

## Entrevista sobre licitações internacionais com o professor Rafael Wallbach Schwind



◀ Entrevista com o professor Joel de Menezes Niebuhr sobre a modernização das licitações no Brasil

Entrevista com o professor Renato Cader sobre a Gestão Estratégica e Governança nas Licitações ▶

Mostrar respostas aninhadas ▼



Entrevista sobre licitações internacionais com o professor Rafael Wallbach Schwind por Eduardo Paracêncio - Segunda, 16 Out 2017, 17:17

(17/10/2017) Entrevista sobre licitações internacionais para a Comunidade de Compras Públicas da ENAP com o professor Rafael Wallbach Schwind. As perguntas foram elaboradas pelo professor da ENAP Marcio Motta Lima da Cruz.

**1) Rafael, o que caracteriza propriamente uma licitação internacional? O fato de participarem, ou poderem participar, empresas estrangeiras nos certames já os caracterizam como licitações internacionais?**

**Rafael-** A caracterização do que é uma licitação internacional envolve certa complexidade. Apesar de a legislação utilizar esse termo e outros equivalentes (como “concorrência de âmbito internacional” – art. 42 da Lei 8.666), em nenhum momento preocupou-se em caracterizá-los ou defini-los.

Este é, aliás, um dos problemas mais recorrentes na legislação brasileira: utilizam-se termos com uma conotação específica, mas sem uma técnica legislativa adequada que se preocupe em defini-los de modo a delimitar o regime jurídico aplicável. Nem mesmo no projeto de nova lei de licitações se prevê uma definição do que são licitações internacionais.

Outra dificuldade é que um termo jurídico, com frequência, apresenta significados diversos dependendo do instrumento normativo em que é empregado. Por exemplo, o art. 3º da Lei 11.732 define licitação internacional como sendo “aquela promovida tanto por pessoas jurídicas de direito público como por pessoas jurídicas de direito privado do setor público e do setor privado”. Evidentemente, tal definição só é relevante para o regime tributário do drawback que é endereçado por aquela lei. Para uma delimitação das regras aplicáveis às licitações públicas, a definição constante da Lei 11.732 é imprecisa.

Diante disso, a doutrina se debate sobre quais licitações podem realmente ser caracterizadas como internacionais. Os critérios mais usualmente apontados são os (1) do local da realização do certame (no exterior), (2) do local de divulgação (igualmente no exterior), (3) da fonte dos recursos empregados na contratação (fonte externa ao Brasil), (4) da participação de estrangeiros (licitações internacionais seriam aquelas que admitem a participação de estrangeiros) e (5) da desnecessidade de os estrangeiros terem autorização para funcionar no país (nas licitações internacionais, não haveria essa obrigatoriedade).

Entendo que todos esses possíveis critérios são equivocados. É o que defendo no meu livro cuja segunda edição foi lançada recentemente (Licitações Internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017).

É necessário partir do entendimento de que existem três situações básicas: (1) licitações realizadas com recursos estrangeiros nas quais normalmente (mas nem sempre) há a aplicação de normas contidas em atos internacionais ou editadas pelo organismo financiador; (2) licitações nacionais realizadas de acordo com os procedimentos previstos na legislação brasileira; e (3) licitações internacionais realizadas de acordo com os procedimentos da legislação nacional.

No primeiro caso (licitações realizadas com recursos externos), o organismo internacional pode condicionar a concessão do financiamento ou doação à aplicação das suas regras. Assim, poderão ser adotadas soluções praxistas e procedimentais radicalmente distintas daquelas previstas na legislação brasileira, mas os princípios inerentes à atividade administrativa serão observados. Os organismos internacionais normalmente impedem que haja uma vedação genérica à participação de estrangeiros.

No segundo e no terceiro casos (licitações nacionais e licitações internacionais realizadas de acordo com os procedimentos da legislação brasileira), a participação de estrangeiros será em regra possível.

A diferença é que, nas licitações nacionais realizadas de acordo com a legislação brasileira, o licitante estrangeiro, caso seja contratado, receberá seus pagamentos em moeda nacional e, para que haja a sua qualificação, e dependendo da natureza da prestação a ser executada, deverá comprovar que possui autorização para funcionamento no Brasil, na forma dos arts. 1.134 a 1.141 do Código Civil. Empresas com sede no exterior, portanto, podem participar de licitações nacionais, mas devem cumprir esses requisitos de ordem burocrática.



Já nas licitações internacionais realizadas de acordo com os procedimentos da legislação brasileira, os recursos podem ser de origem doméstica ou estrangeira, mas a licitação é expressamente aberta a licitantes estrangeiros, inclusive que não estejam em funcionamento no Brasil. Portanto, como regra geral, nesses casos o licitante estrangeiro não precisa ser previamente autorizado a operar no Brasil e pode receber pagamentos em moeda estrangeira. Além disso, o licitante estrangeiro, caso não funcione com regularidade no país (portanto, dispensada a necessidade de autorização para operação no Brasil), deverá possuir “representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente” (art. 32, §4º, parte final, da Lei 8.666).

