

## **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INTERNACIONAIS: A LEI N° 8.666/93 FRENTE ÀS NORMAS DO COMÉRCIO INTERNACIONAL**

Rainier Belotto Plawiak<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O presente estudo analisa os aspectos mais relevantes dos contratos administrativos firmados entre a Administração Pública brasileira e empresas estrangeiras, ou seja, os chamados contratos administrativos internacionais. Vêm-se as peculiaridades (eis que seu regime jurídico é diferenciado) em relação ao contrato internacional propriamente dito, explicitando suas diferenças estruturais e principiológicas fundamentais. Em seguida, abordamos a posição hierárquica, no ordenamento jurídico brasileiro, dos tratados internacionais ratificados pelo Congresso Nacional, para que possamos melhor compreender sob que aspecto analisaremos a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA), Lei n° 8.666/93, para então apontarmos convergências e divergências entre esta lei e a prática internacional. Ao fim, estudamos o caso específico das licitações cujo objeto tenha sido financiado por organismo financeiro internacional, as quais possuem disciplina normativa diferenciada, como, p. ex., as normas das guidelines.

### **ABSTRACT**

The present study analyses the most relevant aspects of the administrative contracts celebrated between the Brazilian Public Administration and the foreign private companies, also called international administrative contracts. We observe the peculiarities (once their juridical regime is distinct) related to international contracts, strictly speaking, explaining their structural and on principle differences. Next, we refer to the hierarquic position, in the Brazilian Law structure, of the international treaties confirmed by the National Congress, and that is so for us better compreend under wich circumstances will

---

<sup>1</sup> Servidor Público Federal - Ministério Público Federal; estudante do 4° ano do curso de Direito da UFPR.

our analysis be of the Law number 8.666/93 (Public Bidding and Administrative Contract Law), so that we can name convergencies and divergencies between this law and the international costume. Finally, we study the specific case of the public biddings whose object was financed by an international organism, which has a different normative discipline, as the guidelines norms.

**Palavras-chave:** Contratos administrativos internacionais, Lei n° 8.666/93, Direito Público

**Keywords:** public international contracts, Law n° 8.666/93, Public Law

*Sapientia custos hominis, rerum moderatrix, princeps virtutum:* A sabedoria é a guardiã do homem, a moderadora das coisas, a primeira das virtudes.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo abordará os aspectos mais relevantes dos contratos administrativos firmados entre a Administração Pública brasileira e empresas estrangeiras, ou seja, os contratos administrativos internacionais.

Tal tipo de contrato possui diversas peculiaridades com relação ao contrato internacional propriamente dito, uma vez que são os princípios do Direito Público, e não os do comércio internacional, que o rege primordialmente. Por isso, analisaremos seus pontos de contato e de afastamento com a prática internacional, para, ao final, concluir pela viabilidade ou não do regime jurídico atualmente aplicável na seara jurídica brasileira.

Primeiramente, diferenciar-se-á os contratos administrativos dos contratos privados, explicitando suas diferenças estruturais e principiológicas fundamentais.

Em seguida, analisaremos a posição hierárquica, no ordenamento jurídico brasileiro, dos tratados internacionais ratificados pelo Congresso Nacional, para que possamos melhor compreender sob que aspecto analisaremos a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA), Lei n° 8.666/93, em consonância com as normas de direito comercial internacional.

Já compreendido o mote interpretativo dos contratos administrativos internacionais, faremos um estudo mais detido das regras postas pela Lei n° 8.666/93 e a prática internacional, apontando convergências e divergências.

Por último, dando desfecho à matéria pesquisada, estudaremos o caso específico das licitações cujo objeto tenha sido financiado por organismo financeiro internacional, as quais possuem disciplina normativa diferenciada, como, p. ex., as normas das *guidelines*.

