

Habilitação jurídica na licitação de parceria público-privada

Anna Cândida Alves Pinto Serrano¹

Beatriz Corrêa Netto Cavalcanti²

Vera Lúcia La Pastina³

Sumário: 1. Introdução; 2. Direito de licitar. Participação nas licitações em geral e em certames de parcerias público-privadas; 3. Licitações internas e internacionais. Distinção. Publicidade; 4. Sociedades nacionais e estrangeiras. Entidades nacionais e estrangeiras – participação no edital da Linha 6 - Laranja; 4.1. Sociedades nacionais; 4.2. Sociedade estrangeira: Habilitação Jurídica; 4.3. Entidades nacionais e estrangeiras; 5. Consórcio na licitação; 5.1. Liderança da empresa brasileira no consórcio nas licitações internacionais; 5.2. Comentários sobre a vedação legal do art. 33, §1º, da Lei de Licitações; 6. Documentos equivalentes; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1. Introdução

O presente estudo objetiva trazer aspectos tidos por relevantes na habilitação jurídica nas licitações de parcerias público-privadas, de forma a auxiliar na elaboração de editais.

A análise do assunto foi precedida de ampla consulta a obras doutrinárias, julgados dos tribunais de contas e editais de licitações públicas, tais

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

2 Procuradora do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo - USP.

3 Procuradora do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo - USP.

como Edital de Concessão Patrocinada da Linha Amarela do Metrô de São Paulo, Edital de Concessão Patrocinada da Linha Laranja do Metrô de São Paulo e Edital de Concessão do Trem de Alta Velocidade - ANTT.

Partindo do direito de licitar, serão feitas considerações sobre as condições de participação em certames em geral e nas parcerias público-privadas, tanto em licitações internas quanto em internacionais.

A participação de sociedades e de entidades nacionais e estrangeiras nas licitações, em especial nas parcerias público-privadas, terá análise detalhada, não apenas pelas questões surgidas durante o estudo, mas também pela necessidade de exame da legislação societária brasileira.

Como as licitações para a contratação de parcerias público-privadas envolvem, em geral, serviços públicos complexos e de grande vulto, a formação de consórcios e os temas relativos à sua constituição, seja por empresas nacionais ou estrangeiras, será abordada dando-se especial destaque às matérias controvertidas.

Por fim, diante da possibilidade de participação de pessoas jurídicas estrangeiras em certames, a questão dos documentos equivalentes, que devem ser por elas apresentados, comporão tópico específico.

2. Direito de licitar. Participação nas licitações em geral e em certames de parcerias público-privadas

O direito de licitar é um direito público subjetivo de natureza abstrata. É um direito condicionado. Subordina-se ao preenchimento de certas exigências, previstas em lei e no ato convocatório. Essas exigências se referem quer à pessoa do licitante, quer à proposta por ele formulada. A lei e o ato convocatório estabelecem certos requisitos indispensáveis para a disputa. Esses requisitos podem ser denominados de condições do direito de licitar. No plano jurídico, qualquer pessoa pode ter interesse em formular proposta de contratação à Administração Pública. O interesse público exige que somente sejam consideradas propostas de contratação, as que forem formuladas por quem esteja em condições de executá-las satisfatoriamente. O princípio da igualdade não significa que a Administração Pública possa aceitar proposta formulada por quem não detenha condições de sua execução.

“O direito de licitar assegura a qualquer pessoa a formulação de uma proposta de contratação dirigida à Administração Pública,

sujeito passivo do direito de licitar reconhecido aos particulares, segundo as condições fixadas na lei e no ato convocatório.

[...]

Seguindo essa sistemática, a Lei nº 8666 consagra a orientação de que a Administração somente pode apreciar as propostas formuladas por aqueles a quem reconheceu titularidade do direito de licitar.

[...]

A titularidade das condições do direito de licitar é denominada, usualmente, de ‘habilitação’.

[...]

Na acepção de fase procedimental, a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de sujeito para contratar com a Administração Pública. Na acepção de ato administrativo decisório, indica o ato pelo qual a Administração finaliza essa fase procedimental, decidindo sobre a presença das condições do direito de licitar.

Os requisitos para o sujeito participar da licitação podem ser denominados de ‘condições de participação’. A expressão indica o conjunto de exigências, previsto em lei e no ato convocatório, cujo descumprimento acarretará a ausência de apreciação da proposta do licitante.”

(JUSTEN FILHO, Marçal. 2012, p. 452, 453, 454).

