

**AS COMPRAS GOVERNAMENTAIS E A EXIGÊNCIA DE COMPENSAÇÕES
COMERCIAIS NA PERSPECTIVA DO ACORDO GERAL DE TARIFAS E
COMÉRCIO-GATT**

GOVERNMENT PROCUREMENT AND OFFSETS ACCORDING TO GENERAL
AGREEMENT ON TRADE AND TARIFFS

LUIZ DIAS MARTINS FILHO
DANIEL ROCHA CHAVES

RESUMO

O Acordo de Geral de Tarifas e Comércio-GATT/OMC, onde os países signatários se comprometem a atenuar os entraves aduaneiros, visando assim impulsionar o comércio internacional possui suas exceções (art. III, §8º, e art. XXI do GATT/1947). Desde cedo percebeu-se que as trocas no âmbito do comércio internacional teriam um escopo mais amplo, possibilitando exigências de compensações que visam a geração de empregos, a obtenção de tecnologias e o equilíbrio do balanço de pagamentos. Essas compensações comerciais são conhecidas pelos técnicos e estudiosos do comércio internacional como *offsets*. No Brasil o mais recente caso de exigência de compensação comercial foi a aquisição de aviões-caça para Força Aérea Brasileira-FAB. Analisa-se o sistema comercial internacional em que o Brasil está inserido; a forma como fora realizada a aquisição dos aviões e quais foram as compensações comerciais exigidas. Destarte, conclui-se que as exigências de compensações comerciais e as compras governamentais levam à adoção de uma vasta gama de medidas que podem buscar, além da obtenção do melhor produto ou serviço, pelo preço mais baixo, a implementação de políticas concernentes: (1) a proteção de empregos em indústrias em declínio; (2) a proteção do fornecimento de produtos de defesa estratégica; e (3) o apoio à emergente indústria doméstica de alta tecnologia.

Palavras-chaves: Comércio Internacional; Compras Governamentais; *Offsets*; Sistema GATT/OMC.

ABSTRACT

The General Agreement on Tariffs and Trade – GATT/WTO, where the signatories, Member-States and Territories, undertake to mitigate tariff barriers, thus aiming to boost international trade, has its exceptions (Article III, paragraph 8, and Article XXI of GATT/1947). From early on they realized that the exchanges in international trade would have a broader scope, making possible compensation requirements that aim to creating jobs, getting technologies and balance-of-payments equilibrium. These trade compensations are known by technicians and scholars of international trade as “offsets”. In Brazil, the latest case of trade compensation requirement was the acquisition of fighter planes to the Brazilian Air Force-FAB. This paper analyzes the international trading system in which Brazil is inserted; how was taken the acquisition of fighter planes and what were the trade compensations required. Thus, the conclusion concerns that the requirements of commercial compensations-offsets for government procurement lead to the adoption of a wide range of measures, that can reach beyond obtaining the best product or service at the lowest price, but includes as well as the implementation of policies related to: (1) protect jobs in declining industries; (2) protect the supply of strategic defense products; (3) supporting the emerging domestic high-tech industry.

Key-words: International trade; Government Procurement; Offsets; GATT/WTO System

1. INTRODUÇÃO

Há algum tempo vem sendo adotada por dezenas de países como Canadá, China, Espanha e França: uma política de compensações comerciais dadas por cada país fornecedor, para grandes operações comerciais estatais, efetuadas por um determinado país adquirente. O Brasil, só agora e em momento tardio, no final de um longo procedimento de contratação internacional, tentou alterar e aumentar prévia exigência de compensações – caso da aquisição de aviões caça para renovação da Força Aérea Brasileira-FAB, no valor estimado de US\$ 4,5 bilhões de dólares norte-americanos–, despertando assim o país para possibilidade de adotar e desenvolver tal política no âmbito do comércio internacional. Houve também a questão da aquisição do sistema de transmissão de sinal digital aos televisores do país, que envolveu negócios em torno de US\$ 100 bilhões de dólares americanos em doze anos. Há também a compra de medicamentos pelo país e a aquisição de equipamentos e tecnologia para o grande projeto nacional de aumento de oferta de energia (que já ocorreu em boa parte, mas continua em curso).

A ideia é no sentido de que o Brasil não deve perder oportunidades e exigir compensações comerciais aos seus fornecedores em casos de grandes operações comerciais, em especial quando envolver compras governamentais. É um recurso estratégico e que pode, efetivamente, alavancar as exportações brasileiras. O cerne da questão consiste na possibilidade, para alguns e, para outros, na necessidade de imposição quando de compras governamentais de se agregar tecnologia, renda, desenvolvimento industrial, incentivo a futuras exportações e emprego ao país adquirente, na busca de um justo processo de globalização ou integração econômica internacional.

