Licitações internacionais: regime jurídico e óbices à abertura do mercado público brasileiro a empresas estrangeiras*

International procurement: legal regime and obstacles against the access of foreign enterprises to the Brazilian public market

Thiago Marrara**

Carolina Silva Campos***

RESUMO:

O artigo busca apresentar as licitações internacionais como uma ferramenta para efetivar a competitividade e a busca por melhores propostas

* Artigo recebido em 5 de maio de 2016 e aprovado em 14 de dezembro de 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v275.2017.71651>

** Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: marrara@usp.br. Professor de direito administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP). Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Bacharel e mestre em direito pela Faculdade de Direito da USP (FD). Editor-chefe da *Revista Digital de Direito Administrativo* da USP (RDDA). Organizador do Seminário de Pesquisa de Direito Administrativo (SPDA) e do grupo de pesquisa de direito administrativo da FDRP/USP. Advogado consultor.

***Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: carolina.silva.campos@usp.br. Mestranda em direito e desenvolvimento pela USP, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Especialista em direito tributário pela USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Advogada e procuradora municipal.

à administração pública. A questão não é de fácil compreensão, dadas a ausência de sistematicidade com que a Lei nº 8.666/1993 trata do tema e a inexistência de um conceito legal do que seja licitação internacional. Assim, o artigo se propôs a diferenciar licitações internacionais e licitações sob normas internacionais, tratou das modalidades procedimentais cabíveis, examinou a problemática da habilitação e do julgamento envolvendo licitantes estrangeiros, discutiu regras restritivas relativas à formação de consórcios e teceu considerações acerca das barreiras criadas por entidades profissionais, para demonstrar a necessidade de adequar a disciplina legal do tema ao texto constitucional vigente.

PALAVRAS-CHAVES:

Licitações internacionais — empresa estrangeira — habilitação; consórcios — licitação sob normas internacionais

ABSTRACT:

This article aims at presenting the discipline of international public procurement, as a tool to carry out competitiveness and the search for better proposals for the Public administration. The comprehension of such procurement procedure, however, is not easy, given the absence of systematization in the Federal Act 8.666/93 and the absence of a legal concept. It also proposes a differentiation between international procurement and procurement under international rules. Besides that, it debates the applicable procedural modalities, examines the qualification of competitors and the judgment of commercial bids. It discusses finally restrictive rules on the formation of consortia and comments how professions regulatory bodies try to impose barriers against foreign competitors, problem that shows the need to review the legal provisions regarding international procurement in Brazil.

KEYWORDS:

International procurement — foreign bidders — qualification — consortia — procurement under international rules

1. Introdução

Ao longo dos anos, o crescente combate à corrupção e as exigências populares por um Estado mais eficiente, transparente e moralizado elevaram as pressões contra a administração pública. Isso a pressionou a se preocupar sob frequência redobrada com a execução de contratos administrativos (geralmente designada de gestão contratual ou processo administrativo contratual) e a colocar em prática seus poderes punitivos, quer no intuito de reprimir infrações contratuais, quer para evitar a recontração de empresas condenadas por graves infrações aos contratos firmados com o Estado.

Nesse contexto de mudanças, ganharam protagonismo as sanções de suspensão, de impedimento, de inidoneidade e de proibição de participar em licitações e contratar com o poder público. As três primeiras modalidades punitivas se aplicam com supedâneo na Lei Geral de Licitações e Contratos, na Lei de Pregão, na Lei do Regime Diferenciado de Contratação Pública (RDC), na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (TCU), assim como em leis estaduais e municipais sobre licitações e contratos.

A seu turno, as proibições incidem por força da Lei de Defesa da Concorrência (art. 38), da Lei de Improbidade (art. 12) e da Lei de Crimes Ambientais (art. 22). Na Lei das Eleições, previa-se idêntica proibição como sanção adicional contra pessoas jurídicas condenadas por doações excessivas (acima dos patamares legais) a partidos políticos (art. 81, §3º). Contudo, a Lei nº 13.165, de setembro de 2015, revogou o dispositivo.

A despeito dos diferentes pressupostos normativos e suas alterações, um exame do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis), banco de dados mantido pela Controladoria-Geral da União, confirma o aumento significativo de limitações sancionatórias impostas pelo Estado à participação de agentes de mercado em licitações. Em janeiro de 2016, constavam mais de 12 mil registros de pessoas físicas e jurídicas suspensas, impedidas, declaradas inidôneas ou proibidas de licitar no Ceis.¹

Apesar de legítimo e necessário, o incremento do controle da gestão contratual e o conseqüente recrudescimento da postura punitiva das entidades estatais contratantes automaticamente reduzem o número de agentes econômicos em mercados públicos e, por reflexo, tendem a enfraquecer a

¹ Dados extraídos do site do Portal da Transparência do Governo Federal. Disponível em: <www.portaltransparencia.gov.br/ceis>.

competição, aumentar o poder de mercado dos agentes econômicos ativos, elevar os riscos de cartelização e, pior, fragilizar o princípio da vantajosidade licitatória.

Por essas e outras causas, ao mesmo tempo que o Estado aprimora a gestão contratual, compete-lhe encontrar alternativas que não somente compensem a redução da concorrência no curto e médio prazos, como também promovam o aumento gradual da competição no certame por meio da atração de novos licitantes.

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?

O objetivo desse artigo se resume a contribuir para a elaboração de respostas a essas indagações iniciais e, a partir disso, viabilizar a adoção de medidas capazes de incrementar a concorrência em licitações públicas, sobretudo mediante a superação de barreiras à entrada geradas por fatores normativos enraizados na legislação geral de licitações.

Sob esse propósito, o artigo se divide em 10 capítulos, que abordarão a comparação entre licitações internacionais e licitações organizadas sob normas internacionais, as modalidades procedimentais cabíveis, o regime jurídico das licitações internacionais, a problemática da habilitação e do julgamento envolvendo licitantes estrangeiros, as regras restritivas relativas à formação de consórcios e as barreiras à entrada criadas por entidades profissionais brasileiras em desfavor de concorrentes estrangeiros.

2. Definições preliminares: licitações internacionais e licitações sob normas internacionais

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.

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*.

Começemos pela última indagação.

As licitações realizadas *sob normas internacionais* nada mais são que procedimentos licitatórios executados por entidade brasileira federal, estadual ou municipal sob um regime jurídico diferenciado, pois composto parcialmente por normas e condições estabelecidas por organizações internacionais ou entidades externas. Em contraste a uma mera licitação tradicional, a peculiaridade desses procedimentos reside em seu regime jurídico permeável, por uma decisão do próprio legislador brasileiro e nos termos de acordo celebrado com o país, às normas elaboradas por entes internacionais.

No escopo de viabilizar a satisfação de compromissos assumidos pelo Brasil em suas relações internacionais, a legislação brasileira admite que a administração pública empregue duas soluções: 1) utilize mecanismos de contratação direta ou 2) realize licitações sob normas externas derogadoras, em situações pontuais, do regime jurídico padrão, caso em que se terá uma licitação sob normas internacionais.

O caminho da contratação direta se sustenta no art. 24, XIV, da Lei nº 8.666/1993. É aceitável a dispensa de licitação para “aquisição de bens ou serviços nos termos de *acordo internacional* específico *aprovado pelo* Congresso Nacional quando as condições ofertadas forem manifestamente *vantajosas* para o Poder Público” (redação dada pela Lei nº 8.883/1994).

Na redação originária de 1993, o dispositivo mencionava a dispensa para “aquisição de bens ou serviços por intermédio de *organização internacional*”. Com a alteração, aprimorou-se o texto e se evidenciou que a aquisição não ocorre por intermédio da OI, mas sim por ente brasileiro com base em acordos internacionais em geral, bilaterais, multilaterais ou plurilaterais. A nova redação também permite concluir que as regras não necessariamente precisarão derivar da OI.

Outro caminho aceitável para a viabilização dos compromissos internacionais reside na realização efetiva de uma licitação, porém, sob regime diferenciado. A esse respeito, dispõe o art. 42, §5º, da Lei nº 8.666/1993 (com redação dada pela Lei nº 8.883/1994) que:

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.

