

2020

CADERNO DE LOGÍSTICA

PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS EM LICITAÇÕES

Versão 1.2
Novembro
2020

Presidente da República

Jair Messias Bolsonaro

Ministério da Economia

Paulo Roberto Nunes Guedes

Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital

Caio Mario Paes de Andrade (Secretário Especial)

Secretaria de Gestão

Cristiano Rocha Heckert (Secretário)

Renato Ribeiro Fenili (Secretário-Adjunto)

Departamento de Normas e Sistemas de Logística

Wesley Rodrigo Couto Lira (Diretor)

Coordenação-Geral de Normas

Andréa Regina Lopes Ache (Coordenadora-Geral)

Elaboradores:

Andréa Regina Lopes Ache

Fernando Simões de Carvalho Chagas

Manuela Deolinda dos Santos da Silva Pires

Michelle Souza Martins

Colaboradores:

Kadu Freire de Abreu

Maria Arcângela Silva Casagrande

Marina do Bé Nascentes Marcondes de França Ferreira

Priscila Rayane de Menezes Silva Machado

Scheyla Cristina de Souza Belmiro do Amaral

Normalização Bibliográfica: Biblioteca do Ministério da Economia.

B823m

Brasil. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital. Secretaria de Gestão.

Participação de empresas estrangeiras em licitações / Ministério da Economia, Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, Secretaria de Gestão. -- Versão 1.0 -- Brasília: SEGES/ Ministério da Economia, 2020.

29 p. : il. -- (Caderno de logística)

1. Licitação – Brasil. 2. Empresa estrangeira – Contratação – Brasil. 3. Contrato administrativo – Legislação – Brasil. 4. Licitação internacional – Brasil. 5. Contratação de obras e serviços. 6. Brasil. Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital. I. Título.

CDD 341.352

SUMÁRIO

1. APRESENTAÇÃO	5
2. INTRODUÇÃO	6
3. ABERTURA DAS LICITAÇÕES À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS	8
3.1 ISONOMIA E TRATAMENTO DIFERENCIADO	8
3.2 LICITAÇÕES NACIONAIS E INTERNACIONAIS	10
3.3 LICITAÇÕES COM RECURSOS DE AGÊNCIAS OFICIAIS DE COOPERAÇÃO ESTRANGEIRA OU DE ORGANISMOS FINANCEIROS MULTILATERAIS	14
3.4 LICITAÇÕES REALIZADAS POR REPARTIÇÕES SEDIADAS NO EXTERIOR	16
4. DISPOSIÇÕES NORMATIVAS E OPERACIONAIS ATINENTES ÀS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS	17
4.1 MODALIDADES APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS	17
4.2 LICITAÇÃO INTERNACIONAL SOB O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	19
4.3 SISTEMA DE COMPRAS DO GOVERNO FEDERAL BRASILEIRO	21
4.4 SISTEMA DE CADASTRAMENTO UNIFICADO DE FORNECEDORES	21
4.5 EDITAIS DE LICITAÇÕES INTERNACIONAIS	23
4.5.1 PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS QUE NÃO FUNCIONEM NO PAÍS	23
4.5.2 CADASTRAMENTO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS QUE NÃO FUNCIONEM NO PAÍS	24
4.5.3 EQUIVALÊNCIA ENTRE DOCUMENTOS.....	25
4.5.4 EQUALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA DAS PROPOSTAS DE PREÇOS.....	25
CONSIDERAÇÕES FINAIS	28
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	29

1. APRESENTAÇÃO

Este Caderno de Logística destina-se a servir de base de informações sobre a participação de empresas estrangeiras em licitações públicas no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

A Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, possibilita a competição internacional no mercado nacional de compras públicas, estabelecendo regras de disputa isonômica entre empresas brasileiras e estrangeiras, em funcionamento ou não no país.

O tema não é, todavia, tratado de modo sistematizado pela legislação pátria, sendo permeado por dúvidas conceituais e práticas. Buscando dirimi-las, esta publicação explora as principais disposições normativas e operacionais sobre as licitações com a participação de empresas estrangeiras.

Com uma organização didática-procedimental, a publicação pretende uniformizar o entendimento acerca de assuntos controvertidos, valendo-se de princípios da hermenêutica jurídica, combinada à análise de aspectos operacionais, relacionados ao Sistema de Compras do Governo do Governo Federal.

Espera-se, portanto, que este Caderno de Logística constitua um guia para consulta dos órgãos, entidades, fornecedores e interessados no tema.

Cristiano Rocha Heckert
Secretário de Gestão

2. INTRODUÇÃO

Este volume da série Cadernos de Logística aborda a participação de empresas estrangeiras em licitações públicas no âmbito da Administração Pública federal (APF) direta, autárquica e fundacional. A publicação reúne as principais disposições normativas e operacionais sobre o tema, apresentando-as de modo articulado, objetivo e com o apoio de representações gráficas. Seu intuito é oferecer aos agentes públicos orientações para a realização de licitações abertas à participação de empresas de outros países e instruir os representantes destas empresas a disputar os contratos para a prestação de serviços e o fornecimento de bens ao governo brasileiro.

A exploração combinada de disposições normativas e operacionais faz com que os Cadernos de Logística constituam verdadeiros manuais sobre processos administrativos ou aspectos específicos destes. Como será evidenciado, esta linha editorial, distintiva dos cadernos, mantém-se na atual publicação.

O tema tratado nesta oportunidade possui, contudo, certas peculiaridades, que exigem breves incursões no campo doutrinário, para o delineamento das teses e das bases conceituais sobre as quais repousam as orientações apresentadas.

Isto posto, ressalta-se inicialmente que as disposições normativas sobre a participação de empresas estrangeiras em licitações promovidas pelos órgãos e entidades da APF, direta e indireta¹, estão espalhadas na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 ('Lei Geral de Licitações'), e em outros diplomas legais e atos administrativos com caráter normativo. A legislação pátria não trata o tema de maneira sistematizada, daí porque a síntese das principais disposições normativas a este respeito já constitua uma relevante contribuição da presente publicação.

Outra peculiaridade do tema abordado é a ausência de uma definição para a expressão 'licitação internacional' na Lei Geral de Licitações e legislação correlata².

¹ Excluindo-se as empresas públicas e sociedades de economia mista, regidas pela Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016.

² O art. 2º do Decreto n.º 6.702, de 18 de dezembro de 2008, que regulamenta o art. 3º da Lei n.º 11.732, de 30 de junho de 2008, conceitua a expressão 'licitação internacional' no contexto específico (não alcançado por este caderno) da importação de matérias-primas, produtos intermediários e componentes destinados à fabricação no país de máquinas e equipamentos, sob o regime de

Esta lacuna normativa suscita debates entre juristas, agentes públicos e outros atores, que defendem critérios diversos para a conceituação da expressão. A controvérsia repercute diretamente sobre esta publicação, pois, a depender da definição adotada, variam as disposições aplicáveis à participação de empresas estrangeiras nos certames.

