

**DA LICITAÇÃO INTERNACIONAL
E A MARGEM DE PREFERÊNCIA**

Bráulio Chagas Pighini*
Magno Federici Gomes**

Resumo: Este artigo abordará a questão envolvendo as licitações internacionais e a margem de preferência destinada a proteger e fomentar a economia brasileira. Este trabalho coaduna-se com o presente momento vivido pelo Brasil que será sede dos mais importantes eventos esportivos mundiais (Olimpíadas e Copa do Mundo). Trata-se de pesquisa teórico-documental que utilizou a doutrina e jurisprudência sobre o tema. Constata-se que a Lei de Licitações e demais normas que regem a matéria não criam qualquer empecilho para que a empresa estrangeira possa fazer jus à margem de preferência, desde que preenchidos os requisitos traçados pela legislação brasileira. O artigo também esmiúça a importância da Sociedade de Propósito Específico (SPE) em face das licitações no ordenamento pátrio.

Palavras-chave: licitação internacional; Sociedade de Propósito Específico (SPE); margem de preferência.

1 Introdução

O Brasil, atualmente uma das maiores economias do mundo, mesmo sendo a sede de importantes eventos esportivos, como a Copa do Mundo e as Olimpíadas, ainda é carente de várias intervenções da Administração Pública (obras e serviços). A licitação, nesse contexto, mostra-se um instrumento hábil e constitucional que

* Pós-graduando em Direito Contratual da Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP) e especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho (UGF). Advogado.

** Pós-doutor em Direito Público e Educação e em Direito Civil pela Universidade Nova de Lisboa (Portugal) e em Processual Civil pela Universidade de Deusto, doutor em Direito e mestre em Direito Processual pela Universidad de Deusto (Espanha) e mestre em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas (PUC-Minas). Professor adjunto da PUC-Minas, coordenador do Núcleo de Acompanhamento Didático Pedagógico (Nadip) da Faculdade Padre Arnaldo Janssen e advogado.

permite à iniciativa privada auxiliar o Poder Público em seu objetivo de promover o princípio fundamental do desenvolvimento nacional, conforme arrolado na Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988b).

Após tal premissa, o desenvolvimento nacional, a Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, alterou a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), conferindo aos produtos manufaturados e aos serviços nacionais que atendam às normas brasileiras a denominada margem de preferência. Essa margem permite que aos produtos e serviços nacionais seja dada uma espécie de vantagem na sua aquisição por parte da Administração Pública, mesmo que o produto do concorrente apresente um preço final melhor.

Após tal inserção legislativa, vários decretos e normas foram editados com o objetivo de regulamentar a matéria e, por via de regra, fomentar a indústria brasileira. Porém, uma leitura apressada da Lei de Licitações pode levar ao falso entendimento de que ocorra um desnível no tratamento entre as empresas nacionais e internacionais; as expressões produto manufaturado nacional e serviço nacional, como requisitos para a obtenção da margem de preferência, não podem ser entendidas como forma de expurgar as empresas internacionais de obter tais benefícios.

Como se pretende analisar no presente trabalho, uma vez verificada que a nacionalidade da empresa licitante em nada se comunica para fins da obtenção da margem de preferência, empresas internacionais que objetivam o mercado nacional, em franca expansão, podem ser habilitadas no processo de licitação. Dessa forma, será analisado se poderão fazer direito à margem de preferência, competindo à empresa estrangeira a comprovação da origem do produto a ser ofertado no processo licitatório, a fim de preencher os requisitos da norma interna.

Para a realização do presente trabalho, foi utilizado o método teórico-documental. Foram analisadas obras que são referências para o estudo do direito, especialmente administrativo. Além disso, foram apresentadas decisões jurisprudenciais que permitem compreender o posicionamento dos tribunais acerca do tema em estudo. O artigo é dividido em seis partes e aborda, inicialmente, a licitação internacional, ressaltando a sua diferença, apenas formal, do processo licitatório nacional. Após, será tratada a questão do que a legislação entende por empresa nacional e internacional e dos requisitos necessários para que a empresa estrangeira possa exercer suas atividades econômicas no Brasil. Na quarta parte e seguintes, abordar-se-ão as questões nucleares do artigo, quais sejam, a margem de preferência, conceitos e regulamentos administrativos, bem como a importância e o papel que as Sociedades de Propósito Específico (SPEs) exercem nos processos licitatórios. Finalmente, será delineada a conclusão do artigo.

2 Da licitação internacional

A licitação, conforme as lições descritas no art. 3º da Lei nº 8.666/93, pode ser conceituada como um procedimento instaurado pela Administração Pública, median-

te condições devidamente estabelecidas em ato formal (edital), buscando selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração¹.

Em um mercado hoje cada dia mais competitivo, próximo e buscando a melhor oferta a ser contratada (a mais vantajosa), à Administração Pública é lícita a possibilidade de instaurar o procedimento licitatório na modalidade internacional, expandindo as condições do ato convocatório a empresas internacionais diretamente em seus países, modalidade que é denominada de licitação internacional². O fato de a licitação ser internacional em nenhum momento configura qualquer tipo de vantagem às empresas nacionais ou às internacionais. A própria Lei nº 8.666/93 é expressa no sentido de ser vedada qualquer estipulação que configure tratamento diferenciado entre as empresas licitantes (a razão de tal tratamento está no princípio da igualdade de condições entre os concorrentes).

Ressalta-se que a isonomia não significa afirmar que não é possível tratamento discriminatório entre os licitantes (BANDEIRA DE MELLO, 1993)³. Isso posto, tem-se que o princípio da isonomia visa justamente elasticar a oferta da Administração Pública, de modo a aumentar a quantidade de licitantes e permitir que a Administração Pública firme o contrato administrativo com o melhor preço e a melhor técnica⁴. Ora, o princípio da eficiência expressamente arrolado pelo art. 37 da CR/88⁵

¹ "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, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos" (BRASIL, 1993).

² "Cumpra observar que é considerada licitação internacional aquela em que a Administração promove sua divulgação no exterior, convocando empresas regidas e constituídas por leis de países estrangeiros para participar do certame. Lembramos que em uma licitação normal (que não seja internacional), para a aquisição pela Administração de determinados produtos, nada impede que empresas estrangeiras apresentem propostas. Somente quando a divulgação do certame for feita no exterior, será ela considerada internacional" (FURTADO, 2001, p. 107-108).

