

Licitação internacional e empresa estrangeira: os cenários brasileiro e europeu*

International bidding and foreign company: the Brazilian and European framework

*Egon Bockmann Moreira***

*Bernardo Strobel Guimarães****

*Lino Torgal*****

RESUMO

O presente artigo pretende discutir o regime de participação de empresas estrangeiras nas licitações no Brasil e traçar um comparativo com o panorama equivalente na União Europeia.

* Artigo recebido em 5 de fevereiro de 2015 e aprovado em 5 de março de 2015.

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre e doutor em direito pela UFPR. Professor visitante na Faculdade de Direito de Lisboa (2011). Professor convidado do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (Cedipre), da Faculdade de Direito de Coimbra (2012). Advogado no Brasil. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: egon@xvbm.com.br.

*** Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Mestre e doutor em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). MBA em gestão estratégica de empresas pelo Instituto Superior de Administração e Economia da Fundação Getúlio Vargas (Isae/FGV). Advogado no Brasil. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: bernardo@xvbm.com.br.

**** Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Advogado em Portugal e no Brasil. Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, Portugal. E-mail: lmstorgal@gmail.com.

PALAVRAS-CHAVE

Licitação — licitação internacional — empresa estrangeira — Brasil — União Europeia

ABSTRACT

This article aims to discuss the legal framework for foreign companies' participation in competitive biddings in Brazil. Also, it draws a comparison with the legal system of European Union.

KEYWORDS

Competitive bidding — international competitive bidding — foreign company — Brazil — European Union

1. Introdução

O presente trabalho visa estudar as licitações chamadas de *internacionais* pela Lei nº 8.666/1993 (doravante também “Lei de Licitações”) e as realizadas no Brasil com a presença de licitantes estrangeiros. Seu objetivo é o de buscar esclarecer o sentido e o alcance das normas contidas na Lei de Licitações que tratam do assunto, tendo em vista a ausência de sistematicidade desse diploma normativo. Isso porque tem-se evidenciado grande confusão terminológica no que se refere ao tema, gerando incertezas tanto para as empresas brasileiras quanto para as estrangeiras.

Por outro lado, tem-se notado que empresas nacionais têm encontrado dificuldades concretas no acesso ao mercado europeu. Tal justifica uma breve comparação entre o sistema brasileiro e o lá encontrado. Isso com vista a demonstrar que, usualmente, a abertura dos mercados para licitantes estrangeiros não será tão ampla quanto às vezes se supõe no Brasil. Por vezes, as invocações de reciprocidade no que concerne ao acesso a mercados são mais retóricas do que efetivas.

2. Nota preliminar: o contrato com a administração em tempos de economia globalizada

O fenômeno da globalização das relações comerciais privadas seguramente não se limitou à esfera privada. O acesso a mercados públicos é, sem dúvida, um dos âmbitos em que os agentes econômicos vão para além das fronteiras de seus países de origem para buscar novas oportunidades negociais.

De acordo com dados divulgados, no ano de 2008, entre 10% e 15% do PIB mundial referiam-se a negócios firmados com entes governamentais.¹ O número demonstra com clareza a importância do mercado público para a economia mundial.

Nesse sentido, inclusive, certos órgãos internacionais multilaterais têm previsto regras referentes ao acesso a mercados públicos, visando à uniformização dos procedimentos de contratação com o objetivo de eliminar restrições de acesso.² Com efeito, evidencia-se a tentativa de abrir os mercados nacionais à participação de estrangeiros, sendo essa uma diretriz da política comercial internacional.

Desse modo, é relevante compreender o sentido e o alcance das regras do ordenamento jurídico brasileiro pertinentes à participação de empresas estrangeiras nas licitações aqui realizadas.

Embora tais regras não constituam uma novidade, fato é que, neste momento da experiência institucional, as oportunidades negociais criadas junto ao governo brasileiro (em seus diversos níveis federativos) têm sido buscadas com mais avidez por empresas estrangeiras. E isso sem que se tenha desenvolvido o devido aprofundamento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, tornando difícil aos interessados nas licitações orientar suas condutas em caso de licitações internacionais.³

¹ Assim, VIANA, Cláudia. A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). *Estudos de contratação pública*. Coimbra: Coimbra, 2008. v. I, p. 23-25. Para a compreensão mais ampla quanto aos investimentos estrangeiros na União Europeia, ver MOREIRA, Vital. A política de investimento estrangeiro da UE depois do Tratado de Lisboa. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, Belo Horizonte, v. 48, p. 207-273, out./dez. 2014.

² Para uma perspectiva acerca dos diversos acordos celebrados em âmbito internacional sobre acesso a mercados públicos consulte-se Cláudia Viana, A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional, op. cit., p. 25-40.

³ Em 2003, Anderson Sant'Ana Pedra já indicava que o tema da licitação internacional era carente de estudos doutrinários aprofundados o que tornava dificultoso o exame dos casos

É nessa perspectiva que as presentes cogitações se inserem. Seu objetivo é, num primeiro momento, analisar os requisitos de participação de empresas estrangeiras nas licitações realizadas no Brasil e suas modalidades. Assim, o primeiro objetivo específico deste trabalho é tentar lançar algumas luzes sobre o direito positivo brasileiro. Tal como se pretende demonstrar no tópico que se segue, há — sob o manto “licitação internacional” — situações merecedoras de tratamento diverso, sendo esse elemento fundamental para compreender o sentido e o alcance da legislação brasileira sobre o tema.

Vencida a apresentação do cenário brasileiro, será indicado, de modo sumário, como o tema é tratado no âmbito europeu, tendo em vista a União Europeia ser tomada como um paradigma de igualdade de acesso aos mercados públicos. Com isso pretende-se dotar o leitor de alguns elementos para julgar como a hipótese reversa se configura. Se a primeira parte se preocupa com empresas estrangeiras vindo participar de licitações realizadas no Brasil, a segunda cuida de como é possível às empresas brasileiras participarem de licitações na Europa.

3. A Lei nº 8.666/1993 e a ausência de tratamento uniforme acerca das licitações internacionais

Para examinar o tema proposto é necessário ter em conta como a Lei de Licitações dispõe sobre a participação de empresas estrangeiras em licitações, bem como em que contexto ela se refere a licitações de âmbito internacional. Isso porque é apenas ao se referir como um todo ao sistema instituído pela Lei de Licitações que se pode compreender as diversas hipóteses previstas pelo legislador.

Com efeito, a dicção *licitação internacional* é absolutamente fluida e sob a sua suposta unidade se conjugam diversos regimes no que se refere às normas aplicáveis às licitações realizadas com a participação de empresas estrangeiras, bem como a celebração de vínculos negociais alheios à regência do direito brasileiro. Tem-se aqui o típico caso em que diferenças terminológicas levam a graves equívocos no que se refere ao tratamento normativo a ser dispensado a cada uma das hipóteses, a ser dirimido pelo intérprete do direito.

dessas contratações (PEDRA, Anderson Sant’Ana. Licitação internacional: Normas nacionais x normas estrangeiras, uma visão constitucional. *Fórum de Contratação e Gestão Pública — FCGP*, Belo Horizonte, ano 2, v. 19, p. 2315-2323, jul. 2003).

Com efeito, uma das premissas centrais das presentes cogitações é que a Lei de Licitações não traz disciplina uniforme em relação ao tema “licitação internacional”. Ela trata num sentido amplo do tema em diversos momentos, sem, todavia, trazer qualquer conceito uniforme acerca dele. Correta, portanto, a conclusão de Rafael Wallbach Schwind sobre esse particular, ao asseverar que “a legislação sobre licitações não contém nenhuma definição de licitação internacional, muito embora empregue esse termo (e outros semelhantes) em diversos dispositivos e extraia dele algumas decorrências concretas”.⁴

O máximo que se extrai do exame da Lei nº 8.666/1993 são regulamentações pontuais, relativas a questões específicas do procedimento licitatório tais como habilitação, apresentação de documentos, critérios de comparação de propostas feitas por estrangeiros etc. Não há, contudo, qualquer tratamento uniforme que permita uma categorização geral do que vem a ser licitação internacional.

Por conseguinte, para vencer a dificuldade derivada do exame do direito positivo brasileiro é necessário analisar a Lei de Licitações sob diversos aspectos. Embora não haja um conceito unificador, fato é que a análise das disposições esparsas da lei conduz a algumas conclusões relevantes.

Desse modo, o exame proposto pretende examinar as seguintes questões: (i) quais as condições para empresas estrangeiras participarem de licitações cujo objeto implique atuação no território nacional (art. 28, V da Lei de Licitações)?; (ii) o que configura uma licitação de âmbito internacional à luz da Lei de Licitações e quem dela pode participar?; (iii) além da licitação de âmbito internacional, há outras possibilidades de participação de empresa estrangeira, que não possua representação no Brasil, nos certames realizados pela administração pública brasileira?; e (iv) no que se refere à apresentação de documentos, o regime das empresas que possuem autorização é equivalente ao das que não possuem?

Depois de contemplados esses pontos, far-se-á uma síntese da questão à luz do direito brasileiro, visando a ordenar as ideias e premissas decorrentes das respostas às questões apresentadas.

⁴ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Licitações internacionais — participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 27.

4. A regra geral: isonomia entre a empresa nacional e estrangeira

Aquele que se dispuser a analisar a licitação a partir da perspectiva da participação de estrangeiros verá que a primeira diretriz acerca do tema é a previsão da igualdade de tratamento a ser dispensado àqueles e às empresas nacionais.

É o que preceitua taxativamente o art. 3º, §1º, inc. II, da Lei nº 8.666/1993, que indica ser *vedado* aos agentes públicos:

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

Ao dispor nesse sentido, a legislação brasileira claramente se filia às diretrizes internacionais que estipulam que o acesso ao mercado público por empresas estrangeiras deve dar-se em termos análogos aos garantidos aos agentes econômicos locais. As únicas exceções contempladas referem-se à preferência em caso de empate entre as propostas (art. 3º, §2º, III) e a respeito de bens e serviços de informática (Lei nº 8.248/1991). No mais, não se toleram preferências em favor das empresas nacionais.