## **2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO: A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A AUTONOMIA DA VONTADE**

Muito se discute se o contrato administrativo é efetiva e conceitualmente um “contrato” (considerado em seu ponto de partida privado). Isso porque, apesar de haver similitude com o contrato privado, com este não se identifica, uma vez que a autonomia da vontade do particular contratante é limitada pelo interesse público, este resguardado pela Administração. Além disso, rege-se pelos princípios do Direito Público, sendo que “É questionável a própria aplicação do princípio da autonomia da vontade ao chamado 'contrato administrativo', pois “A Administração Pública não exercita uma 'vontade' no sentido psicológico”<sup>2</sup>.

Muitos administrativistas de outrora negavam que o contrato administrativo fosse efetivamente um contrato, já que não prezava a igualdade entre as partes e a autonomia da vontade. Segundo Romeu Felipe BACELLAR FILHO, “O contrato é um negócio jurídico bilateral, que, *na esfera privada*, se assenta sobre duas máximas inafastáveis: autonomia da vontade e igualdade entre as partes contratantes”<sup>3</sup>. Na verdade, como o mesmo explicita, o contrato é uma *categoria geral do direito*, e abarca tanto um viés privado quanto um público, sendo que “... a teoria geral do contrato é a mesma para os contratos privados e para os contratos públicos, que têm como *espécies* os contratos

---

<sup>2</sup> JUSTEN Filho, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, nota da pág. 34.

<sup>3</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*, p. 110, grifo nosso.

administrativos e os acordos internacionais”<sup>4</sup>, e “Deve-se a Laband, no direito alemão, em obra publicada em 1876, a teorização do contrato de direito público como espécie da categoria geral do contrato”<sup>5</sup>.

Como conceito de contrato administrativo adotaremos para o presente estudo o de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, que é o que consegue englobar os principais aspectos e diferenciações em relação ao contrato de Direito Privado:

“o contrato administrativo define-se como toda avença travada entre a Administração Pública e terceiros na qual a permanência do vínculo e as condições de seu cumprimento estão sujeitas a imposições de interesse público, assegurada, em qualquer circunstância, a proteção do patrimônio privado do contratante”<sup>6</sup>.

Já a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA) define o contrato administrativo como sendo o seguinte:

“Art. 2º, Parágrafo único: Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um *acordo de vontades* para a formação de *vínculo* e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

Saliente-se que o acordo de vontades se dá apenas para a *formação* do vínculo jurídico entre as partes, e não para uma livre e aberta discussão das cláusulas contratuais. Assim, o princípio basilar dos contratos internacionais, a autonomia da vontade, aqui somente aparece como autonomia para participar da licitação (e talvez futura contratação), uma vez que é a Administração, em sua posição de supremacia, quem dita as “regras do jogo”, isto é, os termos do edital e do futuro contrato, prevalecendo a *unilateralidade* da “vontade pública” em detrimento da do particular. Este apenas decide sobre termos secundários, como quanto ao tipo de garantia que oferecerá, procedimentos de execução específicos, entre outros aspectos menos relevantes.

<sup>4</sup> BACELLAR FILHO, R. F.. Ob. cit., p. 111, grifo nosso.

<sup>5</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Contrato Administrativo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*, p. 307.

<sup>6</sup> BACELLAR FILHO, R. F.. Ob. cit., p. 113.

Com isso, conclui-se que a fase de negociações, tão importante para e própria dos contratos privados (aqui especificamente contratos *internacionais* privados), também fica mitigada, pois pouco há para negociar livremente<sup>7</sup>: os termos estão no edital; ou se os aceita, ou não<sup>8</sup>. Mas e a possibilidade de impugnar o edital, em parte ou no todo, não seria uma forma de negociar, ou melhor, de o particular expressar sua vontade e seus termos? Respondemos pela negativa, uma vez que os critérios para impugnação são definidos em lei (princípio da legalidade), e não pela vontade propriamente dita do particular.

