



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito – FD/UNB
Curso de Bacharelado em Direito - Noturno

CARLOS EDUARDO SILVA DUARTE

**As licitações internacionais no ordenamento jurídico brasileiro:
subsídios para o aprimoramento das contratações públicas**

**Brasília,
2019.**

CARLOS EDUARDO SILVA DUARTE

**As licitações internacionais no ordenamento jurídico brasileiro:
subsídios para o aprimoramento das contratações públicas**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UNB.

Orientador: Prof. João Gabriel Álvares.

Brasília,

2019

CARLOS EDUARDO SILVA DUARTE

**As Licitações internacionais no ordenamento jurídico brasileiro:
subsídios para o aprimoramento das contratações públicas**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UNB.

Orientador(a): Prof^a João Gabriel Álvares.

Brasília - 29 de Novembro de 2019.

BANCA AVALIADORA

Professor Orientador: João Gabriel Álvares.

Professor: Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

Professor: João Paulo Soares Coelho

- Loucura! - gritou o patrão
Não vês o que te dou eu?
- Mentira! - disse o operário
Não podes dar-me o que é meu.

[...] E o operário ouviu a voz
De todos os seus irmãos
Os seus irmãos que morreram
Por outros que viverão.

(Vinícius de Moraes – Operário em Construção)

A injustiça caminha hoje com passo firme.
Os opressores instalam-se pra dez mil anos.
A força afirma: Como está, assim é que fica.
Voz nenhuma soa além da voz da dominadores
E nas feiras diz alto a exploração: Agora é que eu começo.
Mas dos oprimidos dizem muitos agora:
O que nós queremos, nunca pode ser.
Quem ainda vive, que não diga: nunca!
O certo não é certo.
Assim como está, não fica
Quando os dominadores tiverem falado
Falarão os dominados.
Quem se atreve a dizer: nunca?
De quem depende que a opressão continue? De nós.
De quem depende que ela seja quebrada? Igualmente de nós.
Quem for derrubado, que se levante!
Quem estiver perdido, lute!
A quem reconheceu a sua situação, quem poderá detê-lo?
Pois os vencidos de hoje são os vencedores de amanhã
E o “hoje” nascerá do jamais!
(Bertolt Brecht – Elogio da Dialética)

AGRADECIMENTOS

Meu agradecimento imenso à minha mãe, Sra. Maria da Graça, que sempre foi enorme exemplo pra mim. Por ter me dado a coragem necessária para alcançar os objetivos.

Agradeço, imensamente, também, à Tia Ana, pelas vezes que me incentivou a ir mais longe, a não faltar, a acordar cedo, a comparecer às aulas, em todos esses anos.

Agradeço, ainda, ao Professor João Gabriel que, mesmo com múltiplas atividades e compromissos, aceitou essa nobre tarefa de me orientar.

Ao professor Nicolao Dino, pela imensa simpatia, cordialidade, educação e conhecimento técnico aprofundado.

Ao professor João Coelho, um dos primeiros professores de Direito Administrativo que tive e, com seu conhecimento avançado sobre o tema, contribui e enriquece este trabalho.

Aos ex-chefes Brenno e Dra Nadja, e demais amigos de Embratur, por acreditarem e incentivarem o sonho de me formar em Direito. Isto só foi possível por eles terem tido a compreensão necessária nas horas que não pude estar presente.

Aos novos colegas do CADE, pela oportunidade profícua de aprender e desenvolver um trabalho novo e importante.

À Aline, minha florzinha goiana, pelo apoio, incentivo e admiração, os quais espero, em tempo breve, retribuir.

À meu pai Xangô, pela fé que me trouxe até aqui, E pela sabedoria, força, luta, coragem, dedicação que recebi para conseguir concluir esta etapa da vida e seguir sonhando em muitas outras.

E, por fim, a todos que, de alguma forma, fizeram e fazem parte desta história jurídica que está apenas começando.

Seguiremos!

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as licitações internacionais, suas características, fundamentos e aplicabilidade. Dessa forma, o tema do presente trabalho pode ser assim definido: as licitações internacionais no ordenamento jurídico brasileiro como subsídios para o aprimoramento das contratações públicas. Estabeleceu-se como objetivo-geral do trabalho: delimitar o instituto da licitação internacional, estabelecendo diferenças e semelhanças com as licitações nacionais. Ademais, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: a) compreender quais são as principais características das licitações internacionais, bem com as semelhanças e diferenças para as licitações nacionais; b) Verificar quais os requisitos necessários para efetivar, de forma eficaz, eficiente e isonômica as licitações internacionais; c) Identificar as dificuldades encontradas para a viabilidade das licitações internacionais e quais as possibilidades de aprimoramento deste tipo de contratação. Na conclusão, afirma-se que as licitações internacionais podem e devem ser utilizadas pela Administração, tendo em vista que suas potencialidades e a efetivação do princípio da competitividade.

Palavras-chave: Licitação, Licitação Internacional, Isonomia, Competitividade.

SUMÁRIO

I - INTRODUÇÃO.....	09
1.1. JUSTIFICAVA DE PESQUISA.....	10
1.2. PROBLEMA DE PESQUISA	13
1.3. HIPÓTESE DE PESQUISA	13
1.4. METODOLOGIA	14
1.5. OBJETIVO – GERAL.....	14
1.6. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	14
CAPÍTULO II – LICITAÇÃO: HISTÓRICO, EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E CONCEITOS FUNDAMENTAIS.....	16
2.1. HISTÓRICO DAS LICITAÇÕES.....	16
2.2. LICITAÇÕES NO BRASIL: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA.....	17
2.3. A LEI 8.666/93, DE 21 DE JUNHO DE 1993.....	22
2.4. CONCEITOS PRINCIPAIS DA LEI DE LICITAÇÕES (LEI 8.666/93).....	24
CAPÍTULO III - CONCEITOS FUNDAMENTAIS DE LICITAÇÃO E LICITAÇÃO SOB NORMAS INTERNACIONAIS.....	29
3.1. CONCEITO DE LICITAÇÃO.....	29
3.2. LICITAÇÕES SOB NORMAS INTERNACIONAIS.....	31
CAPÍTULO IV - LICITAÇÕES INTERNACIONAIS: CONCEITOS E OBJETIVOS.....	40
4.1. LICITAÇÕES INTERNACIONAIS COMO EFETIVAÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA E SALVAGUARDA DA ORDEM ECONÔMICA.....	47

CAPITULO V – CRITÉRIOS DE PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO INTERNACIONAL.....	50
5.1. HABILITAÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS.....	51
5.2. REQUISITOS DE HABILITAÇÃO.....	55
5.3. PROBLEMAS COM A HABILITAÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS NO SICAF E INVIABILIDADE TÉCNICA DE PARTICIPAÇÃO NAS CONCORRÊNCIAS POR MEIO DE PREGÃO ELETRÔNICO.....	61
CAPÍTULO VI – EXECUÇÃO CONTRATUAL EM MOEDA ESTRANGEIRA.....	65
6.1. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	65
CAPÍTULO VII – LICITAÇÕES INTERNACIONAIS EM REPARTIÇÕES SEDIADAS NO EXTERIOR (ART. 123).....	74
7.1. CONTRATAÇÕES INTERNACIONAIS DO MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES – MRE.....	75
7.2. CONTRATAÇÕES INTERNACIONAIS REALIZADAS POR REPARTIÇÕES MILITARES. APLICAÇÃO POR ANALOGIA DO GAP.....	77
CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS.....	84

I - INTRODUÇÃO

A Lei 8.666/93, conhecida como Estatuto Geral das Licitações Públicas, foi promulgada em 1993, no Governo Collor. O mencionado Estatuto atende ao disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que preconiza a necessidade de igualdade de condições a todos os concorrentes, no âmbito das contratações públicas.

Além disso, o contexto de edição da Lei 8.666/93 envolve uma resposta institucional aos sucessivos escândalos políticos que marcaram o período imediatamente após a redemocratização, tais como os “anões do orçamento”, dentre outros que marcaram a gestão do então presidente Fernando Collor de Mello (Fiúza e Medeiros, 2013).

Diante disso, a Lei 8.666/93, após sua promulgação, tornou-se a principal referência normativa para as contratações públicas, sendo ferramenta indispensável, no âmbito da Administração Pública, para o desempenho de suas atividades.

Todavia, em que pese sua inegável importância, é preciso considerar o arcabouço normativo da Lei de Licitações, a partir de sua complexidade, compreendendo que se trata de um Estatuto com multiplicidade de institutos jurídicos, que devem ser melhor compreendidos.

É preciso anotar, ainda, que o escopo normativo das licitações não se circunscreve apenas à Lei 8.666/93, sendo esse apenas o principal documento normativo da área. Há, ainda, normativos específicos que regulam outros aspectos das contratações públicas, tais como a Lei 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, a Lei 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico das empresas estatais, além de outros tantos normativos infralegais, que regulam aspectos específicos da matéria.

Além disso, as fontes do direito que norteiam a compreensão dos institutos jurídicos das licitações incluem os normativos e jurisprudência do TCU, bem como decisões do STJ, os quais serão oportunamente mencionados.

Diante desse quadro complexo acerca das contratações públicas, verifica-se que, em diversas situações, a Administração Pública precisa realizar contratações de grande vulto, ou que, mesmo não sendo vultosas, por sua especificidade, reclamam a participação de fornecedores estrangeiros.

Nesses casos, surgem diversas dúvidas acerca de como tais contratações podem ser realizadas. Ora, se já há imensas dificuldades encontradas pelos administradores públicos para a realização de contratações de âmbito nacional, quando se trata de contratações internacionais, a temática assume contornos ainda mais difíceis.

Portanto, a escolha do tema deste trabalho se volta para o seguinte tema: As licitações internacionais no ordenamento jurídico brasileiro: subsídios para o aprimoramento das contratações públicas.

1.1. JUSTIFICAVA DE PESQUISA

A Constituição de 1988, em seu art. 37, ao falar sobre a Administração Pública, trazia, na redação original deste artigo, a seguinte disposição (BRASIL, 1988):

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

Dessa forma, consagrava quatro princípios basilares da Administração Pública, como vetores orientadores da conduta dos administradores públicos. Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 19/98, conhecida como Reforma Administrativa¹, foi acrescentado outro princípio: o da eficiência. Verifica-se que o legislador constituinte teve especial preocupação com a Administração Pública, no bojo da Constituição de 1988, erigindo os princípios fundamentais que deveriam orientar a conduta do administrador público, no trato da coisa pública.

Nesse contexto, importa afirmar que a Constituição de 1988 foi um marco social e político, que consolidou uma visão democrática, de um país que havia acabado de sair de “uma longa noite autoritária”, nas palavras do ex-presidente José Sarney²

¹ A denominada “reforma administrativa” é oriunda do arcabouço teórico erigido no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo economista Luís Carlos Bresser-Pereira (BRESSER-PEREIRA, 1995). Em síntese, o plano aduzia a necessidade de enxugamento da máquina pública, por meio de reformas de cunho gerencial.

² Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2019/09/23/O-que-disseram-Sarney-Collor-FHC-Lula-Dilma-e-Temer-na-ONU>

(NEXO JORNAL, 2019). Portanto, o país que ressurgiu no período após a ditadura civil-militar (1964-85) era um país que consolidava uma visão democrática, republicana de Estado.

Assim é que o constituinte originário não olvidou os clamores da sociedade para a moralização dos negócios públicos, inserindo capítulo especial sobre a Administração Pública, na Constituição de 1988.

Em que pese importantes estudiosos do tema denominarem a Constituição Federal de “retrocesso burocrático” (BRESSER-PEREIRA, 1995), o fato é que as disposições trazidas pela Constituição Federal são relevantes para compreender os novos marcos axiológicos de interpretação dos negócios jurídicos e atos administrativos, especialmente no tocante ao tema ora enfrentado, o das licitações internacionais.

Ademais, importa registrar que o próprio constituinte originário, atento ao novo momento político de inspiração democrática e republicana pelo qual passava o Brasil, estabeleceu as bases interpretativas do que viria a ser, mais tarde, denominado de Estatuto das Licitações. No inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal, encontram-se as bases que fundamentam o tema ora analisado. Estabelece, portanto, o legislador:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de **licitação pública** que assegure **igualdade de condições** a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifo nosso).

Assenta-se, portanto, a noção de igualdade trazida pelo espírito democrático do Constituinte de 1988, a ser aplicado, também, às licitações públicas. Note-se que esse mandamento constitucional consolida uma visão republicana do trato com a coisa pública que foi sendo fundamentada, gradativamente, em virtude do fortalecimento do modelo burocrático de Administração Pública.

Registre-se que já existia, mesmo antes da Constituição de 1988, norma específica que tratava de licitações, a saber a Lei 2.300/86, que dispunha sobre

Licitações e Contratos da Administração Pública. Ainda, a mencionada Lei 2.300/86 estabelecia, em seu art. 3º:

Art 3º A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Ou seja, ainda antes da Constituição de 1988, já havia a compreensão da necessidade de aplicabilidade dos princípios da igualdade, impessoalidade e probidade, no âmbito da Administração Pública.

Mas, o que se pretende demonstrar é que foi a CF/88 que irradiou vetores axiológicos de interpretação, que orientam a compreensão da Lei 8.666/93 e, por consequência, dos temas enfrentados neste trabalho.

Portanto, o que se verifica é que a Lei 8.666/93 foi um marco fundamental de um novo momento da Administração Pública, trazendo postulados que, mesmo hoje, ainda são observados por milhares de Administradores públicos, todos os dias, em todo o Brasil.

É possível dizer que a relativa “ousadia” e abrangência da Lei 8.666/93 é uma de suas maiores virtudes. Ao se promulgar uma lei tão ampla, tão abrangente, o legislador materializou o desejo do constituinte originário e forneceu regras importantes de orientação que fundamentaram muitas outras leis correlatas que surgiram.

Isto não quer dizer, evidentemente, que a Lei 8.666/93 não requeira atualizações, em virtude das mudanças das condições sociais, da abertura econômica brasileira, bem como da consolidação de novas tecnologias, que, de certa forma, tornam obsoletos alguns de seus comandos.

Mas, ainda assim, enfrentar o estudo da Lei 8.666/93 é se debruçar sobre verdadeira complexidade, sistematização e profundidade, a qual representa vetor interpretativo de muitas outras normas relacionadas às contratações públicas.

Por fim, o tema enfrentado no presente trabalho é uma pequena parte de tudo que se poderia estudar dessa Lei. Dessa forma, a escolha realizada, qual seja a de

tratar das licitações internacionais, fundamenta-se na compreensão de tratar-se de tema pouco estudado pela doutrina e pouco enfrentado pela jurisprudência, tanto judicial, quanto da esfera controladora³, por exemplo, os Tribunais de Contas.

Portanto, o presente trabalho apresenta breve síntese sobre o tema, apontando os fundamentos, características, procedimentos, espécies e formas de efetivação das licitações internacionais.

Trata-se de campo vasto de estudo que será enfrentado, com a necessária preocupação que o tema requer.

1.2. PROBLEMA DE PESQUISA

O problema de pesquisa, tendo em vista o acima exposto, pode ser assim delimitado: **Quais são as principais características das licitações internacionais?**

1.3. HIPÓTESE DE PESQUISA:

Para o adequado desenvolvimento deste trabalho foram elaboradas as seguintes hipóteses de pesquisa:

- O arcabouço normativo referente às contratações públicas está desatualizado e não consegue contemplar as necessidades da Administração Pública, no contexto de uma economia aberta e globalizada, o que dificulta o desempenho de diversas atividades do Estado;
- Os órgãos não detêm o conhecimento necessário para a correta operacionalização das licitações internacionais, o que ocasiona a realização de licitações nacionais, no lugar das internacionais, gerando restrições à

³ Com a promulgação da Lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, pacificou-se a celeuma doutrinária acerca do posicionamento institucional do Tribunal de Contas da União – TCU. Havia doutrina, tanto no sentido de considerar os tribunais de contas como administrativos, tanto como híbridos, vez que se entendia exercerem parcialmente função judicante. O legislador ordinário pôs fim à questão, em 2018, denominando os Tribunais de Contas como pertencentes à esfera “controladora”.

competitividade, desperdício de recursos e perda das oportunidades de mercado.

- Há pouca compreensão sobre o que seriam licitações internacionais, que são tomadas, no mais das vezes, por contratações nacionais de objetos de execução no exterior.

1.4. METODOLOGIA

A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica, em que serão analisadas as principais obras referentes às licitações internacionais. Para a correta compreensão do tema, necessário será a abordagem de institutos do Direito Administrativo, bem como especificamente sobre o tema das licitações.

Além disso, serão abordados alguns estudos de casos julgados pelo TCU, com vistas a oferecer um panorama mais completo acerca da aplicabilidade das licitações internacionais na Administração Pública.

1.5. OBJETIVO – GERAL:

Tendo em vista o tema tratado, elenca-se o seguinte objetivo-geral:

- Identificar as características da licitação internacional, estabelecendo diferenças e semelhanças com as licitações nacionais, subsidiando o aprimoramento das contratações públicas.

1.6. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

Ademais, são elencados os seguintes **objetivos específicos**:

a) Compreender quais são as principais características das licitações internacionais, bem com as semelhanças e diferenças para as licitações nacionais;

b) Verificar quais os requisitos necessários para realizar, de forma eficaz, eficiente e isonômica as licitações internacionais;

c) Identificar as dificuldades encontradas para a viabilidade das licitações internacionais e quais as possibilidades de aprimoramento deste tipo de contratação.

CAPÍTULO II – LICITAÇÃO: HISTÓRICO, EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E CONCEITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo tem por objetivo analisar o histórico das licitações, no Brasil e no direito comparado. A proposta é demonstrar as vinculações históricas das licitações como forma de negócio jurídico escolhido pelo Estado.

2.1. HISTÓRICO DAS LICITAÇÕES

Inicialmente, convém registrar que o instituto da licitação encontra paralelo com outros institutos jurídicos de países que adotam o sistema republicano. De acordo com Fortes Junior (FORTES JR, 2017, p.01):

O instituto da licitação (Brasil) é denominado na Espanha por “*subasta pública*”, “*subasta y concurso subasta*”. Na Itália, é chamado de *hasta pública*. Na França *l’adjudication*. No México é chamado *Licitación*, “concurso” ou “*subasta*”. Na Argentina, “*Licitación Pública*”.

Ademais, de acordo com Lópes-Elias (1999, p.51),

A origem etimológica da palavra licitação é derivada do latim *licitationem*, *licitatio*, *licitatio-onis*, que significa venda por lances. O mesmo autor afirma que pela origem gramatical licitação consiste na ação de licitar que significa oferecer preço por uma coisa vendida *em hasta pública*.

No sentido etimológico licitar é sinônimo de *subastar* que é uma expressão que vem dos árabes quando vendiam “sub-hasta” ou sob a hasta, sob a lança, que significava que nada devia ser oculto e que não poderia haver suspeitas no contrato ou negócio. A hasta era uma arma de guerra, uma lança, que muitas vezes era o brasão ou símbolo de propriedade.