³ "a discriminação é admissível quando presentes três elementos: a) existência de diferenças efetivas e reais nas próprias situações de fato que serão reguladas pelo Direito; b) correspondência (adequação) entre tratamento discriminatório e as diferenças existentes entre as situações de fato; c) correspondência (adequação) entre os fins visados pelo tratamento discriminatório e os valores jurídicos consagrados pelo ordenamento jurídico [...] o princípio da igualdade consiste em assegurar regramento uniforme às pessoas que não sejam entre si diferenciáveis por razões lógicas e substancialmente (isto é, em face da Constituição) afinadas com eventual disparidade de tratamento" (BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 81-83). Arrematam Figueiredo e Ferraz (1992, p. 123): "a desigualdade não é repelida, o que se repele é a desigualdade injustificada".

⁴ "A isonomia como ampliação da disputa – Mas a isonomia também se configura como uma manifestação diretamente relacionada com o interesse coletivo. A ampliação da disputa significa a multiplicação de ofertas e a efetiva competição entre os agentes econômicos. Como decorrência da disputa, produz-se a redução dos preços e a elevação da qualidade das ofertas, o que se traduz em contratações mais vantajosas para a Administração. Sob esse prisma, a isonomia reflete a proteção aos interesses coletivos. Todo e qualquer integrante da comunidade, mesmo que não potencialmente em condições de participar de uma licitação, tem interesse na ampliação da disputa, na eliminação de exigências abusivas ou desnecessárias. Assim se passa porque a ampliação do universo de licitantes propicia a redução dos gastos públicos" (JUSTEN FILHO, 2010, p. 70). Nesse sentido: "EMENTA: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. EXIGÊNCIA EXCESSIVA. 1. É excessiva a exigência feita pela administração pública de que, em procedimento licitatório, o balanço da empresa seja assinado pelo sócio-dirigente, quando a sua existência, validade e eficácia não forem desconstituídas, haja vista estar autenticado pelo contador e rubricado pelo referido sócio. 2. Há violação ao princípio da estrita vinculação ao Edital, quando a administração cria nova exigência editalícia sem a observância do prescrito no § 4º, da Lei nº 8.666/93. 3. O procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, a fim de possibilitar o maior número possível de concorrentes, tudo a possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa. 4. Não deve ser afastado candidato do certame licitatório, por meros detalhes formais. No particular, o ato administrativo deve ser vinculado ao princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial. 5. Segurança concedida" (BRASIL, 1998, p. 7).

⁵ "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 [...] (BRASIL, 1988b). Sobre a expressão *dever da eficiência*: "é o que impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros" (MEIRELLES, 1996, p. 90).

é categórico em vincular o ato administrativo a um fim vantajoso à Administração Pública e, por via de efeito, vantajoso ao interesse público⁶. A legalidade dos critérios estabelecidos em edital para concorrência de interessados na alienação de produtos ou prestação de serviços em benefício de ente público deve ser aferida segundo as necessidades do produto licitado, tendo sempre em vista o melhor e fiel cumprimento do contrato administrativo a ser firmado.

Como cedição, a fim de garantir a observância dos princípios da moralidade, impessoalidade e também da eficiência, a atuação do administrador, ao adquirir qualquer produto, deve se pautar pela regra da mais ampla concorrência, como forma de garantir ao ente público que possa escolher a proposta mais vantajosa ao seu interesse. Nesse raciocínio, revela-se ilegal qualquer cláusula que importe em indevida restrição da competitividade entre os concorrentes, ao exigir característica do produto que não guarda relação com o respectivo desempenho esperado pelo ente licitante⁷. Com base nessa premissa, é irrefutável que a modalidade da licitação internacional pode ser bem mais vantajosa à Administração Pública, sem que com isso sejam desrespeitados quaisquer princípios da licitação⁸.

Ao licitante internacional é garantida a isonomia na participação do procedimento, sendo a Lei nº 8.666/93 expressa em diversos dispositivos sobre o tema⁹.

⁶ “[...] como adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução dos contratos. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; outro vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 66).

⁷ “A interpretação dos termos do edital de licitação não pode determinar a prática de atos que contrariem a finalidade do procedimento, restrinjam o número de concorrentes e prejudiquem a escolha da melhor proposta. [EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO DE LICITANTE. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. ATENDIMENTO DAS EXIGÊNCIAS DO EDITAL. Em mandado de segurança, verificado que a documentação apresentada atendeu às exigências e ao objetivo do instrumento convocatório, afasta-se o ato administrativo que inabilitou a impetrante no procedimento licitatório. A interpretação dos termos do edital de licitação não pode determinar a prática de atos que contrariem a finalidade do procedimento, restrinjam o número de concorrentes e prejudiquem a escolha da melhor proposta. Recurso não provido]” (MINAS GERAIS, 2010). Ademais, “a Lei nº 8.666/93 estabelece as exigências máximas que podem ser feitas no edital de licitação, não as mínimas. [...] Não é de modo algum indispensável que a concorrente detenha a documentação apontada pela recorrente como indispensável. O controle de qualidade e quantidade, aspecto realmente importantíssimo, deve e pode ser realizado por outras maneiras, não servindo isso como argumento e explicação para a exigência pretendida. [EMENTA: A Lei nº 8.666/93 estabelece as exigências máximas que podem ser feitas no edital de licitação, não as mínimas. - Ausente o direito líquido e certo, a denegação da ordem mandamental postulada é medida que se impõe]” (MINAS GERAIS, 2004).

⁸ “É certo que a Administração deverá obter a proposta mais vantajosa. Mas selecionar a proposta mais vantajosa não é suficiente para validar a licitação. A obtenção da vantagem não autoriza a violar direitos e garantias individuais. Portanto, deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa mas, além disso, têm de respeitar-se os princípios norteadores do sistema jurídico, em especial o da isonomia. Por mais vantajosa que fosse a proposta selecionada, não seria válida licitação que violasse direitos e garantias individuais” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 65).

