



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

WANLEY FIGUEIREDO DE GIRÃO MAIA

**AS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS COM RECURSOS
ORIGINÁRIOS DE ORGANISMOS MULTILATERAIS: UMA ANÁLISE
DA APLICABILIDADE DAS REGRAS DE CONTRATAÇÃO EM FACE
DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Brasília

2016

WANLEY FIGUEIREDO DE GIRÃO MAIA

**AS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS COM RECURSOS
ORIGINÁRIOS DE ORGANISMOS MULTILATERAIS: UMA ANÁLISE
DA APLICABILIDADE DAS REGRAS DE CONTRATAÇÃO EM FACE
DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
– FAJS do Centro Universitário de Brasília -
UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. João Rezende Almeida
Oliveira

Brasília

2016

WANLEY FIGUEIREDO DE GIRÃO MAIA

**AS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS COM RECURSOS
ORIGINÁRIOS DE ORGANISMOS MULTILATERAIS: UMA ANÁLISE
DA APLICABILIDADE DAS REGRAS DE CONTRATAÇÃO EM FACE
DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
– FAJS do Centro Universitário de Brasília -
UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. João Rezende Almeida
Oliveira

Brasília, 19 de outubro 2016.

Prof. Dr. João Rezende Almeida Oliveira

Prof. Humberto Cunha dos Santos

Prof. Rodrigo Fernandes de Moraes Ferreira

Aos meus pais, exemplos de vida, que me incentivaram para concluir este curso e me motivaram a trilhar novos rumos. À minha esposa, Alana, pelo amor e companheirismo e, sobretudo, pela paciência durante essa etapa da minha vida

“ Só engrandecemos o nosso direito à vida cumprindo o nosso dever de cidadãos do mundo. ”

Mahatma Gandhi

RESUMO

O presente trabalho analisará a aplicabilidade das regras de licitação estabelecidas pelos organismos multilaterais internacionais nas aquisições de bens e nas contratações de prestadores serviços e obras realizadas pela Administração Pública mediante empréstimos tomados com bancos internacionais financiadores para implementação de projetos no Brasil. Esse assunto é tema de controvérsias em função de conflitos entre os procedimentos dispostos na Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 e as regras previstas nos *Guidelines*, ou seja, diretrizes dos Organismos Multilaterais, fato esse que, há diversos gestores públicos e juristas que consideram essas regras uma agressão à soberania nacional, bem como uma grave afronta aos princípios inseridos na Constituição Federal de 1988 e na própria Lei de Licitações e de Contratos Administrativos. É com esse espectro, que o objetivo desta monografia visa analisar as peculiaridades dispostas nas diretrizes dos organismos internacionais verificando a compatibilidade com os princípios licitatórios pátrios, bem como a recepção dessas regras de contratação com o ordenamento jurídico brasileiro para, ao fim, concluir, à guisa da doutrina e da jurisprudência, se é possível a Administração Pública utilizar das regras desses organismos internacionais financeiros sem que não infrinja a soberania nacional ou que viole os princípios estabelecidos na Lei nº 8.666/93, e nem tampouco, aqueles previstos em nossa Carta Magna de 1988.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Licitação e Contratos Administrativos. Princípios da Administração Pública. Normas (*Guidelines*) do Banco Mundial. Políticas de Contratação do BID. Aplicabilidade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 SOBRE O BID E O BANCO MUNDIAL	11
2.1 Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID	11
2.2 Banco Mundial – BIRD e AID	12
2.3 Da Concessão de Empréstimos Financiado por Organismos Internacionais	13
3 LICITAÇÕES NACIONAIS	15
3.1 Conceito	15
3.2 Princípios Adotados na Legislação Brasileira	16
3.3 Modalidades	17
3.4 Procedimentos	19
4 LICITAÇÕES INTERNACIONAIS	21
4.1 Pressupostos Legais para Aplicação das Normas de Contratação dos Organismos Internacionais	23
4.1.1 Existência de Recursos de Origem Estrangeira	23
4.1.2 O Afastamento da Lei Brasileira como Condição para a Outorga do Financiamento ou Doação	24
4.2 Das Regras de Contratação do BID e Banco Mundial	25
4.2.1 Disposições Gerais	25
4.2.2 Das Regras para Contratação de Serviços de Consultoria	26
4.2.3 Das Regras para Aquisição de Bens e Contratação de Obras e Serviços	28
4.2.4 Da Contratação Direta	31
5 RECEPÇÃO DAS NORMAS ADOTADAS PELOS ORGANISMOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	32
5.1 Do Conflito entre a Lei nº 8.666/93 e as Regras Adotadas pelo BID e pelo Banco Mundial	32
5.2 Do Choque Aparente entre as Normas de Origem Internacional e as de Origem Interna	35
6 DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS.....	39
7 PRINCÍPIOS BÁSICOS UTILIZADOS PELO BANCO MUNDIAL E PELO BID ...	43
8 JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E DO PODER JUDICIÁRIO	47
9 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

Tem-se notado muito, principalmente entre os países em desenvolvimento, a importância dos organismos internacionais na formulação e implementação de políticas públicas em razão de suas contribuições financeiras visando o desenvolvimento sustentável desses países.

Contudo, poucos estudos, por sua vez, destinam-se a analisar as especificidades jurídicas de cada organismo, principalmente com relação às regras adotadas por eles nas contratações dos serviços com recursos advindos de projetos financiados pelos Organismos Internacionais.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 37, Inciso XXI, dispõe que os contratos administrativos deverão, ressalvados os casos especificados em lei, serem precedidos por licitação pública devendo ser assegurado a 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.

Visando a regulamentação dessa norma constitucional, o Congresso Nacional brasileiro editou a Lei nº 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Nessa legislação ainda estabeleceu princípios norteadores de todo o procedimento licitatório, com os quais os atos administrativos, durante o procedimento licitatório, devem ser respeitados.

Ocorre, todavia, que há circunstâncias excepcionais em que a legislação brasileira permite a adoção de norma diversa das consagradas na Lei de Licitações e de Contratos Administrativos. Isso porque nos casos das aquisições de bens ou das contratações de serviços com recursos advindos de contrato de operação de crédito externo, especialmente com o Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID ou com o Banco Mundial, os empréstimos estão condicionados à estrita observância das regras constantes em suas políticas (BID) ou pelo seus *Guidelines* (Banco Mundial).

É nesse sentido que o presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicabilidade das regras exigidas pelos mutuantes internacionais nas contratações realizadas pelo Poder Público

decorrentes dos contratos de empréstimos firmados entre a Administração Pública e os Organismos Internacionais.

Esses organismos internacionais são agentes financeiros de fomento introduzidos pela legislação brasileira por meio de tratados internacionais ratificados pelo Congresso Nacional dos quais o Brasil faz parte como signatário, devendo suas práticas e critérios serem observados e cumpridos pelos países-membros. Isso porque as políticas adotadas por esses organismos internacionais estão padronizadas de forma a se obter um aproveitamento mais eficiente dos recursos por eles repassados e também prevenir atos de corrupção que possam macular as contratações que serão pagas com recursos provenientes de bancos financiadores.

O modelo de licitação estabelecido por esses agentes financiadores internacionais é regido pela universalidade, isso significa dizer que essas regras e práticas licitatórias utilizadas são adotadas para todos os países que são membros do BID e do Banco Mundial. Esse modelo usado é devido ao fato de que nem todos países-membros que recebem recursos de empréstimos desses organismos tem alguma norma que regule os procedimentos de contratação. Por isso, se mostra justificável a necessidade de tomar uma medida de cautela para padronizar a seleção de melhor proposta de contratação.

Ocorre que há diversas discussões quanto aos procedimentos adotados pelo BID ou pelo Banco Mundial, uma vez que diferem, em vários aspectos, as normas estabelecidas pela legislação pátria vigente sendo um motivo de grande preocupação entre os responsáveis pelas comissões de licitações, as assessorias jurídicas do órgão mutuário, assim como, entre os órgãos de controle do Estado e o próprio Poder Judiciário.

Para que se atinja a finalidade desse trabalho, será analisada a possibilidade de aplicação dessas normas no Brasil e, por consequência, nas contratações necessárias para implementação dos projetos financiados com recursos provenientes do BID e do Banco Mundial. Para isso, preliminarmente, será realizada uma breve exposição das características gerais desses bancos de fomento. Após, será aberto um novo capítulo expondo as regras utilizadas nas licitações nacionais explicando os principais princípios e procedimentos adotados que norteiam a sua realização. Em seguida, será tratado o tema relacionado as licitações internacionais, mais especificadamente aquelas reguladas pelo art. 42 § 5º da Lei de licitações, demonstrando seus pressupostos legais para aplicação dos procedimentos contidos nas normas dos agentes internacionais de fomento nesses contratos de financiamento externo. Por fim, nos últimos capítulos, sem a pretensão de esgotar o tema, explorar-se-á a aplicação desses procedimentos licitatórios, à guisa dos princípios nacionais, da soberania nacional, indicando jurisprudências

de tribunais brasileiros de modo a saber o que vem sendo aplicado e entendido por esses tribunais nacionais a fim de uniformizar as decisões e reduzir as dúvidas tão comuns durante a execução dos projetos obtidos com recursos estrangeiros.

2 SOBRE O BID E O BANCO MUNDIAL

2.1 Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID

O BID possui natureza de uma instituição financeira internacional que surgiu da celebração de convênio entre os membros da Organização dos Estados Americanos – OEA em dezembro de 1959. Seu principal objetivo é financiar projetos que possam contribuir para o desenvolvimento econômico, social e institucional promovendo a integração regional da América Latina e do Caribe.

Atualmente sua sede está localizada na cidade de Washington, D.C. nos Estados Unidos da América. Seus recursos são provenientes do capital ordinário e dos recursos obtidos por meio do fundo de operações especiais no mercado financeiro.

Inicialmente foi constituído por apenas 19 países contando hoje com 48 países-membros¹ entre mutuários e não-mutuários entre os quais se encontram Estados Unidos e países da União Europeia. Em 2015, o banco acumulou uma cifra de US\$ 11,3 bilhões em empréstimos para seus países membros.

Como membro do BID desde sua criação, o Brasil possui aproximadamente 11,35% do capital ordinário da instituição. Assim, ele está entre um dos maiores tomadores de empréstimos do BID concentrando-se seus projetos nos setores de infraestrutura, de modernização do Estado, e, sobretudo, em projetos sociais que beneficiam parte da população mais carente visando a redução da pobreza.

Em seu organograma, o banco possui uma Assembleia de Governadores, uma Diretoria Executiva, Presidência e três Vice-Presidências e funcionários que totalizam cerca de 2.000 nos quatro continentes.

De forma a assegurar o banco condições para cumprir seus objetivos, cada país-membro concedeu imunidades, isenções e privilégios reconhecendo ainda sua personalidade jurídica e plena capacidade para celebrar contratos com entes federativos e empresas privadas locais, adquirir e alienar bens móveis e imóveis e ser parte legítima em processos judiciais e administrativos.

¹ BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *Informações Básicas*. Disponível em: <<http://www.iadb.org/pt/sobre-o-bid/informacoes-basicas,18246.html>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

Por fim, vale salientar que o BID, assim como o Banco Mundial participam, não apenas como meros financiadores dos projetos, mas também como intervenientes em todas suas etapas, seja desde a captação do financiamento, seja ao longo de toda execução dos projetos, através do assessoramento ao mutuário, identificação, planificação, implementação e avaliação final dos trabalhos.

2.2 Banco Mundial – BIRD e AID

O Banco Mundial surgiu na Conferência da cidade de *Bretton Woods*, Estado de *New Hampshire* (EUA) em 1945 com o objetivo de financiar a reconstrução dos países que foram devastados pela Segunda Guerra Mundial. Com o decorrer dos anos seu objetivo foi se modificando e passou a ter um viés mais de fomento aos países em desenvolvimento como forma de redução de pobreza por meio de um desenvolvimento sustentável em um mundo globalizado.