Todavia, importa registrar que a licitação pública, como meio de celebração de contratos do Estado, surge, de fato, no Direito Romano. De acordo com o Fortes Junior (FORTES JR, 2017, p.01) “*desde as primeiras épocas os bens adquiridos pelo Estado sejam por conquistas, espólios de guerra, e até mesmo por condenação criminal de um cidadão, se vendiam publicamente aos melhores ofertantes*”. Ainda, acrescenta o autor (idem, p.02),

Na idade média, em Roma e em quase toda a Europa se utilizou a licitação no sistema “vela e lances”. Nesse sistema os licitantes faziam

suas ofertas para uma determinada obra pública enquanto uma vela era queimada. O vencedor era aquele que oferecia o último lance com a vela acesa. Esse sistema lembra muito o Pregão Eletrônico utilizado no Brasil, que tem um tempo aleatório e o vencedor é aquele que ofereceu o menor lance antes do sistema fechar de forma automática e aleatória.

E, completando a necessária contextualização histórica, aponta Lopes-Elias (1999, p. 51),

Na França, no século XVI, existem portarias que prescrevem o prêmio ao melhor preço pela execução de obras públicas ou contratos de fornecimento. Na prática, o prêmio nem sempre foi concedido; houve então escândalos de corrupção, devido à celebração de contratos sem adjudicação. Em termos gerais, as licitações públicas foram generalizadas em toda a Europa e estendidas ao mundo, no século 18 e, especialmente, no século 19, quando uma série de leis começou a ser emitida. (tradução livre).

Não obstante, é importante delimitar a evolução histórica e legislativa do instituto da licitação no Brasil.

2.2. LICITAÇÕES NO BRASIL: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

O primeiro documento legal que tratou sobre licitações no Brasil foi o **Decreto nº 2.926/1862**, ainda no período Imperial, que tratava de “*Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas.*” De acordo com o mencionado Decreto⁴, em seu art. 1º (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019):

Art. 1º Logo que o Governo resolva mandar fazer por contracto qualquer fornecimento, construccão ou concertos de obras cujas despezas corraõ por conta do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, o Presidente da junta, perante a qual tiver de proceder-se á arrematação, fará publicar annuncios, convidando concurrentes, e fixará, segundo a importancia da mesma arrematação, o prazo de quinze dias a seis mezes para a apresentação das propostas.

⁴Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html>

Assim, verifica-se a compreensão rudimentar – própria daquele momento político e institucional, logicamente – de amplitude de concorrência, que, no decorrer da evolução normativa, encontra agasalho nas modernas legislações sobre o tema.

Ademais, convém anotar, como relevante fato histórico, o que dispunham os arts. 3º e 11, daquele mesmo Decreto imperial:

Art. 3º Até oito dias antes do marcado para a arrematação os concurrentes deverão apresentar fiador idoneo, que se responsabilise pelas multas em que incorrerem, não só quando, offerecendo condições reputadas mais vantajosas pelo Ministro da Agricultura, Cormmercio e Obras Publicas, recusarem-se a assignar o contracto, como tambem por não cumprirem as clausulas geraes e condições especiaes a que pelo mesmo contracto se tiverem obrigado. Os que preferirem prestar caução, o farão em dinheiro, ou em fundos publicos ou de companhias garantidas pelo Governo, devendo a mesma caução ser igual á importancia da fiança, e o deposito effectuado no Thesouro. Se fôr em dinheiro vencerá o juro da Lei, ou o corrente, se fôr inferior.

[...]Art. 11. Todos os concurrentes á arrematações de obras publicas deverão apresentar preliminarmente attestados que abonem sua capacidade, e offerecer fiança idonea ou caução, na conformidade do art. 3º. Os attestados de capacidade não serão exigidos para os fornecimentos de materiaes, trabalhos de extracção de pedras ou terras e formação de aterros, cuja importancia fôr menor de 10:000\$000. (grifo nosso)

A análise histórica da primeira norma jurídica brasileira, referente às contratações públicas, permite tecer algumas considerações. Primeiramente, registre-se que, no art. 3º, já se tinha noção do que se conhece hoje como princípio da tempestividade, isto é, que as regras editalícias devem ser conhecidas anteriormente ao certame licitatório.

Além disso, é curioso perceber que, já em 1862, abordava-se a compreensão do que hoje é estabelecido pela Lei 8.666/93 como prestação de garantias. E, ainda, em seu art. 11, apresenta-se a noção do que pode ser denominado de “capacidade técnica” dos licitantes. Logicamente, um comando normativo deve ser lido à luz de seu tempo. E o que se pode verificar é que já havia algumas noções que, com o passar das décadas e desenvolvimento da Administração Pública, foram solidificadas.

Ainda, visualizem-se os art. 14 e 18, do mencionado Decreto:

Art. 14. O arrematante não poderá transferir a outrem toda ou parte de sua empreitada sem prévia autorização do Governo.

[...] Art. 18. Se durante a execução dos trabalhos fôr conveniente ordenar-se alguma alteração ou modificação aos projectos primitivos, o arrematante deverá executa-la, logo que receber notificação assignada pelo Engenheiro.

Se as alterações ou modificações trouxerem augmento ou diminuição de trabalho, o valor do contracto soffrerá identico accrescimo ou redução, servindo de base para calcular essa importancia os preços do orçamento.

Se as alterações produzirem um augmento ou diminuição de mais de um quinto do valor do contracto primitivo, o arrematante poderá requerer rescisão do contracto.

Conforme se verifica, já havia, naquele período, noções sobre o que hoje se denomina contratos “*intuitu personae*”, que orientam a execução dos contratos administrativos. Essa mesma determinação encontra-se na Lei 8.666/93 atual, no sentido de vedar a transferência de execução contratual, assim como na Lei 8.987/95, vedando a transferência do controle acionário da pessoa jurídica concessionária, sem autorização prévia do poder concedente.

Além disso, já se tinha noção de aditivos contratuais, que são previstos na Lei 8.666/93, curiosamente em percentuais parecidos com os descritos em 1862. Portanto, esse primeiro documento normativo sobre o tema pode ser avaliado como um documento importante que trouxe consequências para a edição de normas posteriores e mais bem elaboradas.

Outro documento normativo relativo ao tema é o **Decreto-Lei Nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922**. Trata-se de legislação avançada para a época, sendo considerado um dos primeiros documentos sistemáticos de legislação administrativa e foi denominado de “Código de Contabilidade da União”.

O mencionado Decreto Lei trazia disposições muito amplas sobre o funcionamento da Administração e trouxe inovações relevantes, como as noções de empenho prévio e introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, princípios orçamentários fundamentais⁵, que vigoram até hoje (RIBEIRO, 1963).

⁵ Um estudo importante sobre o Código de Contabilidade da União foi feito pelo falecido professor da USP, Manoel Ribeiro. Para a elaboração deste trabalho foi possível de ler sua arguta explanação sobre

Todavia, no tocante ao tema das licitações, o supramencionado Decreto trouxe avanços em relação ao Decreto Imperial, estabelecendo novas regras acerca dos procedimentos de contratação e dos contratos administrativos. Especificamente na temática das licitações internacionais, o Decreto Lei nº 4.536/22 fixou relevante comando normativo.

Art. 54. Para a validade dos contractos, serão necessarias as seguintes formalidades:

f) que, nos contractos, em que sejam estipulados preços em moeda estrangeira, se declare a data ou a taxa do cambio para a conversão, de accôrdo com a condição que houver sido fixada no edital de concorrência:

Embora não fosse uma preocupação do legislador daquele período⁶ a temática das licitações internacionais, de forma inovadora, o Decreto trouxe a relevante compreensão de que os preços cotados em moeda estrangeira devem ter sua taxa de conversão fixada previamente.

Ainda hoje, a ausência de previsão das taxas de câmbio nos contratos administrativos enseja pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos, que têm sido enfrentados pelo TCU e, algumas vezes, negados, conforme se pode verificar pelo teor do Acórdão nº 1.431/2017 – Plenário, que tratou de consulta acerca da possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados no âmbito do Instituto Brasileiro de Turismo – EMBRATUR. O referido Acórdão derivou de consulta formulada pelo Ministério do Turismo acerca dos limites do reequilíbrio econômico-financeiro em execução de contratos de variação cambial e, até o momento, tem balizado a atual jurisprudência da Corte de Contas.

Avançando na evolução legislativa da temática das licitações, foi editado o **Decreto-Lei nº 200/67**, que tratava especificamente das licitações no Brasil. É preciso

“Aspectos Jurídicos do Projeto de Código de Contabilidade da União”, disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/26728/25596>. O professor demonstra que importantes princípios e normas do Direito Financeiro foram instituídos por este Código. Logicamente, não é o objetivo deste trabalho enfrentar a sistematização do Direito Financeiro, mas, recomenda-se a leitura.

⁶ Conforme será visto adiante neste trabalho, também não foi uma preocupação do legislador ordinário, quando da elaboração da Lei 8.666/93, a sistematização do conceito de licitações internacionais na Lei 8.666/93. Nem mesmo no anteprojeto de Lei da Nova Lei de Licitações há preocupação razoável do legislador sobre esse tema.

situar o Decreto-Lei nº 200/67 em um momento de consolidação do paradigma burocrático da Administração (BRESSER-PEREIRA, 1995), em que se procurou codificar as principais normas de Administração Pública. Foi uma tentativa de criar uma espécie de Código Administrativo, que tem vigência, em algumas de suas partes, até os dias atuais.

Conforme ensina Fortes Júnior (FORTES JR, 2017, p. 02), acerca do Decreto-Lei nº 200/67:

Pela primeira vez faz-se referência a “Princípios da Licitação”. Os ordenamentos jurídicos anteriores mencionavam os casos em que era necessária a realização de licitações, já no decreto Lei Nº200/67 há a previsão dos casos em que é dispensável a licitação. Não há ainda diferenciação entre dispensa e inexigibilidade.

Há a previsão, pela primeira vez, de manutenção de um registro cadastral. Os editais deveriam ser publicados em imprensa oficial com antecedência de trinta dias em caso de Concorrência Pública e quinze dias em caso de Tomada de Preços, assim como é praticado pela legislação hoje vigente.

[...] Percebe-se que o Decreto Lei 200/1967 imprimiu um esqueleto do que é hoje a Lei 8666/93. Muito simplificada obviamente, mas já podemos perceber os primeiros traços que nortearam a construção do ordenamento jurídico utilizado atualmente.

Especificamente, no tocante às licitações internacionais, o mencionado Decreto-Lei dispõe brevemente: “art. 142. As licitações de âmbito internacional ajustar-se-ão às diretrizes estabelecidas pelos órgãos responsáveis pela política monetária e pela política de comércio exterior. ”

Dessa forma, verifica-se que, mais uma vez, a norma apenas tangencia a abordagem da licitação internacional, mas, há menção a esse instituto na norma apresentada.

Por fim, convém registrar que o **Decreto-Lei 2.300/86** pode ser considerado de inspiração fundamental para a elaboração da Lei 8.666/93. De acordo com Rigolin (2008, p.192):

O antigo Estatuto Jurídico das Licitações e dos Contratos Administrativos marcou profunda e definitivamente seu lugar na história do direito Brasileiro, a tal ponto que, consoante se denota, até mesmo o legislador brasileiro de 1991 a 1993 o prestigiou na mais ampla medida, elegendo-o como fonte primordial de inspiração para a Lei 8666/93.

Dessa forma, o Decreto-Lei 2.300/86 norteou a elaboração da Lei 8.666/93, na medida que delimitou seus marcos fundamentais. Tratava-se de uma lei mais sistematizada que as anteriores, consagrando institutos importantes da licitação, bem como estabelecendo a União como ente federativo responsável pela elaboração de normas gerais, modelo que foi repetido na atual legislação.

No tocante à temática das licitações internacionais, verificou-se que esta lei também não tratou de específicas atinentes a esse tipo de contratação. No texto normativo, encontra-se apenas uma menção ao tema, no art. 34, conforme a seguir⁷:

Art 34. 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.

Verifica-se, portanto, que o tema das licitações internacionais não fazia parte da preocupação dos legisladores, não recebendo maiores considerações legais.

2.3. A LEI 8.666/93, DE 21 DE JUNHO DE 1993

Conforme demonstrado na parte inicial deste trabalho, a Constituição Federal representou um novo marco interpretativo e normativo para a Administração Pública. O produto de intensos debates de um parlamento emergido de substanciais lutas pela redemocratização produziu, no Constituinte originário, a convicção de produzir normas inspiradas em valores republicanos.

Dessa forma, a CF, em seu Capítulo VII, art. 37 tratou sobre a Administração Pública e, no inciso XXI, do mencionado artigo, estabeleceu:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica

⁷ Decreto-Lei 2.300/86 - Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12300-86.htm

e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Foi a primeira menção expressa⁸ de um texto constitucional sobre licitações e contratações públicas, o que denota o caráter relevante que o constituinte imprimiu ao tema das licitações. Ato contínuo, em 21 de junho de 1993, foi promulgada a Lei de Licitações, para dar efetividade ao comando constitucional, vez que o inciso XXI, do art. 37 era norma de eficácia limitada (SILVA, 2013).

Anote-se que a Lei 8.666/93 foi promulgada pelo Governo Itamar Franco, mas foi proposta e tramitada praticamente toda sob a égide do Governo Fernando Collor, que foi deposto, por meio de um processo de *impeachment*, em 29 de Dezembro de 1992, por denúncias de corrupção.

Dessa forma, a Lei 8.666/93 deve ser lida, também, como produto do conturbado momento político que foi vivenciado pelo Brasil naquele período. A deposição do Presidente Collor solidificou na sociedade profundo sentimento de combate à corrupção e repúdio aos privilégios da classe política. A ressonância que teve o movimento popular de deposição do então Presidente mostrou que a sociedade civil estava atenta à temática da corrupção, em que a Lei 8.666/93 foi uma das respostas.

Portanto, é preciso considerar duas questões relevantes, acerca da Lei 8.666/93, que serão observadas neste trabalho. O primeiro deles é que a Lei 8.666/93 buscou conferir critérios objetivos, imparciais e isonômicos, atendendo ao princípio republicano, visando a afastar toda espécie de favorecimento de determinadas pessoas ou setores econômicos, em detrimento do interesse público (RIGOLIN, 2008; FORTES JÚNIOR, 2017).

A segunda questão consiste em verificar o intenso protecionismo⁹ (AQUINO, 2013) trazido pela Lei 8.666/93, em que pese o cenário de abertura econômica do Brasil, iniciado no Governo Collor.

⁸ Segundo Ivan Barbosa Rigolin, a Constituição de 1988 foi a primeira a trazer expressamente a palavra “licitação”, em seu texto, realçando a importância que o legislador conferiu ao tema (RIGOLIN, 2008).

⁹ Pode-se afirmar que a Lei 8.666/93 era observada pela ótica do papel do Estado como responsável pelo desenvolvimento nacional, tendo em vista os montantes gastos para o custeio da máquina pública e promoção de investimentos. Conforme se verifica na justificativa da Lei 12.349/2010, que deu nova redação a dispositivos da Lei 8.666/93:

Conforme se verifica, em reiteradas passagens da Lei 8.666/93, as licitações públicas foram estruturadas e pensadas, primordialmente, para concorrentes nacionais, na medida em que a Lei de Licitações foi o produto de uma visão política de que o país estava fechado à negociação com o mundo (AQUINO, 2013) em que pese o Governo Collor ter buscado relativa abertura comercial (AQUINO, 2013).

2.4. CONCEITOS PRINCIPAIS DA LEI DE LICITAÇÕES (LEI 8.666/93)

Após demonstrar o aspecto histórico da evolução legislativa, referente às licitações, importa delimitar os principais conceitos trazidos na Lei 8.666/93, que serão enfrentados nesta seção.

O primeiro ponto a ser ressaltado é que a Lei de Licitações, em seu art. 1º, define que o mencionado diploma legislativo estabelece “*normas gerais sobre licitações e contratos administrativos*”. Dessa forma, a Lei 8.666/93 dá cumprimento ao ordenamento constitucional, que, no art. 22, inciso XXVII, estabelece como competência da União legislar sobre normas gerais de licitações¹⁰.

Desse modo, nada impede que os Estados e Municípios estabeleçam normas complementares à Lei de Licitações. Todavia, a experiência legislativa tem demonstrado que os Estados federados, ao longo das duas últimas décadas, cingiram-se a delimitar normas relativas a procedimentos em licitações, sem maiores desdobramentos, razão pela qual a Lei de Licitação remanesce sendo o principal instituto de orientação de praticamente todos os entes federativos¹¹.

*Paralelamente, impõe-se a adoção de medidas que agreguem ao perfil de demanda do setor público diretrizes claras atinentes ao papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Nesse contexto, torna-se particularmente relevante a atuação privilegiada do setor público com vistas à instituição de incentivos à pesquisa e à inovação que, reconhecidamente, consubstanciam **poderoso efeito indutor ao desenvolvimento do país**. (grifo nosso).*

¹⁰ A Constituição Federal assim dispõe:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

¹¹ No Distrito Federal, por exemplo, não há uma lei geral de Licitações do Distrito Federal. O que foi verificado na elaboração deste trabalho é que as leis distritais tratam de assuntos esparsos, apenas sobre aspectos pontuais que, em praticamente nada acrescentam ou conflitam com a Lei Geral de Licitações. As normas verificadas nesta pesquisa foram: Lei Distrital nº 4.611, de 09 de agosto de 2011,

Uma das explicações para esta situação (JUSTEN FILHO, 2010) parece ser o fato de que há pouca compreensão sobre o que seriam “normas gerais” em licitações. A Lei 8.666/93, em que pese se propor a ser uma lei geral sobre licitações e contratos, estabelece normas específicas¹² avançando, assim, a competência atribuída pelo legislador constitucional.

Não obstante, o art. 2º estabelece a amplitude da norma legislativa apontando para o fato de que todas as contratações serão objeto de licitação, na forma da Lei. Pode-se afirmar que, dessa forma, o legislador procurou garantir efetividade à norma legislativa, vedando a possibilidade de sua não-utilização, em virtude de critérios não abarcados pela norma¹³.

Outro ponto importante é que o art. 3º, da Lei 8.666/93, delimita os princípios das contratações públicas, a saber: isonomia, seleção da proposta mais vantajosa, promoção do desenvolvimento sustentável, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo das propostas.

publicada no DODF de 10.08.2011); sustentabilidade nas licitações do DF (Lei Distrital nº 4.770/2012); sanções administrativas (Decreto Distrital nº 26.851/2006 e alterações posteriores, em especial o Decreto Distrital nº 35.831/2014). Registre-se, ainda, que a Lei Distrital nº 5.980/2017 foi declarada inconstitucional pelo TJDF, em face da ADIN 2018 00 2 002640-2 (CONJUR, 2018).

¹² Como exemplo de normas específicas elaboradas pelo legislador ordinário, poderia ser citado o Art. 23, incisos I e II, bem como suas alíneas, que estabelecem valores exatos para as modalidades de licitação, a saber: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Seria perfeitamente possível aos Estados e Municípios, no exercício de sua competência concorrente, estabelecer limites diferentes, mínimos e máximos, para as modalidades de licitação concorrência, tomada de preços e convite. Todavia, o engessamento da Lei 8.666/93 é tanto que, recentemente, foi editado o Decreto nº 9.412/2018, que atualiza limites máximos para estas modalidades.

Por outro lado, parece acertar o legislador quando restringe as hipóteses de dispensa de licitação ao rol taxativo do art. 24 e seus trinta e cinco incisos. Nesse caso, parecer ser mais correto o entendimento de que não caberia ao legislador concorrente criar novas espécies de dispensa, pois estas são exceções ao comando constitucional que foi materializado pelo legislador ordinário (JUSTEN FILHO, 2010).