Para posteriores conclusões, cabe deixar claro o conceito de “autonomia da vontade” formulado pela doutrina e jurisprudência internacional-privatística. O Direito Internacional Privado (DIPr) fornece um conceito estrito de “autonomia da vontade”, sendo que Nadia ARAÚJO esclarece que a “autonomia da vontade no DIPr, utilizada nos Contratos Internacionais’ nada tem a ver com o que os civilistas gostam de chamar de ‘autonomia privada’, e que diz respeito à faculdade das partes de contratar. Para o DIPr, *autonomia da vontade* significa permitir que as partes escolham a lei aplicável ao contrato internacional”<sup>9</sup>. Se considerada a autonomia da vontade no conceito estrito do DIPr, conclui-se então que no contrato administrativo internacional não há *nenhuma* autonomia da vontade, pois a lei que se aplica, prioritariamente, é a LLCA.

Lembre-se que, apesar de o Brasil ter assinado a Convenção Interamericana do México (1994) prevendo a autonomia da vontade<sup>10</sup>, tal Convenção ainda não foi ratificada internamente, e, por isso, tal princípio não faz parte do direito brasileiro. Logo, pela finalidade do presente estudo, resta por infrutífero estudar a fundo a autonomia da vontade, pois, não existindo legalmente, pouco sobra para uma análise quanto aos contratos administrativos internacionais.

---

<sup>7</sup> Apesar de parecer redundante o termo “negociar *livremente*”, mantém-se o advérbio, uma vez que o termo “negociar” muitas vezes é usado nos contratos administrativos, que, conforme já se explicitou, praticamente não são *livres*.

<sup>8</sup> Conforme BACELLAR FILHO: “observe-se que a minuta do contrato administrativo constitui anexo do edital de licitação, merecendo publicação conjunta com este. Ou seja, à Administração Pública cabe a determinação do conteúdo do contrato, o que leva uma parte da doutrina a considerá-lo um contrato de adesão”. Ob. cit., p. 114.

<sup>9</sup> ARAÚJO, Nadia de. *Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro*. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos Internacionais*, p. 197, nota de rodapé.

<sup>10</sup> No sentido que a conceitua o Direito Internacional Privado.

Feitas estas considerações, esclarecemos que o sentido que usaremos durante o estudo para “autonomia da vontade” é mais como “autonomia que as partes têm de livremente discutir quaisquer termos do contrato (exceto os obrigatórios pela ordem pública)”, ou seja, mais como *autonomia privada*.

Passemos à análise do princípio basilar e fundamental de todo e qualquer contrato administrativo, o da supremacia do interesse público.

Segundo a abalizada doutrina de Marçal JUSTEN Filho, “... há pontos de distinção extremamente relevantes entre o contrato (tal como conhecido no direito privado) e o chamado ‘contrato administrativo’. A Administração Pública não pode ser atada e tolhida na consecução do interesse público. Mas isso não significa que os interesses privados possam ser expropriados ou sacrificados em prol do interesse público, sem respeito a limites e garantias constitucionais”<sup>11</sup>.

A consecução do interesse público é o objetivo mor que deve ser buscado pela Administração Pública. Enquanto que no comércio entre particulares o que se busca é a máxima lucratividade (geralmente), nos contratos firmados pelo Poder Público o objetivo é a satisfação do interesse público, ou seja, a satisfação da coletividade de pessoas. Para alcançar tal desiderato, deve a Administração firmar-se em posição de supremacia frente ao particular, ao contrário do que ocorre no âmbito privado, em que as partes contratantes encontram-se, *a priori* formalmente, em posição de igualdade. Como pondera Hely Lopes MEIRELLES, “a Administração afirma a sua supremacia estatal fixando as condições do contrato, embora permita discussão com o particular interessado na contratação, para a redação de algumas cláusulas definitivas do negócio administrativo”<sup>12</sup>.

