

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**O uso de mecanismos informais
de governança global e sua
aplicabilidade nas licitações
públicas brasileiras**

**Informal mechanisms of
international regulation and
Brazilian public procurement**

Fabiano de Figueiredo Araujo

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

VOLUME 15 • N. 2 • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL BUSINESS AND HUMAN RIGHTS

Sumário

I. CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL	1
REPARAÇÃO DE VÍTIMAS À LUZ DE UM TRATADO SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS	3
Ana Cláudia Ruy Cardia	
CONSUMER SOCIAL RESPONSIBILITY AS A REQUIREMENT FOR CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY	13
Nitish Monebhurrn	
CRISIS IN VENEZUELA: THE BRAZILIAN RESPONSE TO THE MASSIVE FLOW OF VENEZUELAN IN RORAIMA.....	18
Jacqueline Salmen Raffoul	
II. DOSSIÊ ESPECIAL: BUSINESS AND HUMAN RIGHTS.....	23
SOME REMARKS ON THE THIRD SESSIONS OF THE BUSINESS AND HUMAN RIGHTS TREATY PROCESS AND THE ‘ZERO DRAFT’.....	25
Humberto Cantú Rivera	
THE UNITED NATIONS GUIDING PRINCIPLES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS, THE STATE DUTY TO PROTECT HUMAN RIGHTS AND THE STATE-BUSINESS NEXUS.....	42
Mihaela Maria Barnes	
HARDENING SOFT LAW: ARE THE EMERGING CORPORATE SOCIAL DISCLOSURE LAWS CAPABLE OF GENERATING SUBSTANTIVE COMPLIANCE WITH HUMAN RIGHTS?	65
Justine Nolan	
DEL DOCUMENTO DE ELEMENTOS AL DRAFT 0: APUNTES JURÍDICOS RESPECTO DEL POSIBLE CONTENIDO DEL PROYECTO DE INSTRUMENTO VINCULANTE SOBRE EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS CON RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS	85
Adoración Guamán	

ACCESS TO REMEDIES AND THE EMERGING ETHICAL DILEMMAS: CHANGING CONTOURS WITHIN THE BUSINESS-HUMAN RIGHTS DEBATE	116
Justin Jos	
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS POR GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS: PRÁCTICA ACTUAL Y DESAFÍOS FUTUROS.....	130
Daniel Iglesias Márquez	
THE ENVIRONMENTAL LAW DIMENSIONS OF AN INTERNATIONAL BINDING TREATY ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS	151
Juan Gabriel Auz Vaca	
LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE EN EUROPA Y SU INTERSECCIÓN CON EL MARCO DE LOS NEGOCIOS Y LOS DERECHOS HUMANOS	190
Paolo Davide Farah	
HUMAN RIGHTS AND MARKET ACCESS	203
Danielle Mendes Thame Denny	
BUSINESS AND HUMAN RIGHTS IN BRAZIL: EXPLORING HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE AND OPERATIONAL-LEVEL GRIEVANCE MECHANISMS IN THE CASE OF KINROSS <i>PARACATU</i> GOLD MINE...	222
Mariana Aparecida Vilmondes Türke	
HUMAN RIGHTS AND EXTRACTIVE INDUSTRIES IN LATIN AMERICA: WHAT RESPONSIBILITY OF CORPORATIONS AND THEIR STATES OF ORIGIN FOR HUMAN RIGHTS VIOLATIONS IN THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM?.....	243
Alberto do Amaral Junior e Viviana Palacio Revello	
MULTINACIONAIS FAST FASHION E DIREITOS HUMANOS: EM BUSCA DE NOVOS PADRÕES DE RESPONSABILIZAÇÃO	255
Laura Germano Matos e João Luis Nogueira Matias	
III. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS.....	269
EFFICIENCY AND EFFICACY OF PUBLIC FOOD PROCUREMENT FROM FAMILY FARMERS FOR SCHOOL FEEDING IN BRAZIL.....	271
Rozane Márcia Triches	

A RELAÇÃO ENTRE O GRAU DE INTEGRAÇÃO ECONÔMICA E O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE A UNIÃO EUROPEIA E O MERCOSUL.....	286
Luciane Klein Vieira e Elisa Arruda	
THE RIGHTS TO MEMORY AND TRUTH IN THE INTER-AMERICAN PARADIGMS OF TRANSITIONAL JUSTICE: THE CASES OF BRAZIL AND CHILE	308
Bruno Galindo	
Juliana Passos de Castro	
A MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.	325
Gilberto Schäfer, José Eduardo Aidikaitis Previdellie e Jesus Tupã Silveira Gomes	
NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DA UNASUL: ANÁLISE DAS AGENDAS DE BRASIL E VENEZUELA À LUZ DO DIREITO À PAZ.....	339
Pedro Pulzatto Peruzzo e Arthur Ciciliati Spada	
A ATUAÇÃO DO GRUPO MERCADO COMUM FRENTE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA TRANSNACIONAL.....	354
Sabrina Cunha Kesikowski, Luis Alexandre Carta Winter e Eduardo Biacchi Gomes	
COUNTER-TERRORISM LEGISLATION AND TERRORIST ATTACKS: DOES HUMAN RIGHTS HAVE SPACE?.....	371
Heloisa Tenello Bretas e Daniel Damásio Borges	
TERRITÓRIOS DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO: NORMATIVA INTERNACIONAL E OS CASOS “CAMPO ALGODOEIRO” (MÉXICO) – “MORRO DO GARROTE” (BRASIL).....	392
Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro Villa e Bruno Amaral Machado	
O USO DE MECANISMOS INFORMAIS DE GOVERNANÇA GLOBAL E SUA APLICABILIDADE NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS.....	409
Fabiano de Figueiredo Araujo e Paulo Afonso Cavichioli Carmona	
AUTONOMIA INSTITUCIONAL DA IGREJA CATÓLICA E A INGERÊNCIA INDEVIDA DO ESTADO BRASILEIRO POR EVENTUAIS ILÍCITOS CANÔNICOS: ANÁLISE DO CASO DE FORMOSA-GO, À LUZ DO TRATADO BRASIL-SANTA SÉ DE 2010	423
Antonio Jorge Pereira Júnior e Renato Moreira de Abrantes	

A MORE TARGETED APPROACH TO FOREIGN DIRECT INVESTMENT: THE ESTABLISHMENT OF SCREENING SYSTEMS ON NATIONAL SECURITY GROUNDS440

Carlos Esplugues Mota

IV. RESENHAS467

DIREITO INTERNACIONAL EM PERSPECTIVA TRANSCIVILIZACIONAL DE YASUAKI ONUMA.....469

Arthur Roberto Capella Giannattasio

RESENHA DO LIVRO SPACE, GLOBAL LIFE: THE EVERYDAY OPERATION OF INTERNATIONAL LAW AND DEVELOPMENT, DE LUIS ESLAVA473

Matheus Gobbato Leichtweis

QUEM TEM MEDO DO PÓS-COLONIAL NO DIREITO INTERNACIONAL? UMA RESENHA DE “DECOLONISING INTERNATIONAL LAW: DEVELOPMENT, ECONOMIC GROWTH AND THE POLITICS OF UNIVERSALITY” DE SUNDHYA PAHUJA485