Nas concorrências internacionais podem participar

“[...] quaisquer empresas sob o controle da iniciativa privada e, também, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e outras entidades supervisionadas pelo Poder Público, ressalvando-se, quanto a estas últimas, a necessidade de não serem prestadoras de serviços públicos. A participação, nesse caso, pode ocorrer isoladamente ou sob a forma de consórcio, desde que admitido este no edital.”

(LEÃO, Eliana Goulart; SENHORINHO, Eliane Maria. Acesso em 5/7/2013)

O art. 9º da Lei nº 8.666/93 arrola aqueles que não podem participar de licitação.

3. Licitações internas e internacionais. Distinção. Publicidade

A Lei nº 11.079, de 30/12/2004, instituiu normas gerais de licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública.

A contratação de parceria público-privada é precedida de licitação, na modalidade de concorrência (art. 10). O edital deve indicar expressamente a submissão da licitação às normas da Lei nº 11.079/2004 e, no que couber, ao disposto nos §§ 3º e 4º do art. 15 e nos arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987/95.

Nessa legislação, não há restrição à participação de consórcios nem à licitação internacional.

Em licitações internacionais, prescreve o art. 23, § 3º, da Lei federal nº 8.666/93, que a modalidade de licitação a ser adotada é a concorrência, salvo as exceções expressamente previstas.

Nos editais analisados, a Administração Pública tem, em regra, escolhido a licitação internacional para os Projetos de PPPs.

A decisão acerca de realizar licitação interna ou internacional está a cargo do administrador público, que fará tal opção de acordo com a disponibilidade dos bens ou serviços no mercado interno ou internacional, tendo como foco buscar melhores produtos e preços mais vantajosos.

A definição do que vem a ser uma licitação internacional, porém, não é uniforme. Assim ensina o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, entendendo que o certame internacional busca alcançar as empresas que *não estejam em funcionamento* no país:

“A Administração Pública é livre para decidir, segundo as conveniências públicas, se realiza uma licitação *interna* ou *internacional*. Com efeito, a lei reguladora das licitações tanto trata ordinariamente de uma, quanto especificamente de outra, pois às licitações internacionais se reportam os arts. 32, § 4º, e 42 e parágrafos.

Licitação internacional é aquela aberta à participação de empresas estrangeiras que não estejam em ‘funcionamento no País’.

[...]

Empresas estrangeiras que não se qualifiquem como ‘em funcionamento no País’ *não podem participar de licitações internas*,

seja isoladamente, seja em consórcio, visto que os membros de um consórcio necessitam, a teor do art. 33, III, apresentar todos os documentos exigidos nos arts. 28 a 31. Ora, o art. 28 exige, entre os documentos demandados, o ‘decreto de autorização para funcionamento no País’ (inciso V). Assim, empresas estrangeiras que não sejam tipificáveis como ‘em funcionamento no País’ só podem participar de ‘licitações internacionais’.”

(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2009, p. 566/567).

O doutrinador Lucas Rocha Furtado, no entanto, tem entendimento diverso, e seu conceito enfoca a divulgação do certame no exterior como condição à caracterização da licitação internacional:

“[...]

é considerada licitação internacional aquela em que a Administração promove a sua divulgação no exterior, convocando empresas constituídas e regidas 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. Isto não irá, no entanto, transformá-la em licitação internacional. Somente quando a divulgação do certame for feita no exterior será ela considerada internacional. Isto impõe, como visto, a adoção, como regra, da concorrência.”

(FURTADO, Lucas Rocha. 2012, p. 150/151).

O conceito de Furtado para a concorrência internacional parece frágil, pois a utilização da internet como meio de divulgação de edital (nos *sites* de domínio do Estado ou de suas estatais), torna, de imediato, internacionais as licitações assim divulgadas, visto que a comunicação pela internet é acessível por sociedades de todo o mundo.

Pensamos que para que a licitação seja considerada internacional é indispensável que essa condição seja declarada no Edital. Mas não é indispensável que a sua divulgação seja feita nos meios de comunicação no exterior. A Lei nº 8.666/93 não tem previsão sobre a divulgação obrigatória em meios de comunicação de outros países. A publicação dos avisos contendo os resumos dos editais está prevista no art. 21 da Lei nº 8.666/93.

A publicação deve ser feita pelo menos uma vez e com antecedência.

O aviso deve ser publicado no:

- a) *Diário Oficial da União*, se a licitação for da Administração Pública Federal ou quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;
- b) *Diário Oficial do Estado* ou do Distrito Federal, quando se tratar, respectivamente, de licitação da Administração Pública Estadual ou Municipal ou do Distrito Federal;
- c) em jornal diário de grande circulação no estado e também, se houver, em jornal de grande circulação no município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem.