Contudo, mesmo numa licitação internacional, o licitante estrangeiro não terá alternativa senão constituir-se como empresa estrangeira em funcionamento no Brasil caso o objeto licitado envolva atividades que exijam esse tipo de autorização governamental. Assim, por exemplo, se o objeto da contratação configurar continuidade e permanência no Brasil, o licitante estrangeiro somente poderá ser habilitado se for autorizado a operar no país, conforme exige o Código Civil.

Toda essa longa explicação é necessária para responder objetivamente à sua pergunta. O que caracteriza as licitações internacionais é que elas são certames realizados com recursos nacionais ou estrangeiros, expressamente abertas a licitantes estrangeiros em regra (mas nem sempre) sem a necessidade de autorização para funcionamento no Brasil, com a possibilidade de pagamento (ao estrangeiro) em moeda estrangeira.

Além disso, o simples fato de haver a possibilidade de participação de estrangeiros não caracteriza uma licitação como internacional. Mesmo nas licitações nacionais, em regra a participação de estrangeiros será possível, ainda que determinadas exigências burocráticas devam ser cumpridas.

## **2) Quais são os principais diferenciais das licitações internacionais em relação às licitações nacionais?**

**Rafael-** Em virtude do que mencionei a propósito da pergunta anterior, as licitações internacionais e as nacionais não apresentam como diferenciais necessários as questões (1) do local da realização do certame, (2) do local de divulgação, (3) da fonte dos recursos empregados na contratação, (4) da participação de estrangeiros ou (5) da (des)necessidade de os estrangeiros terem autorização para funcionar no país.

Na prática, o que caracteriza as licitações internacionais é que elas são certames realizados com recursos nacionais ou estrangeiros, expressamente abertas a licitantes estrangeiros em regra (mas nem sempre) sem a necessidade de autorização para funcionamento no Brasil, com a possibilidade de pagamento (ao estrangeiro) em moeda estrangeira.

Em termos procedimentais e de requisitos de participação, portanto, licitações internacionais e licitações nacionais podem ser idênticas.

## **3) É possível vedar a participação de licitantes estrangeiros em licitações realizadas no país? Se positivo, em que casos essa vedação pode ocorrer?**

**Rafael-** Em regra, a participação de estrangeiros em licitações realizadas no país não pode ser vedada. Qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, que preencha os requisitos estabelecidos pela lei e pelo edital poderá participar da licitação. Em princípio, seria inconstitucional, por ofensa à isonomia, vedar a participação de estrangeiros em licitações públicas.

Há, contudo, atividades cujo exercício se restringe aos brasileiros ou a empresas cujo controle é exercido por brasileiros. Normalmente, trata-se de atividades que tenham algum impacto, por exemplo, em termos de soberania

e segurança nacional. Nesses casos, serão admitidas restrições e vedações à participação de estrangeiros, desde que essas restrições sejam previstas em lei e compatíveis com a Constituição.

Em outras palavras, admite-se em tese a constitucionalidade de vedações legais à participação de estrangeiros em licitações no Brasil, desde que haja uma relação direta entre a vedação e a proteção do interesse pátrio.

No entanto, é importante fazer duas observações que me parecem essenciais.

A primeira é que a vedação à participação de estrangeiros é a exceção. Tal vedação inclusive poderá resultar em um dispêndio maior de recursos públicos, uma vez que se restringe a competitividade do certame. Não se pode vedar indiscriminadamente a participação de estrangeiros, portanto. Até mesmo políticas econômicas destinadas a incentivar a indústria nacional devem ser tomadas com cautela, para que não se transformem em simples justificativas para verdadeiras reservas de mercado.

A segunda observação é que, admitindo-se a participação de estrangeiros, deve haver um tratamento isonômico entre eles e os licitantes nacionais. O art. 3º, § 1º, inciso II, da Lei 8.666 consagra a regra geral de tratamento isonômico entre licitantes nacionais e estrangeiros ao vedar o estabelecimento de tratamento diferenciado entre empresas nacionais e não nacionais. Isso significa que, se a Administração Pública estabelecer determinadas exigências, deverá aplicá-las a todos os licitantes, independentemente de sua nacionalidade. Haverá regras uniformes a respeito da moeda, modalidade e local de pagamento, nos limites do que dispõe a própria lei. A regra geral, portanto, é a da uniformidade de tratamento entre nacionais e não nacionais, sendo vedadas inclusive as discriminações indiretas, que onerem de tal modo os estrangeiros a ponto de, na prática, inviabilizar a sua participação.