Gabriel Antonio Silveira Mantelli

**DIREITOS HUMANOS COMO UM NOVO PROJETO PARA O DIREITO INTERNACIONAL?
NOTAS SOBRE THE LAST UTOPIA, DE SAMUEL MOYN490**

João Roriz

O uso de mecanismos informais de governança global e sua aplicabilidade nas licitações públicas brasileiras*

Informal mechanisms of international regulation and Brazilian public procurement

Fabiano de Figueiredo Araujo**

Paulo Afonso Cavichioli Carmona***

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é tratar da influência, nas licitações públicas brasileiras, dos mecanismos informais de governança global, definidos como a normatização internacional sem o uso de regras clássicas de vinculação entre estados soberanos, objetivando trazer o fundamento normativo para a aludida aplicabilidade. Inicialmente, é feito o exame das abordagens de normatização internacional não tradicionais, descrevendo-se os principais projetos de estudos jurídicos da temática, tais como o *Direito Administração Global*, a *Autoridade Pública Internacional e In-Law*. Posteriormente, expõe-se que o Direito Internacional tem ascendência no processo licitatório brasileiro, uma vez que o rito de licitação pública, definido legalmente, já teve que ser modificado com a finalidade de se respeitar o que fora ajustado no acordo internacional. Outrossim, apresenta-se que as orientações sufragadas pelo processo de governança global, as quais não sofrem a formalização tradicional do *Direito das Gentes*, também possuem influência no processo licitatório brasileiro e, a despeito de não serem oriundos de tratados vinculantes, são validamente aplicáveis internamente por força do art. 37, XXI, da Constituição Federal, combinado com o art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993.

Palavras-Chave: Direito internacional. Direito administrativo global. Licitações. UNCITRAL. Lex Petrolea.

ABSTRACT

This paper aims to examine the influence of the informal mechanisms of global governance, defined as the international regulation without the use of classic rules of agreements between sovereign states, in Brazilian public procurement, in order to show the legal basis for its use. Initially, it examines non-traditional international regulation studies, such as *Global Administration Law*, *International Public Authority* and *In-Law*. Later, this article shows International Law has ascendancy in Brazilian public procurement process, whose procedure is legally defined, because it has already had to be modified in order to respect what was adjusted in international agreement. It is also pointed out that the guidelines given by the global governance process, which do not follow the traditional sources of International Law, also have

* Recebido em 03/02/2018
Aprovado em 11/06/2018

** Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília. Especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas. Professor Universitário. Procurador da Fazenda Nacional. Email: fabiano_cg@bol.com.br

*** Doutor em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Professor Universitário do Centro Universitário de Brasília. Email: paulo.carmona@ceub.edu.br

influence in the Brazilian public procurement, and they are legally used in Brazil because of article 37, XXI, of Constitution of the Federative Republic of Brazil, and article 3º of Brazilian Law 8,666/1993.

Keywords: International law. Global administrative law. Public procurement. UNCITRAL. Lex Petrolea.

1. INTRODUÇÃO

Os tratados internacionais são sempre lembrados como meios tradicionais de aplicação do direito internacional, conforme registra, inclusive, o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Sem embargo, convém registrar que, hodiernamente, mecanismos informais de governança global gozam de apreço e ensejam, muitas vezes, uma vinculação do Estado soberano a deliberações estruturadas à margem das clássicas convenções internacionais.

Não se pode deixar de lembrar, por exemplo, dos famosos *acordos de Basileia*, formatados por meio de interação de representantes dos agentes reguladores financeiros locais, não plenipotenciários, que se comprometem em atuar, internamente, em consonância com as deliberações engendradas em conjunto¹. Tal promessa não é oriunda de uma normatização internacional vinculante (por exemplo: tratado), mas derivada da premissa de que o não cumprimento das resoluções derivadas desses acordos enseja um afastamento do país, na prática, de transações financeiras internacionais.

O processo de informalização normativa não é, por si só, incomum no cenário do Direito Internacional: basta lembrar da proeminência dada aos costumes em tal contexto, bastante reforçada, por exemplo, pela Corte Internacional de Justiça no caso Nicarágua-Estados Unidos (1986), em que a aludida Corte corroborou uso dos costumes para julgar².

Sem embargo, visualiza-se a paulatina primazia da informalidade. Há, pois, a existência de um ambiente

administrativo global, em que há evidente influência de organismos internacionais, mas também de ferramentas informais de normatização, engendrando a construção de diretivas que influenciam a seara internacional³.

Essa cooperação transnacional à margem dos instrumentos tradicionais do Direito Internacional foi fomentada por inúmeros motivos, desde os reflexos evolutivos econômicos derivados do processo de Globalização⁴ a notória recalcitrância do Congresso Americano em deliberar questões polêmicas em matéria regulatória⁵.

Esses mecanismos informais de construção normativa internacional atingem a seara licitatória em nosso país. Afinal, convém lembrar que as diretrizes de contratação pública estabelecidas pelo Banco Mundial, cujos procedimentos não são tratados diretamente em ajustes internacionais, podem incidir em processos licitatórios em nosso país. Por outro lado, a praxe mercadológica estabelecida no setor petrolífero (denominada *lex petrolea*) é o sustentáculo de boa parte das especificações contidas na fase interna das seleções públicas engendradas, previamente, à celebração de contratos de concessão e/ou partilha.

Assim, diante desse fenômeno, o escopo do presente trabalho é delinear a influência do mecanismo informal de governança global, definido como o uso de instrumentos de normatização internacional não tradicionais, nos certames licitatórios brasileiros.

Como primeira etapa, promove-se a análise desse mecanismo informal de normatização e governança global, descrevendo-se os principais projetos de estudos jurídicos da temática, tais como o *Direito Administração Global*, a *Autoridade Pública Internacional* e *In-Law*. Posteriormente, expõe-se que o Direito Internacional tem ascendência no processo licitatório brasileiro, trazendo-se

3 Kingsbury, B. The Concept of 'Law' in Global Administrative Law. *The European Journal of International Law*, v. 20, 2009. p. 25.

4 HEILMANN, Maria de Jesus R. A. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 97 e ss.

5 O Congresso estadunidense é bastante refratário em atuar no âmbito regulatório, tanto com escopo em matérias internas quanto internacionais. No bojo interno, por exemplo, no final do século XIX, as inúmeras tentativas de estabelecimento, via legislação, de limitações de horário de trabalho eram constantemente afastadas, de sorte que o governo americano teve que utilizar o processo de contratação pública para atingir tal desiderato, mediante a obrigação contratual de limites de horário de trabalho e salários mínimos para aqueles que laborassem sob a égide de um contrato governamental. McCRUDDEN, Chistopher. *Buying Social Justice: equality, government procurement and legal change*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 258.

1 O instrumento empregado internamente para formalizar as regras estruturadas nos Acordos de Basileia é uma simples resolução do Conselho Monetário Nacional, confeccionada com base no art. 4º, VIII, da Lei nº 4.595, de 1964.

2 D'ASPREMONT, Jean. Droit Administratif Global et Droit International. In: BORIES, Clémentine (Dir.) *Un droit administratif global? A Global Administrative Law?* Paris: Éditions Pédone, 2012. p. 92.

exemplos do uso de fontes tradicionais do *Direito das Gentes* nas licitações brasileiras.

