



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico

Nota Técnica nº 182 /COGTL/SEAE/MF

Brasília, 23 de dezembro de 2015.

Assunto: Regras para a participação de empresas estrangeiras em licitações.

Ementa: Recomendação de revisão de regras que restringem a participação de empresas estrangeiras, que não possuem filiais devidamente registradas no país, em licitações de concessão de infraestrutura e de obras públicas.

Acesso: Público

1) Introdução

1. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae/MF), órgão integrante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dentre suas atribuições e competências definidas no art. 19º da Lei nº 12.529/2011 e no art. 8º do Decreto nº 8.391/2015, realiza periodicamente o acompanhamento dos processos de concessão de exploração de infraestrutura rodoviária, aeroportuária, ferroviária e portuária.

2. Com o objetivo de promover o desenvolvimento de um sistema de transportes mais eficiente, que promova sinergias entre os modais rodoviário, ferroviário, hidroviário, portuário e aeroportuário, em 15 de agosto de 2012, o Governo Federal brasileiro lançou o Programa de Investimentos em Logística (PIL), conduzido por meio de parcerias estratégicas com o setor privado. Em 09 de junho de 2015, foi anunciada a segunda etapa do PIL, dando

continuidade ao processo de modernização da infraestrutura de transportes do país e visando também à retomada do crescimento da economia.

3. Essa segunda etapa prevê a realização de novas concessões, gerando assim grandes oportunidades de investimentos para o setor privado nacional e estrangeiro. Por essa razão, o Governo Federal vem desenvolvendo diversas ações com o objetivo de atrair capital estrangeiro para os leilões do PIL 2. No caso da Seae, atinente em promover a competitividade dos leilões, tem atuado no sentido de incentivar e facilitar a participação de empresas e investidores estrangeiros no setor de infraestrutura no Brasil.

4. Conforme a legislação vigente no Brasil, as concessões de serviços públicos, acompanhadas ou não de obras públicas, delegadas pelo poder público a pessoas jurídicas ou consórcios, devem ser precedidas de licitação. Como pode ser conferido na Constituição Federal, em seu 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, o qual **somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**” (grifamos).

5. Em consonância com o mencionado na Constituição Federal, o art. 3^a da Lei n^o 8.666/1993, conhecida como Lei das Licitações, afirma que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

6. Considerando o previsto nas normas jurídicas nacionais, o preclaro doutrinador Celso Antonio Bandeira de Mello¹ conceitua licitação e seus objetivos da seguinte maneira:

“[...] É o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados. A licitação visa

¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores, 15^a Ed.

a alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares”.

7. Deste modo, a licitação tem que atender, necessariamente, a três requisitos públicos impostergáveis: (i) proteção aos interesses públicos e recursos governamentais ao se procurar a oferta mais vantajosa para a administração; (ii) respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos artigos 5º e 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988) – pela abertura de concorrência do certame – e, por fim, (iii) a observância da probidade administrativa (imposta pelos artigos 37, *caput*, e 85, V, da Carta Magna brasileira). Devendo garantir a igualdade entre concorrentes e somente permitir as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

8. De acordo com a legislação do país, é facultada às empresas estrangeiras a possibilidade de disputa de licitações, como forma de cumprir o princípio da isonomia - desde que respeitados os requisitos de habilitação e capacidade necessários à execução do objeto contratual, caso se tornem adjudicatárias dos certames. Os artigos 28, V, e 32, §§4º e 6º da Lei 8.666/1993 dispõem sobre as exigências referentes à habilitação das empresas estrangeiras. Se, por um lado, reza a lei (art. 32, §4º) que as empresas estrangeiras *que não funcionem no país*, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências de habilitação “mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado”, ela, por outro lado, exige (art. 28, V) que empresa estrangeira *em funcionamento no país* apresente “decreto de autorização (...) e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir”. Tal autorização é disciplinada nos arts. 1.134 a 1.141 do Código Civil.

9. Desse modo, o citado art. 32, §4º, conforme entendimento de Marçal Justem Filho², não se aplica às sociedades estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil, mas regula, exclusivamente, a situação da sociedade estrangeira que, não tendo autorização, desejar participar de uma licitação.

10. Por sua vez, a Resolução nº 444/2000, do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (Confea), dispõe, em seu art. 5º, sobre os procedimentos relativos ao consórcio de empresas, participação de empresas estrangeiras em licitações e acervo técnico de obras e serviços realizados no exterior. O artigo em comento exige que, para participar de licitações

²Justem - Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12º Ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 460.

no Brasil em atividades nos segmentos relacionados à engenharia, arquitetura e agronomia, empresas estrangeiras sem filiais registradas no país realizem cadastro prévio e sejam autorizadas pelos respectivos Conselhos Regionais de Engenharia e Agronomia (CREAs) .

11. Entre os documentos exigidos, estão os registros de constituição da empresa, de seu corpo técnico e de representantes legais, que devem ser traduzidos e terem autenticação do consulado brasileiro no país de origem da empresa interessada, sendo entregues ao CREA, ao menos, 30 dias antes da data prevista para a realização da licitação. Além disso, deve ser entregue uma cópia do edital do certame no qual a empresa deseje concorrer.