¹³ Não obstante a intenção inicial do legislador, atualmente, outros diplomas foram sendo incorporados ao ordenamento jurídico que, de certa forma, retiraram o caráter exclusivo da Lei 8.666/93. Dentre os mais importante, pode-se citar a Lei 10.520/02, que institui a contratação por meio de Pregão, a Lei 12.462/2011, que estabelece o Regime Diferenciado de Contratações, a Lei 13.303/2016, que regula o procedimento licitatório nas estatais, bem como a Lei 12.232/2010, que regula os procedimentos licitatórios de publicidade. Toda essa produção normativa foi elaborada com a justificativa principal de que a Lei 8.666/93 estaria “desatualizada” (ZYMLER, 2005), em que pese todo este arcabouço normativo apontar a Lei 8.666/93 como fonte de aplicação subsidiária, razão pela qual o Estatuto das Licitações ainda se faz relevante, mesmo coexistindo com outras legislações correlatas.

Pode-se observar que a Lei 8.666/93 foi editada em um período marcado por intensa visão protecionista, em que não havia uma política efetiva de abertura comercial, tendo em vista que a proteção aos bens e serviços de empresas nacionais perfazia o fundamento das políticas econômicas (AQUINO, 2013). Nesse sentido, pode-se verificar que o mencionado Estatuto estabelecia preferências sensíveis para empresas brasileiras (JUSTEN FILHO, 2010).

Todavia, é preciso considerar que a conceituação de “isonomia” e “igualdade” propostas como vetor principiológico da Lei não são, em última análise, conflitantes com a restrição a participação de empresas estrangeiras. A própria Lei 8.666/93 veda tal distinção. Assim, todos os critérios estabelecidos na Lei de licitações, de participação de empresas podem e devem ser lidos e interpretados de modo a não obstar a participação de empresas estrangeiras, embora, na prática isto possa ocorrer.

Outra importante modificação, que corrobora esse entendimento, é que a Lei 12.349/2010 alterou o parágrafo 2º, do art. 3º, da Lei de Licitações.

A redação anterior do art. 3º afirmava:

§2º - Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I – produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional (revogado pela Lei 12.349/2010);

Todavia, houve modificação legislativa, retirando o inciso I, oriunda da Medida Provisória nº 495/2010¹⁴, editada pela então Presidenta Dilma Rousseff, que foi convertida em Lei, após regular tramitação no Congresso Nacional. Conforme a justificativa à Medida Provisória, que se converteu na Lei 12.349/2010:

Com referência à alteração do §2º, do art. 3º, da Lei 8.666/93, é de se observar que a medida tenciona aperfeiçoar a legislação e promover sua adequação ao disposto na Emenda Constitucional nº 06, de 1995, que revogou o artigo 171, da Constituição Federal.

Dessa forma, o que se verifica é que a Lei de Licitações foi sendo alterada para delimitar uma nova visão política e econômica, que contemple a abertura de mercado

¹⁴ Os argumentos encontram-se descritos na Exposição de Motivos da MPV 495/2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm

a empresas estrangeiras, possibilitando novos concorrentes nos certames licitatórios nacionais.

Verifica-se, porém, que a Lei 12.349/2010 extinguiu o critério de desempate em favor das empresas brasileiras, que perdeu o sentido e, pode-se dizer, deixou de ser constitucional, com a revogação do art. 171, da CF/88, que estabelecia preferências a empresas nacionais.

Todavia, em que pese as preferências às empresas nacionais terem sido retiradas do texto legislativo, o legislador ordinário criou verdadeira confusão interpretativa, na medida que inseriu em outros parágrafos, a exemplo do §5º, I, do art. 3º, a menção a “serviços nacionais”, e “desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país” (§ 6º, III, art. 3º).

Portanto, se, por um lado, o legislador retirou a restrição de competitividade às empresas estrangeiras, por outro lado, fortaleceu outras restrições, em virtude de condicionar a possibilidade de estabelecimento de margens de preferência ao desenvolvimento de tecnologias no país.

As condicionantes estabelecidas parecem tratar-se de obstáculo indireto, na medida que não necessariamente empresa estrangeira que queira participar de licitações públicas – no âmbito internacional, no caso – pode ter como objetivo estratégico desenvolver “tecnologias nacionais”. Parece se tratar, em uma análise mais detida, de uma opção indireta pela nacionalização das empresas, na medida que, para obter as margens de preferência – que são muito utilizadas em licitações muito concorridas - isto pode equivaler a se nacionalizar, o que pode não ser o objetivo de muitas empresas, restringindo sua participação.

Não obstante, ressalte-se que o art. 5º estabelecem-se como expressão monetária das cotações de preço a moeda corrente nacional. Em outro comando, no art. 42. § 1º, estabelece que é permitido cotar preços em moeda estrangeira, quando a licitação for internacional, garantindo-se aos licitantes brasileiros a mesma possibilidade. Os arts. 6º a 16 estabelecem definições sobre o que são compras, obras, projeto básico, dentre outros.

Note-se que, no art. 22, estabelece-se quais são as modalidades de licitações e sua definição, a saber: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão,

com suas respectivas definições legais. A diferenciação se dá, basicamente, em virtude dos limites máximos, para as contratações.

É importante registrar que, no âmbito das licitações internacionais, na maioria das vezes, é utilizada a modalidade concorrência para os certames internacionais. Todavia, nada obsta que sejam utilizadas quaisquer modalidades admitidas em lei.

CAPÍTULO III - CONCEITOS FUNDAMENTAIS DE LICITAÇÃO E LICITAÇÃO SOB NORMAS INTERNACIONAIS

3.1. CONCEITO DE LICITAÇÃO

Para compreender melhor a temática das licitações internacionais, importa trazer os principais conceitos de licitação, conforme a seguir. Na visão de Edmir Netto de Araújo (2010, p. 80), a Licitação:

É o processo administrativo, vinculado às normas legais específicas e ao instrumento convocatório, de que se serve a Administração para selecionar a proposta mais adequada e vantajosa para o interesse público, em relação ao contrato que pretende celebrar em cumprimento a seus objetivos.

Já para Lúcia Valle Figueiredo (2001, p. 18),

É o procedimento administrativo formal, nominado, cuja finalidade é selecionar o melhor contratante para a Administração, contratante, este, que lhe deverá prestar serviços, construir-lhe obras, fornecer-lhe ou adquirir-lhe bens.

Por sua vez, para Diógenes Gasparini (2012, p 14),

É o procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos, previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse.

Conforme se verifica nas principais definições doutrinárias trazidas, o termo “procedimento” aparece de forma recorrente para denominar as licitações. Dessa forma, o que se pode extrair dos conceitos supramencionados é que se trata de uma sucessão de atos ordenados para a consecução de um fim, que é a contratação pública, por meio, preferencialmente, de contrato administrativo, objetivando, em última análise, o atingimento do interesse público.

Consoante essa finalidade pública, encontra-se o instituto das licitações internacionais. As licitações internacionais são formas específicas de procedimentos administrativos, voltadas para a consecução de finalidades públicas que, por meio de uma licitação nacional, não poderiam ser atingidos. Ou, ainda que possam ser

atingidos os objetivos públicos, por meio de licitações internacionais, materializam-se princípios caros à Administração Pública, como eficiência, isonomia, igualdade, seleção da proposta mais vantajosa, dentre outros.

Todavia, a compreensão da temática da licitação internacional é assunto complexo, vez que o tema vem sendo, frequentemente, tratado com pouco interesse pela doutrina administrativista nacional¹⁵. Nesse mesmo sentido, salientam Thiago Marrara e Carolina Silva Campos (2017, p.158):

Sob essa premissa, um dos caminhos a se explorar é aquele que torna as licitações brasileiras atraentes para agentes econômicos estrangeiros. Não se trata de solução isenta de dificuldades.

Entre outros desafios, a valorização da competição mediante a atração de licitantes estrangeiros demanda que se resolvam inúmeras dúvidas jurídicas. De que modo a legislação brasileira trata da participação de empresas estrangeiras em licitações? Quais são as principais barreiras existentes nessa legislação? Como eventuais barreiras poderiam ser superadas?

Não obstante, antes de adentrar a temática específicas das licitações internacionais, é preciso fazer importante destaque. A Lei de Licitações não trata especificamente sobre o tema, tampouco o conceitua com a precisão que seria necessária para um tema dessa relevância. As referências ao tema de Licitação Internacional são esparsas na lei, carecendo de boa técnica legislativa. A notória omissão do legislador pode ser creditado ao caráter protecionista da Lei 8.666/93, promulgado para um país então fechado economicamente.

Nessa mesma linha, evidenciam Marrara & Campos (2017, p.158-159):

Há pelos menos dois desafios a superar antes de se examinar o regime jurídico das licitações internacionais no direito brasileiro. Em primeiro lugar, a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) trata do tema com pouca sistematicidade, pois menciona

¹⁵ No processo de elaboração deste trabalho, foram consultadas diversas obras acerca do tema de licitações, objetivando encontrar subsídios para a compreensão específica das licitações internacionais. Todavia, em que pese as dezenas de obras consultadas, a maioria das obras pesquisadas não trata diretamente do tema de licitações internacionais. Das poucas obras encontradas (v. Licitações Internacionais e a Lei nº 8.666/93 – Luiz Henrique de Castro Pereira, 2013), muitas delas tratam a licitação internacional exclusivamente pela ótica da realização de procedimentos licitatórios com base em acordos de cooperação com organismos internacionais. Essa vertente – a realização de licitações internacionais, com base em acordos internacionais, é apenas uma face desse múltiplo instituto. As principais obras utilizadas para referenciar este trabalho são “Licitações Internacionais” de Sidney Bittencourt e “Licitação Pública Internacional no Brasil”, de Jonas Lima.

as licitações internacionais de modo confuso e fragmentado no corpo de inúmeros dispositivos. A dispersão normativa pede a reunião dos dispositivos legais como passo prévio à interpretação. Do contrário, arrisca-se atingir conclusões precipitadas e incorretas.

Dessa forma, tendo em consideração a advertência dos autores, é preciso considerar que a correta conceituação sobre o instituto da Licitação Internacional é uma das tarefas mais importantes deste trabalho, conforme será feito a seguir.

A razão pela qual se insurge a dificuldade no tratamento do tema tem a ver com a atecnia do legislador no tratamento do tema, bem como na possibilidade de múltiplas compreensões acerca do instituto citado.

Nesse mesmo sentido, advertem Marrara e Campos (2017, p.159):

Em segundo lugar, conquanto o legislador tenha se preocupado em oferecer um rol de definições gerais básicas na Lei de Licitações (art. 6º) — prática comum em outros ordenamentos jurídicos de referência —, nele não se encontra a definição de licitação internacional. Daí por que se mostra imprescindível, para fins introdutórios, esclarecer quais são os elementos necessários para configurar uma licitação *internacional* e, mais que isso, como essa categoria de licitação se diferencia daquela realizada *sob normas internacionais*.

Portanto, o arcabouço conceitual nos permite afirmar, que as licitações internacionais podem ser desdobradas sob duas perspectivas distintas, a saber:

- a) Licitações sob normas internacionais;**
- b) Licitações Internacionais, propriamente ditas.**

Importante enfrentar a delimitação conceitual desses dois institutos. É o que será feito a seguir. Ressalta-se que a abordagem das licitações internacionais será feita no próximo capítulo, meramente para melhor organização do trabalho.

3.2. LICITAÇÕES SOB NORMAS INTERNACIONAIS

De acordo com Marrara e Campos, é necessário enfatizar os desafios a serem enfrentados, quando se trata da compreensão dos conceitos ora examinados. De acordo com os autores (2017, p.158-159):

Há pelos menos dois desafios a superar antes de se examinar o regime jurídico das licitações internacionais no direito brasileiro. Em primeiro lugar, a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº

8.666/1993) trata do tema com pouca sistematicidade, pois menciona as licitações internacionais de modo confuso e fragmentado no corpo de inúmeros dispositivos. A dispersão normativa pede a reunião dos dispositivos legais como passo prévio à interpretação. Do contrário, arrisca-se atingir conclusões precipitadas e incorretas.

E acrescentam:

Em segundo lugar, conquanto o legislador tenha se preocupado em oferecer um rol de definições gerais básicas na Lei de Licitações (art. 6º) — prática comum em outros ordenamentos jurídicos de referência —, nele não se encontra a definição de licitação internacional. Daí por que se mostra imprescindível esclarecer quais são os elementos necessários para configurar uma licitação internacional e, mais que isso, como essa categoria de licitação se diferencia daquela realizada **sob normas internacionais**. (grifo nosso).

Com efeito, a Lei 8.666/93 estabeleceu hipóteses em que as contratações públicas se submeteriam às normas internacionais. Tome-se como exemplo o art. 24, XIV, da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 24. É dispensável a licitação:

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público;

Dessa forma, as licitações realizadas sob o influxo de normas internacionais são consideradas hipóteses especiais de contratação, de sorte que inseridas no bojo do art. 24, da Lei 8.666, que trata da hipótese de dispensa de licitação.¹⁶

Portanto, verifica-se que o legislador ordinário considerou que as contratações realizadas sob normas internacionais deveriam seguir ritos próprios, que não se adequariam exatamente aos ritos comuns da legislação. A explicação para essa distinção pode ser encontrada em Jonas Lima (2013), quando afirma que a realização desse procedimento especial sob normas internacionais garantiria mais agilidade na concretização dos acordos dos quais o Brasil é signatário.

¹⁶ De acordo com Marçal Justen Filho (2010, p.358), a dispensa de licitação é o procedimento excepcional de contratação, em que o legislador considera a relevância do interesse público na contratação, só podendo ser realizada nas estritas hipóteses previstas na Lei 8.666/93. Portanto, de acordo com a lição do doutrinador, a dispensa é procedimento diferenciado, presente em um rol taxativo no Estatuto das Licitações.

Todavia, há outra possibilidade de realização da licitação sob normas internacionais, que encontra-se prevista no §5º, do art. 42, da Lei 8.666/93, conforme a seguir:

Art. 42. 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.

§ 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior. (grifo nosso).

Assim, pode-se afirmar que são duas formas de concretizar os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, seja por meio da dispensa da licitação, seja por meio do procedimento do Art. 42, da Lei 8.666/93, que admite relativa derrogação de normas nacionais, para a aplicação de cláusulas previstas em normas e acordos internacionais.

Portanto, o desiderato do legislador foi o de dotar o ordenamento jurídico brasileiro da capacidade de cumprir os compromissos estabelecidos. Em muitos casos, fundos e organismos internacionais, a exemplo do BIRD e do BID¹⁷, somente liberam recursos mediante a segurança do cumprimento de determinadas cláusulas que, em casos excepcionais, podem conflitar com a legislação nacional sobre o tema. Prevendo esse possível conflito normativo, o legislador ordinário tratou dessa hipótese.

¹⁷ O Banco Interamericano para a Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD é uma agência financeira ligada ao sistema ONU, voltada para o fomento e aplicação de recursos em países em desenvolvimento e promoção do desenvolvimento social (MRE, 2019). Por sua vez, o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID é uma agência financeira, com sede em Washington/EUA, voltada para financiar projetos viáveis de desenvolvimento econômico, social e institucional e promover a integração comercial regional na área da América Latina e o Caribe. As duas agências investem recursos no país e possuem regulamento próprios de contratação, que devem ser seguidos pelo país.

Sobre o tema em questão, o TCU já se posicionou, em diversas oportunidades, conforme se pode verificar nos Acórdãos 2.690/2008 – Plenário, Acórdão 2.239/2007 – Plenário, Acórdão 6.886/2012 – Segunda Câmara as diretrizes principais acerca das licitações sob normas internacionais, com recursos de financiamento das Agências financeiras internacionais BIRD e BID. Na ocasião, a Corte de Contas estabeleceu os seguintes entendimentos demonstrados a seguir.

No Acórdão nº 2.690/2008 – Plenário¹⁸, o TCU estabeleceu a obrigatoriedade da apresentação de orçamentos detalhados em planilhas, em estrita obediência à Lei 8.666/93, ainda que no âmbito de contratações sob normas internacionais. Para o Relator, Ministro Ubiratan Aguiar:

No voto condutor do Acórdão 715/2004-Plenário (TC 006.493/2000-9) , defendi que "**o atendimento das regras e modelos do BIRD, o que é preconizado no parágrafo 5º do art. 42 da Lei 8.666/93, não pode se furtar à exigência da lei pátria que, em alguns momentos, não coincide com os normativos do BIRD.** Caso a divergência seja mantida, vê-se atacado o princípio da legalidade e o da tutela ou controle da administração pública'. **Reafirmo que a observância das normas e procedimentos do Banco Mundial não afasta a aplicação dos dispositivos da Lei 8.666/93 no que não for conflitante, sempre se observando os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público. [...].** (grifo nosso)

E assentou a seguinte determinação:

9.1. determinar ao Ministério da Integração Nacional que:

9.1.1. no âmbito de editais de futuros processos licitatórios e daqueles ainda em andamento, concernentes ao Programa Proágua Nacional, quando financiados com recursos, mesmo que de modo parcial, oriundos de empréstimo do Banco Mundial:

9.1.1.1. **preveja a divulgação dos orçamentos-base dos certames, expressos por meio de planilhas com a estimativa das quantidades e dos preços unitários**, nos termos dos arts. 7º, § 2º, inciso II, e 40, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/93, em respeito aos princípios da publicidade e da eficiência, constantes do caput do art. 37 da Constituição Federal. (grifo nosso).

¹⁸ Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO:2690%20ANOACORDAO:2008%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em 04/11/2019.

Portanto, o entendimento da Corte de Contas, com relação ao tema das licitações sob normas internacionais, reafirmou a necessidade de observância, ainda que parcial, das normas previstas na Lei 8.666/93. É possível a compatibilização entre as normas de contratação estrangeiras e a observância dos princípios da licitação. Dessa forma, assegura-se que os princípios norteadores da Lei de Licitações estejam presentes, em todas as fases da contratação.

No mesmo sentido, decidiu o TCU, no âmbito do Acórdão nº 2.239/2007 – Plenário:

9.1. determinar à Unidade de Gerenciamento do Proágua/Obras, da Secretaria de Infra-Estrutura Hídrica do Ministério da Integração Nacional (UGPO/SIH/MI) que:

9.1.1. ao analisar o projeto básico elaborado pela empresa [omissis], relativo às obras do Sistema Adutor do Alto Oeste, atente para os dispositivos da Lei 8.666/93 que não conflitem com as normas e procedimentos do Banco Mundial, em especial seu artigo 7º, §§ 1º e 2º, incisos I e II, verificando ainda a possível existência de sobrepreço;

Todavia, é preciso registrar que a amplitude que confere o TCU à aplicabilidade das normas de organismos internacionais encontra limitações, especialmente, no que concerne a conflitos normativos com a Constituição Federal. É o que se encontra pacificado, no âmbito da Corte, por meio dos Acórdãos nº 1.866/2015 – Plenário; Acórdão nº 645/2014 – Plenário; Acórdão nº 324/2012 - Plenário e, ainda, o Acórdão nº 370/2004 – Plenário, que são os Acórdãos de referência sobre as limitações acerca da aplicabilidade das normas internacionais nas contratações e serão debatidos a seguir.

Antes, porém, convém explicitar o conteúdo normativo do Art. 42, § 4º, da Lei 8.666/93. De acordo com o Estatuto das Licitações:

Art. 42. 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.

§ 4º Para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda.