Posteriormente, apresenta-se que as orientações sufragadas pelo processo informal de governança global, também, possuem influência no processo licitatório brasileiro e, como não são oriundos de tratados vinculantes, o escopo do presente trabalho consiste em buscar obter o fundamento normativo para o uso desse regramento nas licitações brasileiras.

2. DOCTRINAS SOBRE OS MECANISMOS INFORMAIS DE NORMATIZAÇÃO INTERNACIONAL

A doutrina jurídica internacionalista acentua que as fontes formais clássicas do Direito Internacional são o tratado e o costume⁶, os quais servem como elementos tradicionais de ordenação das relações entre os Estados soberanos.

Enquanto o costume evidencia “o conjunto de normas consagradas pela prática reiterada nas relações internacionais e, por isso mesmo, tidas como obrigatórias”⁷, o tratado consubstancia um documento formal, subscrito por mandatários de duas ou mais pessoas internacionais, que retrata um acordo de vontades entre entes soberanos, com o intuito de vinculá-los na esfera jurídica (*pacta sunt servanda*).

O tratado, como cediço, é o instrumento tradicional de liame entre estados soberanos. Sem embargo do histórico embate doutrinário entre os seguidores das teorias dualista e monista do direito internacional público⁸, a Constituição Federal traz o rito institucional

no qual ajustes internacionais são incorporados na ordem interna (arts. 49, I; 84, VIII), assim delineado: (i) celebração do ajuste, pelo Presidente da República ou plenipotenciário; (ii) aprovação da convenção internacional pelo Congresso Nacional, por decreto legislativo; (iii) ratificação da convenção pelo Chefe de Estado por meio de depósito do instrumento do pacto celebrado; (iv) promulgação do acordo mediante decreto, pelo Presidente da República; e (v) publicação oficial do texto da convenção, para início da eficácia interna do ajuste internacional.

Ainda em sede preambular, tratando-se de meios clássicos de normatização internacional, convém lembrar os acordos executivos, isto é, “todo tratado internacional carente de aprovação individualizada do Congresso”⁹. A celebração de tal espécie de ajuste internacional pode ocorrer desde que: a) fosse subproduto de tratado vigente; ou b) fosse expressão da diplomacia ordinária (uma vez que seria da competência privativa da Presidência da República manter relações com Estados estrangeiros)¹⁰.

O intercâmbio internacional jurídico, contudo, não se limita, ordinariamente, a esses meios clássicos de ordenação normativa, e nem mesmo por meio dos participantes tradicionais do *Direito das Gentes* (estados soberanos, organismos internacionais e agentes plenipotenciários, estipulados no art. 7º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados). Deveras, como já exposto superficialmente na introdução, a globalização e o avanço das comunicações engendraram uma ampliação do processo de interação no âmbito social. Os meios tradicionais de evidência da vontade coletiva, tais como a democracia representativa e o próprio corpo estatal, não são elementos exclusivos de demonstração do desejo da sociedade. Processos de redes sociais, tão verificados hodiernamente, horizontalizam o debate e a discussão, de sorte que o Estado soberano não mais ostenta exclusividade em evidenciar o desejo de cada cidadão.

No cenário internacional, portanto, o papel do indivíduo se torna proeminente, tão quanto a do próprio Estado. Não por acaso, pode-se citar a Convenção de

6 Por todos: ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 13.

7 HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. São Paulo: LTR, 2017. p. 49.

8 Para os dualistas, inexistente conflito possível entre a ordem internacional e a ordem interna simplesmente porque não há qualquer interseção entre ambas. São esferas distintas que não se tocam”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva 1999, p. 16.

“O monismo jurídico afirma [...] que o direito constitui uma unidade, um sistema, e que tanto o direito internacional quanto o direito interno integram esse sistema. Por assim ser, torna-se imperativa a existência de normas que coordenem esses dois domínios e que estabeleçam qual deles deve prevalecer em caso de conflito. Kelsen admite, em tese, o monismo com prevalência da ordem interna e o monismo com prevalência da ordem internacional, embora seja partidário deste último”. Por sua vez, “Para os dualistas, inexistente conflito possível entre a ordem internacional e a ordem interna simplesmente porque não

há qualquer interseção entre ambas. São esferas distintas que não se tocam”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 16.

9 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 66.

10 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 67.

Aarhus, ajuste europeu relacionado com o acesso à informação e participação popular nos processos decisórios ambientais, em que soa possível que qualquer indivíduo tenha o direito de participar do processo de decisão de matérias relacionadas com sua abrangência. Caso não lhe seja outorgado tal direito, o interessado poderá reclamar perante um Comitê instalado nas reuniões dos partícipes, para avaliar a decisão administrativa interna e emissão de declaração sobre a não conformidade¹¹.

Por outro lado, a transversalidade dos problemas modernos enseja a necessidade de atuação conjunta das unidades soberanas: é factível apontar, por exemplo, que dificuldades de poluição surgidas no Estado brasileiro possam prejudicar terceiros países, de sorte que uma atuação conjunta na seara ambiental é medida imprescindível ao bem-estar mundial. Ademais, querelas pertinentes a transações financeiras e comerciais ensejam a necessidade de uma evidente padronização global.

Sob a égide desse cenário, há a emergência da governança global, no sentido de que a multiplicidade de partícipes e de interesses enceta uma complexa articulação, não estruturada, apenas, pelos estados soberanos, como tendia a acontecer outrora, mas por meio de atores e mecanismos diversos, tais como redes informais de articulação de agentes públicos de diversos países ou parametrizações feitas por entidades privadas transnacionais. Em suma, percebe-se um progressivo aumento na intensificação dos povos, passando a serem ligados por vínculos jurídicos originais, além dos tradicionais liames com características estatais¹².

Conforme a visão de Lorenzo Casini¹³, existem quatro tipos de administração global. O primeiro é feito por organizações intergovernamentais formais, modelo mais tradicional, de sorte que estados soberanos atuam na formação de organismos internacionais, comprometendo-se, mediante ajustes internacionais, a seguir os ditames delineados por essas entidades. É a lógica engendrada desde *a paz de Westfália*¹⁴. O segundo é derivado

da atuação de organizações público-privadas híbridas e os organismos privados que exercem funções públicas. Essas entidades promovem normatização acatada ao redor do mundo ou atuam em matérias transnacionais de escol, a despeito de não gozarem de personalidade jurídica internacional. Pode-se citar, como exemplo, a Cooperação da Internet para a atribuição de Nomes e Números (ICANN, em inglês), responsável pela alocação dos endereços eletrônicos na rede mundial de Computador, ou a própria Organização Internacional para Padronização (ISO, em inglês).

A terceira espécie retrata a administração global realizada por redes transgovernamentais e transnacionais, configuradas como meios mais simplórios de governança, em que as relações entre os estados soberanos, organismos internacionais ou outros atores são informais, compostos em geral por agentes públicos que escapam da lógica diplomática, a exemplo do comitê de Basileia.

Essas redes costumam ser bastante empregadas para fins de regulação, no afã de intentar promover uma sistematização entre os países acerca de assuntos transversais, tais como concorrência, valores mobiliários e sistema financeiro¹⁵. Nesse diapasão, os reguladores nacionais intentam formatar *redes de regulação*, possibilitando, assim, que agentes governamentais negociem, diretamente, tais assuntos, comprometendo-se, no futuro, a aplicar, internamente, as diretrizes estabelecidas em tais deliberações.

