

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

LICITAÇÕES - ASPECTOS RELEVANTES: PECULIARIDADES DAS
LICITAÇÕES INTERNACIONAIS

CURITIBA

2005

FABIANE GRANDO

**LICITAÇÕES - ASPECTOS RELEVANTES: PECULIARIDADES DAS
LICITAÇÕES INTERNACIONAIS**

Monografia apresentada como requisito
parcial à conclusão do curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe
Bacellar Filho

CURITIBA

2005

TERMO DE APROVAÇÃO

FABIANE GRANDO

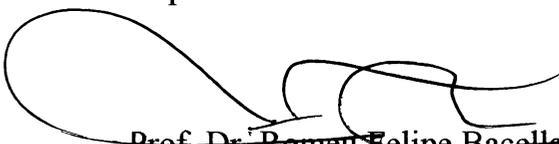
LICITAÇÕES – ASPECTOS RELEVANTES: PECULIARIDADES DAS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS

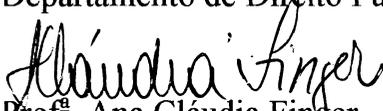
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências de Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:


Prof.^a Dr.^a Tatyana Scheila Friedrich
Departamento de Direito Privado, UFPR

Orientador:


Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho
Departamento de Direito Público, UFPR


Prof.^a Ana Cláudia Finger
Departamento de Direito Público, Unibrasil

Curitiba, 03 de outubro de 2005

SUMÁRIO

RESUMO.....	ii
INTRODUÇÃO.....	1
1 LICITAÇÕES NO BRASIL.....	3
1.1 CONCEITO E FINALIDADE	3
1.2 LEGISLAÇÃO.....	3
1.3 PRINCÍPIOS.....	4
1.4 O DEVER DE LICITAR.....	12
1.5 CONTRATAÇÕES DIRETAS: LICITAÇÃO DISPENSADA, DISPENSÁVEL E INEXIGÍVEL.....	13
1.5.1 LICITAÇÃO DISPENSADA.....	13
1.5.2 LICITAÇÃO DISPENSÁVEL.....	15
1.5.2 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.....	18
1.6 MODALIDADES.....	20
1.6.1 CONCORRÊNCIA.....	20
1.6.2 TOMADA DE PREÇOS.....	22
1.6.3 CONVITE.....	24
1.6.4 CONCURSO.....	25
1.6.5 LEILÃO.....	25
1.6.6 PREGÃO.....	26
1.7 PROCEDIMENTO.....	28
1.7.1 EDITAL.....	28
1.7.2 HABILITAÇÃO.....	30
1.7.3. CLASSIFICAÇÃO E JULGAMENTO.....	31
1.7.4 HOMOLOGAÇÃO.....	33
1.7.5 ADJUDICAÇÃO.....	34
1.8 ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO.....	34
1.9 RECURSOS.....	35

2 PECULIARIDADES DAS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS.....	38
2.1 CONCEITO E INCIDÊNCIA.....	38
2.2 MODALIDADES.....	39
2.3 PRINCÍPIOS.....	40
2.3.1 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	41
2.3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	42
2.3.2.1 PARTICIPAÇÃO NO CERTAME INTERNACIONAL.....	42
2.3.2.2 CONDIÇÕES DE CONTRATAÇÃO EM LICITAÇÕES INTERNACIONAIS.....	44
2.3.2.3 QUESTÃO TRIBUTÁRIA.....	47
2.3.2.4 OS CRITÉRIOS DE DESEMPATE E A PREFERÊNCIA NA LICITAÇÃO INTERNACIONAL.....	49
2.3.3 OS ORGANISMOS INTERNACIONAIS.....	50
3 AS LICITAÇÕES NO ÂMBITO DO MERCOSUL.....	54
3.1 A INSTITUIÇÃO DO MERCOSUL.....	54
3.2 O MERCOSUL E AS LICITAÇÕES.....	55
3.3 ASPECTOS QUE NECESSITAM DE COMPATIBILIZAÇÃO.....	56
3.3.1 A QUESTÃO DO <i>DRAWBACK</i>	57
3.4. O ESTADO ATUAL DO TEMA.....	58
CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

RESUMO

O tema das licitações internacionais vem ganhando importância a cada dia devido ao novo cenário que se delineia nas relações econômicas transnacionais. Nessa perspectiva, o presente trabalho tem por objetivo analisar aspectos jurídicos relevantes, tanto à luz do Direito Administrativo interno como frente ao Direito Internacional. Trata-se da pesquisa não apenas de diplomas normativos, manuais e obras forenses, mas também de artigos e matérias publicadas em periódicos jurídicos ou disponíveis em meio eletrônico. Todos elementos a concluir que o ente administrativo (personalizado no agente político) tem discricionariedade para optar pela realização ou não de licitações internacionais a cada caso concreto. Fato em si, conforme é abordado, que suscita uma análise cuidadosa de princípios vetores do ordenamento, especialmente no tocante ao princípio da igualdade. Discussão elevada às relações do Mercosul – mercado comum ao qual o Brasil se filia – que traz a necessidade, cada vez mais premente, do estabelecimento de mecanismos adequados de solução de controvérsias.

INTRODUÇÃO

A atual perspectiva da globalização cria a necessidade de revisão de certas estruturas jurídicas para conformação de um novo paradigma, no qual exista, concomitantemente, a consciência do impacto sobre as normas vigentes e o reflexo das adaptações ao novo cenário.

Contexto de transformações que também alcança as contratações realizadas pelas diversas entidades da Administração Pública, notadamente sobre as chamadas licitações internacionais. Há um novo ambiente no jogo das relações econômicas entre os países, de modo que é necessário aprofundar seu estudo, como forma de explorar o mercado que se abre.

Nesse sentido, no presente trabalho, pretende-se mapear e sistematizar os aspectos jurídicos das licitações internacionais diante dos princípios de Direito Administrativo e Direito Internacional, bem como a disciplina da Lei nº 8.666/93.

Desse modo, a análise desta matéria está dividida em três capítulos.

O primeiro é dedicado à uma visão geral do tema das licitações no Brasil, abordando-se seu conceito, previsão legislativa, bem como os princípios a elas aplicáveis, notadamente o princípio da legalidade, da igualdade, da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do procedimento formal, do sigilo na apresentação das propostas, do julgamento objetivo e da adjudicação compulsória.

Na seqüência, aparece a análise do dever de licitar e das hipóteses de contratações diretas: licitação dispensada, dispensável e inexigível. Ainda neste capítulo, estão contempladas as modalidades de licitação e sua forma de processamento, além dos recursos cabíveis.

O segundo trata das peculiaridades das licitações internacionais, com o objetivo de sistematizar aspectos gerais dos certames internacionais, abordando alguns pontos de discussão sobre a matéria, que tende a se destacar na medida em que o Brasil passa a ter cada vez mais relações de comércio com empresas estrangeiras.

Quanto a esse tópico, inicialmente analisa-se seu conceito e incidência, assim como as modalidades em que se prevê a realização de certames internacionais. Em seguida, trabalha-se com a identificação da aplicação constitucional e infraconstitucional dos princípios administrativos em matéria de contratações internacionais, especificamente quanto aos princípios da publicidade e da igualdade. Este último princípio, por dar margem ao exame jurídico de vários tópicos relevantes, está subdividido nos seguintes itens: participação na licitação, condições de contratação, os critérios de desempate e a preferência e questão tributária.

Também neste capítulo, há um item sobre a questão do financiamento das licitações internacionais com recursos provenientes de organismos financeiros internacionais de que o Brasil faça parte ou de agência de cooperação estrangeira.

Por fim, o terceiro capítulo traz uma análise do estado atual do tema no âmbito do Mercosul, em razão da influência indiscutível de tal bloco nesse tipo de contratação administrativa, examinando-se a importância das licitações no seu contexto.

Enfim, pretende-se identificar decorrências administrativas e de Direito Internacional que fazem do tratamento dispensado aos licitantes estrangeiros no Brasil algo muito mais delicado e diferenciado em termos de licitações internacionais.

1 LICITAÇÕES NO BRASIL

1.1 Conceito e finalidade

Pode-se definir licitação como o procedimento administrativo por meio do qual a Administração seleciona a proposta mais vantajosa e que melhor atenda ao interesse público, nos termos expressamente previstos em seu instrumento convocatório.

Em relação à sua designação como processo ou procedimento não há unanimidade doutrinária. De toda forma, cabe destacar que as duas expressões são aceitas e utilizadas pelos autores.

Dentre os que entendem tratar-se de procedimento, pode-se destacar Hely Lopes MEIRELLES¹, Celso Antônio Bandeira de MELLO² e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO³. Já Romeu Felipe BACELLAR FILHO⁴ e Odete MEDAUAR⁵ referem-se à licitação como processo.

Não obstante a divergência acima apontada, há concordância majoritária na doutrina quanto a uma dupla finalidade que deve nortear os certames licitatórios, a saber: o administrador deve realizar a melhor contratação possível, por meio da escolha da proposta mais vantajosa, bem como permitir que qualquer interessado possa validamente concorrer pelas contratações.

1.2 Legislação

A Constituição Federal, em seu artigo 22, inciso XXVII, disciplina a competência para legislar em matéria de licitações, nos seguintes termos:

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 246.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.481.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 330

⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.104.

⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 214.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 183, §1º, III.

Dessa forma, a União tem competência exclusiva para editar normas gerais⁶ sobre esse tema, enquanto os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm competência legislativa suplementar, por meio da edição de normas específicas dentro do seu território⁷ (artigo 24, §2º, e artigo 30, II, da Constituição).

Enfim, as normas gerais são aplicáveis para a Administração federal, estadual e municipal, direta e indireta, para as sociedades de economia mista e empresas públicas (estas últimas podem ter regulamento, segundo a disposição do artigo 119 da Lei nº. 8.666/93).

As empresas públicas e as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica estão sujeitas a um tratamento especial, conforme o artigo 173, §1º, III, da Constituição Federal.

1.3 Princípios

Existe divergência doutrinária na indicação dos princípios incidentes no procedimento licitatório. Adilson Abreu DALLARI⁸ menciona três princípios: igualdade, publicidade e rigorosa observância das condições do edital. Celso Antônio Bandeira de MELLO⁹ soma a esses a competitividade e a possibilidade do disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores. Já Hely Lopes MEIRELLES¹⁰

⁶ Tratam-se de “preceitos que estabelecem os princípios, os fundamentos, as diretrizes, os critérios básicos, confirmadores das leis que necessariamente terão de sucedê-las para completar a regência da matéria”. E, ainda, “preceitos que podem ser aplicados uniformemente em todo o País, por se adscreverem a aspectos nacionalmente indiferenciados, de tal sorte que repercutem com neutralidade, indiferentemente, em qualquer de suas regiões ou localidades”. (MELLO, op. cit., p. 486).

⁷ “... em tudo que não contrariar as normas gerais, notadamente no procedimento da licitação, na formalização e execução dos contratos, nos prazos e nos recursos cabíveis”. (MEIRELLES, op. cit., p. 247).

⁸ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da licitação**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 26.

⁹ Op. cit. p. 489.

¹⁰ Op. cit. p. 248.

elena os seguintes: procedimento formal, publicidade, igualdade entre os licitantes, sigilo das propostas, vinculação aos termos do instrumento convocatório, julgamento objetivo e adjudicação compulsória.

Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Segundo a autora, “ela é decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, que impõe que a Administração terá que escolher o contratante cuja proposta melhor atenda ao interesse público”.¹¹

De toda forma, a Lei nº. 8.666/93 elenca, em seu artigo 3º, como aplicáveis às licitações os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e outros que lhe são correlatos.

1.3.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade tem fundamental importância no tema das licitações, pois estas se constituem em procedimentos estritamente vinculados à lei¹². Tal princípio encontra-se consagrado no artigo 4º, da Lei nº 8.666/93, nos seguintes termos: “todos quantos participarem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei (...)”.

Assim, por se tratar de direito público subjetivo, qualquer licitante que se sentir prejudicado poderá impugnar judicialmente o procedimento.

Ademais, como destaca Maria Sylvia Zanella DI PIETRO¹³:

¹¹ Op. cit., p. 302.

¹² Quanto a essas considerações, registre-se, por oportuno, a ressalva feita por Marçal JUSTEN FILHO de que a estrita e absoluta legalidade tornaria inviável o aperfeiçoamento da contratação administrativa. Segundo ele, reservou-se à Administração competência discricionária para escolher as condições do futuro contrato, a ser exercida no momento preparatório e inicial da licitação. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 54.

¹³ Op. cit., p. 305.

Mais que direito público subjetivo, a observância da legalidade foi erigida em interesse difuso, passível de ser protegido por iniciativa do próprio cidadão. É que a Lei nº 8.666/93 previu várias formas de participação popular no controle da legalidade do procedimento (arts. 4º, 41, §1º, 101 e 113, §1º), ampliou as formas de controle interno e externo e definiu como crime vários tipos de atividades e comportamentos que anteriormente constituíam, em regra, apenas infração administrativa (arts. 89 a 99) ou estavam absorvidos no conceito de determinados tipos de crimes contra a Administração (Código Penal) ou de atos de improbidade, definidos pela Lei nº 8.429, de 2/6/92.

1.3.2 Princípio da Publicidade

Como destaca Odete MEDAUAR o princípio da publicidade constitui-se em um ponto de fundamental importância na atuação da Administração Pública. Segundo ela, “o tema da transparência, também tratado como publicidade da atuação administrativa, encontra-se associado à reivindicação geral de democracia administrativa. O princípio da publicidade vigora para todos os setores e âmbitos da atividade administrativa”¹⁴.

Tal princípio assegura não apenas a divulgação do certame a todos os interessados, como também que os atos da Administração praticados nas suas diversas fases deverão ser levados ao conhecimento público, em especial a todos os participantes¹⁵.

Para Hely Lopes MEIRELLES:

A publicidade dos atos da licitação é princípio que abrange desde os avisos de sua abertura até o conhecimento do edital e seus anexos, o exame da documentação e das propostas pelos interessados e o fornecimento de certidões de quaisquer peças, pareceres ou decisões com ela relacionadas. É em razão desse princípio que se impõem a abertura dos envelopes da documentação e proposta em público e a publicação oficial das decisões dos órgãos julgadores e do respectivo contrato, ainda que resumidamente¹⁶.

¹⁴ Op. cit., p. 139-140.

¹⁵ “Parte-se do pressuposto de que as pessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta. Sendo ilimitadas as condições de fiscalização, haverá maior garantia de que os atos serão corretos”. (JUSTEN FILHO, op. cit., p. 59).

