) capacitação profissional e em autogestão, organização produtiva para cooperativismo, associativismo e incubação de empresas; ix) promoção e diversificação dos sistemas nacionais de inovação científica e tecnológica;

c) Programas de Coesão Social: segundo o art. 36, da Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 01/10, os projetos apresentados no âmbito desse programa deverão contribuir para o desenvolvimento social, em particular nas zonas de fronteira, e poderão incluir projetos de interesse comunitário em áreas de saúde humana, educação, redução da pobreza e do desemprego, abarcando componentes que vão desde a implantação de unidades de serviço e atenção básica em saúde até medidas específicas de combate à pobreza;

d) Programas de fortalecimento da estrutura institucional e do processo de integração: os projetos apresentados no âmbito deste programa deverão atender ao aperfeiçoamento da estrutura institucional do MERCOSUL e a seu eventual desenvolvimento, assim como ao aprofundamento do processo de integração. Uma vez cumpridos os objetivos dos projetos, as estruturas e atividades que possam resultar serão financiadas em partes iguais pelos Estados Partes. Conforme o art. 10, até 0,5% (meio por cento) dos recursos do FOCEM serão destinados anualmente ao financiamento de projetos vinculados a esse Programa.

Especificamente, no que se refere ao Brasil, com a incumbência de coordenar os aspectos relacionados com a formulação, apresentação, avaliação e execução dos projetos financiados pelo FOCEM, criou-se a Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SPI/MP), na condição de Unidade Técnica Nacional (UTNF/Brasil) do Fundo de Convergência Estrutural e o Fortalecimento da Estrutura Institucional do MERCOSUL (FOCEM)⁹.

Apesar das críticas feitas por alguns estudiosos¹⁰, não se pode negar que a criação de um Fundo para atenuar as assimetrias existentes entre os Estados-partes e contribuir para o

⁹ Conforme previsto em seu Regulamento – inicialmente nos arts. 17 e 18, do Decreto nº 5.985, de 13 de dezembro de 2006, que incorpora a Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 24/05 em território nacional, posteriormente substituído pelos arts. 26 e 27, do Decreto nº 7.362/10, que incorpora em território nacional a Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 01/10.

¹⁰ Neste sentido, “...el FOCEM adquiere importancia como instrumento paliativo y como expresión de la voluntad política de atender el problema pero no puede esperarse que resuelva el problema. En un acuerdo de integración entre países de ingresos bajos y medios, como es el caso del MERCOSUL, los recursos que pueden asignarse a este tipo de fondo son limitados.” MASI y TERRA (2008:38).

desenvolvimento do processo de integração gerou um espaço importante no âmbito institucional do MERCOSUL, ao estabelecer mecanismos que possam, em maior ou menor medida, favorecer aspectos relevantes para a integração, como a infraestrutura física. Basta recordar a importância dos Fundos Europeus para o desenvolvimento econômico e social dos Estados membros da União Europeia (Mata Diz, 2009).

Esse Fundo, criado entre 2004 e 2005, até maio de 2014 contava, segundo específico relatório sobre a avaliação e desempenho da execução dos seus projetos, com um conjunto de 43 (quarenta e três) – aprovados de um total de 50 (cinquenta) apresentados – aportado em US\$ 127.000,000 (cento e vinte e sete milhões de dólares americanos) desde o ingresso da Venezuela como membro pleno. Cumpre salientar, ainda, que dos 50 (cinquenta) projetos apresentados, até a data acima referida, 1 (um) havia sido rescindido e 6 (seis) finalizados, 2 (dois) estavam na etapa de análise técnica e 4 (quatro) tramitando perante o GMC (Grupo Mercado Comum), restando, assim, 37 (trinta e sete) em plena execução¹¹.

Nessa mesma época de maio de 2014, segundo o regramento de distribuição dos recursos de acordo com a normativa Mercosul (conforme se explicitará mais abaixo), ou seja, com o maior aporte sendo feito pelo Brasil, seguido por Argentina, Venezuela, Uruguai e Paraguai (nesta ordem), este último país contava com 17 (dezesete) projetos em execução, sendo, na subsequência, 10 (dez) para o Uruguai, 3 (três) para o Brasil e mais 3 (três) para a Argentina, com 4 (quatro) de cunho pluriestatal (ante a participação de dois ou mais países), cabendo lembrar que a Venezuela não possuía nenhum executado ou em execução¹².

4.1. A aplicação dos recursos do FOCEM

O art. 6º da Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 18/05 dispõe as porcentagens de participação de cada membro, a partir da análise do Produto Interno Bruto (PIB) de cada um dos países, de modo que a distribuição do montante total anual do aporte dos Estados Partes ao FOCEM se integra da seguinte maneira: Argentina: 27% (vinte e sete por cento); Brasil: 70% (setenta por cento); Paraguai: 1% (um por cento) e Uruguai: 2% (dois por cento).