A ressalva, é claro, fica por conta da existência de normas que tenham por objetivo o fomento à indústria nacional. Essas políticas de “buy national” são frequentes em muitos países e são plenamente compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, entendo que elas não podem servir apenas para criar verdadeiras reservas de mercado às custas dos cofres públicos. O ideal é que essas políticas tenham um planejamento de começo, meio e fim – afinal, são um mecanismo de fomento a que a indústria nacional atinja patamares melhores de competitividade. Em tese, tais políticas não devem ser perpétuas e demandam não apenas revisões periódicas mas também um controle de resultados.

#### **4)A lei 8.666 possibilita a utilização das modalidades de concorrência, tomada de preços e convite para as licitações internacionais. E quanto à utilização do pregão, qual sua opinião sobre o cabimento desta modalidade nas licitações internacionais, já que nem a Lei 10.520 nem os decretos regulamentadores tratam do assunto?**

**Rafael-**Entendo que o pregão é uma modalidade cabível nas licitações internacionais. Isso porque, no meu entendimento, as licitações internacionais têm pouquíssimas peculiaridades naturais que poderiam inviabilizar o emprego dessa modalidade.

A questão essencial me parece a da participação de estrangeiros em pregões no Brasil. De fato, a lei e os decretos que regulamentam o pregão no Brasil não admitem expressamente a participação de estrangeiros nesse tipo de modalidade de licitação. No entanto, entendo que esse silêncio normativo não deve ser interpretado como vedação, e sim como permissão tácita a que estrangeiros participem de pregões no Brasil.

Aliás, como há uma tendência muito forte no sentido de se ampliar o uso dos pregões, em virtude da agilidade desse tipo de modalidade licitatória, é importante que se permita a participação de estrangeiros. Do contrário, o mercado de licitações no Brasil seria ainda mais fechado à participação de estrangeiros.

#### **5)Sendo cabível a utilização do pregão eletrônico nas licitações internacionais, como pode se dar a participação de licitantes estrangeiros, considerando que o cadastro no Sicaf depende da inscrição do licitante no CNPJ ou CPF, e os licitantes estrangeiros não possuem estes cadastros?**

**Rafael-** De fato, a grande dificuldade reside na forma de operacionalizar a participação de estrangeiros nos pregões, em especial nos eletrônicos. A participação de licitantes estrangeiros sem sede no Brasil sempre foi dificultada nos pregões eletrônicos, uma vez que tais certames frequentemente utilizam os cadastros no SICAF, que dependem da inscrição do licitante no CNPJ ou CPF. Como os licitantes estrangeiros não têm CNPJ ou CPF, acabavam tendo sua participação prejudicada. Com o aumento da utilização do pregão eletrônico, era necessário resolver essa questão.

No âmbito do Comprasnet, a possibilidade de participação de empresas estrangeiras em pregões eletrônicos vem sendo garantida por uma simples orientação constante das perguntas e respostas disponíveis no site do Comprasnet. O licitante que não dispuser de CNPJ deve encaminhar um e-mail ao órgão ou unidade que estiver realizando a licitação, solicitando o cadastramento (login e senha) no portal Comprasnet e informando os dados básicos da empresa (denominação, endereço, cidade, país, e-mail, telefone). O órgão ou unidade, então, realizará o cadastro do interessado. Com isso, o sistema enviará automaticamente um e-mail (em português e em inglês) à empresa estrangeira informando o seu login e senha para acesso ao Comprasnet, bem como as orientações para participação em pregão eletrônico.

Com isso, o licitante estrangeiro poderá participar normalmente dos certames, sendo que sua documentação será verificada pelo pregoeiro na fase de habilitação, conforme dispõe a legislação.



Assim, por uma solução simples, garantiu-se a participação de empresas estrangeiras sem sede no país em pregões eletrônicos realizados por meio do Comprasnet.

De todo modo, entendo que a facilitação à participação de estrangeiros deve ser muito mais aperfeiçoada. Em comparação com outros países, o “mercado” de licitações no Brasil é extremamente fechado a empresas estrangeiras. Além da barreira linguística, o Brasil não é muito atuante em blocos econômicos de maior relevância. A exigência de autorização para funcionamento no país, prevista no Código Civil, é uma barreira marcante. Na prática, empresas estrangeiras acabam tendo de ingressar no capital de empresas brasileiras para poder participar de licitações, uma vez que essa hipótese dispensa a necessidade de autorização governamental para funcionamento no país. Enfim, temos muito a evoluir nesses aspectos.

### **6) Como proceder em relação aos documentos de habilitação de empresas estrangeiras? O que se entende pelo termo “documentos equivalentes”, constante da Lei 8.666?**

**Rafael-** A Lei 8.666 dá uma resposta singela a esse questionamento: os licitantes estrangeiros devem apresentar documentos de habilitação que sejam “equivalentes” aos que são apresentados pelos licitantes brasileiros.