¹⁶ Todavia, ressalta o mesmo autor: “não há confundir, entretanto, a abertura da documentação e das propostas com seu julgamento. Aquela será sempre em ato público; este poderá ser realizado em recinto fechado e sem a presença dos interessados, para que os julgadores tenham a necessária tranquilidade na apreciação dos elementos em exame e possam discutir livremente as questões a decidir. O essencial é a divulgação do resultado do julgamento, de modo a propiciar aos interessados os recursos administrativos e as via judiciais cabíveis”. (MEIRELLES, op. cit., p. 248-249).

Há vários artigos da Lei nº 8.666/93 em que se percebe a aplicação desse princípio. Por exemplo, o artigo 3º, §3º, disciplina que não existe licitação sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

O artigo 4º, em sua parte final, admite que qualquer cidadão acompanhe seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Também fazem referência ao princípio da publicidade os artigos 15, §§2º e 6º; 16; 21; 34, §1º; 39; 40, VIII; 43, §1º e 53, §4º, dentre outros.

Ainda quanto a esse tema, Romeu Felipe BACELLAR FILHO aborda o questionamento que se faz sobre a legitimidade da cobrança de valor em dinheiro para a retirada dos editais de licitação, como fator impeditivo de uma participação mais universalizada. Segundo o autor, “de qualquer modo, o edital deve ser publicado no *Diário Oficial*, ainda que de forma resumida, descrevendo os pontos essenciais, tais como: o objeto que está sendo licitado, o valor da contratação e o endereço onde deverá ser retirado. Sem essa notícia mínima, a licitação poderá ser anulada.”¹⁷

1.3.3 Princípio da igualdade

Como destaca Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, “o princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direito a todos os interessados em contratar”.¹⁸

Todavia, deve-se ter em conta que esse princípio não impede a instituição de requisitos para a participação dos candidatos, como destaca Hely Lopes MEIRELLES: “não configura atentado ao princípio da igualdade entre os licitantes o estabelecimento de requisitos mínimos de participação no edital ou convite, porque a Administração pode e deve fixá-los sempre que necessários à garantia da execução do contrato, à

¹⁷ Op. cit., p. 106.

¹⁸ Op. cit., p. 303.

segurança e perfeição da obra ou serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público”.¹⁹

Ainda, para Lúcia Valle FIGUEIREDO e Sérgio FERRAZ “a desigualdade não é repelida, o que se repele é a desigualdade injustificada”.²⁰

Tal princípio, que se evidencia no artigo 3º, §1º, II, da Lei nº 8.666/93, é garantido por meio do não-estabelecimento de privilégios ou discriminações entre os licitantes, nos seguintes termos:

§1º - É vedado aos agentes públicos:

(...)

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileira e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, 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.

A questão da isonomia também aparece em outros dispositivos da Lei nº 8.666/93, como o artigo 30, §5º, que reza ser “vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação”.

Nesse contexto, destaque-se também que no artigo 3º, §1º, I, está implícito outro princípio da licitação, que decorre do princípio da isonomia: o da competitividade. Da redação desse dispositivo tem-se que é vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

¹⁹ Op. cit., p. 249.

²⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p.24.

Ainda o artigo 90 define como crime o ato e frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, com intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

1.3.4 Princípio do procedimento formal

O procedimento formal refere-se à sujeição da licitação às prescrições legais que disciplinam seu rito e fases²¹ e, conforme o artigo 4º da Lei nº 8.666/93, constitui direito público subjetivo a sua real observância. Dessa forma, o procedimento a ser seguido será sempre previamente conhecido pelos interessados e deve ser, obrigatoriamente, observado.

Quanto a esse princípio, vale destacar que a formalidade exigida não se confunde com formalismo inútil. Nesse sentido, destaca Hely Lopes MEIRELLES: “não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes”²².

1.3.5 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que tem previsão no artigo 41 da Lei nº 8.666/93, disciplina que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

No mesmo sentido, o artigo 43, V, exige que o julgamento e classificação das propostas sejam feitos de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital.

Esse princípio disciplina que o instrumento convocatório, que pode ser o edital ou a carta-convite, corresponde à lei interna da licitação, logo, vincula a seus termos tanto a Administração quanto os particulares.

²¹ “Essas prescrições decorrem não só da lei mas, também, do regulamento, do caderno de obrigações e até do próprio edital ou convite, que complementa as normas superiores, tendo em vista a licitação a que se refere”. (MEIRELLES, op. cit., p. 248).

²² Id.

No caso dos particulares, se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (artigo 43, II). Se deixarem de atender às exigências relativas à proposta, serão desclassificados (artigo 48, I).

Contudo, como bem lembra Hely Lopes MEIRELLES: “revelando-se falho ou inadequado aos propósitos da Administração, o edital ou convite poderá ser corrigido a tempo através de aditamento ou expedição de um novo, sempre com republicação e reabertura de prazo, desde que a alteração afete a elaboração das propostas.”²³

1.3.6 Princípio do sigilo na apresentação das propostas

O sigilo na apresentação das propostas também se constitui em uma forma de garantir a igualdade entre os licitantes, pois, a teor do disposto no artigo 43, §1º, da Lei nº 8.666/93, a abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado.

Oportuno ainda destacar que revelar o conteúdo da proposta apresentada constitui delito, tipificado no artigo 94 da Lei nº 8.666/93, bem como a prática de crime de improbidade administrativa, conforme o artigo 10, VIII, da Lei nº 8.429/92.

1.3.7 Princípio do julgamento objetivo

Sua previsão está expressa no artigo 45 da Lei nº 8.666/93: “o julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle”.

Assim, o princípio do julgamento objetivo, que decorre do princípio da legalidade, estabelece que o julgamento das propostas deve ser feito com base nos

²³ Op. cit., p. 250.

critérios determinados pelo edital, o qual deve ser claro o suficiente para que se conheça antes o critério de julgamento que será usado²⁴.

Destaque-se, ainda, que o §1º desse mesmo dispositivo estabelece os tipos possíveis de licitação: de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço e de maior lance ou oferta.

1.3.8 Princípio da adjudicação compulsória

Na lição de Hely Lopes MEIRELLES, o princípio da adjudicação compulsória impede que a Administração, concluído o procedimento licitatório, atribua o objeto da licitação a outrem que não o vencedor. “A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou o não firmar no prazo pré-fixado, a menos que comprove justo motivo. A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior”. O autor lembra, porém, que:

O direito do vencedor limita-se à adjudicação, ou seja, à atribuição a ele do objeto da licitação, e não o contrato imediato. E assim é porque a Administração pode, licitamente, revogar ou anular o procedimento ou, ainda, adiar o contrato, quando ocorram motivos para essas condutas. O que não se lhe permite é contratar com outrem, enquanto válida a adjudicação ou a assinatura do contrato sem justa causa²⁵.

Seguindo essa linha de raciocínio, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma inclusive que:

A expressão adjudicação compulsória é equívoca, porque pode dar a idéia de que, uma vez concluído o julgamento, a Administração está obrigada a adjudicar; isto não ocorre, porque a revogação motivada pode ocorrer em qualquer fase da licitação. Tem-se que entender o princípio no sentido de que, se a Administração levar o procedimento a seu termo, a adjudicação só pode ser feita ao vencedor; não há um direito subjetivo à adjudicação quando a Administração opta pela revogação do procedimento²⁶.

²⁴ “Visa a afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério pré-fixado pela Administração, com o quê se reduz e se delimita a margem de valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento”. (MEIRELLES, op. cit., p. 250).

²⁵ Id.

²⁶ Op. cit., p. 309.

Desse princípio decorre também que o vencedor tem a obrigação de manter os termos da proposta inicialmente formulada. Quanto a isso, ressalte-se, contudo, que essa obrigação perdura somente durante o prazo de sessenta dias, contados da data da entrega das propostas, a teor do disposto no artigo 64, §3º, da Lei nº 8.666/93.

1.4 O dever de licitar

Como destaca Celso Antônio Bandeira de MELLO: “ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da Lei”.²⁷

Assim, a Constituição Federal estabelece como regra geral a necessidade de abertura de licitação para todas as contratações e alienações levadas a efeito pela Administração Pública, conforme se verifica da redação de seu artigo 37, XXI:

Art. 37

(...)

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

Regulamentando o texto constitucional acima referido, em 21 de junho de 1993 foi editada a Lei nº 8.666 que, em seu artigo 2º, destaca a necessidade de realização de licitação para obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública.

Conforme a disciplina de seu artigo 1º, parágrafo único, estão obrigados à licitação todos os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia

²⁷ Op. cit., p. 479.

mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ainda, em seu artigo 119 e parágrafo único, estabelece que as sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas, bem como entidades controladas direta ou indiretamente pelas pessoas jurídicas de capacidade política, editarão regulamentos próprios, devidamente publicados e aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados, os quais, porém, ficam sujeitos às disposições da lei.

Nessa linha, cabe destacar as palavras de Hely Lopes MEIRELLES:

A expressão obrigatoriedade de licitação tem um duplo sentido, significando não só a compulsoriedade da licitação em geral como, também, a da modalidade prevista em lei para a espécie, pois atenta contra os princípios da moralidade e eficiência da Administração o uso da modalidade mais singela quando se exige a mais complexa, ou o emprego desta, normalmente mais onerosa, quando o objeto do procedimento licitatório não a comporta. Somente a lei pode desobrigar a Administração, quer autorizando a dispensa de licitação quando exigível, quer permitindo a substituição de uma modalidade por outra²⁸.

A exigência de licitação justifica-se em razão dos interesses que são representados pela Administração Pública. Todavia, observando-se ainda a redação do comando constitucional citado, percebe-se que a Constituição também estabeleceu a possibilidade de contratações diretas na forma especificada na legislação.

Nesse contexto, aparecem os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, excepcionando a regra geral de necessidade de realização de licitações para as contratações e alienações da Administração Pública.

1.5 Contratações Diretas: Licitação Dispensada, Dispensável e Inexigível

1.5.1 Licitação dispensada

²⁸ Op. cit., p. 252-253.

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 17, incisos I e II, elenca as hipóteses em que a Administração não está obrigada a proceder à licitação, podendo contratar diretamente.

Assim, é dispensada a licitação nos casos de alienação de bens imóveis, mediante dação em pagamento; doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo; permuta por imóvel para o serviço público e cuja localização haja condicionado sua escolha; investidura; venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo; alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis constituídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, por órgãos ou entidades da Administração Pública, especificamente criados para este fim.

Quando se tratar de bens móveis, a licitação será dispensada em caso de doação, permitida exclusivamente para fins de uso e interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação; permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública; venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa; venda de títulos; venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades e venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível para quem deles dispõe. A essas hipóteses, o §2º do artigo 17 acrescenta a concessão de direito real de uso de bens imóveis, quando o uso se destina a outro órgão ou entidade da Administração Pública.

É importante assinalar, no entanto, como lembra Maria Sylvia Zanella DI PIETRO que parte desse dispositivo legal (artigo 17, I e II, *b e c*, além do §1º) teve sua eficácia suspensa, liminarmente, pelo STF, na ADIN nº 927-3-SP²⁹. Dessa forma, a norma que limitava as doações para órgãos ou entidades da própria Administração, de qualquer esfera de governo, assim como a permuta de imóvel nas mesmas condições e a possibilidade de reversão de bem objeto de doação, deixou de ser aplicada.

Ainda quanto à questão da licitação dispensada, é oportuno destacar-se a observação feita por Romeu Felipe BACELLAR FILHO:

Nesta, a própria lei, em seu art. 17, determina, independentemente de juízo de valor, compulsoriamente a dispensa da licitação, por esta razão, entende-se que houve uma impropriedade terminológica no artigo 17, pois nos casos ali elencados verifica-se a impossibilidade de competição, de modo que a solução única é não licitar, o que faz da licitação dispensada uma verdadeira licitação inexigível. Assim, entende-se se que a licitação dispensada é inexigível³⁰.

1.5.2 Licitação dispensável

A Lei de Licitações enumera taxativamente suas hipóteses, no artigo 24 e incisos. Elas derivam de situações consideradas pelo legislador como passíveis de justificar a contratação direta. Todavia, fica a critério do administrador a escolha pela realização ou não da licitação, ou seja, ele não está obrigado a dispensá-la.

Destaque-se ainda que, a possibilidade de contratação direta, nesses casos, não elide o dever de a Administração proceder a uma pesquisa de preços antes de adquirir a mercadoria ou contratar o serviço, de modo a demonstrar que o montante a ser pago encontra-se dentre os valores médios de mercado.

De maneira geral, os casos de dispensa são determinados basicamente em razão do valor, de situações excepcionais, do objeto e da pessoa.

1.5.2.1 Licitação dispensável em razão do valor

O artigo 24, I, da Lei nº 8.666/93 (com redação dada pela Lei nº 9.648/98), autoriza a contratação direta, por dispensa de licitação, para obras e serviços de engenharia com valor de até 10% do limite previsto para os convites, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda de obras e serviços da

²⁹ Op. cit., p. 311-312.

³⁰ Op. cit., p.114-115

mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizados conjunta ou concomitantemente³¹.

Já o inciso II (também com redação dada pela Lei nº 9.648/98), estabelece a possibilidade de contratações diretas para outros serviços e compras, cujo valor seja de até 10% do limite previsto para o convite, e para alienações, nos casos previstos na lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possam ser realizada de uma só vez.

Pelo parágrafo único do mesmo dispositivo, o percentual é de 20% quando se tratar de contratação promovida por sociedades de economia mista, empresas públicas, ou ainda, autarquias e fundações qualificadas como agências executivas.

1.5.2.2 Licitação dispensável em razão de situações excepcionais

Essa possibilidade relaciona-se a “certas situações em que a demora do procedimento é incompatível com a urgência na celebração do contrato ou quando sua realização puder, ao invés de favorecer, vir a contrariar o interesse público, ou ainda quando houver comprovado desinteresse dos particulares no objeto do contrato”³².

São exemplo dessas situações os incisos III, IV e V, do artigo 24, da Lei nº 8.666/93. Assim, em casos de guerra³³ ou grave perturbação da ordem³⁴, emergência³⁵ ou calamidade pública³⁶, bem como quando não há interessados habilitados é autorizada a contratação direta .

³¹ “A dispensa só será possível se ocorrerem os seguintes requisitos: que se trate da mesma obra ou serviço ou, alternativamente, de obras ou serviços da mesma natureza e no mesmo local, que possam ser realizados conjunta e concomitantemente. Embora não prevista a ressalva contida na parte final do §5º do artigo 23, ela é também cabível neste caso, pois se obra ou serviço exige profissional de outra especialidade, é evidente que a sua contratação tem que ocorrer em procedimento de licitação diverso.” (DI PIETRO, op. cit., p. 313).