À luz do texto transcrito, a adoção do regime diferenciado pressupõe que: a) a aquisição dependa de recursos financeiros externos; b) o financiador ou doador seja agência de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral; c) as normas licitatórias externas constem de documento jurídico aprovado pelo Congresso; d) o respeito a essas normas configure condição para a obtenção dos recursos; e) as normas externas se harmonizem com a regra geral do julgamento objetivo; e f) que um despacho motivado do contratante autorize o emprego das normas externas.

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.

Em contraste, a licitação internacional visa a ampliar o acesso de competidores estrangeiros.² Embora a Lei Geral de Licitações não defina as licitações

² Há autores que, porém, tomam a licitação internacional de modo amplo, incluindo as regidas parcialmente por normas de direito internacional. É o caso de Toshio Mukai (MUKAI, Toshio. As licitações internacionais, as normas da Lei 8.666/93 e as dos organismos financeiros internacionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 208, p. 82, 1997).

internacionais em seu art. 6º ou em qualquer outro dispositivo, elas se encontram consagradas de modo esparsos em vários dispositivos legais, por exemplo, no art. 3º, §1º, II, no art. 55, §2º, no art. 23, §3º e no art. 53, §3º.

Fora isso, o tema é tratado em leis específicas, como a Lei nº 11.732/2008, ainda que apenas para efeitos de *drawback*,³ e o Decreto nº 6.702/2008. Ocorre que nesses diplomas tampouco se conceitua satisfatoriamente o que é licitação internacional.

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 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. 171⁴ da Constituição da

³ *Drawback* foi concebido, em 1966, como um regime aduaneiro especial, que suspendia o pagamento de imposto de importação para produtos que seriam utilizados para posterior exportação, como forma de fortalecimento do setor de exportações. No entanto, em 1990 e em 2001, a prática do *drawback* foi estendida para as licitações internacionais, como forma de incentivar a concorrência internacional em grandes projetos, como os de infraestrutura, caracterizando-se por desonerar o imposto de importação de mercadorias utilizadas para fabricação, no Brasil, de máquinas e equipamentos a serem fornecidos internamente, decorrente de licitações internacionais, cujo pagamento advém de recursos estrangeiros. Por essa razão, os diplomas normativos que disciplinam a questão se esforçaram em conceituar as licitações internacionais.

⁴ Art. 171. São consideradas:

I — empresa brasileira constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II — empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 15/08/95.

§1º — A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I — conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

II — estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do “caput” se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

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.

Egon Bockmann Moreira, Bernardo Strobel Guimarães e Lino Torgal também se manifestam nesse sentido. Para eles, não há no ordenamento jurídico pátrio a figura das licitações exclusivamente nacionais, nas quais se admitiria a participação exclusiva de empresas brasileiras. Em virtude do art. 3º, §1º, II, Lei nº 8.666/93 e do art. 5º, *caput* da CF, qualquer pessoa que preencha os requisitos da lei e do edital está autorizada a participar do certame, não havendo diferenciação entre brasileiros e estrangeiros residentes no país. A nacionalidade ou naturalidade dos licitantes não há que ser invocada como critério de preferência nas licitações. Ao adotar tal posição, a legislação pátria “claramente se filia às diretrizes internacionais que estipulam que o acesso ao mercado público por empresas estrangeiras deve dar-se em termos análogos aos garantidos aos agentes econômicos locais”.⁵

Eros Roberto Grau,⁶ quando da análise do Decreto-Lei nº 2.300/1986, diploma que disciplinava o regime das licitações antes da Lei nº 8.666/1993, ensina que a licitação internacional não se limita a permitir a participação de licitantes estrangeiros no certame, uma vez que, nos termos do art. 3º, §1º, I, do Decreto-Lei, cujo conteúdo foi acompanhado, em partes, pelo art. 3º, §1º, II, da Lei nº 8.666/2003, é vedado aos agentes públicos estabelecer condições desiguais em virtude da naturalidade e sede das empresas na licitação. Para o autor, licitação internacional é aquela em que se assegura a publicidade no exterior, para além do território nacional, no intuito de conferir caráter internacional à disputa.

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§2º — Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.

⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: os cenários brasileiro e europeu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, p. 67-106, maio/ago. 2015. p. 72.

⁶ GRAU, Eros Roberto. Concorrência, execução de serviços, empresa estrangeira, qualificação, irregularidade, proposta, preço, cotação, moeda estrangeira, impossibilidade. *Boletim de Licitações e Contratos*, v. 5, n. 11, p. 427-435, nov. 1992. p. 428.

A esse respeito, contudo, bem pontua Rafael Wallbach Schwind⁷ que a mera divulgação do certame no exterior é insuficiente a caracterizar uma licitação como internacional. Se assim o fosse, seria necessário que a lei, expressamente, previsse a necessidade da publicação do edital no exterior, bem como estipulasse os critérios de divulgação, o idioma do edital, em quais países o edital deveria ser publicado, entre outros. Para o autor, com o avanço da internet, é possível que empresas estrangeiras tenham contato com editais de licitações brasileiras, sem que seja conferida publicidade internacional, e participem, dentro dos requisitos legais e do edital, do certame.

Da mesma forma, resta evidente que grande parte da doutrina toma a licitação internacional não como aquela realizada no exterior, aquela financiada por recursos externos ou que realize publicidade no exterior. Para ser configurada uma licitação internacional, o edital deve prever expressamente que o certame é aberto a licitantes estrangeiros e adequar-se às disposições da Lei nº 8.666/1993 que disciplinam a matéria (também nesse sentido, ver Schwind).⁸

Na definição aqui adotada, a origem dos bens ou dos serviços objeto do contrato futuro tampouco constitui fator determinante para caracterizar a licitação internacional. Essa advertência é relevante, na medida em que a Lei de Licitações inclui definições sobre bens e serviços nacionais, buscando diferenciá-los dos estrangeiros, o que pode ocasionar mal-entendidos interpretativos. Para a contratação dos bens e serviços nacionais,⁹ é preciso ter em mente que a legislação autoriza somente a previsão de margens de preferência. Globalmente, porém, o preço adicional não deve ultrapassar 25% sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros, nem ser aplicado, em uma licitação, para bens e serviços cuja produção ou prestação no país seja inferior à quantidade a ser adquirida pelo Estado (art. 3º, §5º e ss.).

⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Licitações internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 29.

⁸ *Ibid.*, p. 34

⁹ Produtos manufaturados nacionais são aqueles “produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal”, enquanto serviços nacionais são aqueles “prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal” (art. 6º, XVII e XVIII, incluídos pela Lei nº 12.349/2010).

3. Modalidades de licitação internacional

Ainda que reconheça a licitação internacional, a legislação prescinde de normas acerca de todos os seus aspectos operacionais. É preciso indagar, por exemplo: existe procedimento específico para essa licitação? Quais são as regras gerais de seu regime jurídico? Os licitantes estrangeiros se beneficiam de regras diferenciadas nas mais diversas fases do procedimento de contratação?

No tocante às modalidades, uma leitura apressada da Lei de Licitações induz interpretações equivocadas. Prescreveu o legislador que:

Art. 23 [...]

§3º: A concorrência é a modalidade de licitação cabível [...] nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no país.

Primeiramente, a Legislação abre espaço para o uso de três procedimentos, mas prevê a concorrência como regra geral e a tomada de preços e o convite como alternativas condicionadas. Em qualquer hipótese, a concorrência é aceitável, já que se trata do procedimento mais completo, adequado para análises aprofundadas de requisitos de habilitação necessários a revelar a verdadeira capacidade executória dos licitantes em relação ao contrato proposto.¹⁰ Para as outras duas modalidades, há que se observar condições especiais:

- A *tomada de preços internacional* é válida para contratos de compras e serviços em geral no valor de até R\$ 650.000,00 ou contratos de obras e serviços de engenharia no valor de até R\$ 1.500.000,00. Além de o valor contratual não atingir esses tetos, exige-se que a entidade contratante disponha de cadastro internacional de fornecedores.
- O *convite internacional* vale para contratos de compras e serviços em geral de até R\$ 80.000,00 ou contratos de obras e serviços de

¹⁰ A escolha da concorrência como modalidade geral repousa no fato de que ela “amplia o universo da licitação, porquanto dispensa qualquer pré-requisito para a participação de interessados. O que vem ao encontro das circunstâncias mercadológicas em que se operam [...] os certames internacionais, que se peculiarizam por sua competitividade ou complexidade” (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 279). Portanto, a previsão de que a concorrência pode substituir qualquer outra modalidade de licitação demonstra que ela é mais ampla e completa que as demais.

engenharia de até R\$ 150.000,00, mas somente quando inexistir fornecedor do bem ou do serviço no país. Essa última condição deve ser entendida da seguinte maneira: o convite não deve incluir fornecedores estrangeiros que ainda não operam no Brasil, quando houver no mínimo três fornecedores atuantes no Brasil (brasileiros ou estrangeiros devidamente autorizados nos termos do Código Civil) com capacidade de atender à demanda estatal.