A questão essencial reside justamente em saber o que são “documentos equivalentes”. A legislação brasileira não esclarece exatamente o que é isso. E o pior é que outros países podem ter uma sistemática de atestação de informações bastante diversa da brasileira.

Para fins de aplicação do §4º do art. 32 da Lei 8.666, entendo que documento equivalente deve ser compreendido como aquele destinado ao mesmo fim que o documento passível de apresentação pelo licitante brasileiro, ou que contenha as mesmas informações que constariam do documento emitido no Brasil. Trata-se, portanto, do documento que mais se aproxima ao que seria apresentado por um licitante brasileiro para efeitos de habilitação.

Um exemplo esclarece a afirmação. Suponha-se que, em determinado país, não se expeça certidão negativa de falência, mas que haja algum documento oficial que somente pode ser expedido se a empresa não apresenta nenhum pedido de falência formulado contra si. Nesse caso, tal documento poderá ser considerado como “equivalente”, uma vez que se destina à mesma finalidade da certidão negativa de falência expedida no Brasil.

Não é possível ir além e estabelecer requisitos mais objetivos acerca do que seria um documento equivalente. A formulação de requisitos teóricos mais detalhados acerca do que se pode considerar como documento equivalente conduziria a generalizações equivocadas. O que se pode afirmar é que as comissões de licitação devem estar preparadas para eventuais discussões a respeito da equivalência do documento produzido no exterior. É possível que um licitante alegue que o documento equivalente deveria ser outro, e não aquele apresentado pelo estrangeiro. Nesse caso, a comissão de licitação eventualmente terá de realizar diligências destinadas a verificar se o documento apresentado de fato é equivalente ao produzido no Brasil.

É importante notar que o §4º do art. 32 da Lei 8.666 reconhece as dificuldades em se apresentar documentos equivalentes produzidos no exterior, ao exigir a sua apresentação “tanto quanto possível”. Outros países podem inclusive não dispor de documento que seja equivalente ao apresentado pelo licitante brasileiro.

Portanto, é possível que o licitante estrangeiro não disponha de nenhum documento equivalente ao que seria apresentado pelos concorrentes brasileiros. Nesse caso, demonstrado que não existe documento equivalente, o licitante estrangeiro deverá ser classificado mesmo assim, já que o §4º do art. 32 da Lei 8.666 estabelece a obrigatoriedade de apresentação de documento equivalente, “tanto quanto possível”. Sendo impossível a sua apresentação, isso não poderá afastar o licitante estrangeiro do certame.

Novamente, recorra-se ao exemplo da certidão negativa de falência. Suponha-se que no país de origem do licitante estrangeiro simplesmente não exista a figura da falência. Nessa situação, o licitante estará dispensado da apresentação de tal documento, já que ele evidentemente não existirá em um sistema que não contempla o instituto da falência.

O mesmo se aplica a outros documentos de habilitação, como é o caso dos atestados de qualificação técnica. Embora tradicional no Brasil, a sistemática de atestação técnica e registro dos atestados no conselho profissional competente não é adotada em todos os países. Isso significa que um licitante estrangeiro, embora tecnicamente qualificado para o desempenho do objeto licitado, poderá não contar com nenhum atestado de qualificação técnica. Nesse caso, a solução mais adequada não será a sua pura e simples inabilitação. Caberá ao licitante estrangeiro, no momento da entrega de seus documentos de habilitação, a apresentação de todo e qualquer documento que demonstre a sua qualificação técnica, ainda que não se trate propriamente de atestados de qualificação técnica. Poderá ser aceita a apresentação de declarações firmadas por contratantes, prospectos, projetos executados e quaisquer outros documentos que demonstrem a experiência do licitante estrangeiro, ainda que não sejam propriamente atestados de qualificação técnica registrados perante um conselho profissional. Caberá, então, à comissão de licitação o exame da fidedignidade das informações constantes da documentação, valorando-os de forma razoável e proporcional. Ao mesmo tempo em que se deverá observar a necessidade de participação do maior número possível de licitantes, aumentando-se as chances de obtenção de propostas mais vantajosas, não se poderá descuidar da necessidade de se verificar a efetiva qualificação técnica dos licitantes, inclusive estrangeiros.

Para evitar questionamentos, é recomendável que o licitante estrangeiro que não obtiver documento equivalente demonstre já com a documentação de habilitação que não se faz possível a obtenção de documento equivalente. Entretanto, essa prova pode ser difícil e, ademais, tal conduta não é exigida pela legislação. Assim, se houver algum

Entretanto, essa prova pode ser amara e, ademais, tal conduta não é exigida pela legislação. Assim, se houver algum questionamento por parte de outros licitantes ou até da comissão de licitação, deve-se oportunizar a realização de diligência para esclarecimento.