³² Id.

³³ O estado de beligerância depende de declaração por ato do Presidente da República – artigo 84, XIX, da Constituição Federal. (MEIRELLES, op. cit., p. 253).

³⁴ “É a comoção interna generalizada ou circunscrita a determinada região, provocada por atos humanos, tais como revolução, motim, greve que atinja atividades ou serviços essenciais à comunidade”. Id.

³⁵ Caracteriza-se pela “urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares...” (redação do artigo 24, IV).

³⁶ “É a situação de perigo e de anormalidade social decorrente de fatos da natureza, tais como inundações devastadoras, vendavais destruidores, epidemias letais, secas assoladoras e outros eventos físicos flagelantes que

Ressalte-se que nas hipóteses dos dois primeiros incisos citados devem ser atingidos serviços essenciais para que se justifique a contratação direta. Nessa linha, é importante destacar que é fundamental a demonstração da imprevisibilidade para se autorizar a dispensa de licitação³⁷.

Há, ainda, situação em que não surgem interessados, denominada pela doutrina de licitação deserta (artigo 24, V). A contratação direta, nesse caso, deverá seguir o que previa o edital da licitação anterior. Diferente é a hipótese da licitação fracassada, pois nela há participantes, mas nenhum é selecionado devido à habilitação ou à desclassificação.

1.5.2.3 Licitação dispensável em razão do objeto

Também as características do objeto podem justificar a dispensa de licitação. Por exemplo, o artigo 24, X, prevê a hipótese para a compra ou a locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado; bem como seu inciso XI, que trata da contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento em consequência de rescisão contratual.

O mesmo vale para as compras de gêneros alimentícios perecíveis, desde que observado o preço do dia e o tempo necessário à realização do certame (inciso XII),

afetam profundamente a segurança ou a saúde públicas, os bens particulares, o transporte coletivo, a habitação ou o trabalho em geral” (MEIRELLES, op. cit., p. 254).

³⁷ Conforme se depreende do julgado a seguir: Calamidade pública. Emergência. Dispensa de licitação. Lei nº 8.666/93. art. 24, IV. Pressupôs para aplicação. 1. que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída a culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação; 2. que exista urgência concreta e efetiva do atendimento à situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas; 3. que o risco, além de concreto e efetivamente provável, mostre-se iminente e especialmente gravoso; 4. que a imediata efetivação, por meio de contratação, com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja por meio adequado. (TCU, TC nº 347/94, rel. Min. Carlos Atila, julg. em 1/6/94, RDA 197/266).

além das compras de materiais usados pelas Forças Armadas, desde que não se trate de material de uso pessoal e administrativo (inciso XIX).

1.5.2.4 Licitação dispensável em razão da pessoa

Em razão da pessoa, a licitação será dispensada, por exemplo, nas situações descritas no artigo 24, XVI, em que se autoriza contratações diretas para a impressão de diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração e de edições técnicas oficiais, bem como para a prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico.

Pelo mesmo critério, seu inciso XX, prevê a contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, desde que se trate de contrato de prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra e que o preço seja compatível com os praticados no mercado.

Outro exemplo é o da contratação de instituição brasileira incumbida, regimental ou estatutariamente, de pesquisa, de ensino ou de desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que não tenha fins lucrativos e o valor da contratação também seja aquele praticado pelo mercado (inciso XIII).

1.5.2 Inexigibilidade de licitação

As hipóteses de inexigibilidade de licitação estão previstas no artigo 25, da Lei nº 8.666/93³⁸. Trata-se de situações em que é impossível a realização de competição de propostas entre eventuais interessados.

³⁸ “Cumpra salientar que a relação dos casos de inexigibilidade não é exaustiva. Com efeito o artigo 25 refere que a licitação é inexigível quando inviável a competição. E apenas destaca algumas hipóteses. Por isso disse, em seguida: ‘especialmente quando (...)’. Em suma: o que os incisos I a III do art. 25 estabelecem é, simplesmente, uma prévia e já resolvida indicação de hipóteses nas quais ficam antecipadas situações características de inviabilidade, nos termos ali enumerados, sem exclusão de casos não catalogados, mas igualmente possíveis.” (MELLO, op. cit., p. 499).

A primeira hipótese é a de fornecedor exclusivo, explicitada no artigo 25, I, para as compras de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca.

O texto legal sinaliza ainda que a exclusividade depende da comprovação fornecida por órgão de registro do comércio, sindicato, federação ou confederação patronal ou ainda entidades equivalentes.

A segunda hipótese é a de contratação de serviços técnicos (enumerados no artigo 13 do mesmo diploma legal), de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, desde que não se refiram a serviços de publicidade e divulgação (artigo 25, II).

Considera-se de notória especialização, conforme a redação do artigo 25, §1º, da Lei de Licitações e Contratos, o profissional ou empresa que, no setor em que atua, conseguiu reconhecimento dos demais profissionais em decorrência de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organizações, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permitindo-se inferir que seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Entretanto, Celso Antônio Bandeira de MELLO adverte que:

Para configurar-se hipótese de 'inexigibilidade' de licitação não basta que se esteja perante um dos serviços arrolados no art. 13. É preciso, além disso, que, tendo natureza singular, a singularidade nele reconhecível seja necessária para o bom atendimento do interesse administrativo posto em causa. Donde, é preciso que seu desempenho demande uma qualificação incomum³⁹.

Por fim, há a hipótese prevista no artigo 25, III, para as contratações de profissionais do setor artístico, diretamente ou por empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada e pela opinião pública.

Convém destacar, contudo, que o valor da contratação deverá refletir aquele que o profissional do setor artístico normalmente cobra pela realização dos seus

espetáculos, de forma a não caracterizar a prática de arbitrariedade pela Administração.

1.6 Modalidades

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 22, prevê como modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

No §8º do dispositivo aparece a vedação da criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas no artigo. Todavia, em 4/5/2000, foi editada a Medida Provisória nº. 2.026, criando-se uma nova modalidade de licitação, denominada “pregão”, cuja utilização seria exclusiva da União.

Posteriormente, essa medida provisória foi convertida na Lei nº 10.520/02, de 17/7/2002, incluindo-se a modalidade “pregão” para a aquisição de bens e de serviços comuns no âmbito de todos os entes federados, retirando-se a restrição da medida provisória. Tal modalidade de licitação tem disciplina na própria Lei nº 10.520, contudo, conforme disposto em seu artigo 9º, com aplicação subsidiária das regras da Lei nº 8.666/93.

O artigo 23 traz como critérios para determinar qual modalidade deve ser observada, dentre as três primeiras mencionadas no artigo (concorrência, tomada de preços e convite), o valor da contratação ou do objeto a ser contratado. De maneira geral, contratações de maior valor devem ser licitadas na modalidade concorrência; a tomada de preços é reservada para contratações de valor intermediário, deixando-se o convite para as de menor valor, enquanto o leilão e o concurso ficam ajustados para objetos específicos. O pregão, por sua vez, é modalidade que pode ser adotada para a aquisição de bens e serviços comuns.

1.6.1 Concorrência

³⁹Op. cit., p. 504.

Consoante se depreende da redação do artigo 22, §1º, da Lei nº 8.666/93, a concorrência constitui-se em uma modalidade de licitação que exige ampla divulgação e assegura a participação de quaisquer interessados, desde que comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

Dessa definição aparecem seus requisitos ou características básicas, quais sejam universalidade e ampla publicidade.

A universalidade é decorrente da possibilidade de participação no certame licitatório de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital. Por esse requisito não é necessário que o interessado esteja antes cadastrado, ao contrário do que ocorre na tomada de preços e no convite.

A ampla publicidade constitui requisito indispensável à validade do certame e mecanismo que assegura o respeito à universalidade, porquanto dele decorre a necessidade de completa divulgação do ato convocatório.

Conforme se depreende do artigo 21 da Lei nº 8.666/93, a publicação deve ser feita no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidos por instituições federais; no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal, quando se tratar respectivamente de licitação de órgãos da Administração Estadual ou Municipal ou do Distrito Federal e em jornal diário de grande circulação no Estado e, também, se houver, em jornal de circulação na região ou no município onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

Ainda, de acordo com o artigo 21, §2º, em se tratando de concorrência, a publicação deve ser no mínimo 30 (trinta) dias de antecedência, exceto quando o contrato a ser celebrado contemplar a modalidade de empreitada integral, ou a licitação for do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, casos em que o prazo passa a ser de 45 (quarenta e cinco) dias. Nessa linha, destaque-se ainda que o § 3º do mesmo dispositivo estabelece que o prazo será contado a partir da última publicação do edital

resumido ou da expedição do convite ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer por último.

Da análise conjugada dos artigos 22 e 23, depreende-se a obrigatoriedade da concorrência nos seguintes casos:

a) obras e serviços de engenharia, de valor superior a R\$ 1.5000.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) - redação dada pela Lei nº 9.648/98;

b) obras e serviços que não sejam de engenharia, de valor superior a R\$650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) - redação dada também pela lei acima referida;

c) compra e alienação de bens imóveis, independentemente do valor, com a ressalva do disposto no artigo 19, que aceita concorrência ou leilão para alienação de bens adquiridos em procedimentos judiciais ou mediante dação em pagamento (§3º do artigo 23, com redação dada pela Lei nº. 8883/94);

d) concessão de direito real de uso (§3º do artigo 23);

e) licitações internacionais, admitindo-se, nesse caso, também a tomada de preços e o convite, na hipótese do §3º do artigo 23;

f) alienação de bens móveis de valor superior ao previsto no artigo 23, II, *b* (artigo 17, § 6º);

g) para o registro de preços (artigo 15, §3º, I), ressalvada a possibilidade de utilização do pregão, conforme artigos 11 e 12 da Lei nº 10.520/2002.

1.6.2 Tomada de preços

É a modalidade de licitação aberta entre interessados previamente cadastrados ou que apresentem os documentos exigidos para a inscrição até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas (artigo 22, §2º, da Lei nº 8.666/93). O § 9º do mesmo dispositivo estabelece que os licitantes não cadastrados e que pretendem participar deverão atender os mesmos requisitos exigidos para os previamente cadastrados.

A Lei nº 8.666/93 alterou essa modalidade, pois, na legislação anterior, ela se limitava a participantes previamente cadastrados. Nesse sentido, destaca Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

O objetivo evidente foi o de abrir as portas para maior número de licitantes, o que pode convir aos interesses da Administração; mas não há dúvida de que o procedimento da tomada de preços veio a tornar-se praticamente mais complexo, já que a comissão de licitação tem que examinar a documentação dos licitantes que participarem dessa forma. A grande vantagem da tomada de preços estava na fase de habilitação, em que a comissão se limitava a examinar os certificados de registro cadastral; pela nova lei, essa fase praticamente se iguala à da concorrência, quando houver licitantes utilizando-se dessa nova forma de participação.⁴⁰

Na tomada de preços também deve ser observada a publicidade, segundo as mesmas normas já referidas em relação à concorrência, ressaltando-se, contudo, a previsão do artigo 21, §2º, III, que determina a publicação com apenas 15 (quinze) dias de antecedência, exceto para os contratos de regime de empreitada integral ou para as licitações de melhor técnica ou técnica e preço, casos em que passa a ser de 45 (quarenta e cinco) dias. A contagem do prazo observa o disposto no § 3º do mesmo artigo.

Quanto ao registro cadastral, o artigo 34 da Lei nº 8.666/93 estabelece que os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem freqüentemente licitações manterão esses registros, que têm validade máxima de um ano. O mesmo dispositivo, em seu §2º, faculta a utilização de registros cadastrais de outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

A utilização da tomada de preços vem dos valores fixados no artigo 23, incisos I e II, observando-se a disposição do § 4º, segundo a qual nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência. Também o §3º traz a possibilidade de optar-se pela tomada de preços nas licitações internacionais, desde que o órgão ou entidade disponha de cadastro internacional de fornecedores e sejam observados os limites do artigo 23, estabelecidos para essa modalidade de licitação.

1.6.3 Convite

A modalidade convite é aberta a quaisquer interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três, conforme se depreende da redação do artigo 22, §3º, da Lei nº 8.666/93.

Importante destacar que a possibilidade de participar dessa modalidade de licitação estende-se aos demais cadastrados que manifestarem interesse, desde que vinte e quatro horas antes da apresentação das propostas.

É a única modalidade de licitação em que a lei não exige publicação de edital, posto que a convocação se faz por escrito, com antecedência de cinco dias úteis, por meio da chamada carta-convite, de acordo com o disposto no artigo 21, §2º, V. Todavia, para permitir a participação dos demais cadastrados, o artigo 22, §3º, exige que a unidade administrativa afixe cópia do instrumento convocatório em “local apropriado”.

Em atenção ao princípio da isonomia e evitando que o convite seja dirigido sempre aos mesmos licitantes, o §6º do artigo 22 prevê, ainda, que “existindo na praça mais de três possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações”.

Na hipótese de não se chegar a esse número mínimo de licitantes, por limitações de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, deve haver justificação dessas circunstâncias no processo, sob pena de repetição do convite, a teor do disposto no artigo 22, §7, da Lei nº 8.666/93:

O emprego dessa modalidade também deve pautar-se nos valores fixados no artigo 23, incisos I e II, atentando-se ainda para o §3º que traz a possibilidade de optar-se pelo convite nas licitações internacionais, quando não houver fornecedor de bem ou serviço no país.

⁴⁰ Op. cit., p.326.

1.6.4 Concurso

O concurso, conforme o artigo 22, §4º, da Lei nº 8.666/93, é admitido para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores⁴¹.

A teor do artigo 13, §1º, do mesmo diploma legal, deve ser a modalidade escolhida preferencialmente para o contratos de prestação de serviços técnicos profissionais especializados.

O edital deve ser publicado com antecedência mínima de quarenta e cinco dias, com a maior divulgação possível. Os interessados apresentam seus trabalhos, segundo as exigências fixadas no instrumento convocatório, que serão selecionados e submetidos a julgamento⁴².

1.6.5 Leilão

O leilão é a modalidade para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração, venda de produtos legalmente apreendidos ou penhorados ou, ainda, venda de bens imóveis cuja aquisição tenha derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (artigo 22, §5º, da Lei nº 8.666/93).

Segundo o artigo 17, §6º, o leilão é cabível desde que o valor dos bens não supere o limite estabelecido no artigo 23, II, *b*.