A exigência de compensações comerciais em vários países é adotada como estratégia para gerar empregos, adquirir tecnologias e equilibrar o balanço de pagamentos nacionais. Essas compensações comerciais, conhecidas pelos técnicos e estudiosos em mercado exterior como *offsets* preveem que o país vendedor tem de compensar o governo comprador com até 150% do valor desembolsado. A negociação, apesar de complexa, é proveitosa. É complexa pois todas compensações/contrapartidas devem ser negociadas para evitar conflito com as normas multilaterais da Organização Mundial do Comércio-OMC (GATT-OMC), organização de que o Brasil é país-membro e signatário dos acordos multilaterais. Frisa-se que além dessas negociações para contratações governamentais internacionais envolverem matéria de natureza político-diplomática, de segurança nacional e comercial. É também importantíssimo que o país esteja assessorado por juristas, nacionais e estrangeiros, versados na área.

Serão tecidas no presente trabalho breves considerações sobre a possibilidade de o Brasil adotar a política de exigência de compensações comerciais nas suas relações comerciais internacionais, em especial nas contratações de compras governamentais (*government procurement*) ou de grandes projetos nacionais.

Com esse intuito serão feitas breves análises sobre: (a) o Acordo Multilateral do GATT, do qual o Brasil é signatário, (b) o Acordo Plurilateral sobre Contratações Governamentais firmado no âmbito da OMC de qual o Brasil não é signatário, (c) a lei brasileira que trata das licitações e contratos públicos, Lei nº 8.666 de 1993, com alterações posteriores, verificando os dispositivos que tratam das compras governamentais relativamente à questão da segurança nacional.

2. DOS DISPOSITIVOS DO ACORDO GERAL DE TARIFAS E COMÉRCIO – GATT - O COMÉRCIO INTERNACIONAL E A ORIGEM DO SISTEMA GATT/OMC

Em ciência econômica é sabido que o mercado não é um jogo de soma zero¹, e que para que haja uma melhora da qualidade de vida de uma determinada população que não produz um certo produto, a solução será importar tal bem de algum lugar onde o mesmo seja produzido. O mercado, na acepção ampla do vocábulo, é um espaço onde ocorrem trocas voluntárias de mercadorias, sejam elas quais forem, visando auferir, além do lucro, a satisfação de determinadas necessidades, daqueles que negociam. Mesmo existindo desde a antiguidade, o comércio sempre sofreu com vários entraves que impediam a sua fluência. Idioma, moedas e rudimentares meios de comunicação e locomoção são exemplos barreiras que acabavam por atrofiar a atividade mercantil.

A formação dos Estados Modernos foi útil para organizar e uniformizar as normas em um determinado espaço geográfico. Destarte, as trocas comerciais dentro de um país foram otimizadas devido a sua organização político-administrativa, resultando na unificação do sistema tributário, sistema de transporte, meios de comunicação entre outros. Entretanto, tal fortalecimento dos Estados acabou por desencadear a consolidação das fronteiras alfandegárias contemporâneas², especialmente após a Primeira Guerra Mundial (1914-1919). Mesmo tendo superado algumas intempéries que tornavam o comércio internacional uma tarefa hercúlea, as barreiras alfandegárias adicionaram um novo elemento: o critério político. As relações mercantis que ocorrem entre países ficam abaladas por causa da “rivalidade” entre os mesmos. Faz-se mister salientar que os Estados não eram “feudos modernos” e que por isso não tinham autossuficiência. Mesmo com o surgimento dessas barreiras alfandegárias, havia muitos acordos bilaterais. Pode-se citar como exemplo o Tratado de Methuen, onde para Portugal ficava pactuado consumir os produtos têxteis da Inglaterra e, em contrapartida, o Reino Unido tinha que consumir os vinhos portugueses (inclusive foi objeto de estudo de David Ricardo).

Diante da explanação feita, fica claro que a integração econômica entre os países é a melhor solução para se ter acesso a mercadorias por preços mais viáveis ou competitivos. A grande questão é como realizá-la. Tendo tal assertiva como verdadeira, no ano de 1947 foi elaborado o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT-“General Agreement on Tariffs and Trade”), que tinha como principal finalidade atenuar as barreiras alfandegárias para que o comércio internacional pudesse fluir de forma mais livre e eficiente. Vejamos o que diz MOTA (2005) sobre tal acordo:

¹ Jogo de soma zero é aquele onde o ganho de um ente é igual à perda de outro.

² É ululante que já houve e havia fronteiras comerciais; contudo, estamos analisando a partir de uma conjuntura moderna-contemporânea.

De acordo com o preâmbulo, o GATT de 1947 visava promover os níveis de vida, a realização do pleno emprego e de um nível elevado e cada vez maior do rendimento real e da procura efectiva, a plena utilização dos recursos mundiais e o acréscimo da produção e da troca de produtos.

Para atingir os seus objectivos, de grande alcance e muito ambiciosos, o GATT recorria essencialmente à celebração de acordos recíprocos e mutualmente vantajosos visando:

- i) a redução substancial das pautas aduaneiras e dos demais entraves ao comércio; e
- ii) a eliminação do tratamento discriminatório no comércio internacional.