Para além dessas três modalidades, resta saber se é lícita a realização de concurso internacional e de leilão internacional. A princípio, o art. 23, §3º, não trata do assunto e, por interpretação negativa, chegar-se-ia rapidamente à conclusão de que o emprego dessas duas modalidades seria ilegal. No entanto, um exame mais abrangente da lei oferece respostas em outro sentido.

O leilão internacional encontra previsão não no dispositivo que contém sua definição legal (art. 22, §5º), mas sim em outro trecho da lei. O art. 53, §3º, estabelece que, “nos leilões internacionais, o pagamento da parcela à vista poderá ser feito em até vinte e quatro horas”. Desse breve texto resulta que, uma vez respeitadas as situações contratuais em que o leilão é possível (exemplo: alienação de bens ou concessões de serviços), nada impedirá sua adaptação à participação ampla de estrangeiros a despeito do valor do contrato e independentemente de qualquer outra condição especial.

Quanto ao concurso, igualmente, não há menção expressa na Lei de Licitações da sua previsão para realização no âmbito internacional, tanto que, para alguns autores, essa é a única modalidade licitatória que não pode se dar no âmbito internacional.¹¹ Entretanto, a possibilidade de realização de *concurso internacional*, apesar de não constar expressamente da Lei nº 8.666/1993, decorre de uma argumentação *a maiori, ad minus*. Se for lícito o mais, será lícito o menos.

Entende-se essa argumentação na medida em que se reconhece que o concurso constitui modalidade voltada à seleção de trabalho técnico, artístico ou científico e que envolve pagamento por remuneração ou por prêmio. Ora, uma vez quase aceita a realização de uma concorrência internacional para execução de serviços complexos e com grande dispêndio de recursos financeiros pelo Estado, qual a razão para se negar a abertura de um concurso a licitantes estrangeiros, por exemplo, para fins de contratação de um projeto arquitetônico?

¹¹ PEREIRA, Henrique de Castro. *Licitações internacionais e a Lei nº 8.666/93*. São Paulo: All Print, 2013. p. 72.

Assim como a concorrência, também é possível que o concurso envolva uma ampla análise de requisitos de habilitação. Fora isso, essa modalidade permite uma formatação flexível da comissão de licitação, sobretudo para viabilizar a presença de grandes especialistas no serviço ou na mercadoria que é objeto do contrato e, a depender da estratégia licitatória, sequer envolverá dispêndio significativo de recursos financeiros, já que ao vencedor se poderá atribuir um prêmio no lugar da remuneração financeira. Por todas essas razões, não se mostra incompatível com a Lei de Licitações a condução de concurso internacional a despeito de menção em norma explícita.

4. Regime jurídico das licitações internacionais

Um dos princípios centrais do modelo licitatório é a isonomia. Todo certame visa a oferecer aos agentes econômicos as mesmas oportunidades de acesso a mercados públicos, de sorte a consagrar o ideal de Estado democrático e republicano, bem como os princípios da ordem econômica, mormente a livre-iniciativa. Assentado sobre esses valores, o art. 3º, §1º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 veda ao ente contratante determinar trato diferenciado de espécie “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 [...]*”, a não ser em relação a serviços de informática e automação no termos de legislação especial (Lei nº 8.248/1991).

O art. 3º, contudo, não trata, nem delimita toda a complexidade do regime jurídico das licitações internacionais por inúmeras razões. Em primeiro lugar, o art. 42, *caput*, dispõe que, “nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá *ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes*”. Em segundo, existem normas especiais acerca da habilitação, do julgamento e de aspectos contratuais relativos a empresas estrangeiras. Por mais que alguns desses dispositivos legais se refiram unicamente à *concorrência* internacional, eles incidem por analogia a qualquer procedimento licitatório internacional.

5. Requisitos de habilitação

Como etapa destinada à investigação da viabilidade de execução do futuro contrato pelos licitantes em disputa, a habilitação varia tanto em virtude da

modalidade procedimental quanto da natureza nacional ou internacional da licitação. 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.

De acordo com a Lei nº 8.666/1993 (art. 27), os requisitos de habilitação se esgotam na documentação tratada pelos art. 28 a 31, toda ela supostamente útil a comprovar em relação a cada licitante: 1) a habilitação *jurídica*; 2) a qualificação *técnica*; 3) a qualificação *econômico-financeira*; 4) a regularidade *fiscal* e 5) *trabalhista*, inclusive no tocante ao cumprimento de normas constitucionais relativas ao *trabalho de menores* (art. 7º, XXXIII, da CF).

A legislação aponta os cinco elementos como um “teto”, como já prelecionaram Adilson Abreu Dallari¹² e Marçal Justen Filho.¹³ Melhor dizendo: os requisitos previstos no texto normativo representam a “documentação máxima” exigível dos licitantes com o objetivo de verificar sua capacidade de execução do contrato proposto. Orientada pela razoabilidade e pela finalidade pública da contratação, a entidade estatal deverá selecionar os requisitos adequados para cada licitação e seu respectivo objeto entre os permitidos na lei. Isso se extrai inicialmente do art. 27, *caput*, conforme o qual a administração solicitará documentação “exclusivamente” sobre os itens apontados em seus incisos, ou seja, não inventará exigências que extrapolem as previsões legais.

Já o art. 32, §1º, dispõe que “a documentação de que tratam os art. 28 a 31 poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão”. Em linha com os comentários de Marçal Justen Filho,¹⁴ a dispensa de requisitos de habilitação caberá nos “casos em que não houver dilação temporal entre o momento da contratação e da execução da prestação por parte do particular”, ou seja, “quando a prestação for executada pelo particular imediatamente após avençado o contrato”, caso em que “não haverá necessidade em maior investigação da idoneidade dele”. Além disso, será aceitável “quando o

¹² DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 135.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 458.

¹⁴ *Ibid.*

montante quantitativo da licitação for reduzido ou quando a natureza do contrato não exigir maiores indagações sobre a situação subjetiva do interessado”.¹⁵

6. Habilitação em licitações internacionais

A Lei nº 8.666/1993 abordou de modo expresso as licitações internacionais ao tratar da fase de habilitação. Determina o art. 32, §4º, que:

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.

Perante esse rico parágrafo normativo, é preciso enfatizar inúmeros mandamentos. Em primeiro lugar, dele se extrai que a participação em licitações brasileiras se abre tanto a empresas estrangeiras que “*funcionem no país*” quanto a empresas estrangeiras “*que não funcionem no país*”. Ambas são sociedades constituídas sob leis estrangeiras e cuja sede não se encontra no país. No entanto, as primeiras operam em território nacional sob autorização governamental, inclusive por meio de contratos com o poder público, e desempenham suas atividades no solo brasileiro de forma contínua e permanente; enquanto as segundas não agem no território nacional, ou agem de forma eventual e isolada, mas podem celebrar contratos com o Brasil, por exemplo, após vencerem uma licitação conduzida por embaixada no exterior ou uma licitação realizada no país, mas cujo contrato se execute em território estrangeiro.

Em relação às primeiras empresas (sociedades estrangeiras em funcionamento no Brasil), o art. 32, §4º, não as menciona, mas o art. 28, inciso V, sim.

¹⁵ Pereira Júnior (José Torres Pereira Junior, *Comentários à Lei das Licitações e contratações da administração pública*, op. cit., p. 32) adverte, porém, que a prova de regularidade perante a seguridade social não pode ser afastada da habilitação, uma vez que a Constituição proíbe a contratação, pelo poder público, de pessoa jurídica em débito com a Previdência (art. 195, §3º, CF). Essa observação deve ser lida com ressalvas, pois naturalmente a comprovação do recolhimento apenas será exigível no caso de a empresa empregar mão de obra vinculada ao regime previdenciário brasileiro, o que nem sempre acontecerá.

