



Autor

Rafael Wallbach Schwind

LICITAÇÕES INTERNACIONAIS

Participação de Estrangeiros e
Licitações realizadas com
Financiamento Externo

Área específica

Direito Administrativo.

Áreas afins

Licitações e contratos administrativos.
Direito Público.

Público-alvo/consumidores

Advogados e consultores públicos e privados que atuam com licitações, magistrados, membros de tribunais de contas e demais órgãos de controle, administradores públicos, auditores, ordenadores de despesas, membros de comissões de licitação, estudiosos do direito administrativo e do direito público em geral.

Este livro, agora em sua nova edição, revista, atualizada e ampliada, é um denso e atualizado sobre as licitações internacionais. Examina as peculiaridades da participação de estrangeiros em licitações públicas, bem como os procedimentos licitatórios que contam com financiamento de organismos internacionais. Analisa em profundidade as regras editadas pelo BID, Banco Mundial e PNUD sobre licitações e contratos.

“O resultado é um livro dotado de dupla virtude. Por um lado, o autor não descarta da dimensão teórica do tratamento da matéria. (...) Mas a obra não deixa de considerar as questões práticas envolvidas nos casos concretos, inclusive apontando a jurisprudência dos Tribunais e do TCU. (...) Todos esses atributos tornam o livro de Rafael Wallbach Schwind uma obra de consulta indispensável e uma colaboração marcante para o progresso da doutrina brasileira atinente às licitações”.

Marçal Justen Filho

FORMATO: 14,5 X 21,5 cm

CÓDIGO: 10001017

S562l

Schwind, Rafael Wallbach

Licitações internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo / Rafael Wallbach Schwind; prefácio de Marçal Justen Filho. – 2. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2017.

320 p.

ISBN: 978-85-450-0162-1

1. Direito administrativo. 2. Licitações. 3. Contratos administrativos. I. Justen Filho, Marçal. II. Título.

CDD 341.3

CDU 342.9

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCHWIND, Rafael Wallbach. Licitações internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 320 p. ISBN 978-85-450-0162-1.

SUMÁRIO

PREFÁCIO		
Marçal Justen Filho	19	
NOTA À SEGUNDA EDIÇÃO	23	
APRESENTAÇÃO.....	25	
CAPÍTULO 1		
CARACTERIZAÇÃO DAS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS		
E PLANO DE EXPOSIÇÃO.....		29
1.1	Explicação prévia	29
1.2	Ausência de conceituação nas leis que regem as licitações públicas.....	29
1.3	A definição pelas normas que regem o <i>drawback</i>	31
1.4	Possíveis critérios caracterizadores da licitação internacional	32
1.4.1	Realização no exterior.....	32
1.4.2	Divulgação no exterior	33
1.4.3	recursos de fonte externa	34
1.4.4	Participação de estrangeiros	35
1.4.5	Desnecessidade de os estrangeiros terem autorização para funcionamento no Brasil	35
1.5	Sistematização da matéria.....	36
1.6	Inexistência de alterações no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).....	38
1.7	Plano de exposição	39
CAPÍTULO 2		
PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS EM LICITAÇÕES		
PÚBLICAS NO BRASIL		41
2.1	Explicação prévia	41
2.2	A participação de estrangeiros e o princípio da isonomia	42
2.2.1	O princípio da isonomia: noção geral	42
2.2.2	A licitação como procedimento essencialmente discriminatório.....	43
2.2.3	A isonomia e a participação de estrangeiros.....	44
2.2.3.1	Regra geral: possibilidade de participação de estrangeiros.....	44
2.2.3.2	Atividades restritas a brasileiros	46
2.2.3.3	Tratamento isonômico entre nacionais e estrangeiros.....	46