**7)O § 4o do art. 42 da Lei 8.666 estabelece que, 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. Na sua opinião, esta equalização deve ser sempre realizada? E qual a opinião do TCU sobre isso?**

**Rafael-** Na minha opinião, a questão da equalização das propostas é certamente uma das mais mal compreendidas e aplicadas no tocante à participação de estrangeiros em licitações no Brasil.

Parte de doutrina interpreta §4º do art. 42 da Lei 8.666 como sendo uma determinação no sentido de que a carga tributária incidente sobre os licitantes nacionais deve ser incorporada às propostas dos licitantes estrangeiros, de modo a se garantir a isonomia na disputa. O dispositivo seria, portanto, uma regra destinada à proteção dos licitantes nacionais. Supondo que a carga tributária de outros países é menos impactante do que aquela que incide sobre as empresas brasileiras – o que poderia tornar a disputa injusta em desfavor dos licitantes nacionais –, aponta-se que a solução seria aplicar a carga tributária brasileira sobre os preços dos concorrentes estrangeiros. Assim, aplicando-se a “carga tributária nacional” sobre os preços ofertados pelos estrangeiros, haveria, segundo esse raciocínio, uma efetiva isonomia entre os interessados. Isso porque os licitantes estrangeiros não seriam beneficiados em função de a carga tributária de seus países de origem ser mais amena do que a incidente sobre os licitantes brasileiros.

Com o máximo respeito, reputo equivocado o entendimento.

Inicialmente, deve ser observado que, sob certo ângulo, o dispositivo mencionado parece ter mesmo o objetivo de proteger os licitantes brasileiros. Entretanto, mais do que proteger os licitantes brasileiros, a previsão do §4º do art. 42 da Lei 8.666 é uma regra de isonomia, e não de proteção aos licitantes. Deve-se ter cautela na interpretação da regra. Sob o pretexto de proteger os licitantes brasileiros, não é admissível que seja violado o princípio da isonomia. O dispositivo não pode ser interpretado como se contemplasse uma espécie de “armadilha” aos licitantes estrangeiros. É preciso observar que a legislação que trata das licitações no Brasil admite expressamente a participação de estrangeiros nesses certames, inclusive em licitações nacionais. E mais: o art. 3º, §1º, inciso II, da Lei 8.666 veda como regra geral o estabelecimento de tratamento diferenciado entre licitantes estrangeiros e nacionais. Assim, ainda que manifestações nacionalistas tendam a priorizar a contratação restrita às empresas nacionais e que existam regras destinadas a fomentar a indústria nacional inclusive por meio da realização de licitações, o fato é que o mercado de contratações públicas no Brasil é formalmente aberto aos interessados de outros países.

Feita essa ressalva, entendo importante observar também que a afirmação da existência de uma “carga tributária brasileira”, que seria constatável em tese, representa um grave equívoco de premissa. Não se pode interpretar o §4º do art. 42 da Lei 8.666 como sendo uma determinação de se acrescentar “ficticiamente” valores às propostas de estrangeiros como meio de “simular” a carga tributária assumida pelos licitantes brasileiros. Relacionar absolutamente todos os encargos tributários incidentes sobre o licitante brasileiro seria no mínimo uma tarefa hercúlea. Ainda que o dispositivo se refira apenas aos tributos que onerem os licitantes brasileiros “quanto à operação final de venda”, o fato é que todos os tributos recolhidos direta ou indiretamente pelo licitante ao longo de toda a sua cadeia de produção acabam repercutindo, ainda que de modo colateral, no preço final da sua operação de venda à Administração Pública. Impostos sobre patrimônio imobiliário, sobre veículos, sobre movimentação de bens e prestação de serviços, contribuições previdenciárias, tudo isso se reflete em custos ao particular que, de uma forma ou de outra, repercutem no preço final da sua proposta. Na realidade, não se pode definir com exatidão o impacto da “carga tributária brasileira”.

Sendo assim, inexistindo certeza absoluta sobre qual seria a “carga tributária brasileira” e o seu impacto sobre o preço final ofertado à Administração Pública, torna-se impossível uma equalização de propostas que consista simplesmente na sua transposição para a proposta dos licitantes estrangeiros. Qualquer transposição fictícia da “carga tributária brasileira” à proposta comercial de um licitante estrangeiro seria uma operação dotada de evidente subjetividade. Resultaria numa grave violação aos princípios da impessoalidade e do julgamento objetivo, comprometendo todo o resultado do certame.

