

**Identificação do Documento:**

DC-0245-23/92-P

**Tipo do Documento:**

Decisão

**Ementa da Decisão:**

Consulta formulada pela EMBRAPA sobre os procedimentos a serem adotados na utilização de recursos do empréstimo firmado entre o Brasil e o BIRD. Normas de Licitação a serem observadas no contrato de empréstimo com agentes financiadores internacionais.

**Dados Materiais:**

Decisão 245/92 - Plenário - Ata 23/92 Processo nº TC 001.525/92-1 (com 4 volumes). Interessado: Senhor Murilo Xavier Flores (Presidente). Entidade: Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - EMBRAPA. Vinculação: Ministério da Agricultura e Reforma Agrária. Relator: MINISTRO LUCIANO BRANDÃO ALVES DE SOUZA. Representante do Ministério Público: Senhor Procurador-Geral, Prof. Francisco de Salles Mourão Branco. Órgão de instrução: Oitava Inspeção Geral de Controle Externo (8ª IGCE).

**Assunto:**

Consulta formulada pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - EMBRAPA sobre procedimentos legais a serem adotados para utilização de recursos oriundos de empréstimo firmado entre a República Federativa do Brasil e o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD.

**Decisão:**

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 1 - conhecer da presente consulta, para orientar a EMBRAPA no sentido de que, em face da exceção contida no parágrafo único do art. 88 do DL nº 2.300/86, aplicam-se aos contratos relativos a operações de crédito celebrados pela União ou à concessão de garantia do Tesouro Nacional as disposições constantes do art. 11 do DL nº 1.312/74, "verbis": "O Tesouro Nacional, contratando diretamente ou por intermédio de agente financeiro, poderá aceitar as cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financiadores internacionais, sendo válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos"; 2 - admitir que, observada a competência do Senado Federal (art. 52-V, VII e VIII da CF), a aplicação dos dispositivos legais supracitados implica na possibilidade da adoção de procedimentos licitatórios nos termos exigidos pelas referidas organizações financeiras internacionais, através de cláusulas e condições usuais dos respectivos contratos de empréstimos, desde que não conflitantes com o Texto Constitucional do País; 3 - esclarecer que o contido nos itens 1 e 2 acima não obsta que a mutuária ou executora, utilizando-se do poder de negociação - igualmente comum ou usual nos contratos da espécie - procure junto a essas agências internacionais de crédito fazer prevalecer os procedimentos estatutários internos, considerados relevantes na formalização das despesas públicas, sem prejuízo da tentativa de conciliação entre as práticas eventualmente conflitantes, naquilo que não for incontornável. Caso contrário, incumbe ao Administrador-Responsável nacional adotar sempre a decisão que melhor atenda aos interesses da União, expressos na legislação pertinente; 4 - encaminhar cópia do Relatório e Voto apresentados pelo Relator, bem como desta Decisão, ao Senhor Ministro de Estado da Economia, Fazenda e Planejamento, tendo em vista a natureza da matéria ora deliberada, bem assim ao Senhor Ministro de Estado da Agricultura e Reforma Agrária, para fins de supervisão

hierárquica; 5 - enviar cópia das mesmas peças à autoridade consulente; 6 - de igual modo, aos órgãos integrantes dos Sistemas de Controle Interno dos Três Poderes da União, para que transmitam a orientação aqui imprimida às unidades supervisionadas; e 7 - determinar a juntada destes autos às contas correspondentes da EMBRAPA, para exame em conjunto e em confronto.