A seu turno, o art. 7º da Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 18/05 determina, por sua vez, que os recursos do FOCEM destinados ao financiamento dos projetos dos Programas I, II e III, já citados, se distribuirão entre os Estados-partes, de acordo com as

¹¹ MERCOSUL. Parlamento do MERCOSUL – Agência de Notícias PARLASUL. “MERCOSUL financia 37 projetos em regiões menos desenvolvidas do bloco”. Disponível em <http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/v/8462/2/parlasur/mercosul_financia_37_projetos_em_regi%C3%B5es_menos_desenvolvidas_do_bloco.html>. Acesso em 31 de março de 2015.

¹² Ibidem.

seguintes porcentagens: 1) aos projetos apresentados por Paraguai: 48% (quarenta e oito por cento); 2) aos projetos apresentados por Uruguai: 32% (trinta e dois por cento); 3) aos projetos apresentados por Argentina: 10% (dez por cento); 4) aos projetos apresentados por Brasil: 10%. (dez por cento).

Além disso, os Estados devem participar no cofinanciamento dos projetos aprovados pelo Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL, com fundos próprios equivalentes, com no mínimo 15% (quinze por cento) do valor total de tais projetos, de modo que a participação do Fundo não poderá ultrapassar 85% (oitenta e cinco por cento) do valor total do projeto apresentado.

Uma questão interessante é que o art. 13 previa que os recursos se destinariam, durante os quatro primeiros anos do Fundo, a incrementar a dotação de infraestrutura física dos Estados membros. Neste ponto, o Fundo foi utilizado para medidas estruturais tendentes a favorecer a conexão entre os países, de modo a melhorar as condições físicas já existentes. Esta disposição foi implicitamente derogada pela entrada em vigor da Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 01/10, que não estabeleceu nenhum tipo de preferência ou prioridade entre os programas.

Posteriormente, com a entrada da Venezuela em 31 de julho de 2012 (em razão da queda do veto pela suspensão temporária da participação do Paraguai no MERCOSUL), adotou-se a Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 40/12 que, em seu art. 4º, estabeleceu a competência do CMC para, em norma específica, definir as condições de sua participação no FOCEM.

Assim, adveio a Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 41/12 de acordo com a qual, em seu art. 1º, a Venezuela aportará anualmente ao FOCEM US\$ 15.500,000 (quinze milhões e quinhentos mil dólares americanos) e US\$11.500,000 (onze milhões e quinhentos mil dólares americanos) adicionais destinados ao financiamento dos Programas I, II e III, assim como dos projetos plurinacionais.

4.2. A normativa de funcionamento do FOCEM relativa às licitações e respectivas contratações públicas

Além das decisões emanadas dos órgãos MERCOSUL relativas à criação do FOCEM, já analisadas anteriormente, há outras normas que se destinam a regular o funcionamento do Fundo e que podem ser consideradas como suas fontes legais, consoante abaixo se expõe.

O atual Regulamento do FOCEM (Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 01/10, no Brasil incorporada pelo Decreto nº 7.362/10) estipula o funcionamento do Fundo no que se refere à apresentação, execução e controle dos projetos a serem financiados, bem como regula os aspectos institucionais, a administração e utilização dos recursos financeiros. Algumas disposições do Regulamento são especialmente relevantes, como é o caso dos arts. 65 a 70, que estabelecem as diretrizes para a aplicação da não objeção (art. 65), os procedimentos para a publicação das propostas (art. 66), a definição dos princípios de tratamento nacional e de não discriminação e seus critérios de aplicação (arts. 68 e 69), além de valoração dos contratos (art. 70). Ainda, conforme determina o Regulamento, o Estado beneficiário integrante dos projetos financiados pelo Fundo, deve respeitar e fazer respeitar a legislação nacional em matéria de contratos.

A Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 12/09, por sua vez, no intuito de aclarar o alcance das disposições, enfatiza expressamente que todas as contratações realizadas no marco dos projetos FOCEM deverão obedecer a cláusula de tratamento nacional e a não discriminação entre os ofertantes, pessoas físicas ou jurídicas de nacionalidade de algum dos Estados-partes do MERCOSUL. No que tange aos aspectos institucionais, estabelece as funções da Unidade Técnica FOCEM, das Unidades Nacionais e da Comissão de Representantes Permanentes do MERCOSUL - CRPM, enquanto órgão do Conselho do Mercado Comum (CMC)¹³.

A Resolução GMC nº 56/07 prevê que, nos casos de projetos pluriestatais, as contratações feitas pela Unidade Executora não acarretarão vínculo trabalhista com a Secretaria do MERCOSUL e, portanto, não poderão tais pessoas ser consideradas como funcionários do MERCOSUL.

A Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 05/08 determina o procedimento para a publicação das licitações relativas aos projetos financiados pelo FOCEM. Neste sentido, representa uma das principais normas vinculadas à licitação no âmbito do Fundo, uma vez que se destina claramente a incrementar a transparência dos procedimentos. Já nos “considerandos”, faz-se menção justamente à necessidade de estabelecer procedimentos comuns para a publicação dos processos licitatórios de modo a garantir a publicidade e

¹³ A CRPM terá as seguintes funções relativas à gestão e supervisão do funcionamento do FOCEM: a) avaliar a execução das atividades desenvolvidas no âmbito do FOCEM; b) receber os projetos apresentados e dar início imediato aos procedimentos para sua consideração; c) decidir sobre a elegibilidade dos projetos; d) decidir sobre o cumprimento dos requisitos de apresentação dos projetos; e) encaminhar à análise técnica da UTF os projetos que sejam considerados elegíveis e que cumpram os requisitos de apresentação; f) elevar ao GMC os relatórios sobre os projetos, nos termos do art. 52 do presente Regulamento; g) aprovar os relatórios semestrais mencionados no art. 75 do presente Regulamento; h) aprovar os relatórios de inspeção previstos no art. 73 do presente Regulamento, etc.

transparência. Contudo, especifica a Decisão, em seu art. 2.2, que será considerada licitação internacional aquela que supere o valor de US\$ 500,000 (quinhentos mil dólares norte-americanos), no caso de licitação de obras, cujo valor total supere US\$ 2.000.000 (dois milhões de dólares norte-americanos), ou contratação de serviços de consultoria, cujo valor total supere US\$100.000 (cem mil dólares norte-americanos), sempre que a legislação nacional não estabeleça valores inferiores.

Os arts. 3º e 4º da Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 05/08 preveem ainda um procedimento específico para a publicação dos projetos de aquisição e dos procedimentos de licitação, os quais deverão ser divulgados na página *web* da Unidade Técnica FOCEM (UTF)¹⁴, órgão vinculado à Secretaria do MERCOSUL, e na página *web* da Unidade Técnica Nacional¹⁵, órgão da administração pública estatal cuja função é apresentar, executar e controlar os projetos financiados pelo FOCEM em cada Estado-parte. O art. 4º, “4” prevê expressamente que “...os avisos de licitação serão publicados pelo menos uma vez nos meios citados, para o caso dos meios físicos (jornais impressos), e deverão estar disponíveis durante todo o processo licitatório no caso dos portais eletrônicos, devendo conter todos os elementos de informação necessários para permitir aos interessados avaliar sua disposição em participar do processo”, determinando, ainda, as informações mínimas que deverão encontrar-se nos avisos, tais como: organismo licitante; modalidade da licitação; tipo da licitação (nacional ou internacional); objeto; total de itens licitados; data de disponibilização do edital; endereço completo do local para obtenção de cópia do edital e horário de funcionamento, etc.

Em relação aos prazos para apresentação das propostas, dispõe o art. 6º que deverá observar-se o período de 40 (quarenta) dias corridos antes do prazo final para a entrega das propostas; no caso das licitações realizadas por meio eletrônico, o prazo será de ao menos 15 (quinze) dias corridos, para bens e serviços, e de 40 (quarenta) dias corridos, para obras públicas. Prevê-se a possibilidade de prazos menores, desde que devidamente justificados perante a UTF/SM e aprovados por esta em até 5 (cinco) dias úteis.

A Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 04/08 determina especificações dirigidas à visibilidade dos produtos e serviços a serem prestados pelo fornecedor, mediante a aplicação da Guia de Visibilidade FOCEM, e, a seu tempo, a Norma procedimental nº 03/12 CRPM

¹⁴ Artigo 20. 1. A instância técnica para avaliação e acompanhamento da execução dos projetos, prevista no Art. 15 b) da Decisão CMC No 18/05, denominar-se-á Unidade Técnica FOCEM (UTF) e funcionará no âmbito da Secretaria do MERCOSUL.

¹⁵ Artigo 26. 1. As Unidades Técnicas Nacionais FOCEM (UTNF) constituem a instância nacional que cada Estado Parte estabelece como vínculo operativo com a UTF. Para esse fim, cada Estado Parte manterá informada a UTF e os demais Estados Partes sobre a organização institucional e a composição da UTNF, incluindo o funcionário que atuará como ponto focal para contatos com a UTF.

destina-se a fixar procedimentos para o controle feito pela UTF/SM em relação aos procedimentos de licitação. Neste sentido, estabelece que a UTF/SM deverá monitorar todas as etapas do procedimento de concurso ou licitação pública, apresentando sua concordância (não objeção) aos seguintes aspectos:

- em relação aos editais: a unidade executora (nacional) deverá enviar à UTF/SM os editais e respectivas modificações para que essa possa analisar a compatibilidade com os planos de aquisição, devendo-se observar o cumprimento dos princípios de tratamento nacional e não discriminação. Dispõe a norma, ainda, que os critérios para a habilitação e avaliação das ofertas devem ser objetivos e claros;
- em relação à habilitação ou pré-qualificação: deverá a UTF/SM ser comunicada das empresas habilitadas antes da notificação formal feita pelo organismo executor (nacional) aos proponentes, ou seja, somente serão notificadas as empresas habilitadas após a não objeção da UTF/SM;
- em relação à adjudicação: antes de tomar uma decisão formal e definitiva sobre a adjudicação, deverá a unidade executora (nacional) enviar os documentos listados na norma procedimental (em seu anexo) para que a UTF/SM possa analisar os procedimentos adotados e, caso concorde, emita sua não objeção.