O aviso pode ser publicado, conforme o vulto da licitação, em outros meios de divulgação para ampliar a área de competição. É uma faculdade da Administração Pública fazer uso de outros meios de comunicação social, inclusive rádio e televisão, sindicatos e outras entidades de classe e até na internet.

Cabe à Administração deliberar sobre o meio de atingir o objetivo da ampla competição, mas não está dispensada a publicação na imprensa oficial.

Recomenda-se a determinação de um prazo maior do que o estabelecido no art. 21, § 2º, da Lei de Licitações (45, 30, 15 ou 5 dias, a depender do tipo da licitação) para que possam ser adotadas todas as providências para a propagação do certame. Tratando-se de parcerias público-privadas, o prazo de publicação do edital que tem sido considerado é de 45 (quarenta e cinco) dias, mediante interpretação dos art. 6º, “e”, e 21, § 2º, I, “b”, da Lei nº 8.666/93, pois as concessões patrocinadas e administrativas podem ser consideradas como contratação em regime de empreitada integral. Quando o objeto a ser licitado for de alta complexidade tecnológica ou de grande vulto, recomenda-se a publicação em revistas técnicas renomadas, periódicos ou publicações profissionais de ampla circulação internacional.

Nas licitações internacionais com recursos oriundos do BIRD ou do BID (organismos multilaterais de crédito dos quais o Brasil faz parte) ou

de agências oficiais estrangeiras de cooperação, é necessária a publicação do resumo do edital, geralmente em inglês, no “Development Business”, publicação do Departamento de Informação Pública das Nações Unidas e ainda comunicação escrita a todas as embaixadas dos respectivos países membros, no Brasil, noticiando a realização da concorrência e convidando-os a participar.

Se o objeto da licitação for financiado por organismos internacionais – BIRD e BID – sua divulgação deverá ser feita nos meios de divulgação indicados por esses organismos.

4. Sociedades nacionais e estrangeiras e entidades nacionais e estrangeiras – participação no edital da Linha 6 - Laranja:

Tomamos como objeto de estudo neste item o edital da Linha 6 – Laranja do Metrô de São Paulo (disponível em <http://stm.sp.gov.br>, acesso em 16/10/2013), que abre a concorrência a sociedades nacionais e estrangeiras e entidades nacionais e estrangeiras, inclusive as que não funcionem no País, reunidas em consórcio ou isoladamente (subitem 4.1 do edital da Linha Laranja).

4.1. Sociedades nacionais

a) Sociedades nacionais: empresárias e simples, isoladamente ou reunidas em consórcio.

Deve-se registrar o conceito legal de sociedade nacional, conforme prescreve o art. 1.126 do Código Civil: *É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração.*

Também o parágrafo único do mesmo dispositivo reza que:

“Quando a lei exigir que todos ou alguns sócios sejam brasileiros, as ações da sociedade anônima revestirão, no silêncio da lei, a forma nominativa. Qualquer que seja o tipo da sociedade, na sua sede ficará arquivada cópia autêntica do documento probatório da nacionalidade dos sócios.”

Conforme o art. 45 do Código Civil, começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo

no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações que passar o ato constitutivo.

Observação:

No edital, pode ser solicitado que os atos societários venham consolidados, pois dessa forma o último ato societário registrado no órgão de registro público competente conterá todas as alterações societárias anteriores.

b) Participação de sociedades estrangeiras.

1) Nos termos do art. 28, V, da Lei nº 8.666/93, as sociedades estrangeiras, autorizadas por decreto a funcionar no País e, com seus atos societários registrados no órgão de registro público competente, podem participar das licitações internas e internacionais, e estão sujeitas ao mesmo regime jurídico das sociedades nacionais quanto aos atos ou operações praticados no Brasil (art.1.137 do Código Civil).

2) A sociedade estrangeira, que não esteja em funcionamento no País, poderá comprovar a sua habilitação jurídica e até a qualificação econômico-financeira, apresentando os documentos relacionados no art. 1.134 do Código Civil, a saber:

- “I - prova de se achar a sociedade constituída conforme a lei de seu país;
- II - inteiro teor do contrato ou do estatuto;
- III - relação dos membros de todos os órgãos da administração da sociedade, com nome, nacionalidade, profissão, domicílio e, salvo quanto a ações ao portador, o valor da participação de cada um no capital da sociedade;
- IV - [...];
- V - prova de nomeação do representante no Brasil, com poderes expressos para aceitar as condições exigidas para a autorização;
- VI - último balanço.”