#### **Relatório do Ministro Relator:**

Aprecia-se expediente do Senhor Presidente da EMBRAPA (fls. 01/02), pelo qual Sua Senhoria, acreditando "ser de interesse de vários outros órgãos e entidades do Governo Federal", solicita ao TCU "orientação técnico-operacional sobre os procedimentos legais a serem adotados para utilização dos recursos oriundos do empréstimo mencionado, os quais são de grande importância para manutenção e desenvolvimento dos trabalhos a cargo da empresa", que figura como executora do supracitado Projeto de Pesquisa Agrícola. Motivou a presente CONSULTA o fato de o referido contrato de empréstimo (fls. 144/194 - vol I) conter cláusula que obriga a EMBRAPA a realizar processo licitatório para aquisição de bens e serviços segundo os regulamentos editados pelo BIRD e consubstanciados nos documentos denominados "Normas Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF" (fls. 230/290 - vol. I) e " Sample Bidding Documents - Procurement of Goods" (fls. 292/445 - vol I). Mais especificamente, as dúvidas suscitadas sobre a matéria surgiram quando a EMBRAPA, pretendendo adquirir periódicos técnico-científicos estrangeiros, com aplicação de parte do aludido empréstimo (cerca de US\$ 2 milhões), intencionou fazê-lo através de Licitação Internacional Limitada, uma das modalidades previstas nas normas do BIRD, com procedimentos semelhantes aos do Convite, de que trata a legislação brasileira pertinente (art. 20, § 3º, do DL nº 2.300/86). Para tanto, a Administração procurou orientação jurídica junto ao seu órgão de assessoramento competente, cujo parecer (fls. 03/39), em torno exclusivamente da modalidade que a EMBRAPA pretendia adotar (Licitação Internacional Limitada), apresenta as seguintes conclusões: "I) Embora a doutrina seja parca e insubsistente quanto à supremacia das normas internas do BIRD sobre as leis brasileiras, o Decreto-lei 2.300/86 tem dispositivo taxativo aplicável às licitações internacionais cujo pagamento seja efetuado com recursos de organismos internacionais (v. art. 25, § 13, do DL nº 2.300/86); II) Fizemos confronto entre as normas do BIRD sobre licitação e as disposições legais do Decreto-lei 2.300/86 e verificamos as divergências seguintes, dentre outras: a) inovação da modalidade de licitação (a modalidade correlata no Brasil - o Convite - só é cabível para compras até Cr\$ 73 milhões ou US\$ 32 mil); b) inobservância de princípios básicos da universalidade e publicidade; c) cobrança e confisco de caução proposta; d) possibilidade de alteração de proposta já entregue à EMBRAPA; e) forma de apresentação das propostas; f) ocasião de habilitação dos licitantes; g) condições para contratação dos licitantes remanescentes na hipótese de não se contratar com o primeiro classificado; h) ausência de fase recursal; III) Por isso, deixamos de aprovar as minutas submetidas à nossa análise, ao tempo em que recomendamos que a EMBRAPA retorne as negociações com o BIRD, com o objetivo de demonstrar e justificar a necessidade de observância dos princípios básicos inseridos no Decreto-lei 2.300/86 e consagrados pela Constituição Federal; e IV) Sugerimos, também, o envio do presente dossiê ao Tribunal de Contas da União - TCU, para parecer final." A instrução dos autos, a cargo da 8ª IGCE, entende, preliminarmente, que a consulta em apreço está de acordo com o disposto no art. 123, § 1º, do Regimento Interno do TCU. Esclarece que o Governo brasileiro aprovou, pelo Decreto-lei nº 8.479, de 27/12/45, as Convenções sobre o Fundo Monetário Internacional-FMI e sobre o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD, concluídas em Bretton Woods, N.H., Estados Unidos da América, a 22 de julho de 1944, por ocasião da Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas, e, na mesma data, assinadas pelo Brasil.

Informa ainda que através do Decreto nº 21.177, de 27/05/46, foram promulgadas as referidas Convenções. Assim, a Inspetoria é de opinião que o Governo, ao aprovar e promulgar a Convenção sobre o BIRD, teria aceito que as normas expedidas por esse organismo internacional, relativamente às suas operações, fossem observadas no País. Não podem, portanto, ser consideradas sem valor jurídico interno. Ademais - prossegue a instrução - a contratação do referido empréstimo externo foi autorizada pelo Senado Federal, através da Resolução nº 79, de 04/12/89, para fins do disposto no art. 52 - V da CF, e, conforme parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (fls. 91/94 - vol. I), "todas as exigências legais e regulamentares, para a validade e vigência do contrato de empréstimo e de execução do projeto, foram observadas, especialmente, quanto às seguintes condições e requisitos: a) foram praticados todos os atos e obtidos todos os consentimentos e aprovações necessários, no âmbito de competência do Mutuário (União), de maneira a autorizar a realização dos objetivos do Projeto e a habilitar o Mutuário e os órgãos executores, respectivamente, a cumprir todas as obrigações, acordos e deveres do Mutuário previstos no Contrato, juntamente com todos os necessários poderes e direitos, relacionados, com eles; b) o contrato de empréstimo foi devidamente registrado pelo Banco Central do Brasil; c) o referido contrato, tal como assinado, é válido e está conforme a legislação brasileira, sendo assim, exigível e vinculante em relação à República Federativa do Brasil". Ainda sobre as regras de licitação baixadas pelo BIRD em maio de 1985, acha a instrução serem elas de direito internacional, regendo as relações desse Banco com os agentes dos Estados-Membros. Conseqüentemente, "só a denúncia do tratado ou convenção desobrigaria o País frente as normas emanadas do organismo internacional". Em conclusão, propõe a 8ª IGCE o conhecimento da presente CONSULTA, para que se dê à EMBRAPA a seguinte orientação: "a) que a entidade procure conciliar as normas de aquisições de bens e serviços do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD com as emanadas do Decreto-lei nº 2.300/86, negociando com o referido Banco os itens conflitantes; e b) no caso de não alcançar um entendimento em torno dos princípios gerais, apenas o Supremo Tribunal Federal poderia se manifestar sobre a questão, conforme prerrogativas emanadas do art. 102, incisos I-a e III-a, da Constituição Federal". Intervindo no processo, o Senhor Representante do Ministério Público, Prof. Francisco de Salles Mourão Branco, através do parecer de fls. 50/54, discute, com a habitual propriedade, a questão suscitada nos autos, envolvendo a prevalência de cláusulas constantes do mencionado contrato de empréstimo celebrado entre o Brasil e o BIRD. Inicialmente, o Senhor Procurador-Geral põe em relevo "a circunstância de que a Convenção constitutiva do BIRD, subscrita pelo Brasil em 22/07/1944 e ratificada pelo Decreto-lei nº 8.479/45, não contém qualquer disposição que abone a ingerência do Banco nos procedimentos de administração pública consagrados na Lei brasileira". A seu ver, "as cláusulas contratuais em causa não têm a força de normas de Direito Internacional a preponderar sobre as normas jurídicas editadas no País, as quais prevaleceriam, inclusive, sobre as normas internacionais escritas e costumeiras, consoante o magistério autorizado do eminente jurista JOSÉ FRANCISCO REZEK, em sua prestimosa monografia sobre 'Direito Internacional Público - Curso Elementar' (cf. Ed. Saraiva, 2ª ed., 1991, p. 5 e 6). Nessa obra - continua o Prof. Mourão Branco - "o Autor revela que a teoria do monismo nacionalista `norteia as convicções judiciais em inúmeros países do ocidente - incluídos o Brasil e os Estados Unidos da América -, quando os Tribunais enfrentam o problema do conflito entre normas de direito internacional e de direito interno". Ressalta o Titular do MP que "Em linha de coerência, aliás, com esta lição encontra-se o célebre e fundamental julgado do Pretório Excelso, oportunamente colacionado pela Oitava Inspetoria Geral (cf. RE nº 80.004 - SE, in R.T.J. 83/809), em que a nossa Suprema Corte de Justiça reconheceu que embora a Convenção de Genebra, que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas

promissórias, tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei nº 427-69, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título". Entende que ante esse precedente jurisprudencial, da mais alta valia por sua procedência de máxima autoridade, "vê-se a toda razão que assiste ao consagrado internacionalista patricio, quando assinala a prevalência dos monistas da linha nacionalista, que dão `relevo especial à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional', propendendo, dessarte, ao que o festejado Autor denomina de `culto da constituição', convindo em que `no seu texto, ao qual nenhum outro pode sobrepor-se na hora presente, há de encontrar-se notícia do exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras". Recorda a assertiva vitoriosa do eminente Ministro CUNHA PEIXOTO, no citado precedente do Supremo, segundo a qual "o cerne do problema encontra-se, pois, em nosso parecer, não nas teorias sobre o direito internacional, mas no direito constitucional de cada país". Informa que no referido pronunciamento Sua Excelência "asseria não estar consagrada no direito positivo interno a teoria da irrevogabilidade dos tratados e convenções internacionais por lei ordinária interna". E, colhendo o magistério de Triepel, ponderava o mesmo Magistrado que "o dever de obediência dos súditos, perante a lei do Estado, é absoluto, seja qual for a atitude tomada por essa lei, em relação ao direito internacional. A lei interna contrária ao direito internacional obriga os súditos tanto quanto a lei conforme a esse direito, pouco importando que se trate de súdito em sentido estrito, isto é, de nacionais, ou de estrangeiros". E aduzia, finalmente, que "O princípio que assentamos não é menos importante para os titulares de funções públicas, e, especialmente, para os juízes: são todos obrigados a aplicar o direito interno, mesmo contrário ao direito internacional" (grifos do Chefe do MP). Daí o Senhor Procurador-Geral inferir que os aludidos contratos de empréstimos "devem sujeitar-se às disposições do direito positivo interno, máxime, no caso concreto, em que o Brasil dispõe de um pormenorizado e altamente moralizador Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos (cf. DL nº 2.300/86)". No seu entender, "Não há como justificar-se a exclusão da soberania da lei brasileira na formalização das despesas realizadas à conta de tais recursos, até porque, através de cláusula contratual expressa (cf. Seção 3.02 do art. III, às fls. 164 do Volume I), admite-se a possibilidade de estudar outra forma de obtenção de bens, obras e serviços, incumbindo às autoridades monetárias brasileiras, credenciadas pela Convenção do BIRD, levar as ponderações cabíveis no caso ao conhecimento da Direção Executiva do Banco, em grau de negociação, prevista no mesmo contrato". Esta, "uma providência que se imporia ser adotada em caráter genérico, de modo a prevalecer, em todos os contratos celebrados pelo País, os preceitos estatutários que disciplinam as licitações e os contratos administrativos, considerando-se o que dispõe o citado Decreto-lei 2.300/86 e à vista do comando supremo da Lex Maxima (cf. art. 37, inciso XXI)". Ante o exposto, o Senhor Titular do MP acredita assistir razão às conclusões firmadas no parecer do órgão jurídico da EMBRAPA, "no tocante às restrições que suscita em face do conflito entre as cláusulas que indica e as disposições da lei interna do País". Para o justo desfecho do presente processo, o Senhor Procurador-Geral vê serventia num precedente verificado neste Tribunal, em matéria da espécie. Reporta-se à Decisão proferida no TC 021.207/83-6, originário de Requerimento formulado pelo então e eminente Ministro LUIZ OCTÁVIO GALLOTTI, hoje ilustrando o Colendo Supremo Tribunal Federal. No referido processo, por nós relatado, abordou-se questão atinente a cláusula discriminatória em procedimento licitatório, no qual se encontravam envolvidos recursos garantidos pelo Fundo de Desenvolvimento Saudita, destinados ao financiamento do Projeto de Ampliação do Sistema de Transmissão da CHESF (Sessão de 08/08/85, Anexo II da Ata 54/85). Lembra que o precedente trazido à colação