Atualmente, o Banco Mundial é composto por duas instituições: Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD, responsável por empréstimos e assistência do desenvolvimento de países com rendas médias e com bons históricos creditícios e a Associação Internacional de Desenvolvimento – AID, que desempenha um papel importante na redução da pobreza em países mais pobres através da concessão de empréstimos não onerosos. O modelo organizacional adotado pelo Banco Mundial é muito semelhante ao do BID, contendo sua Assembleia de Governadores, Diretoria-Executiva e Presidência, assim como demais membros da administração. Além disso, o conceito de capital integralizado está presente em ambas instituições e suas deliberações são predominantemente por maioria simples de votos.

O BIRD é constituído de 189 países-membros² representados na Assembleia de Governadores, que se reúne uma vez por ano. Usualmente, seus representantes são Ministros de Estado da Fazenda ou do Planejamento. A Diretoria Executiva é composta por 25 diretores que recebem delegações específicas dos governadores para realização de suas tarefas. A liderança e direção está sob o comando do presidente do Banco que é auxiliado pelos seus *staffs*. Também fazem parte da estrutura, os Vice-Presidentes, além dos funcionários do Banco responsáveis pelo gerenciamento dos projetos promovidos pela instituição.

² BANCO MUNDIAL. *Organization*. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/about/leadership>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

No Brasil, o primeiro projeto financiado com o Banco Mundial foi realizado em 1949, no valor de US\$ 75 milhões direcionado para o setor de energia e telecomunicações. O Banco Mundial já concluiu um total de 430 projetos desde sua criação e possui 60 projetos em andamento. O Banco atuou mais no Brasil em setores da administração pública de Estados e Municípios com um total de 152 projetos, seguido do setor de agricultura, pesca e ambiental com 93 projetos realizados no país³. Embora seja um grande parceiro do Banco Mundial, as concessões de empréstimos vêm decrescendo ao longo dos últimos anos. Conforme as informações contidas no sitio do Banco Mundial, no ano 2012, o Banco emprestou uma quantia expressiva de aproximadamente de US\$ 3,267 bilhões. No ano seguinte, 2013, os empréstimos concedidos tiveram uma leve redução chegando ao valor aproximado de US\$ 3,076 bilhões. No ano passado, houve um drástico e preocupante arrefecimento na quantia emprestada ao Brasil pelo Banco Mundial, atingindo uma quantia de apenas US\$ 595 milhões, demonstrando que a desaceleração nos empréstimos para nosso país⁴.

2.3 Da Concessão de Empréstimos Financiado por Organismos Internacionais

Os empréstimos concedidos por esses organismos internacionais são instrumentos de políticas públicas para o desenvolvimento de cada país-membro. No BID a política de concessão de empréstimos assegura garantir empréstimos a qualquer país-membro, a qualquer de suas subdivisões políticas ou órgão governamentais, a qualquer empresa no território do país-membro e ao Banco de Desenvolvimento do Caribe, desde que atendidas as condições que priorizam a justiça social e a redução de pobreza e modernização de infraestrutura.

Para que seja pleiteado o empréstimo junto ao BID, o solicitante submete uma proposta detalhada e, após a análise dos funcionários do banco, estes apresentarão um relatório recomendando ou não a proposta.

O governo federal brasileiro tem uma participação muito relevante nas etapas de concessão desses financiamentos. O Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, por meio da Comissão de Financiamentos Externos – COFIEEX, é o responsável por receber as

³ BANCO MUNDIAL. *Projects & Operations*. Disponível em: <http://www.worldbank.org/projects/search?lang=en&searchTerm=&countrycode_exact=BR>. Acesso em: 08 mar. 2016.

⁴ BANCO MUNDIAL. *Brasil: aspectos gerais*. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/pt/country/brazil/overview#233>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

chamadas Cartas-Consultas com os projetos oriundos dos entes federativos e aprová-las ou não dependendo das prioridades estipuladas nas políticas públicas do país.

Após a aprovação da COFIEEX, emite-se uma Recomendação que é válida por 2 anos podendo esta ser prorrogada por até igual período. Começa aí a juntada de diversos documentos, conforme dispostos no Manual de Instrução de Pleitos – MIP, para envio à Secretaria do Tesouro Nacional – STN de modo a verificar e avaliar a capacidade econômica e financeira do ente federativo que pleiteia o empréstimo de financiamento internacional. Concluída esta etapa, o Chefe do Poder Executivo Federal encaminha uma Mensagem ao Senado, para que este autorize, nos termos do inciso V do art. 52 da Constituição Federal, o empréstimo internacional. A partir daí, o ente federativo está autorizado a negociar os termos do financiamento e assinar o contrato de empréstimo com os organismos internacionais podendo utilizar dos recursos provenientes desses bancos, sendo exigido do mutuário que, toda e qualquer aquisição de bens e contratação de serviços esteja prevista no Plano de Aquisição⁵, devendo ser precedida de procedimento próprio, de acordo com o estabelecidos nas diretrizes de cada banco, seja pelo BID através das *Políticas para Aquisição de Bens e Contratação de Obras*⁶, seja pelo Banco Mundial, por meio de sua *Guidelines*⁷.

Diante disso, o presente trabalho analisará a aplicabilidade dessas normas em face do ordenamento jurídico pátrio.

⁵ Como parte da preparação do projeto, o Mutuário deverá elaborar e, antes das negociações do empréstimo, fornecer ao Banco para sua aprovação, um Plano de Aquisições aceitável pelo Banco, estabelecendo: (a) os contratos específicos para os bens, obras e/ou serviços necessários à execução do projeto, durante o período inicial de pelo menos 18 meses; (b) os métodos propostos para a licitação, desde que previstos no Contrato de Empréstimo; e (c) os respectivos procedimentos de revisão pelo Banco. O Mutuário deverá atualizar o Plano de Aquisições anualmente ou conforme necessário durante toda a duração do projeto. O Mutuário deverá implementar o Plano de Aquisições da forma como foi aprovado pelo Banco.

⁶ BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *Políticas para Aquisição de Bens e Contratação de Obras Financiadas pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento GN 2349-9*. Março, 2011. Disponível em: <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=780806>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

⁷ BANCO MUNDIAL. *Guidelines Procurement of Goods, Works and Non-Consulting Services*. Janeiro 2011. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/278019-1308067833011/Procurement_GLs_English_Final_Jan2011.pdf> Acesso em: 08 mar. 2016.

3 LICITAÇÕES NACIONAIS

3.1 Conceito

O Poder Público, distintamente dos particulares, que possuem ampla margem de liberdade para contratar, deve, excepcionados os casos previstos em lei, preceder de licitação para que possa escolher a proposta mais vantajosa para celebrar um contrato administrativo. Essa obrigatoriedade em licitar está prevista na Carta Magna de 1988, disposta expressamente em seu art. 37, inciso XXI. O legislador federal editou a Lei nº 8.666/93 regulamentando essas normas para licitações e contratos administrativos para todas as esferas da Administração Pública Direta e Indireta.

O renomado doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua licitação como sendo, em síntese:

“[...] um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.”⁸

Di Pietro define licitação como sendo:

“[...] procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quase selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato”⁹.

Assim, a licitação consiste em um procedimento administrativo, ou seja, uma sucessão encadeada de atos administrativos que garantem, aos licitantes interessados, o tratamento igualitário com vistas a buscar as melhores condições de contratação dentre as propostas apresentadas à Administração Pública.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 492

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 373.

3.2 Princípios Adotados na Legislação Brasileira

A licitação deve estar pautada por princípios que estão dispostos explícita ou implicitamente, tanto na Constituição Federal de 1988 quanto na lei que rege sobre esse assunto. Assim, o gestor público ao conduzir os procedimentos licitatórios deve agir sempre conforme os ditames da lei e em busca do interesse público, proporcionando sempre um tratamento impessoal e isonômico para aqueles que tem o interesse em contratar com a Administração Pública.

A Constituição Federal expressamente trata em seu art. 37, *caput* acerca dos princípios constitucionais que toda a Administração Pública deve se submeter, conforme se vê abaixo:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ”¹⁰

Não sendo diferente e em perfeito alinhamento ao mandamento constitucional, a Lei de Licitações e de Contratos Administrativos em seu art. 3º estabelece que as licitações devem ser processadas e julgadas em consonância com os seguintes princípios: 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.

Não há uniformidade entre doutrinadores na indicação dos princípios informativos da licitação. O saudoso doutrinador Hely Lopes Meireles¹¹ em sua obra relaciona um maior número de princípios, além dos expressos em legislação infraconstitucional, quais sejam: o do procedimento formal, da publicidade, da igualdade entre os licitantes, do sigilo das propostas, da vinculação aos termos do instrumento convocatório, do julgamento objetivo e da adjudicação compulsória. Já Adilson Abreu Dallari¹² indica apenas três princípios: os da igualdade, publicidade e rigorosa observância das condições do edital. Celso Antônio Bandeira de Mello¹³ utiliza, em suas palavras, que os princípios “cardeais” são: da competitividade, isonomia, publicidade, respeito às condições prefixadas no edital e, por fim, da possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.265.

¹² DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo: Juriscredi, 1973. p. 33.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 500.

Como visto há inúmeros outros princípios não previstos expressamente neste art. 3º que devem ser observados, pois estão implicitamente previstos durante o procedimento licitatório, como é o caso da adjudicação compulsória, o da razoabilidade, o da motivação, o da participação popular, o da sustentabilidade da licitação entre outros, estando esses princípios amplamente consagrados no direito brasileiro. Dessa maneira, é por meio da observância desses princípios que o gestor público tem o dever de se orientar durante os procedimentos de licitação.

Esses princípios disciplinados pela Lei nº 8.666/93 não geram grandes dúvidas em relação a quais princípios são aplicáveis, uma vez que os procedimentos licitatórios devem de maneira obrigatória obedecer aos princípios administrativos previstos na Carta Magna de 1988 e na Lei de Licitação e Contratos Administrativos. Todavia, nem sempre é possível saber, dentre esses princípios licitatórios qual será adotado quando houver um procedimento licitatório com regras diferentes das estabelecidas pela Lei nº 8.666/93, como ocorre, por exemplo, nos casos de licitações com recursos financeiros provenientes de organismos internacionais, especialmente no julgamento das propostas ou nos critérios de seleção. Nesses casos indaga-se: quais princípios irão guiar tais procedimentos?

3.3 Modalidades

A lei nº 8.666/93 prevê, em seu art. 22, cinco modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. O § 8º desse mesmo artigo veda a combinação dessas modalidades ou a adoção de outras. Em que pese essa proibição expressa, há atualmente uma sexta modalidade que é o pregão, previsto na Lei nº 10.520 de 17/07/2002 sendo regulamentada como norma geral superveniente aplicável a todo o país sanando o vício original de que proíbe o § 8º. Também existe, mais especificamente para as agências reguladoras, a modalidade consulta, conforme previsto art. 37 da Lei nº 9.986 de 18/07/2000 sendo esta limitada à órbita federal o que contraria o referido parágrafo.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “as três primeiras são de longe, as mais importantes. A adoção de uma ou outra delas (concorrência, tomada de preços e convite) depende, como regra geral, do valor que a administração presumivelmente irá despender [...]”¹⁴

A Concorrência (art. 22, § 1º) é a modalidade de licitação reservada aos certames cujo objeto tenha o maior vulto, devendo ser precedida de ampla publicidade, à qual podem participar quaisquer interessados que preencham as condições estabelecidas no instrumento

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 517

convocatório. O prazo estabelecido pela legislação para abertura das propostas é de 30 dias, no mínimo, entre a publicação do edital e a data fixada para o recebimento de propostas. Contudo, será de pelo menos 45 dias caso o certame diga respeito à contrato por empreitada integral ou se ele for julgado pelos critérios de “melhor técnica” ou de “técnica e preço”, conforme disposto no art. 21, § 2º, I, “b” da Lei de licitações públicas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz em sua obra que da modalidade Concorrência decorrem duas características básicas, quais sejam: da ampla publicidade e da universalidade. Complementa a nobre doutrinadora, explicando que a publicidade “[...] é assegurada pela publicação do aviso do edital, no mínimo uma vez, com a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral e todas as informações sobre a licitação” e a universalidade “ significa a possibilidade de participação de quaisquer interessados [...], desde que comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital [...]”¹⁵

A tomada de preços destina-se aos certames com preços de vulto médio sendo que essa modalidade se restringe: a) às pessoas previamente escritas em cadastro administrativo e b) aos que, atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. Quanto ao prazo, a lei estabelece que deverá correr um prazo de 15 dias, no mínimo, entre a sua publicação e a data fixada para recebimento das propostas. Será, entretanto, de pelo menos 30 dias se o certame for julgado na conformidade dos critérios de “melhor técnica” ou “técnica e preço”.