Os documentos exigidos pelo art. 1.134 do Código Civil são os necessários para a sociedade estrangeira requerer autorização para funcionar no País.

Os mesmos documentos que são exigidos pelo art. 1.134 do Código Civil para a sociedade estrangeira requerer autorização para funcionar

no País, com as adaptações pertinentes, podem ser requeridos para a habilitação jurídica em licitação internacional de sociedade estrangeira não autorizada a funcionar no País.

Ao Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República foi delegada pelo Presidente da República, por meio do Decreto nº 5.664/2006, na redação dada pelo Decreto nº 8.060, de 29/3/2013, a competência para autorizar o funcionamento no Brasil de sociedade estrangeira, bem como suas alterações estatutárias ou contratuais, nacionalização e cassação da autorização de seu funcionamento, na forma prevista nos arts. 1.134, 1.139 e 1.141 do Código Civil, e nos arts. 59 a 73 do Decreto-lei nº 2.627/1940, permitida a subdelegação.

Se a atividade da sociedade estrangeira estiver, por lei, sujeita à fiscalização de outro órgão federal, como, por exemplo, o Banco Central, a Susep, Anac, este será competente para dar a autorização.

A Instrução Normativa nº 81/1999, do extinto Departamento Nacional do Registro do Comércio – DNRC, ainda em vigor, regula o procedimento para a sociedade estrangeira requerer autorização junto à Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República para funcionar no País.

Deverá também, a sociedade estrangeira nomear representante *residente* e domiciliado no País com poderes, inclusive, para receber citação (art. 119 da Lei nº 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas⁴), sendo de todo recomendável a inclusão da palavra *residente* em editais.

3) Cabe observar que, no caso de participação isolada de sociedade estrangeira, haverá dificuldade na constituição de Sociedade de Propósito Específico na forma de Sociedade Anônima, eis que a Lei das S/A exige para sua constituição, dois sócios e, a subsidiária integral, somente pode ter como acionista uma sociedade brasileira (art. 80, inciso I, e art. 251, *caput*, da Lei nº 6.404/76).

4 Lei nº 6.404/76 – Lei das S/A – Representação de Acionista Residente ou Domiciliado no Exterior.

“Art. 119. O acionista residente ou domiciliado no exterior deverá manter, no País, representante com poderes para receber citação em ações contra ele, propostas com fundamento nos preceitos desta Lei.

Parágrafo único. O exercício, no Brasil, de qualquer dos direitos de acionista, confere ao mandatário ou representante legal qualidade para receber citação judicial.”

4.2. Sociedade estrangeira: Habilitação jurídica

Os editais de parcerias público-privadas adotados pelo Estado de São Paulo, em sua absoluta maioria, foram de licitações internacionais, com a exigência, para as sociedades estrangeiras, de decreto de autorização para funcionamento no Brasil para a fase de habilitação, como prevê o art. 28, V, da Lei nº 8.666/93.

Nesse assunto, aventamos, para efeito de estudo, quatro possibilidades de configuração de editais de licitação em geral e em aspectos específicos para PPPs:

a) exigir, desde a fase de habilitação, que a empresa estrangeira apresente o decreto de autorização para funcionamento no Brasil.

Nessa configuração, muitas sociedades estrangeiras não terão condição de participar da licitação, em razão da eventual demora em obter a autorização federal. Esse modelo foi adotado pelo Estado de São Paulo no edital da Linha Laranja do Metrô.

Considerando o que pensa Bandeira de Mello (op. cit.), quando conceitua a licitação internacional como aquela aberta à participação de empresa estrangeira que não esteja em funcionamento no país, a exigência contida no inciso V do art. 28 da Lei nº 8.666/93, na fase de habilitação, impede essa participação, visto que as sociedades estrangeiras não possuem de imediato o decreto de autorização para funcionamento a fim de ingressar na licitação.

b) exigir o decreto de autorização no momento da contratação.

Essa posição possibilita a ampliação da participação das sociedades estrangeiras, que terão que providenciar até o momento da contratação o decreto de autorização.

c) prever na minuta de contrato prazo para que a sociedade estrangeira obtenha o decreto de autorização, que poderá ser prorrogado se a estrangeira tiver adotado todas as providências a seu alcance para a emissão do decreto.

Nos projetos de PPPs cujo objeto geralmente envolva uma logística de serviços, que demandará certo tempo para mobilização, poderia ser conferido prazo, a partir da assinatura do contrato, para que fosse criada a filial, no Brasil, da sociedade estrangeira.