Mais adiante continua o autor português supra mencionado:

Uma vez que os objectivos de uma organização internacional se reflectem inevitavelmente nas suas regras e princípios, é possível defender que também a paz, ainda que o preâmbulo do GATT de 1947 se referisse única e exclusivamente a objectivos de carácter económico, constituía um dos objectivos primordiais do sistema comercial multilateral.

Com isso, percebe-se que o Acordo Geral de Tarifas e Comércio possui um horizonte bem mais abrangente, uma vez que não se limita somente a atenuar as barreiras comerciais que existem entre os países.

O GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade*, Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, como é conhecido no Brasil e Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio, assim denominado em Portugal. O tratado multilateral GATT foi elaborado após a Segunda Guerra Mundial, paralelamente a Carta de Havana, que não entrou em vigor por falta de apoio do Congresso dos Estados Unidos da América, subscrito inicialmente por vinte e três países, contendo dois grandes objectivos: normas de procedimento sobre as relações comerciais entre os Estados associados e, ao lado da preocupação dessa ordem jurídica – normas de conteúdo material – o estabelecimento de um foro de negociações, uma política de aproximação e de entendimento às demandas dos Estados Partes. Celebrado em 1947 e tendo entrado em vigor em 1948, o tratado GATT foi incorporado em 1994, por ocasião da Rodada do Uruguai, passando a fazer parte do mais importante organismo internacional sobre o comércio – Organização Mundial do Comércio-OMC (*World Trade Organization-WTO*) – enunciador e aplicador de normas comerciais, aceitas pela quase totalidade de Estados e territórios que são atores no comércio mundial (OLIVEIRA, 2000).

Portanto, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio-GATT, subscrito pelo Brasil em 30.10.1947, em Genebra, na Suíça, foi internalizado primeiramente no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 313, de 30.07.1948, em vigor em 1º.08.1948. O denominado GATT/94, ou seja, o próprio Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio-GATT, de 30.10.1947, com derrogações e alterações, conforme retificado, emendado ou modificado pelos termos dos

instrumentos legais que tenham entrado em vigor antes da data de entrada em vigor do Acordo constitutivo da Organização Mundial do Comércio-OMC (*World Trade Organization-WTO*), de dezembro de 1994.

Assim, a criação dos blocos econômicos regionais ocorreu especialmente com base nas normas do tratado multilateral denominado GATT e que a partir de 1994 encontra-se sob a ordem da Organização Mundial do Comércio-OMC. Por sua vez, o Tratado da OMC, que tem em seu bojo, dentre outros, também o velho Acordo GATT, foi internalizado no ordenamento jurídico brasileiro ao ser aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, publicado no Diário Oficial da União-DOU, Seção 1, Suplemento ao nº 248-A, em 31.12.1994. Pelo Acordo de Marraqueche, celebrado em 15 de abril de 1994, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1995, os Estados-Partes do GATT de 1947 decidiram criar a Organização Mundial do Comércio-OMC, que tem personalidade jurídica internacional e competência nas matérias dos acordos que administra, da qual passaram a ser Estados-membros. A OMC está incumbida de desenvolver um sistema multilateral de comércio integrado e de zelar pela liberdade dos intercâmbios comerciais internacionais.

2.1 DO GATT E SUAS EXCEÇÕES

As compras governamentais podem dar ensejo a questões parecidas com as concessões de subsídios, que muitas vezes distorcem as relações comerciais internacionais. Em vários países, o governo ainda é o maior comprador individual em sua respectiva economia, sendo que em alguns Estados as compras governamentais não são regidas nem pelas mesmas normas aplicáveis às transações do setor privado, nem por uma lei de licitações, que trazem normas específicas, hipótese esta adotada pelo Brasil, especialmente no âmbito interno.

Entretanto, em todas as hipóteses, variando apenas quanto à intensidade e extensão, as compras governamentais são utilizadas por vários países como uma poderosa ferramenta para promoção de estratégias políticas, sociais e econômicas. Essas estratégias inseridas nas contratações governamentais levam a adoção de uma vasta gama de medidas que identificam a obtenção do melhor produto ou serviço pelo preço mais baixo. As três áreas mais comuns onde se exercem essas estratégias nas contratações de compras governamentais são: (1) na proteção de empregos em indústrias em declínio; (2) na proteção de fornecedores de produtos

de defesa estratégica; e (3) no apoio à emergente indústria doméstica de alta tecnologia (TREBILCOCK; HOWSE, 1999, p. 199).