Registra-se, por oportuno, que a publicação foi submetida à análise da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), estando alinhada ao Parecer SEI n.º 16279/2020/ME, de 8 de outubro de 2020, da Coordenação-Geral de Licitações e Atos Normativos em Contratação Pública (CGLA) daquela unidade.

QUADRO 1 – RESUMO DAS CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

- *Este caderno trata da participação de empresas estrangeiras em licitações no âmbito da APF direta, autárquica e fundacional.*
- *Apresenta orientações aos agentes públicos para a abertura das licitações à participação de empresas estrangeiras, assim como aos representantes destas empresas interessadas em contratar com o governo brasileiro.*
- *O tema abordado não é tratado de modo sistematizado pela legislação pátria; as disposições normativas a seu respeito estão espalhadas na Lei Geral de Licitações, outras leis, decretos e atos administrativos com caráter normativo.*
- *A Lei Geral de Licitações e legislação correlata não definem a expressão ‘licitação internacional’.*

‘drawback’. Instituído pelo Decreto-lei n.º 37, de 21 de novembro de 1966, o *drawback* é um regime aduaneiro especial, que suspende ou elimina a incidência de tributos sobre a importação de insumos utilizados na industrialização de produtos exportados.

3. ABERTURA DAS LICITAÇÕES À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS

À luz do nosso ordenamento jurídico, as empresas estrangeiras podem participar tanto de licitações nacionais quanto internacionais. Este primeiro tópico estabelece a diferença entre tais situações, a partir da sustentação argumentativa de uma definição para a expressão ‘licitação internacional’, com caráter operacional e foco exclusivo na logística pública.

Antes, porém, são imprescindíveis alguns apontamentos sobre a isonomia na competição entre empresas estrangeiras e brasileiras, bem como sobre as ressalvas legalmente admitidas a este princípio de natureza constitucional.

3.1 ISONOMIA E TRATAMENTO DIFERENCIADO

A abertura das licitações públicas à participação de empresas estrangeiras, em condições isonômicas de disputa com as empresas brasileiras, tem fundamento na própria Constituição Federal, no inciso XXI do seu art. 37.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Art. 37.....

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

.....

A Lei Geral de Licitações, regulamentadora do dispositivo constitucional destacado, avança na disciplina do tema ao vedar expressamente, em seu art. 3º, o estabelecimento de preferências fundadas na naturalidade, sede ou domicílio das empresas licitantes e o tratamento diferenciado de qualquer natureza entre empresas brasileiras e estrangeiras.

LEI N.º 8.666, DE 1993 (LEI GERAL DE LICITAÇÕES)

Art. 3º.....

§ 1º *É vedado aos agentes públicos:*

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

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

.....

Tais vedações comportam, entretanto, exceções, também previstas de modo expresso na Lei Geral de Licitações:

- a contratação preferencial³ de bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país ou produzidos de acordo com o processo produtivo básico (PPB)⁴, nesta ordem sucessiva, nas contratações de bens e serviços de informática (remissões, grifadas acima, ao art. 3º da Lei n.º 8.248, de 1991, a chamada 'Lei de Informática');
- a contratação preferencial de bens e produtos produzidos no país; produzidos ou prestados por empresas brasileiras; produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país, nesta ordem sucessiva (§ 2º do art. 3º da Lei Geral de Licitações); e

³ A contratação preferencial consiste no estabelecimento e observância de critérios de desempate no julgamento de propostas em condições de igualdade. Esta e outras expressões e termos conhecidos pelos agentes públicos brasileiros são definidos e explicados em notas de rodapé, pois o caderno se dirige igualmente aos representantes das empresas estrangeiras, sem familiaridade com a nossa legislação.

⁴ Conjunto mínimo de etapas fabris para a caracterização da industrialização de um produto, em contrapartida à concessão de benefícios fiscais, conforme se aduz da interpretação da alínea 'b' do § 8º do art. 7º do Decreto-lei n.º 288, de 28 de fevereiro de 1967, incluída pela Lei n.º 8.387, de 30 de dezembro de 1991.

- a possibilidade de estabelecimento de ‘margem de preferência’⁵ nas licitações para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; para produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de processos de desenvolvimento e inovação tecnológica no país; e para bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem o cumprimento da reserva de cargos a pessoas com deficiência ou a reabilitados da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade, previstas em lei (§§ 5º ao 10 do art. 3º da Lei Geral de Licitações).

Nota-se, por meio do rol apresentado, que a Lei Geral de Licitações e a Lei de Informática trazem situações, bem delimitadas, nas quais se admite a concessão de tratamento diferenciado a empresas brasileiras ou a estrangeiras em funcionamento no país.

Assim também o faz a Lei n.º 12.598, de 21 de março de 2012, que estabelece o regime especial de compras, contratações e desenvolvimento de produtos e sistemas de defesa. Citada apenas à título de ilustração do ponto sob apreço, a lei, regulamentada pelo Decreto n.º 7.970, de 28 de março de 2013, prevê a possibilidade de realização pelo poder público de procedimentos licitatórios com a participação exclusiva de empresas sediadas e em funcionamento no país⁶ ou destinados à compra ou contratação de produtos e sistemas de defesa produzidos ou desenvolvidos no país.

Em resumo, a competição entre empresas estrangeiras e brasileiras nas licitações públicas deve ocorrer sob condições isonômicas, ressalvadas algumas hipóteses, entre elas, as que atribuem tratamento diferenciado a empresas brasileiras ou estrangeiras autorizadas a funcionar no país. Necessariamente, estas hipóteses devem ter amparo em lei (*stricto sensu*) e guardar observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade quanto ao fim perseguido por elas, no caso, o desenvolvimento de setores estratégicos para a defesa e economia nacionais.

3.2 LICITAÇÕES NACIONAIS E INTERNACIONAIS

As empresas estrangeiras que participam das licitações públicas brasileiras podem ou não ter funcionamento em nosso país, uma observação que requer exame mais detido, na esteira dos argumentos mobilizados para fundamentar a distinção entre licitações nacionais e internacionais.

A instalação e o funcionamento de filial, sucursal, agência ou estabelecimento de empresa estrangeira no país são objeto dos arts. 1.134 a 1.141 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (‘Código Civil’), regulamentados pela Instrução Normativa (IN) n.º 77, de 18 de março de 2020, do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração da Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão

⁵ Introduzido pela Lei n.º 12.349, de 15 de dezembro de 2010, o instituto possibilita a contratação dos bens e serviços elencados em valor até 25% (vinte e cinco por cento) superior aos seus correspondentes estrangeiros. Sua definição e aplicação depende de regulamentação pelo Poder Executivo federal. Os decretos presidenciais que estabeleciam margens de preferência não estão mais em vigor, ressalta-se.

⁶ Pessoas jurídicas credenciadas pelo Ministério da Defesa como ‘Empresa Estratégica de Defesa’ (EED), mediante o atendimento cumulativo das condições relacionadas nas alíneas do inciso IV do art. 2º da Lei n.º 12.598, de 2012.

e Governo Digital do Ministério da Economia (DREI/SGD/SEDGG/ME)⁷.