De acordo com o artigo 21, §2º, III, o prazo mínimo desde a publicação do edital do leilão até a data da sua ocorrência é de quinze dias.

Existem dois tipos de leilão: o comum e o administrativo propriamente dito. O primeiro é realizado por leiloeiro oficial e regido pela legislação federal pertinente

⁴¹ “É modalidade especial de licitação que, embora sujeita aos princípios da publicidade e da igualdade entre os participantes, objetivando a escolha do melhor trabalho, dispensa as formalidades específicas da concorrência”. (MEIRELLES, *op. cit.*, p. 293).

⁴² “O julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e de reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos, ou não” (redação do artigo 51, §5º, da Lei nº 8.666/93).

(Decretos nº 21.981/32 e 22.427/33), observadas as peculiaridades da Administração licitante. O segundo é próprio para as alienações de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, comumente para objetos apreendidos em rodoviárias, aeroportos, postos de fronteira, etc.

1.6.6 Pregão

Essa modalidade destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, definidos pelo parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 10.250, como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, qualquer que seja o valor da contratação”. O artigo 11 do mesmo diploma legal também possibilita a utilização de pregão quando as compras e serviços comuns forem efetuados pelo sistema de registro de preços.

Está disciplinado pela Lei nº 10.250, de 17/7/2002, que o instituiu no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A Lei nº 8.666/93 é aplicável subsidiariamente para as contratações realizadas com o emprego da modalidade (artigo 9º).

O pregão⁴³ tem procedimento distinto das demais modalidades, sendo realizado em duas fases.

A fase interna, disciplinada pelo artigo 3º da Lei nº 10.520/2002, é reservada para a justificação da necessidade da contratação, definição do objeto, das exigências de habilitação, critérios de aceitação das propostas, indicação das sanções aplicáveis por inadimplemento e as cláusulas do contrato. O procedimento contará com a designação do pregoeiro e da “equipe de apoio”, que terão como atribuições, de acordo com o inciso IV do mesmo dispositivo, receber as propostas e lances, fazer a classificação, a habilitação e a adjudicação ao vencedor.

⁴³ O pregão apresenta como característica distintiva em relação às modalidades da concorrência, da tomada de preços e do convite o fato de que, ao contrário delas, em que o valor é determinante de suas variedades, o pregão é utilizável qualquer que seja o valor do bem ou serviço a ser adquirido, bem como que o exame da habilitação não é prévio ao exame das propostas, mas posterior a ele. (MELLO, op. cit., p.517-518).

A fase externa, regulada pelo artigo 4º, tem início com a convocação dos interessados, por meio de publicação no Diário Oficial, em jornais de grande circulação e, facultativamente, por meios eletrônicos (inciso I) e conduz à sessão pública de julgamento. O prazo para a apresentação das propostas conta-se a partir da publicação do edital e não poderá ser inferior a oito dias.

Aberta a sessão, os licitantes apresentam as propostas, cuja validade será de, no mínimo, sessenta dias, contendo a indicação do objeto e do preço. Conhecidas as ofertas, o autor da oferta de menor valor e os das ofertas que a excederem em até 10% poderão apresentar lances verbais e sucessivos, até que seja proclamado o vencedor (inciso VIII). Vale destacar que o critério de julgamento sempre será o de menor preço (inciso X).

Depois de finalizada a etapa de competição entre as propostas, o pregoeiro realizará a abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante, cuja proposta foi vencedora, para verificar se foram atendidas as condições fixadas e a documentação exigida no edital (inciso XII).

Nessa modalidade, conforme prevê o artigo 4º, VII, a fase de habilitação constitui-se por declaração feita pelo próprio licitante de que se encontra em situação de regularidade com a Fazenda (Nacional, Estadual, Municipal), a Seguridade Social e o FGTS, além de atender à exigências do edital, no tocante à habilitação jurídica e qualificações técnicas e econômico-financeiras.

No caso de inabilitação, será examinada a documentação do licitante classificado em segundo lugar, e assim sucessivamente até que algum deles atenda às exigências do edital (inciso XII).

Se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, serão examinadas as ofertas subseqüentes, bem como a qualificação dos demais licitantes, até que se chegue a uma que atenda às condições do edital (inciso XVI).

Por fim, apontado o licitante vencedor, será a ele adjudicado o objeto da licitação, sendo posteriormente convocado para a assinatura do ajuste (incisos XXI e XXII).

1.7 Procedimento

A licitação possui uma etapa interna e uma externa⁴⁴. A fase interna diz respeito aos atos preparatórios do certame, e inicia-se quando o agente administrativo aponta a necessidade de contratar, descrevendo precisamente o objeto a ser contratado e os recursos orçamentários para a despesa, bem como a autorização da autoridade competente para abertura do processo administrativo para sua realização. A fase externa da licitação compreende: o edital ou o convite, que pode ser antecedido pela audiência pública; a habilitação, a classificação e o julgamento, a adjudicação e a homologação. Tem início, em regra, com a divulgação do ato convocatório (edital ou carta-convite).

Excepcionalmente, a fase externa começa com audiência pública, antecedente da divulgação do edital, e reservada para as hipóteses que contemplam contratação futura com vezes superior ao limite imposto para a concorrência de obras e serviços de engenharia (artigo 23, I, *c*). A audiência pública, que ocorre apenas nas concorrências, destina-se a tornar pública a contratação desejada e deve ser realizada quinze dias antes da publicação do edital.

Oportuno destacar que as diversas modalidades de licitação, da forma como são trabalhadas no texto legal, constituem-se nas diversas formas de se processar o certame licitatório, logo, há variação no procedimento conforme a modalidade adotada, de modo que a análise feita a seguir pretende fornecer um panorama geral de seu processamento.

1.7.1 Edital

⁴⁴ A interna é aquela em que a promotora do certame, em seu recesso, pratica todos os atos condicionais à sua abertura; antes, pois, de implementar a convocação dos interessados. A etapa externa – que se abre com a publicação do edital ou com os convites – é aquela em que, já estando estampadas para terceiros, com a convocação de interessados, as condições de participação e disputa irrompe a oportunidade de relacionamento entre a Administração e os que se propõem afluír ao certame. (MELLO, *op. cit.*, p. 524).

Celso Antônio Bandeira de MELLO define edital como “o ato por cujo meio a Administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, regula os termos segundo os quais os avaliará e fixa as cláusulas do eventual contrato a ser travado”.⁴⁵

O edital pode ser definido como a “lei interna” das licitações, pois abaixo da legislação pertinente à matéria, traz dentro de si as regras específicas que nortearão o procedimento licitatório.

Ele deve ser divulgado interna e externamente, admitindo-se a publicação resumida na segunda hipótese (aviso do edital). O prazo de convocação dos interessados será, no mínimo, de trinta dias nas concorrências; quarenta e cinco nos concursos; quinze nas tomadas de preço e leilão e cinco dias úteis nos convites.

O artigo 40 e incisos da Lei nº 8.666/93 estabelece que o edital deve conter: objeto da licitação; prazo e condições para a assinatura do contrato; sanções para o caso de inadimplemento; local onde poderá ser examinado o projeto básico e o projeto executivo; critérios para participar da licitação e para o julgamento; condições de pagamento, exigência de seguros, dentre outras cláusulas obrigatórias.

Assim, uma vez publicado o edital, tanto a Administração Pública quanto os licitantes que se mostrarem interessados estarão vinculados às regras nele previstas, não podendo delas se afastar. O legislador, porém, estabeleceu, em caráter excepcional a possibilidade de sua modificação, desde que respeitados os termos previstos no artigo 21, §4º, segundo o qual “qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando a alteração não afetar a formulação das propostas”.

Destaque-se, ainda, que o legislador também abriu a possibilidade para impugnação das cláusulas do edital, tanto para os que participam do certame licitatório quanto para aqueles que a ele não aderiram.

O prazo para a impugnação do edital e seus termos expira, para o licitante, no segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação nas

⁴⁵ Op. cit., p. 532.

concorrências ou dos envelopes com as propostas nos convites, tomadas de preços, concursos e leilões (Lei nº 8.666/93, artigo 41, §2º).

Ainda no artigo 41, há a possibilidade de qualquer cidadão impugnar o edital e, nesse caso, o prazo é de até cinco dias úteis antes da abertura dos envelopes de habilitação (§1º).

A carta-convite, por sua vez, constitui-se no instrumento convocatório dos interessados na modalidade convite. Segundo Hely Lopes MEIRELLES “é uma forma simplificada de edital que, por lei, dispensa a publicidade deste, pois é enviado diretamente aos possíveis proponentes, escolhidos pela própria repartição interessada”, acrescentando que “à carta-convite aplicam-se, no que for cabível, as regras do edital, dentro da singeleza que caracteriza o procedimento do convite”⁴⁶.

1.7.2 Habilitação

O segundo ato externo da licitação é a habilitação, no qual são abertos os envelopes da documentação, para sua análise⁴⁷.

De acordo com o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, nessa fase da licitação, a Administração Pública somente pode fazer exigências que revelem se o licitante interessado tem ou não condições de assumir os compromissos que terá caso seja vencedor do certame licitatório. Nesta fase, o que se analisa são os requisitos relativos à pessoa do licitante.

Destarte, a habilitação não é discricionária, mas vinculada, ou seja, as exigências a serem fixadas pelo administrador não ficam a seu livre critério, ao contrário, ao formulá-las, ele deverá justificar sua pertinência em face do objeto da licitação.

A documentação deverá comprovar a habilitação jurídica, a capacidade técnica, a idoneidade financeira e a regularidade fiscal do licitante, consoante o artigo

⁴⁶ Op. cit., p. 265.

⁴⁷ “Esse ato, que é sempre público, caracteriza-se pela abertura dos envelopes que contêm a documentação e pelo exame da regularidade formal dos documentos de habilitação, lavrando-se as atas e os termos respectivos”. Id.

27, da Lei nº 8.666/93, que regulamentou a matéria. Some-se a essas exigências a previsão do artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal.

Como ressalta Hely Lopes MEIRELLES, “deve ser apresentada em envelope fechado, distinto do das propostas e sem qualquer referência a estas, cuja abertura há de anteceder, necessariamente, o conhecimento das ofertas.” E, acrescenta: “a Administração não pode tomar conhecimento de papel ou documento não solicitado, exigir mais do que foi solicitado, considerar completa a documentação falha, nem conceder prazo para a apresentação dos faltantes, porque isso criaria desigualdade entre os licitantes, invalidando o procedimento licitatório.”⁴⁸

Dessa forma, na habilitação o órgão competente fixa-se nos requisitos exigidos e na verificação de seu atendimento pelo interessado, conferindo habilitação aos que os satisfizerem.

Pode ocorrer que apenas um seja habilitado, e a licitação prosseguirá com a abertura do seu envelope de proposta. Se nenhum interessado for habilitado, a Administração poderá conceder o prazo de oito dias para os interessados rerepresentarem suas documentações, conforme prevê o artigo 48, §3º da Lei nº 8.666/93.

O desatendimento gera a inabilitação, de modo que as propostas de preço dos licitantes que não forem habilitados e não tiverem êxito em seus recursos não serão conhecidas, sendo-lhes devolvidos seus envelopes “proposta”, intactos.

1.7.3. Classificação e julgamento

Depois de superada a fase de habilitação, a licitação fica restrita aos licitantes nela habilitados, sendo seus envelopes abertos para análise das propostas.

Diferentemente do que ocorre na fase antecedente, na classificação as propostas devem ser analisadas quanto ao seu conteúdo. Esta fase tem por objetivo apreciar e comparar as propostas dos habilitados na fase anterior para se chegar ao julgamento conforme estabelecido previamente no edital, sob pena de desclassificação.

A desclassificação corresponde a ato administrativo vinculado pelo qual se exclui proposta apresentada por licitante habilitado, seja em razão de sua desconformidade com as exigências do edital, seja em razão de sua inviabilidade.

A primeira hipótese tem previsão no artigo 48, I, da Lei nº 8.666/93, pois por melhor que possa ser uma proposta, ela não pode ser aceita se o participante do certame utilizou-se de meios não permitidos no instrumento convocatório. Caso contrário, estar-se-ia diante de visível afronta não só ao princípio a isonomia, como também à previsão do artigo 44, §§ 1º e 2º, que veda a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente ilidir o princípio da igualdade entre os licitantes e desconsidera qualquer oferta de vantagem não prevista no instrumento convocatório.

O segundo caso estabelece que também deverão ser imediatamente desclassificadas as propostas manifestamente inexecutáveis, em razão de não terem demonstrado sua viabilidade por intermédio de documentação, ainda que elaboradas segundo os critérios fixados pelo edital. Essa hipótese vem da redação do artigo 48, II, §1º da Lei de Licitações e Contratos.

O julgamento ocorre após a classificação das propostas, e nele há a confrontação daquelas que forem selecionadas. Ele deve ser objetivo e seguir o tipo de licitação adotado, sempre de acordo com os critérios de avaliação descritos no edital.

Quanto a esse tópico, deve-se advertir que modalidades não se confundem com tipo de licitação, porquanto este está ligado ao critério de julgamento das propostas e deve estar fixado no instrumento convocatório.

Disso derivam os quatro tipos básicos de licitação: menor preço (usual); melhor técnica (o material mais eficiente, mais rentável, melhor); técnica e preço (preço mais vantajoso e melhor técnica); maior oferta ou lance (oferta em leilão).

A licitação de menor preço⁴⁹ é a usual, enquanto os demais tipos voltam-se a casos especiais. A de melhor técnica e de técnica e preço, atualmente, são reservadas

⁴⁸ Op. cit., p. 265-266.

⁴⁹ “É usual na contratação de obras singelas, de serviços que dispensam especialização, na compra de materiais ou gêneros padronizados, porque, nesses casos, o que a Administração procura é simplesmente a vantagem econômica”. Ibid., p. 275.

precipuaente para serviços de natureza intelectual (projetos, consultorias) e excepcionalmente utilizadas para o fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços.

É importante destacar que para facilitar o julgamento no tipo melhor técnica são utilizados três envelopes: um para a documentação (habilitação), outro para a técnica a ser empregada, e o terceiro contendo a proposta de preço e condições de pagamento. Depois de selecionada a melhor técnica, a Administração deverá eleger o melhor preço, passando a negociá-lo com o vencedor para que prevaleça o menor preço apresentado. Caso não haja acordo, passa para o segundo colocado e, assim, sucessivamente, até chegar a uma negociação exitosa.