No próprio art. III, parágrafo 8º, do Acordo do GATT (1947) há exceção quanto as compras governamentais no que se refere à cláusula da obrigatoriedade do “tratamento nacional”, que é um dos grandes pilares do comércio internacional e consiste em que o tratamento dado aos bens importados, após pagos os impostos aduaneiros e ultrapassados os procedimentos nas zonas primárias, não pode ser mais gravoso, pior, do que aquele tratamento dado aos produtos produzidos no mercado interno. Diz o referido dispositivo o seguinte:

1. As Partes Contratantes reconhecem que os impostos e outros tributos internos, assim como leis, regulamentos e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou utilização de produtos no mercado interno e as regulamentações sobre medidas quantitativas internas que exijam a mistura, a transformação ou utilização de produtos, em quantidade e proporções especificadas, não devem ser aplicados a produtos importados ou nacionais, de modo a proteger a produção nacional.

(...)

8. (a) As disposições desse Artigo não se aplicarão às leis, regulamentos ou exigências que se refiram a aquisições, por órgãos governamentais de produtos comprados para atender às necessidades dos poderes públicos e não se destinam à revenda, no comércio, ou à produção de bens para venda no comércio.

(b) As disposições deste artigo não impedirão o pagamento de subsídios exclusivamente a produtores nacionais compreendidos os pagamentos a produtores nacionais com recursos provenientes da arrecadação dos impostos ou tributos internos aplicados de conformidade com os dispositivos deste Artigo e de subsídios concedidos sob a forma de compra de produtos nacionais pelos poderes públicos.

Obviamente, uma das políticas subjacentes à mencionada cláusula ou princípio do GATT é prevenir tributação e políticas regulatórias domésticas que poderiam vir a ser utilizadas como burla à sujeição ao sistema geral tarifário, que busca a utilização e aperfeiçoamento de barreiras tarifárias. Ou seja, visa obstaculizar, ao máximo, a utilização de barreiras não-tarifárias ou um tratamento discriminatório ao bem importado, após a sua regular internalização no país.

Outra importante exceção é a do art. XXI do GATT/1947 que trata da segurança nacional dos Estados contratantes. “No âmbito do GATT é perfeitamente possível que os países recorram à aplicação de sanções económicas fora do contexto de um conflito armado, como simples instrumento de política externa.” (MOTA, 2005, p. 455). Diz o referido dispositivo (artigo XXI) que:

Nenhuma disposição do presente Acordo será interpretada:

- (a) como impondo a uma Parte Contratante a obrigação de fornecer informações cuja divulgação seja, a seu critério, contrária aos interesses essenciais de sua segurança;
- (b) ou como impedindo uma Parte Contratante de tomar todas as medidas que achar necessárias à proteção dos interesses essenciais de sua segurança:
 - (i) relacionando-se às matérias desintegráveis ou às matérias primas que servem à sua fabricação;
 - (ii) relacionando-se ao tráfico de armas, munições e material de guerra e a todo o comércio de outros artigos e materiais destinados direta ou indiretamente a assegurar o aprovisionamento das forças armadas;
 - (iii) aplicadas em tempo de guerra ou em caso de grave tensão internacional;
- (c) ou como impedindo uma Parte Contratante de tomar medidas destinadas ao cumprimento de suas obrigações em virtude da Carta das Nações Unidas, a fim de manter a paz e a segurança internacionais.

Como se pode perceber, tal preceito legal visa blindar a relação comercial visando o interesse da segurança nacional dos Estados-Membros do Acordo GATT/OMC. Isso por que uma das partes negociantes pode valer-se de sua influência político-econômica para viciar a transação e com isso decorrer alguma fragilização na estabilidade do Estado mais fraco da relação.

3. O ACORDO PLURILATERAL SOBRE CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO ÂMBITO DA OMC

É importante lembrar ainda que apesar do Brasil ser signatário dos acordos do GATT e ser país-membro da Organização Mundial do Comércio-OMC não é signatário do “Acordo de Contratação Pública”³ o que dá maior flexibilidade às suas contratações governamentais internacionais. Entretanto, mesmo nesse tipo de contratação devem ser observadas as normas gerais do Acordo GATT, inclusive as exceções aí previstas.

4. LEI BRASILEIRA SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS – SEGURANÇA NACIONAL

³ Em pesquisa no website da Organização Mundial do Comércio-OMC <http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm>, verifica-se que atualmente fazem parte do “Acordo sobre Compras Governamentais”: Armenia, Austria, Belgium, Canada, Denmark, European Communities, Finland, France, Germany, Greece, Hong Kong China, Iceland, Ireland, Israel, Italy, Japan, Korea, Liechtenstein, Luxembourg, Netherlands, Netherlands with respect to Aruba, Norway, Portugal, Singapore, Spain, Sweden, Switzerland, United Kingdom, United States Cyprus, Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Malta, Poland, Slovak Republic, Bulgaria and Romania. Estão em fase de negociação para aderir ao acordo: Jordan, Kyrgyz Republic, Panama, Chinese Taipei. Estão como observadores governamentais ao acordo: Albania, Argentina, Australia, Bahrain, Cameroon, Chile, China, Colombia, Georgia, India, Indonesia, Jordan, Kyrgyz Republic, Malaysia, Moldova, Mongolia, Montenegro, New Zeland, Oman, Panama, Russian Federetion, Sauí Arabia, Sri Lanka, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Turkey, Ukraine and Viet Nam. Estão como observadores na condição de organizações intergovernamentais: International Monetary Fund, Organization for Economic Cooperation and Development and International Trade Centre.