A referida norma, de acordo com Sidney Bittencourt (2018) e Jonas Lima (2013) estabelece a efetivação do princípio da isonomia entre os participantes de uma licitação internacional. No caso, o licitante estrangeiro pode, em países com menor grau de tributação, ter maior vantagem na formulação de suas propostas, na medida que pode sofrer a incidência de menor carga tributária que a brasileira. Ademais, no entendimento de Edmir Netto de Araújo (2010, p.81), “o princípio da isonomia exige a equalização de todas as propostas, que deverão ser reduzidas a um mesmo denominador comum, para permitir comparação. ”

Para equacionar essa divergência, o legislador admitiu a possibilidade de serem acrescentados, de forma “fictícia” os tributos que são suportados por licitantes nacionais¹⁹, ressalvada a necessidade que o administrador público aja com a necessária cautela, no arbitramento das propostas, para que não haja favorecimento ou prejuízo de nenhum dos concorrentes. É o que adverte Luiz Henrique de Castro Pereira (2013, p. 85): “este dispositivo deve ser interpretado com cautela, pois, caso contrário, conduziria a resultado não desejado pela norma. A regra é a igualdade entre empresas brasileiras e estrangeiras. ”

Todavia, no âmbito das contratações sob normas internacionais, decidiu o TCU que a referida possibilidade pode ser afastada, de forma a favorecer competidores internacionais, conforme se verifica a seguir:

Acórdão nº 1.866/2015 – Plenário:

Diante do exposto, o relator concluiu que as normas do Bird "não implicam ofensa ao princípio da isonomia, considerando que, de fato, não há vantagem dos bens importados sobre aqueles fabricados no Brasil que justifique o acréscimo requerido pelo § 4º do art. 42 da Lei 8.666/1993.

Isso porque, se os produtos estrangeiros não são onerados dos gravames consequentes dos tributos e taxas de importação, os brasileiros, por sua vez, não sofrem incidência de ICMS e IPI, para fins de comparação de propostas.

¹⁹ A referida possibilidade pode ser assim exemplificada: o licitante apresente proposta relativa a determinado bem, digamos, de **R\$ 1.000.000,00**. A seguir, a Comissão Julgadora pode acrescentar, por exemplo, 5% à proposta apresentada, tendo em vista a incidência de PIS-COFINS, CIDE-Combustível ou qualquer outro tributo relacionado com a contratação, fazendo com que a proposta, para fins de julgamento, seja de **R\$ 1.050.000,00**. Todavia, essa espécie de “arbitragem” não deixa de ser incorreta e pode acarretar favorecimento ou prejuízo da concorrência, a depender da memória de cálculo realizada (LIMA, 2013), na medida que o sistema tributário de cada país é diferente e não pode ser necessariamente equiparado.

Um ajuste nos moldes daquele dispositivo acabaria por desequilibrar esse cotejo entre os preços dos bens nacionais e importados". Assim, concluiu o relator que **"o § 4º do referido artigo poderá ter sua aplicação afastada, vez que resta configurada sua incompatibilidade com o item 2.21 das Diretrizes de Aquisições do Grupo Banco Mundial, e que este não viola o princípio do julgamento objetivo e os demais princípios constitucionais aplicáveis às licitações"**. (grifo nosso).

E determinou:

9.2. responder ao consulente que:

[...] 9.2.2. atendidos todos os pressupostos previstos no art. 42, § 5º, da Lei 8.666/1993 para que possam ser admitidas as condições previstas pelas entidades ali mencionadas quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública Federal, o § 4º do art. 42, da mesma lei, poderá ter sua aplicação afastada, caso seja incompatível com as regras estabelecidas por essas entidades, exceto se tais regras implicarem em inobservância de princípios da Constituição Federal brasileira relativos a licitações públicas;

Ainda, por meio do Acórdão nº 645/2014 – Plenário, o TCU exarou o seguinte entendimento:

9.3. determinar à Agência Nacional de Águas que, em futuros processos licitatórios que obedeçam às condições previstas em contratos assinados com instituições financeiras multilaterais, atente para a jurisprudência do TCU, consubstanciada pela Decisão n. 1.640/2002 - Plenário, no sentido de que **o contrato de empréstimo internacional não pode conter cláusulas conflitantes com a Constituição Federal, uma vez que os princípios constitucionais prevalecem em caso de divergência com as normas dos organismos de financiamento**, sendo cabível, ainda, a aplicação subsidiária dos ditames da Lei n. 8.666/1993, **e se abstenha de incluir nos editais dos certames cláusulas restritivas do caráter competitivo que deve nortear as licitações**;

Dessa forma, o TCU entende ser possível o afastamento do dispositivo legal, em atenção às exigências dos organismos internacionais.

Conforme se verifica, a derrogação das normas licitatórias para a aplicabilidade de exigências editalícias internacionais é apenas parcial e encontra obstáculo intransponível nos princípios da Constituição Federal, bem como barreiras insculpidas nos princípios norteadores da própria Lei nº 8.666/93.

No caso analisado pelo TCU, tratava-se de exigência do organismo internacional de experiência mínima de 10 (dez) anos, para que as empresas participassem do certame. Nesse sentido, a Corte de Contas julgou a referida exigência inconstitucional. No entendimento do Ministro Relator do Acórdão supramencionado Acórdão nº 645/2014 – Plenário:

Sendo aplicáveis os preceitos constitucionais e, de forma subsidiária, as regras insculpidas na Lei de Licitações, eventual cláusula restritiva do caráter competitivo de determinada licitação custeada com recursos de instituições financeiras multilaterais afrontaria disposição do texto da Carta Maior.

Com efeito, pela análise dos Acórdãos de referência do TCU, não parece haver divergência entre o posicionamento da Corte e o entendimento da doutrina. Embora a doutrina critique a própria existência do parágrafo 4º e 5º^{20,21}, do Art. 42, da Lei 8.666/93, parece haver fundamento para a validade das normas ora analisadas, pois os organismos internacionais operam, em muitos casos, por meio de regras específicas aplicáveis em todos os países que repassam recursos.

Ademais, deve haver fundada compreensão de que os investimentos das agências internacionais são voltados para finalidades eminentemente sociais, de sorte que seria defeso ao legislador criar entraves para que esses recursos fossem repassados, pois também são objetivos da República, inscritos no art. 3º, da CF/88: “II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, de modo que o cerceamento dos investimentos dessas agências, pelo não atendimento de suas exigências de repasse também seria, em uma interpretação teleológica, inconstitucional.

Dessa forma, afigura-se lícita e adequada, portanto, a possibilidade de derrogação parcial das normas da Lei 8.666/93, em nome da uma finalidade maior,

²⁰ Rosolée Folgosi (1997, p. 55) se posiciona contra a existência do parágrafo 4º, argumentando que este “é repudiado nas diretrizes de comércio exterior do país, materializadas nos tratados por ele firmados”, já que as propostas estrangeiras são majoradas com propostas que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros”.

²¹ Na mesma linha, Marcos Juruena Vilela Souto (2001, p. 45) se posiciona contra a tributação para conferir a equalização das propostas, na medida que “aqueles [os licitantes estrangeiros] já pagam impostos em seus países de origem, além dos encargos de importação. Além do mais, o objetivo da licitação é selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, não importando a origem, mas quanto será desembolsado.

qual seja a dos investimentos estrangeiros em áreas carentes da realidade brasileira, propiciando o esperado desenvolvimento social e econômico.

Assim, para a devida harmonização dos comandos normativos, destaca-se a necessária cautela que o administrador deve ter para, ao mesmo tempo, aceitar as exigências dos organismos internacionais, na justa medida que não comprometa a eficácia dos princípios constitucionais, que serão aplicáveis, mesmo nestes casos.

Ademais, outros precedentes similares podem ser encontrados nos Acórdãos nº 324/2012 e no Acórdão de referência sobre o tema, Acórdão nº 370/2004²², tendo este último estabelecido que “a aplicação das normas dos organismos internacionais nas licitações é possível, desde que não haja conflito com dispositivos constitucionais e respeitado o princípio do julgamento objetivo.”

Além disso, convém registrar que o Judiciário também já enfrentou o mencionado tema, por meio do Recurso em Mandado de Segurança - RMS nº 14.579/MG, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio Noronha, DJe 10/10/2005, em que restou decidido, em síntese, que não constitui ilegalidade nem fere o princípio da isonomia a necessidade de comprovação de requisitos de capacitação técnica e financeira estabelecidos por instituição internacional como condição para a aprovação do financiamento.

Por fim, é preciso registrar que a realização de licitações sob normas internacionais não pressupõe, necessariamente, a participação de competidores internacionais. Como bem observado por Marrara e Campos (2017, p.160):

Do texto legal ainda se extrai que a participação de agentes econômicos estrangeiros não constitui elemento essencial de uma licitação sob normas internacionais. Em outras palavras, é possível que o procedimento de contratação se limite a uma competição entre fornecedores ou empreiteiros:

a) apenas nacionais, b) apenas estrangeiros, ou c) ambos.

²² Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/KEY:JURISPRUDENCIA-SELEZIONADA-34232/score%20desc.%20COLEGIADO%20asc.%20ANOACORDAO%20desc.%20NUMACORDAO%20desc/0/sinonimos%3Dtrue. Acesso em 04/11/2019.

CAPÍTULO IV - LICITAÇÕES INTERNACIONAIS: CONCEITOS E OBJETIVOS

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 420), “licitações internacionais são aquelas que são abertas à participação de empresas que não estejam em funcionamento no país. ” Ademais, de acordo com Eros Roberto Grau (PEREIRA, 2013), “licitações internacionais são aquelas em que a publicidade haja sido assegurada no exterior. ”

Ademais, importa registrar que, para Lucas Furtado, o conceito de licitação internacional se relaciona intrinsecamente ao de publicidade no exterior, conforme a seguir (FURTADO, 2009, p.182):

Cumprir observar que **é considerada licitação internacional aquela em que a Administração promove sua divulgação no exterior**, convocando empresas constituídas e regidas por leis de países estrangeiros para participar de do certame.

[...] Somente quando a divulgação do certame for feita no exterior será ela considerada internacional. Isto impõe, como visto a adoção, como regra, da concorrência. (grifo nosso).

Já para Luiz Henrique Castro Pereira (2013, p.80),

A licitação internacional não significa que a licitação ocorrerá fora do país, mas que, apesar de ocorrer em solo brasileiro, admite-se a participação de empresas estrangeiras, com domicílio em outro país, desde que sujeitas às diretrizes impostas por órgãos responsáveis pelos aspectos de política monetária e de política exterior.

Conforme se verifica, a própria doutrina diverge acerca do escopo do que se pode considerar licitação internacional. Conforme já apontado neste trabalho, a diversidade ocorre em razão da ausência de definição clara da Lei 8.666/93 sobre o alcance do referido instituto.

Tomando como bases os conceitos ora apresentados, importa afirmar que a licitação internacional não pode ser definida, necessariamente, pelo seu aspecto de publicidade no exterior²³, conforme afirmado por Eros Grau. Até porque, em

²³ Acerca da publicidade no exterior, o TCU, por meio do Acórdão nº 2.672/2017 – Plenário, decidiu, em síntese, que “em licitações internacionais, exige-se a publicação do edital em idioma estrangeiro e sua divulgação no exterior, uma vez que o atendimento ao princípio da publicidade deve estar em consonância com o âmbito que se pretende dar à licitação e, em consequência, com o conjunto de interessados que se intenta atrair, o qual deve incluir empresas estrangeiras não estabelecidas no país”. Todavia, o mencionado Acórdão de referência não estabeleceu parâmetros para definir em

determinados casos, não há, via de regra, ampla publicidade no exterior – por exemplo, contratações de pequeno vulto por embaixadas e consulados – e estas não deixam de ser consideradas licitações internacionais.

Não obstante, com todas as vênias, convém dissentir do entendimento do professor Lucas Furtado. A licitação internacional não pode ser medida, necessariamente, por sua divulgação.

Ademais, é importante registrar o advento da recente alteração legislativa, a Medida Provisória nº 896/2019, de 06/09/2019, que dispensa a publicação de editais em jornais de grande circulação. Tal medida impacta diretamente a publicidade das licitações internacionais, na medida que sempre foi tema relevante a questão de como assegurar a publicidade em jornais de grande circulação, no âmbito das licitações internacionais nos mercados potencialmente competidores²⁴.

Dessa forma, optou-se neste trabalho pela lição de Marrara e Campos, que abordam o conceito de licitação internacional mais amplo e adequado para o entendimento do referido instituto. De acordo com os estudiosos (2017, p.162),

A despeito da ausência de uma definição legal, o exame geral da Lei de Licitações permite sustentar que *licitações internacionais* configuram procedimentos licitatórios marcados pelo **objetivo de atrair licitantes brasileiros e estrangeiros**. Tanto faz ser a licitação conduzida com base no regime jurídico estabelecido pelo direito brasileiro ou sob a regência de normas de organizações

quantos países deve se dar a referida publicidade, o que dificulta a compreensão do alcance da publicidade desejada pelo Tribunal.

²⁴ De acordo com a Medida Provisória nº 896/2019, deu-se nova redação ao art. 21, inciso III, da Lei 8.666/93. Para melhor compreensão da mudança, convém comparar a redação anterior e atual da Lei. Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição. **[Redação anterior]**

III - em sítio eletrônico oficial do respectivo ente federativo, facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, alternativamente, a utilização de sítio eletrônico oficial da União, conforme regulamento do Poder Executivo federal. **(Redação dada pela Medida Provisória nº 896, de 2019).**

Dessa forma, a referida MP extingue a obrigatoriedade da publicação de editais de licitação em jornais de grande circulação, o que impacta diretamente nas licitações internacionais, na medida que também nesses procedimentos havia a necessidade de publicação, o que sempre foi indevidamente compreendido pelos administradores públicos.

internacionais. Uma licitação internacional pode ou não ser, ao mesmo tempo, licitação sob normas internacionais. **Determinante para sua configuração é apenas o intuito de incentivar a competição pela presença de estrangeiros, sem prejuízo da participação dos brasileiros.**

Note-se bem: **o fator determinante não reside na abertura da licitação a estrangeiros, mas na sua adaptação à participação de estrangeiros.** Vale registrar essa ressalva, pois desde a revogação do art. 171, da Constituição da República e diante do princípio da igualdade, **toda e qualquer licitação está, a princípio, aberta a brasileiros e a estrangeiros estabelecidos no Brasil.** Daí por que o fator de diferenciação não reside no grau da “abertura” do certame, **mas sim no “objetivo” de atrair estrangeiros, sobretudo os que ainda não atuam no Brasil. Isso exige da entidade contratante esforços para adaptar o ato convocatório e seus anexos a essa pretensão.** (grifo nosso).

A definição trazida pelos autores parece atender, de forma precisa, a amplitude do que seria uma licitação internacional, razão pela qual convém minuciar suas afirmativas.

Em primeiro lugar, importa registrar que uma licitação internacional não se difere, em muitos aspectos, das licitações nacionais, vez que este tipo de certame é regulado, basicamente, pelas mesmas normas e procedimentos. Há diferenças específicas acerca da aplicabilidade, amplitude e alcance de alguns institutos, tais como habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira, que serão tratadas em momento oportuno. Mas, via de regra, aplicam-se as mesmas normas.

Então, qual seria o fator determinante para que uma licitação seja considerada internacional? A pergunta central deste trabalho pode ser respondida, da seguinte forma: **quando os objetivos da Administração Pública forem relevantes o suficiente para requerer a participação de fornecedores estrangeiros, sendo estes incentivados a participar, em virtude da adaptação dos editais às suas particularidades, propiciando a ampliação da competição, então, estaremos diante de uma licitação internacional.**

Destarte, a mera publicidade no exterior não garante, necessariamente, a internacionalização da licitação, na medida que a publicidade pode ser inadequada, em países que não tenham competidores hábeis, ou em veículos de baixo alcance.

Também, a execução de objeto no exterior não garante que a licitação seja internacional, pois, em muitos casos, o que se realiza, na prática, é a licitação nacional, para a execução de objeto no exterior. A esse respeito cite-se o caso do Instituto Brasileiro de Turismo – Embratur, autarquia responsável pela Promoção Internacional do Brasil.

Registre-se, nessa breve digressão, que a Embratur realiza a promoção turística do Brasil no exterior, de sorte que a maior parte de suas atividades finalísticas se realiza nos chamados países prioritários – isto é, países que emitem o maior fluxo de turistas para o Brasil. Assim, a Embratur participa de Feiras de Turismo internacionais, ações de relacionamento com os veículos de mídia, dentre outras ações.

E, mesmo nesses casos, pode-se afirmar²⁵, conforme informações obtidas junto aos gestores do órgão por meio de entrevista pessoal, que nunca foram realizadas licitações internacionais. Foram realizadas, na verdade, licitações nacionais, com objetos de execução no exterior. Cite-se como exemplo os procedimentos licitatórios que deram origem aos Contratos nº 18/2013 e 19/2013, que pactuaram acerca da execução serviços de publicidade em ações promocionais no exterior²⁶.

Portanto, a característica definidora do que pode ser considerado licitação internacional parece ser o objetivo, específico e deliberado, de atrair competidores estrangeiros.

²⁵ É importante registrar que a entrevista nos foi concedida, em virtude das boas relações construídas com a Diretoria do órgão e da experiência como Auditoria Interna daquela Autarquia. A informação fornecida pode ser confirmada no próprio site da Embratur, em que se demonstram os contratos assinados, nenhum deles, porém, oriundos de licitação internacional. Dessa forma, os processos licitatórios eram analisados pela Auditoria, de sorte que é possível assegurar, sem qualquer dúvida que nunca foi realizada nenhuma licitação internacional no âmbito da autarquia.

²⁶ Os contratos mencionados foram oriundos de uma licitação nacional, com execução de objeto no exterior. As duas agências vencedoras da licitação e detentoras dos contratos são, respectivamente, a agência McGarryBowen e ArtPlan Comunicação, ambas nacionais, domiciliadas em São Paulo/SP. Por meio desses contratos, são realizadas ações promocionais em países emissores de turistas. Em que pese a possibilidade de ser realizada uma licitação internacional, com concorrentes estrangeiros, verificamos que, no processo licitatório, nenhum concorrente internacional foi habilitado. Logicamente, tratou-se de uma licitação nacional, o que demonstra que há fundada incompreensão dos administradores públicos, em não utilizar o mencionado instituto, quando, evidentemente, poderiam fazê-lo.

Todavia, isto não significa que a participação de concorrentes nacionais seja vedada ou desincentivada. Uma concorrência internacional em sua essência, mas que, por motivos alheios a intenção do gestor, seja cobiçada apenas por interessados nacionais, pode ser, da mesma forma, considerada uma licitação internacional. Dessa forma, avalia-se a efetividade do certame internacional por sua intenção, não necessariamente por seu resultado.²⁷

Outro ponto a ser ressaltado diz respeito ao que Marrara e Campos chamam de “adaptação à participação de estrangeiros”. De acordo com Marçal Justen Filho (2010, p.87):

Qualquer pessoa que preencha os requisitos previstos na Lei e no Edital pode participar do certame. Em princípio, afigura-se inconstitucional vedar ao estrangeiro participar de licitação. Vigora a isonomia entre nacionais e estrangeiros.

E, prossegue o autor (idem, p.87):

São vedadas discriminações diretamente fundadas na nacionalidade ou no domicílio do licitante. Mas, também, é proibida a discriminação indireta, envolvendo, por exemplo, a moeda, o local ou as condições de pagamento. Não se admite que o edital estabeleça uma exigência que somente possa ser atendida por um nacional ou que imponha regras que onerem de tal modo o estrangeiro que equivalham a inviabilizar a vitória de sua proposta.