A toda evidência, a Lei nº 8.666/1993 está a tratar da *isonomia processual* a ser dispensada aos licitantes. Afinal, a licitação é um processo. O art. 37, inc. XXI, da Constituição brasileira é expresso ao consignar isso: “processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. Está-se a se tratar de condições processuais de igualdade entre licitantes brasileiros e estrangeiros.

Por isso que os editais não podem pretender “criar administrativamente” condições materiais de igualdade. Isso pode se dar apenas em situações excepcionais, como nas “margens de preferência” — ou no tratamento materialmente privilegiado a pequenas empresas (Lei nº 8.666/1993, art. 3º). Mas note-se bem: quem pode criar esses fatos de desigualação material não é o administrador, mas o legislador. Afinal, “todos são iguais perante a lei” (Constituição, art. 5º, inc. II). Por isso que só a lei pode dar conformação jurídica especial a determinadas categorias de agentes econômicos, conferindo-lhes

privilégios que visem a implementar determinadas políticas públicas. E como restrições devem ser interpretadas restritivamente, em todos os demais casos não expressamente previstos em lei, a licitação tem por único escopo assegurar a igualdade processual entre os licitantes.

Por outro lado, os editais precisam também se preocupar com discriminações materiais extraordinárias, instaladas em ambientes — públicos e/ou privados — que porventura possam distorcer a isonomia entre os licitantes. Isto é, certas vantagens (ou desvantagens) que não digam respeito ao núcleo duro da atividade empresarial desenvolvida, mas que agreguem valor às propostas (isenções fiscais; subsídios públicos; privilégios e reservas de mercado; cartelização etc.). Note-se que aqui não se trata de tentativas de criar isonomia por meio do ato administrativo convocatório, mas de impedir que a igualdade seja corrompida por meio de atos e fatos exteriores à sociedade empresarial que pretende licitar.

Por isso que, na mesma linha que se fixa o padrão de isonomia, a Lei de Licitações se põe a se disciplinar em concreto a participação das empresas estrangeiras, surgindo daí regras particulares, decorrentes de sua condição específica. O escopo aqui não é o de excluir a participação de sociedades estrangeiras, mas o de impedir que compareçam ao certame dotadas de vantagens não naturais e, por conseguinte, não isonômicas.

5. Empresas estrangeiras que funcionam no Brasil e seu regime jurídico: a aplicação do art. 28, inc. V, da Lei de Licitações

Dando cumprimento à diretriz de tratar com isonomia ou igualdade as empresas brasileiras e estrangeiras, a Lei disciplina as condições de comprovação da regularidade jurídica daqueles que pretendam contratar com a administração pública.

E é natural que assim o seja, haja vista a necessidade de contemplar as regras que permitam a participação de agentes econômicos internacionais nos negócios a serem firmados com a administração pública brasileira.

Com este objetivo, o art. 28, inc. V, da Lei nº 8.666/1993 dispõe que a habilitação jurídica da empresa estrangeira *que atua no Brasil* deve ser comprovada mediante a apresentação de “*decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País*, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir” (destacou-se).

O conteúdo da norma presente no estatuto das licitações reflete a opção do ordenamento jurídico brasileiro acerca da atuação *direta* das empresas estrangeiras no Brasil (seja no mercado público, seja no privado). Antes de entender o sentido e o alcance da norma presente no art. 28, inc. V, da Lei nº 8.666/1993, deve-se ter em mente o regime normativo relativo à participação de empresas estrangeiras no direito brasileiro.

O tema é atualmente disciplinado pelo Código Civil, que prescreve que para agirem diretamente no mercado nacional as empresas estrangeiras devem ser autorizadas a tanto pelo governo federal, por meio de decreto (arts. 1.134 a 1.141).⁵

Neste sentido, o art. 1.134 do Código Civil é claro ao arrolar as empresas estrangeiras como pertencentes ao gênero das “dependentes de autorização”. Isso demonstra que, para que possam atuar com habitualidade no mercado nacional, elas devem cumprir a referida formalidade. Afinal, diz a lei no referido artigo:

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. (destacou-se)

Inclusive, o art. 1.136 do Código Civil reforça essa diretriz ao indicar que: “A sociedade autorizada não pode iniciar sua atividade antes de inscrita no registro próprio do lugar em que se deva estabelecer”, sendo a comprovação da autorização condição necessária para o registro comercial. Somente após satisfeitos tais requisitos é que a empresa pode vir a desempenhar, licitamente, suas atividades no território nacional.

Logo, é importante perceber que a atuação *constante* no mercado brasileiro sujeita a empresa estrangeira à obtenção de autorização das autoridades nacionais e seu efetivo registro perante os órgãos comerciais. Antes de haver a autorização formal e o posterior registro não pode haver — licitamente

⁵ Essa disciplina não é nova no direito brasileiro, estando prevista desde o Decreto-Lei nº 2.627/1940 (cf. art. 64 ss.), mantido em vigor pelo art. 300 da atual Lei de Sociedades Anônimas. Regime esse análogo ao previsto no art. 11, §1º da Lei de Introdução. O CC apenas institui essa disciplina em termos similares aos já existentes para as sociedades anônimas para todas as demais sociedades. Assim, hoje, a atuação de pessoa jurídica estrangeira depende, em todos os casos, de autorização governamental.

ao menos — qualquer participação de sociedade estrangeira no mercado nacional.

Percebe-se, portanto, que a expressão “sociedade estrangeira” foi utilizada no Código Civil na acepção de *empresa autorizada a funcionar no Brasil, cuja administração e sede não se encontram no país*.⁶

As sociedades estrangeiras a que se faz referência não são aquelas que foram constituídas à luz do direito de outros países, atuando desde outro sistema normativo, mas sim as que funcionam no Brasil, mas possuem sua administração fora do território brasileiro.

Fixadas essas premissas, importa destacar o que vem a ser “funcionar” para fins do art. 1.134 do Código Civil. Tal como anotava Trajano de Miranda Valverde, ainda sob a óptica da antiga Lei de Sociedades Anônimas, “funcionar” neste caso significa:

Exercer atividade tendente à realização do fim para que foi criada a sociedade anônima. É, em poucas palavras, a *regular exploração do objeto social*. Nem por si mesmas, nem por meio de agências, filiais, sucursais ou estabelecimento que as representem podem as sociedades anônimas estrangeiras não autorizadas exercer no país aquela atividade.⁷ (destacou-se)

O verbo significa, para fins normativos, portanto, a atuação ordinária no território brasileiro com vista à exploração da atividade econômica que é própria da empresa (isto é, o desempenho concreto da atividade que caracteriza o objeto social). Assim, se determinada empresa estrangeira pretender atuar de modo constante no território nacional, ela *deve* constituir uma pessoa jurídica para tal, e esse ato tem por pressuposto a obtenção de autorização prévia por parte das autoridades.

E, por certo, o desenvolvimento direto de empreendimento em território nacional, mercê da execução de um contrato administrativo, caracteriza

⁶ Esse conceito constrói-se por exclusão do conceito de empresa nacional previsto no art. 1.126 do Código Civil que preceitua que “É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração”. Logo, a estrangeira autorizada é aquela que — *a contrario sensu* — não tem no país sua sede administrativa. Reforça ainda esse raciocínio o preceito do art. 1.141 do Código Civil, que prevê a nacionalização da sociedade estrangeira mediante a transferência de sua sede para o Brasil. Todavia, o paradoxo aqui reside que a empresa estrangeira que pode atuar no Brasil é, para todos os fins de direito, uma pessoa jurídica privada sob a regência das leis brasileiras.

⁷ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. I, p. 396.

atividade que exige registro para ser desenvolvida de modo lícito. Tal como registrou Carlos Ari Sundfeld:

Não há qualquer dúvida relativa a esse ponto: empresa estrangeira que funcione no País precisa obter autorização do Executivo (decreto) e registro no Órgão competente, quando houver. Isso vale tanto para as contratações envolvendo a Administração Pública, quanto para qualquer atividade a ser desempenhada por empresa estrangeira no País.⁸

Deste modo, qualquer ato que se traduza no concreto desempenho do objeto social da empresa estrangeira no Brasil depende, para ser legítimo, de autorização prévia e posterior registro. Independentemente de essa atuação se dar na execução (ou não) de um contrato administrativo.

Isso, todavia, não veda por completo a atuação no território nacional, sendo lícita a prática de atos que não se traduzam nessa atuação constante, como demandar em juízo ou praticar outros autos pontuais.⁹ Todavia, *não há a menor dúvida de que a atuação efetiva no território brasileiro exige o cumprimento das exigências legais.*

Outra ressalva importante ao examinar o tema é a de que *o ato de autorização por parte das autoridades brasileiras não é vinculado.* É o que se infere do art. 1.135 do Código Civil, que permite que o Poder Executivo Federal fixe as condições que reputar necessárias à defesa do interesse nacional.

Assim, não há direito líquido e certo de obter a autorização, pois mesmo que se apresentem todos os documentos arrolados em lei, outras condições poderão ser impostas pelas autoridades competentes. A efetiva atuação das empresas estrangeiras depende da avaliação das autoridades brasileiras, que podem impor condições ao ato e, no limite, negá-lo. Não se caracteriza, então, qualquer direito subjetivo público à obtenção da autorização.

⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Licitante estrangeiro — quando não é necessário o Decreto de Autorização de Funcionamento. *Pareceres*, São Paulo, v. III, p. 197, 2013. No mesmo sentido manifesta-se Rafael Wallbach Schwind, para quem o funcionamento caracteriza-se pela “continuidade” e “permanência” da atividade no território nacional, o que não abrange atos episódicos (Rafael Wallbach Schwind, *Licitações internacionais*, op. cit., p. 53-54).

⁹ Ainda sob a regência da antiga Lei de S.A., Pontes de Miranda anotou que: “Antes da autorização não pode a sociedade estrangeira exercer a atividade industrial ou comercial ou outra atividade no Brasil; mas isso não afasta a possibilidade de alguma sociedade estrangeira exercer no Brasil, perante o Poder Judiciário ou perante o Poder Executivo, a pretensão à tutela jurídica, que é oriunda do direito das gentes” (MIRANDA, Pontes de. Sobre a exigência do pressuposto da nacionalidade brasileira para as pessoas físicas e para as pessoas jurídicas poderem fabricar produtos farmacêuticos. In: _____. *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974. v. I, p. 181).