As grandes características dessas redes transnacionais são as seguintes: (i) não possuem personalidade jurídica internacional; (ii) tendem a atuar por consenso, sem procedimentos formais de votação; (iii) as suas diretrizes não são qualificadas como documentos legais obrigatórios no âmbito internacional; (iv) não possuem procedimento formal de monitorização ou fornecem

2014. p. 23 e ss.

15 Maria de Jesus Heilmann delinea redes transnacionais como *rede informal de autoridades*, consignando que tal modelo se trata “de um conjunto de autoridades que exercem controle e regulação independente de um fundamento jurídico formal ou qualquer tipo de mandato vinculante aos poderes de soberania instituídos por um Estado Democrático. Estes organismos que atuam em redes também não se submetem à distribuição de responsabilidades”. HEILMANN, Maria de Jesus R. A. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 165-166. Configuram, pois, fóruns multilaterais internacionais que trazem representantes de órgãos reguladores para facilitar a cooperação multilateral sobre assuntos de interesse mútuos de tais autoridades. VERDIER, P. Transnational regulatory networks and their limits. *The Yale Journal of International Law*, v. 34, jan. 2009. p. 118.

11 CASSESE, Sabino. Administrative Law in the global space. In: BORIES, Clémentine (Dir.) *Un droit administratif global? A Global Administrative Law?* Paris: Éditions Pédone, 2012. p. 65-66.

12 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Transadministrativismo: uma apresentação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, set./dez. 2014. p. 70

13 CASINI, Lorenzo. Além do Estado: o surgimento da administração global. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, set./dez. 2014. p. 29

14 KISSINGER, Henry. *Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva,

procedimentos de resolução de disputas; (v) não inclui organizações formadas via tratados, bem como arranjos bilaterais reconhecidos via tratados; (v) pode haver atuação de órgãos não governamentais, para fins de assessoramento¹⁶.

A quarta modalidade de administração global ultrapassa o sentido de instituição e redes, com utilização de instrumentos formais e informais, híbridos e multiníveis. Em tal situação, vários atores são envolvidos em nível internacional e nacional, a exemplo do tratado da matéria de patentes, com a integração de legislação interna e cooperações privadas¹⁷.

Observa-se, pela exposição acima, que a orientação sufragada pelos segundo e terceiro exemplos de administração global não possui sustentáculo direto em instrumentos tradicionais do direito internacional, bem como não é propriamente gerado no âmbito do direito doméstico. Encontra-se à margem de fontes clássicas de ambos os modelos de direito¹⁸. Esses meios de orientação normativa serão aqui definidos como mecanismos informais de governança global.

Com efeito, a normatização tradicional mediante regras clássicas está diminuindo, de sorte que a atividade normativa, paulatinamente, se utiliza de instrumentos informais que não se encaixam nas fontes habituais de direito internacional. Essa nova lógica escapa, em larga medida, do processo de *accountability* tradicionalmente verificado nas relações internacionais. Essa sensação do *déficit de accountability* é que levou estudiosos a tentarem “domesticar” essas formas plurais de atuação das autoridades públicas. O corpo de normatização surgido além do Estado não configura um Direito Natural, não é estritamente Direito Internacional, por não ser muitas vezes derivado, diretamente, de Tratados, nem é um novo Direito Público Administrativo, pois é separado da Ordem Legal Nacional¹⁹.

Desse modo, projetos de estudos jurídicos relacio-

nados com essa sistemática de cooperação transnacional, à margem de clássicos instrumentos de direito internacional, foram engendrados, tais como o *Direito Administrativo Global*, a *Autoridade Pública Internacional* e o *Informal International Lawmaking*²⁰.

O Direito Administrativo Global (GAL, em inglês) consubstancia um grupo de estudo formado no âmbito da *New York University*, a partir de 2005, bastante heterogêneo, mas tendo como foco o estudo de uso de mecanismos de aprimoramento do *accountability*, de participação e de transparência na construção desse normativo internacional estruturado à margem dos processos tradicionais de Direito Internacional²¹. O GAL goza de amplitude temática maior do que os demais projetos de estudo.

Por sua vez, o Projeto da Autoridade Pública Internacional (*International Public Authority – IPA*) surgiu no *Max Planck Institute* e visa desenvolver um estudo legal do fenômeno em comento, diferenciando-se do Direito Administrativo Global por focar mais expressamente no direito público, e não na força persuasiva oriunda de instituições não estatais²². Por sua vez, *Informal International Lawmaking (In-Law)*, uma linha de estudos proposta pela *Hague Institute for the Internalisation of Law*, em 2009, possui uma abordagem direta para construção normativa informal²³.

O escopo do presente trabalho impossibilita um delineamento aprofundado desses projetos. Na verdade, algumas das obras já citadas no decorrer do presente

16 VERDIER, P. Transnational regulatory networks and their limits. *The Yale Journal of International Law*, v. 34, jan. 2009. p. 119.

17 CASINI, Lorenzo. Além do Estado: o surgimento da administração global. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, set./dez. 2014. p. 32.

18 PAUWELYN, Joost. Informal International Lawmaking: Framing the Concept and Research Questions. In: *INFORMAL International Lawmaking*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 13-14.

19 CASSESE, Sabino. Administrative Law in the global space. In: BORIES, Clémentine (Dir.) *Un droit administratif global? A Global Administrative Law?* Paris: Éditions Pédone, 2012. p. 67.

20 DANN, Philipp; ENGELHARDT, Marie von. Legal Approaches to Global Governance and Accountability: Informal Lawmaking, International Public Authority and Global Administrative Law Compared. In: *INFORMAL International Lawmaking*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 106-107.

21 DANN, Philipp; ENGELHARDT, Marie von. Legal Approaches to Global Governance and Accountability: Informal Lawmaking, International Public Authority and Global Administrative Law Compared. In: *INFORMAL International Lawmaking*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 106-107; D’ASPREMONT, Jean. Droit Administratif Global et Droit International. In: BORIES, Clémentine (Dir.) *Un droit administratif global? a global administrative law?* Paris: Éditions Pédone, 2012. p. 84.

22 DANN, Philipp; ENGELHARDT, Marie von. Legal Approaches to Global Governance and Accountability: Informal Lawmaking, International Public Authority and Global Administrative Law Compared. In: *INFORMAL International Lawmaking*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 108.

23 PAUWELYN, Joost. Informal International Lawmaking: Framing the Concept and Research Questions. In: *INFORMAL International Lawmaking*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 13-15.

já procuram trabalhar, com detalhes, esses grupos de estudo.

Nesta sede, a conclusão importante, extraída das linhas de estudo acima referidas, é que a normatização tradicional na esfera internacional mediante regras clássicas está diminuindo, de sorte que a atividade normativa paulatinamente se utiliza de instrumentos não habituais que não se encaixam nas fontes tradicionais de direito internacional. Essa nova lógica escapa, em larga medida, do processo de *accountability* tradicionalmente verificado nas relações internacionais.

É ledor engano, por sua vez, compreender que os processos de licitação brasileiros não sofrem influência de tal cenário. Deveras, as disputas licitatórias de objetos mais vultosas, necessariamente, gozam de atores internacionais, que podem ser desde os agentes que participam dos certames, passando por organismos internacionais que, de alguma forma, atuam no processo de contratação, mediante, por exemplo, empréstimos às unidades administrativas que empreendem a licitação, ou até mesmo agentes regulatórios transnacionais, cujas orientações acabam moldando especificações existentes nos instrumentos convocatórios.