Diante da precisa afirmação do autor, parece indene de dúvidas qualquer possibilidade da efetivação de critérios discriminatórios relativos a estrangeiros, no tocante à participação em licitações.

Ainda há uma ideia, muito presente entre os administradores públicos, que consiste na suposição de que lidar com competidores e potenciais fornecedores estrangeiros seria mais “complicado”, mais “difícil” que os nacionais, na medida que determinada empresa estaria situada em outro país. Por essa razão, em muitos casos,

²⁷ Obviamente, se não acudirem interessados estrangeiros, possivelmente, ocorreram falhas de projeto, excesso de rigor nos requisitos de habilitação, ou mesmo desconhecimento dos *players* internacionais sobre a ocorrência do certame. Ou, ainda, a aplicação de regras que seriam rejeitadas por investidores internacionais. Para exemplificar, o recente leilão dos blocos do pré-sal, ocorrido em 07/11/2019, pode, essencialmente, ser considerado como concorrência internacional. Mas, como resultado do certame, a Petrobrás arrematou 100% de um dos blocos e 90% de outro, em consórcio com chineses (FSP, 2019). Os participantes estrangeiros não se interessaram pela concorrência mencionada, mas, nem por isso, o referido procedimento deixaria de ser considerado uma licitação internacional.

os administradores públicos incluem cláusulas editalícias verdadeiramente restritivas, no tocante à participação de empresas estrangeiras.

Cite-se, como exemplo o Pregão nº 02/2016²⁸, realizado pela Embratur, que deu origem ao Contrato nº 22/2017, que trata da montagem, organização e operacionalização de estandes em feiras e eventos/ações promocionais voltados ao público estratégico da Embratur nos mercados internacionais.

No referido certame, foi incluída determinada cláusula que exigia que a licitante apresentasse documentos de habilitação que só poderiam ser obtidos por empresas nacionais. É importante refletir que o objeto mencionado era de execução integralmente no exterior, em diversos países, em todos os continentes, razão pela qual seria até mesmo lógico que a licitação fosse realizada em âmbito internacional, para atrair maior número de concorrentes.

Todavia, a cláusula imposta inviabilizava a participação de muitas empresas estrangeiras não tinham interesse em constituir sede no Brasil²⁹, até pelo valor do contrato, estabelecido em R\$ 15.557.000,00 (quinze milhões, quinhentos e cinquenta e sete mil reais), valor que não parece ser atrativo para muitas empresas.

Ademais, é preciso anotar que a revogação do art. 171, da Constituição Federal elidiu a justificativa jurídica para o protecionismo da Administração Pública, em relação aos participantes nacionais. É o que aponta Marçal Justen Filho, em salutar lição (2010, p.86):

A CF/88, em sua redação original, permitia o tratamento diferenciado em favor de pessoas jurídicas nacionais. No entanto, por força da Emenda Constitucional nº 06/95, foi revogado o art. 171, em que se

²⁸ As normas relativas ao Contrato nº 22/2017 podem ser encontradas em: http://www.embratur.gov.br/lai_embratur_secom/export/sites/lai/galerias/anexos/1737_contrato_222017.pdf. Acesso em 23/11/2019.

²⁹ Curiosamente, o certame foi vencido por uma empresa portuguesa, denominada Expomundo S.A. Todavia, juridicamente, trata-se de uma empresa brasileira, na medida que a Expomundo, para participar, constituiu domicílio no Brasil. Todavia, essa configuração jurídica complicada, qual seja a de ser uma empresa praticamente fictícia no Brasil, mera filial da empresa verdadeira de Portugal, gera um sem número de problemas na execução do contrato. O principal deles é que a ExpoMundo pleiteia, desde o começo do Contrato tratamento privilegiado, no tocante à tributação, na medida que suscita a aplicabilidade da isenção da alíquota de IR, prevista no Decreto nº 6.761/2009, para remessas internacionais. Conforme já apontado por reiterados Relatórios de Auditoria daquela Autarquia, a empresa não faria jus ao tratamento tributário diferenciado, na medida que se trata de uma empresa internacional. Mas, os gestores da autarquia tratam a empresa “**como se fosse**” internacional, o que, obviamente, é vedado pelo ordenamento jurídico nacional.

firmava a raiz constitucional para uma série de diferenciações jurídicas entre empresas brasileiras e estrangeiras.

Dessa forma, é preciso anotar que a Lei 8.666/93 não pode passar ao largo dessa nova leitura constitucional da aplicabilidade das normas administrativas. O momento em que foi erigida a Lei 8.666/93 foi, conforme mencionado, momento de intenso protecionismo estatal, razão pela qual a diferenciação entre licitantes nacionais e estrangeiros, embora tecnicamente vedada pelo art. 3º da Lei, ainda perpassava a interpretação da norma pela Administração Pública.

Todavia, é preciso considerar o novo momento comercial, social e econômico do país e sua inserção no mercado de bens e serviços internacionais. De sorte que, atualmente, **as restrições à competitividade de empresas estrangeiras já não encontram mais guarida no ordenamento jurídico pátrio e são sustentadas, em muitos casos, por cláusulas editalícias absolutamente restritivas e ilegais.**

Portanto, a afirmativa tomada como base para o entendimento do que seria licitação internacional contempla todos os aspectos que se julga mais adequado para a caracterização do instituto. Especialmente, registre-se que a compreensão sobre o instituto da licitação internacional passa, necessariamente, por uma mutação interpretativa dos mesmos dispositivos da Lei.

Há, por parte de muitos doutrinadores, tais como Jonas Lima e Sidney Bittencourt a corrente reclamação de que a Lei de Licitações seria “desatualizada”, que não contemplaria “as exigências atuais do mercado”, de modo que tais autores advogam profunda mudança no Estatuto das Contratações públicas. Todavia, em que pese possíveis e necessárias mudanças a serem feitas, parece mais relevante a modificação interpretativa, para assegurar a participação dos estrangeiros em pé de igualdade com as empresas nacionais, em que pese os dispositivos já existentes na Lei atual.

Portanto, diante de todo exposto, pode-se verificar que o instituto das Licitações Internacionais é absolutamente complexo, na medida que há poucas diferenças materiais com relação à licitação nacional.

A despeito disso, nos próximos capítulos, buscaremos abordar as diferenças específicas dos dois institutos, abordando os principais obstáculos encontrados pelo nessa modalidade de contratação pública, à luz da doutrina e da jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

4.1. LICITAÇÕES INTERNACIONAIS COMO EFETIVAÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA E SALVAGUARDA DA ORDEM ECONÔMICA

De acordo com a Constituição Federal, em seu art. 170, é estabelecida a livre iniciativa, como postulado fundamental da Ordem Econômica, bem como no inciso IV, a ideia de livre concorrência resta assegurada:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]IV - livre concorrência;

Já no art. 173, § 4º, A Constituição determina que: “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

Os postulados acima refletidos demonstram intenção inequívoca do legislador de assegurar a competitividade, em todos os setores econômicos. Para densificar esse conceito jurídico indeterminado, importante nos valer da lição de José Afonso da Silva (2013, p.876):

A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. **Ele é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.** Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. (grifo nosso).

Considerando os postulados da livre iniciativa, é preciso considerar que as atividades de contratação administrativa não podem deixar de observar, também, o

princípio constitucional da defesa da concorrência, mediante a prevenção da concentração de poder de mercado e de abuso do poder econômico³⁰ (KLEIN e ANDRADE, 2015, p.04).

Todavia, é preciso ressaltar que não se pode equiparar totalmente o processo de licitação pública ao processo de concorrência de mercado (KLEIN e ANDRADE, 2015). Todavia, ainda é possível dizer que as licitações são “*formas organizadas de concorrência*” (KLEIN e ANDRADE, 2015), na medida que os participantes têm conhecimento das regras de disputa desde o início, o que, até certo ponto, diminui as incertezas do mercado.

Destarte, conforme será visto ao longo deste trabalho, em se tratando das licitações internacionais, os requisitos da habilitação são importantes critérios definidores das possibilidades de participação de concorrentes estrangeiros. Ainda, de acordo com KLEIN e ANDRADE (2015, p. 06):

A estipulação dos requisitos de habilitação nas licitações é apta a produzir efeitos anticoncorrenciais, à medida que restrinja o universo de particulares que poderão apresentar proposta para a execução do objeto licitado.

E prossegue os autores, apontando para os desafios concorrenciais, na questão das licitações:

Com a prévia definição das condições de participação pela Administração Pública, um dos possíveis efeitos consiste na maior possibilidade de cada concorrente ter condições de identificar as outras empresas que preenchem os requisitos de habilitação e são os seus potenciais concorrentes.

Com isso, ampliam-se as possibilidades de combinações de condutas que tendem a inserir uma licitação específica num contexto mais amplo de cartelização do mercado. Esse efeito é potencializado à medida que os requisitos de participação conduzem a uma redução dos potenciais concorrentes e à facilidade de identificação dos futuros concorrentes entre si.

[...] Outro efeito concorrencial relevante dos requisitos de habilitação técnico-operacional consiste na tendência ao “congelamento” do mercado em razão das dificuldades criadas ao acesso de novos

³⁰ Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAAdmCont_n.20.05.PDF. Acesso em 18/11/2019.

entrantes. Daí porque, em cada caso concreto, deve ser avaliada até mesmo a pertinência de se formularem exigências dessa natureza nos editais da licitação. Será incabível exigir experiência anterior quando for viável aos agentes econômicos obter no mercado todos os elementos técnicos e operacionais (profissionais, equipamentos etc.) necessários para executar o objeto licitado.

Diante das lições trazidas acima, é possível verificar o quanto o universo das licitações se relaciona com o ambiente concorrencial, sendo o agente público responsável pela licitação um importante agente econômico com a responsabilidade de promover um ambiente de absoluta competitividade.

É por esta razão que a participação de empresas estrangeiras pode ser verdadeiramente benéfica para a economia brasileira, na medida que, em homenagem ao princípio da livre concorrência, podem ser obtidos ganhos de eficiência, com um maior número de competidores. Além disso, é a participação de estrangeiros parece ser saudável para o ambiente concorrencial, evitando a formação e a perpetuação de cartéis, em licitações públicas, a exemplo do Cartel do metrô de São Paulo³¹.

³¹ O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE investigou um cartel organizado para fraudar licitações no Metrô de São Paulo – SP. O caso foi um dos maiores já investigados pelo CADE e incluiu cerca de 27 licitações realizadas, que ocasionaram contratos de 9,4 bilhões de reais (EXAME, 2019). De acordo com a investigação, o cartel começou a atuar em 1998, tendo durado por mais de 20 anos. Tais fatos encontram-se, ainda, em fase de julgamento, no âmbito do CADE e demais órgãos de controle, onde estão sendo promovidas as devidas responsabilizações dos agentes públicos, empresas e empresários, responsáveis pela infração a ordem econômica e pelo dano ao erário.

CAPITULO V – CRITÉRIOS DE PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO INTERNACIONAL

De início, é relevante afirmar que cabe ao administrador público, no exercício de sua discricionariedade administrativa, decidir acerca da viabilidade, pertinência e relevância de se proceder a uma licitação internacional. Em determinados casos, a concorrência internacional é inevitável, na medida que não há fornecedores no país³².

Todavia, há outros casos em que há possibilidade de contratação de bens e serviços por meio de fornecedores nacionais, mas, por escolha administrativa, opta-se pela ampliação da concorrência, no sentido de abarcar os potenciais concorrentes internacionais.

Há, ainda, a contratação de bens e serviços por parte de representações brasileiras no exterior que, até por sua logística são consideradas licitações internacionais, na medida que todo os procedimentos de contratação se dão em território estrangeiro e há o inequívoco objetivo de atrair potenciais concorrentes internacionais para o fornecimento de bens e serviços.

Diante disso, reforça-se o que foi evidenciado no capítulo anterior que a licitação internacional não se delimita unicamente pela publicidade no exterior, conforme apontado pela maioria dos administrativistas. Mas, por sua vez, pelos seus objetivos inequívocos de atrair concorrentes estrangeiros, o que, na maioria dos casos, depende da escolha do administrador e seu juízo discricionário acerca das necessidades da Administração.

Portanto, o que será evidenciado neste capítulo diz respeito às diferenças práticas entre licitação nacional e internacional e os principais desafios para a implementação das licitações internacionais, à luz da doutrina, jurisprudência do TCU.

³² Cite-se como exemplo a Concorrência Internacional, do Ministério da Defesa, que tinha como objetivo a renovação da frota da aviação militar brasileira, objetivando a compra de aviões de propulsão a jato, popularmente conhecidos como “caças”. Não há, como se sabe, fabricantes no Brasil que atendam as especificações necessárias, razão pela qual foi necessária a realização de uma concorrência internacional, orçada em U\$ 4,05 bi (cerca de R\$ 16,929 bi). A vencedora da concorrência internacional foi a fabricante sueca SAAB, que se comprometeu a entregar 36 caças F-39 Gripen, de última geração (AGÊNCIA BRASIL, 2019).

5.1. HABILITAÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS

O art. 3º da Lei 8.666/93, em seu parágrafo 1º estabelece vedação da imposição de cláusulas editalícias que importem em discriminação ou preferência entre concorrentes nacionais e estrangeiros, conforme pode ser demonstrado:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - **admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências **ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes** ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, **entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais**, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991. (grifo nosso).

De acordo com Marçal Justen Filho, a regra trazida pela art. 3º impõe ao Administrador a necessária observância da competitividade, afastando quaisquer cláusulas que possam restringir a participação de potenciais licitantes. De acordo com o autor (2010, p. 80):

Esta regra significa que todos os possíveis interessados devem ser admitidos a participar e que a vitória de um deles deve resultar da apresentação da proposta mais vantajosa.

[...] Em última análise, a regra examinada subordina todas as discriminações à proporcionalidade. Diferenciações ou benefícios inúteis, excessivos ou violadores da proporcionalidade em sentido estrito são ilegais.

A pertinente observação do autor demonstra que quaisquer cláusulas que obstem a participação de potenciais concorrentes, sem justificativas práticas e adequadas, devem ser consideradas ilegais.

Nesse mesmo sentido, já decidiu o próprio STF, por meio da ADI nº 3.583/PR, de Relatoria do ex-Ministro Cezar Peluzo, que a exigência de que determinados bens fossem produzidos em Estado-membro seria uma exigência violadora da isonomia e, portanto, inconstitucional³³.

Ademais, importa registrar que a redação original da Lei 8.666/93, previa, como critério de desempate em licitações bens “*produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional*”. A regra de preferência foi estabelecida pelo legislador originário da Lei de Licitações, em consonância com o art. 171, parágrafo 1º, da CF/88, que preconizava:

§ 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional: (Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)
I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País; (Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Todavia, deve-se afirmar que ambas as previsões foram retiradas do ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei nº 12.349/2010 e pela Emenda Constitucional nº 06/95, respectivamente. Tal fato demonstra que não mais subsiste qualquer justificativa legal ou constitucional para o impedimento de empresas estrangeiras participarem dos certames governamentais.

Passando em revista acerca de outras leis correlatas sobre o tema analisado, verifica-se que a Lei 8.987/95, que regula as concessões, permissões e autorização de prestação de serviços públicos, estabelece, em seu art. 15:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

[...]§ 4º Em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

³³ De acordo com o STF: “EMENTA: LICITAÇÃO PÚBLICA. Concorrência. Aquisição de bens. Veículos para uso oficial. Exigência de que sejam produzidos no Estado-membro. Condição compulsória de acesso. Art. 1º da Lei nº 12.204/98, do Estado do Paraná, com a redação da Lei nº 13.571/2002. Discriminação arbitrária. Violação ao princípio da isonomia ou da igualdade. Ofensa ao art. 19, II, da vigente Constituição da República. Inconstitucionalidade declarada. Ação direta julgada, em parte, procedente. Precedentes do Supremo. É inconstitucional a lei estadual que estabeleça como condição de acesso a licitação pública, para aquisição de bens ou serviços, que a empresa licitante tenha a fábrica ou sede no Estado-membro.”

Ora, considerando o disposto no Estatuto das Concessões, verifica-se que a previsão legal de preferência por empresas brasileiras, em igualdade de propostas, não tem qualquer amparo ou justificativa legal ou constitucional. Pode-se falar até mesmo em **inconstitucionalidade da referida norma**, embora, conforme pesquisa efetuada, não haja, até o momento, qualquer ação questionando a constitucionalidade desse dispositivo normativo³⁴.

Não obstante, deve-se esclarecer que as normas previstas na Lei 8.666/93 são de aplicação subsidiária (JUSTEN FILHO, 2010) à Lei 8.987/95, de sorte que há uma antinomia entre as normas. Deve-se considerar, portanto - tendo em vista o atual quadro normativo e a leitura constitucional preservadora do livre desempenho de atividades econômicas por estrangeiros – que o mencionado dispositivo deve ser afastado, para propiciar a participação do concorrente estrangeiro em igualdade de condições.

Ademais, convém ressaltar que, por meio da Lei 13.874/2019, passou a vigorar a denominada “Declaração de Direitos da Liberdade Econômica”, que estabelece os postulados fundamentais do exercício das atividades econômicas no Brasil. De acordo com o art. 3º, da mencionada Declaração:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica;

Conforme pode ser verificado, a Declaração de Direitos não preserva qualquer diferenciação entre empresas nacionais ou estrangeiras, de modo que toda pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, que queira atuar no território nacional deve ser tratada igualmente da mesma forma (LIMA, 2013; JUSTEN FILHO, 2010).

³⁴ Efetuou-se pesquisa no site “JusBrasil”, no seguinte link: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11581691/artigo-15-da-lei-n-8987-de-13-de-fevereiro-de-19950/jurisprudencia>. Conforme pode ser verificado, há diversos pontos atacados da Lei 8.987/95, mas nenhum que questione a constitucionalidade da previsão contida acerca da preferência para empresas brasileiras.

Portanto, tendo em vista esse quadro normativo, em que se dissiparam quaisquer possibilidades de restrição de participação de empresas estrangeiras nas concorrências públicas, é que se deve compreender o quadro atual das licitações públicas.

Em um cenário ideal, não haveria que se falar em licitação nacional ou internacional, na medida que as empresas estrangeiras deveriam participar regularmente das concorrências públicas, tendo em vista o atual cenário de abertura econômica e inserção brasileira no mercado de bens e serviços mundiais.

É o que apontam Marrara & Campos em lapidar explanação (2017, p.175):

Após a edição da Emenda Constitucional nº 6/1995, a estratégia elaborada na fase interna da licitação com o objetivo de promover a vantajosidade há que levar em conta o fato de que a norma constitucional anterior mente discriminadora de empresas de capital nacional e empresas estrangeiras deixou de existir, razão pela qual a competição no certame necessita ser pensada sem distinções entre brasileiros e estrangeiros, salvo no tocante a empresas de pequeno porte por força do art. 170, IX, da CF.

Todavia, a diferenciação ainda se faz necessária pois, conforme será explicitado, há divergências sensíveis sobre o escopo da participação de empresas estrangeiras nas licitações. De sorte que as restrições, que não mais subsistem no plano legal, ainda subsistem, em muitas situações, no plano infralegal e especialmente nas cláusulas editalícias, voltadas, em muitos casos, para “proteger” o mercado nacional, impondo requisitos de difícil cumprimento por licitantes estrangeiros interessados em participar desses procedimentos de contratação pública.

É o que será trabalhado a seguir.