De acordo com esse último dispositivo, conforme o caso, na documentação relativa à habilitação jurídica, é “possível” exigir do licitante, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no país, “decreto de autorização [...] e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir”. Embora a exigência pareça recair no espaço de discricionariedade do ente contratante, uma interpretação sistemática do direito brasileiro revela que a norma da Lei de Licitações não se sustenta.

Com efeito, em alguns momentos, a Lei de Licitações de 1993 deve ser interpretada à luz do direito civil, que disciplina as regras concernentes, entre outras, à personalidade jurídica. Como ressalta Bacellar Filho,¹⁶ o direito administrativo e o direito civil estão inseridos na mesma ordem constitucional, de modo que há uma construção de vasos de comunicação entre eles; um diálogo necessário que influencia a interpretação das relações regidas por ambos os ramos do direito. É exatamente o que ocorre nesse cenário.

O Código Civil de 2002 disciplina a sociedade estrangeira nos art. 1.134 a 1.141. Em apertada síntese, os referidos dispositivos: a) exigem que qualquer sociedade estrangeira solicite autorização do Executivo para funcionar no Brasil (art. 1.134); 2) permitem ao Estado brasileiro estabelecer condicionamentos à autorização no intuito de defender os “interesses nacionais” (art. 1.135); 3) exigem inscrição da empresa em livro especial para sociedades estrangeiras (art. 1.136); 4) impõem o respeito à legislação e a sujeição aos tribunais pátrios (art. 1.137); 5) determinam a abertura de representação permanente no Brasil com poder para resolver quaisquer questões e receber citação judicial pela sociedade; e 6) tornam obrigatória a aprovação pelo Estado de alterações no contrato social ou no estatuto como requisito de sua eficácia em território brasileiro (art. 1.139).¹⁷

Fora isso, cumpre frisar que as empresas estrangeiras que desejem operar no Brasil e acessar mercados públicos devem observar as regras contidas no Código Civil no que toca à autorização governamental e às demais exigências previstas nos artigos mencionados em momento anterior à fase de habilitação na licitação, em razão de dois motivos.

¹⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 28.

¹⁷ “O cumprimento das normas relativas à autorização e registro implica uma *equiparação jurídica* entre a sociedade estrangeira e a nacional, ficando ambas sujeitas *in totum* ao ordenamento jurídico brasileiro e à jurisdição nacional. A partir desse instante, os atos que as empresas estrangeiras praticam no Brasil sujeitam-se de modo integral ao direito e à jurisdição pátrios” (Egon Bockmann Moreira et al., *Licitação internacional e empresa estrangeira*, op. cit., p.77).

O primeiro reside no fato de que o art. 28, V, da Lei de Licitações é expresso a determinar que se apresente o decreto governamental de autorização no momento da habilitação da empresa. Já o segundo motivo diz respeito às dificuldades de se condicionar a assinatura do contrato a uma condição futura e incerta, uma vez que a autorização para funcionar no Brasil não ocorre de modo automático. Caso fosse autorizada a apresentação tardia do decreto governamental, a celebração do contrato administrativo poderia ser inviabilizada por conta do indeferimento da autorização ou por demora excessiva em sua expedição, casos em que se frustraria a licitação em prejuízo a interesses públicos primários.

Já no que se refere às empresas estrangeiras que *não funcionam* no país (inclusive as que meramente detêm ações de SPE),¹⁸ o Código Civil não se aplica, mas o art. 32, §4º, da Lei de Licitações prevê algumas normas relevantes. Por um lado, esse dispositivo confere a tais empresas o direito subjetivo de se habilitarem apenas com a juntada de *documentos equivalentes*, mas condiciona a aceitação destes e doutros documentos estrangeiros à autenticação consular e à tradução juramentada para o português. Por outro, o dispositivo demanda que as empresas mencionadas disponham de representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente. Contudo, referida exigência afigura-se despropositada à primeira vista. Afinal, se a empresa não funciona no Brasil, por que deveria ter representação em território nacional?

Para solucionar essa dúvida, é imprescindível distinguir certos casos. No primeiro, a empresa estrangeira que *não atuava* no Brasil vence a licitação e passa a agir em território nacional, hipótese em que necessitará cumprir as regras do CC, inclusive mediante a fixação de representação no país. No segundo, a empresa estrangeira ganha a licitação conduzida no Brasil,

¹⁸ A participação de sociedade estrangeira em sociedade de propósito específico não deve ser considerada atuação nacional para fins de aplicação das normas civilistas. De acordo com o art. 1.134 do Código Civil, as empresas estrangeiras não precisam de autorização quando são “acionista de sociedade anônima brasileira”. “Logo, é perfeitamente possível que uma empresa estrangeira que não atue no Brasil venha a participar da licitação se, ao final desta, ela vier a assumir unicamente a condição de acionista da sociedade de propósito específico responsável pela execução do objeto (desde que a SPE seja uma S.A.)”. (ibid., p. 87). Tal hipótese é relevante nos casos em que da licitação resultar um contrato de natureza concessória, nos termos do art. 9º, da Lei nº 11.079/2004 (Lei de PPPs), que exige a constituição de uma SPE, e do art. 20, da Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões), “que faculta que o Poder Concedente exija sua constituição previamente à execução do objeto, desde que haja previsão editalícia nesse sentido”. A incidência de tais regras pode conduzir, portanto, à possibilidade de participação de empresas estrangeiras em certames licitatórios relativos a projetos de infraestrutura, desde que não se configure a atuação isolada de empresa estrangeira (ibid., p. 87).

mas não se estabelece no país, pois executará o contrato a partir de território estrangeiro. No terceiro, a empresa atua fora do Brasil, ganha certa licitação realizada fora do país e executa o contrato no exterior.

Em virtude da pluralidade de hipóteses concebíveis — todas elas a demonstrar os diferentes graus possíveis de relação de um licitante estrangeiro com o território nacional —, o art. 32, §6º, adequadamente relativiza as exigências previstas no §4º. No entanto, essa mitigação atinge somente os casos de: 1) licitações internacionais para aquisição de bens e serviços cujo pagamento se faça com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte ou por agência estrangeira de cooperação; 2) compras, celebradas com empresa estrangeira, de equipamentos fabricados e entregues no exterior, com a condição de que haja prévia autorização do chefe do Executivo; e 3) aquisição de bens ou serviços realizada por unidades administrativas brasileiras com sede no exterior. Nessas três hipóteses, afasta-se igualmente a exigência de que o contrato contenha cláusula que declare o foro da sede da administração para dirimir qualquer questão contratual (art. 55, §2º).¹⁹

Ainda que seja compreensível e lógico em sua finalidade, o mandamento contido no §6º mostra-se bastante problemático, haja vista que nele se impõe o afastamento das exigências do §4º, mas não se explicitam quais, nem como. Todas as exigências cairão por terra ou apenas algumas? Os três casos excepcionais receberão tratamento idêntico? A solução desses problemas requer a interpretação lógica e teleológica dos dispositivos legais em comento.

No tocante às licitações realizadas *sob normas internacionais*, se os contratos forem executados no Brasil, é compreensível exigir a autorização de atuação da empresa no Brasil e a representação em território nacional por força das normas posteriores e superiores do Código Civil. Nesse caso, a ressalva do §6º perde o sentido. O direito à possibilidade de juntada de documentos equivalentes também deve ser mantido nessa hipótese, bem como a determinação de consularização como meio de reconhecimento de autenticidade de

¹⁹ Nos contratos em geral, o foro será sempre o local da sede do órgão da administração direta ou indireta que tenha celebrado o contrato, não sendo possível a escolha, pela própria administração pública, de foro diverso do local em que se situa. Para Justen Filho, o escopo desse mandamento é tutelar a soberania do Estado brasileiro, daí ser fundamental estabelecer a competência da jurisdição brasileira. No entanto, defende o autor que o §2º é parcialmente inconstitucional, pois, ao determinar a obrigatoriedade de cláusula de eleição de foro da sede da unidade administrativa, entra em conflito com o art. 109, §2º, da Constituição Federal, que faculta ao particular escolher o local em que litigará com a União (Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, op. cit.).

um documento produzido no exterior. Já a exigência de tradução dependerá das regras da entidade financiadora internacional.