oferece oportunidade para se adotar, no caso destes autos, "solução análoga àquela ali prevalecente", quando se reconheceu que a empresa, ao acolher a questionada cláusula discriminatória, "agira em cumprimento ao pactuado no contrato de empréstimo externo, do qual participava como repassatória dos financiamentos, - razão por que não lhe cabia responsabilidade isolada sobre o evento". Idêntico ponto de vista - continua o Prof. Mourão Branco - "pode presidir ao enfoque da espécie dos autos, no caso de não se lograr, a este passo, a necessária conciliação das normas contratuais conflitantes com o Decreto-lei nº 2.300/86, de modo a não se privar a EMBRAPA da oportunidade de financiamento, cumprindo, em decorrência, o pactuado, ante o compromisso assumido pelo Governo Federal". Isto, fazendo-se ciente do fato ora apreciado o Senhor Ministro de Estado da Economia, Fazenda e Planejamento, para que, de futuro, contratos do gênero observem a legislação interna específica. Por último, o Senhor Representante do MP tem por oportuno "seja determinada a anexação deste processo às respectivas contas da EMBRAPA, para exame em conjunto e em confronto, sem prejuízo de comunicação, a propósito do tema aqui debatido, ao Controle Interno, para fins de apreciação da matéria no correspondente Relatório de Auditoria". É o Relatório.

**Voto do Ministro Relator:** À vista do disposto no art. 123, § 1º, do Regimento Interno, e em consonância com o Enunciado nº 110 da Súmula da Jurisprudência predominante do Tribunal de Contas da União, cabe analisar aqui, em te- se a questão envolvendo o possível conflito entre normas impostas pelo, BIRD - através de cláusula constante de contrato de empréstimo firmado com a República Federativa do Brasil - e a legislação vigen- te no País, disciplinadora das LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATI- VOS, no âmbito da Administração Federal. Trata-se de matéria de relevância indiscutível, cuja solução interessa a todos os órgãos e entidades do Setor Público, especialmente aos beneficiários de recursos obtidos pelo Governo brasileiro para execução de projetos básicos de desenvolvimento, mediante contratos de empréstimos de longo prazo, celebrados não só com organismos financeiros internacionais, dos quais o Brasil participa, como também com outros países, em decorrência de acordos bilaterais. De ressaltar a importância para as nações e, particularmente, para os países do chamado terceiro mundo, do surgimento, no cenário internacional, de Instituições Financeiras como o Banco Mundial (BIRD) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). Criados por imposição de uma nova ordem econômica global, através de tratados multilaterais, e equiparados aos Estados soberanos, constituem-se, pois, os citados organismos, em pessoas jurídicas de Direito Internacional Público. São entidades especializadas, de gestão a nível internacional, ligadas à ONU (o BIRD) e à OEA (o BID), tendo por objetivo financiar investimentos para promover o desenvolvimento dos Estados-membros. Ocorre que tanto essas duas organizações (BIRD e BID) quanto outras agências oficiais de crédito estrangeiras, como a OECF/Japão, exigem que a aplicação dos recursos por elas emprestados seja precedida de procedimentos licitatórios previstos em normas específicas, baixadas no âmbito de cada uma. Visa isso, para exemplificar com o caso do BIRD (fls. 253/290 - Vol. I), "assegurar que os recursos de qualquer empréstimo só sejam usados para os objetivos para os quais o empréstimo foi dado, com a devida atenção às considerações de economia e eficiência e sem consideração às influências políticas ou não-econômicas". Nesse sentido, pautam as exigências do BIRD (tradução às fls. 254 - vol. I): "a) A necessidade de economia e eficiência na execução do projeto, incluindo a aquisição de bens e serviços envolvidos; b) O interesse do Banco, como uma instituição cooperativa, em dar a todos os licitantes qualificados dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, uma oportunidade de competirem no fornecimento de bens e serviços financiados pelo Banco; e c) O interesse do Banco, como uma instituição de desenvolvimento, no incentivo e desenvolvimento de