Tal configuração, do edital e contrato, pode ser adotada caso se entenda que a atuação da sociedade estrangeira na condição de acionista da SPE configuraria “funcionamento” no Brasil, segundo critérios de permanência e continuidade da atividade desenvolvida.

Marçal Justen Filho assim explica:

“Segundo entendimento pacífico, não constitui ‘funcionamento’ no Brasil a atividade eventual, precária e isolada. Uma empresa estrangeira, mesmo sem autorização governamental, pode praticar atos isolados. O ‘funcionamento’ no Brasil se configura quando exista continuidade e permanência na atividade desenvolvida.”

(JUSTEN FILHO, 2012, p. 562).

d) dar a possibilidade da sociedade estrangeira permanecer sem autorização para funcionar no país, tendo em conta que a lei civil admite que ela seja acionista de sociedade anônima brasileira, no caso a Sociedade de Propósito Específico (SPE).

A parte final do art. 1.134, *caput*, do Código Civil permite que a sociedade estrangeira seja sócia de sociedade anônima brasileira. Essa disposição legal torna possível que a sociedade estrangeira integre a SPE como acionista, sem que seja necessária a autorização para funcionamento no País.

A atuação da estrangeira como acionista da SPE em nada afeta a Contratante (Administração), posto que essa se relaciona diretamente com a SPE. Assim, pode-se admitir a hipótese de não abertura da filial brasileira.

O Estado de São Paulo, no edital da Linha 4 – Amarela do Metrô, não exigiu a criação de filial brasileira da sociedade estrangeira que participou da licitação, em consórcio com sociedades brasileiras, vindo ao final, a participar na condição de acionista da SPE com a mesma composição do consórcio.

Edital da Linha Amarela:

Habilitação jurídica das sociedades estrangeiras:

7.3.2.3. Contrato Social ou Estatutos devidamente atualizados e que comprovem sua constituição legal, segundo exigência de lei no seu país de origem.

7.3.2.4. Prova de constituição dos administradores em exercício, em se tratando de Sociedade Anônima ou por ações, devidamente publicada e arquivada no órgão próprio de seu país de origem, inclusive com poderes de representação legal.

Esta é a forma que confere a maior amplitude de participação às empresas estrangeiras.

4.3. Entidades nacionais e estrangeiras

As entidades de previdência complementar, as instituições financeiras ou fundos de investimento devem estar reunidos em consórcio para participar da licitação, dado que, por atuarem no mercado financeiro, não detêm a *expertise* necessária para atividades de serviços, necessitando associar-se a empresas com atividade técnica para transportes, serviços de saúde, hotelaria, gestão de hospitais, estádios e outros.

a) Entidades de previdência complementar.

I) Entidades abertas de previdência complementar.

Entidades abertas de previdência complementar são sociedades empresárias constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário, concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas. São regidas pelo Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, e pela Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. As funções do órgão regulador e do órgão fiscalizador são exercidas pelo Ministério da Fazenda, por intermédio do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

II) Entidades de previdência complementar fechadas.

Os chamados fundos de pensão são organizados sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, e são acessíveis, exclusivamente, aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas ou aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores ou aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores. As entidades de previdência fechada devem seguir as

diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, por meio da Resolução nº 3.121, de 25 de setembro de 2003, no que tange à aplicação dos recursos dos planos de benefícios. Também são regidas pela Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001.

A fiscalização das EFPC é feita pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc e regulada pela Secretaria de Políticas de Previdência Complementar (SPPC), do Ministério da Previdência Social.

Nas licitações, são exigíveis dessas entidades comprovantes de autorização expressa e específica de constituição e funcionamento da entidade de previdência complementar, concedida pela entidade reguladora do setor.

b) Instituições financeiras.

Instituições financeiras são fiscalizadas pelo BACEN. São sociedades empresárias com registro na Junta Comercial.

c) Fundos de Investimento.

São fiscalizados e regulamentados pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM, por meio da Instrução CVM nº 409, de 18 de agosto de 2004. O art. 2º dessa Instrução traz a definição jurídica de fundo de investimento: “O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituída sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em títulos e valores mobiliários, bem como em quaisquer outros ativos disponíveis no mercado financeiro e de capitais, observadas as disposições desta instrução.”

Os fundos de investimento não possuem personalidade jurídica própria, a exemplo do que ocorre com o espólio ou a massa falida no direito brasileiro. Esse fenômeno, no entanto, não os impede de assumir obrigações e direitos em nome próprio. Tal fator demonstra que a regulamentação dos fundos de investimento no Brasil é relativamente inadequada em relação à sua relevância cada vez maior. Alguns estudiosos do tema recomendam que seja instituída uma nova forma societária específica para tratar melhor os Fundos de Investimento. (ABEL, Fernando, acesso em 3/6/2013).