Nota-se, portanto, que como órgão dotado de capacidade técnica para análise e controle dos projetos financiados pelo FOCEM, a UTF/SM adquiriu um papel importante no monitoramento dos procedimentos licitatórios levados a cabo pelos Estados executores, o que representa, sem dúvida, um passo importante para a consolidação de um acervo normativo comum a ser aplicado às licitações públicas, ao gerar um *iter* específico para os recursos originados do FOCEM.

Ainda, no marco das disposições que podem reger os procedimentos licitatórios dos projetos financiados pelo FOCEM, deve-se citar o chamado acordo de financiamento de cada projeto (v. g., um Convênio FOCEM - COF)¹⁶, que nada mais é que um documento de compostura jurídica contratual ou convencional onde se especificam as condições, prazos, valores, formas de execução do projeto, e que podem conter cláusulas específicas aplicáveis a essas contratações.

¹⁶ A título de exemplificação, pode-se mencionar o Convênio FOCEM - COF n° 11/10 firmado pelo Brasil para o Projeto “Qualificação e Integração de Fornecedores da Cadeia Produtiva de Petróleo e Gás”. Disponível em <<http://www.mercosur.int/focem/archivo.php?a=888a968d9a568999548a968d47585854585754978c9b9996938c9647a0478e889a55978b8d88027&x=e8e8087&y=9b9b03a>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2015.

É de mencionar-se, ainda, que também as Decisões MERCOSUL/CMC¹⁷, ao aprovarem os projetos FOCEM, podem conter disposições particulares e específicas a respeito da sua execução, o que deve ser havido como de observância absolutamente cogente, ou seja, de aplicação obrigatória e inafastável por vontade dos partícipes.

4.3. A compatibilidade do Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL com as normas FOCEM

É importante no presente instante, já observado todo o plexo normativo FOCEM relativo às licitações e contratações públicas com seus recursos, aclararem-se os aspectos de compatibilidade, ou não, entre si e o Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL no âmbito dos seus projetos, inclusive consoante o que se tem na Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 01/10.

O Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL - PCPMS anexo à Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 27/04 (regulamentado pela Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 55/04 – Regulamento do Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL - RPCPMS), conforme acima já explanado, em seu art. 17, também indica que as contratações públicas, de modo geral, serão feitas via licitação, tendo em seu art. 18 a indicação das hipóteses para a contratação direta por parte dos Estados-membros, sendo elencados no item “2” deste artigo os casos excepcionais¹⁸.

Em paralelo, o art. 23, “1”, do PCPMS da Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 27/04, indica as condições indispensáveis que devem constar nos editais de licitação firmados entre os Estados-partes, apontando basicamente os mesmos princípios norteadores encontrados nas Leis nº 8.666/93, 8.987/95 e 11.079/04, em âmbito nacional, necessitando, ainda, a indicação dos nomes e endereços da entidade licitante (descrição), quais os procedimentos licitatórios adotados, descrição do objeto, as condições gerais e específicas, sanções e, em forma de anexos aos contratos, os projetos básicos e/ou executivos, orçamento, minuta de contrato, condições para pagamento e demais regras também adotadas na lei brasileira.

Ainda, versando a matéria de forma mais especial para o incremento e fomento da integração regional, há, criado pelas Decisões MERCOSUL/CMC/Dec. nº45/04 e 18/05, e

¹⁷ Vide, por exemplo, a Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 09/10 a respeito do projeto “Adensamento e Complementação Automotiva no Âmbito do Mercosul”, apresentado pela República Federativa do Brasil.

¹⁸ Ora, as hipóteses contidas no art. 18.2 do PCPMS, se assemelham às regras contidas nos arts. 24 e 25, da Lei nº 8.666/93, guardadas as devidas proporções, tendo como base os casos de ausência de concorrência técnica, urgência na aquisição de bens e serviços, bem como sobre direitos personalíssimos.

hoje Regulamentado pela Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 01/10, o FOCEM dispendo especificamente que o Estado-parte beneficiário de projetos financiados com seus recursos deve observar necessariamente as normas nacionais sobre a matéria de licitação pública, ou seja, deve observar a regulação interna de cada Estado-membro que será beneficiado com a contratação pública internacional. E, quanto às contratações públicas no âmbito do FOCEM, a Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 05/08 tem em seu anexo o “Procedimento para a Publicação das Licitações Internacionais”.

O primeiro artigo indica qual o objetivo da contratação e sua normativa, fixando os mecanismos para garantir a transparência e divulgação dos processos de utilização dos recursos do FOCEM.