Desse modo, os mecanismos informais de governança global estão influenciando diretamente o cotidiano do processo de contratação governamental. É o que se intentará abordar no próximo tópico do presente artigo.

3. O DIREITO INTERNACIONAL E A LICITAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Engendrou-se, na esfera pública estatal, o paradigma de que contratações para fornecimento de bens ou prestação de serviços tenham prévios processos objetivos para seleção dos contratantes particulares. Os ordenamentos jurídicos, em geral, acentuam tal necessidade²⁴. Deveras, a competição entre particulares enseja a presunção de que ocorrerá uma aquisição, pelo ente público, por patamares mais baixos do que naturalmente existiria caso houvesse uma livre escolha do terceiro que forneceria um determinado bem à Administração

Pública²⁵.

O uso do processo de seleção objetiva de contratação pública, contudo, não apenas possui a serventia de objetivar uma prestação direta à Administração Pública (fornecimento de bens ou serviços). Licitações, também, podem configurar “*barreira de entrada*” para exercício de determinada atividade econômica. Exemplos emblemáticos, na realidade brasileira, do uso da licitação como etapa imprescindível para acesso a setores econômicos são a delegação de serviço público (art. 175 da Constituição Federal) e a atuação no setor petrolífero (art. 177, §1º, da CF c/c art. 36 da Lei nº 9.478, de 1995, ou art. 8º, II, da Lei nº 12.351, de 2010).

A lei é, como cediço, o instrumento que estipula o rito de licitação pública em nosso país, conforme previsão constitucional expressa (arts. 22, XXVII e 37, XXI). Desse modo, os certames licitatórios empreendidos em nosso país acabam seguindo, em regra, o procedimento delineado legalmente.

Partindo-se dessa premissa, havendo celebração de tratado entre a República Federativa do Brasil e estados soberanos que, de certa forma, atinja o processo de compras governamental, pode haver a necessidade de que haja modificação legal do rito outrora definido normativamente, com o fito de respeitar o que foi ajustado no acordo internacional.

Como exemplo, pode-se citar o *Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul*, cujo art. 4º criou a regra de *nação mais favorecida* nos processos de contratações governamentais engendradas dentro da esfera do Mercado Comum. Deveras, segundo o preceito, cada membro outorgará aos bens e serviços e obras públicas e aos fornecedores e prestadores de qualquer outro estado soberano parte do acordo, um tratamento não menos favorável que aquele que conceda aos bens e serviços e obras públicas e aos fornecedores e prestadores nacionais.

Mercê de tal realidade, quando adveio a sistemática das margens de preferência na realidade brasileira, metodologia de benefício licitatório que será, inclusive,

24 JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1950. p. 72 e ss.

25 MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abedelo Perrot, 1983. p. 170. ARROWSMITH, Sue L.; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don. *Regulating public procurement: national and international perspectives*. Boston: Kluwer Law International, 2000. p. 37-61; PEREIRA JR., Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 33.

explicitado oportunamente, teve a necessidade de previsão expressa no sentido de que “os bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul” gozassem do mesmo privilégio (art. 3º, §10, da Lei nº 8.666, de 1993).

Ou seja, a vinculação internacional (*pacta sunt servanda*) implicou a necessidade de modificação legal do processo interno de contratação pública, com o intuito de evitar qualquer alegação de que regras estipuladas no ordenamento jurídico nacional estariam violando obrigação vinculante na esfera internacional.

Como consectário desse primado, pode-se lembrar, outrossim, da hipótese de dispensa de licitação estipulada pelo art. 24, XIV, da Lei 8.666, de 1993, na qual se prevê a possibilidade de contratação direta 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.

Um terceiro exemplo da influência de um ajuste internacional que goza de repercussão nos processos de contratação nacional é o disposto no art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666, de 1993, o qual estabelece, de modo expresso, que a Administração Pública em geral poderá utilizar normas e procedimentos licitatórios — inclusive outros critérios de avaliação — próprios dos organismos financeiros internacionais de que o Brasil faça parte, visando à aquisição de bens, obras e serviços, desde que preenchidas as condições do respectivo texto legal.

Em geral, as operações de créditos, derivadas de acordos internacionais, estipulam a necessidade de que as contratações governamentais que usem os recursos emprestados sigam ritos licitatórios normatizados pelo próprio agente financiador, e não pela legislação local.

Em geral, o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), que integra o Grupo Banco Mundial, e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) constroem, dentro de suas alçadas, modelos licitatórios (comumente denominados como *diretrizes*) que são empregados de forma ampla em certames ocorridos em nosso país.

A aplicabilidade desses procedimentos licitatórios exigidos nos contratos de empréstimos internacionais era aceita em nosso país antes mesmo da redação vigente do art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666, de 1993. Sempre se aduziu, contudo, que tais ritos deveriam estar em con-

sonância com a Constituição Federal²⁶.

Convém registrar, contudo, a constante resistência de órgãos de controle em pontos específicos dessas diretrizes, mercê da eventual incompatibilidade de algumas questões com os mandamentos constitucionais.

Não se olvida, por exemplo, dos grandes debates ocorridos no Tribunal de Contas da União (TCU) acerca da *regra de confidencialidade*, existente nas diretrizes de aquisição do Banco Mundial, que estabelece o sigilo do procedimento licitatório desde a abertura das propostas até a adjudicação contratual. Após idas e vindas, o TCU sufragou a higidez desse sigilo temporário de informações, por meio do Acórdão nº 1312/2009 – Plenário²⁷.

Outro ponto que logrou ter divergência perante o TCU foi o da necessidade ou não de equalização das propostas por licitantes estrangeiros no âmbito das diretrizes do Banco Mundial, querela que acabou sendo resolvido, apenas, em 2015.²⁸

Com efeito, essas diretrizes de aquisição exigidas pelas organizações financeiras multilaterais, geralmente, são engendradas, internamente, pelas entidades internacionais, de sorte que, à primeira vista, não ostentariam processos amplamente dialógicos para fins de construção. Reitera-se: a sua obrigatoriedade de uso é implementada mediante instrumentos tradicionais de Direito Internacional (acordos que tratam de empréstimos internacionais), mas o rito licitatório em si não é estabelecido pela avença internacional, mas por instrumentação interna do BIRD (ou BID, conforme o caso).

Verifica-se, portanto, que a despeito de existir autorização legal específica para se empregar as diretrizes de contratação dos organismos financeiros internacionais, os procedimentos lá entabulados estão longe de serem estruturados mediante ato normativo formal (lei material interna ou, pelo menos, ajustes cogentes internacionais). Assim, soaria natural o surgimento de críticas acerca da falta de transparência da construção dessas diretrizes, já que seriam estabelecidas, aparentemente, à margem de processos tradicionais de legitimação jurídica, tais como, por exemplo, o complexo rito de interna-

26 Tribunal de Contas da União. Decisão nº 245/1992 – Plenário.

27 ARAUJO, Fabiano de Figueiredo. A verdade acerca do (constitucional) sigilo de orçamento no RDC para a Copa do Mundo 2014 e Olimpíadas 2016. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2920, jun. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19444>>. Acesso em: 25 set. 2017.

28 Por intermédio do Acórdão nº 1866/2015 – Plenário.

lização de avenças entre estados soberanos.