Por outro lado, uma vez cumpridos os trâmites descritos anteriormente, torna-se necessário destacar que a atuação empresarial no território nacional passa a se sujeitar integralmente ao direito brasileiro. É o que dispõe o art. 1.137 do Código Civil, que determina que “A sociedade estrangeira autorizada a funcionar ficará sujeita às leis e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos ou operações praticados no Brasil”.

Vê-se, portanto, que o cumprimento das normas relativas à autorização e registro implica uma *equiparação jurídica* entre a sociedade estrangeira e a nacional, ficando ambas sujeitas *in totum* ao ordenamento jurídico brasileiro e à jurisdição nacional. A partir desse instante, os atos que as empresas estrangeiras praticam no Brasil sujeitam-se de modo integral ao direito e à jurisdição pátrios.

Fixadas essas balizas interpretativas — que nada mais são do que a opção do legislador brasileiro no que se refere à atuação das empresas estrangeiras — é que se pode voltar a analisar a questão referente às licitações. Isso porque não se pode perder de mira que a efetiva atuação de empresas estrangeiras no Brasil depende de chancela prévia por parte das autoridades federais.

Decorre daí que *a comprovação da regularidade perante o Poder Executivo prevista na Lei de Licitações reflete uma condição necessária à participação das empresas estrangeiras nos casos em que o objeto do contrato implicar “atuação” em nosso mercado*. Dito de outro modo, se a execução do contrato administrativo implicar atividade estável no território brasileiro, a empresa deverá — como toda empresa sujeita ao regime do art. 1.134 do CC — estar autorizada a funcionar aqui.

Por conseguinte, toda vez que o objeto do contrato exigir uma atuação direta da empresa na execução do contrato, o regime de qualificação deve contemplar a observância do art. 28, V da Lei de Licitações. E isso porque assim o exige o direito civil.

É nesse sentido, portanto, que a comprovação da existência de autorização constitui condição inerente à habilitação jurídica das empresas estrangeiras. Esses requisitos, como já anotou um dos signatários, têm por escopo “(...) demonstrar a capacidade e a regularidade quanto a requisitos exigidos pelo Direito relativos à configuração da pessoa que deseja contratar certo objeto com a Administração”.¹⁰

¹⁰ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratação* — RDC. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 252.

Assim como todo e qualquer licitante deve comprovar a sua regularidade jurídica para acorrer ao certame, a sociedade estrangeira também o deve fazer. Ao fazê-lo, demonstra a aptidão jurídica para desempenhar uma atividade que se sujeita à regência das leis brasileiras. Para tanto se exige que a empresa estrangeira comprove que ostenta as condições de autuar de modo lícito no mercado brasileiro. Condição essa legítima e conforme o preceito contido no art. 3º da Lei de Licitações, tal qual já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Não houve violação do artigo 3º, da Lei n. 8.666/93 como pretende a agravante, quando alega violação ao princípio da isonomia. Com efeito, a Lei n. 8.666/93, em seu artigo 28, inciso V, permite que o edital exija da empresa estrangeira comprovação da autorização para funcionamento no País expedida por autoridade competente. (AgRg no Ag 578117/RJ, rel. ministro Franciulli Netto, DJ, 6.2.2006)

Por outro lado, assinala-se que, como essas condições integram a própria demonstração da aptidão jurídica para a execução do objeto do contrato, a comprovação dessa circunstância deve ser aferida no próprio procedimento licitatório.

Não se admite, portanto, que empresas que não possuem autorização tomem parte do certame e, apenas depois, busquem satisfazer esse requisito. Além dos inconvenientes derivados de uma contratação condicional, incompatível com o regime público de contratação, o caráter não vinculado do ato de autorização proscreve a adoção dessa solução.¹¹ Como visto, não há direito líquido e certo de obter a autorização; portanto, apenas as empresas estrangeiras que já a possuem é que podem ser consideradas aptas a contratar com a administração nos casos em que o objeto demandar que elas atuem no mercado nacional.

Do que veio de se expor conclui-se que a regra geral no que se refere à participação das empresas estrangeiras é que elas comprovem sua capacidade de atuar legalmente no território nacional, o que é feito por meio da apresentação da autorização, nos termos disciplinados no art. 28, V da Lei de Licitações.

¹¹ Nesse sentido manifesta-se Rafael Wallbach Schwind, *Licitações internacionais*, op. cit., p. 56-57.

Sempre que a execução do contrato implicar a prática de atos no território nacional essa providência é indispensável, sob pena de ofensa às regras que disciplinam a atuação de empresas estrangeiras previstas no Código Civil. Daí por que em contratos que impliquem “funcionamento” no Brasil, nos termos explicitados anteriormente, só serão admitidas à licitação empresas que comprovarem possuir as condições jurídicas para atuar no Brasil, o que se faz exclusivamente pela apresentação do decreto autorizativo.

6. A licitação de âmbito internacional e sua disciplina normativa

Tal como visto, sempre que houver a necessidade de uma sociedade estrangeira atuar efetivamente no território nacional, será exigida dela a autorização para tanto, sendo a comprovação dessa condição inerente à sua habilitação em processos licitatórios.

Mais do que isso, a autorização traduz a necessidade de a empresa estrangeira ficar sujeita ao direito brasileiro no que se refere aos atos que sejam aqui praticados, bem como à jurisdição nacional.

Contudo, merece destaque que, em determinadas circunstâncias, é admissível a participação direta de empresa estrangeira nas licitações, independentemente da existência de autorização. Isso se dará nos casos em que sua atuação não configurar *funcionamento*, nos termos definidos pelo art. 1.134 do Código Civil.

Diversas regras cuidam desse tema na Lei de Licitações e merecem ser examinadas neste instante.

A mais importante disposição referente à participação direta de empresas estrangeiras em certames licitatórios é a do art. 42 da Lei nº 8.666/1993. É nele que estão contidas as regras a serem utilizadas pelas autoridades brasileiras quando se dispõem a realizar certames de “âmbito internacional”. Essa é a licitação usualmente referida por internacional.¹²

Nesses casos, exige-se o respeito aos seguintes parâmetros normativos:

¹² Segundo Toshio Mukai, deve ser “observado, obrigatoriamente, nas licitações internacionais, o disposto no *caput* do art. 42, bem como as disposições dos §§1º a 6º do mesmo artigo” (MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 99). O excerto bem demonstra que, segundo o autor, licitação internacional é aquela que observa as regras do art. 42 da Lei de Licitações.

Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

§1º Quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro.

§2º O pagamento feito ao licitante brasileiro eventualmente contratado em virtude da licitação de que trata o parágrafo anterior será efetuado em moeda brasileira, à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§3º As garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes às aquelas oferecidas ao licitante estrangeiro.

§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.

§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 nº 8.883, de 1994)

§6º As cotações de todos os licitantes serão para entrega no mesmo local de destino.

O exame dos preceitos transcritos permite fixar algumas ideias acerca das licitações de âmbito internacional.

A primeira delas é que tais licitações devem ser parametrizadas pelas regras que regem a política monetária e o comércio exterior. Logo, *o seu*

âmbito de aplicação diz respeito intimamente a relações de comércio exterior de que a administração tome parte.

Além da previsão genérica, o artigo em tela conta com diversos outros parágrafos que, basicamente, têm por objetivo impedir que a distinção entre as regras de comércio internacional e as de direito interno criem desnivelamento entre as propostas apresentadas por empresas estrangeiras e brasileiras.

Daí por que os §§1º, 2º 3º e 6º contemplam *regras de isonomia* no que toca ao regime de pagamentos e garantias e o §4º trata de garantir a igualdade no que tange ao regime de encargos fiscais, evitando prejuízos às empresas nacionais decorrentes do regime tributário brasileiro.

Todos esses preceitos normativos têm por escopo assegurar que, mesmo no âmbito das licitações internacionais previstas no art. 42, a distinção entre ordenamentos jurídicos não signifique possibilidade de fragilização da isonomia (elemento central da ideia de licitação). Por outro lado, cria-se a partir dela um padrão de comparação de modo a permitir o cotejo objetivo entre as propostas.

Nesse sentido, *o objetivo dessas normas é garantir a uniformização das propostas apresentadas por empresas brasileiras e estrangeiras, primeiro, para permitir que elas possam ser comparadas a partir de critérios uniformes e, segundo, para garantir a isonomia entre as licitantes, haja vista a distinção de regimes a que se sujeitam.* Mesmo porque, se houver dados que não sejam confrontáveis entre si, a autoridade administrativa estará impedida de efetivar o julgamento objetivo das propostas.

Vê-se, portanto, que a licitação de âmbito internacional prevista no art. 42 da Lei nº 8.666/1993 é aquela que se pauta pela necessidade de harmonizar — em função de um parâmetro comum — empresas sujeitas ao direito brasileiro e empresas que não estão sujeitas às regras desse ordenamento. E essa harmonização é necessária precisamente por terem sido admitidas para disputar o objeto da contratação empresas estrangeiras sem representação no Brasil.

Por fim, o §5º consigna que, no caso de haver recursos disponibilizados por financiamentos de agências ou organismos internacionais ou doações, é possível que as regras de governança dessas entidades sejam aplicadas, desde que respeitados os princípios reitores das licitações nacionais (*especialmente no que se refere à seleção objetiva das propostas*).

Como se percebe, as referidas previsões somam-se à contemplada no art. 32, §6º, da Lei de Licitações e visam a permitir que normas provenientes de entes internacionais sejam aplicadas nas licitações que se regem pela legislação brasileira, sempre respeitados os princípios desta.

Fixadas essas ideias, cumpre examinar outros preceitos da Lei nº 8.666/1993, que guardam correlação com o dispositivo que trata da licitação de âmbito internacional.

Nesta linha, tem-se a previsão do art. 32, §6º, que trata dos certames realizados no exterior e daqueles em que o pagamento da contraprestação se dará por meio de recursos obtidos por agências de fomento internacional ou instituições multilaterais de que o Brasil faça parte. Diz a referida disposição normativa:

O disposto no §4º deste artigo, no §1º do art. 33 [referente às condições de liderança na participação em consórcios] e no §2º do art. 55 [referente ao foro brasileiro], não se aplica às *licitações internacionais* para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior. (explicou-se nos colchetes)

Tal como visto, a norma articula-se com o art. 42, §5º, da Lei de Licitações. Como se nota, tem por escopo afastar a incidência de algumas normas legais relativas ao regime geral de licitação para as hipóteses nela contempladas.