Os Fundos de Investimento em Participações – FIP são disciplinados, inicialmente, pela Instrução CVM nº 391, de 16 de julho de 2003, e são fundos criados especialmente para investir em companhias, abertas ou fechadas, participando do processo decisório, com efetiva influência

na definição de sua política estratégica e na sua gestão, podendo ser um interessante veículo de investimento em parcerias público-privadas, cabendo uma adequação dos editais à participação de tais entidades.

5. Consórcio na licitação

O consórcio vem regulado nos arts. 278 e 279 da Lei das S.A⁵ e, a possibilidade de sua participação em licitação está prevista no art. 33 da Lei de Licitações, que nessa matéria tem caráter de norma especial e, por isso, altera disposições da Lei nº 6.404/76 no que tange ao consórcio na licitação. O consórcio não é dotado de personalidade jurídica. Nas licitações, está prevista a responsabilidade solidária das consorciadas pelos atos praticados em consórcio na fase de licitação e na de execução do contrato (art. 33, V, da Lei nº 8.666/93).

5 “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. (ver inciso V do art. 33, da Lei nº 8.666/93, que prevê a responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato).

§ 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.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - a designação do consórcio se houver;

II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;

III - a duração, endereço e foro;

IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;

V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;

VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;

VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;

VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.”

O licitante vencedor está obrigado a constituir o consórcio e seu registro antes da celebração do contrato (art. 33, § 2º, da Lei nº 8.666/93).

Para participar da licitação, a Lei nº 8.666/93 exige apenas a comprovação do compromisso público ou particular de constituição do consórcio, subscrito pelos futuros consorciados (art. 33, I). Somente se vencedor do certame, será obrigatória a constituição do consórcio (art. 33, § 2º), com registro no órgão competente.

Para habilitação no certame, cada uma das empresas signatárias do compromisso de constituição deverá apresentar os documentos exigidos nos arts. 28 a 31, da Lei nº 8.666/93.

No edital da Linha Laranja do Metrô de São Paulo foi inserido dispositivo prescrevendo que as sociedades consorciadas devem apresentar compromisso público ou particular de constituição de consórcio. Entre os objetivos do consórcio, deve constar o de se constituir em sociedade de propósito específico – SPE, na forma de sociedade anônima, com sede e administração no Brasil (sociedade brasileira), no Município de São Paulo (edital subitem 8.1.3, “b”).

O objeto da licitação será adjudicado ao consórcio, que antes da celebração do contrato deverá constituir-se em sociedade de propósito específico.

O consórcio pode ser composto só de sociedades nacionais ou de nacionais e estrangeiras, hipótese em que a empresa líder deve ser nacional (art. 33, § 1º, da Lei nº 8.666/93).

5.1. Liderança da empresa brasileira no consórcio nas licitações internacionais

“A liderança de uma das empresas consorciadas não significa representação jurídica por ela das demais integrantes do grupo, já que o consórcio não tem personalidade jurídica. A liderança é apenas indicativa de que, caso o consórcio seja vencedor da licitação e adjudicatário do objeto licitado, as empresas que o integram serão representadas, perante a Administração contratante, pela líder, que por elas se responsabilizará do ponto de vista técnico, do econômico e do administrativo referentemente à execução do objeto do

ajuste. A Lei nº 8.666 manda que haja responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato (art. 33, V).”

(LEÃO, Eliana Goulart; SENHORINHO, Eliane Maria, acesso em 5/7/2013)

Questão controvertida: é possível que o consórcio seja composto apenas por sociedades/entidades estrangeiras?

Se o consórcio for composto apenas por sociedades e entidades estrangeiras, a liderança caberá necessariamente à sociedade estrangeira.

Note-se que, no edital da Linha Laranja, não há vedação expressa à participação de consórcio composto unicamente por sociedades/entidades estrangeiras.

Porém, o edital deve necessariamente fixar as condições de liderança (art. 33, II, da Lei de Licitações). Se não forem discriminadas, é nula a previsão de participação de empresas em consórcio. Considerando que o edital, na forma do disposto no § 1º do art. 33 da Lei de Licitações, prevê que a liderança cabe à sociedade brasileira, conclui-se que não está permitido pelo edital o consórcio composto apenas por sociedades e entidades estrangeiras.