Dessarte, em consonância, inclusive, com um dos primados maiores do Direito Administrativo Global, qual seja, a emergência de princípios e procedimentos de *Accountability* e transparência nesses mecanismos internacionais informais²⁹, o Banco Mundial vem promovendo inúmeros encontros regionais, com os mais diversos atuantes em processos de contratações governamentais, no afã de obter subsídios para revisão das aludidas políticas de aquisição.

Além disso, podemos trazer à baila outros paradigmas nos quais mecanismos informais de governança global possuem força persuasiva no processo de contratação brasileiro.

Pode-se trazer à baila, como primeiro caso para ilustração, a premissa de que a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law*) estabeleceu um modelo padrão de licitações públicas (o modelo mais recente é do de 2011), em que se visualiza a primazia de critérios objetivos de seleção, no afã de salvaguardar a competitividade.

O próprio fato de tal modelo ter sido construído no bojo da Organização das Nações Unidas (ONU) já evidencia a premissa de que as suas características mais relevantes são coerentes com o que corriqueiramente ocorre nas aquisições públicas perpetradas pelos estados mais representativos da ONU³⁰. Ademais, serve como um paradigma de modelo licitatório condizente com os primados da concorrência e da moralidade, de sorte que a construção de uma normatização de contratação governamental local que esteja de encontro a seus preceitos basilares é decerto um elemento de desestímulo à participação de estrangeiros nessas licitações.

Inexistem dúvidas, portanto, de que esse cenário acaba sendo um elemento persuasivo para que modelos de contratações públicas locais sigam os ditames do instrumento paradigma do UNCITRAL.

A legislação brasileira segue, em geral, o regramento

lá modelado. Chega ao extremo de, por exemplo, a Lei nº 8.666, de 1993, utilizar uma sistemática de benefícios a produtos e serviços nacionais bastante semelhante com o estipulado no modelo.

Com efeito, a Lei nº 12.349, de 2010, modificou o art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, incluindo vários parágrafos e possibilitando o estabelecimento das margens de preferência nas licitações para produtos e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. Consoante a normatização, já citada outrora neste artigo, essa margem de preferência pode ser de até 25% por cento. Dessa forma, em situação hipotética, após as disputas de propostas/lances em um certame licitatório, fornecedor de um produto reputado, normativamente, como estrangeiro explicita que o seu bem vale 100 unidades monetárias (u.m.). Caso a margem de preferência seja de 20%, o fornecedor de um produto reputado, normativamente, como nacional logrará êxito no certame caso o preço do bem ofertado seja de até 120 u.m.

Ou seja, pela referida sistemática, não necessariamente o ofertante do menor preço em uma disputa licitatória logrará êxito, porquanto caso este licitante seja um competidor estrangeiro, e ofertante de bem reputado nacional apresente preço superior ao proposto pelo aludido competidor, mas esteja dentro da margem de preferência, o segundo ofertante será considerado vencedor da licitação.

Esse modelo é semelhante com a modelagem de preferência a bens nacionais implementada pelo art. 8º e 11 da Lei Paradigma do UNCITRAL³¹.

31 Vejamos os arts. 8º e 11 da Lei Modelo da UNCITRAL sobre contratação estatal, no que pertinente: Article 8. Participation by suppliers or contractors. 1. Suppliers or contractors shall be permitted to participate in procurement proceedings without regard to nationality, except where the procuring entity decides to limit participation in procurement proceedings on the basis of nationality on grounds specified in the procurement regulations or other provisions of law of this State. [...] Article 11. Rules concerning evaluation criteria and procedures. 1. Except for the criteria set out in paragraph 3 of this article, the evaluation criteria shall relate to the subject matter of the procurement. [...] 3. In addition to the criteria set out in paragraph 2 of this article, the evaluation criteria may include: [...] (b) A margin of preference for the benefit of domestic suppliers or contractors or for domestically produced goods, or any other preference, if authorized or required by the procurement regulations or other provisions of law of this State. The margin of preference shall be calculated in accordance with the procurement regulations. **Tradução livre:** Art. 8º. Participação de fornecedores ou contratados. 1. Fornecedor ou contratado poderão participar do processo licitatório sem distinção em relação à nacionalidade, salvo se a entidade licitante decidir limitar a participar no procedi-

29 D'ASPREMONT, Jean. Droit Administratif Global et Droit International. In: BORIES, Clémentine (Dir.) *Un droit administratif global? A Global Administrative Law?* Paris: Éditions Pédone, 2012. p. 91.

30 MORETTINI, Simona. Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law. In: CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio (Ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law*. New York: Springer, 2011. p. 198.

Com efeito, no âmbito internacional, preferências em contratações públicas para produtores e serviços nacionais, a despeito de serem verificadas à saciedade, não são bem acatadas. Não por acaso, existe um acordo de contratação governamental *Government Procurement Agreement (GPA)* que propugna por eliminar tal conduta. Em linhas gerais, o *GPA 1994* configura um acordo não obrigatório aos membros da Organização Mundial do Comércio, mas que, no instante em que subscrito, enseja a vinculação dos países que o celebraram³². O acordo é guiado pela regra da não discriminação e da nação mais favorecida, intentando, assim, evitar o emprego da sistemática de contratação pública com o fito de beneficiar específicos interesses locais³³. Assim, na contratação pública de bens e serviços feita por um país signatário, os oriundos dos demais estados celebrantes não receberão tratamento menos favorável do que os nacionais.

O GPA 1994 possui um pequeno número de aderentes, no número de 44 partes³⁴. Sem embargo, a sua existência, por si só, já é um elemento refreador de condutas protecionistas no bojo da contratação governamental.

Dessa forma, a construção de modelos de benefícios a bens/serviços nacionais, semelhantes com o paradigma estabelecido pela UNCITRAL poderia até ser um meio de “legitimar” condutas de Função Regulatória da Contratação Governamental, sintetizada aqui, em breves palavras, como o viés de usar a sistemática de

mento com base na nacionalidade por força de disposição existente na regra de contratação pública ou outra disposição existente no ordenamento jurídico. Art. 11. Regras pertinentes aos critérios e procedimentos de avaliação. 1. Ressalvado o disposto no parágrafo terceiro deste artigo, os critérios de avaliação guardarão pertinência com o objeto da licitação. 3. Além do critério estabelecido no parágrafo segundo deste artigo, os critérios de avaliação da proposta poderão incluir: (b) uma margem de preferência para fornecedores domésticos ou para bens produzidos internamente, ou outro tipo de preferência, se autorizada ou solicitada pela regra de contratação pública ou por outra disposição existente no ordenamento jurídico. 32 MORETTINI, Simona. Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law. In: CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio (Ed.). *Global Administrative Law and EU Administrative Law*. New York: Springer, 2011. p. 201; MC-CRUDDEN, Chistopher. *Buying Social Justice: equality, government procurement and legal change*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 280.

33 Essa lógica está explicitada, em geral, no art. 3º do Acordo.

34 Armênia, Canadá, União Europeia (28 estados membros), Hong Kong (e não a China), Islândia, Israel, Japão, Coreia do Sul, Liechtenstein, Montenegro, Aruba, Nova Zelândia, Noruega, Cingapura, Suíça, Formosa e Estados Unidos.

aquisição estatal como instrumento de política pública³⁵, já que, a despeito de essa metodologia ir de encontro a tentativas sufragadas pela Organização Mundial do Comércio (OMC) de maior liberalização econômica, a metodologia estaria condizente com o paradigma do UNCITRAL.