⁹ “Art. 3º [...] § 1º É vedado aos agentes públicos: [...] II – estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991” (BRASIL, 1993). “Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: [...] § 3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País (BRASIL, 1993). “Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial. [...] § 4º As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente” (BRASIL, 1993). “Art. 40. O edital conterá no preâmbulo

Em suma, a licitação internacional é uma realidade no direito brasileiro, e, com a vinda dos dois maiores eventos esportivos mundiais (Copa do Mundo e Olimpíadas) ao Brasil, a tendência é de que mais e mais editais serão lançados na modalidade licitação internacional. Contudo, tendo como escopo a promoção do desenvolvimento nacional, a Lei nº 12.349/2010 alterou a Lei de Licitações, incluindo a denominada margem de preferência para certos produtos e serviços, desde que os requisitos legais sejam atendidos.

Todavia, engana-se aquele que entende que a margem de preferência destinada aos produtos e serviços nacionais prejudicaria as empresas internacionais no momento de apresentação de seus lances. Às empresas internacionais é também dada a garantia condicionada do direito de se valer da margem de preferência, independentemente de sua origem jurídica. Dessa feita, verifica-se que a modalidade de licitação denominada de internacional nada mais é do que a promoção da oferta pública às empresas estrangeiras em seus países de origem. Pouco importa para a legislação de regência referente às licitações a origem jurídica da empresa estrangeira, esta, por sua vez, poderá participar em qualquer tipo de licitação, em igualdade de condições, fazendo jus à margem de preferência, uma vez que esta está vinculada ao conceito de produto manufaturado nacional e ao de serviços nacionais.

Dando seguimento ao presente trabalho, é intransponível a análise sobre o que a legislação entende como empresa nacional, estrangeira e como esta, por sua vez, pode realizar as suas operações no Brasil, em especial no ramo das licitações. Temas que serão devidamente tratados no próximo tópico.

3 Da empresa nacional/internacional

A Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, revogou o art. 171 da CR/88¹⁰, norma esta que conceituava as empresas que operavam em território

lo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: [...] IX – condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais (BRASIL, 1993). "Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes. § 1º Quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro. § 2º O pagamento feito ao licitante brasileiro eventualmente contratado em virtude da licitação de que trata o parágrafo anterior será efetuado em moeda brasileira, à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento. § 3º As garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro. § 4º Para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda. § 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. § 6º As cotações de todos os licitantes serão para entrega no mesmo local de destino" (BRASIL, 1993).

¹⁰ "Art. 171 São consideradas:

I – empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta

brasileiro. Segundo a antiga redação, às empresas brasileiras era garantido um tratamento diferenciado pela Administração Pública, porém tal entendimento foi alterado pelo então presidente da República Fernando Henrique Cardoso, que buscava incentivar a entrada de empresas estrangeiras no Brasil. Assim sendo, toda empresa que for constituída e organizada em conformidade com a legislação do seu país de origem, onde também mantiver a sua sede administrativa, é considerada empresa estrangeira.

Nesse sentido, firma-se o entendimento de que

[...] estrangeiros, residentes no exterior, e trazendo os recursos de seu país, constituíram uma sociedade empresária com sede de administração no território nacional, obedecendo aos preceitos da ordem jurídica aqui vigente, essa sociedade é brasileira, para todos os efeitos (COELHO, 2002, p. 29).

Deve-se destacar ainda que, independentemente de os sócios serem estrangeiros ou residirem no exterior, uma vez constituída sobre as normas brasileiras, mantendo no Brasil a sede de sua administração, esta será brasileira. Tais lições foram devidamente positivadas pelo Código Civil brasileiro (CC) em seus arts. 1.126, 1.134, 1.136, 1.137, 1.138 e 1.141¹¹.

Assim, tem-se que, para que uma empresa estrangeira possa exercer suas atividades no Brasil, ela deverá cumprir com os requisitos traçados pela Instrução Normativa nº 81/99 do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) que dispõe sobre os pedidos de autorização para nacionalização ou instalação de filial, agência, sucursal ou estabelecimento no país, por sociedade mercantil estrangeira.

.....
de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.
§ 1º A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I – conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País

II – estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do 'caput' se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.
§ 2º Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional" (BRASIL, 1988b).

¹¹ "Art. 1.126. É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração.
[...]

Art. 1.134. A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira.
[...]

Art. 1.136. A sociedade autorizada não pode iniciar sua atividade antes de inscrita no registro próprio do lugar em que se deva estabelecer.

Art. 1.137. A sociedade estrangeira autorizada a funcionar ficará sujeita às leis e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos ou operações praticados no Brasil.

Parágrafo único. A sociedade estrangeira funcionará no território nacional com o nome que tiver em seu país de origem, podendo acrescentar as palavras 'do Brasil' ou 'para o Brasil'.

Art. 1.138. A sociedade estrangeira autorizada a funcionar é obrigada a ter, permanentemente, representante no Brasil, com poderes para resolver quaisquer questões e receber citação judicial pela sociedade.
[...]

Art. 1.141. Mediante autorização do Poder Executivo, a sociedade estrangeira admitida a funcionar no País pode nacionalizar-se, transferindo sua sede para o Brasil" (BRASIL, 2002).

Verifica-se, contudo, que mesmo sendo imperativa a averbação da autorização na Junta Comercial do Estado onde será localizada a sede da sociedade estrangeira¹², tal arquivo não consubstancia na constituição de uma empresa para fins brasileiros, conforme disposições do parcialmente revogado Decreto-lei nº 2.627/40¹³.

Constata-se então que à empresa estrangeira caberá o preenchimento das normas já destacadas neste artigo para que possa operar as suas atividades no Brasil, incluindo a participação de licitações, em suas mais diversas modalidades (concorrência, pregão etc.)¹⁴. Frisa-se que, com base na leitura do art. 3º, inciso II do § 1º, da Lei de Licitações¹⁵, o edital não pode prescrever qualquer proibição da participação das empresas estrangeiras (BRASIL, 1994, 2000). Portanto, inexistente óbice constitucional ou legal de contratação de empresa estrangeira, ainda que tenha por sócios pessoas de direito público de outros países.

¹² "Art. 5º Concedida a autorização de instalação e funcionamento, caberá à sociedade mercantil estrangeira arquivar na Junta Comercial da unidade federativa onde se localizar a filial, agência, sucursal ou estabelecimento, a qual será considerada como sua sede" (BRASIL, 1999).

¹³ "Art. 64. As sociedades anônimas ou companhias estrangeiras, qualquer que seja o seu objeto, não podem, sem autorização do Governo Federal, funcionar no país, por si mesmas, ou por filiais, sucursais, agências, ou estabelecimentos que as representem, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionistas de sociedade anônima brasileira (art. 60).