contratantes e fabricantes locais no país do Beneficiário." Embora, em sua concepção geral, as regras emanadas desses entes oficiais estrangeiros almejem os mesmos objetivos perseguidos pela legislação brasileira, a forma nelas previstas para alcançá-los colidem, por vezes, com práticas fixadas no direito interno. Todavia, em aspectos essenciais a respeito de procedimentos licitatórios, ambas as sistemáticas são harmônicas. Daí a incerteza que originou a presente CONSULTA, com a qual se procura afastar as dúvidas atinentes ao tema, visando à normalização do fluxo dos recursos externos já contratados ou a contratar junto às aludidas agências internacionais, indispensáveis ao progresso do País. O aparente conflito não se apresenta de fácil deslinde. Com efeito há indagações envolvendo a natureza dos contratos de empréstimos externos pelos quais são impostas tais regulamentações baixadas pelos referidos agentes financeiros, ante a existência de acordos internacionais precedentes e reconhecidos pelo Brasil, de modo expresso. Não tendo ditas normas integrado o texto das respectivas Convenções, poder-se-ia inferir não terem sido elas recebidas no direito interno? Seriam tais regras o complemento dos correspondentes Tratados, constituindo-se em mera explicitação de princípios neles consagrados? Seria razoável presumir-se que os aludidos disciplinamentos aderiram ao texto dos respectivos Acordos como decorrência deles? O Titular do Ministério Público junto ao TCU, Prof. Francisco de Salles Mourão Branco, dissentindo da 8ª IGCE, deu ao assunto em foco o alcance que reputou compatível. Em seu parecer, sintetizou a melhor doutrina, robustecendo seus argumentos jurídicos com a irrefutável construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, onde encontrou conceitos estabelecidos na direção da tese que perfilhou. Trouxe à colação a mais recente orientação da Corte Suprema (RE nº 80.004), em Acórdão de 01/06/77, prolatado por maioria, no sentido de que não há sobreposição de normas internacionais às leis que integram o direito positivo interno e que lhes sejam contrárias e supervenientes. Entre outras razões, porque a Constituição então vigente era silente em relação ao tema. Conforme destacado no Voto vencedor do eminente Ministro CUNHA PEIXOTO, "o cerne do problema encontra-se não nas teorias sobre o direito internacional, mas no direito constitucional de cada país". Já tendo a mais alta Corte de Justiça do País posto termo à controvérsia, quer-nos parecer despidendo enfrentarmos aqui a questão por esse ângulo, mesmo porque entendemos que não está aí a razão de decidir no caso ora apreciado. Não obstante estarmos vivendo sob nova ordem constitucional, acreditamos que a orientação requerida pela EMBRAPA não oferece oportunidade a que se procure saber como a questão se resolveria em face da atual Carta Política. Para desfazer a preocupação quanto à aplicação do direito interno frente a preceitos internacionais, examinemos a situação das normas editadas pelo BIRD e por outros órgãos da espécie, à vista das disposições constantes do DL nº 2.300/86, cujos princípios fundamentais foram igualmente consagrados no Texto Básico de 1988, e considerando o Regulamento de Licitações da EMBRAPA. Primeiramente, o DL nº 2.300/86, a par das regras gerais sobre licitações e contratos no plano interno, estabelece outras diretrizes que tratam especificamente de processos seletivos de âmbito internacional. Desse modo, o § 13 do art. 25, no caso de Concorrência Internacional para aquisição de bens ou serviços com recursos de financiamento concedido por organismo internacional de que o Brasil faça parte, dispensa os seguintes requisitos contidos nos dispositivos indicados: a) preferência aos bens e serviços produzidos internamente (§ 2º do art. 3º); b) obrigação de a firma estrangeira que não funcione no País consorciar-se com empresa nacional ou ter representação legal no Brasil (§ 10 do art. 25); c) obrigatoriedade de, no consórcio de empresa nacional e estrangeira, a liderança caber a empresa nacional (§ 1º do art. 26); e d) imposição de cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual (parágrafo único do art. 45). Além disso, prevê o art. 34 que "Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às

exigências dos órgãos competentes". Fundamental mesmo para a questão suscitada na presente CONSULTA é o parágrafo único do art. 88, que dispõe: "Art.

88..... Parágrafo único. Os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União continuam a reger-se pelas disposições do Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, com suas alterações, e os relativos a operações de crédito interno ou externo celebrados pela União ou a concessão de garantia do Tesouro Nacional continuam regidos pela legislação pertinente, aplicando-se este Decreto-lei, no que couber" (grifos nossos). Assim, por força da exceção contida no dispositivo acima transcrito, encontra-se vigente o art. 11 do DL nº 1.312/74, "verbis": "Art. 11. O Tesouro Nacional, contratando diretamente ou por intermédio de agente financeiro, poderá aceitar as cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financiadores internacionais, sendo válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos" (grifos nossos). Consolidando esse entendimento, o Senado Federal, no uso das competências de que trata o art. 52-V a VIII da CF, emprestou à matéria idêntico sentido, através da Resolução nº 96 (art. 5º, § 2º), de 15/12/89, cuja vigência foi prorrogada até 31 de março último, pela Resolução nº 53/91 (fls. 60/67). Ademais, encontra-se em tramitação naquela Casa do Congresso Nacional o Projeto de Resolução nº 6/92 (fls. 68), cuja Emenda nº 1 (fls. 70) objetiva restabelecer o texto da norma em referência por prazo indeterminado. Na mesma linha, o Manual Específico da EMBRAPA, aprovado pela autoridade ministerial supervisora da área (D.O.U. de 18/05/90), contém a seguinte prescrição: "16.5. As licitações de âmbito internacional deverão ajustar-se às diretrizes dos acordos ou convenções firmados pelo Governo Federal e às normas de política monetária e de comércio exterior.

