

LICITAÇÕES INTERNACIONAIS

Rafael Wallbach Schwind

rafael@justen.com.br

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
E SEGURANÇA PÚBLICA



PLANO DE EXPOSIÇÃO

- 1. O que é licitação internacional?**
- 2. Licitações com financiamento estrangeiro**
- 3. Participação de estrangeiros em licitações**
- 4. (Possível) adesão do Brasil ao Acordo de Compras Governamentais da OMC**
- 5. Conclusões**

1. O QUE É LICITAÇÃO INTERNACIONAL?

1.1. Ausência de definição nas Leis 8.666, 10.520 e 12.462.

1.2. Critérios equivocadamente apontados:

- a) Realização no exterior
- b) Divulgação no exterior
- c) Recursos de fonte externa
- d) Participação de estrangeiros
- e) Desnecessidade de autorização para funcionamento no Brasil

1. O QUE É LICITAÇÃO INTERNACIONAL?

1.3. Definição legal: art. 6º, inc. XXXV, da Lei 14.133:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

*XXXV - licitação internacional: licitação processada em território nacional na qual é admitida a participação de licitantes estrangeiros, com a possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira, **ou** licitação na qual o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro;*

1. O QUE É LICITAÇÃO INTERNACIONAL?

1.4. Elementos da definição legal (art. 6º, inc. XXXV, da Lei 14.133):

- a) Processada em território nacional.
- b) Admissão de estrangeiros.
- c) Possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira.

Ou

- d) Licitação em que o objeto pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro.

1. O QUE É LICITAÇÃO INTERNACIONAL?

1.5. Esclarecimentos fundamentais:

- a) A participação de estrangeiros não é permitida apenas nas licitações internacionais: é a regra geral para todas as licitações.
- b) A questão da autorização para funcionamento no país: não tratada pela nova lei.

1.6. Sistematização:

- a) Licitações com financiamento externo.
- b) Peculiaridades relacionadas à participação de estrangeiros.
- c) Possível ingresso no Brasil no Acordo de Compras Governamentais da OMC

2. LICITAÇÕES COM FINANCIAMENTO ESTRANGEIRO

2.1. Base normativa:

- a) Acordos internacionais – força de lei – controle de constitucionalidade prévio.
- b) Regras editadas por organismos internacionais de que o Brasil faz parte (antes: Lei 8.666, art. 42, §5º; agora: Lei 14.133, art. 1º, §3º).

2.2. Principais organismos internacionais:

- a) Banco Mundial (BIRD)
- b) Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID)

2. LICITAÇÕES COM FINANCIAMENTO ESTRANGEIRO

2.3. Cinco requisitos para aplicação das diretrizes (*guidelines*)

– **art. 1º, §3º, da Lei 14.133:**

- a) Imposição do organismo internacional para o empréstimo ou doação.
- b) Origem estrangeira dos recursos.
 - A questão do “cost sharing” – sem percentual mínimo.
 - A questão da mera intermediação (PNUD) – “Manual de Convergência de Normas Licitatórias”.

2. LICITAÇÕES COM FINANCIAMENTO ESTRANGEIRO

2.3. Cinco requisitos para aplicação das diretrizes (*guidelines*)

– *art. 1º, §3º*

c) Não conflitar com os princípios constitucionais em vigor.

- Antes, a Lei 8.666 falava apenas em “aplicação do princípio do julgamento objetivo”.

- Trata-se normalmente de um empréstimo.

d) Indicação no contrato de empréstimo ou doação.

e) Parecer “favorável” do órgão jurídico contratante do financiamento previamente à celebração do contrato.

f) Despacho motivado pela autoridade superior da administração do financiamento **[VETADO]**

2. LICITAÇÕES COM FINANCIAMENTO ESTRANGEIRO

2.4. Diferenças em relação a licitações sem financiamento externo

- a) Critérios de julgamento diferenciados.
- b) Modificações procedimentais.
- c) Requisitos de qualificação diferenciados.
- d) Negociação de preços e outras condições da proposta.
- e) Modelo "dual" no BID e no Banco Mundial (obras/serviços/bens x consultores)

2. LICITAÇÕES COM FINANCIAMENTO ESTRANGEIRO

2.5. A atuação do organismo internacional:

- a) Aprovação do edital.
- b) Exame dos atos praticados (“não objeções”).
- c) Decisão de reclamações e protestos.
- d) Fiscalização da aplicação dos recursos.
- e) Legitimidade processual.