[...]

Art. 66. As sociedades anônimas estrangeiras funcionarão no território nacional com a mesma denominação que tiverem no seu país de origem, podendo, entretanto, acrescentar as palavras – 'do Brasil' ou 'para o Brasil'.

[...]

Art. 67. As sociedades anônimas estrangeiras, autorizadas a funcionar, são obrigadas a ter, permanentemente, representante no Brasil, com plenos poderes para tratar de quaisquer questões e resolvê-las definitivamente, podendo ser demandado e receber citação inicial pela sociedade. Parágrafo único. Só depois de arquivado no Registro do Comércio o instrumento de sua nomeação poderá o representante entrar em relação com terceiros.

Art. 68. As sociedades anônimas estrangeiras autorizadas a funcionar ficarão sujeitas às leis e aos tribunais brasileiros quanto aos atos ou operações que praticarem no Brasil.

Art. 69. Qualquer alteração que a sociedade anônima estrangeira fizer nos seus estatutos dependerá de aprovação do Governo Federal para produzir efeitos em território brasileiro.

Art. 70. As sociedades anônimas estrangeiras devem, sob pena de ser-lhes cassada a autorização para funcionar no país, reproduzir no órgão oficial da União, e do Estado, se for caso (art. 173), as publicações que, segundo a sua lei nacional ou de origem, sejam obrigadas a fazer relativamente ao balanço, conta de lucros e perdas e atos de sua administração" (BRASIL, 1988a). Esse decreto foi parcialmente revogado pela Lei nº 6.404/76.

¹⁴ "Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

[...]

V – decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial (Redação dada pela Lei 8.883, de 1994).

[...]

§ 4º As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, *atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.*

[...]

§ 6º O disposto no § 4º deste artigo, no § 1º do art. 33 e no § 2º do art. 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior" (BRASIL, 1993, grifo nosso).

¹⁵ "Art. 3º [...] II – estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991" (BRASIL, 1993).

Nessa toada, conforme exposto, independentemente da modalidade da licitação, é lícita a participação das empresas internacionais, as quais poderão, sim, fazer jus ao benefício da margem de preferência. Os requisitos a serem almejados para a obtenção de tal benefício serão devidamente analisados no próximo tópico.

4 Da margem de preferência – Decreto nº 7.546/2011

Como visto até o presente momento, quando a Administração Pública lança seu edital no estrangeiro, no intuito de buscar empresas para obter serviços e produtos a serem aproveitados, estamos tratando da licitação internacional. O fato de serem estrangeiras não constitui qualquer empecilho para que essas empresas se habilitem no procedimento licitatório, sendo vedado à Administração Pública, por força de lei, impor restrições a elas em detrimento de qualquer outro licitante¹⁶, destacando-se que a participação de empresas estrangeiras é plenamente possível para todo e qualquer tipo de licitação no Brasil. Verificou-se ainda que, visando à promoção do desenvolvimento nacional¹⁷, a Lei de Licitações abre o permissivo legal da possibilidade de ser concedida uma margem de preferência para os produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras.

¹⁶ “A Lei 8.666/93 faculta às empresas estrangeiras a possibilidade de participar de licitações, inclusive em respeito ao princípio da isonomia. Os artigos que tratam das exigências relativas à habilitação das empresas mencionam expressamente as condições para participação de estrangeiros interessados (arts. 28, inc. V, e 32, §§4º e 6º, da Lei 8.666/93). 9. *Dessa forma, e tendo em vista que o art. 32, § 4º, estabelece expressamente condições a serem atendidas por licitantes não residentes no Brasil, afigura-se possível a participação dessas empresas estrangeiras em licitações, desde que cumpridas as exigências realizadas. Assim, não pode a Administração vedar a participação dessas empresas no mencionado certame* [EMENTA: Pregão Eletrônico n.º 311/2010. Aquisição de aparelhos e equipamentos de comunicação (scanner de corpo), a serem utilizados por ocasião da revista de familiares e amigos dos sentenciados recolhidos no Sistema Penitenciário do DF. Despacho Singular nº 089/2010 GCMA: suspensão do certame e solicitação de esclarecimentos. Ratificação pelo Plenário (Decisão nº 2744/2010). Análise. Instrução por determinação à Secretaria de Segurança Pública, reiteração dos itens 1 e 3 do Despacho Singular nº 089/2010 à Central de Licitações e manutenção da suspensão do certame. Voto convergente]” (BRASIL, 2010b, grifo nosso).

¹⁷ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] II – garantir o desenvolvimento nacional” (BRASIL, 1988a). De acordo com Batista Júnior (BIDERMAN; COZAC; REGO, 1996, p. 352), o “desenvolvimento não pode ser só econômico, ele tem que ser social e político ao mesmo tempo”. Segundo esse autor, para que se tenha um conceito mais completo de desenvolvimento, faz-se necessária a inclusão do crescimento, da democracia, da justiça social e da autonomia nacional. E ainda: “*Com efeito, observa-se que a orientação do poder de compra do Estado para estimular a produção doméstica de bens e serviços constitui importante diretriz de política pública*. São ilustrativas, nesse sentido, as diretrizes adotadas nos Estados Unidos, consubstanciadas no ‘Buy American Act’, em vigor desde 1933, que estabeleceram preferência a produtos manufaturados no país, desde que aliados à qualidade satisfatória, provisão em quantidade suficiente e disponibilidade comercial em bases razoáveis. No período recente, merecem registro as ações contidas na denominada ‘American Recovery and Reinvestment Act’, implementada em 2009. A China contempla norma similar, conforme disposições da Lei nº 68, de 29 de junho de 2002, que estipula orientações para a concessão de preferência a bens e serviços chineses em compras governamentais, ressalvada a hipótese de indisponibilidade no país. Na América Latina, cabe registrar a política adotada pela Colômbia, que instituiu, nos termos da Lei nº 816, de 2003, uma margem de preferência entre 10% e 20% para bens ou serviços nacionais, com vistas a apoiar a indústria nacional por meio da contratação pública. A Argentina também outorgou, por meio da Lei nº 25.551, de 28 de novembro de 2001, preferência aos provedores de bens e serviços de origem nacional, sempre que os preços forem iguais ou inferiores aos estrangeiros, acrescidos de 7% em ofertas realizadas por micro e pequenas empresas e de 5%, para outras empresas. A modificação do caput do artigo 3º visa agregar às finalidades das licitações públicas o desenvolvimento econômico nacional. *Com efeito, a medida consigna em lei a relevância do poder de compra governamental como instrumento de promoção do mercado interno, considerando-se o potencial de demanda de bens e serviços domésticos do setor público, o correlato efeito multiplicador sobre o nível de atividade, a geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país*. É importante notar que a proposição fundamenta-se nos seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988: (I) inciso II do artigo 3º, que inclui o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; (II) incisos I e VIII do artigo 170, atinentes à organização da ordem econômica nacional, que deve observar, entre outros princípios, a soberania nacional e a busca do pleno emprego; (III) artigo 174, que dispõe sobre as funções a serem exercidas pelo Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica; e (IV) artigo 219, que trata de incentivos ao mercado interno, de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país” (BRASIL, 2010a, grifo nosso).