Em suma: a legislação brasileira tem uma tendência de respeitar, em geral, o modelo de contratação governamental sufragado pelo UNCITRAL, mesmo sem haver qualquer instrumento internacional vinculante que exija tal empreendimento.

Outrossim, é trazido outra ilustração da influência de mecanismo informal de governança na contratação governamental brasileira.

Como sabido, a participação de companhias petrolíferas no processo de pesquisa e lavra das jazidas do petróleo em nosso país pressupõe disputa licitatória, de sorte que o futuro vencedor deverá subscrever contrato de concessão ou contrato de partilha (art. 5º da Lei nº 9.478, de 1997), dependendo do regime de exploração e produção.

Em uma breve leitura dos instrumentos convocatórios desses certames, observa-se a menção a praxes mercadológicas existentes nesse setor tão específico. Sempre se estipula, por exemplo, que as empresas licitantes devam cumprir encargos condizentes com as tradições mais visíveis desse mercado. Em suma, os contratos relacionados com tal matéria devem estar coerentes com a chamada *lex petrolea*, corporificação da *lex mercatoria* na área petrolífera.

Com efeito, a *lex mercatoria* se consubstancia na institucionalização de disciplinamentos incidentes no âmbito das transações internacionais, oriundos de costumes, regras de negociação e decisões de arbitragem engendrados na área de negócios. Vê-se que a fonte dessa “normatização” não é, necessariamente, advinda de organizações estatais, mas também de um conjunto de instituições desvinculadas do Estado³⁶.

Essa mesma lógica serve no âmbito do setor de petróleo e gás. A praxe mercadológica exige que os mais diversos Estados sigam, independentemente do pecu-

35 JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da microempresa e as licitações públicas*. Dialética: São Paulo, 2007. p. 23; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 159.

36 BRANDÃO, Clarissa. *Lex Petrolea*. *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia*, Rio de Janeiro, n. 2, 2006. p. 243

liar regime administrativo existente em seu bojo, esse regramento tacitamente implementado, sob pena de não se reputarem ambientes adequados para investimentos de tão grande importe.

Objetivamente falando: caso não sigam essa praxe mercadológica, estão “fora do jogo”, inviabilizando que os principais *players* internacionais participem dos certames licitatórios do setor petrolífero realizados localmente.

Conforme acentua Clarissa Brandão³⁷, *a lex petrolea* se revela, basicamente, na existência de modelos de contratos típicos, tais como o contrato de concessão e o contrato de partilha (expressamente existentes em nossa legislação, como dito outrora), bem como na jurisprudência arbitral, que retratam práticas de conduta tradicionais neste setor e acabam servindo como lastro das especificações nos instrumentos convocatórios de licitações empreendidas pelos mais diversos países.

A fim de corroborar tal ilação, são trazidos alguns pontos do edital, confeccionado pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), da décima segunda rodada de licitações para a outorga de contratos de concessão para atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, que regulou certame licitatório ocorrido no ano de 2013.

Com efeito, observa-se, por exemplo, a existência de várias menções à necessidade de que os licitantes pratiquem “as melhores práticas da indústria do petróleo”, para fins de pontuação técnica no certame (vide item 3.4.2.2. do Edital). Esse cenário configura, grosso modo, a satisfação dessa praxe mercadológica retratada no bojo da *lex petrolea*.

Consigne-se, contudo, a inexistência de qualquer preceito legal específico, na legislação interna nacional, que traga, indene de dúvidas, autorização para especificações de tal naipe. Outrossim, não custa anotar que essas praxes mercadológicas não são vinculantes ao Estado Brasileiro por força de clássicos elementos de normatização internacional, e assim, não estaria longe a alegação de que a estipulação dessas especificações poderia ser qualificada como ilegal, viciando o procedimento licitatório.

Sem embargo, a inexistência desse tipo de regramento no instrumento convocatório pode trazer inseguran-

ça jurídica ao licitante internacional, desestimulando sua participação nos certames.

Todavia, exemplos de uso de mecanismos informais de governança global não se limitam ao caso em comento. Como outra ilustração, pode-se lembrar dos índices mínimos de registro de capital, estipulados pelos acordos de Basileia³⁸, como critério de qualificação técnico-financeira em certames licitatórios cuja contratação seja de instituições financeiras.

Reiterando o que foi dito, os aludidos acordos são orientações derivadas de encontros de representantes dos órgãos de supervisão bancárias de dezenas de países, nos quais se acentuaram paradigmas de alocação de capital e de riscos a serem respeitados pelas instituições financeiras, com a finalidade de afastar problemas sistêmicos.

As regras de Basileia acabam sendo utilizadas, ordinariamente, como critério de qualificação técnico-financeira em certames licitatórios nacionais, a despeito de inexistir um comando cogente, oriundo da normatização internacional tradicional, que obrigue tal empreendimento.

Deveras, com a finalidade de comprovar tal fato, citam-se os seguintes precedentes:

- (i) Item 7.1, “c”, do Termo de Referência da licitação cujo objeto é a contratação de instituição financeira para prestação de serviços bancários, incluindo o pagamento da folha de pagamentos dos servidores ativos, inativos e pensionistas da administração direta, indireta, autárquica e fundacional do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro³⁹, na qual se acentua a necessidade de cálculo do índice de Basileia de *solvência bancária*;
- (ii) Item 2.5, “b” do Edital de Pregão estruturado pelo Município de Mirassol D’Oeste – MT, no qual se exigiu análise do desempenho de capacidade financeira do licitante “conforme os mecanismos adotados no Acordo de Basileia e seus adendos, obedecidas as normativas do Banco Central do Brasil”;
- (iii) Item 5.4, “b”, do Edital de Pregão feito pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo⁴⁰,

38 Já explicado outrora.

39 RIO DE JANEIRO. *Termo de referência*. Disponível em: <<http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/content/conn/UCMServer/uuid/dDocName/%3AWCC193998>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

40 SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *Pregão (Presencial) nº 12/14*. Disponível em: <http://www4.tce.sp.gov.br/licitacao/sites/licitacao/files/pre-12-20307_instituicao_bancaria_edital_alterado_reabertura_0.pdf>. Acesso em: 15 jan.

37 BRANDÃO, Clarissa. *Lex Petrolea*. *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 247, 2006.

cujo objeto é a “contratação de instituição bancária para operar os serviços de processamento e gerenciamento de créditos provenientes da Folha de Pagamento dos servidores ativos, inativos e pensionistas”, que também exigiu a apresentação do cálculo do índice de Basileia.

Em semelhança ao que dito outrora, em relação às licitações do setor petrolífero, há outra situação na qual inexistem qualquer preceito legal específico que autorize o uso das orientações sufragadas em Basileia como restrição para participação em certames licitatórios nacionais.

Sem embargo, o fato de não se aplicar tal regramento pode induzir a visão de que o setor público brasileiro estaria condescendente com o equilíbrio sistêmico do setor financeiro nacional, trazendo, assim, evidente prejuízo à visão internacional sobre a realidade brasileira regulatória das instituições financeiras.

Entende-se, porém, que há amparo normativo, de caráter mais geral, para utilização de regras oriundas dos mecanismos informais de governança global, com o fito de expurgar quaisquer alegações de ilicitudes nos procedimentos licitatórios que as usem. É o que se exporá a seguir.