Outro fator que impede a quantificação de uma “carga tributária brasileira” incidente sobre os licitantes brasileiros deriva da potencialidade de se empregar mecanismos de elisão fiscal. Os licitantes, na qualidade de empresas privadas que atuam no mercado, dispõem de liberdade suficiente para promover arranjos destinados a minorar a carga tributária que incida sobre eles. Como os licitantes dispõem de liberdade para utilizar diversos mecanismos contemplados pelo ordenamento jurídico com o objetivo de reduzir os custos representados pelos tributos, torna-se impossível definir uma carga tributária “em tese”, que incida do mesmo modo sobre todo e qualquer licitante brasileiro e que supostamente poderia ser acrescentada ficticiamente sobre os licitantes não nacionais.

Por outro lado, os próprios licitantes estrangeiros já são onerados por determinados tributos que não incidem sobre os nacionais. Acrescer ficticiamente a suposta “carga tributária brasileira” às propostas dos licitantes estrangeiros, ainda que com o objetivo de estimular a indústria nacional, significaria a concessão de um tratamento ofensivo ao princípio da isonomia. Praticamente inviabilizaria a participação de licitantes estrangeiros, o que frustra todas as previsões legais que admitem a participação destes.



Aliás, não se pode ter como ponto de partida a suposição de que a carga tributária de outros países seria necessariamente mais amena do que a tributação incidente sobre as empresas brasileiras. Em diversos países, verifica-se uma carga tributária bastante pesada, o que não necessariamente compromete a competitividade de suas empresas no mercado internacional.

Depois, seria muito difícil (ou até mesmo impossível) comparar as “cargas tributárias” de cada país. Não apenas é um equívoco falar na existência de uma carga tributária “em tese”, inclusive em função do uso de mecanismos de elisão fiscal, mas também a sistemática de tributação pode variar muito de um país para outro. Há tributos e outros encargos indiretos, por exemplo, que podem onerar a atividade da empresa, ainda que não incidam expressamente sobre o bem por ela produzido ou o serviço por ela prestado. Assim, a constatação da carga tributária que onera a proposta do licitante dependeria de detalhados levantamentos contábeis, e muito provavelmente não chegaria a resultados satisfatórios e subsumíveis a um juízo objetivo.

A rigor, é muito difícil a comparação de cargas tributárias incidentes até mesmo sobre licitantes nacionais. Basta considerar que os tributos estaduais e municipais podem ter impactos diferentes entre os diversos licitantes.

Todas essas dificuldades derivam, em última análise, da má redação do §4º do art. 42 da Lei 8.666. Afinal, impostos sobre a renda, encargos previdenciários, IPTU, IPVA etc., todos são tributos que oneram exclusivamente os brasileiros e, evidentemente, são considerados na composição dos preços dos licitantes.

Estabelecido que a equalização de propostas por meio da transposição de carga tributária não corresponde ao melhor entendimento acerca do tema, resta demonstrar qual a correta compreensão da questão.

Entendo que a melhor interpretação do §4º do art. 42 da Lei 8.666 é a de que somente se pode realizar a equalização se a proposta do licitante estrangeiro provocar algum custo adicional à Administração Pública contratante, que não exista para o caso de se contratar um licitante brasileiro. O objetivo primordial da regra, portanto, é permitir uma comparação adequada das propostas, verificando-se qual é aquela que efetivamente proporciona maior vantagem à Administração Pública contratante.

Assim, todos os licitantes, nacionais e estrangeiros, devem arcar com os tributos que incidem sobre suas atividades, levando tal fator em consideração na elaboração das suas propostas. Dessa forma, a Administração terá condições de comparar as propostas e identificar aquela que realmente proporciona maior economia aos cofres públicos.

Em decorrência disso, qualquer modificação simulada nos custos tributários dos licitantes pela Administração acarretaria distorções desleais e, por isso, inaceitáveis.

Um exemplo me parece esclarecedor. Suponha-se que a proposta do licitante estrangeiro envolva a importação do produto que será fornecido à Administração. Essa importação envolve determinados encargos tributários (imposto de importação, IPI, PIS/COFINS, ICMS), que necessariamente incidirão no custo final do produto. Nesse caso, a Administração não poderá deixar de considerar a incidência de tais encargos.

Assim, somente se produzirá a equalização quando a proposta do licitante estrangeiro acarretar algum tipo de despesa para a Administração Pública, despesa essa que não haveria no tocante à proposta do licitante nacional.

Ou seja, incumbe ao licitante estrangeiro observar as condições do edital e arcar com os tributos incidentes sobre as suas operações e as suas receitas. Sua proposta deverá ser observada, não sendo possível fazer complexos cálculos relativos a regimes fiscais. Se ele omitir determinados custos tributários, ou deverá utilizar sua margem de lucro para fazer frente aos tributos, ou sua proposta será inexecutable.

