

Título : AS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES – REESCREVENDO
Autor : Edite Hupsel

AS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES – REESCREVENDO

EDITE HUPSEL

Procuradora do Estado da Bahia aposentada. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra. Professora de Direito Administrativo.

Enquanto ainda tramitava o Projeto de Lei nº 6.814/2017, do Senado Federal, antes, pois, de ser transformado na atual e festejada Lei nº 14.133, de 2021, publicamos artigo de nossa autoria com o título “A Nova Lei de Licitações e as Licitações Internacionais” (Revista Zênite ILC, n. 307, p. 878-882, set. 2019, seção Doutrina).

Naquela ocasião, tecemos elogios às inovações trazidas pelo então projeto de lei, registrando que a inversão das fases da licitação vinha a abraçar o princípio da eficiência e que o regime de contratação integrada para obras e serviços de engenharia também era uma salutar inovação.

Registramos, também, a importância da previsão, no seu texto, da matriz de riscos como instrumento de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

A nova modalidade licitatória denominada de diálogo competitivo, no qual a Administração Pública realiza conversas com licitantes previamente selecionados, a fim de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, também foi ali elogiada

A previsão no sentido de que, quando houvesse a possibilidade de compra ou de locação de bens, a contratação fosse precedida de análise de economicidade e de estudo comparativo de viabilidade entre as opções, restou mais do que celebrada no mencionado artigo, eis que essa disposição viria a proteger a Administração de condutas desarrazoadas, como já tínhamos registrado anteriormente em artigo intitulado de locações antieconômicas (HUPSEL, 2006b).

Também chamamos a atenção da relevância do instrumento convocatório poder trazer a possibilidade de meios alternativos de solução de controvérsias, inclusive quanto ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, permitindo o estabelecimento de cláusula arbitral e mediação, nos termos da Lei nº 13.140/2015.

Elogiamos ter sido assentado no texto a prorrogação automática nos ajustes de escopo predefinido quando não concluídos no prazo contratado, sem prejuízo da aplicação de multa pelo atraso. Sobre a interpretação então dada por alguns doutrinadores quanto a dispositivos da Lei de Licitações em vigor, no sentido de que expirado o prazo do ajuste sem a formalização da prorrogação por meio de termo aditivo, esta não mais poderia ocorrer, sustentamos que não se compatibilizava com o interesse público de continuidade e conclusão de obras ou serviços.

Não nos tinha passado despercebida a positividade, no projeto, da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica para aplicação de penalidade administrativa, sempre que o ato praticado visasse facilitar, encobrir ou dissimular a prática de atos ilícitos previstos na lei ou provocar confusão patrimonial.

Se, como não poderia deixar de ser, elogios foram tecidos naquele artigo com relação às inúmeras novidades trazidas naquele projeto, que buscavam agilizar o procedimento licitatório, moralizar condutas e assentar, na lei a ser editada, novidades já consagradas em outros diplomas que tratavam de licitações, apontamos que falhara o mesmo na sistematização dos certames internacionais, padecendo, assim, do mesmo pecado da Lei nº 8.666, de 1993.

Deixava de sistematizar matéria por demais complexa, que necessitava de um tratamento claro e objetivo sobre inúmeras questões. Também não propiciava uma pacificação doutrinária sobre outras tantas questões, já então controversas.

Os mesmos equívocos foram mantidos no diploma legal no qual foi convertido o projeto. As mesmas falhas permaneceram na Lei 14.133, de 2021.

Insuficiente e mesmo equivocada é a definição de licitação internacional trazida no art. 6º, inciso XXXV, da nova lei.

Conceituar licitação internacional como aquela “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” é confundir situações que deveriam ter sido tratadas separadamente.

Primeiramente, a possibilidade de participação de licitantes estrangeiros não tem, por si só, o condão de transformar a licitação em internacional.

Nos pregões nacionais para o fornecimento de bens já era admitida a participação de licitantes estrangeiros, na forma do Decreto nº 3.555/2000, art. 16.