2.2.3.4	A questão do domicílio no Brasil.....	47
2.2.3.5	Participação de licitantes nacionais e financiamento estrangeiro.....	48
2.2.4	exceções legais: a proteção da indústria brasileira e o fomento ao desenvolvimento nacional.....	48
2.2.4.1	Exceções previstas na Lei nº 8.666	49
2.2.4.2	A Lei nº 12.349 e o incentivo ao desenvolvimento nacional	50
2.2.4.3	A Lei nº 12.598 e as contratações no setor de defesa	52
2.2.4.4	Considerações críticas.....	54
2.3	As práticas de compensação (<i>offset</i>).....	55
2.3.1	Esclarecimento de ordem terminológica	55
2.3.2	O <i>offset</i> como medida de fomento nas contratações públicas.....	55
2.3.3	Tipos de compensação.....	58
2.3.4	Modalidades de compensação	59
2.3.5	Casos concretos.....	61
2.3.6	Considerações sobre as medidas de compensação nas contratações públicas.....	63
2.3.6.1	Medidas de compensação e a elevação do custo das contratações públicas.....	64
2.3.6.2	Medidas de compensação e licitação.....	64
2.3.6.3	Medidas de compensação e negociação.....	65
2.3.6.4	O controle das medidas de compensação.....	65
2.3.6.5	Medidas de compensação e benefício a empresas privadas	66
2.4	Ainda a distinção entre licitações nacionais e internacionais e a participação de estrangeiros	67
2.5	Requisitos para a participação de licitantes estrangeiros.....	68
2.5.1	A questão da autorização para funcionamento no Brasil.....	69
2.5.1.1	A disciplina legal para obtenção de autorização de funcionamento	69
2.5.1.2	O critério para definição da necessidade de autorização: “funcionamento” no Brasil	70
2.5.1.3	A participação de empresa estrangeira em consórcio que será convertido em sociedade de propósito específico	72
2.5.1.4	Momento de comprovação da autorização governamental.....	74
2.5.2	A apresentação de documentos produzidos no exterior.....	75
2.5.2.1	A aplicação da lei do domicílio da pessoa jurídica	75
2.5.2.2	A regularidade formal da apresentação de documentos produzidos no estrangeiro: consularização e tradução juramentada	77
2.5.2.3	A apresentação de documentos “equivalentes”	80
2.5.2.4	A regularidade fiscal do licitante estrangeiro	85
2.5.2.5	O abrandamento das exigências e a necessidade de o licitante estrangeiro demonstrar a sua qualificação	85
2.5.2.6	A participação de licitante estrangeiro em pregão eletrônico	86
2.5.3	A existência de representação legal no Brasil	87
2.5.3.1	A representação legal no Brasil.....	87
2.5.3.2	Residência e domicílio do representante no Brasil.....	87
2.5.3.3	A formatação jurídica da representação	88
2.5.3.4	Os poderes e as responsabilidades do representante legal.....	89
2.5.3.5	O prazo da representação	90
2.5.3.6	O momento de comprovação da representação	90
2.5.4	A participação de empresa estrangeira em consórcio	91
2.5.4.1	Possibilidade de consórcio.....	91
2.5.4.2	A questão da liderança	91
2.6	O processamento da licitação com a participação de empresas estrangeiras	93
2.6.1	A cotação de preços em moeda estrangeira	93
2.6.2	A fixação de condições equivalentes de pagamento.....	94
2.6.3	Conversão da moeda para pagamento	94
2.6.4	As garantias de pagamento ao vencedor.....	94
2.6.5	A “equalização” das propostas	95
2.6.5.1	O entendimento de parcela da doutrina.....	95
2.6.5.2	A equalização das propostas: parâmetros para a sua compreensão	96
2.6.5.2.1	Objetivo da norma: proteção dos licitantes brasileiros e regra de isonomia	96
2.6.5.2.2	Impossibilidade de simular a “carga tributária brasileira”	97
2.6.5.2.3	Possibilidade de empregar mecanismos de elisão fiscal	98
2.6.5.2.4	Os tributos incidentes sobre os licitantes estrangeiros	99
2.6.5.2.5	A dificuldade de comparação.....	99
2.6.5.2.6	A busca pela proposta mais vantajosa	100