Em linhas gerais, as disposições assinaladas do Código Civil e os arts. 1º ao 3º da IN DREI n.º 77, de 2020, estabelecem um processo que se inicia com a protocolização eletrônica de uma solicitação de autorização para a instalação e o funcionamento da empresa estrangeira no país, instruída com uma série de documentos. A solicitação e os documentos são então examinados pelo DREI, que se manifesta pelo deferimento ou não do pleito. A formalização da autorização ocorre com a publicação de portaria do Ministério da Economia no Diário Oficial da União. Publicada a autorização, a empresa estrangeira deve proceder ao registro do seu estatuto, contrato social ou documento equivalente na Junta Comercial da Unidade Federativa em que se situar sua filial, agência, sucursal ou estabelecimento.

A empresa estrangeira autorizada a funcionar no Brasil é obrigada a manter em nosso país um representante legal (pessoa física), munido de procuração que lhe confira plenos poderes para “tratar de quaisquer questões e resolvê-las definitivamente, podendo ser demandado e receber citação” em nome da empresa. O representante pode ser brasileiro ou estrangeiro, mas tem que possuir domicílio e residir no Brasil.

Mais além, a empresa estrangeira autorizada passa a se sujeitar “às leis e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos ou operações praticados no Brasil”, por força do disposto no art. 1.137 do Código Civil, reproduzido abaixo, juntamente com outros artigos mencionados do código. Por sua vez, a IN DREI n.º 77, de 2020, encontra-se disponível para consulta [AQUI](#) (clique para acessar o arquivo).

LEI N.º 10.406, DE 2002 (CÓDIGO CIVIL)

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

.....

Art. 1.136. A sociedade autorizada não pode iniciar sua atividade antes de inscrita no registro próprio do lugar em que se deva estabelecer.

.....

Art. 1.137. A sociedade estrangeira autorizada a funcionar ficará sujeita às leis e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos ou operações praticados no Brasil. (Grifou-se).

.....

Art. 1.138. A sociedade estrangeira autorizada a funcionar é obrigada a ter, permanentemente, representante no Brasil, com poderes para resolver quaisquer questões e receber citação judicial pela sociedade.

.....

⁷ O inciso X do art. 4º da Lei n.º 8.934, de 18 de novembro de 1994, com redação dada pela Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019, estabelece a competência do DREI para examinar os pedidos de autorização para nacionalização ou instalação de filial, agência, sucursal ou estabelecimento no país, por sociedade estrangeira, sem prejuízo da competência de outros órgãos federais.

Entre as observações precedentes, a sujeição das empresas estrangeiras que funcionam no país à legislação pátria é a que merece maior destaque neste momento. Considerando a Lei Geral de Licitações, a diferença do processo de habilitação destas empresas, em relação às empresas brasileiras, reside apenas na documentação exigida pelo inciso V do art. 28, para fins de habilitação jurídica, a saber:

- a portaria de autorização de funcionamento e instalação no país; e
- o “ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir”⁸.

Respeitado posicionamento divergente encontrado na doutrina, a sujeição à legislação pátria e a similaridade entre o tratamento dispensado à habilitação de empresas brasileiras e estrangeiras em funcionamento no país explicam por que os certames que prevejam apenas a participação de licitantes passíveis de enquadramento nestas duas categorias (brasileiras e estrangeiras em funcionamento no país) devam ser considerados licitações nacionais.

Como decorrência lógica, tem-se que a previsão de participação de empresa estrangeira não é condição suficiente para que a licitação seja classificada como internacional⁹.

Por sua vez, a conceituação de ‘licitação internacional’, adotada neste caderno, é extraída da interpretação conjunta de dispositivos da Lei Geral de Licitações, que estabelecem uma disciplina diferenciada, em relação às licitações nacionais, para a realização de um procedimento licitatório com a previsão de participação de empresas estrangeiras que não funcionem no país, sem prejuízo da participação de empresas brasileiras e estrangeiras aqui em funcionamento.

Esta disciplina é representada pelos dispositivos da Lei Geral de Licitações resumidos no quadro 2 (página seguinte), que têm o propósito comum de ampliar o universo de licitantes, em condições isonômicas de disputa, mediante a adaptação do certame, sobretudo do seu edital e da minuta do contrato, à participação de empresas estrangeiras que não funcionem no país.

Nestes termos, a definição de ‘licitação internacional’ ora sustentada não abrange as licitações realizadas com recursos provenientes de organismos financeiros internacionais ou agências estrangeiras de cooperação, tampouco as licitações processadas por repartições sediadas no exterior.

Os dois cenários são comentados adiante, para que fiquem claras as diferenças entre os procedimentos observados em cada um deles e nas licitações internacionais.

⁸ Há atividades econômicas desempenhadas por empresas estrangeiras em funcionamento no país que requerem autorizações específicas, expedidas por outros órgãos competentes. À título de exemplo, cita-se a exploração do serviço de transporte aéreo não-regular ou de serviços aéreos especializados, cuja ‘autorização para operar’ compete à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC).

⁹ Pertinentes as críticas de Rafael Wallbach Schwind ao emprego pela doutrina deste e de outros aspectos dos processos licitatórios como critérios definidores do seu caráter internacional (SCHWIND, Rafael. Licitações Internacionais. Participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013).

QUADRO 2 – LICITAÇÕES INTERNACIONAIS NA LEI GERAL DE LICITAÇÕES

- | | |
|--------------------------------|---|
| ▪ Inciso I do § 1º do art. 3º | Vedação ao estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes, ressalvados os casos previstos em lei. |
| ▪ Inciso II do § 1º do art. 3º | Vedação ao estabelecimento de 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, ressalvados os casos previstos em lei. |
| ▪ § 3º do art. 23 | Modalidades licitatórias aplicáveis a licitações internacionais. |
| ▪ § 5º do art. 30 | Vedação à exigência de comprovação de atividade em locais específicos. |
| ▪ § 4º do art. 32 | Comprovação pelas empresas estrangeiras que não funcionem no país de atendimento às exigências habilitatórias mediante apresentação de documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado.

Exigência de representante legal no Brasil, com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente pela empresa estrangeira que não funcione no país. |
| ▪ Inciso IX do art. 40 | Estabelecimento de condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras. |
| ▪ Caput do art. 42 | Adequação dos editais às diretrizes de política monetária e comércio exterior, assim como atendimento às exigências dos órgãos competentes. |
| ▪ §1º do art. 42 | Possibilidade de cotação de preço em moeda estrangeira. |
| ▪ § 2º do art. 42 | Pagamento do licitante brasileiro em moeda brasileira, à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento, caso a cotação de preço seja feita em moeda estrangeira. |
| ▪ § 3º do art. 42 | Oferecimento de garantias equivalentes de pagamento às empresas brasileiras e estrangeiras. |
| ▪ § 4º do art. 42 | Equalização tributária para fins de julgamento das propostas por meio do acréscimo às propostas dos licitantes estrangeiros dos gravames dos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros na operação final de venda. |
| ▪ § 6º do art. 42 | Definição do mesmo local de destino para entrega dos bens licitados. |
| ▪ § 3º do art. 53 | Prazo de até vinte e quatro horas para pagamento da parcela à vista nos leilões internacionais. |
| ▪ § 2º do art. 55 | Definição da sede da Administração como foro competente para dirimir qualquer questão contratual. |

3.3 LICITAÇÕES COM RECURSOS DE AGÊNCIAS OFICIAIS DE COOPERAÇÃO ESTRANGEIRA OU DE ORGANISMOS FINANCEIROS MULTILATERAIS

Este cenário, classificado por alguns autores como ‘licitações sob normas internacionais’¹⁰, tem amparo no § 5º do art. 42 da Lei Geral de Licitações.