Caso: “Linha Verde” (Curitiba) – antigo “Eixo Metropolitano”.

2. LICITAÇÕES COM FINANCIAMENTO ESTRANGEIRO

2.6. Impedimento de licitante penalizado pelos entes financiadores (art. 14, § 5º):

*§ 5º Em licitações e contratações realizadas no âmbito de projetos e programas parcialmente financiados por agência oficial de cooperação estrangeira ou por organismo financeiro internacional com recursos do financiamento ou da contrapartida nacional, não poderá participar pessoa física ou jurídica que integre o **rol de pessoas sancionadas por essas entidades** ou que seja declarada inidônea nos termos desta Lei.*

2. LICITAÇÕES COM FINANCIAMENTO ESTRANGEIRO

2.7. Licitações com recursos do Banco Mundial (BIRD):

a) Métodos de Seleção:

a.1) Solicitação de Proposta (SDP)

a.2) Solicitação de Oferta (SDO)

a.3) Solicitação de Cotação (SDC)

a.4) Contratação Direta (CD)

2. LICITAÇÕES COM FINANCIAMENTO ESTRANGEIRO

2.7. Licitações com recursos do Banco Mundial (BIRD):

b) Abordagens de Mercado:

b.1) Licitação Pública

b.2) Licitação Limitada

2. LICITAÇÕES COM FINANCIAMENTO ESTRANGEIRO

2.7. Licitações com recursos do Banco Mundial (BIRD):

c) Formatos de Seleção:

- c.1) Diálogo Competitivo*
- c.2) Parcerias Público-Privadas*
- c.3) Agências da ONU*
- c.4) Práticas Comerciais*
- c.5) Pregões Eletrônicos*
- c.6) Programa de Importação*
- c.7) Commodities*
- c.8) Participação Comunitária*
- c.9) Execução Direta*

2. LICITAÇÕES COM FINANCIAMENTO ESTRANGEIRO

2.7. Licitações com recursos do Banco Mundial (BIRD):

d) Tipos de Contrato:

d.1) Contratos de empreitada por preço global

d.2) Contratos baseados em desempenho

d.3) Contratos baseados em preço unitário

d.4) Contratos por tempo

d.5) Contratos mediante reembolso de custos

d.6) Acordos-marco

d.7) Parcerias público-privadas

3. PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS

3.1. Panorama geral:

- a) **Possibilidade** de participação de estrangeiros na generalidade das licitações.
- b) Entretanto, há muitas **dificuldades**. Exemplos:
 - Autorização governamental (arts. 1134 a 1143 do Código Civil) quando envolve “funcionamento no Brasil”.
 - Autorização como requisito de habilitação na Lei 8.666.
 - Dificuldades documentais formais.
 - “Equalização” das propostas.

3. PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS

3.1. Panorama geral:

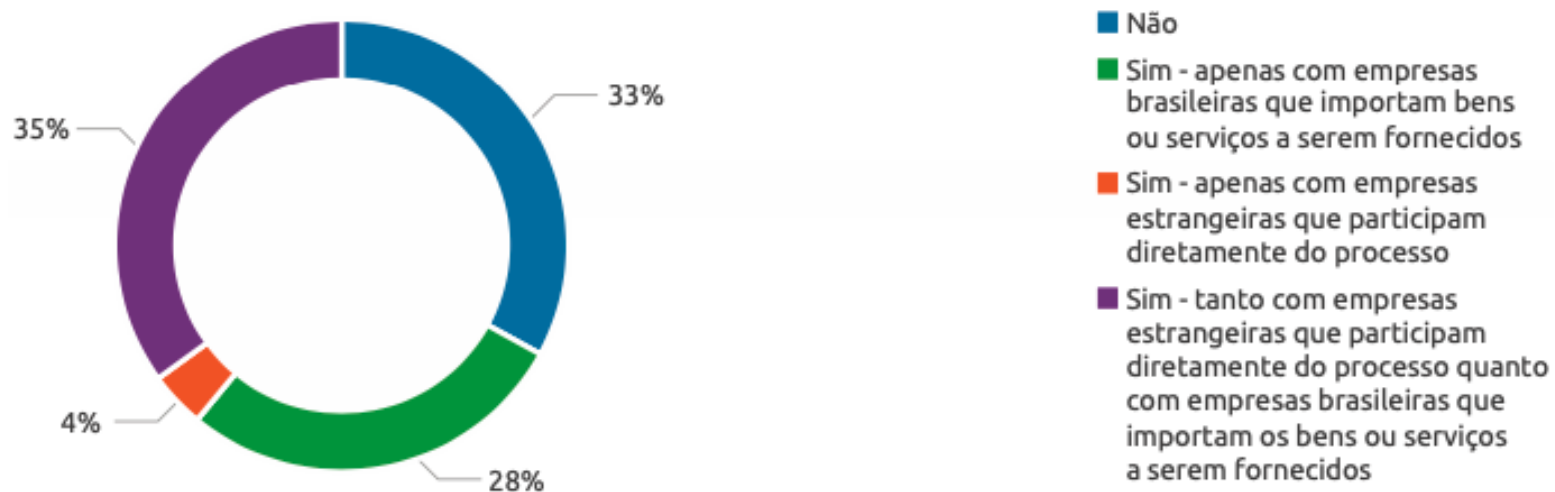
c) Decorrências práticas:

- Apenas **6,83%** dos gastos com compras públicas são aplicados em contratações de empresas estrangeiras.
- Ministério da Saúde foi responsável por **88,67%** das compras públicas junto a licitantes estrangeiros.

3. PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS

3.1. Panorama geral:

GRÁFICO 6 – Nas compras governamentais brasileiras de que participa, as empresas concorrem usualmente com empresas estrangeiras ou com empresas brasileiras que importam os bens ou serviços a serem fornecidos?



Elaboração: CNI

3. PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS

3.2. Possíveis endereçamentos a esse panorama:

- a) Revisão da legislação nacional que trata das licitações.
- b) Possível ingresso do Brasil no Acordo de Compras Governamentais da OMC.