Tanto a necessidade de contratar diretamente com empresas estrangeiras para a execução do contrato para além das fronteiras nacionais, quanto a existência de recursos oriundos de entes internacionais conduzem à flexibilização parcial do regime previsto para as licitações que se processam integralmente com base no regime brasileiro.

Nessas hipóteses, admite-se uma derrogação do regime legal, justificada por pressupostos de fato que tornam inconveniente a aplicação integral do regime nacional (embora os princípios deste devam ser respeitados).

Seguindo adiante, o tema da empresa estrangeira volta a ser tratado no art. 40, inc. V, da Lei de Licitações. O referido artigo visa a indicar à administração o conteúdo mínimo que o edital deve contemplar nesses casos. Aqui, o ato que institui o certame de âmbito internacional deve prever “condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais”.

O foco da norma é, novamente, garantir a isonomia de tratamento entre empresas estrangeiras e brasileiras, tornando homogêneo o regime de pagamento entre elas (fazendo eco às disposições do art. 42 da Lei de Licitações).

Note-se ainda que a regra é restrita às licitações taxadas pela lei de “internacionais”, pois, às nacionais, se aplica o art. 5º da Lei nº 8.666/1993, ao exigir que o pagamento se dê em moeda nacional — à exceção do previsto no art. 42 (que justamente trata da licitação internacional). A regra geral do art. 5º é que: “*Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei (...)*”.

O exame dos diversos preceitos examinados também permite que se extraia uma importante premissa para o exame que está sendo feito: aquilo que a legislação chama de *licitação de âmbito internacional* — regido eminentemente pelos arts. 32, §6º, 40, V e 42 da Lei nº 8.666/1993 — é figura excepcional. Ela está restrita aos casos em que, ou por conta de haver recursos disponibilizados por ente internacional, ou por conta de o contrato ser executado no exterior, se admite uma flexibilização das regras da Lei de Licitações (ressalvada a aplicação de seus princípios). Tal hipótese não autoriza a burla dos preceitos do Código Civil que disciplinam a atuação de sociedades estrangeiras no território nacional e nem a criação de híbridos, como se verá abaixo.

7. Síntese preliminar: os casos em que se permite a participação direta de empresa estrangeira não autorizada em licitações

Ao se colocarem os preceitos normativos que regulam a situação das empresas estrangeiras para fins de licitação, bem como examinando os dispositivos referentes à licitação de âmbito internacional, percebe-se que a matéria é tratada de modo difuso pela Lei de Licitações. Há diversas disposições esparsas referentes a regimes jurídicos distintos.

Como restou demonstrado anteriormente, não há uniformidade de regimes no que se refere ao tema. No entanto, *licitação com a participação de empresa estrangeira e licitação de âmbito internacional não são temas equivalentes*.¹³

¹³ A distinção de regimes normativos acerca da licitação internacional já havia sido reconhecida — à luz do Decreto-Lei nº 2.300/1986 — por Eros Roberto Grau, que assinalava haver uma distinção entre licitações de âmbito internacional e as realizadas no Brasil com a participação de empresas nacionalizadas (GRAU, Eros Roberto. Concorrência — Execução dos Serviços

Por outro lado, sob o rótulo *empresa estrangeira* para fins de participação em licitações encontram-se realidades distintas, o que conduz a certa confusão terminológica.¹⁴

Primeiramente, importa destacar que a regra geral contida em nosso direito positivo é que *as licitações sejam processadas exclusivamente a partir das regras contidas em nosso ordenamento jurídico* (o que é mera irradiação do princípio da territorialidade das leis). À luz dos arts. 32, §6º, e 42 da Lei de Licitações, percebe-se que o regime nelas instituído depende, para ser implementado, de circunstâncias particulares que conduzem a derrogação pontual do ordenamento jurídico brasileiro. Valendo-se da terminologia do direito internacional privado, nesses casos não de ser encontrados critérios de reenvio que permitam o afastamento da incidência de normas de direito interno.

Assim, somente diante de situações especiais é que se permite uma derrogação parcial do regime nacional, com vista a contemplar a participação direta de agentes econômicos que não atuam no Brasil.

E percebe-se que, mesmo nessas hipóteses, a ausência de incidência das normas nacionais não se dá em bloco, mas apenas naqueles elementos fixados em Lei de modo a permitir que as empresas internacionais que não estão obrigadas a possuir autorização participem dos certames em igualdade de condições com as que atuam no Brasil. Nesse ponto, a Lei de Licitações é clara: os princípios da licitação, nomeadamente o do julgamento objetivo, não podem ser mitigados.

Assim, o que a Lei de Licitações chama de licitação de âmbito internacional (disciplinado eminentemente pelo seu art. 42) é excepcional, na medida em que é pressuposto dos certames assim qualificados a redução do alcance da Lei de Licitações, sobretudo estipulado em seu art. 1º. Dito de outro modo: a regra geral é a aplicação integral das normas previstas no regime geral de licitação, sendo elas afastadas excepcional e pontualmente de forma a permitir a participação de empresas que não se submetem ao direito nacional, ou admitir a incidência das normas de financiadores internacionais.

— Empresa Estrangeira — Qualificação — Irregularidade — Proposta — Preço — Cotação — Moeda Estrangeira — Impossibilidade. *Boletim de Licitações e Contratos*, v. 5, n. 11, p. 427-435, nov. 1992).

¹⁴ Registra-se que o TCU já celebrou a distinção entre licitações internacionais e licitações com a presença de empresas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil (cf. Ac. 607/94 — Plenário, rel. min. Homero Costa, *DOU*, 6 out. 1994).

Tanto é assim que o cerne das regras referentes às licitações de âmbito internacional é permitir a comparação entre propostas estrangeiras e nacionais.

Assinalado isso, percebe-se que a definição da licitação de âmbito internacional, especialmente para fins de incidência do regime fixado no art. 42, depende que haja a necessidade de articular — a partir de um parâmetro contido no Edital — a participação de empresas que não se sujeitam ao direito brasileiro com empresas que se sujeitam a esse ordenamento jurídico.

E isso ocorre eminentemente nos casos em que o negócio a ser celebrado pela administração tiver “âmbito internacional”, no sentido empregado no art. 42 da Lei de Licitações.

É nestas hipóteses que se admite, usualmente, que sociedades sem qualquer representação no Brasil possam participar do certame, contrariando o preceito geral de que a participação na licitação implica demonstração da capacidade de atuar juridicamente no território nacional (conforme se infere das normas de habilitação jurídica previstas na Lei). Com efeito, nesses casos não haverá atuação no Brasil, no sentido que é atribuído ao tema pelo art. 1.134 do Código Civil. Em havendo atuação, a autorização é exigência incontornável.

Vale, neste particular, o raciocínio exposto por Sidney Bittencourt, que indica que o próprio destes certames é:

(...) a participação mediante condições estabelecidas no edital de empresas estrangeiras com domicílio em outro país (isto é, que não funcionem no Brasil), desde que sujeitas às diretrizes impostas por órgãos responsáveis pela política monetária nacional e de comércio exterior, bem como sob a égide dos diversos outros órgãos que disciplinam a implantação dessa política no Brasil.¹⁵

Portanto, o âmbito de participação de empresas que não possuem qualquer atuação prévia no território nacional é, eminentemente, o das licitações de âmbito internacional.

Como visto, nestes casos — mercê de condições especiais relativas ao objeto —, não há a atuação da contratada diretamente no território nacional. Daí por que admitir-se que, mesmo sem contar com autorização, as empresas estrangeiras participem do certame.

¹⁵ Entendendo as licitações internacionais. *Boletim IOB Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública DCAP*, São Paulo, ano IV, n. 8, p. 6, ago. 2000.

8. Duas exceções importantes: SPEs e consórcios que não impliquem a atuação de empresa estrangeira no Brasil

Visto que, em regra, a participação direta de empresa estrangeira em licitações depende de se ter uma licitação de âmbito internacional (nos termos do art. 42 da Lei nº 8.666/1993), fato é que há a possibilidade de, mesmo fora dessas hipóteses, isso vir a ocorrer.

Tal como veio de se expor, por força das normas que regem a atuação de empresas estrangeiras no Brasil, é inviável que aquelas que careçam de autorização atuem diretamente no território nacional. Assim, apenas nos casos em que não vier a se configurar a participação direta no mercado brasileiro é que se admitirá a participação de sociedade estrangeira que careça de autorização.

Essa hipótese, além de se caracterizar no caso de licitação de âmbito internacional, verifica-se quando menos em duas outras hipóteses.

A primeira delas é a celebração de compromisso de consórcio em que, por conta das peculiaridades do ajuste, uma empresa estrangeira alheia ao ordenamento jurídico nacional apenas atue de modo indireto na execução do contrato (cedendo tecnologia ou recursos, por exemplo), sem praticar diretamente quaisquer atos no Brasil que sejam passíveis de serem qualificados como atuação direta no mercado nacional.

Nesses casos, é possível a participação direta de empresa estrangeira sem autorização por meio de consórcio, pois a efetiva execução do objeto ficará a cargo de empresa que tem condições jurídicas de atuar no Brasil. Como já anotou Carlos Ari Sunfeld acerca dessa hipótese específica:

O fato de o contrato demandar a execução dos serviços no Brasil torna imprescindível que pelo menos uma das empresas consorciadas atue no Brasil; não todas. Vale dizer tal característica só torna obrigatória a presença e a atuação no Brasil de, pelo menos, uma das empresas consorciadas. E só. Nada impede que, na organização interna do consórcio, seja criado arranjo empresarial no qual determinado consorciado estrangeiro proporcione sua contribuição ao empreendimento fora do País, atuando desde sua própria sede, no estrangeiro.¹⁶

¹⁶ Carlos Ari Sunfeld, *Licitante estrangeiro*, op. cit., p. 198.

Todavia, para que essa possibilidade possa ser implementada é necessário poder ter clareza acerca da inexistência de atuação direta da empresa estrangeira, sob pena de burla às regras que exigem a autorização para que haja funcionamento no Brasil. É dizer: essa hipótese é incomum e está restrita àqueles casos em que seja possível, em face das peculiaridades do objeto, ter certeza de que a consorciada estrangeira não atuará na execução do contrato.