Ver-se-á brevemente o que dispõe a lei brasileira sobre contratações com a Administração Pública brasileira. A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamentou o inciso XXI do art. 37, da Constituição, estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 1º). Diz ainda o parágrafo primeiro do art. 1º da referida lei que se subordinam ao seu regime, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, estados, Distrito Federal e municípios.

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para o ente de direito público e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93).

Também como é notório, a princípio, é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer *outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato*. Ainda é vedado, *ab initio* aos agentes públicos estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras⁴, inclusive no que se refere à moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvando-se situações legalmente previstas e o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248⁵, de 23 de outubro de 1991 (§1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93).

Entretanto, quanto ao critério de desempate, quando houver igualdade de condições, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: (i) produzidos no país⁶; (ii)

⁴ “As sociedades anônimas ou companhias estrangeiras, qualquer que seja o seu objetivo, não podem, sem autorização do Governo Federal, funcionar no país, por si mesmas, ou por filiais, sucursais, agências, ou estabelecimentos que as representem, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionistas de sociedade anônima brasileira” (Decreto-lei nº 2.627, de 26.9.1940, art. 64).

⁵ Atualmente, após a Emenda Constitucional-EC nº 6 de 1995, que revogou o art. 171 da CF/88, se discute o fundamento de validade deste art. 3º da Lei nº 8.248/91 que trata de preferências nas aquisições de bens e serviços de informática e automação.

⁶ O art. 60 do Decreto-lei nº 2.627/40, ainda em vigor nesse aspecto, determina que “são nacionais as sociedades organizadas na conformidade da lei brasileira e que têm no país a sede de sua administração”.

produzidos ou prestados por empresas brasileiras e (iii) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País⁷ (§2º do art. 3º da Lei nº 8.666/93).

Analisar-se-á os incisos do art, 24 da Lei nº 8.666/93 que tratam da dispensa de licitação. Ressalta-se que a hipótese do inciso XIX seria de inexigibilidade de licitação, como era devidamente tratada na lei anterior, não se enquadrando propriamente como dispensa, conforme agora se vê. Assim, dispõem os selecionados incisos do art. 24 (grifo nosso):

Art. 24. **É dispensável a licitação:**

(...)

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

(...)

IX - quando houver **possibilidade de comprometimento da segurança nacional**, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

(...)

XIV - para a **aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico** aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas **forem manifestamente vantajosas para o Poder Público**; (*Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94*)

(...)

XIX - para **as compras de material de uso pelas Forças Armadas**, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; (*Inciso incluído pela Lei nº 8.883, de 8.6.94*⁸).

Nos casos de guerras ou graves perturbações da ordem (inciso III) o próprio desenrolar das funções públicas ficam prejudicadas, assim, as contratações nessas situações extremas são dispensadas de licitação, especialmente para proteger a segurança nacional (inciso IX), conforme art. 24 da Lei nº 8.666 de 1993.

Ainda, pertinente é o que dispõe o art 26 da Lei nº 8.666/93 no sentido de que as *dispensas* previstas nos incisos III a XXIV do art. 24, deverão ser comunicados dentro de três dias a autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos⁹. Diz também o mencionado art. 26 que esses processos de dispensa serão instruídos, no que couber, com os seguintes elementos: (i) a razão da escolha do fornecedor ou executante; (ii) a justificativa do preço, e (iii) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados¹⁰.

⁷ Antes da Emenda Constitucional nº 6 de 15.8.1995, que revogou o art. 171 da Constituição, havia previsão de distinção entre empresas estrangeiras, empresas brasileiras e empresas brasileiras de capital nacional.

⁸ Não sublinhado no original

⁹ Redação dada pela Lei nº 9.648, de 27.5.98.

¹⁰ Este último inciso foi incluído pela Lei nº 9.648, de 27.5.98.

A segurança nacional envolve interesses permanentes e superiores do Estado brasileiro. Deve-se atentar em situações verdadeiramente relevantes os riscos que a publicidade trariam para segurança nacional e em que a mera divulgação de contratar seria suficiente para resultar em efetivo ou potencial prejuízo. Em tais situações excepcionais há necessidade de sigilo.

Vale ainda lembrar que o art. 219 da Constituição de 1988 dispõe que “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal”.