Assim sendo, os decretos nº 7.713/12 (BRASIL, 2012b), 7.709/12 (BRASIL, 2012a), 7.756/12 (BRASIL, 2012c), 7.810/12 (BRASIL, 2012d), entre outros são exemplos de licitações que conferem margem de preferência aos produtos que forem manufaturados no Brasil.

Dessa forma, preenchidos os requisitos da lei, tanto a empresa nacional como a internacional poderão fazer jus à margem de preferência desde que o serviço seja prestado e que o produto seja manufaturado no Brasil. Cumpridas as formalidades, a impessoalidade, manifestada em julgamentos concretos e objetivos¹⁸, é o traço fundamental que deve caracterizar todo processo licitatório, que, ao seu turno, assenta no princípio maior da moralidade (art. 37 da CR/88), permitindo à Administração Pública e aos licitantes a segurança e a vantagem da adjudicação do objeto da licitação.

Expostas tais ponderações, tem-se que foi dada à Lei de Licitações a incumbência de conceituar a expressão *produto manufaturado*. O inciso XVII (incluído pela Lei nº 12.349/10) leciona o seguinte: “produtos manufaturados nacionais – produtos manufaturados, produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal” (BRASIL, 1993, art. 6º, XVII). Apesar da tentativa, a lei não conceituou o significado *produção*, cabendo ao Decreto nº 7.546, de 2 de agosto de 2011, esmiuçar o tema. Os incisos IV, V e VII do art. 2º do citado decreto assim conceituam as expressões produto manufaturado nacional, serviço nacional, produto manufaturado estrangeiro e normas técnicas brasileiras, cuja transcrição é mandatória:

Art. 2º

[...]

IV – Produto manufaturado nacional – produto que tenha sido submetido a qualquer operação que modifique a sua natureza, a natureza de seus insumos, a sua finalidade ou o aperfeiçoe para o consumo, produzido no território nacional de acordo com o processo produtivo básico definido nas Leis nºs 8.387, de 30 de dezembro de 1991, e 8.248, de 23 de outubro de 1991, ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal, tendo como padrão mínimo as regras de origem do Mercosul;

V – Serviço nacional – serviço prestado no País, nos termos, limites e condições estabelecidos nos atos do Poder Executivo que estipulem a margem de preferência por serviço ou grupo de serviços;

VI – Produto manufaturado estrangeiro e serviço estrangeiro – aquele que não se enquadre nos conceitos estabelecidos nos incisos IV e V do caput, respectivamente; e

VII – Normas técnicas brasileiras – normas técnicas produzidas e divulgadas pelos órgãos oficiais competentes, entre eles a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e outras entidades designadas pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO (BRASIL, 2011a).

¹⁸ Conceituado por Cegala (2012, grifo do autor): “*juízo objetivo* é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. É princípio de toda licitação que seu julgamento se apoie em fatores concretos pedidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos proponentes na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração, com o quê se reduz e se delimita a margem de valorização subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento (arts. 44 e 45)”.

À margem da disposição expressamente prescrita na legislação do inciso IV, tem-se que uma vez preenchidas as exigências relativas às regras de origem, o licitante fará jus à margem de preferência, cabendo a este apresentar o devido formulário de declaração de cumprimento da regra de origem, em consonância com o modelo publicado em ato do Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC)¹⁹.

A regra de origem é de suma importância, pois é por meio dela que o produto será considerado nacionalmente manufaturado, sendo aplicável a margem de preferência. A regra de origem, segundo informações do MDIC²⁰, são os critérios de transformação eleitos por países ou blocos para caracterizar a origem das mercadorias. Nesse sentido, coube à Portaria nº 219/2011 do MDIC regulamentar a matéria:

Art. 3º Para efeitos do presente Regime:

I – “Material” significa qualquer insumo, matéria-prima, componente ou peça, etc., utilizado na fabricação do produto;

II – “Produto” significa o bem acabado ofertado no certame licitatório;

III – “Produto ou material totalmente obtido” significa o produto ou material que não é composto por insumos, matéria-primas, componentes ou peças, etc., importados;

Art. 4º Serão considerados originários:

I – Os produtos totalmente obtidos; ou

II – Os produtos que cumpram os requisitos específicos de origem dispostos no Anexo I (BRASIL, 2011b).

Dessa forma, os produtos (bem acabado ofertado no certame licitatório) que forem produzidos de forma a preencher os requisitos traçados pela Portaria nº 219/2011 estão e serão aptos a se beneficiar pela margem de preferência arrolada pela Lei de Licitações. No tocante aos serviços, não verificamos muitos problemas, pois o Decreto nº 7.546/2011 é didático em conceituá-los, conforme a transcrição já apresentada. Ainda, quando se analisa o Anexo II da referida portaria, *verifica-se que, em nenhum momento, exige-se do licitante prévio exercício das atividades*

¹⁹ “Art. 6º A Declaração de Origem é o documento pelo qual o licitante manifesta que o produto objeto de licitação cumpre com as regras do presente regime. Parágrafo único. O licitante se comprometerá a fornecer os documentos necessários à comprovação de origem do produto e garantirá as condições de verificação no local de fabricação.

Art. 7º Deverá ser apresentada uma Declaração de Origem por produto ofertado, objeto da licitação.

Art. 8º A Declaração de Origem deverá ser preenchida e assinada pelo licitante, conforme modelo disposto no Anexo II e não deverá conter rasuras” (BRASIL, 2011b).