5.2. Comentários sobre a vedação legal do art. 33, §1º, da Lei de Licitações

A lei prevê que, em caso de consórcio com sociedades/entidades brasileiras e estrangeiras, a liderança seja exercida pela empresa brasileira (artigo 33, § 1º).

A redação do artigo induz à ideia de que o consórcio pode ser formado exclusivamente por sociedades brasileiras ou por sociedades brasileiras e estrangeiras.

A exceção se encontra unicamente para licitações internacionais, em que a contratação envolverá empréstimos de organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte ou por agência estrangeira de cooperação (art. 32, § 6º, da Lei de Licitações), o que não é objeto desta reflexão.

No entanto, é de se registrar a crítica da doutrina quanto ao dispositivo legal do § 1º do art. 33 da Lei nº 8.666/93.

Para Hely Lopes Meirelles, uma vez revogado o art. 171 da CF, a exigência do § 1º do artigo 33 da Lei de Licitações, não tem mais razão de ser e nenhuma espécie de discriminação pode haver em face das sociedades estrangeiras, sendo, pois, possível que a liderança de consórcio seja por estas exercida (MEIRELLES, Hely Lopes. 2006, p. 94/95, Nota 21).

Marçal Justen Filho anota existir inconstitucionalidade no § 1º do art. 33 da Lei nº 8.666/93, porque a regra seria incompatível com a liberdade de empresa garantida pela Constituição Federal (art. 1º, IV, e art. nº 170) e com o espírito da Lei de Licitações, pois “se a Administração é autorizada a contratar com empresa estrangeira, nas licitações internacionais, não há fundamento para vedar-se de modo absoluto a liderança de empresas estrangeiras em hipótese de contratação de consórcios” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 571).

No edital do Trem de Alta Velocidade (ANTT), previu-se a possibilidade de empresas estrangeiras exercerem a liderança do consórcio (Disponível em <http://antt.gov.br/index.php>, acesso em 14/10/2013).

A doutrina também sustenta, que o § 1º do art. 33 da Lei nº 8.666/93 fora derogado pela extinção dos privilégios para a empresa brasileira com a supressão do art. 171 da Constituição Federal, por meio da Emenda nº 6/95, como faz referência Egon Bockmann Moreira (2004, p. 7).

Cumprido esclarecer que a liderança prevista no § 1º do art. 33 da Lei 8.666/93 diz respeito à representação das sociedades consorciadas perante o órgão licitante e perante terceiros, inclusive o Judiciário, prevista no art. 279, VI, da Lei nº 6.404/76. Trata-se de representação do consórcio frente à Administração e terceiros, com capacidade para contratar e processual ativa e passiva. As sociedades consorciadas outorgam um mandato à empresa líder com poderes específicos de administração e representação do consórcio perante terceiros.

Se entendido que o § 1º do art. 33 da Lei 8.666/93 foi derogado, o edital poderá prever que o consórcio seja integrado apenas por sociedades estrangeiras e que sua representação seja feita por sociedade estrangeira.

6. Documentos equivalentes

A licitação que admite a participação de sociedades estrangeiras enfrenta ainda a questão da formalidade necessária em relação aos documentos a serem apresentados na licitação, decorrente do fato de que,

por não atuarem no país, não têm condições de atestar a regularidade tributária, fiscal e financeira nos mesmos moldes que a empresa de atuação no território nacional.

Considerando essa dificuldade, prevê a Lei de Licitações, no § 4º do art. 32, a possibilidade de apresentação de documentos equivalentes, a serem definidos pelo licitante. Essa equivalência de documentos, por meio de indicação do próprio licitante é aceita também pela doutrina, uma vez que a Administração Pública não tem condições de avaliar a equivalência, porque cada país tem sua forma de apresentá-los:

“A Lei 8.666/93, no art. 32, § 4º, não dispensa expressamente a comprovação de regularidade fiscal pelas empresas estrangeiras que venham a participar de licitações internacionais, mas por intermédio de um raciocínio lógico e sistemático, conclui-se não ser cabível essa providência porque a Lei das Licitações, que é uma lei nacional, não tem poder e, muito menos, motivo para impor às empresas estrangeiras a obrigação de comprovar sua situação regular perante o fisco dos respectivos países de origem. Entendemos que, em termos jurídicos, isso representaria uma invasão de soberania.”

(LEÃO, Eliana Goulart; SENHORINHO, Eliane Maria, acesso em 5/7/2013.)

Porém, se a sociedade estrangeira é sonegadora de tributos no país de origem e não respeita as normas nacionais e internacionais de organização do trabalho, poderá promover uma concorrência desleal.