Já a modalidade convite é cabível perante as transações que envolverem os valores mais baixos. Nesta, a administração convoca para a disputa pelo menos três pessoas, cadastradas ou não, desde que pertencem ao mesmo segmento atinente ao objeto e afixa em local próprio cópia do instrumento convocatório, chamado Carta-Convite, estendendo o mesmo convite aos cadastrados do ramo pertinente ao objeto que hajam manifestado interesse até 24 horas da apresentação das propostas. O prazo é de 5 dias úteis, no mínimo, para envio da Carta-Convite até a data fixada para recebimento das propostas.

O concurso é uma disputa entre quaisquer interessados que possuam a qualificação técnica determinada, para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes no edital publicado na imprensa oficial. É de 45 dias, no mínimo, o prazo contados a partir da publicação do aviso oficial do edital até a data da realização deste certame.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 415.

A última modalidade expressa no art. 22 da Lei de licitações é o Leilão. Essa modalidade licitatória é destinada para venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou que foram legalmente apreendidos ou adquiridos por força de execução judicial. Ainda, é possível utilizar essa modalidade para a venda de imóveis cuja aquisição haja derivado de procedimento judicial ou dação de pagamento, a quem oferecer maior lance, igual ou superior ao que foi avaliado. Sua utilização restringe-se aos casos em que o valor isolado ou global de avaliação deles não exceder o limite fixado para as compras por tomadas de preços.

3.4 Procedimentos

De maneira sucinta e sem muitos detalhes, o presente item apresentará como é realizado o rito nas contratações públicas nacionais.

Inicialmente, cabe dizer que a licitação é um procedimento administrativo, ou seja, uma sucessão encadeada de atos e fatos administrativos que, embora tenha cada um deles finalidades específicas, tendem todos a um resultado final e conclusivo em função do qual se entrosam e harmonizam. Esse resultado conclusivo é condição para que a administração pública possa contratar, desde que o faça com a oferta mais vantajosa, e respeite os critérios de julgamento objetivo estabelecidos no instrumento convocatório.

A licitação é dividida em duas fases. A primeira fase, também chamada de fase interna, a administração exerce todos os atos necessários para o certame até a publicação do instrumento convocatório aos interessados. Nesta fase se verificada a necessidade da contratação fazendo todo o detalhamento das especificações técnicas do objeto a ser contratado. A fase interna é de suma importância para o sucesso da futura contratação, já que a administração define todas as peculiaridades e condições que serão adotadas durante o certame. Nesta fase são apontados e estabelecidos os critérios do julgamento das propostas, as cláusulas contratuais e, se possível, as sanções que serão impostas ao contratado, em caso de inexecução total ou parcial do contrato. Ainda, é definida as maneiras de como o contrato será fiscalizado, bem como a estimativa de preço do objeto a ser contratado.

A outra fase é a chamada fase externa. Ela se iniciará com a publicação do instrumento convocatório em jornal oficial ou jornal de grande circulação. É considerada o procedimento licitatório propriamente dito. Nesta fase, ocorre a interação com interessados que podem tanto participar do certame, se preencher todos os requisitos dispostos no edital, quanto aqueles que querem fazer o acompanhamento do procedimento licitatório.

É nesta etapa que se completa o procedimento. Isso ocorre, pois, os interessados comparecem por meio presencial ou eletrônico para participar do certame. Essa participação se dá por meio de realizações de sessões públicas para recebimento e julgamento das propostas. Ainda, ocorre a interposição de recursos, quando cabíveis. Por fim, a administração escolhe a proposta mais vantajosa e que melhor atenda seus interesses.

A fase externa é exaurida com o encerramento do procedimento, quando ocorre a homologação dos atos realizados durante toda licitação. Após essa homologação, a Administração está apta a convocar o vencedor para celebrar e assinar o contrato.

4 LICITAÇÕES INTERNACIONAIS

O ordenamento pátrio prevê duas espécies de licitações internacionais que devem ser analisadas separadamente. A primeira, objeto do presente estudo, é a licitação financiada por recursos estrangeiros provenientes de organismos financeiros multilaterais, em que as regras devem observar estritamente as normas emanadas pelos organismos financiadores. A segunda diz respeito às licitações com recursos nacionais inteiramente regidas pela Lei 8.666/93 que permite a participação de licitantes estrangeiros.

Para que uma contratação pública seja realizada com recursos advindos de empréstimos com organismos internacionais, a Lei nº 8.666/93 prevê em seu art. 42, § 5º a possibilidade de utilização de procedimentos próprios dos organismos internacionais desde que não conflitem com princípios constitucionais e infraconstitucionais em especial com o princípio do julgamento objetivo, conforme transcrito abaixo:

Art. 42 [...]

“ § 5º 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 quanto ao critério 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 doação, 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.” (grifo nosso)¹⁶

Assim, a Lei brasileira permite a utilização de regras próprias para a consecução dos projetos financiados integral ou parcialmente pelos organismos internacionais, dentre os quais se inserem o BID e o Banco Mundial. É o caso quando se utiliza as regras das Políticas de Aquisição de Bens e contratação de serviços e obras financiadas pelo BID e as *Guidelines*, que são as regras do Banco Mundial. Essas políticas introduzem modificações não apenas nos procedimentos e nos critérios de seleção, mas também dispõe de princípios de licitação próprios.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

Marçal Justen Filho em sua obra *Comentários à Lei de Licitações de Contratos Administrativos*, assevera que:

“ [...] admite-se a adoção de outros critérios de julgamento, além do menor preço, quando a licitação se relacionar com recursos de organismos estrangeiros. Na medida em que esses organismos tenham previstos critérios específicos para julgamento de propostas, será possível escapar do modelo da Lei nº 8.666/93, desde que o edital dispusesse minuciosamente sobre o tema. Isso não significa, obviamente, autorização para superarem-se os princípios norteadores da atividade da Administração Pública”¹⁷

Complementa o célebre autor, sobre o art. 42, § 5º afirmando que:

“[...] as regras acerca de procedimento licitatório, prazos, formas de publicação, tipos de licitação, critérios e julgamentos etc. podem ser alteradas. Não é possível eliminar os princípios inerentes à atividade administrativa (inclusive aqueles relacionados aos direitos dos licitantes), mas podem ser adotadas outras opções procedimentais e praxísticas.”¹⁸

Na mesma linha de raciocínio, o professor MUKAI leciona:

“Fica, então, a questão: de acordo com o § 5º do art. 42 da Lei n. 8.666/93, nas licitações internacionais há que se observar tão-só as normas dos mencionados organismos financeiros internacionais e o princípio do julgamento objetivo?”

Pensamos que não.

[...]

Quanto ao princípio – embora a lei obrigue agora apenas a observância do princípio do julgamento objetivo –, é óbvio que os demais princípios inscritos no art. 3º da Lei n. 8.666/93 são indiretamente, de observância obrigatória, uma vez que, para que seja atendido o princípio do julgamento objetivo, haverá que se observar as regras do edital (vinculação ao instrumento convocatório), a competitividade e o princípio da igualdade (porque este é de ordem constitucional – art. 37, XXI, da CF). Portanto, conclui-se que, nas licitações internacionais, não se pode simplesmente dar prevalência total às normas dos organismos internacionais, em função apenas da redação literal do §5º do art. 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 princípio do julgamento objetivo ou decorrem do próprio Texto Constitucional, como é o caso do princípio da igualdade dos concorrentes (art. 37, XXI, da CF).”¹⁹

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 413.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 413.

¹⁹ MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 68-69.

Diante dessas séries de questões sobre licitações relacionadas ao afastamento do regime da Lei de licitações públicas em virtude de exigências dos organismos internacionais, indaga-se quais seriam os princípios que deveriam nortear as licitações promovidas com recursos desses organismos? Sabe-se de certo, que o gestor público, em respeito ao princípio da hierarquia das normas, deve obedecer ilimitadamente a Constituição Federal, pois esta é a norma fundante de todo o ordenamento jurídico, não podendo, assim os responsáveis pelo processo e julgamento da licitação, ainda que sob a égide de regras próprias estabelecidas pelos organismos internacionais, olvidar de seu cumprimento sob pena de ruir o todo o Estado Constitucional.

4.1 Pressupostos Legais para Aplicação das Normas de Contratação dos Organismos Internacionais

De acordo com o art. 42, § 5º da Lei nº 8.666/93, existem dois requisitos que devem estar presentes de modo concomitante para que se admita o afastamento da lei de licitações públicas.

4.1.1 Existência de Recursos de Origem Estrangeira

O primeiro elemento a ser considerado para que se admita o afastamento da legislação brasileira de licitações consiste na aplicação de recursos necessariamente de origem estrangeira.

O dispositivo legal mencionado acima prevê esse afastamento por reputar uma vantagem para o Brasil. Isso porque tal vantagem consiste na obtenção de recursos provenientes de organismos internacionais, seja de modo gratuito (doação), seja por meio de financiamentos concedidos a entidades governamentais brasileiras, para aplicação no território brasileiro. Por esse motivo que somente é admitido o afastamento da lei de licitação pública brasileira quando há a aplicação de recursos efetivamente estrangeiros advindos desses organismos.

Não é diferente o pensamento do doutrinador Marcio Pestana quando este menciona em sua obra que o critério justificador para definir a licitação internacional “[...] decorre da *coloração* dos recursos que serão utilizados pela Administração Pública [...]”. Em complemento o autor cita nessa mesma obra que, “Quando, diferentemente, os recursos provêm de bancos de fomento, organismos internacionais ou de linhas de crédito doutros governos, então o ordenamento jurídico-licitatório, costumeiramente, sofre uma parcial modificação, admitindo o

ingresso e a adoção, no processo licitatório em questão, de preceptivos até então considerados *estranhos* ao ordenamento jurídico-licitatório brasileiro. ”²⁰

Importante se observar, entretanto, de que há dois aspectos para se compreender corretamente o afastamento da legislação pátria. O primeiro diz respeito que não é necessária que a totalidade dos recursos seja proveniente de recursos internacionais, bastando que uma parcela desses recursos seja proveniente de doação ou financiamento obtido junto a organismos internacionais. Na prática o modo de financiamento mais utilizado é chamado de *cost sharing*, que é exatamente a utilização de parte de recursos internacionais parte de recursos públicos brasileiros. O segundo aspecto que deve ser observado ocorre quando não se admite o afastamento da lei de licitação pública pátria. Essas situações ocorrem quando se realiza as contratações de serviços ou aquisição de bens com a parcela dos recursos de origem brasileira ainda que no âmbito de um contrato de empréstimo celebrado com organismos internacionais.

4.1.2 O Afastamento da Lei Brasileira como Condição para Outorga do Financiamento ou Doação

O segundo elemento para afastar o regramento da legislação brasileira nas contratações públicas consiste quando o organismo internacional exige a aplicação de suas próprias normas. Nesses casos, entende-se que a aplicação da Lei nº 8.666/93 constituiria um obstáculo à obtenção do financiamento ou da doação junto ao organismo internacional caso não fosse adotado seus procedimentos de contratação. Assim, justifica-se o afastamento da lei de licitações pátria a fim de que os organismos internacionais possam conceder empréstimos que são almejados pela administração pública.

Contudo, nem sempre os organismos internacionais exigem o afastamento da legislação pátria, mas apenas solicita que a adoção de procedimentos de aquisição e de contratação esteja em consonância com princípios previstos na própria legislação nacional. Apesar disso, na maioria das situações, os organismos internacionais exigem a aplicação de seus próprios procedimentos que constam em seus *Guidelines*.

²⁰ PESTANA, Marcio. *Licitações Públicas no Brasil: Exame Integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 374.