2.6.5.3	A correta compreensão da equalização das propostas.....	100
2.6.5.3.1	A geração de despesa adicional à Administração pela contratação do estrangeiro.....	100
2.6.5.3.2	Rejeição da tese do afastamento da previsão legal.....	102
2.6.5.4	O recente posicionamento do TCU.....	103
2.6.5.5	Conclusões a respeito da “equalização das propostas”.....	108
2.6.6	Cotação para o mesmo local de destino.....	109
2.7	Participação de empresas sediadas em paraísos fiscais.....	110
2.7.1	Possibilidade de participação em licitações	110
2.7.2	Ainda a questão da equalização das propostas.....	112
2.7.3	A questão da indicação da composição societária.....	112

CAPÍTULO 3

ASPECTOS GERAIS DAS LICITAÇÕES FINANCIADAS POR ORGANISMOS INTERNACIONAIS.....

3.1	Explicação prévia	115
3.2	A previsão do artigo 42, §5º, da Lei nº 8.666	115
3.3	Os fundamentos para a aplicação de atos internacionais ou regras editadas por organismos financiadores	117
3.3.1	Fundamentos para a aplicação das regras contidas em acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais.....	117
3.3.2	Fundamentos para a aplicação de regras editadas por organismo internacional.....	120
3.3.3	A relevância prática da compreensão desses fundamentos.....	121
3.4	Pressupostos para a aplicação das regras previstas em atos internacionais ou editadas por organismos internacionais.....	126
3.4.1	Ressalvas prévias.....	126
3.4.1.1	Inexistência de afastamento completo da Lei nº 8.666: a diversidade de matérias tratadas pela lei e a impossibilidade de afastamento do regime jurídico administrativo	126
3.4.1.2	Cabimento não restrito às concorrências	131
3.4.1.3	O objeto das licitações realizadas de acordo com atos internacionais ou regras de organismo internacional: a questão das concessões e parcerias público-privadas	132
3.4.2	Primeiro pressuposto: existência de recursos de origem estrangeira	135
3.4.2.1	A questão da aplicação de recursos apenas parcialmente originários de fonte estrangeira	135
3.4.2.2	Inaplicabilidade às situações de mera intermediação de recursos nacionais	139
3.4.2.3	A questão da contrapartida pela Administração nacional em contratação apartada	143
3.4.2.4	A hipótese do financiamento internacional retroativo	144
3.4.2.4.1	A questão da previsão de recursos orçamentários.....	145
3.4.2.4.2	A questão do procedimento aplicável: aproveitamento dos atos praticados?	147
3.4.2.4.3	A necessidade de observância dos direitos do contratado	149
	a) Ausência de responsabilização do particular.....	149
	b) Direito à indenização pelos prejuízos sofridos.....	150
	c) Necessidade de observância do devido processo legal.....	151
3.4.3	Segundo pressuposto: condição essencial imposta pelo organismo internacional para o repasse dos recursos	153
3.4.4	Necessidade de comprovação dos dois pressupostos	154
3.5	O conteúdo das modificações que podem ser admitidas.....	155
3.5.1	Impossibilidade de afastamento dos princípios fundamentais..	155
3.5.1.1	Necessidade de interpretação ampliativa da norma.....	157
3.5.1.2	O financiamento de recursos e os reflexos sobre os cofres públicos.....	158
3.5.1.3	A natureza dos recursos obtidos mediante doação e os princípios básicos das licitações.....	160
3.5.1.4	A soberania nacional e a indisponibilidade dos interesses fundamentais	160
3.5.1.5	O controle sobre as modificações aplicadas	161
3.5.1.6	Ainda a ausência de afastamento total da Lei nº 8.666.....	162
3.5.2	Definição objetiva das regras que orientam a licitação.....	163
3.5.3	Casuística.....	163
3.5.3.1	Crítérios de julgamento diferenciados	163
3.5.3.2	Modificações procedimentais.....	165
3.5.3.3	Requisitos de qualificação.....	166
3.5.3.4	Negociação de preços e outras condições da proposta.....	171
3.6	Outras regras da Lei nº 8.666 aplicáveis a licitações financiadas	