Há alguns anos, o TCU adotou posicionamento que nos parece o mais correto acerca do tema. Esse importante precedente (Acórdão nº 2.238/2013-Plenário, rel. Min. José Jorge, j. 21.8.2013), examinou a questão com bastante aprofundamento. O caso julgado pelo TCU dizia respeito a uma licitação internacional realizada pela Eletrobras, com financiamento do Banco Mundial, destinada à aquisição de religadores automáticos trifásicos. Um dos licitantes formulou representação ao TCU em que alegava, dentre outras possíveis irregularidades, que não havia sido observada a determinação legal de equalização da proposta de um licitante estrangeiro com sede na Austrália. A representante alegava que, por se tratar de licitação internacional, o certame demandaria necessariamente a aplicação de critério ou procedimento de equalização das propostas apresentadas por empresas nacionais com as de empresas estrangeiras, com vistas a se obter a correta valoração quanto à economicidade das propostas. Segundo a representante, uma das razões para a necessidade de equalização das propostas derivava da incidência de custos adicionais de importação e nacionalização dos equipamentos por empresas estrangeiras – custos que não estariam presentes na eventual contratação de um licitante nacional.

O TCU examinou a fundo a questão da equalização das propostas.

Segundo o TCU, “o procedimento da equalização de valores de licitantes estrangeiros e nacionais, previsto no art. 42, §4º, da Lei 8.666/93, tem o objetivo de garantir a observância do princípio constitucional da isonomia entre os licitantes no seu direito de contratar com a Administração. Verifica-se que a desconsideração de carga tributária e taxas incidentes sobre o processo de importação para os produtos estrangeiros (preços na base CIP), ao mesmo tempo em que se exige do licitante nacional a inclusão de quase todos os custos tributários (excetuando-se apenas o ICMS – preços na base EXW), conduz necessariamente a um tratamento desigual dos participantes da licitação, em ofensa ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal”.

Assim, o TCU entendeu que as previsões do edital que estabeleciam tratamentos distintos aos licitantes nacionais e estrangeiros configuram “desobediência aos princípios da isonomia, da eficiência e do julgamento objetivo de



estrangeiros contrigram “desobediência aos princípios da isonomia, da eficiência e do julgamento objetivo da licitação, previstos no art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal, c/c art. 42, §§ 4º e 5º, da Lei 8.666/93”.

Ao final, o voto consignou que “merecem ressalva as disposições do edital, tendo por base as Diretrizes do BIRD para aquisições no âmbito de empréstimos concedidos pela instituição, que conferem tratamento diferenciado à apresentação das propostas por licitantes nacionais (preços na base EXW) e estrangeiras (preços na CIP), cujos bens licitados ainda serão importados, exigindo das primeiras a inclusão de todos os tributos e outras taxas de importação, dispensando, porém, as últimas da discriminação desses encargos”.

Note-se que o acórdão do TCU em nenhum momento mencionou a necessidade de se incluir ficticiamente na proposta dos licitantes estrangeiros a carga tributária incidente sobre os licitantes nacionais. Apenas houve a preocupação com que as propostas estivessem nas mesmas bases tributárias, de modo que fosse possível a sua correta comparação.

Entendemos que esta é a compreensão mais correta da previsão de equalização das propostas estabelecida pelo art. 42, §4º, da Lei 8.666.

### **8) Segundo o § 5º do art. 42 da Lei 8.666, havendo o emprego de recursos provenientes de fontes estrangeiras, as licitações poderão ser realizadas de acordo com as regras constantes de acordos, convenções ou tratados internacionais, ou ainda em conformidade com as normas editadas pela instituição que realizará o empréstimo ou a doação de recursos. Isto significa o completo afastamento das regras da Lei 8.666? Quais os limites e pressupostos do afastamento das regras previstas na Lei de Licitações?**

**Rafael-** Não. O emprego de recursos provenientes de fontes estrangeiras não significa o completo afastamento das regras da Lei 8.666.

O art. 42, §5º, da Lei nº 8.666, estabelece como condição para aplicação das normas editadas por organismos internacionais o de que tais regras “não conflitem com o princípio do julgamento objetivo”. Isso significa que as decisões tomadas no âmbito de uma licitação regida pelas regras editadas por um organismo internacional devem ser embasadas em regras objetivas. Não há espaço para decisões de cunho subjetivo ou pessoal por parte da Administração ou do órgão financiador.

Só que, mais do que isso, não basta que se observe o princípio do julgamento objetivo. As regras aplicáveis às licitações financiadas por organismos internacionais devem observar todos os princípios fundamentais das licitações, tais como os da impessoalidade, isonomia, publicidade, moralidade, proibição administrativa e eficiência. O fato é que todos esses princípios se relacionam entre si, sendo impossível o isolamento e aplicação dissociada de apenas um deles em detrimento dos demais.