A segunda situação diz respeito a determinados casos em que, sucessivamente à participação em consórcio, dê-se a constituição de Sociedade de Propósito Específica (SPE), com a natureza de sociedade anônima, que virá a ser o ente jurídico que executará efetivamente o objeto do contrato.¹⁷ Nesses casos, a participação direta de sociedade estrangeira que não possui autorização no Brasil pode ser admitida, desde que não venha a realizar atividades contínuas — não se configurando atuação empresarial em território nacional. Exclui-se aqui a situação de atuação no território nacional que torna exigível a existência de autorização prévia.

E isto por conta da própria exceção traçada pelo *caput* do art. 1.134 do Código Civil. O referido dispositivo ressalva expressamente que empresas estrangeiras não precisam de autorização nas hipóteses de ela apenas vir a ser “acionista de sociedade anônima brasileira”.¹⁸ Logo, é perfeitamente possível que uma empresa estrangeira que não atue no Brasil venha a participar da licitação se, ao final desta, ela vier a assumir unicamente a condição de acionista da sociedade de propósito específico responsável pela execução do objeto (desde que a SPE seja uma S.A.).

Essa hipótese, aliás, é bastante relevante nos casos em que a licitação dará azo a celebração de um contrato de natureza concessória. Isso porque a Lei nº 11.079/2004 (Lei de PPPs), no seu art. 9º, exige a constituição de uma SPE e o art. 20 da Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões) faculta que o Poder Concedente exija sua constituição previamente à execução do objeto, desde que haja previsão editalícia nesse sentido.

A incidência de tais regras pode conduzir, portanto, à possibilidade de participação de empresas estrangeiras em certames licitatórios relativos a projetos de infraestrutura, desde que não se configure a atuação isolada de empresa estrangeira.

¹⁷ Sobre as Sociedades de Propósito Específico (SPE) em licitações e contratos administrativos, sobretudo PPPs, ver MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Sociedades de Propósito Específico na Lei de PPP (considerações em torno do art. 9º da Lei 11.079/2004). In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 493-528.

¹⁸ Neste sentido manifesta-se Rafael Wallbach Schwind, *Licitações internacionais*, op. cit., p. 55-56.

Assim, somando-se à licitação de âmbito internacional, tem-se que, em alguns outros casos, deve ser permitida a participação de sociedade sem representação no Brasil em certames licitatórios. Essa hipótese fica restrita, todavia, às licitações em que o objeto contratual não implique atuação de empresa estrangeira no território nacional (como os casos examinados neste tópico).

Diante dessas circunstâncias, haja vista que não incidem os vetos derivados da regulamentação civil acerca da atuação de empresas estrangeiras no Brasil, a participação delas deve ser admitida, de maneira a fomentar a competitividade.

9. A apresentação de documentos produzidos no exterior e seu regime jurídico: a distinção entre empresa autorizada e empresa não autorizada

Fixadas as premissas apresentadas, deve agora examinar-se o regime de apresentação de documentos por parte de licitantes que possuem parcela de sua operação no exterior.

Com efeito, a Lei de Licitações contempla as regras referentes ao modo de apresentação dos documentos de empresas estrangeiras. E assim o faz indicando as condições de aceitação pelas autoridades brasileiras de documentos produzidos no estrangeiro, por empresas que lá tenham a respectiva sede. Neste sentido, diz o art. 32, §4º, que:

As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente. (destacou-se)

A análise do referido preceito indica circunstância relevante para a compreensão do tema ora em exame. Isso porque ele se aplica aos casos em que a empresa estrangeira não funcione no país e seja a licitação internacional (*i.e.*, aquela regida pelo art. 42 da Lei de Licitações). Portanto, *a norma em análise tem por destinatárias do regime favorecido apenas aquelas empresas que habitualmente não atuam no território nacional.*

Embora o vocábulo “sociedade estrangeira” possa ser vetor de confusões terminológicas, isso por ele ter dois sentidos possíveis (empresa autorizada e empresa sem autorização) no dispositivo ora em exame, essa sinonímia foi expressamente afastada pelo legislador. Ao indicar que a regra se aplica às “empresas estrangeiras que não funcionem no País”, a Lei não deixou margem para tais dúvidas.

Aliás, se assim não fosse, a parte final, ao exigir representante, não faria sentido, pois as autorizadas já estão habilitadas a atuar no Brasil e, por conseguinte, têm representante aqui. Isso demonstra que a regra tem em sua hipótese de incidência, justamente, a situação de empresas que não possuem autorização para atuar no Brasil.

Dessa restrição do alcance da norma derivam efeitos importantes para a questão ora em exame. Isso porque *o regime de apresentação de documentos não é uniforme para todas as empresas estrangeiras*. Ele varia em se tratando de empresas que possuem autorização e que não possuem (mas podem participar de licitação nos termos vistos no *item* anterior).

No dispositivo examinado anteriormente, relativo à documentação de habilitação (*i.e.*, o art. 28, V da Lei nº 8.666/1993), percebe-se que o legislador utilizou “empresa estrangeira” na acepção de sociedade autorizada a funcionar no Brasil, mas cuja administração e sede não se encontram no país.

A norma cuida, portanto, de exigir que aquelas empresas que já detêm as condições de atuar diretamente no mercado brasileiro, por terem sido autorizadas a tanto pelo Poder Executivo Federal, apresentem documento que comprove essa circunstância por ensejo da participação em licitações. Demonstram, assim, que podem atuar regularmente no Brasil, satisfazendo, em concreto, seu objeto social — estando seus atos sujeitos integralmente à regência do direito brasileiro.

Por seu turno, a sociedade estrangeira a que faz referência a norma ora em exame (*i.e.*, o art. 32, §4º, da Lei nº 8.666/1993) é precisamente a que não possui ainda representação no Brasil.

A hipótese é reservada para aquelas situações em que se admite a participação no certame de sociedades que ainda não atuam diretamente no mercado nacional, mas pretendem fornecer bens e serviços para a administração pública (sem que isso represente efetiva atuação no mercado brasileiro). Daí inclusive se fazer referência à licitação internacional, o que induz à compreensão de que o regime deve ser aplicado para os casos previstos no art. 42 da Lei de Licitações.

Assim, a norma examinada anteriormente (art. 28, inc. V, da Lei nº 8.666/1993) reserva-se aos casos em que as empresas já se encontram autorizadas a funcionar no Brasil, sujeitando-se, portanto, aos preceitos do ordenamento jurídico brasileiro. Em regra, tais empresas devem conter todos os seus documentos nacionalizados (a elas não se aplicando o previsto no art. 32, §4º).

A regra que trata especificamente dos documentos produzidos no exterior, todavia, tem por pressuposto situação diametralmente oposta: cuidar de empresas que não atuam no Brasil e, portanto, não podem ser compelidas a adotar integralmente os preceitos da legislação nacional.

Por conta disso, é que se reserva a elas (e apenas a elas) a possibilidade de comprovar os requisitos para participar de licitações a partir das regras de seus ordenamentos jurídicos — devendo, contudo, esses atos serem devidamente chancelados pelas autoridades consulares brasileiras, para poderem valer como prova perante nosso ordenamento jurídico.

Fixadas essas proposições é que se pode então indicar o sentido e o alcance da norma contida no art. 32, §4º, da Lei de Licitações.

Como se infere da sua leitura, o referido preceito tem por objetivo tratar, precisamente, da situação das sociedades que não têm qualquer representação no Brasil. Consoante já anotou Carlos Ari Sunfeld acerca do tema:

Nas licitações internacionais, das quais empresas estrangeiras podem participar, é admitida a apresentação de documentos de origem não nacional. Fosse diferente, aliás, seria inviável a participação daquelas empresas, posto que a maioria dos aspectos da sua situação subjetiva somente pode ser comprovada com papéis procedentes de seu país de origem, tais como os atos constitutivos, o balanço patrimonial, a prova de regularidade fiscal, entre outros elementos.¹⁹

Todavia, e este é o ponto fundamental, só se admite que participem das licitações as empresas que não têm representação no Brasil nos casos em que o certame é de âmbito internacional, tal qual definido anteriormente, ou ainda incide alguma das exceções examinadas (consórcio e SPE).

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Requisitos formais de licitante estrangeiro em licitação — a questão da tradução juramentada. In: _____. *Pareceres*. São Paulo: RT, 2013. v. III, p. 205.

É dizer, para incidir a norma do art. 32, §4º, *pressupõe-se que se esteja no âmbito de licitações que admitem a participação direta de empresa estrangeira*. Usualmente, a norma se aplica à licitação de âmbito internacional. De todo modo, suas disposições são antitéticas em relação às que exigem a autorização como documento de habilitação (art. 28, inc. V, da Lei nº 8.666/1993). Onde um dos preceitos for aplicado, o outro não incide.

Neste ponto não se pode perder de mira que a regra contemplada no art. 1.134 do Código Civil impõe que a atuação direta ou indireta de empresas estrangeiras no Brasil depende de autorização do Poder Executivo, e desse ato deriva a sujeição dessas empresas às regras do ordenamento jurídico brasileiro. Logo, nos casos em que a execução do objeto implicar o desenvolvimento de atividades por parte de empresas estrangeiras no território nacional, a comprovação das condições de habilitação deve se dar observando-se integralmente os preceitos normativos vigentes no Brasil.

Como decorrência disso, tem-se que a norma que permite a apresentação direta de documentos estrangeiros consularizados só pode ser aplicada nos casos em que efetivamente se está diante de uma licitação em que seja possível a presença de empresa estrangeira que não possua representação no Brasil. Fora das hipóteses excepcionais em que isso é admitido, aplica-se integralmente o regime da Lei nº 8.666/1993, inclusive no que se refere à apresentação de documentos.

É por tal razão que o art. 28, inc. V, da Lei de Licitações trata da situação da comprovação da regularidade jurídica das empresas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil. O regime dessas é, portanto, substancialmente distinto do fixado para as sociedades que não tenham qualquer vinculação prévia com o ordenamento jurídico nacional.