LEI N.º 8.666, DE 1993 (LEI GERAL DE LICITAÇÕES)

Art. 42.....

§ 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior. (Redação dada pela Lei n.º 8.883, de 1994)

.....

Da leitura do dispositivo, depreende-se que o ordenamento jurídico pátrio reconhece situações nas quais os certames podem ser regidos por normas internacionais, estranhas à Lei Geral de Licitações. Normas estas estabelecidas em “acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional” ou emanadas de determinadas entidades internacionais, a saber, agências oficiais de cooperação estrangeira ou organismos financeiros multilaterais dos quais o Brasil participe¹¹.

Quanto às normas estabelecidas em acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais, Rafael Wallbach Schwind (2013) comenta que sua aplicação às licitações do governo brasileiro não resulta propriamente do enunciado do § 5º do art. 42 da Lei Geral de Licitações. Em sua primeira metade, o dispositivo apenas realça a consequência última do processo de incorporação de atos ou tratados internacionais à ordem jurídica interna. Observado o rito constitucional previsto para este processo, que finda com a expedição de

¹⁰ Assim defendem Thiago Marrara e Carolina Silva Campos no artigo: *Licitações internacionais: regime jurídico e óbices à abertura do mercado público brasileiro a empresas estrangeiras*. In: *O direito brasileiro em evolução: estudos em homenagem à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto*. São Paulo: Almedina, 2017.

¹¹ Como o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD / Banco Mundial), por exemplo.

decreto presidencial, promulgando o ato ou tratado internacional, este instrumento passa a vincular e a obrigar no direito positivo interno, com status de lei ordinária. Ou seja, suas normas passam a ser aplicáveis de modo concomitante com as disposições da Lei Geral de Licitações e legislação correlata.

Por outro lado, a aplicabilidade das normas dos manuais e regulamentos editados por agências oficiais de cooperação estrangeira ou organismos financeiros multilaterais, esta sim, decorre da autorização do legislador derivado, consignada no § 5º do art. 42 da Lei Geral de Licitações. De acordo com o dispositivo, a aplicação de tais normas deve ser uma exigência da entidade internacional em contrapartida ao financiamento ou à doação de recursos para a contratação pretendida. Mais além, deve ser objeto de despacho motivado do responsável pela execução do contrato, ratificado pela autoridade imediatamente superior, no órgão (ou entidade) demandante.

Comprovado o atendimento destas condições, as normas dos manuais e regulamentos editados por agências oficiais de cooperação estrangeira ou organismos financeiros multilaterais podem afastar disposições da Lei Geral de Licitações, ao estabelecer, por exemplo, procedimentos de seleção diferentes das modalidades tradicionais de licitação previstas na lei brasileira.

A doutrina adverte que este afastamento da Lei Geral de Licitações é sempre relativo e parcial, não podendo alcançar as disposições daquele diploma atinentes a questões de ordem pública ou ao regime jurídico próprio da administração pública brasileira. Neste sentido, Rafael Wallbach Schwind (2013) assevera que:

Ainda que possam ser adotados procedimentos licitatórios totalmente diversos dos previstos na lei, não há propriamente o afastamento da Lei n.º 8.666, de 1933. Essa lei contém uma série de previsões relativas a assuntos diversos (responsabilidade fiscal, prerrogativas contratuais da Administração, crimes e sanções penais e administrativas, direitos dos licitantes, entre outros) que não são de nenhuma forma afastados simplesmente por haver a aplicação de normas de um organismo internacional.

A jurisprudência do TCU consagrou entendimento mais ampliado da questão, segundo o qual:

- as normas de agências e organismos internacionais não podem conflitar com os princípios reitores das licitações inscritos na Constituição Federal; e
- a observância de tais normas específicas não afasta a aplicação subsidiária das disposições da Lei Geral de Licitações naquilo em que não conflitarem¹².

¹² Vide Acórdãos TCU n.º 153/2003, 601/2003, 2.065/2006, 2.369/2006, 2.239/2007, 1.347/2010 e 645/2014, todos do Plenário.

3.4 LICITAÇÕES REALIZADAS POR REPARTIÇÕES SEDIADAS NO EXTERIOR

Os órgãos e entidades da APF direta, autárquica e fundacional, que mantêm repartições no exterior, devem editar atos para disciplinar as licitações e contratações realizadas por estas unidades administrativas, consoante o disposto no art. 123 da Lei Geral de Licitações.

LEI N.º 8.666, DE 1993 (LEI GERAL DE LICITAÇÕES)

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

Esta não é uma tarefa trivial, pois tais atos devem, entre outros aspectos, conciliar os princípios que regem as licitações nacionais às disposições sobre licitações e contratos administrativos da legislação dos países nos quais as repartições dos órgãos e entidades estão sediadas, em observância ao art. 9º do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 ('Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro').

DECRETO-LEI N.º 4.657, DE 1942 (LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO)

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

O TCU já se manifestou sobre o assunto, solicitando providências para o cumprimento do dispositivo¹³. De acordo com o tribunal, os atos editados com a finalidade assinalada devem ser submetidos pelas unidades consultivas da Advocacia-Geral da União (AGU) junto aos órgãos e entidades com repartições sediadas no exterior, à apreciação da Casa Civil da Presidência da República (CC/PR), para que sejam aprovados por meio de Decreto do Poder Executivo federal.

¹³ Vide Acórdãos TCU n.º 7.248/2017 e 5.113/2018, ambos da 2ª Câmara.

4. DISPOSIÇÕES NORMATIVAS E OPERACIONAIS ATINENTES ÀS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS

Redirecionando o foco da publicação para as licitações internacionais, cumpre agora explorar a legislação diferenciada que rege tais procedimentos, articuladamente à sua operacionalização, no âmbito do Sistema de Compras do Governo Federal brasileiro.

4.1 MODALIDADES APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS

O § 3º do art. 23 da Lei Geral de Licitações estabelece a concorrência como a modalidade cabível em licitações internacionais, de modo incondicionado. O mesmo dispositivo admite a utilização da tomada de preços e do convite nestes certames, observados os limites correspondentes às duas modalidades, em termos do valor estimado da contratação, assim como condições específicas, nomeadamente, a disponibilidade de cadastro internacional de fornecedores para a tomada de preços e a inexistência de fornecedor do bem ou de prestador do serviço no país para o convite.

LEI N.º 8.666, DE 1993 (LEI GERAL DE LICITAÇÕES)

Art. 23.....