Assim, quando se refere à necessidade de observância do princípio do julgamento objetivo, o §5º do art. 42 da Lei 8.666 deve ser interpretado de forma ampliativa, como fazendo referência a todos os princípios fundamentais das licitações, que, em última análise, são comandos inafastáveis de natureza constitucional.

Nem poderia ser diferente. O ordenamento jurídico brasileiro não pode compactuar com a realização de licitações irregulares, nem mesmo se elas forem realizadas com recursos provenientes de doação. Trata-se de uma questão até mesmo de soberania nacional. Ademais, no caso de financiamento por organismo internacional, a Administração Pública brasileira deverá devolver os recursos (afinal, trata-se de mero empréstimo). Contratações ruins e licitações ofensivas aos princípios básicos das licitações no Brasil não são compatíveis com o direito.

Na prática, portanto, não haverá um afastamento total da Lei 8.666. O que se permite é um afastamento das soluções procedimentais e praxísticas da Lei 8.666 em favor de um procedimento que pode ser totalmente diverso. Mas, mesmo assim, os princípios fundamentais das licitações no Brasil devem ser observados.

### **9) Quais as principais semelhanças e diferenças nas regras próprias das licitações financiadas pelo BID, BIRD e PNUD?**

**Rafael-** As regras próprias das licitações financiadas pelo BID e pelo BIRD são praticamente idênticas entre si. No entanto, essas regras passam por revisões constantes, é importante que se diga.

Já as regras do PNUD são muito similares às da Lei 8.666, e, portanto, bastante diversas daquelas previstas nas guidelines do BID e do BIRD.

### **10) Por fim, Rafael, na sua opinião, e com base na experiência de outros países, quais os aprimoramentos necessários na legislação para que o Brasil possa se beneficiar ainda mais da participação de licitantes estrangeiros nas nossas contratações, contribuindo com nosso desenvolvimento econômico sustentável?**

**Rafael-** Alguns aprimoramentos me parecem essenciais à legislação de licitações como um todo – e, “por tabela”, acabariam ampliando a participação de estrangeiros. Como exemplo, refiro-me à necessidade de menos formalismo. O formalismo exacerbado é danoso às contratações públicas. Encarece os contratos e é uma das principais fontes de corrupção.

Outra questão que me parece essencial para a melhoria das licitações como um todo é acabar com as diferentes modalidades de licitação, cada qual com os seus procedimentos rígidos. Nesse sentido, a sistemática do RDC teve uma contribuição muito importante. Deve haver um procedimento básico, com a possibilidade de a Administração modulá-lo a cada caso.



Também me parece que a sistemática de verificação de condições de habilitação (em especial a técnica) precisa de uma ampla revisão. Por que não simplificar os procedimentos e exigir um seguro dos licitantes, principalmente em certas contratações em que a exigência de um seguro não seja um custo proibitivo?

De todo modo, especificamente em relação à participação de estrangeiros, a principal alteração para aprimorar o tema me parece a de acabar com a necessidade de autorização para funcionamento no Brasil. Entendo a preocupação que o Código Civil tem com o assunto, mas, na minha visão, há outros meios mais eficientes para garantir segurança ao contratante sem dificultar em demasia a participação de estrangeiros.

Já participei de congressos sobre licitações na Itália e na Inglaterra. Em todas as oportunidades, pude verificar que é visível o interesse pelo mercado brasileiro de licitações, mas que a exigência de autorização para funcionamento no Brasil é a principal barreira de entrada. Nenhum investidor quer empregar recursos, tempo e energia na obtenção de autorização para funcionamento no Brasil sem nem mesmo saber se haverá licitações do seu interesse.

**RAFAEL WALLBACH SCHWIND** é doutor e mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), foi visiting scholar na Universidade de Nottingham, Inglaterra. É autor de diversos livros e artigos nas áreas de direito administrativo e regulatório, inclusive do livro *Licitações Internacionais*, cuja segunda edição foi publicada pela Editora Fórum em 2017. Integra a lista de árbitros e mediadores de diversas câmaras no Brasil, é Associate do Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb), de Londres, e advogado sócio do escritório Justen, Pereira, Oliveira e Talamini.

**MARCIO MOTTA LIMA DA CRUZ** tem Especialização em Gestão Pública pela UNED-Espanha, Mestrado em Fazer Pública e Administração Financeira pelo IEF-Espanha, é Auditor Federal de Controle Externo – TCU atuando como Diretor de Centralização e Padronização de Contratações do Tribunal. É professor da ENAP e da Secretaria de Educação/DF.



◀ Entrevista com o professor Joel de Menezes Niebuhr sobre a modernização das licitações no Brasil

Entrevista com o professor Renato Cader sobre a Gestão Estratégica e Governança nas Licitações ▶

[Voltar para o início da comunidade ➡](#)

Escola Nacional de Administração Pública - ENAP



 Brasil - Governo Federal