	por organismos internacionais	174
3.6.1	Desnecessidade de a empresa estrangeira ter representação legal no Brasil.....	174
3.6.2	Desnecessidade de a empresa brasileira ser líder em consórcio.....	175
3.6.3	Foro competente para a resolução de controvérsias	175
3.6.4	Observação final	175
3.7	A revogação e a anulação da licitação realizada com recursos internacionais.....	176
3.7.1	A possibilidade de revogação da licitação em virtude da perda do financiamento.....	176
3.7.2	A questão do aproveitamento dos atos praticados	177
3.7.3	Necessidade de observância do contraditório prévio.....	177
3.7.4	Possibilidade de questionamento do ato praticado pelo organismo internacional.....	178

CAPÍTULO 4

A ATUAÇÃO DO ENTE FINANCIADOR E AS QUESTÕES

	PROCESSUAIS SUBJACENTES	179
4.1	Ressalva prévia	179
4.2	A atuação do organismo internacional financiador	179
4.2.1	Aprovação dos termos do instrumento convocatório.....	180
4.2.2	O exame de ofício dos atos praticados (“não objeções”)	180
4.2.3	Decisão de reclamações e protestos.....	180
4.2.4	Fiscalização da aplicação dos recursos.....	181
4.2.5	Legitimidade processual dos entes financiadores.....	181
4.3	Questões processuais peculiares às licitações financiadas por organismos internacionais	185
4.3.1	A competência da Justiça Federal	186
4.3.2	A competência recursal do Superior Tribunal de Justiça como órgão de segundo grau de jurisdição	186
4.3.3	A competência do presidente do Superior Tribunal de Justiça para a apreciação de pedidos de suspensão de liminar	189
4.3.4	O cabimento de reclamação para a preservação de competência do Superior Tribunal de Justiça	190

CAPÍTULO 5

LICITAÇÕES REALIZADAS COM RECURSOS DO BID E DO

	BIRD (BANCO MUNDIAL)	193
5.1	Explicação prévia	193
5.2	A atuação do BID e do BIRD	194
5.3	A dualidade de regimes: obras, serviços e bens <i>vs.</i> seleção e contratação de consultores.....	196
5.4	Regras gerais aplicadas à contratação de consultores e à aquisição de bens, obras e serviços.....	197
5.4.1	Âmbito de aplicação das Políticas: financiamento total ou parcial e financiamento retroativo.....	198
5.4.2	Responsabilidade pela condução dos projetos	199
5.4.3	Orientações gerais para a condução dos projetos.....	199
5.4.4	Limitação das exigências.....	201
5.4.5	Elegibilidade	201
5.4.6	Participação de consórcios	203
5.4.7	Práticas proibidas e os efeitos das sanções aplicadas pelo ente financiador	203
5.4.8	O plano de aquisições.....	206
5.4.9	A revisão pelo BID e pelo BIRD	206
5.4.10	A previsão de preferências nacionais	206
5.5	As modalidades licitatórias aplicáveis à aquisição de bens e à contratação de obras	207
5.5.1	A Concorrência (ou Licitação) Pública Internacional.....	209
5.5.1.1	Tipos contratuais (regimes de execução).....	209
5.5.1.2	A empreitada integral (<i>turnkey contract</i>)	210
5.5.1.3	O procedimento da concorrência pública internacional.....	210
5.5.1.3.1	A publicidade das licitações	210
5.5.1.3.2	A pré-qualificação	211
5.5.1.3.3	O edital da licitação.....	211
5.5.1.3.4	Os critérios de julgamento das propostas.....	212
	a) O critério-base: menor custo avaliado	213
	b) O cabimento de outros critérios.....	213
	c) As “Aquisições Baseadas no Desempenho”	213
5.5.1.3.5	As propostas.....	214