§ 3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e 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. (Redação dada pela Lei n.º 8.883, de 1994)

Os limites dos valores estimados das contratações, a que o dispositivo faz alusão, foram atualizados pelo Decreto n.º 9.412, de 18 de junho de 2018, correspondendo a:

- até R\$ 330 mil para o convite e até R\$ 3 milhões e 330 mil para a tomada de preços, na contratação de

obras e serviços de engenharia; e

- até R\$ 176 mil para o convite e até R\$ 1 milhão e 430 mil reais para a tomada de preços, na contratação de outros bens e serviços.

A Lei Geral de Licitações reconhece ainda a possibilidade de utilização do leilão em licitações internacionais. Isto se verifica, de modo incidental, em um único dos seus dispositivos, o § 3º do art. 53, que fixa o prazo máximo de vinte e quatro horas para o pagamento da parcela à vista nos leilões internacionais.

Além das modalidades tradicionais previstas na Lei Geral de Licitações, as licitações internacionais podem ser realizadas na modalidade 'pregão', hipótese examinada na sequência.

O pregão é a modalidade de licitação instituída pela Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, regulamentada pelo Decreto n.º 10.024, de 20 de setembro de 2019. Destina-se à contratação de bens e serviços, classificados como comuns, porque seus padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Em se tratando das licitações de bens e serviços comuns, inclusive serviços comuns de engenharia, o Decreto n.º 10.024, de 2019, obriga a utilização do pregão, na sua forma eletrônica, pelos órgãos da APF direta, autárquica e fundacional (âmbito das considerações da presente publicação), bem como pelos fundos especiais.

O pregão eletrônico é também obrigatório nas licitações de bens e serviços comuns realizadas pelos órgãos e entidades da administração pública dos entes federativos, com recursos de transferências voluntárias da União, exceto quando a regulamentação específica do instrumento de transferência disciplinar de modo diverso as contratações com os recursos repassados.

Somente se admite, excepcionalmente, o pregão presencial, em qualquer destes casos, mediante a comprovação da inviabilidade técnica da forma eletrônica ou desvantagem para a administração com o seu uso, devidamente motivada.

Ainda de acordo com decreto referido, a forma eletrônica do pregão caracteriza-se pelo emprego de sistema informatizado, dotado de recursos de criptografia e autenticação, que viabilize a disputa pelo objeto da licitação à distância, em sessão pública e com segurança. Os órgãos e entidades da APF direta, autárquica e fundacional, promotores de pregões eletrônicos, devem utilizar o sistema informatizado do Governo Federal, disponibilizado em seu Portal de Compras.

Já os órgãos e entidades da administração pública dos entes federativos, obrigados a utilizar o pregão eletrônico na situação assinalada anteriormente, podem utilizar este mesmo sistema ou outros, desenvolvidos por eles próprios ou adquiridos no mercado, desde que estes estejam integrados à plataforma do Governo Federal de operacionalização das transferências voluntárias da União, a 'Plataforma + Brasil'; e segundo as regras estabelecidas pelo Decreto nº 10.024, de 2019 (§ 3º do art. 1º c/c art. 52).

Todas estas observações devem ser consideradas, em meio à elaboração dos estudos técnicos preliminares, projeto básico ou termo de referência e edital, para a definição da modalidade a ser adotada em uma licitação

internacional, sobretudo a natureza do objeto demandado e o valor estimado da sua contratação. A descrição exaustiva dos procedimentos observáveis em cada uma das modalidades supera os fins aos quais esta publicação se destina.

Qualquer que seja a modalidade, o edital e a minuta do contrato devem ser adaptados às disposições da Lei Geral de Licitações que tratam da participação de empresas estrangeiras no certame, enfatizando-se o art. 42 e suas divisões¹⁴. Com relação ao pregão eletrônico internacional, as disposições da Lei Geral de Licitações são aplicáveis subsidiariamente ao regramento específico da modalidade, em conformidade com o art. 9º da Lei n.º 10.520, de 2002.

4.2 LICITAÇÃO INTERNACIONAL SOB O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) foi criado pela Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011, regulamentada pelo Decreto n.º 7.581, de 11 de outubro daquele mesmo ano. Distingue-se da Lei Geral de Licitações porque possibilita a realização da habilitação dos licitantes antes do julgamento das suas respectivas propostas; prevê modos alternativos para apresentação das propostas ou lances (aberto; fechado ou combinação de ambos os modos); determina a publicização do orçamento estimado apenas e imediatamente após o encerramento da licitação; inclui a contratação integrada entre os regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia; entre outros aspectos.

A adoção do RDC é autorizada para os casos relacionados no art. 1º da Lei n.º 12.462, de 2011, e em legislação esparsa¹⁵. Com a edição da Lei n.º 14.065, de 30 de setembro de 2020, originada da Medida Provisória n.º 961, de 6 de maio de 2020, este escopo foi ampliado para quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações, enquanto perdurar o estado de calamidade pública decorrente da pandemia do novo coronavírus (COVID-19).

Isto porque o regime especial oferece uma série de vantagens processuais em relação à Lei Geral de Licitações, sobretudo em face das dificuldades impostas pela pandemia. Conta, por exemplo, com o suporte de módulo informatizado para a operacionalização das licitações sob sua égide, como será visto adiante, na apresentação do Sistema de Compras do Governo Federal brasileiro.

A única menção, na disciplina do RDC, à participação de empresas estrangeiras encontra-se no § 2º do art. 51 do Decreto n.º 7.581, de 2011.

¹⁴ A este respeito, cumpre destacar o entendimento doutrinário e a praxis administrativa que emprestam à expressão “concorrência de âmbito internacional”, no *caput* do art. 42 da Lei Geral de Licitações, significado equivalente ao conceito de ‘licitação internacional’ sustentado nesta publicação.

¹⁵ As Leis n.º 12.815 e 12.873, ambas de 2013, autorizam a aplicação do RDC para a contratação de obras de dragagem portuária e a contratação pela Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB) de ações relacionadas à guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural, respectivamente.

DECRETO N.º 7.581, DE 2011 (REGULAMENTAÇÃO DA LEI DO RDC)

Art. 51. Quando permitida a participação na licitação de pessoas jurídicas organizadas em consórcio, serão observadas as seguintes condições:

.....

II – indicação da pessoa jurídica responsável pelo consórcio, que deverá atender às condições de liderança fixadas no instrumento convocatório;

§ 2º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras, a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II do caput.

.....

Daí se constata que não há óbice à participação de empresas estrangeiras em licitações no RDC, muito embora a disciplina do regime especial seja lacunar a este respeito. Posto que o § 2º do art. 1º da Lei n.º 12.462, de 2011, afasta a aplicação subsidiária da Lei Geral de Licitações¹⁶, chega-se a um pretense impasse sobre quais procedimentos devem ser observados nestes casos.

Para equacioná-lo, é preciso recorrer à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, especificamente ao seu art. 4º.

