

A QUESTÃO DO PAGAMENTO DE EMPRESA ESTABELECIDO NO BRASIL QUANDO O CONTRATO É ORIUNDO DE LICITAÇÃO INTERNACIONAL

SIDNEY BITTENCOURT

Texto elaborado em dezembro de 2002

Em 28 de dezembro de 2002, a coluna “Informe JB” do Jornal do Brasil – RJ, de Gustavo Krieger, divulgou duas notas voltadas para as aquisições da Administração Pública – no caso, a Polícia Rodoviária Federal – no âmbito das **Licitações Internacionais**, assunto que, de quando em vez, é motivo de notícia, discussão e, quase sempre, erros de aplicação e interpretação quanto aos meandros técnico-jurídicos que envolvem a matéria.

Diziam as notas:

“Impasse

A Polícia Rodoviária Federal continua esperando por quatro helicópteros que comprou há mais de um ano. Em dezembro de 2001, a empresa Helibrás ganhou concorrência internacional com o preço global de US\$ 4,3 milhões para fornecer as aeronaves. Pelo edital, o pagamento seria feito em reais, com a cotação do dólar do dia de apresentação das notas fiscais. No dia 28 de dezembro, o contrato foi celebrado, contudo, em reais, com a conversão do dólar pelo dia anterior à assinatura do documento – quando a moeda americana apresentava ligeira queda. Alegando prejuízo, a Helibrás recusa-se a entregar os helicópteros, que já estão em Brasília.”

“Pedido de socorro

Feito o estrago, a Polícia Rodoviária Federal pediu ajuda ao Tribunal de Contas da União para saber como resolver a pendenga. O plenário do TCU analisou o caso e determinou ao órgão que apure as responsabilidades pelo atraso na liberação dos helicópteros. O tribunal também ordenou à PRF que adapte o contrato às especificações do edital.”

Por partes, podemos esmiuçar e entender as notas, tentando chegar a uma conclusão, uma vez que, pelo contido no texto do jornalista, jamais o leitor, normalmente leigo no assunto, vai alcançar êxito no sentido de deduzir quem seria o vilão nessa história. Verifica-se, inclusive, que o Tribunal de Contas da União, órgão de controle da Administração Pública, instado a manifestar-se, “tucanou” – ao menos é o que se pode depreender da informação –, determinando a apuração das responsabilidades pelo atraso na liberação dos helicópteros(!), tendo também ordenado uma adaptação do contrato ao instrumento convocatório da licitação.

Vislumbra-se, claramente, que a empresa Helibrás, sediada no Brasil,¹ foi a vencedora de uma licitação internacional instaurada pela Polícia Rodoviária Federal, na modalidade concorrência, tendo-lhe sido adjudicado o objeto do certame, e, ato contínuo, celebrado o contrato com a Administração (Polícia Rodoviária Federal – PRF) para execução do citado objeto, ou seja, a entrega dos helicópteros. Ao que tudo indica, a empresa não possuía helicópteros para pronta entrega, pelo que passou a produzi-los para adimplemento do avençado em um lapso de tempo preestabelecido no acordo.

Preliminarmente, é de suma importância saber-se o que é uma **licitação internacional**.

No direito brasileiro o nome licitação internacional tem gerado uma certa confusão no tocante a sua abrangência, provocando um entendimento errôneo, levando muitos a pensarem que se trata de certame a ocorrer em outro país.²

Essa errônea avaliação se dá, é certo, tão-somente em função do termo “internacional”, quando o desavisado faz, de imediato, uma conexão com a expressão “contrato internacional”, e mais, cria-se a falsa impressão de que, por ser internacional, há de ser algo regido por regras internacionais, analisadas e regidas pelo Direito Internacional.