Nos dois casos restantes (aquisição de equipamentos fabricados e entregues no exterior e aquisição de bens ou serviços por unidades estrangeiras), a representação no país torna-se desnecessária, pois o fato de o licitante estrangeiro vencer a licitação não o obriga a atuar no Brasil. Por reflexo, não terá que observar o Código Civil simplesmente por celebrar o contrato com a administração.²⁰ Já o direito do estrangeiro à juntada de documentos equivalentes na licitação para fins de habilitação se mantém por igual. Afinal, se ele não atua nem nunca atuou no Brasil, naturalmente não terá como juntar documentos nacionais. A seu turno, a consularização e a tradução mostram-se desnecessárias quando a contratação ocorrer no exterior, porém afigura-se oportuno exigir que o ente contratante providencie a documentação adequada a viabilizar o controle efetivo da licitação. Uma solução para tanto consiste em exigir dos interessados em licitações de unidades administrativas brasileiras no exterior a entrega de documentos em inglês.

Nos casos não enquadrados na exceção prevista no art. 32, §6º, da Lei nº 8.666/1993, os licitantes estrangeiros deverão observar o disposto no art. 32, §4º e apresentar, *sempre que possível*, “documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado”. Devem, ainda, “ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente”. Todos esses mandamentos merecem algumas considerações.

A consularização configura regra obrigatória para apresentação dos documentos das empresas estrangeiras, como já se manifestaram a Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais²¹ e o Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco,²² entre outros. Os documentos referentes à constituição de tais empresas, uma vez elaborados sob as leis de seu país de origem, devem ser submetidos ao crivo do consulado brasileiro, no intuito de se conferir sua autenticidade e para que tenham validade internamente.

²⁰ Em sentido semelhante ao aqui defendido, Marçal Justen Filho também relativiza as exceções do art. 32, §6º, ao afirmar que tal dispositivo se refere à parte final do §4º. O autor alerta, ainda, que, nos casos de contratos a serem cumpridos no exterior, dispositivo dessa natureza pode obstar a contratação das empresas (ibid.).

²¹ Resposta à Impugnação SEF 200/2011, Secretaria do Estado da Fazenda de Minas Gerais. Disponível em: <www.fazenda.mg.gov.br/empresas/licitacoes/concorrenncia/Resposta_Impugnacao_Concorrenncia_SEF_200_2011.pdf>.

²² TJPE. Ap. nº 56288-3/99. 2ª Câmara. DJ 10/08/2001. *Revista Fórum Administrativo — Direito Público*, a. 2, v. 16, jun. 2002.

Ademais, em tese, todo documento estrangeiro deve ser traduzido por um tradutor juramentado no Brasil. No entanto, tal regra vem sendo relativizada no intuito de assegurar a efetiva competitividade na licitação, como já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça.²³ Diferentemente da consularização, a ausência de tradução juramentada não é suficiente a ensejar a inabilitação da empresa licitante, já que constitui um vício formal facilmente sanável.

Por fim, a exigência de um representante legal com poderes para responder judicial ou administrativamente pela empresa constitui requisito indispensável, na medida em que facilita a relação da empresa estrangeira com a administração pública. O representante será o canal de comunicação entre a empresa estrangeira e a administração, devendo ter poderes para receber citação e responder judicial e administrativamente, de sorte a evitar delongas processuais (afinal, quando há representante, a citação da empresa não se efetiva por meio de carta rogatória). A representação deve, assim, perdurar até que se encerre o vínculo entre o particular e a administração pública; vínculo este que não se confunde com o fim do processo, mas se refere ao fim da conexão entre as partes contratantes.

7. Documentos equivalentes

O direito do licitante estrangeiro à juntada de documentos equivalentes merece comentários adicionais pela sua relevância para a real abertura dos mercados públicos brasileiros. 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.

Como se demonstrou, o art. 32, §4º, confere o direito de juntada de documento equivalente a empresas que não operam no Brasil. “Empresa” deve

²³ STJ, MS 5.281/DF, rel. Demócrito Reinaldo, rel. para acórdão min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Seção, j. 12/11/1997, DJ, 9/3/1998.

ser entendida como sinônimo de licitante estrangeiro, não somente como sociedades comerciais com propósito lucrativo e sede em outro país. Apesar da confusa redação do art. 32, §6º, demonstrou-se que a documentação equivalente vale também em licitações para aquisição de equipamentos fabricados e entregues no exterior ou de bens ou serviços por unidades estrangeiras.

Dúvida resta sobre a aplicação desse direito para empresas estrangeiras que atuam no país. Situações existem em que a licitação ocorre no Brasil e dela participa uma empresa estrangeira em fase de instalação ou recém-instalada no país. Em ambas as situações, o art. 32, §4º, a princípio não se aplicaria à luz de uma interpretação literal. Não obstante, defende-se que o direito de juntada de documentos equivalentes deverá beneficiar esses licitantes sob pena de colocá-los injustificadamente em situação desvantajosa em relação aos demais licitantes brasileiros e, pior, a licitantes estrangeiros que sequer operam no país. Em outras palavras: se uma empresa não vinculada ao Brasil desfruta do direito de juntar documentos equivalentes; uma empresa estrangeira recém-instalada no país há que gozar do mesmo benefício, sobretudo quando necessário para comprovar sua experiência técnica anterior.

A despeito dessas discussões, em qualquer das hipóteses narradas, o uso de documentos equivalentes se sujeita a condições. A Lei de Licitações exige a validação consular e a tradução juramentada. Tais requisitos legais sofrem exceções já debatidas, devendo-se aplicar em regra a licitações realizadas no Brasil. Diante da obrigatoriedade da consularização e da tradução, cabe à autoridade pública fixar, a partir dos limites mínimos estabelecidos em lei, um prazo razoável para entrega da documentação, ou seja, prazo que permita a observância das condições legais por licitantes estrangeiros e sua efetiva participação no certame.

Fora isso, é preciso discutir se e em que medida outros requisitos de limitação do uso de documentos equivalentes podem ser estabelecidos por lei estadual ou municipal, bem como por atos normativos da administração. Essa discussão é relativamente simples, pois se resolve mediante o emprego de técnicas de hierarquização das fontes do direito positivo e com suporte em normas de divisão de competências administrativas no federalismo brasileiro.

A competência exclusiva para editar normas de direito comercial, civil e normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertence ao Congresso Nacional. Como se viu, o direito à juntada de documento equivalente está assegurado na Lei Geral de Licitações e Contratos editada pelo Congresso e, a princípio, supõe-se que configura norma válida para todos os entes da federação. De outra parte, ao cuidar da matéria, a Lei nº 8.666/1993

não previu qualquer necessidade de detalhamento posterior, nem se valeu da técnica da deslegalização.

Esses motivos bastam para afirmar que estados e municípios prescindem de competência para modificar ou limitar a referida norma, por exemplo, mediante requisitos adicionais que dificultem ou obstem o direito subjetivo garantido ao licitante estrangeiro em certames estaduais ou locais. A mesma vedação atinge a administração pública de qualquer esfera federativa no exercício de seu poder normativo interno e em sua competência para elaborar atos convocatórios. Descabe ao ente contratante se valer do poder normativo interno para restringir o direito de juntada de documentos equivalentes.

A proibição de que estados da federação, municípios e entes da administração pública em geral limitem o direito em questão se sustenta igualmente no objetivo geral da vantajosidade, consagrado no art. 3º da Lei Geral de Licitações. Dele resulta o dever de o ente contratante tomar as medidas necessárias para estimular a competição no certame com o escopo de elevar as chances de o Estado celebrar o melhor contrato.

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 anteriormente 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.

8. Barreiras criadas por entidades profissionais

A participação de licitantes estrangeiros em certames brasileiros gera uma discussão inevitável acerca da relação entre condicionamentos legais ao exercício de atividades profissionais e legislação geral de licitação. Entra-se aqui em um debate sobre a validade de normas de leis federais, ordinárias ou complementares, que obstem a participação estrangeira e, por conseguinte, fecham os mercados públicos nacionais.