12. As exigências trazidas pela Resolução nº 444/2000, em particular a exiguidade dos prazos estipulados e o momento para a apresentação da documentação pela empresa que deseje atuar no Brasil, parecem extrapolar a previsão das Leis nº 8.666/1993 e 5.194/1966 – com destaque para o art. 59 do último diploma legal, que traz exigências, apenas, para o início das atividades no país - e podem causar impactos concorrenciais significativos, ao se constituírem em barreiras à concorrência para a atração e participação de potenciais investidores estrangeiros em certames licitatórios de infraestrutura no Brasil.

13. Ante o exposto, o objetivo do presente parecer é apresentar contribuições da Seae, considerando as suas atribuições legais no âmbito da advocacia da concorrência, visando o aperfeiçoamento de regramentos que podem vir a afetar as condições de concorrência no setor de infraestrutura no Brasil.

14. Para tanto, esta Secretaria se utiliza de um conjunto de questões a serem verificadas na análise do impacto de políticas públicas sobre a concorrência adotado pela OCDE³. Segundo este método, o impacto competitivo poderia ocorrer por meio de: i) limitação no número ou variedade de fornecedores; ii) limitação na concorrência entre empresas; iii) diminuição do incentivo à competição, e; iv) limitação das opções dos clientes e da informação disponível.

2) Da Análise

15. Como mencionado anteriormente, a Resolução nº 444/2000 do Confea dispõe, em seu art. 5º, *in verbis*:

“Art. 5º As empresas estrangeiras que não possuem filiais devidamente registradas no país deverão cumprir as seguintes exigências para participação em licitações de caráter internacional:

³ Metodologia desenvolvida com base naquela utilizada pela OCDE (2011). Guia de Avaliação da Concorrência. Versão 2.0. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/46969642.pdf>>. Acesso em 14.12.2015

I - apresentar documentos de constituição das empresas e de seu corpo técnico, bem como comprovantes relativos ao acervo técnico dos profissionais delas encarregados, devidamente traduzidos por tradutor público juramentado e autenticados pelo consulado brasileiro do país da sede da interessada, pelo menos trinta dias antes da data prevista para a realização da licitação;

II - entregar cópia do Edital de Licitação em que deseja participar; e

III - fornecer dados relativos aos seus representantes legais no país.”

16. Tais exigências se configuram como barreiras à participação de empresas estrangeiras que não estão originalmente previstas na Lei nº 8.666/1993, ou na Lei nº 5.194/1966. Como antecipamos, o disposto no art. 5º aparentemente exorbita as competências legais do Confea, em particular tendo em mente a leitura do disposto no art. 59 da Lei nº 5.194/1966 *vis-à-vis* os artigos 170, IV e parágrafo único, da Constituição Federal, que colocam a livre concorrência e a liberdade de exercício da atividade econômica como regra.

17. Além da mencionada exiguidade dos prazos estipulados e o momento para a apresentação da documentação pela empresa que deseja atuar no Brasil, o art. 5º da Resolução nº 444/2000 suscita, ainda, preocupação quanto à divulgação de informações estratégicas, quanto ao incentivo à concertação entre concorrentes e quanto à assimetria regulatória em detrimento da participação estrangeira. Tais exigências têm o potencial de frustrar a finalidade da licitação em promover a concorrência para escolha da melhor proposta pela administração pública e o princípio da isonomia entre os que desejam participar do certame.

2.1. Da assimetria regulatória

18. O art. 5º da Resolução nº 444/2000 parece extrapolar os mandamentos das Leis nº 8.666/1993 e nº 5.194/1966 ao exigir que os atestados fornecidos por empresa estrangeira sejam registrados exclusivamente nas entidades profissionais competentes nacionais. Consta da redação do art. 30, §1º da Lei de Licitações que:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

.....

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

.....

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados **nas entidades profissionais competentes**, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) [grifamos]

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;”

.....

19. Tendo como referência a metodologia proposta pela OCDE, a Resolução Confea nº 444/2000 tem o potencial de prejudicar a concorrência no tocante aos seguintes itens i) limitação do número ou variedade de fornecedores e iv) limitação das opções dos clientes e da informação disponível. Isso pois, conforme pode ser observado, a lei brasileira não exige que os atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado sejam registrados nas entidades profissionais competentes exclusivamente nacionais. Dessa forma, há a possibilidade de se aceitar que tais documentos sejam emitidos pelas entidades congêneres estrangeiras, não sendo obrigatória a submissão do interessado ao Sistema Confea.

20. Portanto, o art. 5º da resolução do Confea estabelece obrigação adicional para as empresas estrangeiras que não funcionam no Brasil, razão que se recomenda a sua revogação por parte do Confea.

2.2. Do prazo

21. De acordo a Lei nº 8.666/1993 a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com a vinculação ao instrumento convocatório, no caso o edital. A mesma lei versa, no art. 21, que o prazo mínimo entre a publicação do edital e o recebimento das propostas ou da realização da licitação será de 5 a 45 dias, conforme a modalidade e o tipo da licitação. Caso a licitação ocorra sob a égide da Lei nº 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), os prazos mínimos para a apresentação das propostas são contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório e serão de 5 a 30 dias úteis, variando conforme o caso.