4.2 Das Regras de Contratação do BID e do Banco Mundial

4.2.1 Disposições Gerais

O BID e o BIRD possuem políticas para a realização de licitações destinadas a aquisição de bens e serviços financiados com recursos dessas instituições. Essas políticas se assemelham bastante entre esses dois organismos internacionais e são seguidas pela administração pública brasileira, que é responsável pela licitação, desde a elaboração do edital até a fiscalização do contrato celebrado com o licitante vencedor.

Como responsável pela realização de todo procedimento de contratação, a Administração Pública brasileira deve seguir as regras dos bancos. O primeiro passo para a contratação é a elaboração de editais de acordo com os Documentos Padrão para Licitações, que é uma ferramenta que contém instruções e disposições correspondentes para o tipo e método específico do processo de aquisição cujo objetivo é assegurar a conformidade com os princípios de economia, transparência e eficiência na execução dos projetos financiados pelo BID.

Em seguida, haverá a publicação deste Edital tanto no Brasil como em *sites* dessas instituições financeiras, abrindo prazo para a apresentação da documentação e das propostas dos licitantes interessados. Esse prazo, de modo a atender o princípio da competitividade, deve ser suficiente para que todos interessados possam elaborar suas propostas.

Durante a realização da licitação, a administração pública comparará as propostas dos participantes e decidirá, utilizando os critérios adotados no edital, a melhor proposta selecionada. Ainda, poderá decidir sobre eventuais recursos interpostos pelas licitantes vencidas embora estas podem interpor diretamente ao banco financiador.

Ao final, a administração pública remete o resultado ao Banco, fundamentando sua decisão, para que este analise se o procedimento adotado respeitou todas as formalidades constantes na *Guidelines* e emita o chamado “*no objection*”. Portanto, o “*no objection*” é o ato pelo qual o organismo financiador reconhece que a licitação foi conduzida de acordo com suas políticas e com o edital previamente publicado. Somente, após o deferimento desse ato que se firma o contrato entre a administração pública brasileira e a licitante vencedora.

4.2.2 Das Regras para Contratação de Serviços de Consultoria

Tanto o BID quanto o BIRD estabeleceram regras semelhantes para realização de suas contratações, sendo uma específica para a contratações de consultores e a outra para aquisições de bens, contratação de obras e de serviços em geral.

A primeira diz respeito as regras para contratação de consultores aplicáveis predominantemente nas fases de identificação, preparação e avaliação do projeto a qual visa complementar o corpo técnico do mutuário de modo a prestar assessoria em diversas áreas de interesse do projeto, como por exemplo, financeira, ambiental, econômica, administrativa entre outras.

Para o BIRD, a definição de consultores compreende uma ampla variedade de entidades públicas e privadas, incluindo empresas de consultoria, empresas de engenharia, auditores, agências das Nações Unidas e outro organismo multinacional, bancos de financiamento, universidades, instituições de pesquisas, organizações não-governamentais, além de pessoas físicas ²¹.

As circunstâncias de cada contrato é que irá ditar como será realizada a seleção dos consultores que irão assessorar o mutuário. Apesar disso, há dispostas nas diretrizes de ambos os bancos, pontos em comum que são observados em todo o processo de contratação, os quais se assemelham aos princípios administrativos estabelecidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e no art. 3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Desse modo, o mutuário, ao contratar os consultores que o auxiliará no projeto, deverá obrigatoriamente estar orientado a observar esses pontos comuns que existem entre a norma estabelecida pelos bancos e as normas pátrias, quais sejam: a economicidade e eficiência ao adquirir os produtos com a mais alta qualidade, a igualdade de oportunidade de competição para todos os consultores interessados a concorrer no certame que será financiado com recursos dos bancos, a transparência no processo de contratação e oportunidade de estimular e aperfeiçoar a contratação de consultores nacionais em países em desenvolvimento.

Há ainda, a necessidade de publicação dos processos de seleção de consultores, que deverão ser enviados ao *United Nations Development Business online – UNDB online*, além do site de cada banco financiador. O BID em suas políticas ainda permite que os mutuários possam

²¹ BANCO MUNDIAL. *Guidelines Procurement of Goods, Works and Non-Consulting Services*. Janeiro 2011. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/278019-1308067833011/Consultant_GLs_English_Final_Jan2011.pdf> Acesso em: 08 mar. 2016.

divulgar em jornal internacional ou revista técnica, bem como em jornal de circulação nacional e/ou diário oficial, conforme item 2.5 das Políticas para Seleção e Contratação de Consultores Financiados pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento GN-2350-9. Essa publicação vai ao encontro também do que diz o art. 37, *caput*, da Carta Magna de 1988, pois visa dar conhecimento a possíveis interessados acerca das informações de todo o processo de seleção de consultores para o projeto. Diante dessa publicação, as empresas que manifestarem interesse serão avaliadas pelo mutuário, que verificará qual é a que possui qualificações técnicas necessárias para a execução do serviço proposto.

Após a publicação, o mutuário é responsável pela elaboração de uma “*short list*”, também conhecida como lista curta. Nessa lista curta, o mutuário considerará apenas as empresas, que tendo manifestado interesse, possuem, ainda, as qualificações necessárias. A lista curta, no caso do BID, compreenderá:

“[...] seis empresas representativas de uma considerável amplitude geográfica, com no máximo duas empresas de um mesmo país e pelo menos uma de um dos países mutuários membro do Banco, a menos que empresas qualificadas oriundas de países mutuários membros do Banco não tenham sido identificadas. O Banco poderá aceitar listas curtas compreendendo um menor número de empresas em circunstâncias especiais, como, por exemplo, quando apenas poucas empresas qualificadas tenham manifestado interesse por um serviço específico ou quando o tamanho do contrato não justificar uma competição mais ampla”²².

Esse procedimento lembra, no âmbito nacional, a modalidade convite, contida no art. 22, III da Lei n° 8.666/93, já que ambas preveem a escolha de um número de convidados mínimo para o processo de seleção.

O Banco aprovará a lista curta emitindo sua não objeção (*no objection*), momento pelo qual não será mais possível realizar alterações na lista, sendo esta divulgada a todos os participantes que manifestaram interesse em competir no certame a fim de dar transparência às contratações de consultores.

De acordo com as políticas e diretrizes do BIRD e do BID que orientaram a contratação de consultores, o instrumento convocatório enviado para as interessadas deve conter informações claras sobre o projeto financiado, o procedimento a ser seguido durante a seleção, e principalmente, estabelecer os critérios de julgamentos que serão adotados para a escolha da

²² BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *Políticas para Aquisição de Bens e Contratação de Obras Financiadas pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento GN-2350-9*. Março, 2011. Disponível em: <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=780811>>. Acesso em 08 mar. 2016.

contratada, demonstrando os aspectos a serem analisados e quais os pesos que serão atribuídos para cada um deles no certame.

Com relação as propostas que serão apresentadas, ambos os bancos determinam que as propostas técnica e financeira devem ser apresentadas em envelopes separados e lacrados. Primeiramente a comissão julgadora irá verificar a proposta técnica, sendo analisado os critérios atribuídos no instrumento convocatório, tais como: experiência do consultor, qualidade da metodologia, pessoal-chave, formação geral e específica, tempo em que o consultor trabalha na empresa entre outros. Ao realizar a ponderação dos pontos deve a comissão julgadora justificar a pontuação dada, sendo recusadas as propostas que não cumprem os critérios estabelecidos no instrumento convocatório.

Após a análise das propostas técnicas, os consultores qualificados com a pontuação mínima serão então notificados para comparecerem à sessão pública (presencial ou online) de abertura das propostas financeiras, na qual serão lidas em voz alta as propostas técnicas e o preço proposto. Para fins de comparação das propostas, os preços propostos por cada licitante serão convertidos a uma única moeda e taxa de câmbio, que será selecionada pelo mutuário, conforme estabelecido no anteriormente na licitação. Ao final do certame, a comissão julgadora realiza uma avaliação conjunta da qualidade e do preço de acordo com o sistema de pontuação adotado pelo mutuário no instrumento convocatório, escolhendo-se o vencedor.

Por fim, o resultado do certame é submetido ao BIRD ou ao BID para que se declare sua não objeção. Sendo aceito pelos bancos, o contrato de prestação de consultoria é negociado entre o mutuário e o licitante vencedor, não podendo este resultar em alterações substanciais de forma que mude a qualidade do produto final. Não havendo qualquer alteração ou tendo alguma modificação não substancial, adjudica-se o contrato ao vencedor de modo que seja assinado. Após assinatura será dada ampla publicação.

4.2.3 Das Regras para Aquisição de Bens e Contratação de Obras e Serviços

Além das regras para contratação de consultores, como vista no tópico anterior, os organismos multilaterais de fomento, como o Banco Mundial e o BID, previram, em suas diretrizes, a existência de um outro tipo de categoria que é aplicável à aquisição de bens, contratação de obras e serviços que não, obviamente, os de consultores.

Nessa categoria, os bancos financiadores estabeleceram outras nomenclaturas de modalidades de licitações para diferenciar daquelas que usualmente estamos acostumados em

ver e que estão dispostas no art. 22 da Lei nº8.666/93. Assim, para o Banco Mundial, as principais modalidades de licitação dispostas em suas diretrizes são: Licitação Pública Internacional (*International Competitive Bidding*), Licitação Internacional Limitada (*Limited International Bidding*), Licitação Pública Nacional (*National Competitive Bidding*), Convite (*Shopping*). Além dessas modalidades, há também a Contratação Direta (*Direct Contracting*), a qual dispensa o processo de competição. Com relação ao BID, as modalidades de licitação e seus procedimentos são também bastantes semelhantes as do Banco Mundial, divergindo essencialmente nas nomenclaturas, como por exemplo na modalidade Convite (*Shopping* para Banco Mundial), que para o BID assume o nome de Comparativo de Preços.

Os atos executados pelos mutuários ao decidir realizar um certame licitatório para aquisição de bens e contratação de obras e serviços devem ser publicizados, assim como é durante uma realização de licitação com recursos nacionais. Desse modo, os mutuários providenciam a publicação em periódicos internacionais como no caso do BID no periódico *online* do UNDB em seu próprio site, assim como nos casos do Banco Mundial em que todo procedimento é divulgado em periódico do Departamento de Informação Pública das Nações Unidas. Essa publicização possibilita a ampla participação de diversas empresas dos países-membros desses bancos financiadores. Já para as licitações nacionais, por ser uma modalidade que não atraia os interesses de licitantes estrangeiros em razão da inviabilidade de competição posto que os bens ou obras disponíveis no local da competição têm preços inferiores àqueles praticados no mercado internacional, a publicização, nos projetos financiados pelo BID, limita-se a divulgação em um portal eletrônico de compras governamental de acesso gratuito ou, na sua ausência, em um jornal de ampla circulação nacional. Entretanto, importante salientar, que não há vedação aos licitantes estrangeiros, que eventualmente venham saber do certame nacional, despertem o interesse em participar da licitação.

Importante observar que a Lei que rege as licitações nacionais e os contratos administrativos no Brasil, não classifica a licitação internacional como uma das espécies de modalidade de licitação. No entanto, essa mesma legislação pátria reconhece a existência de licitações internacionais, mais especificadamente no art. 42 da Lei nº 8.666/93, sendo conceituada por Eros Graus, ex-ministro da Suprema Corte, como sendo as licitações “ cuja publicidade tenha sido assegurada no exterior, para além das fronteiras do território nacional, ou seja, no âmbito internacional”.²³

²³ BITTENCOURT, Sidney. *Estudos sobre Licitações Internacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 61.

A Licitação Pública Internacional possui características que estão estabelecidas nas *Guidelines* elaboradas pelo Banco Mundial. A primeira característica é a necessária divulgação de um Aviso Geral de Aquisição, em inglês, chamado de *General Procurement Notice*, no qual o Banco informa aos interessados a realização do empréstimo, com seu valor e o seu propósito, bem como o escopo das aquisições especificando as obras, bens ou serviços que serão licitados. Uma outra característica é a notificação dos representantes como possíveis participantes do certame licitatório. Também há a necessidade de o idioma a ser utilizado nas transações internacionais serem a língua francesa, inglesa ou espanhola. Com relação a moeda, devem os licitantes indicar em qual moeda será apresentada sua proposta indicando a forma de conversão de preço.