²⁰ “a) Normas de origem preferenciais – regulamentos que são negociados entre as partes signatárias de acordos preferenciais de comércio, cujo objetivo principal é assegurar que o tratamento tarifário preferencial se limite aos produtos extraídos, colhidos, produzidos ou fabricados nos países que assinaram os acordos. Os elementos principais das regras de origem são: critérios de origem, condições de expedição e de transporte e provas documentais. Se as exportações forem realizadas para países com os quais o Brasil têm acordo de preferências tarifárias, é importante consultá-lo previamente. Nestes casos, se o produto for objeto de preferências pactuadas, para usufruir deste tratamento é necessário obter o Certificado de Origem. Este Certificado é o documento que permite comprovar se os bens cumprem os requisitos de origem exigidos em cada acordo e as condições estabelecidas. b) Normas de origem não preferenciais – conjunto de leis, regulamentos e determinações administrativas de aplicação geral, utilizados pelos países para a determinação do país de origem das mercadorias, desde que não relacionados a regimes comerciais contratuais ou autônomos que prevejam a concessão de preferências tarifárias. Esta categoria abrange todas as regras de origem utilizadas em instrumentos não-preferenciais de política comercial, como na aplicação de: tratamento de nação mais favorecida, direitos *antidumping* e direitos compensatórios, salvaguardas, exigências de marcação de origem, restrições quantitativas discriminatórias ou quotas tarifárias, estatísticas e compras do setor público, entre outros” (BRASIL, 2013).

econômicas no Brasil como requisito de objetividade do conceito de produtos manufaturados nacionais. Desde que o produto ofertado no procedimento licitatório preencha os requisitos da norma, considerados originários, a atividade econômica da licitante pode ser específica e passar a operar após a adjudicação do objeto da licitação.

Para exemplificar, em uma licitação em que a Administração Pública licite a compra de escavadeiras (Decreto nº 7.709/2012), pode uma empresa (estrangeira ou nacional) constituir uma SPE para fins de participar do processo licitatório, sem sequer nunca ter desenvolvido a atividade de venda de escavadeiras, desde que entregue o produto nos moldes determinados pelo edital em função das normas ora aqui tratadas, fazendo direito a todos os benefícios que a lei confere. Isso concede às empresas internacionais maior poder de competitividade durante o certame licitatório, bem como o desenvolvimento do país, pois, em vez de simplesmente trazerem seus produtos do exterior, as licitantes estrangeiras os estariam “produzindo” em território nacional, tendo como o mesmo raciocínio a prestação de serviços.

A razão da constituição da SPE como já informado no exemplo é salutar, pois a atividade empresarial, mesmo quando autorizada, no caso das empresas estrangeiras, está limitada ao dispositivo arrolado pelo inciso II do art. 997 do CC²¹. As empresas podem operar somente no mercado do segmento descrito pelo seu objeto social, não podendo extrapolar o que lá consta. Vedado está o exercício de atividades empresariais alienígenas ao objeto social. Assim sendo, uma empresa que possui como objeto social a venda de produtos farmacêuticos não pode operar no mercado de venda de automóveis.

Assim, ao menos que uma empresa altere indefinidamente o seu objeto social habilitando-se às mais diversas licitações, o que é complicado, a constituição de uma SPE é a solução mais viável para a participação de empresas que buscam nas licitações importantes negócios. A SPE possui significativa importância junto aos procedimentos licitatórios, razão pela qual tal modalidade de sociedade empresarial será discutida no próximo tópico.

5 Da Sociedade de Propósito Específico

Ao se manter a metodologia seguida no presente trabalho, não é objetivo exaurir a questão da SPE, mas demonstrar o instituto desta, suas peculiaridades e histórico. Deve-se destacar que a SPE teve como inspiração a forma de *Special Purpose Company*, adotada no direito norte-americano. Nesse sistema jurídico, a

²¹ “Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: [...] II – denominação, objeto, sede e prazo da sociedade; (BRASIL, 2002, art. 997). Em complemento: “*objeto social* – não poderá ser ilícito, impossível, indeterminado ou indeterminável, ou contrário aos bons costumes, à ordem pública ou à moral. O contrato social deverá indicar com precisão e clareza as atividades a serem desenvolvidas pela sociedade, sendo vedada a inserção de termos estrangeiros, exceto quando não houver termo correspondente em português ou já incorporado ao vernáculo nacional. Não deverá ser colocado, como objeto expressões vagas, a exemplo: mercadorias não especificadas anteriormente, outras mercadorias, mercadorias similares etc. Caso a descrição seja a disposta na CNAE Fiscal para o objeto social, deverão as referidas expressões serem alteradas para destacar o objeto de forma clara e precisa. Entende-se por precisão e clareza a indicação de gêneros e correspondentes espécies de atividades” (SÃO PAULO, 2013).

Special Purpose Company também é denominada de *Special Purpose Entity*, *Special Purpose Vehicle* ou *Shell Company*.

Ressalta-se que a SPE não é uma nova modalidade de sociedade mercantil, mas está inserida em uma das modalidades admitidas em direito, pois “a SPE, em si, não se pode conferir a qualidade de sociedade mercantil. Ela, na realidade, estará inculpada dentro de uma das formas societárias existentes no direito brasileiro” (GUIMARÃES, 2002, p. 135).

Postas tais considerações, pode-se conceituar a SPE como aquela sociedade cujo objeto social é limitado a um só fim específico, ou seja, a razão de existência dessa sociedade é justamente o cumprimento desse propósito específico, e, ao final deste, ela será extinta. Destaque-se ainda que a aplicação da SPE, na qualidade de forma de associação, que tem por objetivo o desenvolvimento econômico de negócios específicos, ocorre, atualmente, nos mais abrangentes cenários. É, pois, a SPE utilizada sob a forma de *Project Finance*, nas parcerias público-privadas, na viabilização de recuperação judicial de empresas. E, desde o advento do CC de 2002, a SPE é agora expressamente permitida no parágrafo único do art. 981 do referido diploma legal²². Em outras palavras, o surgimento e o fim de uma SPE estão adstri-tos a um projeto ou ação específico, cujo desenvolvimento está ligado à necessidade empresarial de suas controladoras²³.