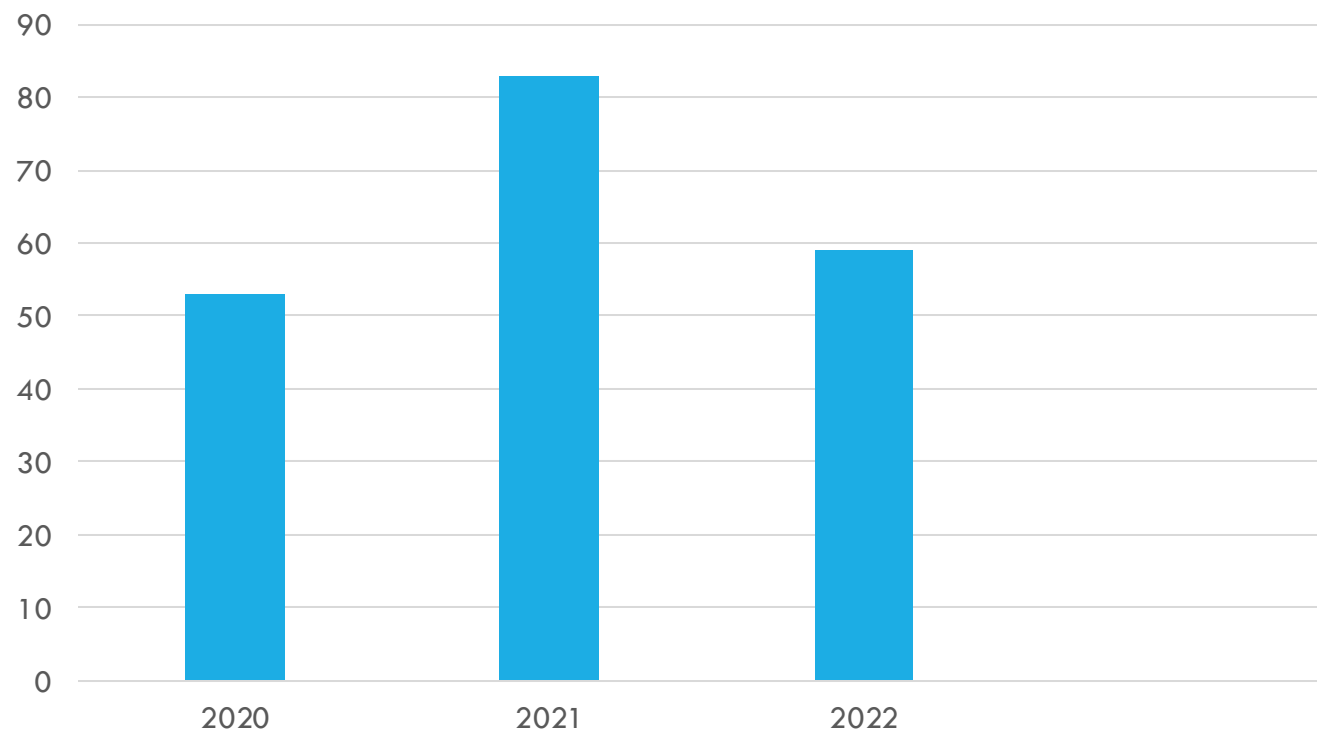
3. PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS

3.3. Processo de revisão da legislação nacional:

- a) **Decreto Federal 10.024/2019**: documentos equivalentes, tradução inicialmente livre; tradução juramentada apenas para assinatura do contrato ou ata de registro de preços.
- b) **Instrução Normativa n. 10/2020** da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital: cadastro de empresas estrangeiras no **Sicaf**:
 - Tradução livre - juramentada apenas para assinatura.
 - Representante legal no país apenas para assinatura.

3. PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS

Licitantes estrangeiros credenciados



3. PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS

3.4. Regra geral: possibilidade de participação de estrangeiros mesmo em licitações não qualificadas como “internacionais”.

3.5. Exceção: atividades restritas a brasileiros.

3.6. Tratamento isonômico (antes: art. 3º, §1º, II, da Lei 8.666 – agora: art. 9º, II, da Lei 14.133).

3.7. Exceções legais (exemplos):

- a) Lei 12.349 (incentivo ao desenvolvimento nacional)
- b) Lei 12.598 (setor de defesa)
- c) Lei 14.133: (margens de preferência) – art. 3º, §5º (nacionais) e Mercosul; art. 26, III.

3. PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS

3.8. Requisitos legais para a participação de estrangeiros:

3.8.1. *Autorização para funcionamento no Brasil (Decreto)*

- Disciplina legal (Código Civil, arts. 1.134 a 1.143).
- Desnecessidade em licitações internacionais.
- A conversão de consórcio em SPE (S.A. ou Ltda.).

Caso: TRF1, AC 2009.61.00.012923-2, Rel. Consuelo Yoshida, j. 6.7.2010.

- Momento da comprovação: na habilitação (revisão com a Lei 14.133).

Caso: Metrô-SP – extensão da Linha 2 - Verde (2013).

3. PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS

3.8.2. Apresentação de documentos pelos licitantes estrangeiros

a) Admitem-se documentos equivalentes (art. 70, parágrafo único).

Caso: Licitação da Banda B da telefonia celular – STJ.

Caso: Metrô Fortaleza (declaração da Embaixada da Espanha).

Caso: TJPR – AC 840.064-2, Rel. Rogério Ribas, j. 3.4.2012 (direito alemão).

b) Documentos emitidos por entidades estrangeiras, desde que idôneas e traduzidos para o português (art. 67, § 4º).

c) Registro na entidade profissional competente: comprovação do requerimento na assinatura do contrato (art. 67, § 7º).

3. PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS

3.8.3. A representação legal no Brasil

Não se exige mais expressamente na lei:

- a) Poderes e responsabilidade do representante.
- b) Residência e domicílio do representante.
- c) Formatação jurídica da representação.
- d) Prazo da representação.
- e) Momento de comprovação.

3. PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS

3.8.4. A participação da empresa estrangeira em consórcio

- a) Possibilidade.
- b) Não há mais a previsão (inconstitucional e ilógica) de que a empresa nacional deve ser a líder do consórcio (art. 33, §1º, da Lei 8.666).

3. PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS

3.9. Moeda e pagamentos nas licitações internacionais (art. 52):

- a) Possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira.
- b) Fixação de condições equivalentes de pagamento – mas o licitante brasileiro receberá em moeda corrente nacional.
- c) Conversão da moeda para pagamento (não fala mais em taxa de câmbio).
- d) As garantias de pagamento: isonomia.

3. PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS

3.10. Fim da “equalização” das propostas (art. 42, §4º da Lei 8.666)

- Qual é a “carga fiscal” brasileira?
- Mecanismos de elisão fiscal.
- E a carga fiscal estrangeira?
- Proposta: equalização quando causar despesa maior para a Administração.

Caso: Acórdão 2.238/2013-Plenário TCU, Rel. Min. José Jorge, j. 21.8.2013.

- Lei 14.133, art. 52, § 4º: *“Os gravames incidentes sobre os preços constarão do edital e serão definidos a partir de estimativas ou médias dos tributos”.*

4. A ADESÃO DO BRASIL AO ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC



- a) É um **acordo plurilateral** firmado sob o manto da OMC.
- b) **Abertura recíproca** dos “mercados de contratações públicas” dos signatários.
- c) A regra geral é o **tratamento isonômico e não discriminatório**: o mesmo tratamento dado aos nacionais deve ser atribuído aos estrangeiros.

4. A ADESÃO DO BRASIL AO ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC



- d) **Não se aplica a todas as contratações.** Definição no procedimento de adesão a respeito de valores mínimos e extensões vertical e horizontal (p.ex., entes subnacionais).
- e) **Mecanismos:** (i) divulgação pelos canais da OMC, (ii) obrigatoriedade de observação dos princípios do Acordo e (iii) possibilidade de reclamação ao Comitê de Resolução de Controvérsias da OMC.
- f) **Regras transitórias de incentivo à produção local.**

4. A ADEÇÃO DO BRASIL AO ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC



Brasil:

- a) Observador desde 2017.
- b) Requereu acesso em 2020.
- c) Maior mercado doméstico da América Latina.
- d) Está negociando ativamente o seu ingresso.
- e) Diferentemente de outros países da América Latina.

4. A ADEÇÃO DO BRASIL AO ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC



Brasil: de observador a pretendente (razões – 2019):

- a) Acesso ao mercado de contratações públicas de outros 48 signatários do Acordo (aproximadamente US\$ 1,7 trilhões por ano);
- b) Redução de custos nas compras governamentais: (1) aumento da competitividade com mais empresas e (2) maior dificuldade para práticas anticompetitivas e de corrupção.
- c) Sinal positivo acerca da intenção de ingresso na OCDE.

4. A ADESÃO DO BRASIL AO ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC

| State | Initial application | First offer | Final or most recent offer | Accession (or equivalent) |
|-----------------------|---------------------|---------------------------|---------------------------------------|------------------------------------|
| China | 27.12.2007 | 07.01.2008 | 21.10.2019 (6 th offer) | ... |
| Moldavia | 08.01.2002 | 09.01.2002 (checklist) | 30.01.2015 (5 th offer) | 29.06.2016 |
| Ukraine | 09.02.2011 | 13.12.2012 | 29.06.2015 (5 th offer) | 27.04.2016 |
| New Zealand | 01.10.2012 | 01.10.2012 | 21.07.2014 (4 th offer) | 20.07.2015 |
| Montenegro | 04.10.2013 | 04.11.2013 | 18.07.2014 (4 th offer) | 02.07.2015 |
| Tajikistan | 12.02.2015 | 16.02.2015 | 04.02.2020 (5 th offer) | ... |
| Australia | 02.06.2015 | 08.09.2015 | 07.03.2018 (4 th offer) | 16.04.2019 (depósito) |
| Russia | 22.08.2016 | 07.06.2017 | ... | ... |
| United Kingdom | 05.06.2018 | 14.06.2018 | 02.10.2020 (2 nd offer) | 28.02.2019 (Committee decision) |
| Brazil | 18.05.2020 | 03.02.2021 | 25.11.2021 (2 nd offer) | ... |