A modalidade de Licitação Internacional, tanto para as concorrências realizadas com recursos financiados pelo Banco Mundial quanto pelo BID é a mais adequada na maioria dos projetos, uma vez que permite aumentar o acesso às informações do certame e, por conseguinte, uma maior competitividade haja vista a possibilidade de um maior número de participantes no certame.

Ocorre que não é em todas as oportunidades que a Licitação Internacional é o procedimento mais adequado e econômico. Daí, é que há a possibilidade de utilizar regras mais simplistas, como é o caso da Licitação Internacional Limitada, nas concorrências em que a divulgação é realizada através de um “*convite*” direto aos licitantes, não necessitando uma ampla publicidade do certame. Justifica-se essa modalidade nos casos em que há poucos fornecedores interessados ou quando também os valores são menos vultosos.

Em relação a Licitação Pública Nacional, o Banco Mundial orienta os mutuários em suas diretrizes a utilização dessa modalidade para a aquisição de bens e obras que, em razão da sua natureza e finalidade, não enseja o interesse de licitantes estrangeiros. Assim, nessa modalidade, a publicização é realizada no país que realizará a licitação, não sendo necessária a divulgação do Aviso Geral de Aquisições e a Notificação dos representantes locais de outros países.

Por derradeiro, a modalidade Convite Internacional e Local, conhecido pelo Banco Mundial como *Shopping* é o procedimento mais simplificado dentre todas as outras modalidades de licitações. Por ser um procedimento informal de consulta a pelo menos três proponentes, as cotações podem ser enviadas por carta, fac-símile ou por meio eletrônico. Usualmente é utilizada para contratação de pequenas obras e aquisições de bens de baixo valor monetário.

4.2.4 Da Contratação Direta

Tal como na legislação pátria, o Banco Mundial e o BID possuem, em suas regras, a previsão de realizar contratações diretas, que não necessitam de um procedimento licitatório prévio.

Dessa forma, esses bancos reconhecem que nem sempre a proposta mais vantajosa resulta em uma licitação mais benéfica ao contratante. Para isso, existe nas diretrizes do Banco Mundial e também do BID a previsão da possibilidade de contratação direta com o fornecedor, excluindo, assim, a necessidade de um certame licitatório. Essa contratação direta ocorre em situações específicas, mas não exatamente nas mesmas hipóteses da lei nacional. Pode-se exemplificar essa diferença na *Guidelines* do Banco Mundial quando as diretrizes do banco não preveem uma dispensa de licitação para as contratações menor que um determinado valor, conforme ocorre em nossa legislação pátria, no art. 24, incisos I e II da Lei nº 8.666/93.

Assim, as hipóteses que o Banco Mundial, em suas diretrizes (*Guidelines*), prevê a contratação direta são situações em que ocorre desastres naturais em que são declaradas pelo mutuário e reconhecido pelo Banco, nos casos: a) em que o equipamento a ser adquirido é exclusivo de um fornecedor, b) quando uma aquisição de uma peça de um fornecedor é essencial para o desempenho e funcionalidade de um equipamento, c) para a extensão de um contrato de mesma natureza já existente desde que os procedimentos sejam aceitos pelo Banco e sejam considerados vantajosos, d) quando se justifica a compra adicionais do fornecedor original para padronização de equipamentos ou partes sobressalentes, desde que compatíveis com o equipamento existente, e por último, em circunstâncias que estão de acordo com as algumas previsões de aquisição das agências das nações unidas.

Nesse sentido, após apresentados os principais elementos e características das licitações internacionais financiadas com recursos dos bancos de fomentos, passo a analisar a aplicabilidade e recepção destes em face do ordenamento jurídico pátrio.

5 RECEPÇÃO DAS NORMAS ADOTADAS PELOS ORGANISMOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

5.1 Do Conflito entre a Lei n° 8.666/93 e as Regras Adotadas pelo BID e pelo Banco Mundial

Os contratos financiados com recursos de bancos de fomento internacionais devem ser regidos por determinadas condições fixadas entre o mutuante e o mutuário de forma que as execuções dos projetos neles inseridos sejam realizados integralmente com a máxima eficiente possível.

Para que isso ocorra, uma das condições necessária para obter o financiamento deve ser a observância das normas e procedimentos dispostos nas políticas de aquisição e contratação do BID e nos *Guidelines* do Banco Mundial sob pena que rescisão contratual do empréstimo internacional.

Como já exposto anteriormente, a legislação nacional prevê expressamente a possibilidade do afastamento da observância da norma de licitação pátria respaldando o emprego de regras extrínsecas, conforme art. 42, § 5° da lei n° 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 42 [...]

“ § 5° 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 quanto ao critério 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 doação, 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.”²⁴ (grifo nosso)

Entretanto, o uso das regras dos bancos internacionais de fomento tem ocasionado diversas controvérsias jurídicas, já que existem algumas divergências entre as regras internacionais desses bancos em relação aos preceitos que regem a contratação de fornecedores e a aquisição de bens realizados pela administração pública.

²⁴ BRASIL. *Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

Em que pese estejam previstas no contrato de empréstimo e no art. 42 da Lei de licitações, a utilização das regras desses bancos e não dos procedimentos licitatórios dispostos na Lei nacional vem sendo atacada por diversos gestores públicos, inclusive alegando uma afronta à soberania nacional.

Diante desse cenário, que perpassa inclusive a academia, há uma série de intensas repercussões na execução de projetos financiados pelos bancos internacionais financiadores, uma vez que é exigido o cumprimento do emprego das regras internacionais como condição para concessão do empréstimo internacional.

A divergência entre a lei nacional e as regras utilizadas por agentes financiadores internacionais dificulta o início da execução do projeto resultando num atraso no cronograma previsto, o que pode acarretar em custos adicionais e imprevistos prejudicando, na maioria das vezes, a população mais carente e que mais precisa daquela intervenção prevista no projeto.

Assim, pode-se destacar com uma discrepância entre a norma nacional e as regras impostas pelo Banco Mundial e pelo BID, a seleção de consultores por meio de uma lista curta, também chamada de *short list*. Nesta lista, são convidados o número máximo de 06 (seis) interessados, não sendo permitido a participação de outros consultores que não estejam nesta lista, como se pode observar nas Políticas do BID no item 2.6:

“ 2.6 O Mutuário é responsável pela elaboração da lista curta. O Mutuário deverá considerar inicialmente as empresas que, tendo manifestado interesse, possuam as qualificações necessárias. **As listas curtas deverão compreender seis empresas** representativas de uma considerável amplitude geográfica, com no máximo duas empresas de um mesmo país e pelo menos uma de um dos países mutuários membro do Banco, a menos que empresas qualificadas oriundas de países mutuários membros do Banco não tenham sido identificadas. [...]”²⁵ (**grifo nosso**)

Por outro lado, na Lei nº 8.666/1993, ainda que na modalidade Convite, o edital é estendido para o máximo de interessados possível de modo a possibilitar um maior número de proponentes para competir naquele certame de seu interesse. É o que se observa no art. 22 § 3º da Lei nº 8.666/1993:

Art. 22 [...]

“§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em

²⁵ BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *Políticas para Aquisição de Bens e Contratação de Obras Financiadas pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento GN-2350-9*. Março, 2011. Disponível em: <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=780811>>. Acesso em 20 mai. 2016.

local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o **estenderá aos demais cadastrados** na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.”²⁶ (grifo nosso)

Nesse contexto, tanto o BID quanto o Banco Mundial utilizam-se da chamada *short list*, o que, para alguns pode ser configurado uma violação aos princípios da igualdade e da publicidade que encontram previsão na Carta Magna de 1988 e no art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

Ainda, pode-se mencionar um outro exemplo de divergência entre as regras adotadas pelos bancos financiadores, especialmente com relação ao Banco Mundial neste caso. Isso ocorre quando as regras desse banco não possibilitam a alteração do preço da proposta apresentada pelo primeiro colocado quando houver recusa da proponente vencedor em assinar o contrato. Isso difere com o dispositivo encontrado no art. 64, § 2º da Lei de licitações e de contratos administrativos, uma vez que quando o primeiro colocado recusa assinar o termo contratual nos prazos e condições estabelecidos, a administração pública, responsável pelo certame, convocará os licitantes remanescentes, respeitando a ordem de classificação, nas mesmas condições propostas pelo primeiro colocado, conforme pode-se observar na transcrição abaixo do citado dispositivo:

Art. 64 [...]

“ § 2º É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e **nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados** de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.”²⁷ (grifo nosso)

Sobre esse assunto, o Banco Mundial defende que cada proposta apresentada tem suas próprias peculiaridades e componentes não podendo ser arbitrariamente alterada.

Uma outra divergência que pode ser apontada, ocorre quanto ao teto dos preços utilizados nas licitações disciplinadas pela legislação nacional, bem como nas hipóteses de licitação dispensável o art. 24 da Lei nº 8.666/1993, que não são as mesmas das regras do BID e nem do Banco Mundial.

²⁶ BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

²⁷ BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 20 maio 2016

Além dessas diferenças citadas, poderíamos exemplificar muitas outras diferenças, no entanto, o presente trabalho não tem a pretensão de buscar os elementos que divergem a norma pátria em relação as diretrizes desses bancos, mas apenas analisar a possibilidade da aplicação das regras do Banco Mundial e do BID nas licitações de projetos financiados por eles, sem que o gestor do projeto incida em infrações à princípios constitucionais aplicados ao direito brasileiro.

Nesse sentido é que iremos tratar no próximo item da hierarquia das normas de origem internacional e as de origem interna.

5.2 Do Choque Aparente entre as Normas de Origem Internacional e as de Origem Interna

Há uma intensa discussão entre o choque aparente entre as normas de origem internacional e as normas de origem interna. Essa controvérsia levou a doutrina a discutir duas teorias: Monista e Dualista.

Francisco Rezek expõe sobre o tema ensinando que para os autores dualistas – dentre os quais se destacaram os autores Carl Heinrich Triepel, na Alemanha e Dionisio Anzilotti, na Itália, o direito internacional e o direito interno de cada Estado são sistemas rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional.²⁸

Em artigo publicado, a autora traz ensinamento do ilustre autor Hildebrando Accioly sobre o tema em ele define a teoria monista como sendo: “em princípio o direito é um só, quer se apresente nas relações de um Estado quer se apresente nas relações internacionais”²⁹, revelando que a teoria monista é aquela que considera a existência de somente uma ordem jurídica.

Por sua vez, os autores monistas dividiram-se em duas correntes. Uma sustenta a unicidade da ordem jurídica, mas com a prioridade no direito nacional em relação ao direito internacional, também chamado de monismo nacionalista. Outra apregoa o primado do direito internacional a qual se ajustaria todas as normas de ordem interna.

²⁸ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 4.

²⁹ DELLOVA, Adriana Souza. *A dúvida do Supremo Tribunal Federal na adoção das teorias monista ou dualista frente à globalização*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8082>. Acesso em 02 jun. 2016.

Rezek pondera que nenhuma dessas três linhas de pensamento é invulnerável à crítica. Contudo, cada uma delas pode ser valorizada em seu mérito se admitido que procuram descrever o mesmo fenômeno visto de ângulos diferentes.³⁰

Assim, continua Rezek, os dualistas enfatizam a diversidade das fontes de produção das normas jurídicas, lembrando sempre os limites de validade de todo o direito nacional, e observando que a normas do direito internacional não opera no interior de qualquer Estado senão quando este, havendo-a aceito, promove-lhe a introdução no plano doméstico. Os monistas internacionalistas (kelsenianos) voltam-se para a perspectiva ideal de que se instaure um dia a ordem única, e rechaçam a ideia de que o Estado soberano tenha podido outrora, ou possa hoje, sobreviver numa situação de hostilidade ou indiferença frente ao conjunto de princípios e normas que compõem o direito internacional. Em relação aos monistas da linha nacionalista dão relevo especial à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional e propendem ao culto da constituição, estimando que no seu texto, ao qual nenhum pode sobrepor-se na hora presente, há de se encontrar notícia do exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras.³¹

Por consequência desse debate, que contém críticas razoáveis em relação a todas as doutrinas pertinentes ao tema, é que surgiu uma compreensão sobre o choque aparente das normas de direito internacional e as de origem interna.