Nada disso, entretanto, é correto. A norma que dá trato ao assunto é a famosa lei federal nº 8.666/93, denominada “Estatuto Jurídico das Licitações”, norma tipicamente de direito interno, que cuida, única e exclusivamente, de procedimentos licitatórios a transcorrerem em solo brasileiro, dando margem à participação, mediante condições, de empresas estrangeiras, com domicílio em outro país, desde que sujeitas às diretrizes impostas por órgãos responsáveis pelos aspectos de política monetária e de comércio exterior, bem como sob a égide de diversos outros órgãos que disciplinam a implantação desta política no Brasil – além, é claro, das brasileiras, sejam genuinamente nacionais ou subsidiárias de empresas estrangeiras estabelecidas no País.^{3 4}

¹ A Helibrás é subsidiária do grupo franco-alemão Eurocopter, tendo como acionistas brasileiros a MGI Participações (holding do Governo de Minas Gerais) e o grupo Bueninvest, estando no Brasil desde 1978, sendo a única fabricante de helicópteros da América do Sul.

² Sendo a licitação uma etapa procedimental pré-contratual que objetiva a seleção da proposta mais vantajosa, é de se lembrar que tal procedimento não é apanágio da Administração Pública, podendo como normalmente ocorre, ser adotado também pelo setor privado.

³ **Eros Roberto Grau** discorda, em parte, desse entendimento, dispondo em belo parecer, ainda à época da vigência do Decreto-lei 2.300/86: “Licitação internacional – ou ‘concorrência internacional’, qual costumeiramente se menciona – não é, segundo me parece, ao contrário do que parte da doutrina afirma, aquela em que se permite a participação de licitantes nacionais e estrangeiros, porém, rigorosamente, aquela cuja publicidade tenha sido assegurada no exterior, para além das fronteiras do território nacional, ou seja, a de âmbito internacional. Essas licitações – cujo objeto pode ou não ser financiado com recursos provenientes de financiamentos concedidos por organismo internacional, de que o Brasil faça parte – geralmente atendem, no que diz com a publicidade, quando, na segunda hipótese, a aquisição do bem ou serviço seja financiada por organismo internacional (o BIRD, o BID, etc, a certas regras por tais organismos dispostas. A mera participação, nela, de licitante estrangeiro, sem que a sua publicidade tenha sido promovida no plano internacional por exigência do organismo internacional, não a qualifica como tal, mesmo porque nada obsta que qualquer licitante estrangeiro, atendido o disposto no § 2º do art. 3º do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, participe de licitação local (não, pois, de âmbito internacional). Por isso distinguem, aqueles organismos, entre concorrência internacional e concorrência local. Estas, que se admite sejam instauradas em relação a contratações cujo valor não exceda determinado montante, são realizadas sem que

E quando poderia a Administração instaurar a licitação internacional? Sempre que quisesse? Diríamos que, teoricamente, sim. O certame internacional seria instaurado todas as vezes 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 pode ser prestado ou produzido no Brasil.⁵

A publicidade no exterior deve resumir-se, unicamente, a divulgação do certame, sendo os demais atos divulgados somente no Brasil, uma vez que, obrigatoriamente, existirá um representante legal dos licitantes, conforme prescreve o § 4º, do art. 32, da Lei nº 8.666/93, *in fine*.

Essa tese foi plenamente confirmada pelo Tribunal de Contas da União em decisão proferida em plenário⁶, apreciando representação contra cláusula de edital de concorrência pública empreendida pela Petrobrás, sob alegação de ilegalidade uma vez que, supostamente, estaria restringindo a participação aos concorrentes estabelecidos em território nacional.

O objeto da licitação internacional, no caso de aquisições, deve circunscrever bens cuja a importação seja permitida, estando, em princípio, aberta à participação de interessados de todos países com os quais o Brasil mantenha relações comerciais, bem como aos que não se tenha restrição política ou comercial.^{6a}

Resolvida a preliminar, adentremos ao fato em si.