Além disso, quando a empresa estrangeira, sem autorização para o funcionamento no país, participava ou participa de um consórcio para a constituição de uma futura sociedade de propósito específico, uma SPE, essa licitação não podia, nem pode ser entendida como internacional se o edital não foi publicado no exterior.

Licitantes estrangeiros podem participar de licitações nacionais sem que isso transforme tais certames em internacionais. A obtenção da autorização para o funcionamento no país, caso ainda não autorizada, vem a ser uma condição para a assinatura do contrato, se for vencedora do certame.

A possibilidade de participação de empresas estrangeiras, por si só, não transforma a licitação em certame internacional.

A expressão “processada em território nacional” parece-nos também inadequada e geradora de grandes dúvidas no momento atual, no qual os certames ocorrem, na grande maioria das vezes, através dos meios eletrônicos. Estaria contemplada ou limitada a meio eletrônico nacional?

Vemos ainda, como grande falha a nova Lei de Licitações não trazer regras sobre a publicação de certames de âmbito internacional, silenciando quanto aos prazos e locais para a publicação do chamamento público.

Parece-nos uma falta que deve ser suprida, com urgência, em outro diploma legal ou mesmo em um outro ato normativo.

A definição, hoje insuficiente e mesmo equivocada, de licitação internacional, merece ser corrigida, para fazer constar na Lei que a licitação internacional, ou licitação de âmbito internacional, vem a ser aquela realizada com a publicação do edital no exterior, por meio do qual é feito o chamamento de empresas interessadas na contratação objeto do certame, sem restrições referentes à nacionalidade ou ao local do funcionamento delas.

O critério de publicação no exterior somado ao da possibilidade de participação de empresas estrangeiras sem funcionamento no Brasil já define o que possa ser denominado “licitação internacional”. É, portanto, considerada licitação internacional aquela em que a Administração Pública promove sua divulgação no exterior, convocando empresas regidas e constituídas por leis de países estrangeiros para participar do certame (FURTADO, 2001).

A maioria dos estudiosos do tema defende que a licitação é internacional quando for divulgada no exterior. Equivocada é a ideia de que a simples possibilidade de participação de empresas estrangeiras tornaria o certame internacional, pois, como vimos, em uma licitação comum, há, no mais

das vezes, a presença de empresas alienígenas (FERREIRA NETO, 2004).

Nessa linha de orientação, licitação internacional vem a ser aquela cujo edital foi publicado no exterior, dela podendo participar as empresas estrangeiras que não estejam em funcionamento no país, as que estão em funcionamento no país e, como não poderia deixar de ser, também as empresas brasileiras.

O entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) é no sentido de que somente cumpridos, pela Administração, os requisitos de divulgação no exterior e de permissão da ampla participação de empresas estrangeiras, respeitados os limites impostos pela legislação nacional, é possível denominar-se a licitação de “internacional”. Para que seja internacional, é fundamental que haja divulgação no exterior, divulgação na esfera internacional (BITTENCOURT, 2000).²⁻³

CONCLUSÕES

Repetindo aqui as conclusões de estudo de nossa autoria, afirmamos ser imprescindível que seja alterada a definição de licitação internacional na Lei 14.133, de 2021, com vistas a traçar um divisor de águas para o tema, separando certames dessa natureza daqueles nacionais nos quais, por diversas razões, permite-se a participação de sociedades ou empresas estrangeiras sem autorização para funcionamento no país (HUPSEL, 2019).

A introdução no novo diploma de um capítulo específico sobre o tema licitações públicas internacionais teria facilitado, sobremaneira, uma melhor e mais ampla compreensão acerca do tema. Teria trazido uma acertada conceituação de licitação internacional; disciplinado a forma, os prazos e os meios de publicação do edital; declinado as exigências para a habilitação dos interessados; indicado as moedas para pagamento e definido a questão da equalização das propostas, quando necessária.

