

PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS EM LICITAÇÕES NO BRASIL

William Romero

Advogado da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini

1. Introdução

É sabido que a Lei 8.666/93 faculta às empresas estrangeiras a possibilidade de participar de licitações, inclusive em respeito ao princípio da isonomia. Isso tudo, é claro, desde que preenchidos os requisitos de habilitação e capacidade para a futura execução do objeto contratual.

Os artigos que tratam das exigências relativas à habilitação das empresas mencionam expressamente condições para participação de estrangeiros interessados (arts. 28, inc. V, e 32, §§4º e 6º, da Lei 8.666/93).

No entanto, questiona-se se o direito a participar de licitações é exclusivo de estrangeiros em regular funcionamento no país (e com autorização para tanto), ou se é extensivo aos estrangeiros sem autorização para operar no Brasil, com sede apenas no exterior. É justamente essa questão que será abordada no presente ensaio.

2. Os requisitos trazidos pela Lei 8.666/93

Inicialmente, é importante mencionar que o art. 28 da Lei 8.666/93 prevê os requisitos de habilitação jurídica necessários para participação nos certames licitatórios. Mais especificamente, o inc. V do referido dispositivo trata das exigências a serem feitas a estrangeiros, indicando a necessidade de apresentação de “*decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir*”. Ou seja, o dispositivo veicula disposição direcionada a licitantes estrangeiros que efetivamente possuam autorização para funcionar no Brasil.

Essa autorização é disciplinada pelos arts. 1.134 a 1.141 do Código Civil. Sempre que o objeto do futuro contrato envolver de algum modo o funcionamento da empresa estrangeira no Brasil, nos termos do art. 1.134 do

Código Civil (“a sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira”), haverá a necessidade de autorização e o requisito do art. 28, inc. V, é exigível.

Já o art. 32, ao tratar da forma como os documentos de habilitação devem ser apresentados, estampa em seu §4º condições a serem preenchidas por outros destinatários: as “empresas que não funcionem no país”, *in verbis*: “As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente”.

Logo à primeira vista, percebe-se que o art. 32, §4º, é destinado justamente às licitações cujo objeto não pressuponha autorização das empresas estrangeiras para funcionar no Brasil. Afinal, nos demais casos, a participação das empresas estrangeiras exigirá a autorização para funcionamento no Brasil, nos termos do art. 28, inc. V. Caso contrário, sua atuação será irregular frente ao art. 1.134 do Código Civil.

Compartilhando desse entendimento, MARÇAL JUSTEN FILHO explica que o art. 32, §4º, da Lei 8.666/93, “não se aplica às sociedades estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil”, mas “regula, exclusivamente, a situação da sociedade estrangeira que, não tendo autorização, deseja participar de uma licitação” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 460).

Assim, ao ter por objeto contrato que não se enquadre na vedação do art. 1.134 do Código Civil e, por decorrência, não imponha que eventuais fornecedores estrangeiros estejam autorizados a funcionar no Brasil, uma licitação pode qualificar-se como “internacional” e enquadrar-se no caso do art. 32, §4º, da Lei nº 8.666/93. Percebe-se que o ponto central é a definição do objeto, não a qualidade dos sujeitos envolvidos. O fator decisivo será, diante da delimitação do objeto do futuro contrato, o enquadramento do caso no conceito de “funcionamento” adotado pelo art. 1.134 do Código Civil.

A respeito disso, MARÇAL JUSTEN FILHO afirma o seguinte: “(...) se o objeto da licitação “internacional” acarretar ‘funcionamento’ no Brasil, a empresa estrangeira estará sujeita a cumprir o disposto no Código Civil.

Segundo entendimento pacífico, não constitui 'funcionamento' no Brasil a atividade eventual, precária e isolada. Uma empresa estrangeira, mesmo sem autorização governamental, pode praticar atos isolados. O 'funcionamento' no Brasil se configura quando exista continuidade e permanência na atividade desenvolvida.” (ob. cit., p. 460-461).

Feitas essas considerações, e tendo em vista que o art. 32, §4º, estabelece expressamente condições a serem atendidas por licitantes não residentes no Brasil, afigura-se possível a participação dessas empresas estrangeiras em licitações, desde que cumpridas as exigências realizadas.

3. A origem dos recursos orçamentários da licitação

O mesmo art. 32, em seu §6º, prevê exceções quanto à aplicabilidade do §4º daquele diploma legal. Uma dessas exceções é precisamente a ocasião em que o financiamento da licitação se der por “*organismo financeiro internacional*”.

Logo, parece que a regra do §4º se aplica às licitações elaboradas a partir de recursos orçamentários nacionais, sendo que as únicas condições para participação de empresas estrangeiras que não detenham autorização para funcionar no Brasil é que estas cumpram as exigências do §4º do art. 32, devendo inclusive se submeter à lei brasileira e possuir um procurador “*com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente*” pela empresa no país.

O fato de o financiamento da licitação ser oriundo de recursos brasileiros, por si só, não pode impedir a participação de empresa estrangeira que não funcione no país. O único ponto relevante que poderia afastar a participação dessas entidades seria o próprio objeto do futuro contrato, que poderia revelar a existência de “funcionamento no Brasil” para os fins do art. 1.134 do Código Civil, tornando aplicável a disciplina do art. 28, inc. V, da Lei 8.666/93.

MARÇAL JUSTEN FILHO traz exemplo que elucida a aplicação desses dispositivos: “*Suponha-se hipótese em que a empresa fabricará produtos no estrangeiro e os entregará, no Exterior ou mesmo no Brasil, a entidade integrante da Administração. Não haverá necessidade de 'autorização'. Se houver necessidade dessa, deverá ser prevista como requisito para habilitação. (...)*” (ob. cit., p. 460-461).

Ou seja, o fator decisivo é o objeto do futuro contrato, não a sua fonte de custeio. As licitações internacionais não são apenas as referidas no art. 32, §6º, da Lei 8.666/93 – nas quais não se cogita de prévia autorização para funcionamento no País de licitantes estrangeiros, precisamente em face dos compromissos internacionais que dão origem aos recursos –, mas também as disciplinadas pelo art. 32, §4º, da Lei nº 8.666/93, cuja aplicação pressupõe o reconhecimento de que o objeto do futuro contrato não implica funcionamento do estrangeiro no Brasil tal como definido no art. 1.134 do Código Civil.

4. Conclusão

Diante do que foi brevemente exposto, conclui-se que as empresas estrangeiras sem autorização para funcionamento no Brasil podem participar de licitações brasileiras, mesmo que não realizadas com recursos internacionais (art. 32, §6º, da Lei 8.666/93), desde que tais licitações tenham por objeto prestações que não impliquem a incidência da vedação do art. 1.134 do Código Civil. Em tais condições, a participação de estrangeiros sem autorização de funcionamento é amparada pelo art. 32, §4º, da Lei 8.666/93.

Porém, caso o objeto contratual envolva funcionamento no Brasil conforme definido pelo art. 1.134 do Código Civil, a participação de empresas estrangeiras pressuporá a autorização, cuja apresentação será exigível na forma do art. 28, inc. V, da Lei 8.666/93.

Informação bibliográfica do texto:

ROMERO, William. Participação de empresas estrangeiras em licitações no Brasil. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 133, março de 2018, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].