4. O ART. 37, XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O ART. 3º DA LEI Nº 8.666, DE 1993, COMO PRECEITOS AUTORIZADORES DO USO, EM CERTAMES LICITATÓRIOS, DE REGRAS ORIUNDAS DOS MECANISMOS INFORMAIS DE GOVERNANÇA GLOBAL

Verificou-se, no tópico anterior, que certames licitatórios nacionais aplicam preceitos derivados de regramentos da administração global que não são, contudo, vinculantes ao Estado Brasileiro, consoante a tradicional normatização internacional. Outrossim, como dito, inexistem normas legais específicas que amparem o uso dos aludidos regramentos. Esse cenário, como se vê, pode ensejar fragilidade na higidez do certame licitatório.

Afinal, a Constituição Federal outorga a necessidade de que o processo de contratação pública, em regra, seja entabulado mediante certame licitatório delineado legalmente (art. 37, XXI).

Sem embargo, a própria norma constitucional autori-

za, expressamente, a construção de restrições no bojo do processo de licitação, “*indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”. Isto é, não é elemento violador do caráter isonômico da disputa licitatória a construção de exigências ou limites participativos com o intuito de filtrar a participação daqueles agentes mais compatíveis com o desejo administrativo de obtenção de uma proposta mais adequada e vantajosa ao corpo administrativo⁴¹.

Consentâneo com o aludido mandamento constitucional, o art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666, de 1993, autoriza, por interpretação em sentido contrário à sua literalidade, a admissão de cláusulas e ou condições limitadoras de participação de particulares em específico certame, desde que sejam pertinências ou relevantes ao específico objeto contratual.

Entende-se, pois, que os aludidos preceitos, constitucional e legal, são verdadeiras cláusulas gerais autorizativas de construção de especificações que, mesmo eventualmente limitadoras da participação licitatória, tenham o condão de serem adequadas para atender, satisfatoriamente, o interesse administrativo de obtenção de uma proposta mais vantajosa.

Assim, percebe-se que haveria, pois, embasamento normativo para que condições advindas de rede de governança global e/ou oriundas de mecanismos não tradicionais de normatização internacional sejam aplicáveis aos certames licitatórios brasileiros.

Sem embargo, para tal conduta, impõe-se motivação na fase interna do processo de contratação governamental, com o fito de evidenciar que a conduta administrativa não viola a isonomia, bem como que enceta uma qualificação, no instrumento convocatório, imprescindível para atingir à finalidade pretendida pela Administração Pública.

Exemplificando, no caso dos certames licitatórios relacionadas com o setor petrolífero, verifica-se que a utilização de regramentos oriundos da *lex petrolea* nas especificações e nas cláusulas contratuais dos instrumentos paradigmas dos editais tem o condão de incentivar o emprego da boa prática internacional da indústria do petróleo na realidade nacional, com efeitos positivos nas mais diversas searas, tais como ambientais e tecnológica.

Ademais, essa padronização internacional das regras dos contratos do setor petrolífero acaba sendo, factual-

41 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 69.

mente, um elemento indutor de investimentos locais, mercê do fato de que estipula a participação internacional nas disputas licitatórias. Em suma, tais exigências, a despeito de serem elementos restritivos de competitividade, acabam sendo factualmente elementos indutores da concorrência licitatória.

Dessa forma, o art. 3º, I, da Lei nº 8.666, de 1993, pode ser empregado como a cláusula geral para aplicação, em certames licitatórios, de regramentos oriundos de mecanismos informais de governança global, afastando-se, assim, qualquer alegação de eiva na licitação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As breves linhas tecidas tiveram o condão de evidenciar que os mecanismos informais de normatização internacional são aplicáveis no cotidiano das licitações públicas em nosso país.

Os exemplos trazidos estão longe de serem exaustivos. Outras abordagens poderiam ter sido elencadas, tais como: aquelas relacionadas com encargos existentes em contratações diretas da União com entidades particulares estrangeiras, que seriam coerentes com praxes mercadológicas; requisitos ambientais; ou até mesmo especificações licitatórias oriundas de comandos construídos em sede de redes transnacionais de regulação.

Ressaltou-se, nessas rápidas páginas, a premissa de que o regramento existente no âmbito das licitações públicas brasileiras está longe de ficar adstrita ao Direito Administrativo Positivo.

O processo licitatório, metodologia tão conhecida pela sua vinculação a procedimentos rigidamente estabelecidos normativamente, pode sofrer direta influência de mecanismos não tradicionais de normatização na seara internacional.

E, tendo em vista tal realidade, concluiu-se que o art. 37, XXI, da Constituição Federal, bem como o art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993 podem ser cláusulas gerais autorizativas de construção de especificações, em instrumentos licitatórios, que possam seguir as regras entabuladas no cenário da governança global.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAUJO, Fabiano de Figueirêdo. A verdade acerca do (constitucional) sigilo de orçamento no RDC para a Copa do Mundo 2014 e Olimpíadas 2016. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2920, jun. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19444>>. Acesso em: 25 set. 2017.

ARROWSMITH, Sue L.; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don. *Regulating Public procurement: national and international perspectives*. Boston: Kluwer Law International, 2000.

BRANDÃO, Clarissa. Lex Petrolea. *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 239-254, 2006.

CASINI, Lorenzo. Além do Estado: o surgimento da administração global. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 13-39, set./dez. 2014.

CASSESE, Sabino. Administrative Law in the global space. In: BORIES, Clémentine (Dir.) *Un droit administratif global? A Global Administrative Law?* Paris: Éditions Pédone, 2012. p. 65-68.

D'ASPREMONT, Jean. Droit Administratif Global et Droit International. In: BORIES, Clémentine (Dir.) *Un droit administratif global? A Global Administrative Law?* Paris: Éditions Pédone, 2012.

DANN, Philipp; ENGELHARDT, Marie von. Legal Approaches to Global Governance and Accountability: Informal Lawmaking, International Public Authority and Global Administrative Law Compared. In: *INFOMAL International Lawmaking*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 106-122.

HEILMANN, Maria de Jesus R. A. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2010.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. São Paulo: LTR, 2017.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1950.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da microempresa e as licitações públicas*. Dialética: São Paulo, 2007.

- Kingsbury, B. The Concept of 'Law' in Global Administrative Law. *The European Journal of International Law*, v. 20, 2009.
- KISSINGER, Henry. *Ordem mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abedelo Perrot, 1983.
- MCCRUDDEN, Chistopher. *Buying Social Justice: equality, government procurement and legal change*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- MCCRUDDEN, Chistopher; GROSS, Stuart. G. WTO Government Procurement Rules and the local dynamics of procurement policies: A Malaysian Case Study. *The European Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 151-185, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Transadministrativismo: uma apresentação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 67-83, set./dez. 2014.
- MORETTINI, Simona. Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law. In: CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio (Ed.). *Global Administrative Law and EU Administrative Law*. New York: Springer, 2011. p. 187-209.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.
- PAUWELYN, Joost. Informal International Lawmaking: Framing the Concept and Research Questions. In: *INFORMAL International Lawmaking*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- PEREIRA JR., Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- VERDIER, P. Transnational regulatory networks and their limits. *The Yale Journal of International Law*, v. 34, p. 113-172, jan. 2009.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.