Já editada, porém, a Lei nº 14.133, de 2021, algumas alterações no seu texto, a serem feitas através de um novo diploma legal, seriam bem-vindas e viriam aclarar questões que se mantiveram nebulosas, especialmente as relacionadas às licitações internacionais, como aqui indicamos.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. Entendendo as licitações internacionais. *Boletim IOB de Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública DCAP*, ano IV, n. 8, p. 11, ago. 2000.

FERREIRA NETO, Francisco Damasceno. Licitação internacional. *Revista de Direito e Administração Pública – L&C*, v. 7, n. 74, p. 6-10, ago. 2004.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2001.

HUPSEL, Edite. Extensão da penalidade de suspensão do direito de licitar a contratar – desconsideração de personalidade jurídica na esfera administrativa. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, ano 5, n. 52, p. 7.037-7.039, abr. 2006a.

_____. Licitação internacional: sentido e alcance das normas vigentes. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 17, n. 64, p. 197-244, jan./mar. 2019.

_____. Tribunais de contas: análise das contratações públicas – exame da razoabilidade das opções – contratações antieconômicas – ilegalidade e ilegitimidade dessas opções. *Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, n. 151, p. 781-784, set. 2006b.

_____; RODRIGUES, Maria Angélica. Contrato administrativo: do prazo e da sua prorrogação – tipos de contratos – aditivo de prorrogação após já expirado o prazo inicialmente fixado – possibilidade, dependente do tipo de contrato e dos motivos do atraso de conclusão do objeto. *Web Zênite*, Curitiba. Disponível em: <<https://www.webzenite.com.br/secaocliente/305/?periodico=1>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

¹ Em julgamento do ROMS nº 15.166/BA, Rel. Min. Castro Meira, o STJ já havia confirmado, em sede jurisprudencial, que mesmo sem amparo em dispositivo legal expresso poderia ser desconsiderada a personalidade jurídica nas hipóteses ora mencionadas. Ver também: HUPSEL, 2006a.

² “O permissivo constante no art. 42, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 (possibilidade de cotação de preço em moeda estrangeira nas concorrências de âmbito internacional) não seria aplicável ao certame e ao contrato, visto que não se tratou de licitação de âmbito internacional, ressaltando-se que não houve a publicação do edital em idioma estrangeiro, nem divulgação deste no exterior, nem foi permitida a participação isolada de empresas estrangeiras que não funcionassem no país e que ainda não tivessem decreto de autorização.” (TCU, Acórdão nº 2.672/2017, Plenário.)

³ “Em licitações internacionais, a ausência de comprovação de divulgação do instrumento convocatório na imprensa internacional ou em agências de divulgação de negócios no exterior, conforme verificado nos processos licitatórios GAC.T/CO.I-002/07 e GAC.T/CO.I-004/08, afronta entendimento firmado por este Tribunal nas decisões 289/1999 e 488/2001, ambas do Plenário.” (TCU, Acórdão nº 220/2013, Plenário. Rel. Min. Ana Arras, DOU de 27.02.2013.)

Também no Acórdão nº 1.290/2018, do Plenário, o TCU adotou posição no sentido de que a licitação com estrangeiros mas sem a publicação no exterior não seria licitação internacional e deveria ser anulada, em razão de falha grave em prejuízo à efetiva participação de estrangeiros.

Segundo Jonas Lima, a “assustadora a situação verificada no artigo 6º, inciso XXXV, da Lei nº 14.133/2021, que apenas definiu licitação internacional, de forma simplória, mencionando o seu processamento em território nacional, a admissão de participantes estrangeiros, a possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira ou possibilidade de que o objeto contratual possa ou deva ser executado, no todo ou em parte, no território estrangeiro, mas esquecendo da publicação no exterior”- Revista Consultor Jurídico, 4 de junho de 2021.

Como citar este texto:

HUPSEL, Edite. As licitações internacionais e a Nova Lei de Licitações – reescrevendo. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 13 jun. 2023. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.