5.2. REQUISITOS DE HABILITAÇÃO

De acordo com a Lei 8.666/93, são requisitos de habilitação para a participação em licitações:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I - habilitação jurídica;
- II - qualificação técnica;
- III - qualificação econômico-financeira;
- IV – regularidade fiscal e trabalhista;

Em princípio, parecem se tratar de requisitos simples de mensuração da capacidade do potencial contratado de cumprir sua parte na contratação administrativa, bem como de sua conduta regular perante a Administração Pública. Todavia, os problemas para os concorrentes estrangeiros surgem quando se desdobram esses requisitos, conforme a seguir.

Nos artigos seguintes, do art. 28 ao 31, há uma série de exigências de habilitação que são de difícil obtenção ao licitante estrangeiro. A seguir, demonstra-se as exigências de mais difícil cumprimento.

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

[...]II - registro comercial, no caso de empresa individual;

[...]IV - **decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País**, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

[...]III - **prova de regularidade para com a Fazenda** Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - **comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente** [...]

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes [...] (grifo nosso).

Tomando como base os excertos supracitados da Lei, verifica-se que todo o arcabouço normativo de habilitação em licitações é voltado, prioritariamente, para a participação de empresas nacionais, ou que funcionem no país, por meio de Decreto autorizativo, de sorte que os requisitos exigidos pelos artigos supramencionados são, para empresas estrangeiras que não têm funcionamento no Brasil, de difícil comprovação.

Vejamos. O art. 28 exige que, em se tratando de empresas estrangeiras, haja “*decreto de autorização*” para que se possa auferir a habilitação das pessoas jurídicas estrangeiras. A disciplina do decreto autorizativo remete aos art. 1.134 a 1.141, do Código Civil³⁵. Todavia, é preciso compreender a situação jurídica de empresas que não funcionem sob leis brasileiras, o que tem sido objeto de substancial controvérsia doutrinária.³⁶

³⁵ O Código Civil trata da autorização de empresas estrangeiras para funcionar no Brasil, nos seguintes termos:

Art. 1.134. A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira.

[...]Art. 1.135. É facultado ao Poder Executivo, para conceder a autorização, estabelecer condições convenientes à defesa dos interesses nacionais.

[...]Art. 1.137. A sociedade estrangeira autorizada a funcionar ficará sujeita às leis e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos ou operações praticados no Brasil.

Dessa forma, a lei brasileira assegura o cumprimento, por parte de empresa estrangeira das leis nacionais.

³⁶ As principais discussões sobre a necessidade ou não das empresas estrangeiras participarem de licitações sob a égide de decretos autorizativos podem ser encontradas em Jonas Lima (2013), Sidney Bittencout (2018) e Marçal Justen Filho (2010). Os dois primeiros autores apontam para a desnecessidade do decreto autorizativo, quando se tratam de licitação internacional. Já Marçal Justen Filho admite a possibilidade do estabelecimento do decreto autorizativo como condição de participação em licitações internacionais, a depender do caso. Nesse sentido, o posicionamento do autor deve ser interpretado à luz das condicionantes do objeto licitado, na medida que nem todas as empresas têm interesse em funcionar sob leis brasileiras, mas, apenas em casos excepcionais, participar, esporadicamente, de concorrências internacionais para o fornecimento de bens serviços. Entretanto, em determinados casos, em que se vislumbra uma relação contratual de longo prazo faz sentido a exigência de funcionamento no país, por meio de decreto autorizativo.

Em relevante artigo sobre o tema³⁷ o advogado William Romero trabalha a controvérsia, apontando, em síntese, que haveria dois tipos de condição jurídica de empresas estrangeiras. A primeira, que funciona mediante regular decreto de autorização; ao passo que o segundo tipo não tem funcionamento no Brasil. Para o autor, que adota a linha de Marçal Justen Filho, as primeiras poderiam participar de determinadas licitações não extensíveis às que não possuam funcionamento no país.

Na mesma linha, se posiciona Marçal Justen Filho (ROMERO, 2018):

Se o objeto da licitação internacional acarretar funcionamento da empresa no Brasil, a empresa estará sujeita a cumprir o disposto no Código Civil. Segundo entendimento pacífico, não constitui funcionamento no Brasil a atividade eventual, precária e isolada. Uma empresa estrangeira, mesmo sem autorização governamental, pode praticar atos isolados. O funcionamento no Brasil se configura quando exista continuidade e permanência da atividade desenvolvida.

Com efeito, a questão da habilitação jurídica das empresas estrangeiras deve ser adequadamente delimitada. De fato, em determinados casos, parece fazer sentido que se exija o funcionamento de empresas estrangeiras no Brasil, como, por exemplo, em casos de contratação de fornecimento de mão-de-obra, ou em concorrências voltadas para concessões ou permissões públicas, bem como nos casos do estabelecimento de parcerias público-privadas.

Nesses casos, vislumbra-se uma parceria com a Administração de longo prazo, em contratos que duram de 5 a 35 anos. Dessa forma, a relação entre a Administração e a empresa estrangeira não pode ser considerada “precária e isolada”, como aponta Justen Filho. Deve ser, por sua vez, uma relação duradoura, que demanda o estabelecimento de funcionamento nacional para o cumprimento de todas as obrigações contratuais devidas.

Todavia, esse dispositivo deve ser interpretado de forma restritiva, considerando o fundamento da livre iniciativa. A exigência de funcionamento no Brasil deve ser devidamente justificada, pelo administrador público, sob pena de violação do princípio da isonomia. É o que tem decidido o Tribunal de Contas da União, por meio

³⁷ Ver: ROMERO, William. Participação de empresas estrangeiras em licitações no Brasil. Disponível em: <https://www.justen.com.br/pdfs/IE133/IE133-William-empresas-estrangeiras-em-licita%C3%A7%C3%A3o.DOCX.pdf>. Acesso em 15/11/2019.

de jurisprudência pacífica, consignada nos Acórdãos 597/2007 – Plenário; 484/2007 – Plenário; 2301/2009 – Plenário, dentre outros mais recentes. Decidiu, em síntese, o TCU que “é ilegal a exigência de apresentação de documentos que restrinjam o caráter competitivo dos certames licitatórios” (Acórdão 597/2007 - Plenário).

Portanto, a exegese mais adequada Dos requisitos de habilitação jurídica da empresa estrangeira é pela necessidade de funcionamento no país somente em contratações de longo prazo (BITTENCOURT, 2018) e, mesmo assim, quando se tratar de objeto que ofereça riscos de não cumprimento de seu objeto por parte de empresa que não funcione no país³⁸, não sendo devida este tipo de exigência para a contratos que demandem prestações únicas ou que, por suas características, não seja razoável tal exigência.

É nessa mesma linha que se posicionam Marrara e Campos (2017, p.167):

Há que se levar ambos os fatores em consideração quando se investiga a legalidade de requisitos de habilitação contidos em certo ato convocatório. Além deles, imprescindível à verificação da legalidade é a observância da razoabilidade na escolha desses requisitos pela entidade contratante, haja vista que a inadequação ou o excesso em sua definição muitas vezes ocasiona a redução da competição e, por reflexo, prejudica o interesse de a administração pública celebrar o contrato mais vantajoso.

Não obstante, outro ponto a ser focado diz respeito à previsão de regularidade fiscal e trabalhista, constante do art. 29, da Lei 8.666/93. Aduz a lei pela necessidade de “prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei”.

Entretanto, para que essa exigência seja viabilizada, necessário se faz que a empresa detenha um CNPJ, para a devida comprovação da regularidade fiscal perante a Fazenda Pública, o que, caso seja exigido em edital, inviabilizaria a participação de empresas estrangeiras. Além disso, a exigência de atestados de capacidade técnica para empresas estrangeiras pode, em determinadas situações obstar sua participação nos certames públicos. Não raras vezes, encontra-se em

³⁸ Afirme-se, como exemplo, que a já citada compra de “caças” da Força Aérea Brasileira pode ser considerada uma relação contratual de longo prazo, na medida que os equipamentos serão entregues ao longo dos anos, esgotando-se o prazo apenas em 2021. Todavia, não há que se falar na necessidade de constituição de domicílio no país.

previsões editalícias que determinada empresa, como condição para participar do certame, esteja inscrita nos Conselhos Regionais de Engenharia e/ou de Arquitetura.

Tal fato é o que Marrara e Campos denominam de “barreiras criadas por entidades profissionais”. Em síntese, os autores trazem a questão que leis especiais reguladoras do exercício de atividades no campo da Engenharia e Arquitetura, têm por objetivo criar indesejável reserva de mercado, obrigando potenciais concorrentes estrangeiros a se tornarem empresas nacionais para o desempenho de suas atividades. Na própria lei disciplinadora do tema, Lei nº 5.194/66, que regula o exercício da profissão de Engenheiro, há esta previsão. De acordo com a Lei, em seu art. 6º, a pessoa jurídica que não esteja registrada no respectivo Conselho Regional exerce ilegalmente a profissão³⁹.

Diversamente, com vistas a suavizar tais exigências de habilitação, a própria Lei de Licitações, em seu art. 32, parágrafo 4º, estabelece possibilidade de mitigação de tais exigências, nos seguintes termos:

[...]§ 4º As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante **documentos equivalentes**, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por **tradutor juramentado**, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente

Na mesma linha, o Decreto nº 10.024/2019, novo Decreto que disciplina a modalidade de Pregão, na forma eletrônica, dispõe da mesma forma:

Art. 41. Quando permitida a participação de empresas estrangeiras na licitação, as exigências de habilitação serão atendidas mediante documentos equivalentes, inicialmente apresentados com tradução livre.

Parágrafo único. Na hipótese de o licitante vencedor ser estrangeiro, para fins de assinatura do contrato ou da ata de registro de preços, os documentos de que trata o **caput** serão traduzidos por tradutor juramentado no País e apostilados nos termos do disposto no Decreto nº 8.660, de 29 de janeiro de 2016, ou de outro que venha

³⁹ De acordo com a Lei nº 5.194/66:

Art. 6º Exerce ilegalmente a profissão de engenheiro, arquiteto ou engenheiro-agrônomo:

a) a pessoa física ou jurídica que realizar atos ou prestar serviços público ou privado reservados aos profissionais de que trata esta lei e que não possua registro nos Conselhos Regionais.

a substituí-lo, ou consularizados pelos respectivos consulados ou embaixadas.

Entretanto, a expressão “documentos equivalentes” pode ser considerada um conceito jurídico indeterminado e suscita muita ambiguidade, o que, no limite, pode inviabilizar a participação de empresas estrangeiras nos certames licitatórios.

Conforme explicitado por Marrara & Campos (2017, p.173):

Documento equivalente significa documento análogo, que desempenha a mesma função ainda que expedido em outro país. Por cumprir a mesma função, ele serve a viabilizar o cumprimento de um critério de habilitação na falta de documentos brasileiros, por exemplo. Como a lei não faz qualquer diferenciação, documentos equivalentes são aceitáveis a princípio para qualquer critério de habilitação, salvo no tocante a informações detidas exclusivamente pelo Estado brasileiro, as quais, por natural, não podem ser objeto de atestados de entidades estrangeiras, nem de entes privados.

E acrescenta Marçal Justen Filho (2010, p. 545):

Na medida que a lei estrangeira exija requisitos similares ao da lei brasileira, deverá ser promovida a prova do preenchimento dos requisitos correspondentes. Essa postura se refere precipuamente à regularidade jurídica. Não dispensará, obviamente, a comprovação da aptidão para a execução do objeto licitado e da qualificação econômico-financeira.

Além disso, é preciso informar que a lei estabelece como requisito para a habilitação das empresas estrangeiras que os documentos sejam apresentados em língua nacional, por meio de tradução juramentada. É preciso considerar que, de fato, faz-se importante que os outros licitantes possam ter conhecimento sobre os documentos de habilitação das empresas estrangeiras, bem como o público em geral.

Mas, por sua vez, não se pode perder de vista o custo envolvido para potenciais licitantes na tradução de documentos pela via consular, o que, em determinados casos, pode inviabilizar sua participação. Portanto, a melhor solução a ser dada deve ser a harmonização da legislação, de acordo com o objeto a ser contratado, não se exigindo documentos em demasia.

Não obstante, para a participação de empresas estrangeiras nos certames licitatórios, de acordo com o parágrafo 4º, do art. 32, da Lei 8.666/93, os licitantes estrangeiros devem ter “representação legal no Brasil”. Essa exigência não suscita

maiores discussões, na medida que, ainda que se trate de empresa estrangeira que não tenha interesse em funcionar no país, a pessoa jurídica deve possuir representante para que possa ser citada, bem como responder por suas obrigações contratuais.

Com isso, seria um dispêndio excessivo para a Administração proceder ao envio de cartas rogatórias para a responsabilização de empresas estrangeiras. Registre-se, apenas, que, no caso de licitações internacionais realizadas fora do território nacional – como, por exemplo, as realizadas por embaixadas - não há, por óbvio essa necessidade.

No âmbito prático, órgão que realizam concorrências internacionais já preveem, em seus editais, a simples exigência de representantes nacionais das empresas estrangeiras. Convém citar, como exemplo, o Edital de Concorrência Internacional DEMAP nº 28/2019⁴⁰ (BCB, 2019), que prevê, como condição impeditiva de participar da referida Concorrência, em seu item 2.23: *“Estrangeiros que não tenham representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente;”*

5.3. PROBLEMAS COM A HABILITAÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS NO SICAF E INVIABILIDADE TÉCNICA DE PARTICIPAÇÃO NAS CONCORRÊNCIAS POR MEIO DE PREGÃO ELETRÔNICO.

O Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - **SICAF** é um sistema automatizado de informações através do qual os fornecedores se cadastram gratuitamente, com a finalidade de fornecer materiais ou prestar serviços para os órgãos da Administração Pública Federal Direta, Autarquias e Fundações. É por meio desse sistema que se operacionaliza a licitação na modalidade “Pregão Eletrônico”,

⁴⁰ Disponível em:
<https://www.bcb.gov.br/Adm/Edital/concorrenca/DEMAP0282019/ecDEMAP0282019.pdf>.
Acesso em 15/11/2019.

em que potenciais fornecedores oferecem lances sucessivos até que se chegue ao melhor preço das contratações.

De acordo com o site do Portal SICAF (ME, 2019):

O SICAF é um submódulo do SIASG⁴¹, criado para viabilizar o cadastramento de fornecedores de materiais e serviços no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, em licitações e contratações. Após o Credenciamento (Nível I), o fornecedor já poderá participar das compras eletrônicas no ComprasNet (RDC, Pregão, Cotação).

Ainda, de acordo com o site governamental⁴² deve haver o cadastramento dos fornecedores na plataforma para que possam participar dos pregões eletrônicos, realizados no sistema. Não obstante, o próprio Decreto nº 10.024/2019, que dispõe sobre Pregão Eletrônico, assevera, em seu art. 5º:

Art. 5º O pregão, na forma eletrônica, será realizado quando a disputa pelo fornecimento de bens ou pela contratação de serviços comuns ocorrer à distância e em sessão pública, **por meio do Sistema de Compras do Governo federal, disponível no endereço eletrônico www.comprasgovernamentais.gov.br**. (grifo nosso)

Anote-se que, no plano infralegal, a Instrução Normativa SG/ME nº 03/2018 estabelece os requisitos e procedimentos para o cadastro e participação dos fornecedores nos certames licitatórios promovidos por meio do sistema SICAF. Entretanto, foi verificado que a referida Instrução Normativa praticamente inviabiliza a participação de pessoas jurídicas estrangeiras, nas disputas realizadas por meio do Portal.

De acordo com a IN, em seu art. 20:

⁴¹ SIASG é o Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais. O SIASG é o sistema utilizado para facilitar e agilizar os processos de compra e aquisição de materiais e serviços do Governo Federal. Sua finalidade é integrar os órgãos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

⁴² De acordo com o site do SICAF, há formas para a realização de cadastramento no portal:

3 - Como funcionará o cadastramento no Sicaf?
O fornecedor interessado, ou quem o represente não precisará mais se deslocar para uma unidade cadastradora. Basta acessar o Sicaf no Portal de Compras do Governo Federal, [clikando aqui](#), com emprego do certificado digital, prestando as informações necessárias, e apresentando digitalmente a documentação exigida para cada nível.

Cadastro de empresas estrangeiras

Art. 20. As empresas estrangeiras que não funcionem no País não serão cadastradas no Sicaf, devendo a comissão de licitação ou o pregoeiro providenciar a análise dos documentos relativos à habilitação dessas empresas.

§ 1º O disposto no **caput** não se aplica às empresas estrangeiras, participantes de licitações processadas com recursos do Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID e do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento -Bird.

§ 2º No caso previsto no §1º, o pregoeiro ou a comissão de licitação deverá cadastrar os fornecedores estrangeiros interessados no Sicaf, até que o sistema esteja totalmente adaptado para acesso direto pelas empresas estrangeiras. (*grifo nosso*).

Ora, é preciso anotar que a referida norma praticamente inviabiliza a participação de empresas estrangeiras, na medida que, sem cadastro no SICAF, não há como concorrer, nem se habilitar às funcionalidades inerentes ao Sistema de Pregão Eletrônico.

Questiona-se: se a empresa estrangeira não pode ser cadastrada no sistema, como é que poderá formular lances, negociar preços, dentre outras tarefas, com vistas a vencer a disputa?

A mencionada IN cria critério absolutamente ilegal de distinção entre empresas brasileiras e estrangeiras, afastando-as, deliberadamente, da disputa concorrencial. A solução que tem sido encontrada para “burlar” o sistema é que o Jonas Lima (2013) aponta, de forma perspicaz, para o que denomina de “CPF’s laranjas”. Isto é, com a proibição de cadastramento de empresas estrangeiras, quem se cadastra são seus representantes legais, para que possam formular lances e disputar a fase de preços.

Todavia, trata-se de uma solução que, embora necessária, tendo em vista a ilegalidade suscitada, é contrária ao interesse público, na medida que representante não é pessoa jurídica, portanto, não é passível de sanções aplicáveis aos licitantes. Suponha-se, por exemplo, que determinado representante legal cadastre-se como pessoa física e incorre em alguma das hipóteses de sanção administrativa prevista no art. 49, do Decreto nº 10.024/2019. Quem seria penalizado? A empresa estrangeira ou seu representante legal. Na prática o representante legal, porém de forma incorreta, pois agiu como se empresa fosse.

Diante de todo o exposto foi possível verificar nesse capítulo diversas questões relativas a participação de empresas estrangeiras nas licitações internacionais. Foram

trabalhadas as diferenças específicas relativas à participação de empresas estrangeiras nas licitações internacionais e dificuldade de implementação da norma.

Há, ainda, outras formulações importantes que serão trabalhadas no próximo capítulo. Será verificado a seguir a questão da formulação, julgamento de propostas e execução contratual, especialmente no tocante a pagamento em moeda estrangeira, o que gera substanciosos problemas cambiais que já foram enfrentados pelo TCU, em momento recente.

CAPÍTULO VI – EXECUÇÃO CONTRATUAL EM MOEDA ESTRANGEIRA

6.1. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Avançando no tema das licitações internacionais, surgem outras questões relevantes, no tocante à participação de empresas estrangeiras nas concorrências internacionais. No presente capítulo aborda-se a execução dos contratos e as oscilações cambiais relativas às mudanças no cenário econômico.

Tais mudanças podem, em certos casos, impactar sensivelmente o cumprimento das cláusulas contratuais e o cumprimento do objeto licitado, de sorte que fazem parte do horizonte de riscos que o gestor público deve considerar quando procede às licitações internacionais.