Já o segundo artigo trata especificamente das licitações internacionais, indicando que as que forem executadas no bojo dos projetos financiados pelo Fundo devem, necessariamente, ser difundidas pelo Estado-membro beneficiário, a fim de que os demais membros do MERCOSUL tenham total acesso às informações lá constantes, disponibilizando aos interessados as informações necessárias para que possam participar do processo licitatório em iguais condições. Ademais, no numeral “2” do mesmo artigo, indica-se quais os tipos de bens ou serviços serão, obrigatoriamente, objeto de licitação, ante sua natureza. O terceiro artigo discorre sobre a publicação do plano de aquisições dos projetos, sendo que a sua Unidade Executora encarregada, deve, após aprovados pela UTF/SM, publicar o mesmo na página *web* do FOCEM, a fim de dar a publicidade necessária ao ato.

A publicação das licitações, constante no quarto artigo, indica que esta deve ser feita na página *web* do FOCEM, bem como em jornais de grande circulação e no Diário Oficial do Estado-parte licitante, observadas as normas do governo local, a fim de se dar a necessária ciência *erga omnes* do objeto da licitação. No numeral “4” do referido artigo é descrito quais são os objetos necessários que deverão constar da publicação do edital de licitação, sendo vedada a divulgação dos seus termos e condições antes da disponibilização nos termos de comunicação descritos nos artigos terceiros e quarto.

No quinto artigo, indica a estimulação de utilização dos meios eletrônicos para a divulgação da publicação dos chamados à licitação e as informações para participação nas contratações dos projetos financiados pelo FOCEM. Os prazos são indicados no sexto artigo, os quais devem ser estipulados para que haja tempo suficiente para a preparação e apresentação das ofertas.

Finalmente, o sétimo artigo trata das disposições finais, pondo que os resultados dos processos licitatórios relacionados aos projetos FOCEM devem ser publicados na página

web indicada pelo órgão nacional licitante, devendo tais mecanismos ser aplicados sem prejuízo das legislações nacionais de cada Estado-membro.

Vê-se, de conseguinte, que as normas do PCPMS e FOCEM, quanto às licitações e aos contratos administrativos no âmbito regional, coexistem em harmonia, sem que haja qualquer incongruência ou obstáculo insuperável, principalmente quando guardadas suas esferas de aplicação e especificidade.

4.4. A compatibilidade das normas nacionais com o Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL e do FOCEM

Conforme analisado, a harmonização da legislação é um requisito fundamental para viabilidade de integração econômica regional. A hodierna dinâmica das relações interestatais impõe a busca pela integração entre diversos países. Nesse sentido, como referencial de integração regional pode ser considerado o sistema da União Europeia, que originou o então Direito Comunitário. Trata-se de um Direito diverso daquele das ordens nacionais, que se conforma a partir e pela aproximação destas, em formas próprias de harmonização do Direito. E em consonância com este paradigma, ainda que com intento diverso no âmbito latino-americano, tem-se a criação do MERCOSUL.

Obviamente que cada Estado possui as suas próprias normas reguladoras dos procedimentos licitatórios e das compras públicas em geral, as quais devem ser observadas quando da realização de certames no âmbito do bloco. Desse modo, a criação de uma normatização comum e supranacional demanda uma análise (ainda que de forma geral e sem o intuito de esgotar o tema) dos principais pontos de contato entre as respectivas legislações nacionais, de modo a verificar-se sua compatibilidade e, assim, legitimação para uma efetiva aplicação aos casos concretos desde sua entrada em vigor.

Nesse sentido, para se conferir tal compatibilidade no âmbito regional, deve-se analisar, ainda que brevemente, os principais aspectos vigentes nas legislações nacionais em relação ao próprio Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL, de sorte a ter-se sua possível legitimação e efetiva aplicação eficiente aos casos concretos perante os Estados-membros.

No caso brasileiro, objeto específico deste estudo, os princípios licitatórios a respeito das contratações administrativas e concessões públicas (de serviço, precedidas ou não por obra) estão consagrados, de antemão, na Constituição Federal de 1988, em seus art. 37, XXI, e art.175, *caput*, com sua previsão legal válida para todas as esferas da Federação

(Administração Pública, direta e indireta, da União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios) se dando no art. 3º, da Lei nº 8.666/93, art. 14, da Lei nº 8.987/95 e art. 4º, I a VII, da Lei nº 11.079/04¹⁹. Com efeito, dentre tais princípios, evidenciam-se a isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, com promoção do desenvolvimento nacional sustentável, cuja previsão expressa se encontra no *caput* do art. 3º, da Lei nº 8.666/93.

A seu turno, para reger essa área de contratações públicas no MERCOSUL, tem-se, como visto anteriormente, não apenas o PCPMS, anexo à Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 27/0, mas também o seu Regulamento – a Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 55/04 (em vigor) – permitindo, com isso, sua comparação quanto a alguns temas tomados para o presente estudo.