As grandes corporações costumam exigir de seus fornecedores declarações sobre o não emprego de mão de obra escrava, respeito ao meio ambiente e outras, inclusive para evitar a responsabilidade da empresa enquanto compradora de produtos e serviços, devendo, igualmente, ser adotada tal postura nas licitações públicas.

É frequente, nos editais estudados, exigir que a sociedade estrangeira declare, quando for o caso, a inexistência de documento equivalente no país de origem, suprimindo a apresentação do documento por meio de referida declaração.

Por fim, cabe ressaltar que os documentos de origem estrangeira devem ser autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado para a língua portuguesa (Brasil) para serem utilizados na licitação, como preconiza o art. 32, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

No edital da linha 6 do Metrô de São Paulo foi ainda exigida a certificação do documento por notário público no país de origem.

Não se aplica nessa situação a exigência contida no art. 129, da Lei federal nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, de que o documento deve ser levado a registro no Registro de Títulos e Documentos para surtir efeitos em relação a terceiros.

7. Conclusão

1. A decisão acerca de realizar licitação interna ou internacional está a cargo do administrador público, que fará tal opção de acordo com a disponibilidade dos bens ou serviços no mercado interno ou internacional, tendo como foco buscar melhores produtos e preços mais vantajosos.

2. As sociedades estrangeiras autorizadas por decreto a funcionar no País e com seus atos societários registrados no órgão de registro público competente podem participar das licitações internas e internacionais e estão sujeitas ao mesmo regime jurídico das sociedades nacionais quanto aos atos ou operações praticados no Brasil (art.1.137 do Código Civil).

3. Nas licitações, deve a sociedade estrangeira nomear representante residente e domiciliado no País, com poderes, inclusive, para receber citação (art. 119 da Lei nº 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas).

4. A participação isolada de sociedade estrangeira em licitação para concessões se torna problemática quando da constituição de sociedade de propósito específico na forma de sociedade anônima, posto que a Lei das S/A exige dois sócios para a formação da sociedade anônima. A subsidiária integral, por seu turno, somente pode ter como acionista uma sociedade brasileira (art. 80, inciso I, e art. 251, *caput*, da Lei nº 6.404/76). Conclui-se que a sociedade estrangeira não pode participar isoladamente em licitação para concessões em face da legislação vigente.

5. A exigência contida no inciso V do artigo 28 da Lei nº 8.666/93 (autorização para a sociedade estrangeira funcionar no País), na fase de habilitação em licitação internacional, dificulta a participação de sociedade estrangeira que não tenha filial no País, visto que esta não terá como obter de imediato o decreto de autorização para funcionamento para fim de ingresso na licitação. Portanto, nas licitações internacionais, é recomendável o acréscimo de item especialmente voltado à sociedade

estrangeira não autorizada a funcionar no país, conforme modelo proposto neste artigo.

6. A parte final do art. 1.134, *caput*, do Código Civil permite que a sociedade estrangeira seja sócia de sociedade anônima brasileira. Essa disposição legal torna possível que a sociedade estrangeira integre a SPE como acionista, sem que seja necessária a autorização para seu funcionamento no País.

7. O edital de licitação em que se admite a liderança do consórcio por sociedade estrangeira garante maior amplitude de participação de licitantes. Tal posição encontra amparo tanto na revogação do art. 171 da Constituição Federal (EC nº 06/95) quanto na crítica da doutrina ao dispositivo da Lei de Licitações. Se entendido que o § 1º do art. 33 da Lei nº 8.666/93 foi derogado ou que carrega inconstitucionalidade, é possível adotar previsão nos editais de que o consórcio integrado apenas por sociedades estrangeiras, seja representado por sociedade estrangeira.

8. Bibliografia

ABEL, Fernando. *Principais Aspectos dos Fundos de Investimento*. Disponível em <<http://www.cerqueiraleite.com.br/index.php>>. Acesso em 3/6/2013.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 150/151.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 452/454; 562.

LEÃO, Eliana Goulart; SENHORINHO, Eliane Maria. Observações sobre as licitações internacionais. *Zênite Web Licitações e Contratos*. Disponível em <http://webzenite.com.br>. Acesso em 5/7/2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. AZEVEDO, Eurico de Andrade e MONTEIRO, Vera Atualização. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 94/95, Nota 21.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 566/567.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Os consórcios empresariais e as licitações públicas. Considerações em torno do artigo 33 da Lei 8.666/93*. Belo Horizonte: Fórum. 2004. Interesse Público – IP. Ano 6, nº 26, p. 7.