Aspectos referentes à licitação internacional e assuntos afins são regulados direta ou indiretamente nos artigos 3º (Inciso II do § 1º e § 2º), 23 (§ 3º), 24 (Inciso XIV), 32 (§§ 4º e 6º), 33 (§ 1º) 40 (Inciso IX), 53 (§ 3º), 55 (§ 2º) e 123 da Lei nº 8.666/93.

Avaliando-se a questão noticiada, verifica-se que, dentre os dispositivos citados, os artigos 3º (Inciso II do § 1º e § 2º), 40 (Inciso IX) e 53 (§ 3º) são os que apontam solução.

Dispõem o **Inciso II do § 1º e o § 2º do art. 3º**:

“Art. 3º

.....

§ 1º - *É vedado aos agentes públicos:*

nenhuma publicidade a seu respeito seja promovida no exterior, ainda que delas possam participar licitantes estrangeiras. (Parecer emitido em 11/08/92, publicado no Boletim de Licitações e Contratos, Ed. NDJ, págs. 427 e 428).

⁴ As licitações levadas a efeito pelo setor privado, da mesma forma, devem levar em consideração as normas de comércio exterior, sendo este o ponto comum entre os certames dos setores público e privado.

⁵ **Ivan Barbosa Rigolin** acrescenta que também no caso do produto estrangeiro ser incomparavelmente melhor (e por isso insubstituível), ou porque provavelmente será melhor o objeto se contratado de um *pool* de empresas de que participem estrangeiras (Manual prático das licitações, Ed. Saraiva, pág. 311).

⁶ Decisão nº 607/94 - TCU - Plenário (Diário Oficial da União de 26/10/94).

^{6a} Adotamos a expressão “em princípio” considerando que as licitações internacionais baseadas nas regras de organismos internacionais não raro definem os países que poderão apresentar propostas.

.....

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, ressalvando o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

§ 2º - Em igualdade de condições , como critério de desempate, será assegurada preferência aos bens e serviços:

I – revogado⁷

II - produzidos no país;

III - revogado⁸ ”

O estabelecido no inciso II alude a um tratamento igualitário entre empresas brasileiras e empresas estrangeiras, visando, assim, o afastamento de exigências diferenciadas entre quaisquer licitantes.

É importante ressaltar que tal tratamento também se faz necessário quando da participação de pessoas físicas, não devendo a interpretação do texto legal levar o intérprete a dar um tratamento desigual a essas pessoas.

De plano, se faz mister não confundir, para fins de se discernir entre uma “licitação internacional” e uma “nacional”, empresas estrangeiras regularmente estabelecidas no Brasil e as estabelecidas tão-somente em outro país.

Nas licitações de âmbito apenas nacional, as pessoas físicas e/ou jurídicas estrangeiras só podem participar se estiverem em situação regular no País, isto é, obrigatoriamente deverão estar estabelecidas no Brasil.

As pessoas jurídicas, para o atingimento dessa regularidade, necessitam de prévia autorização governamental, conforme prescreve o art. 64 o Decreto Lei nº 2.627/40: “As sociedades anônimas ou companhias estrangeiras, qualquer que seja seu objetivo, não podem, sem autorização do Governo Federal, funcionar no país, por si mesmas, ou por filiais, sucursais, agências ou estabelecimentos que as representem.”⁹

Destarte, se a licitação for instaurada apenas no âmbito interno (licitação nacional), só poderão participar pessoas (físicas ou jurídicas, dependendo do objeto) estabelecidas em solo brasileiro, sejam nacionais ou estrangeiras. Caso o âmbito ultrapasse as fronteiras do país, assumindo o certame, então, o status de internacional, a participação se alarga, estando a competição aberta para qualquer pessoa que atue no ramo buscado, independentemente

⁷ Revogado, diante do estabelecido na Emenda Constitucional nº 6, de 15/08/95 (D.O.U. de 16/08/95).

⁸ Idem.