A Constituição de 1988, salvo o dispositivo que se refere aos tratados e às convenções internacionais sobre direitos humanos que possui hierarquia de norma constitucional em razão do art. 5º, § 3º, não estabeleceu com clareza, em outro dispositivo, qual seria a posição hierárquica das normas de direito internacional em relação ao direito interno, deixando para a jurisprudência e para a doutrina o preenchimento dessa lacuna.

Assim a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude do famoso julgamento do RE 80.004/SE³², vem tendo o entendimento de que o tratado internacional (celebrado pelo Presidente da República e ratificado pelo Congresso Nacional) possui a mesma

³⁰ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 5.

³¹ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 5.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário - RE nº 80.004*; Tribunal Pleno. Recorrente: Belmiro da Silveira Gois. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Brasília, 01 de junho de 1977. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+80004%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hx95j56>>. Acesso: em 18 maio 2016.

hierarquia de lei ordinária, sendo aplicado somente em consonância com os ditames constitucionais.

Mirtô Fraga, apoiando-se nessa jurisprudência, acrescenta que:

“O decreto do Presidente da República atestando a existência de nova regra e o cumprimento das formalidades requeridas para que ela se concluísse, com a ordem de ser cumprida tão inteiramente com nela se contém, confere-lhe força executória, e a publicação exige sua observância por todos”³³

Nesse mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso e Marcos Juruena Vilella Souto concluem em sua obra que:

“Portanto, ao aderir à Convenção de Bretton Woods, de 22/07/1944, o Brasil, após tramitação legislativa constitucionalmente exigida, introduziu, no seu direito interno, uma norma específica sobre contratações financeiras pelo BIRD, afastando, pois, a aplicação de uma norma geral de licitação – o que foi expressamente reconhecido pela Lei nº 8.666/1993, em seu art. 42, § 5º”³⁴

Assim, ao serem ratificadas pelo Congresso Nacional, as regras da Convenção de Bretton Woods foram remanejadas para o ordenamento jurídico interno como lei federal ordinária, nascendo possibilidade de posterior edição das *Guidelines* do Banco Mundial, conforme previsão no art. III, seção 5, alínea “b” do Apêndice B da Ata Final da Conferência de Bretton Woods, que estabeleceu o seguinte:

“O Banco adotará medidas para assegurar que o produto do empréstimo será utilizado exclusivamente para as finalidades em razão das quais foi concedido e empréstimo, tomando-se na devida consideração a economia e a eficiência, independentemente de influências ou considerações políticas e quaisquer outras alheias ao aspecto econômico.”³⁵

Também a respeito do tema o doutrinador Roque Citadini aponta duas justificativas para a correta diretiva da lei de licitações:

“A primeira é que o Brasil, sendo participante do organismo internacional (ainda que minoritário), referenda as normas da Instituição; e a segunda, de natureza prática, é que caso o administrador brasileiro não as aceite, o órgão não liberará os recursos, logo, não havendo, assim, contratação”³⁶

³³ FRAGA, Mirtô. *O Conflito entre Tratado Internacional e a Norma do Direito Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 69.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto; SOUTO, Marcos Juruena Vilella. Aquisição de Bens Financiada pelo BIRD. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 10, n. 8, p. 386-391 ago. 1997.

³⁵ BRASIL. Decreto nº 21.177, de 27 de maio de 1946. Disponível em: < <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/convencao-sobre-o-fundo-monetario-internacional/>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

³⁶ CITADINI, Antônio Roque. *Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. 1.ed. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 269/270.

Bittencourt indaga em seu livro se nas licitações internacionais lastreadas em recursos provenientes de financiamentos ou doações oriundas de organismos estrangeiros seriam somente observadas as normas dos citados organismos e o princípio do julgamento objetivo, conforme o parágrafo 5º do art. 42.³⁷

Em resposta a essa indagação, Mukai também entende que: “não, porquanto é obrigatória a observação dos demais parágrafos do mesmo artigo, bem como de todos os demais princípios regedores da matéria.”³⁸

Nesse contexto, há a possibilidade do cumprimento nas licitações das regras e condições previstas pelos organismos internacionais de fomento quando houver especialmente a compatibilidade dessas regras com o ordenamento jurídico pátrio, bem como quando os recursos forem provenientes de financiamentos ou doações desses organismos multilaterais de que o Brasil faça parte, como é o caso do Banco Mundial e do BID.

³⁷ BITTENCOURT, Sidney. *Estudos sobre Licitações Internacionais*. Rio de Janeiro: Lumien Juris, 1998, p. 64.

³⁸ MUKAI, Toshio. “As Licitações Internacionais, as Normas da Lei nº 8.666/1993 e as dos Organismos Internacionais”, *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 10, n.º 8, p. 373-374, ago. 1997.

6 DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS

As contratações realizadas com recursos de empréstimos internacionais financiados por organismos internacionais não podem afastar a observância dos princípios dispostos na ordem jurídica interna, especialmente aqueles considerados fundamentais os quais estão consagrados na Constituição Federal de 1988.

Um dos princípios que devem ser observados é o da obrigatoriedade em licitar, que é vista pelos doutrinadores como um princípio fundamental previsto em nossa Constituição Federal no inciso XXI do art. 37, que estabelece:

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.”³⁹ (grifo nosso)

Por ser um procedimento de direito público administrativo, a licitação deve submeter-se aos princípios que regem a administração pública explicitados no *caput* desse mesmo artigo 37 da Carta Magna:

“ Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** [...]”⁴⁰ (grifo nosso)

Em alinhamento ao que dispõe a Constituição Federal, o art. 3º da Lei nº 8.666/93 traz, de forma explícita, alguns princípios básicos que devem ser observados durante a realização de toda e qualquer licitação seja nacional, seja internacional, conforme se trecho abaixo:

“Art. 3º 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,

³⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

⁴⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”⁴¹

Em relação à observância dos princípios aplicáveis, Justen Filho em sua obra assevera que a obtenção dos recursos de origem estrangeira não autoriza ignorar a ordem jurídica interna, especialmente no tocante aos princípios fundamentais consagrados na Constituição. Assim, ele conclui que a atividade administrativa do Estado continua a submeter-se a princípios fundamentais, mesmo quando envolver aplicação de recursos provenientes do estrangeiro.⁴²

Dessa forma, os princípios mencionados acima devem orientar o gestor público nos procedimentos de licitação que irá conduzir. Contudo, pode haver uma dificuldade na adoção dos procedimentos especiais utilizados pelos bancos financiadores, em razão de eles terem peculiaridades próprias não somente em seus procedimentos e critérios de seleção dispostos em suas próprias diretrizes, mas também quanto aos princípios licitatórios utilizados em seus certames.

Como já demonstrado anteriormente, a Lei nº 8.666/93, em seu art. 42 § 5º, autoriza expressamente a utilização de regras próprias dos organismos internacionais, desde que não conflitem com o princípio do julgamento objetivo.

Art. 42 [...]

“ § 5º 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 quanto ao critério 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 doação, 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.”⁴³ (grifo nosso)

Quanto à aplicabilidade deste dispositivo, a doutrina e a jurisprudência vem adotando o entendimento de que, em que pese a lei obrigue expressamente tão somente a observância do

⁴¹ BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 413

⁴³ BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

princípio do julgamento objetivo, outros princípios tais como legalidade, impessoalidade, motivação, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, economicidade, razoabilidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, entre outros, devem ter observância obrigatória para essas contratações.

Toshio Mukai aduz em sua obra que de modo a cumprir com o princípio do julgamento objetivo, transcrito acima no dispositivo legal, devem ser observados os outros princípios como o do vínculo ao instrumento convocatório, bem como o da competitividade e da igualdade, este expresso na ordem constitucional. O renomado doutrinador aduz ainda que não se pode dar plena prevalência às normas dos organismos internacionais, devendo a administração pública estar em consonância com os demais princípios basilares da licitação decorrem do princípio do julgamento objetivo ou da própria Carta Magna de 1988.⁴⁴

Diferente não é a manifestação da Professora Folgosi⁴⁵, senão vejamos:

“Dentro da chamada “teoria do monismo moderado”, as Guidelines, ainda que com aplicação determinada nos contratos de empréstimo, ainda que fundadas em tratado firmado pelo Brasil (Bretton Wodds), dependem, para sua validade, **de sua consonância com os princípios e normas constitucionais**” (grifo nosso)

Nessa mesma linha, a Procuradoria Geral do Estado do Paraná – (PGE/PR)⁴⁶ conclui em seu Parecer n° 110/2003 que:

A entidade internacional que faz o empréstimo poderá determinar que as regras para aquisição de bens e serviços desde que não contrarie os princípios constitucionais que informam a conduta da Administração Pública no que diz respeito a compras de bens e serviços e realização de serviços com os particulares.

Em consulta feita pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente do Distrito Federal, a Procuradoria Geral do Distrito Federal – PGDF, em seu Parecer n.º 84/2008, cita a observância aos princípios que regem a administração pública, conforme transcrito abaixo:

“Nesse sentido, desde já, se recomenda que a Consultante, ao colocar em prática as políticas de contratação do Banco Mundial, tenha como diretrizes

⁴⁴ MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 67-68.

⁴⁵ FOLGOSI, Rosolea Miranda. Licitações e as “Guidelines” do Banco Mundial. In: Celso Antônio Bandeira de Mello (Org.). *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 530.

⁴⁶ PARANÁ. Procuradoria Geral do Estado do Paraná. *Parecer n° 110/2003, de 15 de março de 2003*.

Disponível em: <<http://www.pge.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=56>>. Acesso em: 05 ago. 2016.

os princípios administrativos aplicáveis, em especial os da Isonomia, competitividade, legalidade, impessoalidade, publicidade; moralidade e julgamento objetivo.”⁴⁷

Por fim, conclui que:

“Por previsão contida no art. 42 §5º da Lei 8.666/93, é possível que a Consulente adote as normas do Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD para selecionar e contratar a empresa de consultoria que prestará apoio na execução do Programa Brasília Sustentável [...]”⁴⁸

Ressalta-se, no entanto, que não é tão simplista a análise da aplicabilidade dos princípios nas licitações internacionais quanto se aparenta. A título exemplificativo, alguns entendem que a lista curta ou *short list* para contratação de consultores estabelecida pelo Banco Mundial é tida como uma afronta aos princípios da competitividade, publicidade e da igualdade, enquanto para outros dizem, não há infringência alguma, haja vista que, sob a égide da Lei de Licitações e Contratos, esses princípios encontram-se amparo legal nas licitações nacionais sob a modalidade Convite, cuja abrangência de participantes se reduz em razão da monta ser menor que nas outras modalidades. Assim, ambos os procedimentos utilizados na lista curta e os princípios licitatórios dos certames nacionais podem coexistem pacificamente de maneira que não violem princípios da administração pública.

Portanto, resta demonstrado que a aplicabilidade das regras do Banco Mundial e as Políticas de Contratação do BID devem ser analisadas caso a caso, verificando-se sempre a obediência aos princípios da administração pública na ordem jurídica interna, que regem os certames licitatórios quando há recursos obtidos por empréstimos internacionais.

⁴⁷ DISTRITO FEDERAL. Procuradoria Geral do Distrito Federal. *Parecer nº 84/2008, de 22 de fevereiro de 2008*. Disponível em: < <http://parecer.pg.df.gov.br/arquivo/PROCAD/2008/PROCAD.0084.2008.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2016.

⁴⁸ DISTRITO FEDERAL. Procuradoria Geral do Distrito Federal. *Parecer nº 84/2008, de 22 de fevereiro de 2008*. Disponível em: < <http://parecer.pg.df.gov.br/arquivo/PROCAD/2008/PROCAD.0084.2008.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2016.