..... 16.7. Nas licitações que tenham por objeto a realização de obras ou serviços de engenharia, compras ou prestação de serviços, previstos para execução de projeto ou programa, total ou parcialmente financiado com recursos oriundos de empréstimos concedidos por organismos nacionais ou internacionais, o edital ou norma específica ajustar-se-á, quando for o caso, às exigências ou condições que a esse respeito imponham os respectivos contratos ou ajustes firmados com tais organismos." Percebe-se nítida intenção do legislador pátrio em harmonizar os preceitos dos Estatutos internos com as normas vigentes no mercado financeiro supranacional. Sabiamente, não desconheceu o ambiente de maior integração da economia mundial, nem a necessidade de recuperação da própria economia brasileira, ao permitir, no caso, a atenuação da rigidez dos métodos instituídos pela legislação interna. Ajustou-se, pois, a realidade nacional ao complexo quadro econômico-financeiro estabelecido entre nações, do qual nenhum país pode afastar-se ou evitar a convivência. Evidentemente, tal abertura não deve prescindir do cumprimento de princípios irreligáveis consolidados na Lei Maior (cf. art. 37 - XXI). É que, conforme lição de Carlos Maximiliano, contra a letra ou espírito da Constituição "não prevalecem nem tratados, ou quaisquer outros atos diplomáticos" (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito* - 7ª ed., p. 389). Afastada, portanto, a idéia do suposto conflito, e sem tangenciar a tese ora proposta, julgamos oportuno tecer algumas considerações em torno do caso concreto, até para melhor compreensão do que aqui foi argumentado. Observe-se que as ressalvas feitas às normas do BIRD pelo órgão jurídico da EMBRAPA (cf. item 4 do nosso Relatório) são concernentes à modalidade Licitação Internacional Limitada, semelhante ao Convite previsto no DL nº 2.300/86. Não se tem notícia das razões pelas quais a empresa relegou a sistemática de maior alcance, igualmente prevista nas normas do BIRD, denominada Licitação Pública Internacional, cujos procedimentos muito se assemelham à Concorrência, única modalidade admitida pelo DL nº 2.300/86 (cf. art. 21, § 1º) nas licitações internacionais não alcançadas pela exceção de que trata o parágrafo único do art. 88 do referido Estatuto. Essa proximidade com as disposições da Lei interna e com

as determinações de natureza constitucional (cf. art. 37-XXI) se faz mais evidente à medida que se examina a regulamentação do BIRD, no capítulo denominado Notificação e Anúncio, onde se constata inegável preocupação com o critério da universalidade do pregão, mediante atendimento dos princípios da publicidade e da igualdade (fls. 260/261 - vol. I). Ante todo o exposto e considerado, VOTO por que o Tribunal de Contas da União adote a Decisão que ora submeto ao Plenário.

Parecer do Ministério Público Pelo Ofício nº 061, de 31/01/1992 (cf. fls. 1), o Sr. Presidente da EMBRAPA solicita "orientação técnico-operacional sobre os procedimentos legais a serem adotados para utilização dos recursos oriundos do Contrato de Empréstimo (celebrado em 10/01/1990, entre a República Federativa do Brasil e o BIRD, figurando a empresa como executora do Acordo de Projeto)", cuja relevância é enfatizada para a manutenção e o desenvolvimento dos trabalhos ali executados. Acompanha a presente consulta o Parecer AJU nº 8563/92 do Órgão jurídico da Empresa, o qual, após tecer judiciosas considerações sobre os aspectos mais relevantes que a espécie comporta, concernentes à necessária compatibilização entre as disposições brasileiras sobre o processo licitatório e as normas do BIRD sobre o mesmo tema, conclui no sentido de que "o mais acertado é a elaboração do edital de licitação dentro dos princípios legais ditados pelo nosso País, mas, sempre que possível, nos moldes sugeridos pelo BIRD, ou seja a conciliação das normas, tendo em vista o respeito à 'cultura licitatória' do nosso País" (Cf. fls. 3, "usque" 39). Aduz, finalmente, que "demonstrada a diferença existente entre as normas do BIRD e a legislação brasileira, (...) a EMBRAPA não deve realizar o processo licitatório nos moldes propostos pelo DRM, devendo o referido Departamento retornar às negociações com o BIRD, com o objetivo de" demonstrar e justificar a necessidade de observância dos princípios básicos inseridos no Decreto-lei nº 2.300/86 e consagrados pela Constituição Federal". A instrução do processo, a cargo da zelosa 8ª IGCE, em substanciosas considerações sobre o tema, entende, preliminarmente, que o pedido de fls. encontra guarida no art. 123, § 1º, do R.I. deste Tribunal. Esclarece que "o Brasil aprovou, através do Decreto-lei nº 8.479, de 21/12/1945, a Convenção sobre o Fundo Monetário Internacional e a Convenção sobre o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento, e através do Decreto nº 21.177, de 27/05/1946, foram promulgadas as referidas Convenções". E mais: "os acordos de empréstimos são regidos pelos estatutos do BIRD (que seriam, também, normas de Direito Internacional Público), assim como também pelas normas gerais do Direito Internacional Público". Sustenta que "o Governo brasileiro, ao aprovar e promulgar na íntegra a referida Convenção, teria aceito que as normas emanadas pelo organismo internacional em tela, em relação às suas operações, fossem observadas pelo país". Invoca, com propriedade, fundamental aresto de nossa mais alta Corte de Justiça (cf. RE nº 80.004), para daí inferir que "o Banco, ao estipular, em contrato de empréstimo, cláusula que vincule a aquisição de bens e serviços às normas aprovadas em seu âmbito, não estaria, s.m.j., se utilizando de discricionariedade", e isto porque as referidas normas seriam de caráter de Direito Internacional e "estão em vigor no Brasil e regem as relações do organismo internacional com agentes de Estados membros", fazendo parte, em decorrência disso, ao ver da instrução do processo, da esfera distinta do Direito Internacional. Arremata, assim, a zelosa Sexta Inspeção-Geral o seu parecer, opinando por que seja recebida a presente consulta e que se dê à empresa a seguinte orientação: a) que a entidade procure conciliar as normas de aquisições de bens e serviços do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD com as emanadas no Decreto-lei nº 2300/86 negociando com o referido Banco os itens conflitantes; e b) no caso de não alcançar um entendimento em torno dos princípios gerais, apenas o Supremo Tribunal Federal poderia se manifestar sobre a questão, conforme prerrogativas emanadas no art. 102, incisos I,