Um exemplo ajuda a ilustrar a discussão. A Lei nº 5.194/1966 regula o exercício das profissões de engenheiro.²⁴ Para o amplo campo da engenharia,

²⁴ Originariamente, a Lei também regia a profissão de arquiteto. No entanto, a partir de 2010, seu âmbito foi reduzido, pois a profissão de arquiteto passou a ser objeto da Lei nº 12.378 (ver art. 66).

o art. 2º, o art. 6º e o art. 15 da lei de 1966 estabelecem normas gerais sobre exercício legal e ilegal da profissão e sobre os efeitos do exercício ilegal para contratos de obras ou serviços de engenharia. Vale a transcrição:

Art. 2º. O *exercício, no país, da profissão de engenheiro...* observadas as condições de capacidade e demais exigências legais, é assegurado: a) aos que possuam, devidamente registrado, diploma de faculdade ou escola superior de engenharia [...], oficiais ou reconhecidas, existentes no País; b) aos que possuam, devidamente revalidado e registrado no País, diploma de faculdade ou escola estrangeira de ensino superior de engenharia [...], bem como os que tenham esse exercício amparado por convênios internacionais de intercâmbio; c) aos estrangeiros contratados que, a critério dos Conselhos Federal e Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, considerados a escassez de profissionais de determinada especialidade e o interesse nacional, tenham seus títulos registrados temporariamente.

Art. 6º. *Exerce ilegalmente a profissão de engenheiro [...]*: a) a pessoa física ou jurídica que realizar atos ou prestar serviço público ou privado reservado aos profissionais de que trata esta lei e que não possua registro nos Conselhos Regionais; b) o profissional que se incumbir de atividades estranhas às atribuições discriminadas em seu registro; c) o profissional que emprestar seu nome a pessoas, firmas, organizações ou empresas executoras de obras e serviços sem sua real participação nos trabalhos delas; d) o profissional que, suspenso de seu exercício, continue em atividade; e) a firma, organização ou sociedade que, na qualidade de pessoa jurídica, exercer atribuições reservadas aos profissionais da engenharia [...] com infringência do disposto no parágrafo único do art. 8º desta lei.

Art. 15. São *nulos de pleno direito os contratos* referentes a qualquer ramo da engenharia [...], inclusive a elaboração de projeto, direção ou execução de obras, quando firmados por entidade pública ou particular com pessoa física ou jurídica não legalmente habilitada a praticar a atividade nos termos desta lei.

No que se refere às pessoas jurídicas, a lei contém outras disposições relevantes. Conforme seu art. 59, *caput*:

As firmas, sociedades, associações, companhias, cooperativas e empresas em geral, que se organizem para executar obras ou serviços relacionados na forma estabelecida nesta lei, só poderão iniciar suas atividades depois de promoverem o competente registro nos Conselhos Regionais, bem como o dos profissionais do seu quadro técnico.

Já seu §3º dispõe que “o Conselho Federal estabelecerá, em resoluções, os requisitos que as firmas ou demais organizações previstas neste artigo deverão preencher para o seu registro”.

Com supedâneo nesse arcabouço normativo, editou-se a Resolução Confea nº 444/2010 para disciplinar os “procedimentos relativos ao consórcio de empresas, participação de empresas estrangeiras em licitações e acervo técnico de obras e serviços realizados no exterior”. Diga-se bem: embora a Lei Federal nº 5.194/1996 não tenha feito qualquer menção explícita a licitações ou licitantes estrangeiros, o órgão profissional estabeleceu normativa sobre o tema, na qual despontam inúmeras barreiras à entrada de licitantes estrangeiros nos mercados públicos brasileiros. Entre as diversas normas, a Resolução prescreve que:

- a) Os consórcios de empresas que objetivem participar de licitações no Brasil devem avisar ao Crea sua *intenção* e lhe entregar vasta documentação, incluído edital de licitação, a certidão de registro no Crea das empresas consorciadas etc. (art. 1º).
- b) As Câmaras Especializadas do Crea analisarão a documentação para “certificar-se” da *compatibilidade das empresas envolvidas com as atividades pleiteadas pelo consórcio*, com base nas informações constantes do edital (art. 2º).
- c) Empresas estrangeiras sem filiais devidamente registradas no país deverão juntar: documentos de constituição e de seu corpo técnico, comprovantes relativos ao acervo técnico dos profissionais delas encarregados com a devida consularização e tradução juramentada “*pelo menos trinta dias antes da data prevista para a realização da licitação*”; cópia do Edital de Licitação em que deseja participar; além de dados relativos aos seus representantes legais no país. O cumprimento desses requisitos permitirá, por um único ano, participação em licitações (art. 5º).

Esses três mandamentos inquestionavelmente geram dificuldades exacerbadas à entrada de estrangeiros em licitações brasileiras. Contudo, o impacto econômico de uma norma jurídica não é condição suficiente para o reconhecimento de sua invalidade. Daí por que se torna imprescindível

examinar, ainda que brevemente, se e por quais motivos os requisitos da referida resolução esbarram no princípio da legalidade.

Para tanto, uma série de razões poderia ser apontada, incluindo desde as limitações competenciais do Crea, a desconsideração dos diferentes modelos de licitações internacionais e dos modos de participação de licitantes estrangeiros, a colisão com normas gerais da Lei de Licitações e Contratos, inclusive no que tange ao direito de juntada de documento equivalente, até a incompatibilidade lógica com as normas do Código Civil.

Em primeiro lugar, é preciso buscar os fundamentos competenciais das resoluções do Crea. De acordo com previsão explícita do art. 2º da Lei nº 5.194/1966, os órgãos de engenharia detêm poder normativo para disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de engenheiro unicamente “no país”. A Resolução Confea, porém, mistura em suas normas situações em que licitantes estrangeiros, vencedores de uma licitação, passam ou não a atuar no país.

Contudo, se a licitação for realizada no Brasil, mas para produção de mercadoria e sua entrega no exterior, ou se for conduzida por entidade brasileira no exterior (como uma embaixada) ou mesmo sob normas de direito internacional, evidentemente que tais exigências não se aplicarão, quer por extrapolarem o âmbito de competência territorial do Crea, estabelecido no referido art. 2º, quer por afrontarem normas especiais, como as que regem licitações desenvolvidas em regime permeável a estipulações de acordos internacionais.

Isso significa que as normas da Lei nº 5.194 e de qualquer resolução nela baseada valem para o exercício da engenharia no território nacional e, por conseguinte, não são capazes de atingir todas as licitações brasileiras e todos os licitantes estrangeiros.

Em segundo lugar, por consequência do quanto exposto, não cabe ao Crea estabelecer, como fez no art. 5º da Resolução nº 444, qualquer restrição à empresa de engenharia sem filial no Brasil caso sua atuação não ocorra em território nacional. Além de lhe faltar competência (por força do art. 2º), o tratamento da participação licitatória de empresa que atue somente fora do Brasil consta de modo explícito do art. 32, §4º, da Lei de Licitações.

Mesmo que se desconsidere o vício de competência já discutido, o dispositivo da Lei Geral se sobreporá à normativa profissional por ser posterior e superior, além de específico quanto ao tema das licitações internacionais — o qual, vale reiterar, sequer consta de modo explícito do rol de competências regulamentares definido pela Lei nº 5.194/1966 (art. 27).

Em terceiro lugar, a Resolução, ao submeter às Câmaras Especializadas a análise da compatibilidade entre as empresas consorciadas e as atividades desenvolvidas pelo consórcio, extrapola a competência das referidas câmaras, que abarcam somente os poderes referidos pelo art. 46, Lei nº 5.194/1966, quais sejam:

a) julgar os casos de infração da presente lei, no âmbito de sua competência profissional específica; b) julgar as infrações do Código de Ética; c) aplicar as penalidades e multas previstas; d) apreciar e julgar os pedidos de registro de profissionais, das firmas, das entidades de direito público, das entidades de classe e das escolas ou faculdades na Região; e) elaborar as normas para a fiscalização das respectivas especializações profissionais; f) opinar sobre os assuntos de interesse comum de duas ou mais especializações profissionais, encaminhando-os ao Conselho Regional.

Logo, não consta das atribuições conferidas por lei às Câmaras Especializadas o poder de análise da compatibilidade entre empresas estrangeiras e consórcio. Reitere-se, por isso, que a Resolução extrapola os limites estabelecidos pela Lei nº 5.194/1966, o que demonstra sua ilegalidade por regulação excessiva, abusiva e anticompetitiva. Quem, de fato, deve se posicionar a respeito do alinhamento do consórcio às disposições do edital e da legislação é a Comissão da licitação, que analisará os documentos e as propostas dos licitantes, a fim de habilitá-los no certame.