No tipo de técnica e preço também são utilizados três envelopes. Todavia, consoante o disposto no artigo 46, §2º, a classificação será feita de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, segundo critérios objetivos estabelecidos no edital.⁵⁰

Por fim, o tipo “maior lance ou oferta”, refere-se, exclusivamente, ao leilão.

1.7.4 Homologação

Diferentemente do que ocorria no sistema anterior (Dec-Lei nº 2.300/86), a Lei nº 8.666/93 fixou a inversão do procedimento, ocorrendo a homologação antes da adjudicação.

Na homologação, a autoridade administrativa competente em relação à deliberação final sobre o julgamento aferirá a regularidade formal do procedimento licitatório, reconhecerá a conveniência e oportunidade da licitação e confirmará o resultado de todo certame⁵¹.

⁵⁰ “Esse critério é lamentável, pois se na licitação de melhor técnica, a lei determina que se negocie com o primeiro colocado com base no menor preço oferecido pelas demais classificadas, não se compreende que, na licitação de técnica e preço, não vença o proponente do menor preço, já que todos os licitantes que passaram para esta terceira fase são considerados capazes de atender ao objeto do certame”. (MEIRELLES, op. cit., p. 276).

⁵¹ “Essa autoridade competente deverá ser, hierarquicamente, superior à Comissão de Julgamento e, em regra, é aquele que determinou a abertura da licitação, mas poderá ser qualquer outra indicada no edital, no regulamento ou na lei”. Ibid., p. 280.

Caso tal agente público entenda que a licitação correspondeu ao estabelecido na lei e no edital ou ainda na regulamentação pertinente, homologa o resultado, procedendo na seqüência à adjudicação do objeto ao vencedor. Se verificado vício de ilegalidade, poderá anular o procedimento ou determinar seu saneamento, se cabível. É possível, ainda, por razões de interesse público devidamente demonstradas, revogar a licitação.

1.7.5 Adjudicação

Segundo Romeu Felipe BACELLAR FILHO, a expressão originária do latim *adjudicare* quer significar “ter para si mediante ato judicial”. Na falta de expressão apropriada o legislador se vale do instituto haurido do Direito Processual Civil⁵².

Essa fase encerra o procedimento licitatório e corresponde à entrega do objeto da licitação para a proposta vencedora.

Nesse contexto, deve-se destacar que essa etapa produz efeitos jurídicos, mencionados por Hely Lopes MEIRELLES, nos seguintes termos:

a) a aquisição do direito de contratar com a Administração nos termos em que o adjudicatário venceu a licitação; b) vinculação do adjudicatário a todos os encargos estabelecidos no edital e aos prometidos na sua proposta; c) sujeição do adjudicatário às penalidades previstas no edital e perda de eventuais garantias oferecidas, se não assinar o contrato no prazo e condições estabelecidas; d) impedimento de a Administração contratar o objeto licitado com qualquer outro que não seja o adjudicatário; e) liberação dos licitantes vencidos dos encargos da licitação.⁵³

1.8 Anulação e revogação

O artigo 49 da Lei nº 8.666/93 traz a possibilidade de revogação da licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta. Tal dispositivo prevê ainda que a autoridade administrativa deve anulá-la, de ofício ou por provocação de

⁵². Informação verbal do autor (23 de setembro de 2005).

⁵³ Op. cit., p. 281.

terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado, se maculada de ilegalidade.

Para Hely Lopes MEIRELLES: “anulação é a invalidação da licitação ou do julgamento por motivo de ilegalidade; revogação é a invalidação da licitação por interesse público. (...) Em ambos os casos a decisão deve ser justificada, para demonstrar a ocorrência do motivo e a lisura do Poder Público, sem o quê o ato anulatório ou revocatório será inoperante.”⁵⁴

A anulação da licitação, por se basear em ilegalidade no seu procedimento, pode ser feita em qualquer fase e a qualquer tempo, antes da assinatura do contrato, desde que a Administração ou o Judiciário verifique e aponte a infringência à lei ou ao edital.

Ela opera efeitos *ex tunc*, ou seja, retroage às origens do ato anulado, não gerando direito a indenização. É importante destacar, contudo, que deverá a Administração indenizar o que já tenha sido executado pelo contratado até a data da fulminação e outros prejuízos regularmente comprovados, se o vício invalidador não lhe for imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa (artigo 49, §1º c/c artigo 59, § único).

A revogação, por sua vez, assenta-se em motivos de oportunidade e conveniência administrativa e, por essa razão, é privativa da Administração. Ela pode ensejar a indenização ao licitante vencedor e que teve para si o objeto adjudicado, desde que o prejuízo a ele causado seja devidamente comprovado. Ela opera efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir da decisão revocatória.

É importante ressaltar, com base no artigo 49, § 3º, que nas duas hipóteses, antes da decisão, é obrigatório que se assegure o contraditório e a ampla defesa, permitindo-se que os licitantes se manifestem e produzam provas em sua defesa.

1.9 Recursos

⁵⁴ Op. cit., p. 282.

No artigo 109 da Lei nº 8.666/93 encontra-se a previsão dos recursos administrativos cabíveis em relação aos atos da Administração decorrentes da licitação e do contrato, quais sejam: recurso, representação e pedido de reconsideração.

Consoante o inciso I, do referido dispositivo legal, o recurso (em sentido estrito) deve ser interposto no prazo de 5 dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

Art. 109

I - (...)

- a) habilitação ou inabilitação;
- b) julgamento das propostas; anulação ou revogação da licitação;
- c) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
- d) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do artigo 79
- e) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa.

O recurso em face da habilitação ou inabilitação das propostas, bem como de seu julgamento terá efeito suspensivo; nos demais recursos a autoridade competente pode, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir eficácia suspensiva (artigo 109, §2º).

Nos §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo aparece o processamento dos recursos:

§ 3º Interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de cinco dias úteis

§4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar a sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

Em se tratando de licitação na modalidade convite, o prazo para recorrer se reduz a dois dias úteis, a teor do §6º, do artigo 109.

Para as hipóteses em que não cabe recurso hierárquico, o interessado poderá interpor representação no prazo de cinco dias úteis, contados da intimação da decisão.

Há ainda a previsão de pedido de reconsideração, em relação à decisão de Ministro de Estado ou Secretário Estadual ou Municipal, no caso de aplicação de sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração.

Nessa hipótese, o prazo para pedir reconsideração é de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato. Caso se tratar da modalidade convite, ainda de acordo com o §6º, o prazo também se reduz a dois dias úteis.

Importante destacar também que o artigo 113, § 1º da Lei nº 8.666/93 permite que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica represente ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação de suas normas. Como lembra Maria Sylvia Zanella DI PIETRO⁵⁵, este preceito amolda-se ao artigo 743, §2º, da Constituição Federal, segundo o qual “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas da União”.

2 PECULIARIDADES DAS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS

2.1 Conceito e Incidência

Como já explicitado no Capítulo I, o tema das licitações está, em princípio, disciplinado no ordenamento jurídico interno. Sua origem está na necessidade de a Administração Pública, ante à impossibilidade de atingir seus fins diretamente ou por entidades a ela vinculadas, valer-se da contratação de terceiros, por meio de procedimento licitatório.

Nessa perspectiva, Maria Luiza Machado GRANZIERA⁵⁶ questiona como seria possível falar em licitação internacional. Segundo ela, a resposta envolve dois momentos distintos em um mesmo procedimento administrativo:

O primeiro refere-se ao exercício do poder discricionário, no que tange à decisão de definir um objeto e dar abertura a uma licitação pública, cumprindo-se as etapas do ato declaratório, autorização, aprovação dos órgãos financeiros e jurídicos, publicação do aviso de edital e tramitação do certame. O segundo momento reporta-se à possibilidade de a Administração Pública vir a contratar empresa estrangeira, o que é feito mediante um instrumento particular de contrato internacional, em decorrência do procedimento licitatório desencadeado em sede de ordem interna.

Também nesse sentido, destaca Celso Antônio Bandeira de MELLO: “a Administração Pública é livre para decidir, segundo as conveniências públicas, se realiza uma licitação interna ou internacional. Com efeito, a lei reguladora das licitações tanto trata ordinariamente de uma, quanto especificamente de outra, pois às licitações internacionais se reportam os arts. 32, §4º, e 42 e parágrafos”.⁵⁷

Destarte, em regra, também as contratações entre o Estado soberano e o particular estrangeiro serão regidas pelo direito interno de cada país, pois, como lembra Sidney BITTENCOURT, a ordem jurídica de cada país está intimamente ligada a inúmeros fatores (costumes, idéias, princípios, etc), tão particulares que determinam

⁵⁵ Op. cit., p. 247.

⁵⁶ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Licitações internacionais. In: RODAS, João Grandino (org.). **Contratos internacionais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002 (p. 230-250). p.231.

⁵⁷ Op. cit., p. 522

o discurso legal desses países, tornando difícil, senão impossível, em certas situações, a sua adoção internacional.⁵⁸

Assim, ao proceder à definição do objeto da contratação, em face de sua especificidade ou ainda de limitação do mercado interno, a Administração pode abrir a possibilidade para que tanto empresas nacionais quanto estrangeiras participem do certame – são as denominadas licitações internacionais⁵⁹.

Portanto, para Maria Luiza Machado GRANZIERA, licitação internacional “consiste em procedimento administrativo de direito interno, regido pelo direito interno, fixando-se, porém, expressamente no instrumento convocatório a possibilidade de ser celebrado um contrato internacional, se o vencedor for empresa estrangeira, e outra parte for a Administração Pública”.

Mas, adverte: “embora procedimento regido pelo direito interno, produz efeitos externos, à medida que possibilita e dita as regras de participação de empresas que operam fora do País, cabendo inserir, na minuta de contrato, regras alternativas voltadas à formalização e gestão de contrato com empresa estrangeira.”⁶⁰

Na mesma linha, José Carlos de MAGALHÃES enfatiza que o Estado regula, dentro de sua esfera territorial, atos e relações que podem ter efeitos internacionais.⁶¹

2.2 Modalidades

O artigo 23, §3º, da Lei nº 8.666/93 (com redação dada pela Lei nº 8.883/94), estabelece que, em geral, a concorrência é a modalidade cabível para as licitações internacionais.

O mesmo dispositivo admite ser possível também a tomada de preços “quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores”, observados

⁵⁸ BITTENCOURT, Sidney. **Estudo sobre licitações internacionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Temas e Idéias Editora, 2002, p. 32.

⁵⁹ “O certame internacional seria instaurado todas as vezes em que o agente público responsável entendesse que o objeto pretendido pode ser economicamente mais viável se fornecido por uma empresa estrangeira ou, ainda, quando o objeto pretendido não é prestado ou produzido no Brasil”. Ibid., p. 62.

⁶⁰ Op. cit., p. 233.

⁶¹ MAGALHÃES, José Carlos de. Fatores de licitação da jurisdição do Estado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 767, p. 47, set. 1999.

os limites de valores para essa modalidade, ou o convite “quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País”, também se observando o limite de valor para essa modalidade de licitação⁶².

Quanto ao cadastro internacional, Maria Luiza Machado GRANZIERA tece o seguinte comentário:

Entende-se que a publicidade do respectivo aviso deve ser voltada basicamente ao mercado externo, em face de sua própria finalidade. Assim, a publicação em Diário Oficial ou jornal de grande circulação não cumpre o objetivo, não se aplicando, obviamente, o dispositivo do art. 21 da Lei 8.666/93. Nesse sentido, uma alternativa é enviar aos consulados cópia do aviso do edital. Para maior transparência, devem ser escolhidos no mínimo três consulados, de forma que possa o cadastro ter uma participação diversificada de fornecedores.⁶³

A utilização da modalidade convite, por sua vez, é justificada pela ausência de fornecedor do bem ou serviço no País. Para a mesma autora, a justificativa para essa ausência no mercado interno pode ser feita por analogia à previsão do artigo 25, I, da Lei nº 8.666/93. Tal dispositivo prevê que a forma de comprovação de exclusividade de fornecedor deve ser feita “através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo sindicato, Federação ou Confederação Patronal ou, ainda, pelas entidades equivalentes”. Assim, “essa pode ser uma forma de justificar não a exclusividade, mas a ausência no mercado interno do serviço ou produto”.⁶⁴

Ainda o artigo 53, §3º, da mesma lei, traz a possibilidade de sua realização por meio de leilão internacional.

2.3 Princípios

Em relação aos princípios, tomando-se por base os elencados no artigo 37,

⁶² “A adoção das modalidades licitatórias da Lei nº 8.666/93 em âmbito internacional, além da concorrência, traz certa dificuldade, de vez que o texto legal leva o desavisado a crer que as mesmas poderiam ser adotadas independentemente do valor a ser contratado. Afirmamos, com convicção, que não, porquanto o próprio dispositivo, de forma expressa, prescreve os limites para cada modalidade, não autorizando a utilização no âmbito internacional de forma diferenciada” (BITTENCOURT, op. cit., p. 87).

⁶³ Op. cit. p. 233

⁶⁴ Ibid., p. 234.

caput, da Constituição Federal e para efeitos da análise que ora se pretende, serão abordados dois deles: o princípio da publicidade e o da igualdade, considerando as peculiaridades e as dúvidas que podem suscitar.

2.3.1 Princípio da publicidade

A Lei nº. 8.666/93 não faz referência expressa à questão da publicidade nas licitações internacionais. De toda forma, da redação do artigo 21, III, extrai-se que ademais de se determinar a publicação em jornal de grande circulação na região onde será realizada a obra, prestado o serviço ou fornecido o bem, pode a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área e competição.

No tocante a esse tema, cabe destacar as palavras de Maria Luiza Machado GRANZIERA⁶⁵:

Disso decorre que fica facultado à Administração o uso de outras formas de comunicação da abertura do certame, para ampliar a área de competição, independentemente da obrigatoriedade das vias legalmente explicitadas. Poderá ser publicado o aviso de edital em jornal de grande circulação no exterior, ser entregue cópia do edital em consulados, ser divulgado o edital na Internet etc. Ressalta, todavia, que essa iniciativa deve partir do administrador, atuando discricionariamente na escolha do meio mais efetivo para comunicar ao mercado externo a abertura de uma licitação no Brasil, já que a Lei 8666/93 apenas fixa as regras de publicidade voltadas ao território nacional.

Maria Lúcia Jordão ORTEGA acrescenta que “considerado que ao optar por uma licitação internacional a Administração objetiva buscar interessados além de seus limites territoriais, a publicidade deverá ser realizada de forma a viabilizar essa sua intenção, com o que a publicidade não poderá ser limitada àquela legalmente prevista às licitações nacionais”.⁶⁶

2.3.2 Princípio da igualdade

⁶⁵ Op. cit., p. 234.