Assim, sendo o contrato administrativo pautado no interesse público, a Administração é autorizada pela lei (princípio da legalidade) a exercer sua posição de supremacia perante o particular. É o que especifica o art. 58, I, e § 1º, da Lei nº 8.666/93, que permite à Administração modificar unilateralmente os termos do contrato tendo em vista o interesse público, a não ser naquilo que quebre o equilíbrio econômico-financeiro entre os contratantes. Assim, “As

---

<sup>11</sup> JUSTEN Filho, M.. Ob. cit., p. 477.

<sup>12</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*, p. 178.

prerrogativas garantem à Administração posição superior às demais pessoas com quem se relaciona, fazendo com que essas relações não mantenham um nivelamento horizontal. Justifica-se a posição privilegiada pela finalidade da atividade administrativa, a busca do bem comum”<sup>13</sup>.

Outra diferença é que nos contratos administrativos as disposições estão pré-definidas em lei, enquanto que em contratos privados o que prepondera é a auto-regulamentação<sup>14</sup>. Nos primeiros, sobressai-se o princípio da legalidade<sup>15</sup>, só podendo/devendo ser avençado o que estiver definido pela lei; já nos segundos, pode ser avençado aquilo que não está proibido<sup>16 17</sup>.

Em resumo, “As características do contrato administrativo derivam da supremacia do *interesse público* sobre o particular, o que se retrata nas faculdades de a Administração modificar *unilateralmente* alguns aspectos da avença, extingui-la, impor sanções ao particular e exigir em alguns casos o cumprimento das prestações alheias sem observância ao princípio da ‘exceptio non adimpleti contractus’ (dentro dos limites que foram significativamente alterados pela Lei n° 8.666)”<sup>18</sup>.

Por último, deve restar claro que, apesar de não haver isonomia *entre* as partes contratantes no contrato administrativo (pelo motivo da supremacia da Administração Pública), deve haver isonomia entre os que concorrem<sup>19</sup>, através de licitação, para contratar com o Poder Público. A isonomia entre os concorrentes é garantida tanto pela Carta Magna (art. 37, XXI) quanto pelo art. 3º, *caput*, e § 1º da LLCA<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> BACELLAR FILHO, R. F.. Ob. cit., p. 37.

<sup>14</sup> Desde que não contrariem as normas cogentes de ordem pública e os princípios e regras do Direito Civil e do Direito Constitucional.

<sup>15</sup> Art. 37, *caput*, CF.

<sup>16</sup> Art. 5º, II, CF.

<sup>17</sup> Marçal JUSTEN Filho, ao comentar o art. 54 da LLCA, assevera que “Através do contrato [de Direito Privado], o sujeito de direito institui uma auto-regulamentação da conduta. Criam-se normas jurídicas para o caso concreto, cuja fonte imediata não é a lei”. Ob. cit., p. 477.

<sup>18</sup> Idem, p. 478.

<sup>19</sup> O verbo “concorrer” utilizado aqui não denota apenas a modalidade de licitação “concorrência”, mas também todas as outras modalidades.

<sup>20</sup> “Art. 3º: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da *isonomia* e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade,

Saliente-se que a isonomia deve ocorrer não apenas entre licitantes nacionais, mas também entre nacionais e estrangeiros<sup>21 22</sup>, sem preferências àqueles. Entretanto, já foram produzidos inclusive editais de licitação teratológicos, onde somente se permitia a participação de empresas sediadas em países da Comunidade Européia, com exclusão de licitantes nacionais. Tal licitação foi invalidada pelo Acórdão n° 135/2003 do Plenário do TCU, rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha.

Essas são as considerações que haviam de ser feitas a respeito dos contratos administrativos internacionais necessárias à compreensão futura do estudo.

### **3 BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE A POSIÇÃO HIERÁRQUICO-LEGAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS**

No Brasil, os tratados internacionais<sup>23</sup>, após ratificados pelo Congresso Nacional, passam a fazer parte do ordenamento jurídico nacional em igual hierarquia com as leis ordinárias. O *leading case* é o RE n° 80.004, do Supremo Tribunal Federal, que adota a teoria monista-constitucionalista, definindo, portanto, que normas internacionais ratificadas pelo Congresso Nacional tem hierarquia de normas ordinárias internas, abaixo da Constituição Federal, podendo, assim, ser derogadas por lei ordinária posterior<sup>24</sup>.