7 PRINCÍPIOS BÁSICOS UTILIZADOS PELO BANCO MUNDIAL E PELO BID

No tópico anterior foi demonstrado que as licitações realizadas com recursos obtidos por empréstimos junto ao Banco Mundial e ao BID devem atender aos princípios inseridos na Constituição Federal e na Lei de Licitações e Contratos.

Ainda deve-se analisar não apenas a utilização dos princípios licitatórios da administração pública aplicáveis às regras dos bancos, mas também deve-se verificar inversamente a aplicabilidade dos princípios adotados pelas regras dos bancos internacionais de fomento, notadamente o BID e o Banco Mundial nos certames licitatórios para a implementação dos projetos.

O Banco Mundial em seu estatuto de origem chamado de *Articles of Agreement* considerou quatro pilares principais na realização dos procedimentos licitatórios, quais sejam:

- a) A necessidade de economicidade e eficiência na implementação do projeto, incluindo nas aquisições de bens e contratações de serviços nele previstos;
- b) O interesse do Banco em proporcionar a todos os licitantes elegíveis dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, a mesma informação e igual oportunidade para competir no fornecimento de bens e obras financiadas pelo banco;
- c) O interesse do banco em encorajar o desenvolvimento da construção nacional e indústria nacional do país mutuário;
- d) A importância da transparência no processo de aquisições.

Em relação ao primeiro pilar, o art. 15, inciso IV da Lei nº 8.666/93 e o art. 37, *caput* da Constituição Federal coincidem com as premissas da economicidade e eficiência quando dizem, respectivamente, que:

“Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

IV – ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando **economicidade**;”⁴⁹ (grifo nosso)

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** [...]”⁵⁰ (grifo nosso)

⁴⁹ BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 05 ago. 2016.

⁵⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 ago. 2016.

O Banco Mundial e o BID também se preocupam com o incentivo ao desenvolvimento local possibilitando a competição entre países, incidindo o consagrado objetivo fundamental da garantia do desenvolvimento nacional, que se encontra disposto no art. 3º da Constituição Federal, combinado com o princípio que rege a cooperação dos povos para o progresso da humanidade nas relações internacionais estabelecido no art. 4º, IX, também da Carta Magna de 1988.

De forma que a moralidade, a publicidade, vinculação ao instrumento convocatório, probidade administrativa e isonomia sejam observados, o procedimento licitatório deve ser transparente, como determinam as *Guidelines* do Banco Mundial e as políticas de contratação do BID.

Portanto, quando se analisa as diretrizes do Banco Mundial inseridos no *Guidelines* e nas políticas de contratação do BID, verificam-se a estrita observância aos princípios fundamentais inserido na ordem jurídica interna pátria, a despeito de utilizarem ritos e práticas diferentes constantes na Lei nº 8.666/93.

Assim, essa convergência de princípios pode ser examinada em várias situações previstas nas diretrizes e políticas dos bancos internacionais de fomento.

Para elucidar tal situação, um exemplo claro de similitude das normas do ordenamento pátrio disposto no art. 32, §5º da Lei nº 8.666/93 com o constante nas regras do Banco Mundial, mais especificadamente no disposto do item 2.11 das *Guidelines* ocorre quando se estabelece que o edital de licitação deve conter todas as informações necessárias para que os proponentes possam preparar sua proposta. Além disso, estabelece, ainda, que os critérios de julgamento e de avaliação e seleção da proposta de menor preço devem ser especificados com clareza no edital de licitação. Destaca-se, também, nesse mesmo item da *Guidelines*, que se uma tarifa for cobrada para a expedição de documentos, como edital de licitação, esta deve ser razoável, refletindo apenas o custo de digitação, impressão e publicação em formato eletrônico de maneira que possibilite a entrega do edital a um maior número de licitantes, evitando, assim, o afugentamento de competidores para disputa do certame licitatório.

Também pode-se identificar no item 2.16 das mesmas diretrizes, que os documentos de uma licitação devem ser escritos precisamente e com clareza para proporcionar uma competição internacional devendo indicar: o objeto a ser licitado, local de licitação, a localização em que o objeto será entregue ou instalado, o cronograma de entrega ou de conclusão, requisitos mínimos

de desempenho, garantias e requisitos de manutenção do objeto, além de outros termos e condições pertinentes à licitação. O edital de licitação, também, deve indicar os testes, os padrões e os métodos que serão empregados para o julgamento de aceitabilidade técnica das propostas. Esses itens se alinham aos preceitos da Lei de Licitação em seu art. 40 e incisos.

Nessa mesma toada, o item 2.18 da *Guidelines* do Banco Mundial também demonstra uma convergência com os ditames da lei de licitações e contratos em seu art. 21, § 4º porquanto as diretrizes do banco estabelecem que todos os licitantes deverão obter, tempestivamente, as mesmas informações devendo ser a eles assegurados igualdade de oportunidade na obtenção de esclarecimentos adicionais. Também, os entes que promovem a licitação deverão permitir o acesso aos locais dos projetos a todos os proponentes. Ademais poderão ser realizadas reuniões entre o ente licitante e os proponentes interessados para esclarecer dúvidas quando o objeto do contrato for bastante complexo sendo lavrada ata encaminhada a todos os proponentes participante, bem como ao Banco Mundial. Todas as modificações nos documentos da licitação serão feitas sob a forma de adendo e, se houver necessidade, poder-se-á adiar os prazos para abertura das propostas.

Em relação às políticas de contratação adotadas pelo BID pode-se observar, também, princípios que convergem na mesma direção das normas utilizadas no ordenamento pátrio. O item 2.18 da GN-2349-9, que normatiza as políticas para aquisição de bens e contratação de obras é um exemplo bastante claro. Nesse item, o princípio da igualdade é bastante evidente uma vez que a todos os possíveis licitantes será dada a mesma informação, sendo-lhes assegurada igualdade de oportunidades na obtenção de informações adicionais, de forma tempestiva. Para assegurar o princípio da competitividade nos procedimentos licitatórios, o BID, no item 2.23, estabeleceu que os licitantes devem cotar em seus preços unitários ou globais incluindo todos os seus encargos e tributos de modo a permitir aos licitantes obter todos os insumos (exceto mão-de-obra não qualificada) de quaisquer fontes elegíveis, visando a incrementar a competitividade de suas propostas.

Um outro ponto em comum se diz respeito ao princípio da publicidade que está disposto também nas políticas adotada pelo BID, conforme observado no item 2.7.⁵¹ que estabelece, *in verbis*:

“ A divulgação oportuna das licitações é elemento essencial do processo competitivo. No caso de projetos que incluam CPIs, deve o Mutuário elaborar

⁵¹ BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *Políticas para Aquisição de Bens e Contratação de Obras Financiadas pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento GN 2349-9*. Março, 2011. Disponível em: <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=780806>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

uma minuta de Aviso Geral de Licitação, submetendo-a ao Banco. O Banco providenciará sua **publicação** no *United Nations Development Business online (UNDB online)* e no site do Banco. O Aviso conterá informação relativa ao Mutuário (ou provável Mutuário), montante e propósito do empréstimo, escopo das aquisições objeto da CPI, bem como o nome, número de telefone (ou fax), endereço da agência do Mutuário responsável pelas licitações e o endereço eletrônico no qual os avisos específicos de licitação serão publicados. Caso já seja conhecida, também deverá ser divulgada a data prevista para que os editais de pré-qualificação ou de licitação estejam disponíveis. Os editais de pré-qualificação ou licitação, conforme o caso, não poderão estar disponíveis ao público antes da data de publicação do Aviso Geral de Licitações.” (grifo nosso)

Portanto, nota-se que as normas adotadas pelo Banco Mundial e pelo BID convergem com os princípios utilizados nas licitações nacionais assegurando a eficácia da aplicação dos recursos externos com o objetivo de atender o interesse público. Assim, a aplicação dessas normas adotadas pelos bancos e fomento são legítimas, uma vez que são autorizadas pela legislação em seu art. 42, § 5º da Lei de Licitações e Contratos desde que haja compatibilidade entre os princípios contidos nas normas internacionais com os princípios licitatórios pátrios.

8 JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E DO PODER JUDICIÁRIO

Como forma de corroborar o que foi trazido neste trabalho, importante elencar os diversos entendimentos jurisprudenciais dos tribunais de contas estaduais acerca do tema.

Em consulta nº 02/05994806 o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina - TCE/SC se pronunciou sobre o tema no sentido:

"Salvo quando houver acordo formal para utilização de recursos do financiamento externo para pagamento de despesas realizadas pela entidade executora estadual antes da celebração do contrato de empréstimo do programa a ser financiado, a contratação dessas despesas deve ter por base legal a legislação nacional sobre licitações e contratos, **podendo ser adotadas as normas do organismo internacional naquilo que não conflitar com as normas pátrias**. Podem ser adotadas as normas e diretrizes do organismo internacional para contratações de obras e serviços e aquisições após a assinatura do contrato de empréstimo".⁵² (grifo nosso)

Nesse mesmo raciocínio, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE/PR consultado sobre a possibilidade de realização de contratações obedecendo as regras licitatórias determinadas por organismo financiador externo, em contrariedade às normas da Lei Federal nº 8.666/93, respondeu de maneira positiva, por meio da Resolução nº 3.872/95 – TC, desde que atendidos os seguintes requisitos mínimos:

“1–Serem condições indispensáveis à concessão do financiamento com recursos externos, expressamente estipulados pelo respectivo organismo internacional;

2 – Sejam estabelecidas previamente no ato convocatório (edital) e adotadas mediante justificção (motivação) do administrador licitante, com clara e precisa indicação das alterações e exigências, com posterior aprovação pela autoridade hierarquicamente superior;

3 – Não afrontem os princípios de administração pública, entre os quais os contidos no artigo 27 da Constituição Estadual e 37, 'caput' da constituição Federal, reafirmadas no artigo 3º e parágrafos da lei 8.666/93.”⁵³

No âmbito federal o Tribunal de Contas da União - TCU, em brilhante voto relatado à luz do Decreto nº 2.300/1986, pelo então Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, decidiu a

⁵² ATTIE, Paulo. *Da aplicabilidade das guidelines do BIRD ao ordenamento jurídico pátrio, porém limitada pelos princípios constitucionais das licitações públicas brasileiras*, 2010. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI108749,91041->

[Da+aplicabilidade+das+guidelines+do+BIRD+ao+ordenamento+juridico](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI108749,91041-)>. Acesso em: 08 ago. 2016.

⁵³ PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Resolução nº 3.872/95 -TC; Consulente: Companhia de Saneamento do Paraná – SANEPAR. Relator: Conselheiro João Féder. Paraná, 16 de maio de 1995. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2015/11/pdf/00285901.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

Consulta nº 0245/1992 formulada pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - EMBRAPA sobre procedimentos legais a serem adotados para utilização de recursos oriundos de empréstimo firmado entre a República Federativa do Brasil e o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD. Em síntese, o Tribunal decidiu em:

“8.1 - conhecer da presente consulta, para orientar a EMBRAPA no sentido de que, em face da exceção contida no parágrafo único do art. 88 do DL nº 2.300/86, aplicam-se aos contratos relativos a operações de crédito celebrados pela União ou à concessão de garantia do Tesouro Nacional as disposições constantes do art. 11 do DL nº 1.312/74, *“verbis”*: “O Tesouro Nacional, contratando diretamente ou por intermédio de agente financeiro, poderá aceitar as cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financiadores internacionais, sendo válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos”;

8.2 - admitir que, observada a competência do Senado Federal (art. 52-V, VII e VIII da CF), a aplicação dos dispositivos legais supracitados implica na possibilidade da adoção de procedimentos licitatórios nos termos exigidos pelas referidas organizações financeiras internacionais, através de cláusulas e condições usuais dos respectivos contratos de empréstimos, desde que não conflitantes com o Texto Constitucional do País;

8.3 - esclarecer que o contido nos itens acima não obsta que a mutuária ou executora, utilizando-se do poder de negociação - igualmente comum ou usual nos contratos da espécie - procure junto a essas agências internacionais de crédito fazer prevalecer os procedimentos estatutários internos, considerados relevantes na formalização das despesas públicas, sem prejuízo da tentativa de conciliação entre as práticas eventualmente conflitantes, naquilo que não for incontornável. Caso contrário, incumbe ao Administrador-Responsável nacional adotar sempre a decisão que melhor atenda aos interesses da União, expressos na legislação pertinente; [...]”⁵⁴ (grifo nosso)

Seguindo a mesma linha da Decisão transcrita acima, recentemente, o Tribunal de Contas da União – TCU , em Acórdão nº 645/2014 relatado pelo Ministro-Substituto, Marcos Bemquerer, decidiu em anular o certame licitatório realizado com as regras do Banco Mundial, uma vez que o órgão licitante não observou os princípios da administração pública brasileiro, especialmente o da competitividade, conforme demonstrado na ementa da decisão transcrita abaixo:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO CUSTEADA COM RECURSOS FINANCIADOS POR INSTITUIÇÕES QUE COMPÕEM O GRUPO BANCO MUNDIAL. ENTENDIMENTO DO TCU. RESTRIÇÃO. À

⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 245/92*; Interessado: EMBRAPA. Relator: Min. Luciano Brandão Alves de Souza. Brasília, 20 de maio de 1992. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

COMPETITIVIDADE. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A ANULAÇÃO DO CERTAME.