Esse princípio tem importância fundamental em matéria de licitações internacionais, pois, como sustenta Maria Luiza Machado GRANZIERA, “em se tratando de empresas submetidas a regimes jurídicos distintos, há que buscar um ponto de equilíbrio entre o que deve ser igual (dentro dos limites do possível) e o que deve ser diferenciado, para garantir a igualdade entre os licitantes”⁶⁷.

Nesse sentido, o conceito de igualdade trazido por Hely Lopes MEIRELLES, parece ser o que mais se amolda a essa perspectiva. Segundo o autor, o “princípio da igualdade veda a cláusula discriminatória ou o julgamento tendencioso que desigual os iguais e iguala os desiguais, favorecendo a uns e prejudicando a outros”⁶⁸.

Ainda quanto à aplicação desse princípio, em sede de licitações internacionais, vale destacar as palavras de Marçal JUSTEN FILHO: “significa não apenas a ausência de discriminação prejudicial ao licitante estrangeiro, mas também a proibição de tratamento menos favorável ao licitante nacional. Por isso, deve prever-se tratamento equivalente para todos os licitantes, inclusive no tocante a benefícios em prol do licitante brasileiro”⁶⁹.

Na seqüência, serão abordados os momentos do certame internacional em que avulta a questão da igualdade entre os licitantes.

2.3.2.1. Participação no certame internacional

O princípio da igualdade está presente em diversos dispositivos da Lei nº 8.666/93, notadamente em seu artigo 3º, §1º, já transcrito anteriormente.

Tal dispositivo pretende assegurar a igualdade entre licitantes nacionais e estrangeiros, vedando aos agentes públicos, nos certames licitatórios, estabelecer como fator de preferência ou de exclusão a naturalidade da sede ou do domicílio dos licitantes⁷⁰. Segundo Maria Luiza Machado GRANZIERA:

⁶⁶ORTEGA, Maria Lúcia Jordão. **Licitações à Luz da Lei 8.666/93**.

⁶⁷ Op. cit., p. 235.

⁶⁸ MEIRELES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 10. ed. São Paulo: RT, 1991. p.26.

⁶⁹ Op. cit., p. 403.

⁷⁰ “Fica bem claro que o princípio da igualdade exposto no artigo 3º, §1º, II deve ser encarado de duas forma, de vez que ele não autoriza qualquer pessoa (inclusive a estrangeira) a participar de certames licitatórios, mas

Embora a lei mencione expressamente questões relativas à origem ou localização de pessoas e empresas, veda também a adoção de qualquer outra circunstância ‘irrelevante para o específico objeto do contrato’. Isso quer dizer que, mesmo na habilitação, deve ser considerada a finalidade da licitação, cabendo a participação de todos aqueles que apresentem condições de celebrar o contrato com a Administração Pública⁷¹.

Ainda nessa linha, o parágrafo único do artigo 20, do mesmo diploma legal, dispõe que não se impedirá a habilitação de interessados residentes ou sediados em outros locais. Para a mesma autora⁷², como a lei não detalha se tais locais incluiriam o exterior, o administrador, ao aplicá-la, não pode fazê-lo.

Quanto à participação nas licitações internacionais, o artigo 32, §4º, da Lei nº 8.666/93, estabelece que as empresas estrangeiras que não funcionem no País podem nelas tomar parte, devendo apresentar “documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado”⁷³. O mesmo dispositivo determina ainda que essas empresas devem ter representação legal no Brasil, com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.

Marçal JUSTEN FILHO adverte que “o §4º do art. 32 aplica-se somente a sociedade estrangeira que não possui autorização para funcionar no Brasil, nos termos do Decreto-lei 9.627/40, pois, cumpridas as regras impostas pelo citado diploma legal, a sociedade se sujeita a regime equivalente ao previsto para as sociedades nacionais”⁷⁴.

sim, deixa às claras que, instaurada a competição pública, seja nacional ou internacional, o tratamento, em princípio, deverá ser isonômico. (...) Caso o âmbito ultrapasse as fronteiras do país, a participação estará aberta para qualquer pessoa que atue no ramo buscado, independente do local que esteja estabelecida, guardadas as devidas ressalvas em face da existência de possíveis impedimentos concernentes a algum tipo de litígio”. (BITTENCOURT, op. cit., p. 75).

⁷¹ Op. cit., p. 236.

⁷² Id.

⁷³ “Caso contrário, estar-se-ia limitando, de forma indireta, o acesso dos estrangeiros às licitações realizadas em solo brasileiro”. ASSONI FILHO, Sérgio. O Estado enquanto licitante internacional. **Revista de direito internacional e econômico**. Porto Alegre, v. 3, n. 9, p. 105-113, out./dez. 2004. E, “os documentos não são expedidos com o mesmo nome ou da mesma forma nos diversos países do mundo. Apesar disso, a grande maioria das nações possui um padrão administrativo que permite intercâmbio de informação, cultura e comércio, devendo o órgão licitante buscar esse intercâmbio para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, o que só é possível com a participação do maior número possível de interessados no certame. De modo que a Administração Pública deve agir com razoabilidade, não excluindo da competição participantes que objetivamente poderiam lhe oferecer proposta mais vantajosa”. SILVA, Rodrigo Alberto Correia da; MOLLICA, Júlio César. Licitações internacionais e o princípio da igualdade entre os licitantes. **Informativo de licitações e contratos**, TRESC, n. 120, p.139-141, fev. 2004.

⁷⁴ Op. cit., p. 211.

Nesse contexto, cabe advertir que o § 6º, contudo, afasta essa exigência, bem como as previstas nos artigos 33, §1º e 55, §2º, nos casos de:

Art. 32

§ 6º (...) 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 empresas 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.”

Como destaca Sérgio ASSONI FILHO, “isso ocorre porque, nesses casos, a preocupação de legislador é, justamente, a de que sejam cumpridas as leis dos países em que o acordo foi firmado”.⁷⁵

Enfim, conforme assinala Maria Luiza Machado GRANZIERA:

Pode-se afirmar que, em uma licitação internacional (excetuando-se o convite), é possível a participação de três categorias de empresas: 1) empresas constituídas no Brasil e sujeitas ao ordenamento jurídico pátrio; 2) empresas estrangeiras com autorização para funcionar no Brasil, submetidas ao ordenamento jurídico pátrio e 3) empresas estrangeiras que não funcionam no Brasil, submetidas ao ordenamento jurídico de seus países, representada legalmente no Brasil por mandatário com poderes constituídos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.⁷⁶

2.3.2.2 Condições de contratação em licitações internacionais

Igualmente em relação às condições de contratação quando as licitações estejam abertas também a empresas estrangeiras, a Lei 8.666/93 reafirma a necessidade de observância ao princípio da isonomia.

Nessa perspectiva, a questão do pagamento é disciplinada no artigo 40, IX, que dispõe que o contrato deve indicar, obrigatoriamente, condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais.

⁷⁵ Op. cit., p. 109.

⁷⁶ Op. cit., p. 237.

Todavia, como destaca Maria Luiza Machado GRANZIERA, nesse caso, o princípio da igualdade deve ser interpretado à luz das diferenças entre a empresa brasileira e a estrangeira:

É uso e costume, em contratos internacionais, o pagamento a empresa por meio de carta de crédito irrevogável, à vista, aberta em nome do exportador e pagável, em geral, na praça de origem do fornecimento, a ser resgatada após a data de cumprimento da obrigação fixada no contrato. Já em sede de Administração Pública brasileira, os pagamentos são feitos mediante depósito em conta bancária indicada pelo fornecedor, após cumpridas as obrigações relativas à apresentação dos documentos previstos no contrato e à emissão do respectivo atestado de recebimento, parcial ou total do objeto. O prazo mínimo para pagamento deve ser estabelecido de acordo com a tramitação burocrática das faturas, ficando claro que os pagamentos da Administração Pública não são à vista, salvo para aquisição de pequena monta⁷⁷.

Dessa forma, as condições de contratação devem estar adequadas não apenas à Lei nº 8.666/93, mas também às práticas do mercado internacional, atendendo “às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes”, a teor do *caput* do artigo 42, inclusive como forma de permitir a participação do maior número de interessados possível.

O artigo 42 e seus parágrafos são de diversos efeitos, de modo que sua análise permite a abordagem de pontos importantes em relação às condições de contratação.

Nesse sentido, dispõe seu §1º: “quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro.”

Destaque-se, contudo que o contratante brasileiro sempre receberá o pagamento em moeda nacional. Caso o preço tenha sido cotado em moeda estrangeira, conforme acima referido, o pagamento será efetuado em moeda brasileira, à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento, a teor do disposto no §2º do mesmo dispositivo legal.

Na mesma linha de raciocínio, da redação de seu §3º, tem-se que: “as garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro”

Ainda sobre o artigo 42, seu §6º prevê que “as cotações de todos os licitantes

⁷⁷ Op. cit., p. 238.

serão para entrega no mesmo local de destino”, ou seja, em uma licitação internacional, em regra, o local de entrega do objeto da contratação será o local da utilização deste.

Nesse sentido, têm sido de grande valia os Incoterms 1990, criados pela CCI – Câmara de Comércio Internacional. Os incoterms consistem em regras de interpretação de termos consagrados em comércio internacional, sem força coercitiva, em princípio, que no entanto se tornam obrigatórios à medida que são adotadas pelas partes.⁷⁸ No caso das licitações internacionais, tornam-se obrigatórios quando inseridos no edital, com base no princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Para Sérgio ASSONI FILHO, “tal dispositivo é questionável, a partir do momento que favorece o licitante brasileiro em relação ao licitante estrangeiro, pois este último deverá arcar com valores mais elevados de frete e seguro, e esses valores não foram considerados pela lei nacional em nenhum momento do processo licitatório”.⁷⁹

O artigo 42, §§ 4º e 5º, também faz referência a dois pontos fundamentais em matéria de licitações internacionais, quais sejam: a questão tributária e a de financiamento por organismos internacionais, as quais serão abordadas em itens específicos.

Em relação a possíveis litígios que advirem da contratação, o §2º do artigo 55, da Lei nº 8.666/93, dispõe que, “nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas e jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual”⁸⁰.

⁷⁸ GRANZIUERA, Maria Luiza Machado. **Contratos internacionais: negociação e renegociação – Com comentários aos Incoterms – 1990**. São Paulo: Ícone, 1993, p. 117.

⁷⁹ Op. cit., p. 110.

⁸⁰ “... referido dispositivo, na verdade, quis significar que a ‘jurisdição’ competente será a da sede do Estado-Administração, isso porque a idéia de foro remete a um mero local e não à jurisdição, que é o objetivo da norma. Assim sendo, apesar dessa impropriedade técnica, nas contratações entre Estado-Administração e pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, os litígios que advirem serão obrigatoriamente dirimidos em solo brasileiro, de acordo com as leis e a jurisdição brasileira, quando tais contratações forem financiados pelo Estado-Administração”. Id.

Todavia, o § 6º do artigo 32, da mesma lei, transcrito acima, prevê que poderá ser estabelecido foro diverso da sede do contratante nos contratos celebrados com produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte ou por agência estrangeira de cooperação.

2.3.2.3 Questão tributária

Segundo Rodrigo Alberto Correia da SILVA e Júlio César MOLLICA, “para a manutenção da igualdade entre os licitantes devem ser realizadas adequações nos preços dos produtos ofertados em uma licitação internacional evitando favorecimento por parte da Administração e a concorrência predatória entre os licitantes”⁸¹.

Nesse sentido, consoante a disciplina do artigo 42, § 4º, “para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda”.

Para Luiz Olavo BAPTISTA, “o §4º do art. 4º equaliza as condições fiscais aparentemente para evitar que licitantes nacionais e estrangeiros possam ver-se desvantajados, um em face do outro – mas na realidade, visa a equiparar o estrangeiro ao brasileiro no tocante à carga fiscal suportada por este, que se imagina mais pesada”.⁸²

Todavia, Sidney BITTENCOURT questiona a constitucionalidade do dispositivo em comento:

Diante da ‘isonomia’ tributária, não raro, os editais de licitação passaram a estabelecer uma prática denominada ‘equalização de preços’, com a elaboração fictícia dos preços propostos pelos licitantes brasileiros, objetivando compensar a tributação que os oneram exclusivamente. Nesse caso, está caracterizada a proteção à empresa nacional, o que indubitavelmente, é mais que um privilégio, paradoxalmente afrontando de modo explícito o princípio constitucional, da igualdade que o próprio artigo busca atender.⁸³

⁸¹ Op. cit., p. 140

⁸² BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos internacionais da Administração pública: novos rumos? In Celso Antonio Bandeira de Mello (org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997. p.459.

⁸³ Op. cit., p. 117.

Na mesma linha, Hely Lopes MEIRELLES adverte que este dispositivo deve ser interpretado com cautela, pois, caso contrário, conduziria a resultado não desejado pela norma, a regra é igualdade entre empresas brasileiras e estrangeiras. “Ora, as empresas estrangeiras recolhem tributos em seus próprios países e, assim, somente no caso de incidência efetiva sobre a operação final de venda seria admissível o acréscimo desse gravame nas propostas dos licitantes estrangeiros”⁸⁴.

Ainda quanto ao tema em análise, Marçal JUSTEN FILHO faz as seguintes considerações:

Cada Estado contempla sistema tributário próprio, que contribui para a formação dos custos dos licitantes. Assim, não teria o menor cabimento aplicar à proposta oriunda do estrangeiro o custo arcado pelo licitante nacional atinente à seguridade social. No exemplo, cogitar-se-ia de verificar as alíquotas das contribuições de seguridade social. Sempre que se apurasse que, no estrangeiro, a tributação fosse menos, promover-se-ia a oneração correspondente. Essa interpretação conduz à inviabilidade do julgamento das propostas e retrata expediente indireto e inválido para beneficiar as empresas nacionais. A regra do §4º teria cabimento de aplicação na medida em que houvesse tratamento tributário distinto entre brasileiro e estrangeiro, em face da lei brasileira. Mas em tal situação, a solução seria outra. Haveria inconstitucionalidade da lei brasileira ou, quando tal não ocorresse, ter-se-ia de assegurar a identidade de disciplina fiscal, estendendo-se ao brasileiro a vantagem prevista para o estrangeiro. De todo o modo, essas questões não se resolveriam no âmbito da licitação, mas teriam de ser discutidas em foro próprio⁸⁵.