Em quarto lugar, as restrições do art. 5º da resolução violam frontalmente o direito subjetivo à juntada de documentos equivalentes por empresas não atuantes no Brasil e as normas do Código Civil. A autorização de funcionamento e a representação no Brasil impõem-se somente a empresas com atuação no território nacional. Empresas estrangeiras que ainda não atuem no país estão dispensadas de todos esses requisitos por interpretação negativa do Código. Em complemento, de acordo com a Lei de Licitações, essas mesmas empresas detêm direito subjetivo à juntada de documentos equivalentes, cujas consularização e tradução, inclusive, aceitam dispensa em inúmeras hipóteses (tal como demonstram as exceções previstas no art. 32, §6º).

Ainda que a norma da Resolução em comento fosse aceitável sob uma análise de hierarquia das fontes e de divisão de competências, ela permaneceria incompatível com o direito positivo por esbarrar nos princípios da vantajosidade e da competição, ambos regentes do modelo licitatório

brasileiro. O art. 5º da resolução dispõe que as empresas estrangeiras sem filial no Brasil teriam que informar ao Crea sua intenção de licitar e juntar documentação para análise da entidade profissional com, pelo menos, 30 dias de antecedência da data prevista para a licitação.

A abusividade dessa determinação é patente, pois se sabe que muitas licitações sequer oferecem 30 dias para entrega de documentação, tal como se vislumbra nos prazos previstos na Lei nº 8.666 (art. 21, §2º). É possível estipular cinco dias para entrega de documentos no convite; 15 dias nas tomadas de preço em geral e leilões e 30 dias para tomadas de preço nos tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço”, bem como 30 dias para concorrências em geral, salvo algumas exceções legais. Em qualquer dessas situações, ou seja, na quase totalidade das licitações, o prazo mínimo de 30 dias para encaminhamento do pedido ao Crea jamais poderá ser cumprido.

Isso justifica a suspeita de que a exigência de juntada de documentos ao Crea no prazo mínimo de 30 dias (maior que o prazo de entrega de documentação na grande parte das licitações) constitui somente uma forma disfarçada de excluir ou de dificultar a participação de entidades estrangeiras em certames internacionais realizados pelo Brasil.

A finalidade anticoncorrencial do dispositivo se confirma quando a ele se agrega o dever de a empresa estrangeira informar ao Crea em que licitação específica deseja participar. A informação antecipada não somente cria um tratamento discriminatório nocivo das empresas estrangeiras em relação às brasileiras, como eleva seus custos de participação no certame e ainda afasta o elemento surpresa inerente à competição efetiva na licitação, dado o risco de vazamento dessas informações estratégicas para outros agentes de mercado interessados na disputa.

Em síntese, o art. 5º da resolução não se compatibiliza nem com o regime de empresas estrangeiras sem atuação no Brasil, nem com o regime das empresas estrangeiras com atuação nacional. Como dito, as primeiras sujeitam-se a regime licitatório especial, do qual consta o direito subjetivo à juntada de documentos equivalentes e se afastam as exigências de autorização para funcionamento no Brasil. Já as segundas, por atuarem no território nacional, passam por processo de autorização conduzido pelo governo federal e determinado por lei, devendo-se submeter ao mesmo regime das empresas nacionais, daí por que jamais poderiam ser forçadas a informar ao Crea suas intenções de participar em licitações.

9. Consórcios e empresas estrangeiras

Para objetos contratuais mais complexos, é usual que os licitantes se unam por mecanismos de cooperação, como o consórcio empresarial. Em regra, os consórcios se constituem por agentes econômicos atuantes no Brasil, mas não é de se destacar a possibilidade de que, por questões de conveniência empresarial, eles envolvam estrangeiros.

Para essa hipótese específica, o legislador buscou oferecer alguns direcionamentos no art. 33, §1º, da Lei nº 8.666/1993. De acordo com esse dispositivo, “no consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo” (inciso que faz referência ao cumprimento das condições de liderança previstas no ato convocatório).

Alguns autores defendem a inconstitucionalidade desse dispositivo. Para Marçal Justen Filho,²⁵ uma vez que a administração pública pode realizar contratos com empresas estrangeiras, a proibição de que elas sejam líderes em um consórcio se mostra descabida. Ademais, tal impedimento se afigura com uma interferência indevida na liberdade de concorrência e no exercício de profissões. Acompanha este posicionamento Rafael Wallbach Schwind,²⁶ que entende o dispositivo como um violador da isonomia, já que em um consórcio formado exclusivamente por empresas estrangeiras não há qualquer vedação de liderança a uma delas.

Acredita-se, porém, que a boa compreensão do mandamento legal requer um exame histórico e, posteriormente, algumas distinções de cenário. É preciso partir, nesse sentido, da redação da Constituição da República de 1988, vigente até 1993, ano em que a Lei de Licitações foi promulgada. Àquela época, a Emenda Constitucional nº 6/1995 ainda não havia sido editada, motivo pelo qual vigia o art. 171, §2º, da CF, cujo teor merece transcrição: “Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional”. Por sua vez, o art. 171, II, definia a empresa brasileira de capital nacional como:

[...] aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no

²⁵ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, op. cit.

²⁶ Rafael Wallbach Schwind, *Licitações internacionais*, op. cit., p. 71.

País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

Com a Emenda Constitucional nº 6/1995, o art. 171 foi completamente revogado, sobrevivendo ao Estado o mero dever de conferir “tratamento favorecido para as *empresas de pequeno porte* constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país” (conforme o art. 170, IX, incluído pela referida emenda).

Por conseguinte, a diretriz de tratamento favorecido para empresas brasileiras de capital nacional, salvo quando de pequeno porte, caiu por terra. Essa constatação é relevante, uma vez que se elaborou e se editou a Lei de Licitações antes da emenda, do que resulta: 1) a suposição de que seu texto sofreu a influência do então existente art. 171 e 2) a necessidade de se reinterpretar o art. 33, §1º, à luz do texto constitucional modificado.

É com base nessas premissas que se deve observar a pretensa obrigatoriedade de liderança do consórcio por empresa brasileira. Quando da sua criação, a norma se sustentava no art. 171 da Constituição. Hoje, contudo, a raiz constitucional desapareceu, e tanto é assim que a legislação posterior sequer faz menção a esse requisito. É o que se vislumbra na Lei nº 8.987/1995 (art. 19) e na Lei nº 9.074/1995, que tratam de contratos de concessão, e na Lei nº 12.462/2011 (art. 14, parágrafo único), referente ao regime diferenciado de contratação.

Em vista desses diplomas, a interpretação correta da Lei nº 8.666 se pauta pela lógica *a maiore, ad minus*. Como a liderança pela empresa brasileira é desnecessária para contratos custosos e extremamente complexos, com execução no Brasil e essenciais à vida da população, igualmente será para meros contratos operacionais, desvinculados da prestação de serviços públicos, como os contratos de obras, serviços e bens da Lei nº 8.666.

A norma de liderança para contratos instrumentais prevista na Lei nº 8.666/1993 deve ser, por conseguinte, relativizada e interpretada de modo lógico e sistemático. Para tanto, mostra-se fundamental resgatar a diferença básica entre empresas estrangeiras *com* e *sem* atuação no Brasil.

No primeiro caso, da empresa estrangeira *com* atuação no Brasil, devidamente autorizada pelos órgãos federais, não há razão para se impor a liderança da empresa brasileira, já que a estrangeira aqui atuante deverá possuir representação no país, inclusive com poderes para “resolver quaisquer questões e receber citação judicial pela sociedade”, além de adaptar

seu contrato social ou seu estatuto às normas nacionais (arts. 1138 e 1139 do Código Civil).

Assim, o fato de a empresa líder ser estrangeira não gera *a priori* obstáculos para que a administração contratante gerencie o contrato com eficiência. Se a empresa estrangeira atuar no Brasil mediante cumprimento das exigências do Código Civil, vedar sua liderança no consórcio implicará afrontar o princípio da igualdade dos licitantes (art. 3º da Lei nº 8.666/1993), sobretudo após a extinção da norma constitucional que autorizava diferenciação entre licitante estrangeiro e brasileiro.