DECRETO-LEI N.º 4.657, DE 1942 (LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO)

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

O dispositivo ampara a interpretação segundo a qual os procedimentos da Lei Geral de Licitações, em especial os dispostos no seu art. 42, são aplicáveis, no que couberem, por analogia (e não; subsidiariedade), à participação de empresas estrangeiras em certames no RDC e, por conseguinte, à realização de licitações internacionais – com a previsão expressa de empresas estrangeiras que não funcionem no país – sob o regime especial.

¹⁶ De acordo com o 2º do art. 1º da Lei n.º 12.462, de 2011: “A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei”.

4.3 SISTEMA DE COMPRAS DO GOVERNO FEDERAL BRASILEIRO

No Brasil, as contratações públicas, designação genérica para as licitações e contratações públicas de bens e serviços, são realizadas descentralizadamente pela administração dos três Poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo) em cada ente da Federação (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal). No âmbito do Poder Executivo federal, as contratações são processadas por meio das Unidades Administrativas de Serviços Gerais (as UASGs), divisões internas aos órgãos e entidades da APF direta, autárquica e fundacional, articuladas em um arranjo sistêmico, o Sistema de Serviços Gerais (SISG).

Regulamentado pelo Decreto n.º 1.094, de 23 de março de 1994, o SISG organiza “as atividades de administração de edifícios públicos e imóveis residenciais, material, transporte, comunicações administrativas e documentação” nos órgãos e entidades acima especificados. A Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (SEGES/SEDGG/ME) responde pela direção, normatização e gestão do SISG e do seu braço operacional, o Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (SIASG).

Entre outros componentes, o SIASG é formado pelos módulos informatizados que viabilizam a realização, na forma eletrônica, dos pregões e das licitações sob o RDC (‘Pregão Eletrônico’ e ‘RDC Eletrônico’, respectivamente). O recurso a estes módulos é franqueado às unidades integrantes do SISG e também a unidades administrativas dos órgãos e entidades dos três Poderes, em nível estadual, municipal e distrital, mediante a prévia formalização de Termo de Acesso ao SIASG.



Os módulos informatizados; seus sistemas auxiliares e manuais de utilização; informações complementares sobre o SISG e outras funcionalidades são todos disponibilizados no Portal de Compras do Governo Federal (clique [AQUI](#) para acessar o portal). Nele, os representantes das empresas estrangeiras podem identificar oportunidades de negócio, consultando os editais de licitações no seu ramo de atuação (clique [AQUI](#) para consultar).

Mais além, o Ministério da Economia desenvolveu recentemente o Comprasnet Mobile, aplicativo de telefonia móvel, que possibilita a realização destas pesquisas de modo mais prático e ágil. O download gratuito do aplicativo pode ser feito nas lojas virtuais Google Play ou Apple Store.

4.4 SISTEMA DE CADASTRAMENTO UNIFICADO DE FORNECEDORES

A participação em licitações realizadas pelos órgãos e entidades integrantes do SISG ou pelos órgãos e entidades não integrantes do SISG que formalizam o seu acesso ao SIASG para o uso de seus módulos, sistemas e funcionalidades requer o registro cadastral da empresa interessada, junto ao Sistema de Cadastro

Unificado de Fornecedores (SICAF)¹⁷, regulamentado pelo Decreto n.º 3.722, de 9 de janeiro de 2001.

O sistema registra a documentação necessária à habilitação das empresas, assim como as sanções administrativas que lhes sejam eventualmente aplicadas, em especial, aquelas que impliquem a proibição de participação em licitações e de celebração de contratos com o governo brasileiro. As regras de funcionamento do SICAF encontram-se dispostas na IN SEGES n.º 3 de 26 de abril de 2018.

Sem ônus para as empresas, o cadastro no SICAF compreende os seguintes níveis: credenciamento; habilitação jurídica; regularidade fiscal federal e trabalhista; regularidade fiscal estadual, distrital e municipal; qualificação técnica; e qualificação econômico-financeira. O adequado cadastramento nos seis níveis serve à comprovação do atendimento aos requisitos habilitatórios previstos nos arts. 27 a 31 da Lei Geral de Licitações¹⁸.

A atual versão do sistema está integrada a bases de dados mantidas pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) e por outros órgãos e entidades do Poder Executivo federal, em consonância com o Decreto n.º 9.094, de 17 de julho de 2017, que “dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários de serviços públicos”, entre outras medidas. Os documentos que não possam ser extraídos automaticamente destas bases devem ser apresentados em formato digital e renovados anualmente pelas empresas.

As empresas brasileiras e as empresas estrangeiras autorizadas a funcionar no país – igualmente matriculadas no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), administrado pela RFB – observam as mesmas disposições normativas e procedimentais para cadastramento no SICAF. Ressalva-se apenas que as últimas têm que anexar adicionalmente os seguintes documentos ao sistema:

- a portaria de autorização de funcionamento e instalação no país; e
- o ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, a depender da atividade desempenhada pela empresa¹⁹.

A IN SEGES n.º 3, de 2018, que estabelece as regras de funcionamento do SICAF, bem como farto material explicativo a respeito do sistema, tanto do ponto de vista normativo quanto operacional, podem ser consultados no Portal de Compras do Governo Federal (clique no link para acessar o arquivo ou seção do portal):

- **IN SEGES N.º 3, DE 2018 COM SEÇÕES DE PERGUNTAS E RESPOSTAS;**
- **MANUAIS E TUTORIAIS DO SICAF.**

O empenho do Ministério da Economia em abrir o mercado de compras públicas brasileiras à competição internacional motivou alterações recentes nas regras de funcionamento do SICAF, com a edição da IN SEGES n.º 10, de 10 de fevereiro de 2020. Por meio do acréscimo do art. 20-A à IN SEGES n.º 3, de 2018, o novo normativo

¹⁷ A mesma exigência se aplica aos casos nos quais os fornecedores são pessoas físicas.

¹⁸ Exceção feita à habilitação jurídica, a documentação relativa aos demais níveis de credenciamento, pode ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, leilão e pregão, cujo objeto consista em fornecimento de bens para pronta entrega, conforme o disposto no § 1º do art. 32 da Lei Geral de Licitações e entendimento jurisprudencial do TCU.

¹⁹ Idem nota de rodapé 8.

disciplina o cadastramento de empresas estrangeiras que não funcionem no país, mediante a atribuição de código identificador específico pelo sistema²⁰.

Processadas as adaptações no SICAF em decorrência da edição da IN SEGES n.º 10, de 2020, os módulos eletrônicos do Portal de Compras do Governo Federal estão aptos à realização de licitações internacionais, suprindo-se, assim, uma necessidade de aperfeiçoamento levantada pelo TCU em alguns de seus julgados²¹.

4.5 EDITAIS DE LICITAÇÕES INTERNACIONAIS

Os editais e minutas de contratos de licitações internacionais promovidas pelos órgãos e entidades da APF, direta e indireta, devem prever expressamente a possibilidade de participação de empresas estrangeiras que não funcionem no país e observar as disposições da Lei Geral de Licitações sintetizadas no Quadro 2.