1. De acordo com o art. 42, § 5º, da Lei n. 8.666/1993, **é possível** a realização de processos licitatórios que obedeçam às condições previstas em contratos assinados com instituições financeiras multilaterais e, ainda, a adoção de procedimentos por elas exigidos.
2. Nada obstante, consoante a Decisão n. 1.640/2002 - Plenário, eventual contrato de empréstimo internacional **não pode conter cláusulas conflitantes com a Constituição Federal, uma vez que os princípios constitucionais prevalecem em caso de divergência com as normas dos organismos de financiamento, sendo cabível, ainda, a aplicação subsidiária dos ditames da Lei n. 8.666/1993.**
3. A exigência não justificada, do ponto de vista técnico-econômico, de experiência mínima de dez anos na prestação de serviços similar ao licitado consubstancia restrição ao caráter competitivo do certame.
4. Deve ser fixado prazo para a anulação de certame maculado do vício insanável da restrição à competitividade.”⁵⁵ (grifo nosso)

Com relação aos entendimentos jurisprudenciais na esfera do Poder Judiciário, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Acórdão nº RMS 14579/MG, prolatado em 20/09/2005, relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha, manifestou-se:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO INTERNACIONAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA ENTRE OS CONCORRENTES. ART. 42, § 5º DA LEI N. 8.666/1993.

1. Em se tratando de concorrência pública internacional com recursos provenientes de agência estrangeira, a legislação pátria admite a inserção de exigências diversas daquelas previstas na Lei Geral das Licitações. Dessa forma, não constitui ilegalidade nem fere o princípio da isonomia entre os concorrentes a necessidade de comprovação de requisitos de capacitação técnica e financeira estabelecidos por instituição internacional como condição para a aprovação do financiamento. Inteligência do art. 42, § 5º, da Lei n. 8.666/1993.”⁵⁶

Em um julgado mais antigo, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, manifestou-se unanimemente no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança ROMS nº 6597, conforme ementa transcrita abaixo:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PERMISSÃO DE CONSÓRCIO. COMPETITIVIDADE ASSEGURADA.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 645/08*. Relator: Min. Marcos Bemquerer. Brasília, 19 de março de 2014. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança – RMS 14579/MG*.

Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 20 de setembro de 2005. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

FINANCIAMENTO INTERNACIONAL. POSSIBILIDADE. OBSERVANCIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. LEI 8.666, DE 21/06/93, ARTS. 3, PARAG. 1, 7, PARAG. 3, 15, I E IV, 23, PARAG. 1, 33 E 42, PARAG. 5.

I – [...]

II - a lei não veda o financiamento por organismo financeiro internacional para aquisição de bens e equipamentos. Ao contrário, estatui, no art. 42, parágrafo 5, da lei 8.666/93, regras para viabiliza-lo. Logo, a exigência edilícia de caráter genérico no sentido de as proponentes apresentarem proposta idônea de organismo financeiro internacional para financiamento dos bens e equipamentos objeto da concorrência não constitui ilegalidade nem fere o princípio da isonomia entre as empresas concorrentes.”⁵⁷

Portanto, os entendimentos jurisprudenciais por parte, tanto dos Tribunais de Contas dos Estados e da União, bem como as decisões exaradas pelo Poder Judiciário, além das Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal, convergem no sentido da aplicabilidade das regras dos organismos internacionais desde que não violem os princípios constitucionais e infraconstitucionais pátrios utilizados nas contratações públicas.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança – RMS 6597/MS*. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 16 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

9 CONCLUSÃO

O presente trabalho discorreu acerca de um tema de bastante relevância: a aplicabilidade das regras de licitação estabelecidas pelos organismos multilaterais internacionais nas aquisições de bens e nas contratações de prestadores serviços e obras realizadas pela Administração Pública mediante empréstimos tomados com bancos internacionais financiadores

Vimos que esses bancos internacionais, notadamente o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, exercem um papel de extrema importância ao auxiliarem países em desenvolvimento na implantação de políticas públicas através de financiamento de programas e projetos necessários, contribuindo com o desenvolvimento econômico, social e institucional do país tomador do empréstimo.

Entretanto, para que o repasse financeiro se materialize, devem ser observadas certas regras de contratação, impostas pelos bancos, durante o procedimento licitatório.

O art. 42, § 5º da Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de incorporar as regras desses organismos internacionais de fomento à legislação pátria, de forma que ambas as normas possam conviver harmonicamente sem que haja violação da soberania nacional e dos princípios inerentes ao ordenamento jurídico nacional.

Ao abordar sobre as diretrizes de contratação dos Banco Mundial e do BID, foi demonstrado que os entendimentos doutrinários e as jurisprudências dos tribunais parecem inclinar na mesma direção do legislador, defendendo que as normas de contratação desses bancos internacionais não colidam com as normas presentes na Lei nº 8.666/93, mas pelo contrário, correspondendo, na sua essência, com os princípios que ditam o procedimento licitatório pátrio.

Foi constatado ao longo do trabalho, que as normas utilizadas nas contratações de serviços e nas aquisições de bens com recursos advindos de projetos financiados pelos Organismos Internacionais encontram harmonia com o estabelecido nos dispositivos inseridos nos art. 37, *caput* e inciso XXI dispostos na Carta Magna de 1988, bem como com os que regem o art. 3º *caput* da Lei nº 8.666/1993, uma vez que estes reconhecem os princípios da Administração Pública, quais sejam: da publicidade, da igualdade entre os licitantes, da competitividade entre os interessados, da legalidade, da impessoalidade, da motivação, da moralidade, da eficiência, da economicidade, da razoabilidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, tal como estabelece o

dispositivo do art. 42, § 5º da Lei de Licitações e Contratos Públicos, não esquecendo de observar sempre a proposta mais vantajosa para a Administração.

Por fim, cabe destacar, que ocorrendo interpretações diversas entre as normas dos bancos e os princípios constitucionais, deve-se sempre optar por aquela interpretação que guarde consonância com os princípios do ordenamento pátrio, e não por aquela que restrinja ou frustre o caráter competitivo do certame licitatório, pois o procedimento destina-se sempre a busca da proposta mais vantajosa para a administração pública e em consequência o interesse comum.

REFERÊNCIAS

ATTIE, Paulo. *Da aplicabilidade das guidelines do BIRD ao ordenamento jurídico pátrio, porém limitada pelos princípios constitucionais das licitações públicas brasileiras*, 2010.

Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI108749,91041-](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI108749,91041-Da+aplicabilidade+das+guidelines+do+BIRD+ao+ordenamento+juridico)

[Da+aplicabilidade+das+guidelines+do+BIRD+ao+ordenamento+juridico](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI108749,91041-Da+aplicabilidade+das+guidelines+do+BIRD+ao+ordenamento+juridico)>. Acesso em: 08 ago. 2016.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *Informações Básicas*.

Disponível em: <<http://www.iadb.org/pt/sobre-o-bid/informacoes-basicas,18246.html>>.

Acesso em: 08 mar. 2016.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *Políticas para Aquisição de Bens e Contratação de Obras Financiadas pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento GN 2349-9*. Março, 2011. Disponível em:

<<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=780806>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *Políticas para Aquisição de Bens e Contratação de Obras Financiadas pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento GN-2350-9*. Março, 2011. Disponível em:

<<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=780811>>. Acesso em 08 mar. 2016.

BANCO MUNDIAL. *Brasil: aspectos gerais*. Disponível em:

<<http://www.worldbank.org/pt/country/brazil/overview#233>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

BANCO MUNDIAL. *Guidelines Procurement of Goods, Works and Non-Consulting Services*. Janeiro 2011. Disponível em:

<http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/278019-1308067833011/Consultant_GLs_English_Final_Jan2011.pdf> Acesso em: 08 mar. 2016.

BANCO MUNDIAL. *Guidelines Procurement of Goods, Works and Non-Consulting Services*. Janeiro 2011. Disponível em:

<http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/278019-1308067833011/Procurement_GLs_English_Final_Jan2011.pdf> Acesso em: 08 mar. 2016.

BANCO MUNDIAL. *Organization*. Disponível em:

<<http://www.worldbank.org/en/about/leadership>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

BANCO MUNDIAL. *Projects & Operations*. Disponível em:

<http://www.worldbank.org/projects/search?lang=en&searchTerm=&countrycode_exact=BR>. Acesso em: 08 mar. 2016.

BARROSO, Luís Roberto; SOUTO, Marcos Juruena Vilella. Aquisição de Bens Financiada pelo BIRD. *Boletim de Licitações e Contratos*. São Paulo, v. 10, nº 8, p. 386-391, ago. 1997.

BITTENCOURT, Sidney. *Estudos sobre Licitações Internacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. *Decreto n.º 21.177, de 27 de maio de 1946*. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/convencao-sobre-o-fundo-monetario-internacional/>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança – RMS 14579/MG*. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 20 de setembro de 2005.

Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário - RE n.º 80.004*; Tribunal Pleno.

Recorrente: Belmiro da Silveira Gois. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min.

Xavier de Albuquerque. Brasília, 01 de junho de 1977. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+80004%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hx95j56>>. Acesso: em 18 maio 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 245/92*; Interessado: EMBRAPA.

Relator: Min. Luciano Brandão Alves de Souza. Brasília, 20 de maio de 1992. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

CITADINI, Antônio Roque. *Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1996.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo: Juriscredi, 1973.

DELLOVA, Adriana Souza. *A dúvida do Supremo Tribunal Federal na adoção das teorias monista ou dualista frente à globalização*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8082>. Acesso em

02 jun. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DISTRITO FEDERAL. Procuradoria Geral do Distrito Federal. *Parecer n.º 84/2008, de 22 de fevereiro de 2008*. Disponível em:

<<http://parecer.pg.df.gov.br/arquivo/PROCAD/2008/PROCAD.0084.2008.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2016.

FOLGOSI, Rosolea Miranda. Licitações e as “Guidelines” do Banco Mundial. In: Celso Antônio Bandeira de Mello (Org.). *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 1997. p. 530.

FRAGA, Mirtô. *O Conflito entre Tratado Internacional e a Norma do Direito Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MUKAI, Toshio. “As Licitações Internacionais, as Normas da Lei nº 8.666/1993 e as dos Organismos Internacionais”, *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 10, nº 8, p. 373-374, ago. 1997.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PARANÁ. Procuradoria Geral do Estado do Paraná. *Parecer nº 110/2003, de 15 de março de 2003*. Disponível em:

<<http://www.pge.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=56>>. Acesso em: 05 ago. 2016.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Resolução nº 3.872/95 -TC*; Consulente: Companhia de Saneamento do Paraná – SANEPAR. Relator: Conselheiro João Féder. Paraná, 16 de maio de 1995. Disponível em: <

<http://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2015/11/pdf/00285901.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

PESTANA, Marcio. *Licitações Públicas no Brasil: Exame Integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002*. São Paulo: Atlas, 2013.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.