5.5.1.3.6	A abertura e o exame das propostas.....	216
5.5.1.3.7	A pós-qualificação.....	218
5.5.1.3.8	A decisão acerca das propostas, a “não objeção” e a adjudicação.....	219
5.5.1.3.9	A possibilidade de impugnação da decisão.....	219
5.5.2	Os demais procedimentos licitatórios.....	220
5.5.2.1	Concorrência (ou Licitação) Internacional Limitada.....	220
5.5.2.2	Licitação Pública Nacional.....	220
5.5.2.3	Comparação de Preços (<i>shopping</i>).....	221
5.5.2.4	Contratação direta.....	222
5.6	As modalidades licitatórias aplicáveis à seleção e contratação de consultores.....	224
5.6.1	A Seleção Baseada na Qualidade e Custo.....	226
5.6.1.1	Elaboração dos Termos de Referência (TDR).....	226
5.6.1.2	Estimativa de custo (orçamento).....	227
5.6.1.3	Publicidade.....	227
5.6.1.4	A lista curta de consultores.....	228
5.6.1.5	A solicitação de propostas.....	229
5.6.1.6	Os tipos contratuais.....	231
5.6.1.7	Recebimento das propostas.....	232
5.6.1.8	Avaliação das propostas técnicas.....	233
5.6.1.9	Avaliação das propostas financeiras.....	235
5.6.1.10	Definição da proposta vencedora e negociação.....	236
5.6.1.11	Negociação frustrada e propostas inaceitáveis.....	238
5.6.1.12	Adjudicação e publicidade do resultado final.....	239
5.6.2	As variações procedimentais.....	239
5.6.2.1	Seleção Baseada na Qualidade.....	240
5.6.2.2	Seleção com Orçamento Fixo.....	241
5.6.2.3	Seleção Baseada no Menor Custo (ou Seleção pelo Menor Custo).....	242
5.6.2.4	Seleção Baseada nas Qualificações do Consultor.....	242
5.6.2.5	Contratação direta.....	243
5.7	A revisão do procedimento licitatório pelo BID e pelo BIRD e a formulação de protestos pelos licitantes.....	245
5.7.1	Revisão do planejamento da contratação.....	245
5.7.2	Revisão do certame e do contrato.....	246
5.7.2.1	Revisão <i>ex ante</i> (ou revisão prévia).....	246
5.7.2.2	Revisão <i>ex post</i> (ou revisão posterior).....	248
5.7.3	A apresentação de protestos e reclamações pelos licitantes.....	249

CAPÍTULO 6

LICITAÇÕES REALIZADAS COM PARTICIPAÇÃO DO PNUD...		253
6.1	Explicação prévia.....	253
6.2	O contexto institucional e legal do PNUD.....	254
6.2.1	criação e objetivos do PNUD.....	254
6.2.2	O PNUD no contexto da ONU.....	256
6.2.3	Instrumentos de definição da atuação do PNUD.....	256
6.2.4	Atuação do PNUD no Brasil.....	257
6.3	As parcerias entre o Estado brasileiro e o PNUD.....	258
6.3.1	As fontes de recursos do PNUD.....	258
6.3.2	Modalidades de execução de projetos.....	259
6.3.2.1	A execução direta.....	259
6.3.2.2	A execução nacional.....	259
6.3.3	Formação, condução e monitoramento das parcerias na modalidade de execução nacional.....	259
6.3.3.1	A formação da parceria para execução nacional.....	260
6.3.3.1.1	A Assistência Preparatória (AP).....	260
6.3.3.1.2	O Documento de Projeto (PRODOC).....	261
6.3.3.1.3	A Autorização de Adiantamento (AA).....	261
6.3.3.1.4	Duração dos projetos.....	261
6.3.3.1.5	Modificações dos documentos de parceria.....	262
6.3.3.2	A execução do projeto.....	262
6.3.3.2.1	A atuação do PNUD.....	262
6.3.3.2.2	A atuação da entidade executora nacional.....	263
6.3.3.2.3	A participação de outras entidades (agências implementadoras).....	263
6.3.3.3	O monitoramento dos projetos.....	263
6.4	As licitações realizadas com participação do PNUD.....	264
6.4.1	Definição das normas aplicáveis.....	264
6.4.2	As licitações realizadas segundo o Manual de Convergência de Normas Licitatórias.....	267