4.5.1 PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS QUE NÃO FUNCIONEM NO PAÍS

Um dos primeiros e principais aspectos a serem considerados no planejamento de uma contratação remete ao universo possível de licitantes. Em deferência ao princípio da isonomia, os certames devem ser abertos a quaisquer empresas interessadas, sejam elas brasileiras; estrangeiras em funcionamento no país, mediante autorização; ou estrangeiras que não funcionem aqui.

No que concerne a este ponto, duas ressalvas devem ser consideradas, todavia. A primeira é que a legislação pátria (*lato sensu*) impõe algumas restrições setoriais ao exercício de empresa estrangeira na atividade empresarial. A segunda, que a autorização de funcionamento no país deve ser exigida, para fins de habilitação jurídica, sempre que a execução do objeto da licitação envolver a permanência e a prática de atos contínuos no país pela contratada.

Afora essas ressalvas, inexistem (*a priori*) impedimentos à participação de empresas estrangeiras que não funcionem no país em licitações promovidas pelos órgãos e entidades considerados nesta publicação. A tabela abaixo mostra a quantidade de licitações internacionais, realizadas nos últimos cinco anos, no âmbito do SIASG, nas modalidades previstas na Lei Geral de Licitações²².

²⁰ O tópico 4.5.2 aborda o cadastramento no SICAF destas empresas, com as inovações introduzidas pela IN SEGES n.º 10, de 2020.

²¹ Por exemplo, os Acórdãos TCU n.º 7.758/2012 e 880/2013, da 1ª Câmara, e n.º 903/2019, do Plenário.

²² Inclui o pregão; mas não, o RDC.

Tabela – Quantidade, proporção e valores das licitações promovidas pela Administração Pública Federal, segundo a modalidade de licitação (2015 – 2020)

<i>Modalidade</i>	<i>N</i>	<i>% Total</i>	<i>Valor (R\$)</i>	<i>% Total</i>
<i>Pregão Nacional</i>	19.707	85,20	329.439.125.534,58	92,02
<i>Pregão Internacional</i>	1.764	7,63	18.097.851.789,00	5,05
<i>Concorrência Nacional</i>	545	2,36	8.820.277.735,59	2,46
<i>Concorrência Internacional</i>	31	0,13	256.034.234,82	0,07
<i>Tomada de Preços</i>	720	3,11	1.348.959.160,55	0,38
<i>Convite</i>	316	1,37	49.150.053,82	0,01
<i>Concurso</i>	46	0,20	8.932.200,94	0,002
Total	23.129	100%	358.020.330.709,30	100%

Fonte: DW SIASG – MINISTÉRIO DA ECONOMIA.

4.5.2 CADASTRAMENTO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS QUE NÃO FUNCIONEM NO PAÍS

Como dito anteriormente, a IN SEGES n.º 10, de 2020, disciplina o cadastramento no SICAF das empresas estrangeiras que não funcionem no país, de modo a viabilizar a sua participação em licitações internacionais, realizadas com o suporte dos módulos informatizados do Portal de Compras do Governo Federal.

Reproduzindo, em grande medida, o teor do art. 41 (caput e parágrafo único) do Decreto n.º 10.024, de 2019, o normativo altera a IN SEGES n.º 3, de 2018, para estabelecer que a documentação exigida nos seis níveis de cadastramento do SICAF pode ser apresentada por meio de ‘documentos equivalentes’ traduzidos livremente. A tradução juramentada e apostilada²³ ou consularizada destes documentos somente será exigida no momento de assinatura do contrato ou da ata de registro de preços.

Os cadastros das empresas que não funcionem no país serão vinculados a um dos dois códigos identificadores abaixo, obtido previamente pela empresa e informado no seu credenciamento (nível I do cadastro no SICAF):

- **Trade Identification Number (TIN) *** – estabelecido pela **World Customs Organization (WCO)**.
- **D-U-N-S Number *** – desenvolvido pela empresa **Dun & Bradstreet**.

*** CLIQUE NOS LINKS PARA OBTER MAIORES INFORMAÇÕES SOBRE OS CÓDIGOS.**

A vinculação do cadastro a um destes códigos propiciará a necessária segurança jurídica nas contratações de empresas que não funcionem no país. De modo análogo ao CNPJ, o código servirá à verificação da existência legal e do regular funcionamento das empresas estrangeiras que não funcionem no país.

É importante ressaltar que o cadastramento no SICAF das empresas estrangeiras que não funcionem no país requer, como condição prévia, devidamente comprovada, a existência de representante legal no Brasil com



²³ Nos termos do disposto no Decreto n.º 8.660, de 29 de janeiro de 2016, ou de outro que venha a substituí-lo.

poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente, em nome da empresa²⁴.

Informações detalhadas sobre os procedimentos a serem observados no cadastramento das empresas estrangeiras que não funcionem no país podem ser encontradas no 'Manual Operacional do SICAF' especificamente desenvolvido para tais casos, também disponível para consulta na seção **MANUAIS E TUTORIAIS DO SICAF** (clique no link para acessar) do Portal de Compras do Governo Federal.

4.5.3 EQUIVALÊNCIA ENTRE DOCUMENTOS

De acordo com a IN SEGES n.º 10, de 2020, que alterou a IN SEGES n.º 3, de 2018, as empresas estrangeiras que não funcionem no país podem se cadastrar no SICAF mediante a apresentação de documentos equivalentes aos exigidos das empresas brasileiras e estrangeiras autorizadas a funcionar aqui. O normativo prevê a possibilidade de que um ou mais documentos requeridos não existam em outros países, situação na qual o responsável pelo cadastramento deverá justificar a omissão, em campo próprio, disponibilizado no sistema.

A equivalência entre documentos e omissões na sua apresentação devem ser objeto de cuidadosa apreciação pela comissão de licitação ou pelo pregoeiro, conforme o caso. Eventualmente, o exame demanda, inclusive, a realização de diligências, de modo a se evitem questionamentos dos licitantes e assegurar a lisura do certame.

4.5.4 EQUALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA DAS PROPOSTAS DE PREÇOS

A equalização tributária das propostas de preços está prevista no § 4º do art. 42 da Lei Geral de Licitações. A sucinta redação do dispositivo contrasta com a complexidade do procedimento por ele instituído e para o qual ainda não existe regulamentação específica.

LEI N.º 8.666, DE 1993 (LEI GERAL DE LICITAÇÕES)

Art. 42.....

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

.....

Em linhas gerais, o procedimento consiste na adição simulada do custo dos tributos que oneram a operação final de venda no mercado interno do objeto da licitação, por uma empresa brasileira ou estrangeira em funcionamento no país, às propostas apresentadas por empresas estrangeiras que não funcionem no país.

Trata-se, pois, de uma simulação, a cargo do pregoeiro ou da comissão de licitação, para o fim exclusivo de julgamento das propostas, ou seja, a administração não arca com o custo relacionado a estes tributos, caso uma

²⁴ Inciso III do art. 20-A da IN SEGES n.º 3, de 2018, com redação dada pela IN SEGES n.º 107, de 28 de outubro de 2020.

empresa estrangeira que não funcione no país seja declarada vencedora, após a equalização tributária das propostas, conquanto atendidas todas as demais exigências editalícias, por óbvio.