Para esmiuçar as questões relativas à execução dos contratos, é preciso solidificar os conceitos relativos aos contratos e ao instituto do reequilíbrio econômico-financeiro. Após, ainda neste capítulo, será trabalhada a questão dos critérios e requisitos para sua concessão, à luz do caso concreto, a partir da análise do **Acórdão nº 1.431/2017**, que tratou da possível concessão de reequilíbrio em determinado contrato de execução de objeto internacional, no âmbito do Instituto Brasileiro de Turismo – Embratur.

Convém ressaltar que os contratos feitos entre os particulares e a Administração Pública, via de regra, decorrem de regular procedimento licitatório e possuem determinadas cláusulas de direitos e obrigações mútuas, as quais obrigam ao particular, mas, também, obrigam à Administração ao seu cumprimento⁴³.

⁴³ É notória a existência das denominadas “cláusulas exorbitantes” nos contratos administrativos, que são cláusulas que estabelecem poderes especiais para impor sanções e obrigações diferenciadas aos contratados (MELLO, 2012). Assim, a Administração tem, conforme denominado por Celso Antônio Bandeira de Mello, “supremacia do interesse público sobre o particular”. Todavia, a desigualdade contratual que faculta à Administração a aplicação de sanções encontra verdadeira óbice constitucional quando se trata da questão das cláusulas econômicas e financeiras do contrato. A Administração não pode impor prestações excessivas ao contratado, devendo prontamente modificar os termos da avença se as condições econômicas mudarem. Constitui-se direito subjetivo do contratado a possibilidade de alteração de cláusulas contratuais, à vista de mudanças das condições econômicas.

O fundamento principal do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos decorre do próprio texto constitucional. A Carta da República, em seu art. 37, estabelece:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (*grifo nosso*).

De acordo com o TCU⁴⁴:

Equilíbrio econômico-financeiro, assegurado pela Constituição Federal, consiste na manutenção das condições de pagamento estabelecidas inicialmente no contrato, de maneira que se mantenha estável a relação entre as obrigações do contratado e a justa retribuição da Administração pelo fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço.

Na mesma linha, delimitando o contorno do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, Marçal Justen Filho traz salutar observação (2010, p.888):

O equilíbrio econômico-financeiro abrange todos os encargos impostos à parte, ainda quando não se configurem como “deveres jurídicos” propriamente ditos. [...] O mesmo se passa quanto à remuneração. Todas as circunstâncias atinentes à remuneração são relevantes, tais como prazos e forma de pagamento. Não se considera apenas o valor que o contratante receberá, mas também as épocas previstas para sua liquidação.

E prossegue (*idem*, p.888):

A equação econômico-financeira delinea-se a partir da elaboração do ato convocatório. Porém, a equação se firma no instante em que a

⁴⁴ Tribunal de Contas da União - TCU. Licitações e Contratos. Orientações e Jurisprudência do TCU. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. p. 811.

proposta é apresentada. Aceita a proposta pela Administração, está consagrada a equação econômico-financeira dela constante. **A partir de então, essa equação está protegida pelo Direito.**

Diante do irreparável esclarecimento do autor, pode-se verificar que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos se constitui em verdadeiro direito subjetivo que detém o contratante, como forma de proteção e reconhecimento de sua vulnerabilidade perante o Poder Público⁴⁵.

Nesse mesmo sentido, a Lei 8.666/93 tratou do tema, em seu art. 65, conforme a seguir:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...] II - por acordo das partes:

[...] d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, **objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato**, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Conforme se verifica, os contratos administrativos podem ser modificados, de acordo com a mudança das circunstâncias econômicas, financeiras e, no caso específico a ser analisado, cambiais. Foi o que tratou o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 1.431/2017 – Plenário, em resposta à consulta formulada pelo Ministério do Turismo, acerca da aplicação e interpretação da “teoria da imprevisão”⁴⁶ e da possibilidade de recomposição do equilíbrio contratual em razão de variações cambiais ocorridas, devido a mudanças do cenário político e econômico⁴⁷.

⁴⁵ A Lei 13.874/2019, conhecida como Declaração de Liberdade Econômica, afirma, em seu art. 2º, IV: “o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.”

⁴⁶ De acordo com Maria Helena Diniz, a “teoria da imprevisão”, pode ser entendida como: “a onerosidade excessiva, oriunda de evento extraordinária e imprevisível, que dificulta extremamente o adimplemento da obrigação de uma das partes, é motivo de resolução contratual, por se considerar subentendida a cláusula *rebus sic stantibus*, que corresponde à fórmula de que, nos contratos de trato sucessivo ou a termo o vínculo obrigatório ficará subordinado, a todo tempo, ao estado de fato vigente à época de sua estipulação”

⁴⁷ No caso concreto, as empresas contratadas CUNHAS VAZ ASSOCIADOS e PROMO INTELIGÊNCIA TURÍSTICA LTDA. foram contratadas para desempenhar atividades de inteligência

No caso ora analisado, a Embratur submeteu ao Ministério do Turismo e este, posteriormente, ao TCU, consulta acerca da possibilidade de concessão de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos da Autarquia. Como fundamento, alegou a Embratur que se tratava de contratos sob demanda, com execução no exterior. No caso concreto, o objeto que deu origem à controvérsia foram os contratos nº 22/2013 e 23/2013, firmados com as empresas CUNHA VAZ & ASSOCIADOS e como a PROMO INTELIGÊNCIA TURÍSTICA LTDA. Os mencionados contratos tinham por objeto a “execução e prestação de serviços técnicos especializados em marketing de relacionamento e mapeamento de mercado turístico com coleta de dados para inteligência comercial”.

Para executar o contrato, as contratadas assumiram a responsabilidade de manter escritório no em diversos países no exterior, para monitorar os mercados e produzir relatórios de inteligência, sobre os mercados de interesse da Embratur, orientando decisões acerca de políticas de turismo.

Acontece que um dos principais problemas atinentes aos contratos supracitados é que as propostas foram elaboradas e apresentadas, com valor em reais, com base a uma determinada taxa de câmbio de conversão, estabelecida em Edital, no ano de 2012. Ademais, registre-se que os contratos nº 22/2013 e 23/2013, estabeleciam pagamento em reais, em que pese o serviço ter sido executado no exterior.

Na consulta formulada, o TCU avaliou a pertinência dos pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos supracitados, formulando tese sobre o tema. De acordo com a Corte de Contas, por meio do Acórdão 1.431/2017 – Plenário:

9.2.1. a variação da taxa cambial (para mais ou para menos) não pode ser considerada suficiente para, isoladamente, fundamentar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para que a variação do câmbio seja considerada um fato apto a ocasionar uma recomposição nos contratos, considerando se tratar de fato previsível, **deve culminar consequências incalculáveis (consequências cuja previsão não seja possível pelo gestor**

turísticas por meio dos denominados escritórios brasileiros de Turismo, todos situados no exterior. À época da licitação, os custos estimados da proposta se baseavam em cotação de R\$ 2,70. Todavia, em virtude de crises cambiais, a empresa foi obrigada a arcar com os mesmos custos em território estrangeiro com a cotação do dólar a R\$ 4,00. O prejuízo foi tanto que a empresa, ao final do decurso de 60 meses não quis renovar o contrato. O TCU não levou esses fatos em consideração, na análise da consulta formulada.

médio quando da vinculação contratual) , fugir à normalidade, ou seja, à flutuação cambial típica do regime de câmbio flutuante e, sobretudo, acarretar onerosidade excessiva no contrato a ponto de ocasionar um rompimento na equação econômico-financeira, nos termos previstos no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993;

[...]9.2.4. **o reequilíbrio contratual decorrente da recomposição deve levar em conta os fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado**, que não se confundem com os critérios de reajuste previstos contratualmente. **Portanto, a recomposição concedida após o reajuste deverá recuperar o equilíbrio econômico-financeiro apenas aos fatos a ela relacionados.** Na hipótese de ser possível um futuro reajuste após concedida eventual recomposição, a Administração deverá estabelecer que esta recomposição vigorará até a data de concessão do novo reajuste, quando então deverá ser recalculada, de modo a expurgar da recomposição a parcela já contemplada no reajuste e, assim, evitar a sobreposição de parcelas concedidas, o que causaria o desequilíbrio em prejuízo da contratante.

Vale ressaltar que o mesmo entendimento consignado na consulta supramencionada foi aplicado em outros julgados, a exemplo do recente Acórdão nº 4.125/2019 – Primeira Câmara, que tratou de Tomada de Contas Especial acerca de irregularidades no pagamento de reequilíbrio econômico-financeiro de determinado contrato.

Diante do entendimento formulado pelo TCU, convém apontar os limites trazidos pelas contratações em moeda nacional, que pode prejudicar sensivelmente os concorrentes internacionais.

A Lei 8.666/93 cita a cotação de propostas em dois momentos distintos, a saber:

Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

[...] Art. 42. 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.

§ 1º Quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro.

§ 2º O pagamento feito ao licitante brasileiro eventualmente contratado em virtude da licitação de que trata o parágrafo anterior será efetuado em moeda brasileira, à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento.

Pela interpretação sistemática dos arts. da Lei 8.666/93, o legislador demonstra a necessidade de pagamento em moeda nacional para licitações nacionais, ao passo que aduz com a possibilidade de cotação de moeda estrangeira para os licitantes internacionais.

Anote-se, porém, que o legislador ordinário silenciou, no art. 42, quanto ao pagamento dos contratos, falando apenas em “cotar preço em moeda estrangeira”. Ora, tendo em vista os problemas decorrentes da execução contratual no exterior, que ensejaram reiterados pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos da Embratur e, em tese, prejudicaram os contratados, *a interpretação mais adequada que se deve fazer é que os pagamentos feitos, em virtude de licitação internacional, também poderão ser feitos em moedas estrangeiras*. Tal interpretação parece ser a que mais preserva a “equação protegida pelo direito”, nos dizeres do já citado Marçal Justen Filho.

Para exemplificar, em pesquisa ao sistema SEI da Embratur, foi verificado que tal modalidade de pagamento em moeda estrangeira já vem sendo praticada em alguns contratos de execução de objeto no exterior. Na figura a seguir, verifica-se que foi pago o valor de € 58.755,03 (cinquenta e oito mil, setecentos e cinquenta e cinco euros e três centavos) para a empresa EXPOMUNDO, em virtude de execução de serviços de montagem de estandes do Brasil em feira internacional, no Contrato nº 22/2017, entre a empresa mencionada e a Embratur.

Figura 1 – Nota Fiscal de Pagamento de serviços contratados, no âmbito do Contrato nº 22/2017, celebrado entre a Expomundo S.A. e o Instituto Brasileiro de Turismo – Embratur.



Variante Industrial da Arruda dos Vinhos, Nº6 Corredouras
2630-355 Arruda dos Vinhos

FATURA Nº 1/ 769

ORIGINAL

EXPO MUNDO, S.A.
SCN QUADRA 2,BLOCO A, Nº 190, SALA 503
PARTE C-2 EDIFICIO CORPORATE FINANCIAL CENTER
ASA NORTE, BRASILIA/ DF 70.712-900
V/Nº de Contribuinte: 22757985000137

Data	Cliente	Referência	Nº Contribuinte	Cond. de Pagamento	D.Vencimento
04/11/2019	110		509250939	Pronto Pagamento	04/11/2019

CÓDIGO	DESIGNAÇÃO	QUANT	V.UNIT.	IVA	TOTAL
	FITPAR - PARAGUAI 11 A 13OUTUBRO 2019				
	MONTAGEM, ORGANIZAÇÃO, OPERACIONALIZAÇÃO DO ESTAN	1,00	54073,030		54.073,03
	LOCAÇÃO DO VIDEOWALL DO CORPO CENTRAL - PORTICO	1,00	4702,000		4.702,00
	DADOS BANCARIOS PARA PAGAMENTO IBAN: PT 50 0045 5060402 9271 3848 23 SWIFT: CCCMPTPL				
	Isento de IVA - alínea a) nº 6 (à contrario) do artigo 6º do CIVA				

Os bens constantes neste documento permanecem em nossa propriedade até boa liquidação da mesma. ** Os artigos facturados foram colocados à disposição do adquirente nesta data **

INCIDENCIA	TAXA	VALOR IVA	VALORES TOTAIS	
			TOTAL ILIQUIDO:	58.775,03
			TOTAL LIQUIDO:	58.775,03
			TOTAL DO IVA:	0,00
58.775,03		0,00	VALOR TOTAL:	58.775,03 €

Regime de Iva aplicável: IVA - autoliquidação

Sm5+-Processado por Programa Certificado n.º 379/AT

EXPOMUNDO, SA Variante Industrial da Arruda dos Vinhos, nº6 Corredouras 2630-355 Arruda dos Vinhos
Contribuinte: 509250939 Cap. Social: 500.000 Euros Reg. da Conserv. de Sítios nº 509250939

Por oportuno, importa registrar aqui os limites de uma licitação nacional, em cotejamento às potencialidades da licitação internacional. A ExpoMundo é uma empresa portuguesa, com sede em Lisboa⁴⁸, mas que, apenas para a execução do contrato com a Embratur, se constituiu em empresa nacional, com sede em Brasília.

Não há funcionários ou qualquer trabalho realizado pela filial brasileira. Tudo é feito pela matriz portuguesa. Inclusive, conforme se verifica pela Nota Fiscal apresentada, é a filial portuguesa que recebe os pagamentos, em desacordo com o disposto no art. 42, § 2º. O que ocorreu, na verdade, é que o gestor público não procedeu a uma licitação internacional, quando tinha todos os elementos e justificativas para fazê-lo.

A licitação internacional seria plenamente mais adequada para este tipo de objeto, em razão de suas especificidades. Anote-se mais: quando se trata de licitação internacional, os problemas relativos à pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro são expurgados, na medida que os pagamentos são feitos diretamente em moeda estrangeira e não à razão de determinada taxa de conversão que pode variar ao longo da execução contratual e prejudicar uma das partes.

Em conclusão, o cenário apresentado evidencia os problemas encontrados quando o administrador público desconhece os potenciais benefícios da licitação internacional. Como a empresa contratada teria por objetivo a prestação de serviço no exterior, seria mais adequado e desejável que se realizasse licitação internacional, para que empresários estrangeiros pudessem participar.

Dessa forma, deve-se afirmar a importância das licitações internacionais para a execução de objetos contratuais no exterior. No caso concreto, houve sensível desequilíbrio contratual, na medida que se realizou uma licitação nacional, em vez do que seria plenamente adequado: a licitação internacional.

A consequência prática do caso analisado é que as empresas tiveram de arcar com sensíveis prejuízos cambiais, não cobertos pelos pleitos que foram, em parte, concedidos, de sorte que não tiveram interesse de renovar o contrato, nem tampouco, nos últimos dois anos, a Embratur conseguiu realizar outra concorrência internacional,

⁴⁸ As informações podem ser conferidas no próprio site da empresa: <https://www.expomundo.pt/empresa-2/>. Acesso em 18/11/2019.

por não acudirem interessados ao desempenho de objeto tão complexo, sem a preservação das garantias quanto as áleas econômicas passíveis de ocorrer.

Portanto, tais fatos são aptos a demonstrar que o enquadramento incorreto do gestor público, acerca da territorialidade da licitação, pode trazer prejuízos para a própria Administração, inclusive no sentido de mitigação da concorrência, o que, por óbvio, contraria os objetivos do Estatuto das Licitações, previsto no art. 3º, da Lei nº 8.666/93.

No próximo e último capítulo será examinada a licitação internacional, na perspectiva das repartições brasileiras situadas no exterior, com base na doutrina e na jurisprudência do TCU. Após, passa-se à conclusão do trabalho.

CAPITULO VII – LICITAÇÕES INTERNACIONAIS EM REPARTIÇÕES SEDIADAS NO EXTERIOR (ART. 123).

A Lei 8.666/93, em suas disposições finais e transitórias, estabelece, em seu art. 123:

Art. 123. Em suas licitações e contratações administrativas, as repartições sediadas no exterior observarão as peculiaridades locais e os princípios básicos desta Lei, na forma de regulamentação específica.

Conceituando o dispositivo normativo preconizado pela Lei, aponta Luiz Henrique de Castro Pereira (2013, p.88):

Trata-se de previsão salutar que procura solucionar situação nebulosa do dia a dia das organizações públicas, localizadas no exterior, como unidades diplomáticas, comissões militares, trading companies, bancos oficiais dentre outros.

Já para Sidney Bittencourt (2018, p.62-63): *“este artigo procurou abranger qualquer repartição pública no exterior, seja da Administração Direta ou Indireta.”*

Não obstante, para Marçal Justen Filho, em lapidar observação (2010, p.1095):

Seria desaconselhável, senão inviável, sujeitar as repartições sediadas no exterior ao cumprimento estrito da Lei 8.666/93. Deverão adotar soluções compatíveis com as peculiaridades locais. No entanto, os princípios fundamentais do direito das licitações deverão ser atendidos. Ainda quando possa ser questionável que, em tais casos, a licitação vise atender ao princípio da isonomia, elevar-se-á, acima de tudo, o princípio da seleção da melhor contratação, a ser firmada com o particular idôneo.

Conforme panorama trazido pela doutrina administrativista, as licitações realizadas em repartições sediadas no exterior são um tipo peculiar de licitação internacional. Todavia, por suas especiais condições de se tratar de contratação realizada em país diverso do Brasil, há relativa mitigação das exigências da lei, em nome da eficiência administrativa e alcance do interesse público, que se materializa pelo funcionamento dessas instituições no exterior.

Não há abandono da Lei de Licitações, mas, por sua vez, uma adequação às necessidades de contratação, por parte de repartições estrangeiras, que não seriam satisfeitas, se fosse aplicada a Lei 8.666/93, em todos os seus dispositivos.

Registre-se que há autores que negam o caráter administrativo desses contratos. Para Sidney Bittencourt (2018) os contratos celebrados pelas repartições sediadas no exterior são contratos comerciais comuns. Todavia, a posição majoritária da doutrina (JUSTEN FILHO, 2010; FURTADO, 2009; PEREIRA, 2013) é no sentido de que se trata de contratos administrativos, porém com as peculiaridades que serão verificadas a seguir.

7.1. CONTRATAÇÕES INTERNACIONAIS DO MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES – MRE.

O Ministério das Relações Exteriores – MRE, por meio da Portaria nº 380, de 1º de julho de 2016, aprovou o denominado Guia de Administração dos Postos (GAP), que, dentre outras medidas, estabelece normas específicas para o MRE acerca das contratações por repartições sediadas no exterior, vinculadas àquele órgão:

No capítulo 12, o MRE dispõe sobre as diretrizes sobre contratação, dispensa e inexigibilidade de licitação. Como fundamentação, aponta o MRE (MRE, p.100):

12.1.1 – Ao adquirir bens e contratar serviços, as repartições sediadas no exterior **devem observar as peculiaridades da legislação e praxes locais e os princípios básicos da legislação brasileira sobre licitações e contratos públicos**, em conformidade com o art. 123 da Lei nº 8.666, de 1993, de 21 de junho de 1993, obedecendo aos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

12.1.2 – As contratações de bens e serviços efetuadas pelos postos no exterior, cujos valores sejam inferiores a US\$ 150.000,00, excetuadas as contratações para locação de imóveis, ficam dispensadas da obrigação de parecer jurídico, nos termos do item 9.2 do Acórdão nº 2633/2014 – TCU – Plenário. (grifo nosso)

E prossegue o Manual, estabelecendo as hipóteses específicas de dispensa e inexigibilidade de licitação:

12.2.1 – Estão dispensadas da licitação, sem prejuízo das demais disposições do artigo 24 da Lei nº 8.666, de 1993:

- a) a execução de obras e de serviços de engenharia, **no valor de até US\$15.000,00** (ou equivalente em moeda local);
- b) compras de bens e contratação de serviços não referidos no item anterior no valor de até **US\$ 8.000,00 (ou equivalente em moeda local)**;
- c) nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;
- d) nos casos de emergência ou de calamidade pública, necessários ao atendimento da situação, no prazo máximo de 180 dias;
- e) aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos;
- f) na contratação de remanescente de obra, serviço de fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições e o preço oferecidos pelo licitante vencedor;
- g) mediante prévia autorização da SERE, para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua do Posto, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia.