Em relação ao tema da contratação direta prevista no art. 16 c/c art. 18, “1” e “2”, “a” a “i”, da Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 27/04, como perceptível, o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da licitação para concessões públicas ou contratos administrativos celebrados pela Administração Pública com particulares, sendo que a dispensa ou não exigibilidade são consideradas hipóteses legais de exceção, conforme o disposto no art. 2ª, da Lei nº 8.666/93.

A Lei nº 8.666/93 estabelece a maioria de suas hipóteses de dispensa e inexigibilidade, respectivamente, em seus arts. 24 e 25, sem prejuízo de outras possibilidades nela esparsamente previstas²⁰. Assim, a forma de contratação direta, tal qual prevista no ordenamento jurídico nacional quanto às suas hipóteses de cabimento, não discrepa adotadas no âmbito do MERCOSUL, de sorte a não se notarem disparidades que inviabilizem a contratação sob tal modalidade de exceção, ainda mais à luz da previsão expressa de contratação direta por dispensa havida no art. 24, XIV, da Lei nº 8.666/93, para os casos de aquisição de bens ou serviços, nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional (como é o caso do MERCOSUL), quando as condições

¹⁹ Esses dispositivos constitucionais são regulamentados, no âmbito da legislação federal brasileira, primordialmente pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos, e Lei nº 8.987, de 1995 (ao versar as concessões de serviços públicos), além de, no Estado de São Paulo, pela Lei nº 6.544, de 22 de novembro de 1989, que dispõe sobre o estatuto jurídico das licitações e contratos. Todavia têm-se também aplicável a esses casos de contratações administrativas uma outra modalidade licitatória denominada pregão, consoante arts. 1º, *caput* e parágrafo único, art. 2º, §§ 1º a 3º, e art. 9º, da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, inclusive à luz do previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

²⁰ Extrai-se de tais disposições legais que a dispensa é basicamente feita em estado emergencial, em casos de guerra ou grave perturbação da ordem, dentre outras formas impactantes na economia nacional; a seu turno, a inexigibilidade tem previsão quando restar inviável a competição, como no caso de haver somente um fornecedor de bens ou serviços qualificados para atendimento dos interesses da Administração Pública.

ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público, o que inclusive se coaduna com o art. 4º, IX, da Constituição Federal de 1988²¹.

No que tange ao edital previsto no art. 23.1, do anexo à Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 27/04, por implicar ato convocatório de licitação sob procedimento mais rigoroso, fica óbvio que as hipóteses nacionais que prevejam apenas o convite não se compatibilizam com as contratações do MERCOSUL e do FOCEM, até porque seus valores vultosos excluem as modalidades mais simplificadas, de limites mais baixos, a que se relacionam os mencionados convites, notadamente a tomada de preços de previsão prevista no art. 23, § 3º, da Lei nº 8.666/93, para as licitações internacionais em hipóteses excepcionais e específicas de existência de cadastro de fornecedores estrangeiros e, também, quando não houver fornecedor de bens e serviços pretendidos no país.

O art. 40 da Lei nº 8.666/93 indica quais são os requisitos que os editais necessariamente devem possuir em âmbito nacional, tendo como premissa a indicação clara dos interessados, assim como os limites do objeto da contratação, sanções, condições (de execução e pagamento, em caso de licitação internacional). Ainda, deve conter, como anexo ao edital, o projeto executivo e/ou básico, orçamento estimado e preços unitários, além de minuta do contrato a ser firmado entre as partes, dentre outros fatores complementares. Dessa maneira, em comparação ao que acima já se verificou no item “4.3” deste estudo, quanto ao previsto no art. 23.1, do PCPMS, é evidente não existirem incompatibilidades entre os requisitos para os editais licitatórios nacionais e em âmbito do MERCOSUL e dos projetos financiados pelo FOCEM.

Os problemas, porém, de incompatibilidade com a legislação licitatória nacional em relação às normativas havidas no âmbito do MERCOSUL e do FOCEM, se concentram, basicamente, na previsão existente de se privilegiar os licitantes brasileiros em detrimento dos estrangeiros (art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/93, e art. 15, § 4º, da Lei nº 8.987/95), ainda que como critério de desempate, o que, em um primeiro momento, fere os primados da não discriminação e da livre concorrência, previstos no art. 4º, c/c o art. 17.1, e art. 25, do PCPMS²².

²¹ Vale realçar que esse caso do art. 24, XIV, da Lei nº 8.666/93, não abarca as obras públicas, e sua aplicação impõe que os termos do acordo internacional específico sejam não apenas firmados, mas também referendados conforme os arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal de 1988, além de que a oferta se mostre realmente mais vantajosa, com preço, rendimento, qualidade e garantia superiores aos localizáveis no mercado nacional, seguindo-se, para tanto, os procedimentos previstos no art. 52, V e VII, também da Constituição Federal de 1988.