4. A ADEÇÃO DO BRASIL AO ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC

Primeira oferta do Brasil (2021):

- **Precedida de um processo de consulta pública (agosto de 2020)**
- **Compromissos de cobertura do Acordo:**
 - a) “Thresholds” – US\$ 186 mil (US\$ 7,15M em construção).
 - b) Entidades subnacionais – Distrito Federal e Estados do Amazonas, Minas Gerais, Pará, Paraná e Rio Grande do Sul. US\$ 286 mil (US\$ 7,15M).
 - c) Empresas estatais e outros – 42 entidades (Porto de Paranaguá, Central de Abastecimento de Minas Gerais, Valec e outros).
 - d) Reserva o direito de aplicar preferências a pequenas e médias empresas.
 - e) Setores excluídos: TI, Presidência, Relações Exteriores e Justiça, Defesa (engenharia, manutenção e instalação), serviços financeiros e de saúde.
 - f) Entidades excluídas: Inbra, Agência Espacial Brasileira (AEB) e Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen).

4. A ADEÇÃO DO BRASIL AO ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC

Segunda oferta do Brasil (novembro de 2021):

“The revised Brazilian offer **expands the number of Public Administration bodies and entities** that commit to carrying out public contracts open to the participation of suppliers from the parties to the agreement, covering goods, services, and public works. Brazil's adhesion will promote the reduction of public spending and the improvement of the quality of government goods and services, as well as will promote Brazilian exports and foreign investments in the country”.

<https://www.gov.br/mre/en/contact-us/press-area/press-releases/joint-press-release-by-the-ministry-of-external-relations-and-the-ministry-of-economy-brazil-presents-offer-for-accession-to-the-agreement-on-government-procurement>.

4. A ADESÃO DO BRASIL AO ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC

Harmonização requerida pelo Acordo e revisões esperadas:

- a) Nacionalidade como regra de desempate.
- b) Margens de preferência.
- c) Prazos mínimos (no Acordo, são 40, 25 e 10 dias, dependendo da modalidade).
- d) Métodos de seleção: os atuais parecem aderentes aos do Acordo (“open tendering”, “selective tendering” e “limited tendering”).
- e) Procedimentos para controle e revisão dos atos (“judicial type procedure”).

5. CONCLUSÕES: O QUE MUDA COM AS RECENTES ALTERAÇÕES NORMATIVAS?

a) Sobre as licitações com financiamento externo:

- i. Pequenas alterações, com regras mais claras.
- ii. Penalidade pelo organismo financiador.

5. CONCLUSÕES: O QUE MUDA COM AS RECENTES ALTERAÇÕES NORMATIVAS?

b) Sobre a participação de estrangeiros:

- i. Conceituação de licitação internacional e a desnecessidade de autorização para funcionamento no Brasil.
- ii. Maior facilitação documental e regras mais claras.
- iii. Ausência de regra legal sobre representação no Brasil.
- iv. Possibilidade de ser líder em consórcio.
- v. Fim da ideia de “equalização de propostas”.

5. CONCLUSÕES: O QUE MUDA COM AS RECENTES ALTERAÇÕES NORMATIVAS?

c) No horizonte: a adesão do Brasil ao GPA da OMC:

- i. Condições da adesão.
- ii. Regras de transição.
- iii. Divulgação e ajustes pontuais.
- iv. Harmonização legislativa.



OBRIGADO!

rafael@justen.com.br