Tem-se ainda que a impossibilidade de alteração do objeto é uma característica intrínseca à SPE. É que, uma vez delimitado o objeto, o propósito, a finalidade da SPE, não pode haver a alteração ou a ampliação de referido objeto da SPE, sob pena de descaracterizá-la. É claro que a vontade das partes, como um dos principais fundamentos para a constituição de uma sociedade empresária, poderia ser manejada como forma de permitir uma possível alteração e/ou ampliação do objeto social da sociedade, contudo, a despeito de tal princípio, a SPE nasce com um propósito específico (por própria vontade de seus sócios). Permitir a alteração de seu objeto social é o mesmo que desnaturar de tal forma a SPE, acarretando a sua extinção.

Em razão dessa autonomia e personificação, a Lei nº 11.079/2004, em seu art. 9º²⁴, expressamente determina a obrigatoriedade da constituição de uma SPE para os devidos fins das parcerias público-privadas²⁵. A *mens legis* positivada refere-

²² “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

²³ “S.P.E. não tem interesse próprio, não cumpre um objeto social próprio, não se destina a desenvolver uma vida social. Trata-se do que se poderia chamar uma sociedade ancilar, mero instrumento de sua controladora. A rigor, essas sociedades nascem para prestar um serviço a sua controladora, para cumprir uma simples etapa de um projeto, ou até mesmo para desenvolver um projeto da controladora. Normalmente, cumprido esse projeto, o seu destino é a liquidação. Nascem, normalmente, já marcadas para morrer” (BORBA, 2004, p. 518). Ainda Bonomi e Malvessi (2008, p. 63) ressaltam que as SPEs “delimitam com precisão o objetivo do empreendimento, isolando o risco e o retorno de outras atividades dos *sponsors*, compartimentando com muita precisão o risco do investimento, de forma que os investidores, financiadores e demais participantes tenham a total dimensão e transparência da operação”.

²⁴ “Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria” (BRASIL, 2004).

²⁵ “Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa” (BRASIL, 2004).

se justamente às diferenças que a SPE possui em face dos consórcios. O consórcio²⁶, apesar de ser sujeito de direito, por força expressa do § 1º do art. 278, da Lei nº 6.404, não adquire personalidade jurídica, ou seja, as empresas consorciadas respondem cada qual pelas obrigações assumidas. Portanto, é plenamente possível a constituição de uma SPE com o objeto social específico para participação de uma licitação em particular. A SPE e a licitação, hoje, possuem uma ligação praticamente umbilical, podendo a SPE, como exposto, ser constituída tanto por empresas estrangeiras como por empresas nacionais.

Em suma, às empresas internacionais é dada uma importante alternativa para que possam exercer seus negócios no Brasil, em especial aos procedimentos que envolvem a licitação.

6 Considerações finais

Expostas as ilações, tem-se que as licitações internacionais se destacam ao procurarem, em seus países de origem, as empresas estrangeiras aptas a ofertar à Administração Pública nacional a proposta mais vantajosa. Contudo, a Lei nº 8.666/93 expressamente veda ao agente público a prescrição de qualquer cláusula/condição que promova tratamento diferenciado entre as empresas nacionais e internacionais. Assim, preenchidos os requisitos legais, a empresa internacional pode participar de todos os procedimentos licitatórios. A possibilidade de ser aplicada uma margem de preferência para os produtos e serviços descritos como nacionais em hipótese nenhuma configura tratamento diferenciado entre empresas nacionais e internacionais, uma vez que tal margem está adstrita ao conceito de produto manufaturado nacional e de serviços nacionais, cumprindo o princípio constitucional da igualdade formal, constante no art. 5º, *caput*, da CR/88.

Assim sendo, conclui-se que a margem de preferência aos produtos e serviços nacionais, além de cumprir com o objetivo fundamental de garantir o desenvolvimento nacional do Brasil, não importa em descumprimento a qualquer regra constitucional e/ou infraconstitucional relativa às licitações.

THE BRAZILIAN INTERNATIONAL BID PROCEDURE AND THE MARGIN OF PREFERENCE

Abstract: This article intends to approach issues involving the international bids and the brazilian margin of preference. The paper was created through several theory-

²⁶ "Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo. § 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade. § 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio" (BRASIL, 1976). Ainda, para Carvalhosa (2003, p. 386), tem-se que o consórcio constitui "uma comunhão de interesses e de atividades que atende a específicos objetivos empresariais que se originam nas sociedades consorciadas e delas se destacam". Segundo Bulgarelli (1984, p. 266), consórcio é a "união de empresas para determinando fins, conservando cada uma a sua personalidade jurídica e autonomia patrimonial".

documental researches and was utilized doctrines about the theme. Was detected that the Brazilian bid law and others regulations don't created any obstacle to the foreign company to obtain the Brazilian margin of preference, allowing the foreign companies to compete on the same level as the Brazilian companies, since fulfill all the Brazilian law requirements.

Keywords: international bid procedure; Special Purpose Company (SPE); margin of preference.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, C. A. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 79-83, jan./mar. 1993.
- BIDERMAN, C.; COZAC, L. F. L.; REGO, J. M. Paulo Nogueira Batista Jr. In: BIDERMAN, C.; COZAC, L. F. L.; REGO, J. M. *Conversas com economistas brasileiros*. São Paulo: Editora 34, 1996. p. 341-368.
- BONOMI, C. A.; MALVESSI, O. *Project finance: fundamentos e estudo de caso*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- BORBA, J. E. T. *Direito societário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 6 fev. 2013.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1º out. 1988a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2627.htm>. Acesso em: 6 fev. 2013.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988b.
- BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 6 fev. 2013.
- BRASIL. Lei nº 10406/02, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. *Da Sociedade Personificada*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.dji.com.br/codigos/2002_lei_010406_cc/010406_2002_cc_1126_a_1133.htm>. Acesso em: dez. 2013.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Processo nº 012.449/1994-6. EMENTA: Denúncia formulada por representante de empresas estrangeiras. Licitação. PETROBRAS. Concorrência. Edital com restrição a participação de firmas estrangeiras em igualdade de condições com empresas nacionais. Considerações sobre a matéria. Conhecimento. Não provimento. Licitação Nacional e Internacional. Conceito. Diferença. Peculiaridade. Rel. Homero Santos, Ata 45. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 6 out. 1994. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=1994&colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=0607&>>. Acesso em: 6 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Mandado de Segurança nº 5631/DF. EMENTA: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. EXIGÊNCIA EXCESSIVA. 1. É excessiva a exigência feita pela administração pública de que, em procedimento licitatório, o balanço da empresa seja assinado pelo sócio-dirigente, quando a sua existência, validade e eficácia não forem desconstituídas, haja vista estar autenticado pelo contador e rubricado pelo referido sócio. 2. Há violação ao princípio da estrita vinculação ao Edital, quando a administração cria nova exigência editalícia sem a observância do prescrito no § 4º, da Lei nº 8.666/93. 3. O procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, a fim de possibilitar o maior número possível de concorrentes, tudo a possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa. 4. Não deve ser afastado candidato do certame licitatório, por meros detalhes formais. No particular, o ato administrativo deve ser vinculado ao princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial. 5. Segurança concedida. Rel. Min. José Delgado. Brasília, 13 maio 1998. *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, 17 ago. 1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199800056246&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 6 fev. 2013.