Em relação ao tema, é importante destacar novamente que a autorização para funcionar no Brasil impõe às sociedades estrangeiras autorizadas a sujeição às normas nacionais para todos os atos praticados no país. Uma vez que haja a autorização, “A sociedade estrangeira autorizada a funcionar ficará sujeita às leis e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos ou operações praticados no Brasil” (art. 1.137 do Código Civil).

Decorre daí que tais sociedades devem respeitar integralmente todas as disposições do ordenamento jurídico nacional no que se refere aos atos aqui praticados. Isso, inclusive, no que tange à apresentação de documentos necessários a comprovar objetivamente a existência das condições para contratar com a administração. É dizer: para tais empresas toda habilitação deve se dar de acordo com as regras nacionais.

Não há, portanto, a possibilidade de incidir, no caso das empresas estrangeiras autorizadas, a norma do art. 32, §4º, que se destina exatamente às “empresas estrangeiras que não funcionem no país” (o que, não raro, acontece nos editais produzidos pela administração pública brasileira). Apenas a essas é dada a possibilidade de apresentar documentos estrangeiros similares aos nacionais. Com efeito, *não se admite qualquer hibridismo de regimes no que se refere ao art. 32, §4º, e art. 28, inc. V, da Lei nº 8.666/1993.*

A um tempo, o pressuposto de incidência das normas é distinto no que se refere à existência ou não de autorização e essa diferença não pode ser anulada pelo intérprete. A legislação que rege as licitações nitidamente separa os regimes jurídicos das empresas que detêm representação no Brasil (nos termos exigidos pela legislação civil) das que não possuem esse *status*.

A outro tempo, a sociedade que esteja submetida integralmente ao direito brasileiro (o que é efeito da autorização concedida à empresa estrangeira) deve ter todos os documentos referentes à sua habilitação devidamente nacionalizados. Não se admite a apresentação direta de documentos estrangeiros, pois a autorização impõe a submissão integral ao direito brasileiro no que tange a todos os atos a serem praticados no Brasil, inclusive os levados a efeito no procedimento licitatório.

Por conseguinte, ou a empresa tem autorização e possui todos os documentos devidamente aptos a produzir seus efeitos no país, ou não a possui e pode apresentar documentos estrangeiros similares aos nacionais para fins de qualificação. *Tertium non datur*. Permitir que sociedades autorizadas apresentem documento com atenuação das exigências legais vigentes no Brasil é quebrar o pressuposto da isonomia, pois as empresas constituídas sobre as leis brasileiras não gozam, em regra, de quaisquer favores no que tange à apresentação de documentos. Assim, na justa medida em que a lei equipara as situações das empresas nacionais e das estrangeiras autorizadas, é vedado atribuir a elas tratamento distinto.

Nesse ponto, é importante ter claro que a prerrogativa de apresentação de documentos similares aos nacionais está restrita aos casos em que a sociedade não atue no Brasil. E essa hipótese só poderá existir nos casos em que a execução do contrato não conduzir à atuação direta de empresa estrangeira no Brasil.

10. Síntese conclusiva acerca do regime da Lei de Licitações com relação às licitações internacionais

Uma vez examinadas as regras que tratam da figura do licitante estrangeiro na Lei nº 8.666/1993, pode-se buscar fazer a síntese das diversas ideias examinadas até agora sobre o tema.

Do que foi exposto, uma premissa parece ser incontornável. *O direito positivo brasileiro não permite que haja atuação direta de empresas estrangeiras no território nacional* (art. 1.134 do Código Civil). Para ser lícita a atuação das sociedades estrangeiras, é necessário que obtenham autorização das autoridades nacionais competentes para desenvolver seus negócios no território brasileiro e, bem assim, que se registrem nos órgãos do comércio.

Com efeito, essa constatação impacta em toda a análise da matéria.

Primeiramente, à luz dessa ideia é que se compreende a exigência do art. 28, inc. V, da Lei de Licitações.

Na verdade, toda vez que houver a necessidade de um objeto ser executado no território nacional, será exigido que o licitante comprove que possui condições de executá-lo do ponto de vista jurídico. E isso se dá nestes casos relativos a estrangeiros, precisamente, mediante a apresentação da autorização junto aos seus documentos de habilitação.

Todavia, há hipóteses em que existe a possibilidade de sociedades que não têm representação no Brasil participarem de licitações. Essas hipóteses vinculam-se aos casos em que, atendendo às características do vínculo a ser estabelecido, não haverá atuação da empresa diretamente no território nacional. Havendo atuação direta, insiste-se, não há opção senão exigir a autorização, sob pena de se burlar a norma do art. 1.134 do Código Civil.

A Lei de Licitações contempla essa hipótese para as chamadas licitações de âmbito internacional (disciplinadas pelo seu art. 42), que são usualmente chamadas de licitações internacionais.

De acordo com a lei, essas licitações têm lugar nos casos em que, em face do objeto a ser executado, esteja em causa travar um contrato de âmbito internacional. Por isso que as regras referentes a essa hipótese visam definir os critérios que permitem comparar duas propostas que estejam sujeitas a regimes normativos diversos.

Todavia, em que pese a Lei nº 8.666/1993 contemplar explicitamente uma situação em que há essa possibilidade, isso não exclui a participação direta de estrangeiras em outros casos. Como anotado, o que define a questão é o art. 1.134 do Código Civil. Logo, se houver outros casos em que o contrato não

exigirá a atuação direta de empresa estrangeira em território nacional, deve ser admitida a presença destas, ainda que sem representação no Brasil. Isso de modo a fomentar a competitividade.

O caso mais relevante em que tal pode acontecer é a participação em SPE, pois aqui pode não incidir o veto previsto pela legislação civil à participação direta — descondicionada — das sociedades estrangeiras. Por outro lado, isso pode acontecer em determinadas configurações de consórcios, desde que haja a certeza de que a atividade a ser desenvolvida pela empresa que não atua no Brasil não terá lugar em território brasileiro.

Admitida a participação de sociedade que não tenha autorização para funcionar no Brasil, a Lei disciplinou o modo pelo qual elas devem apresentar os documentos necessários à sua participação no certame.

Nesta linha, tem-se o art. 32, §4º, da Lei nº 8.666/1993, que disciplina precisamente a apresentação de documentos por parte das “empresas estrangeiras que não funcionem no País”. Na justa medida em que tais sociedades não têm qualquer conexão estável com nosso ordenamento jurídico, delas não se pode exigir que apresentem documentos nos termos previstos pela nossa legislação. Nessa base, é-lhes permitido apresentar documentos equivalentes aos nacionais, tanto quanto possível.

Todavia, e insista-se neste ponto, essa norma se aplica apenas e tão só às empresas que não atuam no Brasil. Cuida-se de preceito excepcional, que visa a possibilitar que empresas sem qualquer atuação constante no território nacional participem de licitações. Logo, havendo a necessidade de autorização, o regime será o do art. 28, inc. V, da Lei de Licitações, a excluir a incidência do art. 32, §4º, da mesma Lei.

Quanto às empresas que já desenvolvem atividades no Brasil, por força do ato de autorização e registro a que estão obrigadas para poder desenvolver de modo lícito sua atuação, elas se sujeitam integralmente ao ordenamento jurídico brasileiro no que se refere aos atos praticados.

Disso deriva que elas devem se sujeitar — na mesma medida que as empresas brasileiras — ao dever de apresentar os documentos tal qual eles são exigidos no ato convocatório. Aliás, o melhor indício disso é o dever de elas apresentarem sua autorização como comprovação de sua qualificação jurídica.

Assim, malgrado não seja possível fixar um conceito de *licitação internacional*, pode-se dizer que existe a possibilidade de se definir com razoável clareza o regime aplicável às empresas estrangeiras, sejam as que possuem autorização, sejam as que não possuem. A distinção de regimes que pode ser estabelecida diz respeito, precisamente, a essa circunstância.

Por um lado, há licitações que exigem a atuação de empresas estrangeiras diretamente no território nacional. Nesses casos, o regime a ser aplicado às mesmas pressupõe sua equiparação jurídica às empresas brasileiras, por força de sua autorização. Ainda, merece nota, que, nessas hipóteses, aplica-se *in totum* o regime da Lei nº 8.666/1993.

Por outro, há a possibilidade de uma licitação não redundar na atuação direta de um agente econômico estrangeiro no país. Nessas hipóteses, permite-se a participação direta de estrangeiros no certame. E, de maneira a possibilitar tal participação, é que a Lei de Licitações flexibiliza certas regras que usualmente são adotadas de modo a viabilizar a apresentação de propostas (por isso que permite a apresentação de documentos estrangeiros), bem como cria critérios capazes de conduzir à comparação entre propostas distintas.

11. O caso da União Europeia: isonomia apenas para os países-membros?

Um paradigma de referência no que respeita ao livre acesso aos mercados públicos é o vigente na União Europeia (UE). Isso porque um dos pilares da integração nesse continente é, precisamente, a liberdade que deve haver no ambiente comunitário para que empresas situadas em determinado Estado-membro tenham acesso a contratos adjudicados por entes públicos de outros. Tal preceito é uma derivação do previsto no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia que, em seu art. 18, dispõe: “No âmbito de aplicação do presente Tratado, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade” (destacou-se).

Com efeito, a proibição de discriminação dos nacionais vai redundar em liberdade de acesso aos mercados públicos por parte de empresas sediadas no espaço comunitário.

Assim, no bojo das presentes considerações faz-se interessante cotejar o regime brasileiro com o que existe em outros sistemas jurídicos para ver se as prescrições do direito pátrio são *sui generis* ou seguem, nalguma medida, o que é previsto em outros ordenamentos jurídicos. Desse modo, a perspectiva do direito comparado tem por objetivo avaliar se o regime jurídico explicitado anteriormente seria excessivamente restritivo à participação de estrangeiros ou se, pelo contrário, ele se alinha ao que existe em outros sistemas jurídicos.

Atualmente, o tema das contratações públicas no espaço geográfico da UE é tratado por três diretivas (que deverão ser transpostas pelos Estados-membros até 18 de abril de 2016). Uma diz respeito genericamente ao regime de formação dos contratos públicos de empreitadas, bens e serviços em geral celebrados por autoridades adjudicantes (Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014); outra cuida daqueles contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (Diretiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2004); a terceira — que, ao contrário das pretéritas, não veio substituir um diploma europeu anterior sobre o mesmo objeto —, finalmente, é relativa aos contratos de concessão (Diretiva 2014/23/UE, também do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014).