`a' e III, `a' da Constituição Federal". Somos distinguido com a audiência solicitada pelo eminente Ministro-Relator LUCIANO BRANDÃO ALVES DE SOUZA, mediante o v. despacho de 18 do mês corrente (cf. fls. 49). Discute-se, no processo, a questão da prevalência de cláusulas constantes de Contrato de Empréstimo celebrado entre o Brasil e o BIRD, - operação essa que, por sua natureza financeira e por ser de interesse da União, não prescinde da necessária autorização do Senado Federal, ante o que prescreve a Lei Maior (cf. art. 52, inciso V). Ganha relevo, para o exato desate da questão posta nos autos, a circunstância de que a Convenção constitutiva do BIRD, subscreta pelo Brasil em 22/07/1944 e ratificada pelo Decreto-lei nº 8.479/45, não contém qualquer disposição que abone a ingerência do Banco nos procedimentos de administração pública consagrados na Lei brasileira. A par disso, as cláusulas contratuais em causa não têm a força de normas de Direito Internacional a preponderar sobre as normas jurídicas editadas no País, as quais prevaleceriam, inclusive, sobre as normas internacionais escritas e costumeiras, consoante o magistério autorizado do eminente jurista JOSÉ FRANCISCO REZEK, em sua prestimosa monografia sobre "Direito Internacional Público - Curso Elementar" (cf. Ed. Saraiva, 2ª ed., 1991, p. 5 e 6). Nessa obra, o Autor revela que a teoria do monismo nacionalista "nordeste as convicções judiciárias em inúmeros países do ocidente - incluídos o Brasil e os Estados Unidos da América -, quando os Tribunais enfrentam o problema do conflito entre normas de direito internacional e de direito interno". Em linha de coerência, aliás, com esta lição encontra-se o célebre e fundamental julgado do Pretório Excelso, oportunamente colacionado pela Oitava Inspeção Geral (cf. RE nº 80.004-SE, in R.T.J. 83/809), em que a nossa Suprema Corte de Justiça reconheceu que "embora a Convenção de Genebra, que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título". Ante esse precedente jurisprudencial, da mais alta valia por sua procedência de máxima autoridade, vê-se a toda razão que assiste ao consagrado internacionalista patricio que hoje pontifica na chefia do Ministério das Relações Exteriores, quando assinala a prevalência dos monistas da linha nacionalista, que dão "relevo especial à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional", propendendo, dessarte, ao que o festejado Autor denomina de "culto da constituição", convindo em que "no seu texto, ao qual nenhum outro pode sobrepor-se na hora presente, há de encontrar-se notícia do exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras". Daí a assertiva vitoriosa do eminente Ministro CUNHA PEIXOTO, no referido precedente do Supremo, segundo a qual "o cerne do problema encontra-se, pois, em nosso parecer, não nas teorias sobre o direito internacional, mas no direito constitucional de cada país". E, passos adiante, S. Exª asseria não estar consagrada no direito positivo interno a teoria da irrevogabilidade dos tratados e convenções internacionais por lei ordinária interna. E, valendo-se do magistério de TRIEPEL, pondera que "o dever de obediência dos súditos, perante a lei do Estado, é absoluto, seja qual for a atitude tomada por essa lei, em relação ao direito internacional. A lei interna contrária ao direito internacional obriga os súditos tanto quanto a lei conforme a esse direito, pouco importando que se trate de súdito em sentido estrito, isto é, de nacionais, ou de estrangeiros". E aduz, com ênfase: "O princípio que assentamos não é menos importante para os titulares de funções públicas, e, especialmente, para os juízes: são todos obrigados a aplicar o direito interno, mesmo contrário ao direito internacional" (grifos nossos). Donde a inferência de que tais contratos de empréstimos devem sujeitar-se às disposições do direito positivo interno, máxime, no caso concreto, em que o Brasil dispõe de um pormenorizado e altamente moralizador Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos (cf. DL nº 2.300/86). Não