²² Com a mesma conclusão, vide: Motta (2006). Há quem entenda que, após a Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, que alterou o previsto no art. 171, e seu § 2º, da Constituição Federal de 1988, tais disposições na legislação brasileira tenham se tornado inconstitucionais – como é o caso de Pereira Júnior (2003) o que, porém, não é pacífico.

Uma saída interpretativa no caso das licitações internacionais, dentro desse quadro de aparentes divergências entre as disposições licitatórias e de contratações públicas regionais e nacionais, dá-se mediante a compatibilização prevista no art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666/93, que permite expressamente a utilização de normas e procedimentos internacionais 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.

Essa possibilidade legal, todavia, conforme parte da doutrina nacional (Justen Filho, 2008) não poderia se verificar validamente, pois tais recursos têm origem nacional, o que não traria uma situação de verdadeiro benefício para o Brasil. E isso porquanto não se mostraria, nesse entendimento, compatível com a Constituição Federal de 1988 que a Administração Pública transfira recursos a entidades internacionais e os receba de volta, ainda que parcialmente, consoante se verifica no FOCEM, com aplicação de dispositivos distintos aos do ordenamento jurídico interno²³.

Porém, para sanar essa controvérsia em torno de grande parte das contratações públicas no âmbito do MERCOSUL e dos projetos financiados pelo FOCEM, que contam com recursos nacionais, a partir da Lei nº 12.349/10 tem-se o advento do §5º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, o qual permitiu ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras (prevista no Decreto Federal nº 7.546/11, estendendo-a também aos demais entes federativos) – ficam de fora, assim, os demais produtos e a realização de obras – e que, em combinação com o § 10 deste mesmo texto legal, trouxe a possibilidade de estender-se tal margem de preferência, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados-partes do MERCOSUL²⁴, de sorte que se equiparam aos nacionais, afastando-se o tratamento discriminatório, conforme analisado anteriormente.

Dessa forma, à luz de tais observações acerca da possibilidade de aplicação das normas nacionais de forma compatível com as regionais para boa parte das licitações e contratações públicas em âmbito do MERCOSUL e FOCEM, tem-se a um só tempo atendidos os princípios administrativos de atuação do Poder Público em prol do interesse da coletividade e a participação de empresas brasileiras e estrangeiras nesses procedimentos licitatórios com recursos provenientes de organizações internacionais, mesmo que contem

²³ Nesse contexto, tem-se a inafastabilidade dos princípios norteadores da Administração Pública e fundamentais havidos nas normas pátrias sobre a licitação pública. Com isso, os primados da independência e soberania nacional devem ser observados inclusive nesses procedimentos licitatórios tidos por diferenciados, a fim de se garantir a publicidade e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

²⁴ Nesse sentido: Reis (2013) e Ferreira (2013).

com recursos também nacionais, de modo isonômico, garantindo-se a igualdade de oportunidades entre concorrentes independentemente de sua nacionalidade.

5. Conclusões

Postas as premissas da necessidade de harmonização entre as normas nacionais e as regionais sobre as licitações e contratações públicas, a fim de que seja obtido o desenvolvimento do próprio MERCOSUL, passando de uma União Aduaneira para um verdadeiro Mercado Comum, é mister que ao Fundo para a sua Convergência Estrutural - FOCEM reste uma interpretação local de compatibilidade, quanto às suas normas de aplicação, que dê-lhe a necessária organicidade com efetividade e eficácia de seus propósitos, em atendimento aos apelos regionais de cunho político-institucional.

Ressalte-se, ainda, que o “déficit de institucionalidade” do MERCOSUL representa o primeiro obstáculo a ser superado para o completo desenvolvimento desta iniciativa regional e de sua inserção plena no cenário internacional. Sua atual situação se deve à confluência de três fatores: às condições ‘ambientais’ do processo de integração e a situação interna dos países, à metodologia ou ‘técnica’ da integração empregada e o arquétipo orgânico adotado pelos idealizadores da integração.

Os problemas relativos à ausência de instituições comunitárias revelam, por sua vez, a carência de uma estratégia política definida que estabeleça uma unidade interestatal fundamentada numa partilha de competências para entes supranacionais, cujas atribuições estejam devidamente fixadas nas normas originárias, e sejam respeitadas tanto interna como externamente.

O desafio do MERCOSUL não se refere somente à criação de instituições supranacionais e comuns aos integrantes, senão ao reconhecimento de qual tipo de integração se deve adotar, isto é, que sistema de integração se deve ter para que os cidadãos, destinatários finais do seu processo, possam ter uma melhor qualidade de vida, em todos os aspectos.

Além disso, a criação do FOCEM como instrumento para redução de assimetrias, ainda que represente um primeiro passo para a efetiva criação de uma política de coesão calcada nos valores de solidariedade e flexibilidade, deve pautar-se necessariamente em um sistema normativo voltado para a concretização dos princípios fundamentais que regem a gestão de recursos públicos.