22. Nesse contexto, considerando a ocasião em que seja adotado o prazo mínimo, vigente na legislação, entre a publicação do instrumento convocatório e o recebimento das propostas,

torna-se inviável cumprir, no tempo determinado, as exigências do artigo 5º da Resolução Confea nº 444/2000, o qual exige que, para participarem da licitação de caráter internacional, as empresas estrangeiras que não possuam filiais devidamente registradas no país tenham que apresentar, pelo menos trinta dias antes da data prevista para a realização da licitação, documentos de constituição das empresas, de seu corpo técnico e comprovantes relativos ao acervo técnico dos profissionais delas encarregados, devidamente traduzidos por tradutor público juramentado e autenticados pelo consulado brasileiro do país da sede da interessada.

23. Cumpre lembrar que o cumprimento das exigências da Resolução nº 444/2000 depende do cumprimento de trâmites burocráticos nos consulados, os quais dependem da disponibilidade do corpo técnico e sujeitam-se, sem qualquer preferência de tratamento, à fila diária de solicitações.

24. Ademais, diante do exposto, conclui-se que o presente subtópico afeta três pontos analisados pela metodologia da OCDE, pois: i) limita o número ou variedade de fornecedores; ii) limita a concorrência entre empresas; e iii) diminui o incentivo à competição. O prazo citado pela resolução pode impedir a participação de empresas estrangeiras que eventualmente tenham interesse em participar da licitação por não conseguirem cumprir com o prazo da Resolução do Confea, ferindo assim dispositivos constitucionais e legais ao limitar, visivelmente, a participação a um reduzido número de concorrentes, o que pode frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório.

2.3. Do fornecimento de informações estratégicas

25. Como tratado no tópico anterior, as empresas estrangeiras que não possuem filiais devidamente registradas no país, caso tenham tão somente a intenção de participar de uma licitação de caráter internacional no Brasil, deverão cumprir uma série de exigências, dentre elas a entrega de alguns documentos ao CREA indicando seu interesse em participar de determinado certame.

26. Tal procedimento pode ser prejudicial à concorrência tendo como base a metodologia utilizada pela OCDE ao impactar os itens ii) limitação da concorrência entre empresas, e iii) diminuição do incentivo à competição, uma vez que a empresa estrangeira disponibiliza ao Confea, pelo menos 30 dias antes da licitação, o seu interesse em participar de uma licitação, a sua intenção de investimento, seu corpo técnico e experiência, dentre outras informações estratégicas de seu negócio, antes mesmo de entrar na concorrência de determinado certame. Além disso, há a assimetria regulatória, pois as empresas brasileiras ou estrangeiras que possuem representação no país e que pretendam participar da mesma licitação não precisam apresentar informações sigilosas e estratégicas ao Confea -, a antecipação do interesse em participar da licitação pode facilitar a concertação entre concorrentes.

27. Ademais, a assimetria regulatória afeta o princípio da isonomia entre os participantes. Esse princípio está, aliás, assentado no art. 3º, §1º, I e II, da Lei das Licitações, segundo os quais é vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos § 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (grifamos)

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

28. Como pode ser visto nos trechos acima, a licitação pública é norteadada pela vedação a comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo do certame, bem como a estabelecer tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras ou qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

29. Diante de tal contexto, visando assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes, nacionais e estrangeiros, essa Secretaria sugere a exclusão de tal exigência.

3. Conclusões

30. Ante o exposto, as exigências do art. 5º da Resolução nº 444/2000 do Confea, ao limitarem a participação das empresas estrangeiras que não possuam filiais devidamente registradas no país, acabam por contrariar o objetivo da licitação, que é o de selecionar a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Tais restrições, ao limitarem a participação das empresas estrangeiras, podem frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório.

31. Tais ações também deixam em vulnerabilidade o princípio da igualdade entre os participantes, que implica a necessidade de promover oportunidades de disputa no certame a todos e quaisquer interessados que dele desejem participar.

32. Visto que é competência da Seae atuar na defesa da concorrência e que a mencionada resolução gera impactos anti-concorrenciais nas licitações de infraestrutura, esta Secretaria,

visando o aperfeiçoamento da norma em tela e a garantir a competitividade nos certames, recomenda que o Confea exclua da Resolução nº 444/2000 as exigências relacionadas à participação em licitações de caráter internacional, para as empresas estrangeiras que não possuam filiais no Brasil.

À consideração superior,


LEISY MIKAELLY ALVES TEIXEIRA
Gerente


RODRIGO ROSA DA SILVA CRUVINEL
Coordenador


CLEYTON MIRANDA BARROS
Coordenador-Geral de Transportes e Logística


ROBERTO DOMINGOS TAUFICK
Assessor

De acordo.


MARCELO LEANDRO FERREIRA
Subsecretário de Análise Econômica e Advocacia da Concorrência


PAULO CORREA
Secretário de Acompanhamento Econômico