BRASIL. Departamento Nacional de Registro do Comércio. Instrução Normativa nº 81, de 5 de janeiro de 1999. Dispõe sobre os pedidos de autorização para nacionalização ou instalação de filial, agência, sucursal ou estabelecimento no País, por sociedade mercantil estrangeira. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 jan. 1999. Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/normativa/in81.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Processo nº 011.629/2000-0. Decisão 1046/2000. EMENTA: Representação formulada por servidor do TCU. Possíveis irregularidades praticadas pela Secretaria de Transportes Aquaviários do Ministério dos Transportes. Edital. Concorrência. Obras de ampliação dos molhes do Porto de Rio Grande RS. Restrição ao caráter competitivo ante a não permissão da participação de empresas estrangeiras e exigências de qualificação técnica, extrapolando as limitações previstas em lei. Alegações de defesa acatadas. Arquivamento. Rel. Walton Alencar Rodrigues, Ata 48. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 6 dez. 2000. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/Consultar-Textual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2000&colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=1046&>>. Acesso em: 6 fev. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 6 fev. 2013.

BRASIL. Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010, convertida na Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, que alterou as leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revogou o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 jul. 2010a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm>. Acesso em: 28 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Processo nº 14.327/2010B. EMENTA: Pregão Eletrônico nº 311/2010. Aquisição de aparelhos e equipamentos de comunicação (scanner de corpo), a serem utilizados por ocasião da revista de familiares e amigos dos sentenciados recolhidos no Sistema Penitenciário do DF. Despacho Singular nº 089/2010 GCMA: suspensão do certame e solicitação de esclarecimentos. Ratificação pelo Plenário (Decisão nº 2744/2010). Análise. Instrução por determinação à Secretaria de Segurança Pública, reiteração dos itens

1 e 3 do Despacho Singular nº 089/2010 à Central de Licitações e manutenção da suspensão do certame. Voto convergente. Cons. Rel. Ronaldo Costa Couto. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 jul. 2010b. Disponível em: <<https://www.tc.df.gov.br/sistemas/Docs/Ord/Relatorio/2010/07/156624.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2013.

BRASIL. Decreto nº 7.546, de 2 de agosto de 2011. Regulamenta o disposto nos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e institui a Comissão Interministerial de Compras Públicas. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 3 agosto 2011a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7546.htm>. Acesso em: 6 fev. 2013.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Portaria nº 219, de 18 de novembro de 2011. Dispõe sobre o Regime de Origem para Compras Governamentais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 nov. 2011b. Disponível em: <<http://tributosdodistrito-federal.com.br/index.php/content/view/23241.html>>. Acesso em: 6 fev. 2013.

BRASIL. Decreto nº 7.709, de 3 de abril de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de retroescavadeiras e motoniveladoras descritas no Anexo I, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 abr. 2012a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7709.htm>. Acesso em: 6 fev. 2013.

BRASIL. Decreto nº 7.713, de 3 de abril de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de fármacos e medicamentos descritos no Anexo I, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 abr. 2012b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7713.htm>. Acesso em: 6 fev. 2013.

BRASIL. Decreto nº 7.756, de 14 de junho de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 jun. 2012c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7756.htm>. Acesso em: 6 fev. 2013.

BRASIL. Decreto nº 7.810, de 20 de setembro de 2012. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de papel-moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 set. 2012d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7810.htm>. Acesso em: 6 fev. 2013.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Certificado de origem. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/site/interna/interna.php?area=5&-menu=406>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

BULGARELLI, W. *Manual das sociedades anônimas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1984.

CARVALHOSA, M. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, t. II.

CEGALA, J. R. G. Conceitos, princípios, tipos de licitação, fase de habilitação do processo licitatório interpretados pela doutrina pátria. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 15, n. 96, jan. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11030>. Acesso em: 6 fev. 2013.

COELHO, F. U. *Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

- FIGUEIREDO, L. V.; FERRAZ, S. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- FURTADO, L. R. *Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GUIMARÃES, L. A SPE – Sociedade de Propósito Específico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 41, n. 125, p. 129-137, jan./mar. 2002.
- JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0114.03.011695-7/001. Comarca de Ibiturê. EMENTA: A Lei nº 8.666/93 estabelece as exigências máximas que podem ser feitas no edital de licitação, não as mínimas. - Ausente o direito líquido e certo, a denegação da ordem mandamental postulada é medida que se impõe. Rel. Des. Edivaldo George dos Santos. Belo Horizonte, 1º jun. 2004. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*, 3 set. 2004. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0114.03.011695-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 6 fev. 2013.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0024.09.587444-2/003. Comarca de Belo Horizonte. EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO DE LICITANTE. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. ATENDIMENTO DAS EXIGÊNCIAS DO EDITAL. Em mandado de segurança, verificado que a documentação apresentada atendeu às exigências e ao objetivo do instrumento convocatório, afasta-se o ato administrativo que inabilitou a impetrante no procedimento licitatório. A interpretação dos termos do edital de licitação não pode determinar a prática de atos que contrariem a finalidade do procedimento, restrinjam o número de concorrentes e prejudiquem a escolha da melhor proposta. Recurso não provido. Rel. Des. Almeida Melo. Belo Horizonte, 18 nov. 2010. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*, 24 nov. 2010. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=95126BCB912C13966A8FA591E810A83A.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.09.587444-2%2F003&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 6 fev. 2013.
- SÃO PAULO. Junta Comercial do Estado de São Paulo. Jucesp orienta. Disponível em: <http://www.sincofarma.org.br/arquivos/pdf/Jucesp/jucesp_orienta.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2013.