A adoção de um controle prévio aplicado aos procedimentos licitatórios para os recursos advindos do FOCEM pode ser considerada como um elemento importante para o fortalecimento do próprio órgão.

Não obstante, faz-se imprescindível que o Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL seja efetivamente incorporado pelos Estados, adquirindo vigência no espaço mercosulista e tornando-se, de conseguinte, de obrigatória observância para todos os procedimentos licitatórios realizados pelos Estados-partes e também para o próprio FOCEM.

Referências bibliográficas

Arturi, Carlos Schmidt. Perspectivas e constrangimentos para o desenvolvimento institucional do MERCOSUL. Anais do 4º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais, Belo Horizonte, julho de 2013.

Caldas, Roberto Correia da Silva Gomes. Parcerias público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Ferreira, Daniel. Promovendo o desenvolvimento sustentável, no Mercosul e no Brasil, pelas vias das licitações e dos contratos administrativos. Bacellar Filho, Romeu Felipe; Hachem, Daniel Wunder (Coord.). Direito público no Mercosul – intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Gomes, Eduardo Biacchi. Manual de Direito da Integração Regional. Curitiba: Juruá, 2ª ed., 2014.

Gordillo, Agustín. Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 2, La defensa del usuario y del administrado. Dirección: Marcelo Brunos dos Santos. F.D.A., 2014. Disponível em <http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo12.pdf>. Acesso em 08 de dezembro de 2014.

Gustin, Miracy Barbosa de Sousa; Dias, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Informe MERCOSUR n. 07. BID/INTAL, Taccone, Juan José e Nogueira, Uziel, (orgs.), 2000.

Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 12ª ed., 2008.

Mata Diz, Jamile Bergamaschine. A adoção do imposto sobre valor agregado no processo de integração do Mercosul. Revista de Derecho del Mercosur, v.06. Buenos Aires: La Ley, 2000.

_____. Un enfoque distinto de la integración regional: la cohesión social en la Unión Europea y América Latina. Novos Estudos Jurídicos, v.14, 2009.

_____. La institucionalidad del MERCOSUR: ¿hacia la conformación de un mercado común? In: Evolución Histórica y Jurídica de los Procesos de Integración en la Unión Europea y en el Mercosur. Molina del Pozo, Carlos e Calogero Pizzolo (orgs.). Buenos Aires: EUDEBA, 2011.

_____. A institucionalidade do Mercosul: análise dos pressupostos necessários para a consolidação do mercado comum. In: Por uma integração ampliada da América do Sul no século XXI. Sarti, Ingrid *et all.* (orgs.) Rio de Janeiro: Perse, 2013.

_____ ; Lima, R. M. O regime democrático na América do Sul: o caso do MERCOSUL. In: Fernanda Duarte Lopes; Samyra Haideé dal Farra; Maria Luiz P. de Alencar. (Org.). O novo constitucionalismo latinoamericano: desafios da sustentabilidade. 1ªed., Florianópolis: FUNJAB, 2012.

_____ ; Orantes, Pedro Noubleau. Direito da Integração Regional. Curitiba: Juruá, 2012.

MERCOSUL. Parlamento do MERCOSUL – Agência de Notícias PARLASUL. MERCOSUL financia 37 projetos em regiões menos desenvolvidas do bloco. Disponível em <http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/v/8462/2/parlasur/mercosul_financia_37_projetos_em_regi%C3%B5es_menos_desenvolvidas_do_bloco.html>. Acesso em 31 de março de 2015.

_____. Convênio FOCEM - COF nº 11/10 Projeto “Qualificação e Integração de Fornecedores da Cadeia Produtiva de Petróleo e Gás”. Disponível em <<http://www.mercosur.int/focem/archivo.php?a=888a968d9a568999548a968d47585854585754978c9b9996938c9647a0478e889a55978b8d88027&x=e8e8087&y=9b9b03a>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2015.

Motta, Fabrício. Licitação pública e Mercosul – análise da normativa do processo de integração e da legislação interna brasileira. In: Paulo Borba Casella; Vera Lúcia Viegas Liquidato. (Coord.). Direito da integração. 2006.

Lemos, Marcos Vieira de. La contratación pública en el MERCOSUR como instrumento de fortalecimiento de la integración regional. Dissertação de mestrado apresentada no programa de pós-graduação stricto sensu (mestrado) da Faculdade de Direito da Universidade de La Empresa, Montevideu, 2010.

Obara, Denise. Organização e funcionamento do FOCEM. In: Boletim regional – Informativo da política nacional de desenvolvimento regional. Brasília: Ministério da Integração Nacional - Secretaria de Políticas de desenvolvimento regional, n. 8, 2009.

Pereira Júnior, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 6ª ed., 2003.

Reis, Luciano Elias. A regulação do Estado brasileiro e a contratualização administrativa. In: Bacellar Filho, Romeu Felipe; Hachem, Daniel Wunder (Coord.). Direito público no Mercosul – intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade: Anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul. Belo Horizonte: Fórum, 2013.