Essas Diretivas representam, na sequência das suas antecessoras, a renovação do esforço das autoridades europeias para assegurar uma efetiva liberdade de contratação no ambiente comunitário. É neste sentido que a Diretiva 2014/24/UE, por exemplo, afirma no seu art. 18/1 que: “As entidades adjudicantes tratam os operadores econômicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e atuam de forma transparente e proporcionada”.

Esse cuidado quanto à não discriminação se faz sentir em diversas disposições²⁰ e, designadamente, no que se refere às regras relativas à avaliação das condições para que uma empresa possa celebrar um contrato com as entidades adjudicantes.

O direito europeu distingue uma fase destinada a certificar e a avaliar as condições de idoneidade e de capacidade do particular para cumprir o contrato (*i.e.*, uma etapa de habilitação/qualificação) da fase da apresentação da proposta propriamente dita.²¹ Somente os operadores comprovadamente certificados e capacitados para executar os contratos é que serão considerados pelas entidades adjudicantes. E, ainda a exemplo do que se tem no direito positivo brasileiro, a avaliação engloba tanto elementos econômicos, quanto de natureza técnica (cf. art. 58 da Diretiva 2014/24/UE).

²⁰ Ver, ainda no âmbito da Diretiva 2004/18/CE, OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 538.

²¹ Sobre o tema consulte-se, por exemplo, VIANA, Cláudia. A qualificação dos operadores econômicos nos procedimentos de contratação pública. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). *Estudos de contratação pública*. Coimbra: Coimbra, 2010. v. II, p. 153-196.

Tais normas visam assegurar uma disciplina homogênea acerca do tema, evitando que, por meio de critérios de seleção qualitativa, venham a ser criadas distinções entre empresas nacionais e outras sediadas em outros países da União Europeia. Isso é especialmente forte no que se refere aos elementos de capacidade técnica. Tal como anota Cláudia Viana:

Já no que diz respeito à capacidade técnica e/ou profissional, a regulação comunitária contém importantes disposições que, por isso mesmo, limitam a liberdade dos legisladores nacionais e, na medida em que estes o permitam, também das entidades adjudicantes.

Na verdade, e contrariamente ao que ocorre com a capacidade financeira, o legislador comunitário optou por fazer uma enumeração exaustiva dos meios de prova que podem ser solicitados aos operadores econômicos, determinando ainda que esses elementos devem constar do anúncio ou convite para contratar. (...)

Verifica-se, deste modo, que *os Estados-membros não podem prever outros elementos comprovativos da capacidade técnica dos operadores econômicos que não sejam enumerados na diretiva, o que se compreende pela necessidade de evitar discriminações, que, nesta matéria, facilmente poderiam ocorrer.*²²

Não significa isto, note-se, que a garantia de não discriminação entre entidades europeias e não europeias resulte de uma *proibição* dirigida a cada Estado-membro e às respectivas entidades adjudicantes, expropriando sua liberdade para a fixação de requisitos de capacidade técnica autônomos ou relativamente inovadores em face daqueles fixados pelas Diretivas europeias. É que essa proibição concerne unicamente aos requisitos de *habilitação* — e não aos requisitos de *capacidade técnica* das empresas. João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez esclarecem, de modo rigoroso, a distinção entre os dois tipos de requisitos:

(A) habilitação não oferece à entidade adjudicante (...) os meios para averiguar a capacidade de que os potenciais adjudicatários dispõem para executar o contrato através da *fixação autônoma* — isto é, *que não se cinja aos requisitos já previamente definidos pela lei* — de requisitos

²² Cláudia Viana, A qualificação dos operadores económicos nos procedimentos de contratação pública, op. cit., p. 171-172, destacou-se em itálico.

eliminatórios relativos à aptidão técnica para a realização de uma atividade econômica objeto do contrato e à aptidão financeira para mobilizar os meios necessários à execução do contrato.²³

Em contraste, a “*fixação autônoma*” de requisitos adicionais, não estritamente emergentes da lei, é que constitui o objeto da qualificação das empresas candidatas a contratar com a administração, assim diferenciando a apreciação da capacidade técnica da empresa em face da mera confirmação de que a empresa dispõe da habilitação legal para executar o contrato.²⁴

Ora, é somente quanto à fase de *habilitação* que o nº 2 do art. 58º da Diretiva 2014/24/UE determina que a administração não pode mais do que “exigir que os operadores econômicos estejam inscritos num dos registos profissionais ou comerciais no seu Estado-Membro de estabelecimento, tal como descrito no Anexo XI, ou cumpram qualquer outro requisito estabelecido nesse anexo”.

Já quanto à apreciação da *capacidade técnica*, apesar de os *meios de prova* utilizados pelas entidades adjudicantes se reduzirem taxativamente àqueles que são enumerados na lista prevista no Anexo XII da Diretiva (cfr. artigo 60º, nº 4), os *requisitos* solicitados pelas entidades adjudicantes não são totalmente predeterminados pelo legislador europeu: diz-se que “as autoridades adjudicantes podem exigir, *em especial*”, a demonstração de um certo nível de experiência, sem que o preceito contenha uma predeterminação exaustiva dos requisitos a fixar. Em suma, cada Estado — e cada entidade adjudicante — dispõe de uma considerável margem de liberdade de conformação para definir que requisitos serão solicitados com base nos meios de prova que — esses sim — foram predeterminados pelo legislador europeu.

A garantia de não discriminação entre operadores econômicos não resulta, pois, de uma total ausência de liberdade de cada entidade adjudicante na fixação das suas próprias exigências de aptidão técnica e financeira, mas sim, simplesmente, dos mecanismos, previstos pelo próprio legislador europeu, que asseguram que cada um dos requisitos exigidos é insuscetível de dar causa a uma discriminação em razão da nacionalidade.

É isso que resulta do nº 6 do art. 64º da Diretiva: “Para a inscrição de operadores econômicos de outros Estados-Membros numa lista oficial ou para a sua certificação, não pode ser exigida nenhuma prova ou declaração

²³ ALMEIDA, João Amaral e; SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Temas de contratação pública*, I. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 315.

²⁴ *Ibid.*, p. 315-316.

para além das exigidas aos operadores económicos nacionais”; e é também isso que é reiterado no nº 7 do mesmo artigo: “As autoridades adjudicantes devem reconhecer os certificados equivalentes de organismos estabelecidos noutros Estados-Membros. Devem igualmente aceitar outros meios de prova equivalentes”.

Por maioria de razão, uma preocupação semelhante emerge, no nº 2 do art. 60º, quanto à fixação dos próprios requisitos de habilitação, relativamente aos quais a entidade adjudicante não beneficia sequer da hipótese de criação de exigências inovadoras:

Se o Estado-Membro ou o país em causa não emitir os documentos ou certificados (...), podem os mesmos ser substituídos por uma declaração sob compromisso de honra ou, nos Estados-Membros ou países onde não exista tal tipo de declaração, por declaração solene feita pelo interessado perante a autoridade judicial ou administrativa competente, um notário ou um organismo profissional qualificado do Estado-Membro ou do seu país de origem ou do Estado-Membro ou país no qual o operador económico tem a sua sede.

Assim, de acordo com as regras vigentes no direito europeu da contratação pública, percebe-se que a liberdade de acesso aos mercados nacionais (que se assegura aos operadores económicos comunitários) soma-se à uniformização do regime jurídico no que se refere à demonstração das condições necessárias à execução do objeto em face às entidades adjudicadoras. Esta é instrumento de implementação daquela.

O tema, aliás, é sensível em virtude de ser (quase) natural a tendência de as autoridades públicas de um país poderem procurar beneficiar as empresas que se situam no seu território. Daí ser necessário às autoridades atuar constantemente com vista a evitar a implementação de benefícios tidos por indevidos à luz de um paradigma de amplo acesso aos mercados nacionais.

Nesse sentido, o tema já foi enfrentado no âmbito do Tribunal de Justiça da UE. E foi num caso decidido, *v.g.*, que Portugal descumpriu o direito comunitário

(...) ao exigir que os prestadores de serviço de construção estabelecidos noutro Estado-Membro satisfaçam o conjunto dos requisitos que o regime nacional do Estado-Membro em causa impõe para obtenção da autorização para exercer uma atividade no sector da construção

e ao impedir que, dessa forma, sejam devidamente tidas em conta as obrigações equivalentes a que estão sujeitos esses prestadores no Estado-Membro onde estão estabelecidos assim como as verificações já efetuadas a esse respeito pela autoridade deste último Estado. (Processo C-458/08, de 18.11.2010)

Com efeito, o referencial comunitário exige que seja dispensado *tratamento idêntico* às empresas que têm sede em países que integram a União Europeia, não se conhecendo qualquer regra que possa restringir a direta atuação dessas para além das fronteiras nacionais. As Diretivas, nas palavras de Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, vedam “discriminações em razão da nacionalidade dos interessados, desigualdades de tratamento entre cidadãos e operadores econômicos nacionais e comunitários”, o que não significa, note-se,

que o tratamento pré-contratual entre nacionais e estrangeiros, mesmo os de nacionalidades comunitárias, seja exatamente o mesmo. Mas há de tratar-se de diferenças objetivamente indispensáveis ou naturais, digamos assim — como sucede inevitavelmente com alguma documentação que acompanha as propostas e com estas mesmas (...) —, e, em todo o caso, de diferenças não arbitrárias, nunca fundadas apenas na diferença de nacionalidade.²⁵

Por outro lado, os ordenamentos jurídicos internos devem ser harmonizados, de modo a impedir que requisitos de aferição da habilitação/qualificação das empresas possam embaraçar o direito de livre atuação que veio de se afirmar, e não é a falta de transposição das normas das Diretivas que impede,

uma vez esgotado o respectivo prazo de transposição, a sua aplicação direta na ordem jurídica interna, desde que a norma comunitária venha revestida das características da clareza, certeza, suficiência e incondicionalidade que permitam aos tribunais nacionais aplicá-las sem necessidade de recorrer a juízos próprios da função legislativa.²⁶

²⁵ Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, op. cit., p. 537-538.