há como justificar-se a exclusão da soberania da lei brasileira na formalização das despesas realizadas à conta de tais recursos, até porque, através de cláusula contratual expressa (cf. Seção 3.02 do art. III, às fls. 164 do Volume I), admite-se a possibilidade de estudar outra forma de obtenção de bens, obras e serviços, incumbindo às autoridades monetárias brasileiras, credenciadas pela Convenção do BIRD, levar as ponderações cabíveis no caso ao conhecimento da Direção Executiva do Banco, em grau de negociação, prevista no mesmo contrato. Eis uma providência que se imporia ser adotada em caráter genérico, de modo a prevalecer, em todos os contratos celebrados pelo País, os preceitos estatutários que disciplinam as licitações e os contratos administrativos, considerando-se o que dispõe o citado Decreto-lei 2.300/86 e à vista do comando supremo da Lex Maxima (cf. art. 37, inciso XXI). De conseguinte, assiste razão às conclusões firmadas no parecer do Órgão jurídico da EMBRAPA, no tocante às restrições que suscita em face do conflito entre as cláusulas que indica e as disposições da lei interna do País, afigurando-se-nos pertinente a via que ali se aponta para a solução da espécie. +Já arrematávamos este nosso parecer, quando ocorre-nos precedente, neste Tribunal, que se mostra da maior serventia para o justo desfecho do presente processo. Reportamo-nos à v. decisão aqui proferida no proc. TC 021.207/83-6, originário de Requerimento formulado pelo então e eminente Ministro LUIZ OCTÁVIO GALLOTTI, hoje ilustrando o Colendo Supremo Tribunal Federal, ferindo questão atinente a cláusula discriminatória em procedimento licitatório, no qual se encontravam envolvidos recursos garantidos pelo Fundo de Desenvolvimento Sauditá e destinados ao financiamento do "Projeto de Ampliação do sistema de Transmissão da CHESF" (cf. Sessão de 08/08/1985, Anexo II da Ata nº 54/85, Ministro-Relator LUCIANO BRANDÃO ALVES DE SOUZA). É de ver-se que à época do precedente ora colacionado não tinha vindo a lume, ainda, o atual Estatuto Jurídico das Licitações, em que pese a matéria ser disciplinada na Lei da Reforma Administrativa (cf. DL nº 200/67). Naquela assentada advertíamos para a ocorrência de conflito entre a cláusula do contrato internacional em exame e o princípio básico de habilitação às licitações consagrado no art. 131 do citado Decreto-lei nº 200, com a conclusão então firmada de que não podia a Administração elastecer além do razoável as condições que o legislador brasileiro coloca na fixação de critérios para julgamento das licitações. Com mais razão, hoje, faz-se certo repetir o que então afirmávamos quanto ao respaldo constitucional das diretrizes gerais da licitação, - o que conduz à outra certeza, - a de que a lei brasileira há de regular a validade da cláusula internacional, não merecendo efetivar-se estipulação que se mostre incompatível com o sistema legal do País. O precedente que trazemos à colação oferece oportunidade para adotar-se, no caso dos autos, solução análoga àquela ali prevalecente, preconizada, aliás, pelo mesmo e eminente Relator destes autos, em que S. Ex<sup>a</sup>, com o habitual tirocínio, reconhecia que a empresa, ao acolher a questionada cláusula discriminatória, agira em cumprimento ao pactuado no contrato de empréstimo externo, do qual participava como repassatória dos financiamentos, - razão por que não lhe cabia responsabilidade isolada sobre o evento. Idêntico pensamento pode presidir ao enfoque da espécie dos autos, no caso de não se lograr, a este passo, a necessária conciliação das normas contratuais conflitantes com o Decreto-lei nº 2.300/86, de modo a não se privar a EMBRAPA da oportunidade de financiamento, cumprindo, em decorrência, o pactuado, ante o compromisso assumido pelo Governo Federal. Isto não obsta que igualmente seja dada ciência da ocorrência apreciada neste processo ao Titular do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento para que, de futuro, contratos do mesmo gênero observem a legislação interna específica. Entendo oportuno, ainda, seja determinada a anexação deste processo às respectivas contas da EMBRAPA, para exame em conjunto e em confronto, sem prejuízo de comunicação, a propósito do tema aqui debatido, ao Controle Interno, para fins de apreciação da matéria no correspondente Relatório de Auditoria.

**Órgão de Deliberação:** Plenário

**Data da Sessão:** 20/05/1992

**Publicação no DOU:** 02/06/1992, à página 6969

**Indexação:** Consulta; Licitação; Concorrência Internacional; Contrato; Empréstimo Externo; BIRD; EMBRAPA;

**Atualização do Documento:** Incluído em 25/08/1992, atualizado em 25/08/1992 por JGLUCAS