Interessante os comentários ao art. 219 da Constituição feitas pelo administrativista Marçal Justen Filho (1998, p. 90, grifo nosso) no sentido de que tal dispositivo constitucional:

(...) não determina, de modo direto, nenhuma discriminação favorável a produtos nacionais. Determinar-se o *incentivo*, o que não se confunde com o privilégio de contratar com o Estado em melhores condições. O incentivo pode desdobrar-se por inúmeras vias e através de diferentes instrumentos. Quando se tratar de contratação administrativa, porém, a regra será a prevalência da proposta mais vantajosa. O Estado até pode conceder incentivos para a pesquisa científico-tecnológica. Em algumas hipóteses, poderá contratar diretamente, com dispensa de licitação. Quando, porém instaurar-se licitação, deverá ser julgada segundo o critério da proposta mais vantajosa. Em suma, **a contratação menos vantajosa não pode ser legitimada através do argumento do incentivo à indústria nacional.**

Observe-se a ressalva feita nesse entendimento para os casos de dispensa de licitação.

Diz ainda o doutrinador Marçal Justen Filho (1998, p. 80) que o art. 219 da Constituição:

(...) destina-se a assegurar o bem estar da população e o desenvolvimento cultural e sócio-econômico. Não pretende estabelecer que alguns empresários, porque estabelecidos no Brasil, poderão contratar com a Administração por preços superiores aos que ela poderia pagar por bens e serviços equivalentes.

Conclui Marçal Justen Filho dizendo que “se há intenção de fortalecer o mercado interno, o Estado pode conceder benefícios e vantagens, das mais variadas ordens. O produto ofertado, porém, terá de ter valor competitivo e satisfatório”.

Finalizando esse tópico, corrobora-se com ALMEIDA (2005) quando o mesmo diz que:

A licitação para aquisição de material militar, no Brasil, consiste de processo complexo, mas que obedece a princípios e regras bem definidas, e segue uma lógica adequada ao atingimento dos propósitos desejados. A clara definição das normas licitatórias, sua suficiência, seu detalhamento e a consagração da noção de mercado contribuem para que se possa considerar os procedimentos existentes como

apropriados. Não obstante, existem óbices que ainda impõem dificuldades à completa eficiência e eficácia das licitações do Setor Defesa. Uma delas diz respeito à ausência de um projeto de força na Defesa brasileira, o que dificulta o estabelecimento de critérios objetivos de seleção. Outra, diz respeito ao caráter ainda incipiente da mentalidade de mercado nas aquisições do Setor Defesa.

Com base no que foi exposto até agora, elucida-se as dificuldades e intempéries que surgem no procedimento de compras de artefatos referentes à segurança nacional.

A título meramente informativo, pois foge ao escopo deste trabalho, lembra-se aqui, da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas-RDC, visando inicialmente um regime especial de licitação e contratação para as obras necessárias à realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas e Jogos Paraolímpicos de 2016.

Apesar de se saber que diversos desvios em licitações já causaram prejuízos ao Erário e de apontadas suas inconstitucionalidades, inclusive pelo Ministério Público Federal-MPF, declaradamente, a Lei nº 12.462, de 2011, tem por objetivo acelerar as obras e evitar contratemplos, permitindo ao Executivo definir o melhor regime de licitação a adotar na contratação de obras e serviços necessários à realização dos grandes eventos esportivos. A justificativa para tanto seria apressar as obras, evitando contratemplos. Por conseguinte, o argumento fundamental do governo era que a Lei de Licitações, de 1993, se transformou num entrave burocrático às obras de infra-estrutura do País, sendo que o RDC daria mais agilidade às obras por abreviar etapas das licitações.

Desde 2011, o RDC foi ampliado por cinco medidas provisórias, passando de regime especial para os grandes eventos, como a Copa do Mundo e os Jogos Olímpicos, para ser aplicado também às obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), de aeroportos regionais, do Sistema Único de Saúde (SUS) e do ensino público e às diversas obras de infra-estrutura.

Portanto, após sua passagem pelo Congresso Nacional e as alterações por medidas provisórias, a Lei nº 12.462, de 2011 resultou em uma espécie de norma paralela das contratações públicas, com seções específicas e 69 artigos. Por isso, dizem alguns estudiosos da matéria, que o RDC seria como uma nova Lei de Licitações para fins específicos. Contudo, como já afirmado, as sistemáticas de compras, contratações governamentais e aquisição de serviços por meio da Lei nº 12.462/2011, pela sua extensão e peculiaridades, não são objeto deste trabalho, mas pela frequente utilização atualmente, deve ser mencionada a sua existência e relevância.

5. ORIGEM DAS COMPENSAÇÕES: RETROSPECTIVA E HISTÓRICO

Fazendo-se uma retrospectiva prática da exigência de compensações comerciais (*offsets*) vai-se a sua origem nos Estados Unidos da América dos anos 1940, quando o país trocava produtos agrícolas por minerais estratégicos e serviços. Com isso, a capacidade econômica, industrial e de defesa dos Estados Unidos cresceu. Na década de 1960 a prática foi disseminada como parte da estratégia de países compradores de tecnologias para criação de uma base industrial e tecnológica. Nos anos 70 e 80 os acordos na área extrapolaram a órbita militar. Chegaram à indústria de aviação civil, de equipamentos nucleares e passaram a abranger até compras de produtos agrícolas (WARMAR, 2002). Mas o Brasil, segundo se tem notícia, vinha mantendo-se à margem, não utilizando essa poderosa estratégia de promoção de exportações e de implementação da base científico-tecnológica e industrial estabelecida no país.