De toda forma, o mesmo autor lembra também que “a Administração deverá selecionar, mesmo na licitação internacional, a proposta mais vantajosa, sob todos os aspectos. Se a proposta formulada por licitante estrangeiro envolver custos indiretos, mesmo fiscais, estes deverão ser tomados em vista. Os licitantes estrangeiros não terão tratamento mais privilegiado do que os nacionais; porém também seria inconstitucional o inverso”⁸⁶.

Por fim, quanto a esse ponto, cabe destacar que a altíssima carga tributária sobre as exportações estranhamente permanece a principal barreira para uma maior inserção do Brasil no comércio internacional, conforme alerta Sidney

⁸⁴ Op. cit., p. 288.

⁸⁵ Op. cit., p. 450.

⁸⁶ Ibid., p. 42.

BITTENCOURT⁸⁷.

2.3.2.4 Os critérios de desempate e a preferência na licitação internacional

A análise do artigo 3º, §2º, desencadeia importantes considerações no que diz respeito à aplicação do princípio da isonomia e os critérios de desempate em sede de licitações internacionais.

Tal dispositivo assegura que, em igualdade de condições, como critério de desempate, a preferência será dada, sucessivamente, aos bens e serviços: “I – produzidos ou prestados por empresas de capital nacional; II – produzidos no País; III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras.” Todavia, com a edição da Emenda Constitucional nº 6, de 15/8/95, que revogou o artigo 171 da Constituição Federal, foram extintas as figuras “empresa brasileira de capital nacional” e “empresa brasileira”.

Para parte da doutrina, como Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, Celso Antônio Bandeira de MELLO⁸⁸ e Sérgio ASSONI FILHO, restaram insubsistentes os incisos I e III do §2º do artigo 3º, permanecendo em vigor apenas seu inciso II, de modo que o critério de desempate teria se reduzido à hipótese de bens produzidos no País.

Marçal JUSTEN FILHO⁸⁹, por sua vez, sustenta que essa Emenda teria ocasionado a perda da vigência dos três incisos. Na mesma linha, Toshio MUKAI⁹⁰, citado por BITTENCOURT (2005, p. 11), defende a tese de que o único critério para desempate previsto nas licitações seria o sorteio (artigo 45, §2º, da Lei nº 8.666/93), não havendo que se falar em exercício do direito de preferência.

⁸⁷ Op. cit., p. 40.

⁸⁸ “A revogação da Emenda Constitucional nº 6/95 não impede a manutenção do dispositivo legal, o qual continuaria a gerar efeitos; esse dispositivo dava aplicação ao estatuído anteriormente no art. 171, §2º, da Constituição (revogado pela EC n. 6, de 15.8.1995), o qual dispunha que o Poder Público, quando das aquisições de bens e serviços, conferia, nos termos da lei, preferência às ‘empresas brasileira de capital nacional’, cuja configuração era feita no inc. II do mesmo artigo. Cumpre registrar que o fato de desaparecer uma proteção a nível constitucional não significa que não possa existir a nível legal”. (MELLO, op. cit., p. 488).

⁸⁹ Op. cit., p. 87.

2.3.3 Os organismos internacionais

Como destaca Sidney BITTENCOURT⁹¹, a licitação internacional pode ser financiada por recursos públicos ou através de financiamentos concedidos por organismos financeiros internacionais de que o Brasil faça parte ou, ainda, por agência estrangeira de cooperação, como o BIRD (Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento) e BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento).

À época do Decreto-lei nº 2300/86, havia verdadeiro conflito de orientações quanto à aplicabilidade de normas internacionais em detrimento da lei brasileira, nas licitações internacionais decorrentes de financiamento de organismos internacionais.

Quando da edição da Lei nº 8.666/93, o legislador, atento a essa discussão, disciplinou o assunto, em seu artigo 42, §5º, nos seguintes termos:

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 aos critérios 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 adoção 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.

Esse dispositivo esclarece a questão da permissão de adoção das diretrizes estabelecidas pelas entidades internacionais. Todavia, é necessário analisar em que medida essas regras podem ser adotadas, em face dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública e as licitações e contratos administrativos.

Da redação do dispositivo legal acima transcrito, percebe-se que poderão ser admitidas condições alternativas, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. Outrossim, esse critério fica delimitado, além dos preços, a outros fatores de avaliação, com a condição de que não conflitem com o

⁹⁰ BLC, n.10, p. 475, 1997.

⁹¹ Op. cit., p. 65.

princípio do julgamento objetivo e de serem objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, devidamente ratificado pela autoridade imediatamente superior.

Para Marçal JUSTEN FILHO, a nova redação do artigo 42, §5º, significa que as regras acerca do procedimento licitatório, prazos, formas de publicação, tipos de licitação, critérios de julgamento etc. podem ser alteradas. Não é possível suprimir os princípios inerentes à atividade administrativa (inclusive aqueles relacionados com os direitos dos licitantes)⁹².

Maria D'Assunção Costa MENEZELLO, abordando o tema, menciona que as normas dos Organismos Internacionais após aprovadas pelo Congresso Nacional passam a fazer parte do sistema jurídico brasileiro, devendo, portanto, ser obedecidas em harmonia com a legislação nacional. Todavia, segundo a mesma autora, se um regramento de organismo internacional for diferente do previsto na lei nacional, prevalece aquele.

Nessa linha, traz o seguinte exemplo: “a Lei Federal nº 8.666/93 prevê como prazo para publicidade de edital de concorrência 30 dias, as *guidelines* do BIRD determinam que para concorrência internacional não poderá ‘ser dado menos de 45 dias’ e para obras e equipamento complexos ‘não deverá ser inferior a 90 dias’. Neste caso prevalece a norma internacional sobre a nacional”⁹³.

Contudo, Toshio MUKAI sustenta que:

Nas licitações não se pode dar apenas prevalência total às normas dos organismos internacionais, em função apenas da redação literal do §5º do artigo 42 da Lei nº 8.666/93. Há que se observar todas as demais normas atinentes às licitações internacionais contempladas pela mesma Lei, bem como os demais princípios da licitação, que decorrem do próprio texto constitucional, como é o caso do princípio da igualdade dos concorrentes (artigo 37, XXI, da CF).⁹⁴

⁹² Op. cit., p.258.

⁹³ MENEZELLO, Maria D' Assunção Costa. Licitações internacionais e a lei federal nº 8.666/93. **Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo, v. 3, p.95-97, 1994.

⁹⁴ MUKAI, Toshio. As licitações internacionais, as normas da Lei 8.666/93 e as dos organismos financeiros internacionais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 208, p.81-82, abr./jun. 1997.

Ainda em relação ao tema dos organismos internacionais, destaca Sérgio ASSONI FILHO que, no caso do BIRD:

Os recursos financiadores das licitações internacionais serão conseguidos por ações subscritas pelos países membros do Banco Mundial, conforme a capacidade econômica de cada um, e mediante a captação de recursos via empréstimos internacionais ou emissão de bônus, todos eles com a intermediação do Banco Mundial. (...) O país concorrerá a esses recursos elaborando um projeto que, uma vez aprovado pelo Banco Mundial, deverá obedecer às providências a serem tomadas nas contratações, também chamadas de diretrizes e *guidelines*.⁹⁵

O mesmo autor elenca, então, como modalidades de licitação financiadas pelo Banco Mundial as seguintes:

- a) *Internacional Competitive Bidding*, de que poderão participar todos os países elegíveis;
- b) *Limited International Bidding*, quando existirem poucos fornecedores no ramo do objeto da licitação;
- c) *National Competitive Bidding* quando a publicidade é meramente local e de acordo com os procedimentos locais;
- d) *International and Local Shopping*, em casos de pequenas obras e compras, com preços limitados

Além de outras contratações que, nos casos de afastamento do processo licitatório, podem ser financiadas diretamente pelo Banco Mundial, a saber:

- a) *Direct Contracting*: nos casos em que o objeto da contratação não suporte os custos do processo licitatório, de modo que ele é dispensado pela inviabilidade econômico-financeira;
- b) *Force Account*: nos casos em que existe um único fornecedor no ramo do objeto da contratação, de modo que o processo licitatório é dispensado pela ausência de competitividade. Entretanto, o Banco Mundial se resguarda, nas licitações por ele financiadas, pelo meio da obrigatoriedade de o país elegível apresentar garantias compatíveis com os recursos financeiros a serem transferidos⁹⁶.

Em relação à interpretação das *guidelines* do BIRD nas licitações por ele financiadas, Mário Lúcio Quintão SOARES cita decisão do Tribunal de Contas da União, em que se decidiu acatá-las, desde que:

- Sua aplicação seja indispensável para o financiamento, e esteja estabelecida no contrato de empréstimo aprovado pelo Senado e, conforme o caso, pelas assembleias legislativas, câmara, etc.

⁹⁵ Op. cit., p.111

⁹⁶ Ibid., p. 112.

- Estejam estabelecidas previamente no edital, com justificativa prévia da autoridade administrativa.
- Não afrontem os princípios constitucionais (art. 37 e seu inciso XXI)⁹⁷.

Assim, para esse autor, “a interpretação deve ser feita de forma sistemática nos moldes do §5º do art. 42 da Lei nº 8.666/93, que conserva a legislação e os princípios internos”⁹⁸. Destaca também, que quanto aos princípios as *guidelines* possuem basicamente os mesmos que o instituto pátrio.

⁹⁷ **Revista de Direito Administrativo**, n. 188/243.

⁹⁸ SOARES, Mário Lucio Quintão; TANURE, Rafael Jayme. A licitação internacional como instrumento de integração. **Boletim Jurídico**. Uberaba, n. 54. Disponível em <http://www.botetimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=167>> Acesso em: 04 nov. 2004.

3 AS LICITAÇÕES NO ÂMBITO DO MERCOSUL

3.1 A instituição do Mercosul

O Mercosul foi instituído por meio do “Tratado de Assunção”⁹⁹, assinado no dia 26 de março de 1991, tendo como Estados-Membros o Brasil, a Argentina, o Paraguai e o Uruguai.

Destaque-se que não há previsão, em qualquer de seus instrumentos, inclusive os Protocolos de Brasília e de Outro Preto, de tratamento sobre licitações públicas.

Nesse sentido, Marcos JURUENA, em prefácio à obra de Sidney BITTENCOURT, discorre que o Brasil “aderiu ao Mercosul, prevendo igualdade de tratamento às empresas argentinas, paraguaias e uruguaias, mas não adequou sua legislação de licitação para tanto, nem firmou tratado específico sobre a disciplina dessa igualdade em licitações”.¹⁰⁰

Abordando a questão, Sidney BITTENCOURT, destaca que o Mercosul é o organismo regional mais importante fundado até hoje no continente e, embora enfrentando inúmeros problemas, vem progredindo em termos de integração. “Contudo, sua sobrevivência, efetivo funcionamento e, completa realização de objetivos dependem, exclusivamente, do comportamento da economia brasileira, apesar das pretensões injustificadas da Argentina e das exigências, às vezes absurdas, do Uruguai e do Paraguai”.¹⁰¹

3.2 O Mercosul e as licitações

⁹⁹ “O Tratado de Assunção, base de sustentação do Mercosul, estabeleceu em seu art. 1º as implicações do Mercado Comum: livre circulação de bens, serviços e fatores produtivo entre os países; estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados; coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais; e compromisso dos estados-partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.” MOTTA, Fabrício. A harmonização das normas sobre licitação nos Estados-Membros do Mercosul. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.14, jun./ago., 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 19 set. 2005.

¹⁰⁰ Op. cit., p. 16

Fabrizio MOTTA¹⁰² trata da importância de identificar no Tratado de Assunção os princípios que implicam a harmonização das normas internas referentes à licitação, citando Diego Raúl GONZÁLEZ¹⁰³ que identifica, entre outras categorias, princípios explícitos e implícitos no Tratado de Assunção:

- a) princípios expresso no Tratado
 - livre circulação de mercadorias
 - livre circulação de serviços
 - livre circulação de fatores produtivos
 - livre concorrência
 - reciprocidade de direitos e obrigações
- b) princípios implícitos no Tratado
 - liberdade de estabelecimento
 - não discriminação por razões de nacionalidade e
 - solidariedade

Dentre esses princípios, Fabrizio MOTTA¹⁰⁴ destaca a livre circulação de mercadorias e serviços e a concorrência. Segundo ele, a instituição de qualquer empecilho à circulação de mercadorias por parte dos Estados participantes, como restrições quantitativas ou de procedência a determinado produto, é contrária ao Tratado de Assunção. Outrossim, segundo o autor, o princípio da livre concorrência acarreta a impossibilidade de intervenções estatais na economia, com o intuito de privilegiar empresas que devem concorrer em condições de igualdade, segundo os termos do Tratado.

Para Roberto DROMI, pode-se entender que a matéria das licitações públicas se encontra compreendida na decisão do Conselho Mercado Comum (dez./94) que determina a criação de uma Comissão Técnica encarregada de tratar do tema, cabendo-lhe elaborar proposta que estabeleça a distinção entre as medidas compatíveis e as

¹⁰¹ Op. cit., p. 54

¹⁰² Op. cit., p. 9.

¹⁰³ GONZÁLEZ, Diego Raúl. Las contrataciones estatales en un sistema de integración económica; Vigencia y aplicación del Tratado de Asunción. **Anuario de Derecho – Universidad Austral**, Buenos Aires, v.5, 1999, p.212.

¹⁰⁴ Ibid., p. 10.

incompatíveis com a União Aduaneira, incluindo-se aquelas atinentes aos regimes de compras governamentais e atuação das empresas estatais.¹⁰⁵

Como destaca Maria Luiza Machado GRANZIERA, a Emenda Constitucional 6/95, foi estabelecida justamente para adequar o ordenamento jurídico brasileiro aos princípios de um mercado comum, tendo atingido as licitações públicas internacionais.

A mesma autora discorre que, a título de exemplo, a Argentina, em seu Decreto 1.105/89, que regulamentou a Lei 93.696, estabelece, basicamente:

- 1) que a adoção do procedimento deve indicar o caráter nacional ou internacional do certame;
- 2) deve ser observado o princípio da publicidade;
- 3) no caso de licitações de caráter internacional poderá haver publicidade no exterior, quando se estimar que tal ato aumentará a competitividade;
- 4) o administrador poderá, inclusive, convidar todas as pessoas, locais de capital nacional ou estrangeiro, ou ainda estrangeiras que entender conveniente. Poderá também solicitar a colaboração do Ministério das Relações Exteriores para que a embaixadas da República Argentina no exterior colaborem com a divulgação dos chamados.¹⁰⁶

3.3. Aspectos que necessitam de compatibilização

Cabe destacar que a grande dificuldade encontrada pelos países-membros signatários de tratados de formação de mercados comuns está na compatibilização de leis, devido aos diversos pontos de diferenciação.