6.4.2.1	As modalidades licitatórias	267
6.4.2.1.1	Solicitação de cotação	268
	a) Cabimento	268
	b) Procedimento	268
6.4.2.1.2	Solicitação de propostas	272
	a) Cabimento	272
	b) Procedimento	272
6.4.2.1.3	Concorrência	273
	a) Cabimento	273
	b) Procedimento	274
6.4.2.1.4	A inclusão do pregão e do registro de preços em Adendo ao Manual de Convergência	274
	a) Adoção de pregão e registro de preços sem previsão no Manual de Convergência	274
	b) Observações iniciais sobre o Adendo ao Manual de Convergência de Normas Licitatórias	275
	c) As adaptações determinadas pelo Tribunal de Contas da União	275
	d) Pregão	276
	d) Sistema de registro de preços	278
6.4.2.2	A fase interna das licitações	278
6.4.2.2.1	O planejamento das aquisições	278
6.4.2.2.2	Postulados para a otimização dos recursos	279
6.4.2.2.3	Especificações técnicas nas compras de bens	281
6.4.2.2.4	Os Termos de Referência (TOR) nas contratações de serviços técnicos profissionais	282
6.4.2.2.5	Os projetos nas licitações de obras e serviços	283
	a) O projeto básico	283
	b) O projeto executivo	284
	c) Procedimentos na definição dos projetos	284
6.4.2.2.6	Habilitação e registro dos licitantes	285
	a) Habilitação jurídica	285
	b) Regularidade fiscal	286
	c) A qualificação técnica	286
	d) A qualificação econômico-financeira	289
	e) Exigências relacionadas a consórcios	290
	f) Os registros cadastrais de pré-qualificadas	291
	g) Dispensa de habilitação na solicitação de cotação	292
6.4.2.2.7	Documentação e procedimento das licitações	293
	a) O conteúdo do edital	293
	b) O aviso de licitação e o envio de solicitação	294
	c) Prazo para a entrega da documentação	294
	d) Impugnação ao edital	295
	e) Inadmissibilidade de propostas alternativas	296
	f) Alteração de propostas	296
	g) Questionamentos dos interessados	296
	h) A abertura dos envelopes	298
	i) Pedido de reconsideração e recurso hierárquico na fase de habilitação	298
	j) Devolução dos envelopes aos licitantes inabilitados	299
	k) Abertura das propostas	300
	l) Avaliação das propostas	300
	l.1) Licitações para aquisição de bens e serviços	300
	l.2) Licitações para aquisição de serviços técnicos especializados	301
	l.2.1) O rol de serviços técnicos profissionais especializados	301
	l.2.2) O problema da definição do tipo licitatório: menor preço, técnica e preço ou melhor técnica	301
	l.2.3) A avaliação propriamente dita das propostas	302
	l.3) Licitações para contratação de obras	303
	l.4) Avaliação dos preços	303
	m) Pedido de reconsideração e recurso hierárquico na fase de avaliação das propostas	304
	n) A promoção de diligências	305
	o) Ultimação dos atos	305
6.4.2.3	Exceções ao procedimento licitatório	305
6.4.2.3.1	Princípios gerais	306
6.4.2.3.2	A dispensa de licitação	308
6.4.2.3.3	A inexigibilidade de licitação	310
6.5	Formalização dos contratos	311
6.5.1	Assinatura do contrato	311

6.5.2	Garantia de execução do contrato.....	311
6.5.3	Aditamentos contratuais.....	312
6.5.4	Fiscalização dos contratos.....	313
6.6	Pagamentos ao contratado.....	313
6.6.1	Momento de realização dos pagamentos	313
6.6.2	Adiantamentos e parcelamentos.....	314

REFERÊNCIAS 315