Entendem alguns que o Brasil perdeu grandes oportunidades de se valer da exigência de compensações comerciais (*offsets*), destacando-se, dentre elas, a que consistiu na contratação do SIVAM-Sistema de Proteção e Vigilância da Amazônia, que custou, à época, ao país US\$ 1,4 bilhões, quando do governo Fernando Henrique Cardoso, e nenhuma compensação comercial foi exigida dos norte-americanos. Por outro lado, a China exigiu do Brasil compensações comerciais pela compra de aviões da Embraer.

6. A AQUISIÇÃO DOS AVIÕES-CAÇA

No ano de 2001 o Brasil iniciou o Projeto FX-2, para aquisição de aviões de caça, visando a renovação da frota da Força Aérea Brasileira-FAB. Conforme foi exposto anteriormente, não houve um processo licitatório formal devido à dispensa de licitação (art. 24, XIX da Lei nº 8.666/93), embora tenha havido um procedimento similar para a escolha da melhor aeronave e fornecedor. Segundo o Ministro da Defesa Celso Amorim, três quesitos foram levados em conta: “preço, transferência de tecnologia e performance” (BRASIL, 2014). Decorridos treze anos de intenso debate sobre o tema, o processo de escolha foi encerrado no mês de dezembro de 2013, onde a empresa sueca Saab, fabricante do avião Gripen NG (*New Generation*), foi a escolhida dentre mais duas empresas (uma francesa e outra norte-americana), e venderá seus aviões por um preço estimado de US\$ 4,5 bilhões (BRASIL, 2014).

Voltando a um dos pontos fulcrais deste trabalho, a exigência de compensações comerciais (*offsets*) foi a principal questão a ser debatida entre o Brasil e os concorrentes do procedimento. Uma das exigências feitas, àquelas que pleiteavam ser a escolhida como a fornecedora, é a transferência da tecnologia dos aviões para o Brasil, a fim de que se possa ter um aprimoramento da indústria aeroespacial brasileira. De acordo com o Comandante da Aeronáutica, Tenente-Brigadeiro do Ar Juniti Saito, “quando terminar a fase de desenvolvimento, nós teremos propriedade intelectual sobre este avião, isto é, acesso a tudo”. (Força Aérea Brasileira, 2013). Até mesmo o setor privado avaliou a questão da transferência de tecnologia oferecida pelas concorrentes. As empresas Embraer, Atech, Mectron e AEL-Aeroeletrônica foram as que apreciaram as propostas de transferência. Tais empresas, principalmente a Embraer, são apontadas como as principais parceiras da licitante vencedora, quando se iniciar o fornecimento de suprimento e troca de tecnologia (CATANHÊDE, 2009).

Um fato interessante a se ressaltar é que o avião Gripen tem a possibilidade de haver a efetiva participação brasileira.

De acordo com informações do governo brasileiro, o país participará do desenvolvimento dos aviões e haverá repasse de tecnologia --o que no futuro pode ajudar o país a desenvolver caças de última geração. Cerca de 40% da aeronave deve ser fabricada em território nacional. Pelo acordo fechado com a Saab, a partir de 2018 o Brasil começará a receber uma nova versão do avião, o Gripen-Nova Geração, que será um modelo com adaptações à realidade brasileira (KAWAGUTI, 2013).

A empresa licitante Dassault, de origem francesa, ao saber da escolha da aeronave sueca, publicou uma nota lamentando a decisão Brasileira. Alegou que parte da tecnologia da sueca Saab, fabricante do avião Gripen NG (*New Generation*) é oriunda de terceiros países e que o preço mais baixo é consequência de que o Gripen não apresenta equivalência em relação ao avião francês, sendo este de desempenho superior (AFP, 2013).

7. CONCLUSÃO

Diante do que foi tratado, pode-se concluir, quanto às compras governamentais (*government procurement*) e quanto a exigência de compensações comerciais (*offsets*) ao país fornecedor, que vários países, hoje ricos e industrializados, com alta tecnologia, já utilizaram e alguns países ainda utilizam, de alguma forma ou em determinada extensão, as compras governamentais como uma poderosa ferramenta para promoção de estratégias políticas, sociais e econômicas, como por exemplo faz a República Popular da China. Essas estratégias levam a adoção de uma vasta gama de medidas que visam, além da obtenção do melhor

produto ou serviço, pelo preço mais baixo, a implementação de políticas concernentes (1) a proteção de empregos em indústrias em declínio; (2) a proteção do fornecimento de produtos de defesa estratégica; e (3) o apoio à emergente indústria doméstica de alta tecnologia.