Como lembra Sidney BITTENCOURT¹⁰⁷, exemplo dessa dificuldade vislumbra-se nas diversas e sucessivas reuniões de representantes de Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, países membros do Mercosul, com objetivo de discutir mecanismo para solução de disputas e harmonização de suas legislações. Em 1977 representantes desses países estiveram reunidos – em vão – em Montevideu para discutirem formas para solução de disputas, com vistas à criação de um fórum de interpretação e compatibilização das leis dos quatro países, em face de vários pontos de diferenciação nas legislações.

¹⁰⁵ DROMI, Roberto. Licitações e as “guidelines” do Banco Mundial. In Celso Antonio Bandeira de Mello (org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997. p.524-551.

¹⁰⁶ Op. cit., p. 247.

¹⁰⁷ Op. cit., p. 34-35.

O mesmo autor constata com pesar que, mesmo com o Tratado de Assunção, lançador das bases do Mercosul, assinado em 26 de março de 1991, não se tenha conseguido até agora, passados longos dez anos, a harmonização das políticas macroeconômicas (fiscais, monetárias, cambial) e da legislação dos países-membros”¹⁰⁸.

3.3.1. A questão do *drawback*

Como destaca Marco Antônio Miranda GUIMARÃES, o mercado que se criou com o Mercosul tem a intenção de se transformar em Mercado Comum nos próximos anos e, para alcançar-se o estágio final de Mercado Comum, é preciso passar por fases de adaptação. Contudo “algumas dessas fases provocam distorções e anomalias, e alguns aproveitadores, tentando estribar-se em pseudofalhas da lei violam os seus princípios e objetivos sociais com intenção egoística, cujo comportamento coloca em risco o futuro de todo o sistema integrativo dos mercados existentes”¹⁰⁹.

Nesse sentido, considerando que a lei é um conjunto de princípios e regras abstratas, toda e qualquer situação deve ser analisada sob a interpretação harmônica e sistemática das normas existentes em cada ordenamento jurídico.

O mesmo autor traz à discussão o fato de que empresas do Mercosul importam de outros países os insumos para a fabricação do seu produto final, utilizando-se do *drawback*¹¹⁰ para não pagar tributos de importação, e dos benefícios tributários do Mercosul, colocando os seus produtos e serviços no mercado brasileiro a um preço final muito inferior ao de mercado.

¹⁰⁸ Op. cit., p. 43.

¹⁰⁹ GUIMARÃES, Marco Antônio Miranda. **Concorrências e Licitações no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.p. 24-25

¹¹⁰ “É uma não incidência de imposto quando uma mercadoria entra e sai do território aduaneiro, ainda que esta tenha ingressado para incorporar-se a outra mercadoria (...); aplica-se ara que se paguem imposto quando a mercadoria de origem estrangeira for importada com o fim de ser remetida para outro território”. Ibid., p.42. Ainda, “esta prática se resume na utilização de mercadorias importadas que serão incorporadas a outras que serão novamente exportadas ou a simples circulação ou de mercadorias por um Estado”. (SOARES, op. cit., p. 10).

Segundo ele, “isto significa que a empresa do outro Estado-Membro importa a matéria-prima para fabricar o seu produto, com isenção de imposto, beneficiando-se ilegalmente com isto, em detrimento das empresas brasileiras que não podem se utilizar do benefício”.

Assim, deve-se ter em conta que essa prática leva a um desequilíbrio entre as empresas brasileiras e as empresas de outros países integrantes do Mercosul. Tem-se, ainda, flagrante ilegalidade e ofensa até a própria Constituição Federal, isso sem mencionar a afronta aos propósitos e preceitos do Tratado de Assunção.

Então, o referido autor propõe a seguinte solução:

Estando errado o preço da concorrência por considerar comunitária mercadoria não comunitária, o julgamento da licitação deve proceder-se com a correção da distorção, considerando o preço com as taxações e incidências alfandegárias devidas, bem como considerar a possibilidade de apreensão da mercadoria em fraude à norma comunitária. Permitir que as empresas argentinas se beneficiem do *drawback* e das vantagens aduaneiras do Tratado de Assunção configura, claramente, um tratamento diferenciado entre as empresas de todos os outros países do Mercosul e as brasileiras, tratamento que é expressamente vedado por lei.¹¹¹

3.4. O estado atual do tema no âmbito do Mercosul

Como afirma Fabrício MOTTA, “o Mercosul se apresenta, enfim, como um processo de enfrentamento de dificuldades e tensões constantes, que requer mudanças nas Administrações Públicas, nas empresas e nos cidadãos.”¹¹²

A questão que se apresenta é a compatibilização, entre si, de leis de diferentes países (Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai), relativas ao mesmo objeto, licitação pública, tido como fundamental para alcance dos objetivos visados pelo processo de integração iniciado pelo tratado de Assunção.

Nesse sentido, adverte César Guimarães PEREIRA:

¹¹¹ Op. cit., p. 54

¹¹² Op. cit., p. 24

Nenhuma das propostas até agora desenvolvidas no Mercosul alude à necessidade de *uniformização legislativa*. Defende-se apenas a definição de pontos comuns e, principalmente, o tratamento não discriminatório e até mesmo preferencial em relação aos produtos oriundos dos demais Estados-Membros. A questão, portanto, será definir em que medida será necessário algum ajuste na legislação nacional de cada Estado-Membro para que se possam realizar os objetivos fundamentais de harmonização dos regimes.”¹¹³

Roberto DROMI¹¹⁴, citado por BITTENCOURT (2002, p. 54), entende ser possível e essencial a necessidade de unificação, por ele intitulada “homogeneização”, dos regimes jurídicos das licitações e contratos da Administração Pública entre os países que compõem o Mercosul, “visto que a adaptação das regras aplicadas a licitações e contratos denotam também a transparência pública. Não podemos, em âmbito do Mercosul, ter um ordenamento no qual um país siga certos requisitos e outro, requisitos diversos”.

O mesmo autor acrescenta que tratando das possíveis fontes as normas disciplinadores do tema, que as mesmas devem partir das regras trazidas pelos próprios Tratados de Integração. “Algumas regras que marcaram a experiência da União Européia devem ser aplicadas no âmbito do Mercosul, como a implantação de uma homogeneização sobre as regras de qualificação referentes à pré-adjudicação, adjudicação, contrato e também de sanção e de relação de ofertas.”

¹¹³ PEREIRA, César A. Guimarães. O regime jurídico das licitações no Brasil e o Mercosul. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador – CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.9, dez. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 19 de set. 2005.

¹¹⁴ DROMI, Roberto. **Informativo de licitações e contratos**, n. 42, Editora Zênite, p. 584, ago. 1997.

CONCLUSÃO

As licitações internacionais ocorrem quando a Administração Pública, em face da especificidade de certos equipamentos ou de limitação do mercado interno, abre a possibilidade para que tanto empresas nacionais quanto estrangeiras concorram para suas contratações. Nesse sentido, vale ressaltar, o próprio agente administrativo decidirá discricionariamente se uma licitação terá um caráter nacional ou internacional.

Em matéria de licitação, como viabilizadora de uma contratação estatal internacional, não será seguida uma única regra, pois, consoante previsão do próprio ordenamento jurídico pátrio, pode-se falar na existência de duas formas de licitação internacional no país. Se a Administração Pública brasileira financia o processo licitatório, este será regulado apenas pela lei nacional, notadamente a Lei nº 8.666/93. Contudo, se os recursos são oriundos de organismos internacionais de que o Brasil faça parte ou de agências estrangeiras de cooperação, a disciplina do certame advém de regras determinadas por essas entidades e não pela lei brasileira.

Dessa forma, percebe-se a importância de se estudar a legislação nacional, como se fez no momento inicial desse trabalho, e também a possibilidade de adoção de diretrizes fixadas por entidades internacionais e sua compatibilidade com as normas nacionais.

Outrossim, o exame jurídico dos princípios incidentes nas licitações internacionais é um dos pontos que mais suscita discussão quanto a esse tema, especialmente no tocante ao princípio da igualdade. Primeiramente, deve-se ter em conta que tal princípio, em sede de contratações extraterritoriais, volta-se, na verdade, para o estabelecimento de um ponto de equilíbrio entre o que deve ser igualado e o que deve ser diferenciado, justamente para se assegurar a igualdade entre os licitantes. Assim, na licitação internacional deve haver entre as partes a igualdade de condições.

Em relação à participação no certame e às condições de contratação, percebe-se que há vários dispositivos da Lei de Licitações e Contratos voltados à sua garantia. Por exemplo, o artigo 3º, §1º, proíbe tratamento diferenciado de natureza comercial,

legal, trabalhista, previdenciário, ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras. Na mesma linha, o artigo 42, §3º, afirma que as garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes às oferecidas ao estrangeiro.

Um tema de grande divergência na doutrina diz respeito aos critérios de desempate e a preferência na licitação internacional, conforme previsão do artigo 3º, §2º, da Lei nº 8.666/93. A discussão, nesse ponto, reside, fundamentalmente, na dimensão das mudanças ocasionadas pela revogação do artigo 171 da Constituição Federal. Em geral, os autores sustentam que os incisos I e III desse dispositivo restaram insubsistentes, permanecendo em vigor apenas o inciso II - posição que autoriza a preferência em favor de bens e serviços produzidos no país como critério de desempate. Contudo, há autores respeitados que entendem que os três incisos teriam perdido vigência.

Também a questão tributária dá margem à discussão quanto à aplicação do princípio da igualdade. A previsão do artigo 42, §4º, de que das propostas conste o gravame tributário a ser acrescido sempre que a carga tributária às empresas nacionais seja superior, tem por objetivo equiparar o fornecedor estrangeiro ao nacional quanto à carga fiscal por este suportada.. Todavia, como diversos autores advertem, tal dispositivo deve ser interpretado com cuidado, para que não se converta numa forma de beneficiar o licitante brasileiro indevidamente.

Assim, deve-se ter em mente que a abertura da licitação internacional relaciona-se com o interesse da Administração Pública de expandir o universo de competidores. E, no contexto que se constrói entre as economias mundiais, percebe-se a necessidade de adaptação dos certames licitatórios à evolução tecnológica, agilizando o processo de contratação, para que o prestador seja o que mais convenha, ou da forma mais proveitosa ao desempenho da função administrativa.

De toda forma, a questão deve ser ainda muito refletida pelos administradores públicos e estudada com dedicação pelos especialistas, de modo a se chegar a soluções práticas coerentes com o ordenamento jurídico nacional e que proporcionem a efetiva realização dos princípios jurídicos.

Em relação ao Mercosul, destaque-se que não há previsão, em qualquer de seus instrumentos, de tratamento sobre licitações públicas. Uma constatação recorrente nesse sentido é de que, desde que aderiu ao Tratado de Assunção até hoje, o Brasil não adequou devidamente sua legislação a dos demais países-membros, no sentido de assegurar tratamento igualitário entre as empresas dos países pertencentes ao bloco, tampouco firmou tratado específico sobre a disciplina dessa igualdade em licitações.

Ademais, a grande dificuldade encontrada pelos países-membros do Mercosul está na compatibilização de leis, até como forma de coibir a prática do *drawback*.

Enfim, na perspectiva de conferir transparência aos certames internacionais, torna-se necessário, cada vez mais, o estabelecimento de mecanismos adequados de solução de controvérsias. O fato é que a formação de blocos econômicos, com a conseqüente abertura de mercados, mais do que uma aspiração, é uma realidade irreversível, repleta de desafios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSONI FILHO, Sérgio. O Estado Enquanto Licitante Internacional. **Revista de Direito Internacional e Econômico**, Porto Alegre, v.3, n.9, p. 105-113, out./dez. 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. MELLO, Celso Antonio Bandeira de (org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997.

BITTENCOURT, Sidney. A licitação de bens e serviços de informática, com as alterações determinadas pela Lei nº 10.176/01 à Lei nº 8.248/91. **Jus Navigandi** Teresina, n. 621, mar. 2005. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6469>> Acesso em 29 mar. 2005.

_____. **Estudos sobre licitações internacionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direito dos Licitantes**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Licitações internacionais. In: RODAS, João Grandino (org.). **Contratos internacionais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 230-250.

_____. **Contratos internacionais: negociação e renegociação – Com comentários aos Incoterms – 1990.** São Paulo: Ícone, 1993.

GUMARÃES, Marco Antônio Miranda. **Concorrências e Licitações no Mercosul.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MAGALHÃES, José Carlos de. Fatores de licitação da jurisdição do Estado. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 767, set. 1999.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Licitação e contrato administrativo.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 15. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Licitações Internacionais e a Lei Federal nº 8666/93. **Boletim de Licitações e Contratos,** São Paulo, v. 3, p. 95-97, 1994.

MORIS, Gustavo. Licitações Internacionais frente aos Princípios Constitucionais. **Informativo de Licitações e Contratos,** TRESA, n. 124, p. 499-500, jun. 2004.

MOTTA, Fabrício. A harmonização das normas sobre licitação nos Estados-Membros do Mercosul. **Revista Diálogo Jurídico,** Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 14, jun./ago., 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 19 set. 2005.

MUKAI, Toshio. As Licitações Internacionais, as Normas da Lei nº 8.666/93 e as dos Organismos Financeiros Internacionais. **Revista de Direito Administrativo,** n. 208, p. 81-82, abr./jun. 1997.

_____. **O novo estatuto jurídicos das licitações e contratos públicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ORTEGA, Maria Lúcia Jordão. **Licitações à Luz da Lei 8.666/93.**

PEREIRA, César A. Guimarães. O regime jurídico das licitações no Brasil e o Mercosul. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador – CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.9, dez. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em 19 set. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, Rodrigo Alberto Correia da; MOLLICA, Júlio César. Licitações Internacionais e o Princípio da Igualdade entre os Licitantes. **Informativo de Licitações e Contratos**, TRESP, n. 120, p. 139-141, fev. 2004.

SOARES, Mário Lucio Quintão; TANURE, Rafael Jayme. A licitação internacional como instrumento de integração. **Boletim Jurídico**. Uberaba, n. 54. Disponível em <http://www.botetimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=167>> Acesso em 04 nov. 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Critérios de Julgamento das Licitações Internacionais. **Boletim de Licitações de Contratos**, São Paulo, v.7, p. 320-327, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1994.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Biblioteca Central. **Normas para apresentação de trabalhos**. Curitiba: Editora da UFPR: Governo do Estado do Paraná, 2002. 8v.