⁹ A Helibrás, como já esposado, está exatamente nessa condição.

do local que esteja estabelecida, guardadas as devidas ressalvas em face da existência de possíveis impedimentos concernente a algum tipo de litígio.¹⁰

Fica bem claro, portanto, que o princípio da igualdade indicado nesse inciso deve ser encarado de duas formas, uma vez que ele não autoriza qualquer pessoa (inclusive, a estrangeira) a participar de certames licitatórios, mas sim, deixa às claras que, instaurada a competição pública, seja nacional ou internacional, o tratamento deve ser isonômico.

Interessante notar, que esse texto normativo conflitava com o mandamento constitucional estabelecido no § 2º do art. 171, que dispunha pela obrigatoriedade de tratamento preferencial à empresa brasileira de capital nacional, quando da aquisição de bens e serviços pelo Poder Público. Na perseguição da isonomia, a lei proibiu o tratamento diferenciado e deu ênfase apenas a essa preferência como critério de desempate nas licitações.

Jessé Torres Pereira Júnior, obtemperando sobre a matéria, sublinhou essa dicotomia: “Parece que a Lei nº 8.666/93 tomou direção oposta à gizada pela Constituição. Enquanto esta estabelece, como regra geral, o tratamento preferencial, aquela o anuncia como exceção. E escassa, não chegando a isolada hipótese do direito de preferência em caso de empate a traduzir o ‘tratamento preferencial’ determinado pela Carta Fundamental, ainda que se atente para a ressalva de vincular-se aos ‘termos da lei’. Esta, no caso das licitações e contratações públicas, esquivou-se de dispor sobre a matéria, preferindo colocação evasiva...”¹¹

O parágrafo 2º, que dispõe sobre essa preferência como critério de desempate numa licitação, sofreu derrogação em face da revogação do art. 171 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 06/95, que abortou do ordenamento jurídico brasileiro as figuras “empresa brasileira de capital nacional” e “empresa brasileira”. Não obstante, manteve-se ainda uma preferência: a dada aos bens produzidos no Brasil.

Em função do exposto, não obstante as derrogações ocorridas, é cediço que os dispositivos objetivam dar tratamento isonômico aos licitantes brasileiros e estrangeiros nos assuntos de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outro, indefinidamente, **fazendo menção também a moeda para pagamento**, sem, entretanto, entrar em pormenores nessa seara, o que ocorrerá, entretantes, em dispositivos seguintes, como se verá.

Entendido este artigo, passa-se para o seguinte, o **Inciso IX do artigo 40**:

Informa o dispositivo:

“Art. 40 - O edital conterà e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

¹⁰ Ressaltando-se que não se está levando em consideração as licitações internacionais celebradas em função de regras dispostas por entidades internacionais de financiamento, que possuem normas de âmbito próprias, alcançando, quase sempre, apenas os chamados países elegíveis, como detalhado nos capítulos V e VIII.

¹¹ **PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres**. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 3ª ed., Ed. Renovar, pág. 37.

.....

IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras no caso de licitações internacionais;

.....”

Conforme precisa lição do saudoso Hely Lopes Meirelles, o edital é instrumento por intermédio do qual a Administração leva ao conhecimento do público a abertura da concorrência ou da tomada de preços (e, agora, do pregão), fixa as condições de sua realização e convoca os interessados para a apresentação de suas propostas. Como consagrado pelo mestre, nada se pode exigir ou decidir além ou aquém dele, sendo, sem a menor dúvida, a peça mais importante da licitação. É nele que se deve depositar os maiores cuidados.

Esse art. 40 demarca um rol obrigatório de elementos do edital, não exaurindo, entretantes, todas as possibilidades, de vez que não estabelece um elenco exaustivo.

Dentre os diversos elementos obrigatórios, assegura o inciso IX a **igualdade nas condições de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras nas licitações internacionais**.

Depois, há o **art. 42**, que dá trato final ao assunto:

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

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

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

§ 3º - As garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro.