O procedimento justifica-se sob o prisma da isonomia, pois a importação de bens processada diretamente em nome do órgão ou entidade promotora da licitação, conta, conforme o caso, com uma série de benefícios fiscais e tributários previstos na legislação, a exemplo da:

- imunidade tributária do § 2º e da alínea ‘a’ do inciso VI da Constituição Federal de 1988;
- isenção tributária prevista na Lei n.º 8.010, de 29 de março de 1990; e
- isenção fiscal prevista na Lei n.º 8.032, de 12 de abril de 1990.

A partir da análise de uma considerável amostra de editais de licitações internacionais, nas modalidades concorrência e pregão (tanto em sua forma presencial quanto eletrônica), realizadas por órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual e distrital, extraem-se algumas orientações genéricas para a realização da equalização tributária das propostas, ainda que a operacionalização do procedimento seja heterogênea, mesmo porque sujeita a variações ditadas por aspectos específicos de cada caso concreto.

Considerando hipoteticamente um pregão eletrônico internacional, promovido por um órgão ou entidade da APF e destinado à aquisição de um bem comum (‘mercadoria’), dissociada da prestação de serviços de instalação, manutenção e assistência técnica, para simplificação da análise, pode-se afirmar que a equalização tributária tem como pressuposto a apresentação no edital de dois modelos de propostas de preços – um para bens nacionais ou nacionalizados; o outro para bens importados²⁵.

Na hipótese considerada, a proposta de preços para bens nacionais ou nacionalizados deve discriminar o preço unitário ‘posto-fábrica’, sem impostos, no estabelecimento do vendedor ou em outro local nomeado (fábrica, armazém, etc.); o custo unitário dos tributos incidentes sobre a mercadoria, separando-os; e o custo unitário de transporte doméstico (inclusive, seguro) para um destino específico.

Por sua vez, a proposta de preços para bens importados deve considerar os benefícios fiscais e tributários acima relacionados – entre outros previstos em legislação esparsa – e ser estruturada com base nos Termos Internacionais de Comércio (Incoterms)²⁶ estabelecidos pela International Chamber of Commerce (ICC), em sua Publicação n.º 723-E, de 2020, em observância à Resolução n.º 16, de 2 de março de 2020, do Comitê Executivo de Gestão da Câmara de Comércio Exterior (GECEX-CAMEX).

Assim sendo, a proposta deve discriminar o preço unitário DAP (‘delivered at place’), mercadoria à disposição do comprador em porto brasileiro, sem estar desembaraçada, nem descarregada; o custo unitário de

²⁵ Incidem sobre a importação os seguintes tributos: Imposto de Importação (II); Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público incidente na Importação de Produtos Estrangeiros ou Serviços (PIS/PASEP-Importação); Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social devida pelo Importador de Bens Estrangeiros ou Serviços do Exterior (COFINS-Importação); Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS); e o Adicional de Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRRM), quando utilizado o modal marítimo.

²⁶ Normas padronizadas que regulam diversos aspectos do comércio internacional. Estabelecem direitos, obrigações, custos e riscos associados ao transporte e entrega de bens.

desembaraço; o valor aduaneiro; o custo unitário de transporte doméstico (inclusive, seguro) para um destino específico (o mesmo estabelecido para os bens nacionais ou nacionalizados); e o preço unitário DDP ('delivered duty paid') incluídos todos os riscos e custos relativos ao transporte e entrega no local de destino designado²⁷.

Caso a proposta classificada em primeiro lugar, após a etapa de envio de lances da sessão pública, tenha sido uma empresa estrangeira que não funcione no país (bem importado diretamente em nome do órgão ou entidade), o pregoeiro deve proceder a um acréscimo simulado do custo dos tributos que oneram a operação final de venda no mercado interno do objeto da licitação conforme a proposta para um bem nacional ou nacionalizado mais bem posicionada na ordem sucessiva de classificação²⁸. Sugere-se a adoção deste parâmetro para fins de equalização tributária – e não a média de tributos das propostas de todas as empresas participantes – porque é possível que os tributos incidentes sobre os bens nacionais ou nacionalizados variem, a depender, por exemplo, do planejamento tributário das empresas que os oferecerem.

Caso a proposta da empresa estrangeira continue a apresentar preço menor para o item em relação ao preço da proposta tomada como parâmetro para a equalização tributária, será considerada vencedora e o certame segue para a etapa de habilitação.

Por outro lado, caso o preço do item se mostre maior ou igual²⁹ ao preço da proposta tomada como parâmetro para a equalização tributária, o pregoeiro deve negociar a redução do preço com a empresa estrangeira que não funcione no país. Permanecendo inalterado o cenário após a negociação, a proposta sob julgamento deve ser desclassificada.

Esta dinâmica deve ser reproduzida sempre que uma proposta de bem importado apresentada por empresa estrangeira que não funcione no país, **com preço inferior ao da proposta tomada como parâmetro para a equalização tributária**, estiver sob julgamento.

Em caso de licitação por lote, deve-se seguir a mesma dinâmica apresentada para cada item, considerando que o preço global é formado por itens autônomos.

²⁷ O valor deve corresponder ao preço DAP acrescido do custo do desembaraço, do valor aduaneiro, dos encargos, do transporte doméstico, seguro e outros incidentes.

²⁸ **Conforme Parecer SEI n.º 16279/2020/ME, de 8 de outubro de 2020, da Coordenação-Geral de Licitações e Atos Normativos em Contratação Pública da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (CGLA/PGFN).**

²⁹ Aplicação combinada do § 2º do art. 3º da Lei Geral de Licitações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As orientações apresentadas neste caderno não esgotam um tema tão vasto, complexo e dinâmico. Trata-se de um primeiro esforço, empreendido pela SEGES/SEDGG/ME, com vistas ao esclarecimento de controvérsias recorrentes, identificadas na literatura especializada e jurisprudência do TCU, sobre as licitações realizadas pelos órgãos e entidades da APF com a participação de empresas estrangeiras.

Há muito a ser explorado na regulamentação do tema, em nível infralegal, sobretudo no que concerne aos procedimentos a serem observados nas licitações internacionais. Um desafio ao qual certamente seguiremos detidos, de modo a viabilizar à ampla abertura dos certames à competição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Leonardo Garcia. Restrições ao exercício de empresa por estrangeiro. Revista de informação legislativa, v. 50, n.º 199, p. 349-364, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MARRARA, Thiago; CAMPOS, Carolina Silva. Licitações internacionais: regime jurídico e óbices à abertura do mercado público brasileiro a empresas estrangeiras. In: O direito brasileiro em evolução: estudos em homenagem à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. São Paulo: Almedina, 2017.

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, n.º 269, p. 67-106, 2015.

SCHNEIDER, Jardel Romeu. Benefícios fiscais e tributários nas importações: um estudo da legislação brasileira aplicado às entidades da Administração Pública. Universidade Federal de Santa Maria, 2013. Disponível para consulta em: < <http://repositorio.ufsm.br/handle/1/251>>. Acesso em: 7 de setembro de 2020.

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