12.2.2 – Mesmo dispensados da obrigatoriedade de processo licitatório formal, **os postos devem elaborar projeto básico, levantar no mercado local pelo menos três propostas de preço e optar pelo menor preço.** Todos os documentos serão arquivados com o respectivo processo de compra, ficando à disposição dos controles interno e externo, e deverão evidenciar as razões de escolha do fornecedor.

Ainda, sobre os processos Licitatórios, o Guia de Administração de Postos – GAP, do MRE, estabelece:

[...] 12.3.1 – A licitação será efetuada no local onde se situar a repartição interessada, sendo aberta a empresas locais capacitadas a cumprirem o contrato, ou incluir empresas sediadas em outras cidades ou países, desde que isso se mostre, de maneira justificada, conveniente à satisfação do interesse público ou ao atendimento dos princípios e objetivos do Processo Licitatório e em conformidade com as práticas locais.

[...] 12.4.2 – As minutas de contrato, e de seus eventuais ajustes, de valor superior a US\$ 150,000,00 **deverão ser redigidos por advogado local especializado ou ser objeto de seu parecer formal.**

Ainda, o guia prescreve a aplicabilidade das modalidades de Convite, Tomada de Preços e Concorrência, bem como as cláusulas necessárias nos contratos, que, via de regra, são muito semelhantes às previstas na Lei nº 8.666/93.

Conforme se verifica, ainda que a Lei 8.666/93 tenha assegurado relativa liberdade, para que as repartições brasileiras sediadas no exterior realizem licitações internacionais, as prescrições previstas no Regulamento do MRE são muito semelhantes aos ditames da Lei 8.666/93. Pode-se creditar esse fenômeno ao fato de que as repartições sediadas no exterior são fiscalizadas pelo TCU, o que confere estreita conformidade aos preceitos da Lei de Licitações.

Note-se, ainda, que, mesmo outras instituições que tem atuação no exterior, em seus respectivos sítios eletrônicos, não foram encontrados regulamentos específicos sobre contratações no exterior. Na Lei 13.303/2016, que regula os procedimentos de contratação de empresas públicas e de sociedades de economia mista não dispõe sobre tema, apenas tratando, brevemente, em seu art. 85, sobre a sujeição das repartições sediadas no exterior, aos procedimentos de fiscalização⁴⁹.

Dessa forma, pode-se concluir validamente que a operacionalização das contratações das repartições ligadas ao MRE, sediadas no exterior ocorrem praticamente da mesma forma que as contratações realizadas em território nacional. Ressalva-se apenas que o limite de dispensa para obras e serviços de engenharia é de U\$ 15.000,00, o que equivale, em cotação atual a R\$ 63.000,00⁵⁰.

7.2. CONTRATAÇÕES INTERNACIONAIS REALIZADAS POR REPARTIÇÕES MILITARES. APLICAÇÃO POR ANALOGIA DO GAP.

Situação diversa vivenciam as repartições militares sediadas no exterior. Por ocasião do Acórdão 7.248/2017 – Plenário, o Tribunal de Contas da União determinou ao Ministério da Defesa, bem como ao então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, atual Ministério da Economia/ME:

9.2. determinar que [...] o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, [...] oriente os diversos ministérios dotados de repartições federais sediadas no exterior, a exemplo do Ministério da Defesa e do Ministério de Relações Exteriores, entre

⁴⁹ Assim dispõe o Art. 85, da Lei 13.303/2016: Os órgãos de controle externo e interno das 3 (três) esferas de governo fiscalizarão as empresas públicas e as sociedades de economia mista a elas relacionadas, inclusive aquelas domiciliadas no exterior, quanto à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial.

⁵⁰ Considera-se a cotação de R\$ 4,199/dólar, relativa ao dia 19/11/2019.

outros, para que, no prazo de até 120 (cento e vinte) dias contados da ciência desta deliberação, **editem o correspondente ato normativo para a interna regulamentação do art. 123 da Lei nº 8.666**, de 1993, submetendo o aludido ato de regulamentação interna à Casa Civil da Presidência da República, por intermédio da Advocacia-Geral da União, **com o intuito de os respectivos atos normativos serem aprovados por decreto do Poder Executivo, em sintonia com os arts. 84, IV, e 87, II, da CF88** e com as diversas manifestações do TCU (v. g.: Acórdão 3.138/2013-TCU-Plenário, entre outros) , de sorte que a devida regulamentação para as licitações conduzidas pelas diversas repartições federais no exterior traga não apenas maior publicidade e transparência às aquisições e às alienações promovidas no exterior, permitindo o pleno exercício dos controles interno e externo, além do controle social, mas também **maior estabilidade e segurança jurídica aos atos praticados pelos diversos agentes públicos, evitando a reiterada modificação dos diversos procedimentos de licitação pela mera decisão interna de alguns poucos agentes públicos em cada ministério;**

No caso concreto, o TCU avaliou a realização dos procedimentos relativos às licitações internacionais, realizadas pelo Ministério da Defesa, em seus postos avançados, no exterior. Em síntese, a Corte de Contas concluiu pela necessidade de aprimoramento dos controles, com a necessária criação de regulamento próprio, a ser editado pelo Presidente da República, com vistas a promover adequada regulamentação do art. 123, da Lei 8.666/93. Em substancioso Relatório, o TCU defende a necessidade de edição de regulamento próprio, tendo em vista que:

56. Quanto à necessidade de incluir no(s) normativo(s) que será(ão) elaborados pelo MD os critérios que determinarão os casos em que uma compra poderá ser realizada pelas repartições sediadas no exterior, é preciso destacar que o art. 123 da Lei 8.666/1993 se refere às as repartições sediadas no exterior, ou seja, a exceção que se abre à aplicação estrita do texto legal se refere apenas às repartições fisicamente localizadas fora do território pátrio. (grifos no original)

58. A regulamentação da norma, assim, deve prever controles para evitar que órgãos **sediados no território brasileiro solicitem a realização de compras no exterior com o objetivo eventual de burlar o processo licitatório e de escapar da fiscalização dos órgãos de controle e do controle social**, ou de acelerar a execução orçamentária antes do encerramento do exercício. (Acórdão 4.993/2019 – 2ª Câmara, Relatório).

Ou seja, atento às possibilidades de utilização incorreta de facilidades atinentes ao disposto no art. 123, da Lei 8.666/93, o TCU veda que a utilização dessa modalidade específica de contratação seja utilizada como forma de burlar os

procedimentos licitatórios comuns. Nesse sentido, verifica-se que o TCU tem fiscalizado a adoção dos procedimentos licitatórios por repartições sediadas no exterior e amparadas pelo art. 123, em hipóteses absolutamente excepcionais e consentâneas com as necessidades do órgão.

Não obstante, o monitoramento do TCU verificou que as repartições militares não adotam nenhum regulamento próprio e específico para as suas contratações no exterior. Inclusive, um dos objetos de análise do *Acórdão 4.993/2019 – 2ª Câmara* foi justamente a elaboração de minuta de Regulamento, que será submetida oportunamente ao Presidente da República, para validação e edição dos procedimentos necessários de licitação internacional.

Portanto, o quadro atinente às licitações internacionais realizadas no exterior, por parte dos órgãos militares é substancialmente, diverso, em se tratando de regulamentação adequada.

Destarte, considerando a lacuna normativa existente no âmbito das contratações do Ministério da Defesa, bem como a materialidade dos recursos envolvidos no orçamento daquelas repartições, o TCU proferiu as seguintes determinações:

9.3. determinar, nos termos do art. 43, I, da Lei n.º 8.443, de 1992, e do art. 250, II, do RITCU, **que o Ministério da Defesa adote as medidas necessárias com vistas a disciplinar as compras e as alienações realizadas pelas suas repartições no exterior, atentando para a provisória e excepcional aplicação, por analogia, do correlato normativo empregado no exterior pelo Ministério das Relações Exteriores até o efetivo cumprimento do item 9.2 deste Acórdão, em sintonia com o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sem prejuízo de adotar, ainda, as seguintes medidas:**

9.3.1. **adote, em caráter imediato, excepcional e transitório, o Guia de Administração de Postos do Ministério das Relações Exteriores aprovado pela Portaria nº 380, de 01/07/2016, nas licitações realizadas pelas repartições do Ministério da Defesa e dos Comandos Militares sediadas no exterior, enquanto não for editada a portaria normativa no âmbito do Ministério da Defesa ou publicado o correspondente decreto, com a regulamentação para a efetiva aplicação do art. 123 da Lei nº 8.666, de 1993, devendo justificar, no respectivo processo administrativo de aquisição, a eventual impossibilidade de aplicação desses regramentos; (grifos nossos).**

Em conclusão, diante dos fatos apresentados, à luz da análise do caso concreto, pode-se verificar que as repartições sediadas no exterior são abarcadas por duas situações diversas: a) a primeira, do MRE, é situação já consolidada, com a edição de regulamento que disciplina as licitações internacionais amparadas pelo art. 123; b) a segunda, atinente às repartições brasileiras sediadas no exterior, as quais ainda carecem de regulamentação, mas que, por força da determinação contida no Acórdão 4.993/2019 – 2ª Câmara, passarão a ser regidas pelas mesmas normas do MRE.

É esse, portanto, o quadro relativo às licitações internacionais realizadas fora do território nacional.

CONCLUSÃO

Enfrentar o tema das licitações internacionais é verdadeiramente difícil, na medida que compreender o alcance, a amplitude, os regramentos e a aplicabilidade desse instituto é, sobretudo, preencher lacunas deixadas pelo legislador ordinário, no tratamento da matéria. Conforme amplamente debatido neste trabalho, o legislador de Licitações mencionou o tema das licitações internacionais poucas vezes e, quando o fez, tratou o instituto de forma genérica, esparsa e não sistematizada.

Dessa forma, o trabalho aqui empreendido foi o de enfrentar conceitos jurídicos indeterminados, com o objetivo de oferecer subsídios para a correta compreensão sobre o tema das licitações internacionais. É forçoso reconhecer, portanto, que o tema comporta múltiplas perspectivas e que este trabalho abordou uma pequena parte das perspectivas sobre o tema.

De fato, ainda há muito por fazer sobre o tema, de sorte que o tempo urge, na medida que o processo de internacionalização da economia brasileira se faz cada vez mais evidente. Quando o legislador elaborou o Estatuto das Licitações e Contratações, em 1993, não fazia parte das preocupações da Administração Pública o diálogo da economia brasileira com um mundo aberto, dinâmico, digital e globalizado.

Porém, muito tempo se passou desde a edição da Lei. Uma geração capacitada de gestores emerge, uma sociedade nova surge, mas as preocupações continuam rigorosamente iguais: realizar as mais eficazes e eficientes contratações públicas, para a consecução de diversas finalidades sociais e, em última análise, o atingimento do interesse público.

Mas, pode-se dizer que o modo como isto deve ser feito, hoje em dia, é, substancialmente, diferente.

A economia brasileira de hoje é muito mais dinâmica do que era quando da promulgação da Lei. As trocas econômicas são muito mais velozes e substanciais do que eram naquela época. Sendo assim, o arcabouço legislativo reclama, também, nova perspectiva, nova leitura e, até certo ponto, modernização.

Nesse sentido, é necessário que o legislador e o administrador público atentem para as potencialidades das contratações internacionais, obtendo ganhos de eficiência e melhorias sociais para todos os cidadãos. Somente dessa forma, dotando a Administração Pública dos meios necessários e modernos para cumprir sua missão, é que haverá ganhos para a coletividade.

Estamos às portas da ratificação de um importante acordo de livre comércio entre União Europeia e Mercosul. Caso o acordo seja ratificado pelos países-membros dos blocos econômicos, a economia brasileira sofrerá forte impulso para a internacionalização, de sorte que a Administração Pública, por meio de sua legislação relativa a contratações, precisa acompanhar esse processo de globalização econômica.

Para tanto, é fundamental que os órgãos e administradores públicos detenham amplo conhecimento sobre a temática das licitações internacionais. Ressalte-se, ainda, as preocupações cada vez mais emergentes com o ambiente concorrencial, na medida que as licitações podem, em certos casos, repetir práticas anticoncorrenciais, existentes no mercado. Deve-se utilizar a licitação internacional como importante aliada no combate à formação de cartéis e outras infrações à ordem econômica.

Diante disso, foi possível responder aos objetivos específicos a que se propôs este trabalho, explicitando as principais características das licitações internacionais, especialmente em seus critérios de habilitação e cotação de propostas. Acredita-se que também foi respondido que a principal diferença entre licitação nacional e internacional é, sobretudo, seus objetivos de atrair concorrentes estrangeiros.

Ademais, é possível verificar que foi cumprido o objetivo de esclarecer quais os requisitos necessários para efetivar a licitação internacional. Pode-se afirmar que tais requisitos são previsões editalícias isonômicas que observem, preservem e incentivem a participação do competidor estrangeiro. E, além disso, foi abordado que uma das principais dificuldades encontradas para a viabilidade das licitações internacionais refere-se a questões relativas a variações cambiais, sendo que estas podem ser supridas por meio da devida formalização do contrato em moeda estrangeira.

Não obstante, outra questão que permeou todo este trabalho e pode ser aqui explicitada é que o aprimoramento das licitações internacionais passa, necessariamente, pelo amplo conhecimento do gestor público sobre as especificidades desta forma de contratação. Passa, ainda, pela decisão da Administração Pública em promover, efetivamente, a competitividade em seus certames licitatórios.

Por último, é preciso afirmar que **o instituto das licitações internacionais deve ser lido e interpretado, a partir de uma perspectiva constitucional, sistemática e histórica, que se relacione com as condicionantes do momento atual. Isto quer dizer: a revogação do art. 171, da CF/88 informa a todos que não subsistem mais, no ordenamento jurídico brasileiro, quaisquer restrições à participação de estrangeiros nos certames licitatórios, devendo essa participação ser incentivada e favorecida, somente admitidas restrições, de forma devidamente justificada, em casos excepcionais.**

Trata-se de um novo momento da Administração Pública. É momento de abertura econômica aos potenciais concorrentes estrangeiros, de rápidas mudanças na Administração Pública, que podem e devem ser compreendido pelos legisladores, pelos administradores públicos e por toda a sociedade.

É esta a tarefa para o futuro. Ainda há muito por fazer!

REFERÊNCIAS

AQUINO, Arthur de. **Efeitos da abertura econômica no Brasil dos anos 1990 em duas perspectivas comparadas.** Revista de Discentes de Ciência Política da UFSCAR | Vol. 1 – n. 2 – 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo.** 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitações Internacionais.** 3ª Ed. São Paulo: Ed. Fórum, 2018.

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

_____. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

_____. **Exposição de Motivos da MP 495/2010.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm

_____. **Lei 2.300/86.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2300-86.htm

_____. **Lei 5.194/66.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5194.htm

_____. **Lei 8.666/93 – Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm

_____. **Lei 8.987/95.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm

_____. **Medida Provisória nº 896/2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv896.htm

BRESSER-PEREIRA. **Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado.** Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em 10/09/2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **DECRETO Nº 2.926, DE 14 DE MAIO DE 1862.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html>

CONSULTOR JURÍDICO – CONJUR. **TJ julga inconstitucional lei distrital que alterava regras de licitação.** 27/07/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-27/tj-julga-inconstitucional-lei-distrital-alterava-regras-licitacao>. Acesso em 23/09/2019.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIÚZA, Eduardo Pedral Sampaio. MEDEIROS, Bernardo de Abreu. **A Agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da Lei de Licitações e do arcabouço institucional**. Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.- Brasília : Rio de Janeiro : Ipea, 2014. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3362/1/td_1990.pdf. Acesso em 25/08/2019.

FOLGOSI, Rosoléa. **Licitação e as “guidelines” do Banco Mundial**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FOLHA DE SÃO PAULO – FSP. **Governo vende apenas 1 de 5 áreas em novo leilão pré-sal**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/11/governo-vende-apenas-1-de-5-areas-em-novo-leilao-pre-sal.shtml>

FORTES JÚNIOR. **Breve História das Licitações no Brasil**. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.fortesjr.com.br/breve-historia-das-licitacoes-no-brasil/>

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Fórum, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE TURISMO – EMBRATUR. **Contrato nº 22/2017**. Disponível em: http://www.embratur.gov.br/lai_embratur_secom/export/sites/lai/galerias/anexos/1737_contrato_222017.pdf. Acesso em 23/11/2019.

JUSTEN FILHO. Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18ª Ed. São Paulo: Dialética, 2010.

KLEIN, Aline Lícia. ANDRADE, Ricardo Barreto. **Licitações e concorrência: o direito concorrencial na atividade contratual da administração pública**. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.20.05.PDF. Acesso em 01/11/2019.

LIMA, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros. **Licitação Pública Internacional no Brasil**. 1ª Ed. Curitiba: Negócios Públicos, 2013.

LOPEZ-ELIÁS, J.P. **Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México**. Mexico D.F: UNAM, 1999.

MARRARA, Thiago. CAMPOS, Carolina Silva. **Licitações internacionais: regime jurídico e óbices à abertura do mercado público brasileiro a empresas estrangeiras**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, p. 155-

187, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71651>

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA – ME. **Portal de Compras**. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/sicaf>.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES - MRE. **Banco Mundial**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/120-banco-mundial>. Acesso em 01/10/2019.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES – MRE. **Guia de Administração dos Postos (GAP)**. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/GAP-2017_CONSOLIDADO_SEM_MARCACOES.pdf. Brasília, 2017. Acesso em 05/11/2019.

NEXO JORNAL. “**O que disseram Sarney, Collor, FHC, Lula, Dilma e Temer na ONU?**” . Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/09/23/O-que-disseram-Sarney-Collor-FHC-Lula-Dilma-e-Temer-na-ONU>

PEREIRA, Luiz Henrique de Castro Pereira. **Licitações Internacionais e a Lei nº 8.666/93**. São Paulo: All Print Editora, 2013.

RIBEIRO, Manoel. **Aspectos jurídicos do projeto de Código de Contabilidade Pública da União**. Revista de Direito Administrativo, v. 79, 1963. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/26728/25596>. Acesso em 11/09/2019.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual Prático das Licitações**. Ed. Saraiva. São Paulo, 2008.

ROMERO, William. **Participação de empresas estrangeiras em licitações no Brasil**. Disponível em: <https://www.justen.com.br/pdfs/IE133/IE133-William-empresas-estrangeiras-em-licita%C3%A7%C3%A3o.DOCX.pdf>

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Licitações e Contratos Administrativos**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. Ed. Malheiros. São Paulo, 2013.

ZYMLER, Benjamim. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.