.....
”

Note-se que a lei, nesse dispositivo, reafirma a dispensa à empresa estrangeira e à empresa brasileira um tratamento isonômico, como já havia determinado anteriormente:

- a) permitindo que o edital autorize que o licitante estrangeiro cote preço em moeda estrangeira e ao brasileiro a também fazê-lo, caso assim deseje;

- b) disciplinando que o contratado brasileiro (evidentemente, se vencedor da licitação) receberá os pagamentos em moeda brasileira, ainda que tenha cotado na licitação em moeda estrangeira, convertida à taxa de câmbio vigente; e
- c) mantendo equivalência com relação às garantias contratuais entre licitantes brasileiros e estrangeiros.

Por conseguinte, mesmo que a proposta de licitante brasileiro seja apresentada em moeda estrangeira, sagrado vencedor do certame e conseqüentemente contratado, os pagamentos a ele efetuados pela Administração deverão, obrigatoriamente, ser realizados em moeda nacional.

Assegura a lei, entretanto, que haverá uma espécie de atualização dos valores a serem pagos segundo a variação cambial, isto é, o preço proposto em moeda estrangeira deverá ser convertido para a moeda brasileira considerando o câmbio vigente no **último dia anterior à data do efetivo pagamento**. Assim, em caráter excepcionalíssimo, disciplina a norma a atualização do valor a ser pago, considerando a variação cambial da moeda adotada na proposta, todas as vezes que pagamentos venham a ser efetivados.

Transpondo tudo que foi dito para o caso que se apresentou, verifica-se que:

- a) o edital estava perfeito ao estabelecer que o pagamento de empresas estabelecidas no País seria realizado em reais, com a cotação do dólar do dia de apresentação das notas fiscais;
- b) a celebração do contrato em reais com a conversão do dólar pelo dia anterior à assinatura do documento está corretíssima, independentemente do valor da moeda estrangeira naquele momento, uma vez que são nulos os contratos exeqüíveis no Brasil que estipulem pagamento em moeda estrangeira, conforme prescrito no art. 1º do Decreto-lei nº 857/69;
- c) na apresentação das faturas, em face da execução contratual, há de se aplicar ao valor acordado a variação cambial do período;
- d) caso, mesmo com a aplicação da variação cambial, sinta-se a contratada prejudicada em face de desequilíbrio econômico-financeiro ocorrido, deverá demonstrá-lo e, por acordo entre as partes, reivindicar o restabelecimento da relação que as partes pactuaram inicialmente entre seus encargos e retribuição da Administração para a justa remuneração do fornecimento, conforme prevê a alínea d, inciso II do art. 65 da mesma Lei nº 8.666/93, notadamente na hipótese de existirem insumos estrangeiros no objeto produzido;¹²

¹² O dispositivo possui o seguinte texto:

“Art. 65 - Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

.....

- e) não obtendo êxito no acordo, deverá ajuizar ação buscando o ressarcimento por intermédio de decisão judicial;
- f) a Administração, por sua vez, sentindo-se prejudicada em face do descumprimento do contrato por parte da contratada, ao invés de buscar ajuda junto ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle interno e não do Poder Judiciário, deveria lançar mão das ferramentas administrativas que a lei lhe oferece, quais sejam, penalizações à contratada por inadimplemento, notadamente multas indenizatórias e compensatórias, valendo-se, inclusive, da garantia, caso ela exista, buscando também, posteriormente, a via judicial, utilizando-se de seu corpo jurídico e da Advocacia-Geral da União, órgão que tem como incumbência defender a União em pedengas dessa natureza; e
- g) a determinação do TCU, ordenando a adaptação do contrato às especificações do edital, é inócua, porquanto, pelo que foi apresentado, conforme já esposado, está o contrato absolutamente alicerçado nas regras dispostas no instrumento convocatório que, pelo exposto, tem firme suporte na lei que disciplina a matéria.¹⁴

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

¹⁴ Para maior aprofundamento do tema, sugerimos a leitura do nosso trabalho “Estudos sobre licitações internacionais”, 2ª ed., Temas & Idéias Editora, lançado em meados do ano passado.