No próprio Acordo do GATT/1947 há exceção quanto a contratação das compras governamentais em especial no art. III, parágrafo 8º , e no art. XXI, do mencionado acordo plurilateral.

O Brasil apesar de ser signatário dos acordos do GATT/OMC e ser Estado-Membro da Organização Mundial do Comércio-OMC não é signatário do “Acordo sobre Contratação Pública”.

A exigência de *offsets* é uma boa forma e oportunidade de buscar uma maior justiça comercial e minorar os desequilíbrios e distorções sofridas pelo Brasil em relação às práticas do comércio internacional e aos eventuais efeitos negativos da integração econômica internacional, como da própria globalização financeira e o desequilíbrio na balança comercial, bem como nas transações correntes. O Brasil não deve perder oportunidades, devendo sempre exigir compensações comerciais (*offsets*) aos seus fornecedores, em casos de grandes operações comerciais, em especial quando envolver compras governamentais (*government procurement*). O cerne da questão consiste na possibilidade, quando de decisões e compras governamentais, de se agregar tecnologia, renda, desenvolvimento industrial, incentivo a futuras exportações e emprego no país adquirente, tornando mais justo o processo de integração internacional e dando efetividade ao art. 219 da Constituição.

8. REFERÊNCIAS

ACORDO GERAL SOBRE TARIFAS ADUANEIRAS E COMÉRCIO 1947. Disponível em: <http://www1.fazenda.gov.br/sain/sobre_sain/copol/acordo_gatts.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2014.

AFP-Agence France Press. **Dassault "lamenta" escolha do Brasil Comente.** 2013. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/afp/2013/12/18/dassault-lamenta-escolha-do-brasil.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. Mercado e defesa nacional: o papel das licitações públicas. **Revista do Tcu**, [s.l], v. 1, n. 103, p.16-26, mar. 2005. Trimestral. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054640.PDF>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do, (Org.), **Direito do comércio internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BRASIL. **Brasil e Suécia estreitam diálogo sobre compra dos Gripen**. 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/defesa-e-seguranca/2014/01/projeto-f-x2-brasil-e-suecia-estreitam-dialogo-sobre-compra-dos-gripen>>. Acesso em: 19 fev. 2014.

_____. **Brasil recebe transferência de tecnologia de caças suecos**. 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/ciencia-e-tecnologia/2014/02/brasil-recebe-transferencia-de-tecnologia-de-cacas-suecos>>. Acesso em: 19 fev. 2014.

_____. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.

CATANHÊDE, Eliane. **Setor privado opina sobre a venda de caças ao Brasil**. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2009200912.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2014

Força Aérea Brasileira. **Gripen é a nova aeronave de caça da FAB**. 2013. Disponível em: <<http://www.fab.mil.br/noticias/mostra/17461/PROJETO-FX-2---Gripen?-a-nova-aeronave-de-ca?a-da-FAB>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

JACKSON, John H., **The world trading system: law and policy of international economic relations**. 2. ed., third printing. Cambridge, Massachusetts/London, England: The MIT Press, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos: de acordo com a Emenda constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, e com a Lei Federal nº 9.648, de 27 de maio de 1998**. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 1998.

KAWAGUTI, Luis. **Caça sueco é versátil, mas tem menos capacidade ofensiva**. 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2013/12/18/caca-sueco-e-versatil-mas-tem-menos-capacidade-ofensiva.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

NOGUEIRA, Fernando. **Modelagem e Simulação - Teoria dos Jogos**. 2009. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/epd042/files/2009/02/jogos.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

MOTA, Pedro Infante. **O Sistema GATT/OMC: Introdução Histórica e Princípios Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

MOTA, Tânia. **Compras Governamentais in O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais/organizado por Welber Barral**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 369-390.

OLIVEIRA, Odete Maria de. Regionalismo, p. 309-27 in BARRAL, Welber (Org.) **O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 310.

PODER AÉREO. **Aquisição de caças não prejudica balança comercial**. 2014. Disponível em: <<http://www.aereo.jor.br/2014/01/09/aquisicao-de-cacas-nao-prejudica-balanca-comercial/>>. Acesso em: 19 fev. 2014.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual Prático das Licitações: Lei nº 8.666/93; colaborador Marco Tullio Bottino**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

THE LEGAL TEXTS. **The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations**. World Trade Organization, First published in 1994 by the GATT Secretariat and reprinted since 1995 by the WTO. Reprinted 1999, 2000. Cambridge: Printed in the United Kingdom at the Cambridge University Press.

TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. **The Regulation of International Trade.** United States Of America: Routledge, 1999.

WARMAR, Zuhair. Abrangência das Compensações Comerciais. **Gazeta Mercantil.** São Paulo, p. 8-8. 12 jul. 2002.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Parties and observers to the GPA.** [s.l.]: [s.e]. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.