No segundo caso, a situação afigura-se distinta, pois o consórcio seria liderado por empresa estrangeira *sem atuação* no Brasil (exatamente as empresas mencionadas no art. 32, §4º, da Lei de Licitações, parágrafo antes debatido). Sob essas circunstâncias, cumpre distinguir duas hipóteses. Na primeira, imagine-se um consórcio formado para executar um contrato administrativo no Brasil. Para ele, valerá a proibição da liderança por empresa estrangeira sem atuação no país.

Na segunda, tomem-se os casos do art. 32, §6º, da Lei nº 8.666/1993, como licitações para aquisição de equipamentos fabricados e entregues no exterior e para aquisição de bens ou serviços por unidades estrangeiras. Em casos assim, a exigência de liderança nacional torna-se novamente inócua, imotivada e indevida.

10. Julgamento: regras especiais

Ao tratar das licitações internacionais, a preocupação do legislador brasileiro não se limitou à necessária adaptação da fase de habilitação à participação de licitantes estrangeiros. Além das diversas regras excepcionais até agora examinadas, a Lei nº 8.666/1993 contém dispositivos sobre o julgamento das propostas comerciais juntadas por agentes econômicos desse gênero.

O mandamento mais proeminente nesse cenário é o do art. 44, §4º, que estende a propostas baseadas em mão de obra estrangeira a proibição de aceitação de “preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos [...]” (art. 44, §3º).

Em sua redação originária, o §4º estendia a aplicação do §3º às propostas dos *licitantes estrangeiros*, mas estabelecia como referência “os mercados nos

países de origem". Com isso, o dispositivo prejudicava os licitantes brasileiros, submetendo-os a eventual confronto desvantajoso com a empresa estrangeira, que poderia contratar mão de obra em outros mercados por preços inferiores aos praticados no Brasil, reduzindo sobremaneira os custos finais dos bens e serviços licitados.

Ainda no tocante aos aspectos da proposta comercial e do julgamento, dois outros artigos merecem consideração. O art. 40, IX, prevê que o edital indicará obrigatoriamente "*condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais*". De outra parte, conforme o art. 42, §1º, "quando for permitido ao *licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira*, igualmente o poderá fazer o *licitante brasileiro*".

Já o §3º do art. 42 impõe que "*as garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes às aquelas oferecidas ao licitante estrangeiro*". E, na dicção do §4º, com o propósito 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 [...]*".

Apesar das dúvidas acerca da constitucionalidade do §4º,²⁷ o objetivo de todos os mandamentos apontados se resume a promover o tratamento formalmente isonômico de licitantes estrangeiros e brasileiros, de sorte a vedar condições mais favoráveis a agentes econômicos externos em detrimento dos nacionais. As normas em nenhum momento autorizam que a administração pública brasileira construa um cenário de protecionismo ou de vantagens indevidas aos brasileiros. Isso se extrai claramente do art. 3º, §1º, II, da lei, de acordo com o qual é vedado aos agentes públicos:

[...] 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.

²⁷ Para Marçal Justen Filho, acrescer às propostas estrangeiras a carga tributária brasileira apenas seria cabível se a tributação fosse, de fato, devida ao Fisco. Segundo o autor, isso ocorre porque cada Estado possui seu próprio sistema tributário que influencia os custos dos bens licitados. Por esse motivo, não teria nenhuma justificativa plausível acrescer à proposta estrangeira os custos tributários nacionais. Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, op. cit.

Referido mandamento não impede todo e qualquer tipo de medida discriminatória no edital, mas simplesmente exige que não se destrua indevidamente a concorrência por meio de certas restrições a princípio indevidas. De acordo com Egon Bockmann Moreira e colaboradores,²⁸ regras discriminatórias para empresas estrangeiras serão aceitáveis desde que se destinem a “impedir que a igualdade seja corrompida por meio de atos e fatos exteriores à sociedade empresarial que pretende licitar”.

Daí a importância de se possibilitar a cotação de preço em moeda estrangeira e outras ações necessárias a equalizar as condições de competição ou, nas palavras de Justen Filho,²⁹ oferecer um mesmo denominador a permitir a comparação. Sem essas cautelas, certamente a administração incorrerá em graves erros ao comparar propostas de licitantes brasileiros e estrangeiros e ao buscar selecionar a proposta mais vantajosa.

11. Conclusão

A atração de licitantes estrangeiros a licitações brasileiras contribui não somente para que se contornem as implicações derivadas da política de combate à corrupção sobre os mercados públicos, senão igualmente para fomentar a competição por diversos tipos de contratos administrativos, para reduzir os riscos de colusão e para permitir que a administração pública celebre contratos cada vez mais vantajosos.

O desejo de promover a abertura dos mercados públicos esbarra, contudo, em obstáculos jurídicos. Nas linhas anteriores, demonstrou-se que a Lei Geral de Licitações e Contratos não disciplina a participação de licitantes estrangeiros de modo tão simples.

É preciso reconhecer que a lei não ignorou o tema por completo, nem deixou de tratar de peculiaridades relativas à fase de habilitação e julgamento de estrangeiros. No entanto, prescinde-se de uma definição clara de licitação internacional, de uma sistematização dos dispositivos relevantes e de harmonia plena entre o texto legal e o contexto político, econômico e constitucional vigente.

A partir da análise sistemática dos dispositivos legais, o artigo buscou apontar esses problemas e contribuir para superá-los em certa medida. Sob

²⁸ Egon Bockmann Moreira et al., *Licitação internacional e empresa estrangeira*, op. cit., p. 73.

²⁹ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, op. cit.

esse escopo, diferenciou-se a licitação internacional da licitação sob normas internacionais, mostrando-se que aquela se destina principalmente à atração de agentes econômicos que ainda não operam no Brasil.

Ademais, apontou-se a problemática da habilitação no intuito de destacar que as empresas estrangeiras com atuação no Brasil sujeitam-se ao Código Civil e, na licitação, recebem tratamento diverso ao das empresas estrangeiras não atuantes no país.

A respeito dessas últimas, destacou-se a relevância do direito subjetivo à juntada de documentos equivalentes, o qual, como dito, não pode ser derogado ou obstaculizado por normas de entidades profissionais, como o Crea, sobretudo quando criadas sem suporte em lei formal. Enfim, abordaram-se algumas das possíveis adaptações permitidas pela lei à fase de julgamento diante de agentes estrangeiros.

Sem prejuízo, *de lege ferenda*, seria relevante que o legislador pátrio ponderasse a necessidade de rever a disciplina legal do tema com o objetivo de sistematizá-la e atualizá-la ante o texto constitucional vigente, às diversas leis licitatórias, aos problemas nacionais vividos nos últimos anos e, por natural, à imprescindibilidade de se garantir de modo permanente a concretização da isonomia e da vantajosidade como objetivos centrais do modelo de contratações públicas.

Referências

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRETELLA JUNIOR, José. Estrangeiro e a licitação pública. In: FRANCO, Vera Helena de Mello. *Negócios e o direito: sobrevivência legal no Brasil*. São Paulo: Maltese, 1992.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Temas polêmicos de licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. Concorrência, execução de serviços, empresa estrangeira, qualificação, irregularidade, proposta, preço, cotação, moeda estrangeira, impossibilidade. *Boletim de Licitações e Contratos*, v. 5, n. 11, p. 427-435, nov. 1992.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: os cenários brasileiro e europeu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, p. 67-106, maio/ago. 2015.

MUKAI, Toshio. As licitações internacionais, as normas da Lei 8.666/93 e as dos organismos financeiros internacionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 208, p. 81-82, 1997.

_____. *Licitações e contratos públicos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Licitação internacional: normas nacionais × normas estrangeiras. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 7, p. 67-106, jul./set. 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDE-7-JULHO-ANDERSON%20PEDRA.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2016.

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

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Licitações internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SOUZA, Márcio Luiz Dutra de. *Drawback* para fornecimento no mercado interno e o conceito de licitação internacional. *Revista Virtual da AGU*, a. VII, n. 68, p. 1-18, paginação digital, set. 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. Licitante estrangeiro — quando não é necessário o Decreto de Autorização de Funcionamento. In: _____. *Pareceres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. III.