²⁶ *Ibid.*, p. 539.

O que veio de se expor limita-se, porém, aos países que integram a União Europeia, que tem por pilar a equiparação das empresas no âmbito comunitário para fins de acesso ao mercado comum.

Fora desse quadro — e, designadamente, para operadores econômicos nacionais de Estados não europeus — qual é o regime jurídico? Deixemos uma breve palavra sobre o tema.

Como se recorda no Considerando 17 da Diretiva 2014/24/UE a

Decisão 94/800/CE do Conselho aprovou, nomeadamente, o Acordo sobre Contratos Públicos da Organização Mundial do Comércio (a seguir designado “GPA”). O objetivo do GPA é estabelecer um quadro multilateral de direitos e obrigações equilibrados em matéria de contratos públicos, com vista à liberalização e expansão do comércio mundial. No caso dos contratos abrangidos pelos Anexos 1, 2, 4 e 5 e pelas Notas Gerais do Apêndice I da União Europeia ao GPA, bem como por outros acordos internacionais pertinentes a que a União está vinculada, as autoridades adjudicantes deverão cumprir as suas obrigações no âmbito destes acordos, aplicando a presente diretiva aos operadores econômicos de países terceiros que sejam signatários desses acordos.

Por outro lado, o Considerando 18 do mesmo texto precisa que:

O GPA aplica-se a contratos de valor superior a determinados limiares, definidos no próprio GPA e expressos em direitos de saque especiais. Os limiares fixados pela presente diretiva deverão ser alinhados para corresponderem aos equivalentes em euros dos limiares do GPA. Importa igualmente prever a revisão periódica dos limiares expressos em euros, a fim de os adaptar, por meio de uma simples operação matemática, a eventuais variações do valor do euro em relação a esses direitos de saque especial. Além dessas adaptações matemáticas periódicas, durante a próxima ronda de negociações deverá ser ponderado o aumento dos limiares estabelecidos no GPA.

Enfim, de acordo com o art. 25º ainda desta Diretiva:

Nos domínios abrangidos pelos Anexos 1, 2, 4 e 5, pelas Notas Gerais do Apêndice I da União Europeia ao GPA e pelos outros acordos internacionais

a que a União se encontra vinculada, *as autoridades adjudicantes concedem às obras, fornecimentos, serviços e operadores econômicos dos signatários desses acordos um tratamento não menos favorável do que o tratamento concedido às obras, fornecimentos, serviços e operadores econômicos da União.* (itálico nosso)

Assim, é a própria normação europeia geral sobre contratação pública que estabelece diretrizes muito claras aos Estados-membros da União no sentido de, no acesso aos mercados públicos comunitários, as normas destes não poderem ser construídas de forma a prejudicar sem fundamento empresas oriundas de países terceiros que sejam partes no GPA da OMC.

E vejamos brevemente o caso português para confirmar como disposições com essa teleologia haviam até já sido nele efetivamente integradas. Assim, nos termos do art. 81/5 do Código dos Contratos Públicos (de 2008):

O adjudicatário (...) nacional de Estado signatário do Espaço Económico Europeu ou do Acordo sobre Contratos Públicos da Organização Mundial de Comércio que não seja titular do alvará ou do título de registo referidos nos nºs 2 ou 3, consoante o caso, ou do certificado referido no número anterior deve apresentar, em substituição desses documentos:

- a) No caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas, *uma declaração*, emitida pelo Instituto de Construção e do Imobiliário, I.P., comprovativa de que pode executar a prestação objeto do contrato a celebrar por preencher os requisitos que lhe permitiriam ser titular de um alvará ou de um título de registo contendo as habilitações adequadas à execução da obra a realizar;
- b) No caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de locação ou de aquisição de bens móveis ou de um contrato de aquisição de serviços, certificado de inscrição nos registos a que se referem os anexos IX-B e IX-C da Directiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, com todas as inscrições em vigor e que revele a titularidade de habilitações adequadas e necessárias à execução das prestações objeto do contrato a celebrar ou, quando o Estado de que é nacional não constar daqueles anexos, uma declaração sob compromisso de honra, prestada perante notário, autoridade judiciária ou administrativa ou qualquer outra competente, de que pode executar a prestação objeto do contrato a celebrar no Estado de que é nacional de acordo com as regras nele aplicáveis.

É, pois, manifesto que, no direito português da contratação pública, se permite que operadores econômicos não portugueses e até *não europeus* possam ser adjudicatários de contratos públicos, bastando para o efeito o preenchimento dos requisitos neste dispositivo mencionados, os quais, como bem se vê, podem até ser mais ligeiros dos que os exigidos aos operadores econômicos nacionais. Na realidade, um operador econômico nacional de um Estado sul-americano parte no Acordo de Contratos Públicos da OMC pode executar um contrato de prestação de serviços com base numa declaração sob compromisso de honra, ao passo que um operador nacional terá de exibir o competente certificado.

Nesse quadro, pode entender-se que, mesmo para além do espaço comunitário, existem disposições legais nos ordenamentos de vários Estados-membros que estabelecem efetivamente, no quadro do acesso aos benefícios econômicos dos contratos públicos, um princípio de equiparação entre os agentes econômicos europeus e os oriundos de Estados de outros quadrantes geográficos, contanto signatários do Acordo sobre Contratos Públicos da OMC.

Não significa isso, no entanto, que essa situação seja hoje uniformemente consagrada nos direitos internos vigentes em todos os Estados-membros. Nesse sentido, é interessante analisar a previsão da legislação espanhola acerca de contratos administrativos no que se refere a agentes econômicos que não integram a União Europeia. Diz o *artículo 55* do Real Decreto Legislativo 55/2011, que aprovou a lei de contratos do setor público (LCSP):

- 1. Las personas físicas o jurídicas de Estados no pertenecientes a la Unión Europea deberán justificar mediante informe de la respectiva Misión Diplomática Permanente española, que se acompañará a la documentación que se presente, que el Estado de procedencia de la empresa extranjera admite a su vez la participación de empresas españolas en la contratación con la Administración y con los entes, organismos o entidades del sector público asimilables a los enumerados en el artículo 3, en forma sustancialmente análoga. En los contratos sujetos a regulación armonizada se prescindirá del informe sobre reciprocidad en relación con las empresas de Estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio.*
- 2. Para celebrar contratos de obras será necesario, además, que estas empresas tengan abierta sucursal en España, con designación de apoderados o representantes para sus operaciones, y que estén inscritas en el Registro Mercantil. (destacou-se).*

Um simples lance de olhos nas disposições da legislação espanhola demonstra que o tratamento dispensado às empresas que não se inserem no âmbito da União Europeia é, aí, similar ao direito brasileiro. Por um lado, exige-se a existência de sucursal devidamente instalada, bem como registro de empresas que pretendam prestar serviços relativos à construção civil. Por outro, para poderem contratar com a administração espanhola, as empresas estrangeiras devem comprovar a existência de reciprocidade no país de origem.

Ou seja, o panorama existente na Europa não será, ao nível dos direitos internos, ainda uniforme. O exemplo colhido no direito espanhol é virtuoso para demonstrar que as constatações feitas acerca do direito brasileiro não implicam tratamento substancialmente diverso daquele que se encontra em nível de direito comparado. Em contrapartida, o exemplo colhido no direito português é justamente o oposto, uma vez que, aí, o CCP estabelece regras de clara equiparação e mesmo favorecimento das empresas e operadores econômicos não europeus.

12. Conclusão

Com base no que veio de se expor, as seguintes conclusões podem ser destacadas para fins de arremate. Em primeiro lugar, a participação de empresa que não possui autorização para funcionar no Brasil está restrita às licitações de âmbito internacional, disciplinadas pelo art. 42 da Lei de Licitações ou nos casos em que não se evidenciará uma execução direta do objeto no território nacional por parte de estrangeiro (como no caso de alguns consórcios e de participação em sociedades anônimas).

Além disso, é às empresas sem representação no Brasil (a participar de licitação internacional) que se dirige a norma que permite comprovar a habilitação por meio de documentos equivalentes aos que seriam exigidos no Brasil, devidamente consularizados (art. 32, §4º, da Lei de Licitações).

Porém, salvo em casos excepcionais (acima indicados), a participação de empresa estrangeira exige a autorização para funcionar no Brasil (art. 1.134 do CC), cumprindo a ela demonstrar essa circunstância por ocasião da sua habilitação jurídica (cf. art. 28, V da Lei de Licitações). Isso também importa dizer que às empresas autorizadas não se aplica o preceito do art. 32, §4º, da Lei de Licitações, pois elas devem respeitar integralmente o direito brasileiro nos atos que pretendem praticar no país (art. 1.137 do CC).

Já na União Europeia, a regra é a da tendencial equiparação de tratamento, em matéria de liberdade de acesso aos benefícios econômicos dos contratos públicos, entre operadores econômicos europeus e não europeus; podem, porém, existir, *ainda*, no entanto, nalgumas legislações de certos Estados-membros, certas restrições à participação de empresas sediadas fora do espaço comunitário.

Referências

ALMEIDA, João Amaral; SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Temas de contratação pública*, I. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. 379 p.

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

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

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *A Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratação — RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Sociedades de Propósito Específicas na Lei de PPP: considerações em torno do art. 9º da lei 11.079/2004. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: RT, 2015. p. 493-528.

MOREIRA, Vital. A política de investimento estrangeiro da UE depois do Tratado de Lisboa. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, Belo Horizonte, n. 48, p. 207-273, 2014.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2011.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Licitação internacional: normas nacionais × normas estrangeiras, uma visão constitucional. *Fórum de Contratação e Gestão Pública — FCGP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 19, p. 2315-2323, jul. 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Sobre a exigência do pressuposto da nacionalidade brasileira para as pessoas físicas e para as pessoas jurídicas poderem fabricar produtos farmacêuticos. In: _____. *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974. v. I.

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

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

_____. Requisitos formais de licitante estrangeiro em licitação — a questão da tradução juramentada. In: _____. *Pareceres*. São Paulo: RT, 2013. v. III.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. I.

VIANA, Cláudia. A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). *Estudos de contratação pública*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. v. I.

_____. A qualificação dos operadores econômicos nos procedimentos de contratação pública. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). *Estudos de contratação pública*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. v. II, p. 153-196.