---

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

Saliente-se ainda os princípios definidos na Lei nº 9.784/1999, art. 2º: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

<sup>21</sup> “Art. 3º, § 1º: É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

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.”

<sup>22</sup> A Lei nº 8.248/91, modificada pela Lei nº 10.176/2001, estabelece preferências para produtos de informática nacionais. A constitucionalidade deste dispositivo é duvidosa.

<sup>23</sup> No presente estudo enfatizou-se os que disponham sobre comércio internacional.

<sup>24</sup> Lembrar-se do art. 732 do Código Civil, de constitucionalidade duvidosa, que define hipótese em que mesmo tratado posterior à data da promulgação do Código não será possível de mudar sua disciplina.

## Segundo Celso Duvivier de Albuquerque MELLO,

“A tendência mais recente no Brasil é um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No Recurso Extraordinário nº 80.004, decidido em 1978, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. (...) A decisão é das mais funestas, vez que o STF não viu a consequência de seu acórdão, que poderá influenciar os juízes nos mais diferentes locais do Brasil. Por outro lado, faltou a ele sensibilidade para o momento atual em que o Brasil intensifica as relações internacionais”<sup>25</sup>.

Segundo o autor, o Brasil está em atraso com a prática internacional, pois diversos outros países<sup>26</sup> consideram que os tratados estão hierarquicamente acima das leis ordinárias, sendo esta a tendência atual. Porém, enquanto o Brasil não se adequar à tendência atual, o que vige é a posição adotada no RE nº 80.004, sendo, portanto, esta a linha interpretativa que adotaremos.

Especificamente com relação à licitação internacional<sup>27</sup> (ou licitação nacional na qual participem licitantes estrangeiros), várias são as questões que surgem com tratados internacionais ratificados após a Lei nº 8.666/93 que inovem o conteúdo desta, como, p. ex., a possibilidade de tratado criar nova forma de dispensa de licitação. Essas e outras questões tentaremos responder ao longo do texto.

Para Marçal JUSTEN FILHO, as licitações devem considerar “... as formulações políticas e de direito internacional. *O edital deverá respeitar tratados e convenções internacionais vigentes no Brasil, assim como decisões proferidas no plano do direito internacional público*”<sup>28</sup>. Porém, deve-se ressaltar que, apesar de consideramos a possibilidade de tratados ratificados posteriormente à Lei nº 8.666/93 modificarem a disciplina desta, tal modificação só pode ocorrer caso não contrarie os princípios arrolados na Carta Magna<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, p. 131.

<sup>26</sup> “O atraso brasileiro é monumental, sendo suficiente lembrar que a Constituição do Paraguai admite um ‘ordenamento jurídico supranacional’ e os tratados acima das leis e só tendo acima deles a própria Constituição”. Idem, p. 130.

<sup>27</sup> Licitação internacional é aquela que é divulgada no exterior. O fato de participarem licitantes estrangeiros não torna a licitação internacional.

<sup>28</sup> JUSTEN Filho, M. Ob. cit., p. 406, grifo nosso.

<sup>29</sup> Pertinente é a indagação de Marçal JUSTEN Filho: “Seria possível um acordo internacional dispor, de modo genérico, acerca da dispensa de licitação para uma série indeterminada de contratações? A resposta, em princípio, é positiva. Como já visto, a hierarquia do tratado internacional é, no mínimo, idêntica à da lei ordinária. Logo, a introdução de regra geral no tratado internacional equivaleria a uma cláusula equivalente adotada na legislação ordinária. O problema residiria na compatibilidade da cláusula inscrita no tratado internacional com os

Citemos a hipótese do art. 24, XIV, da LLCA, onde se prevê a possibilidade de tratado criar hipótese de dispensa de licitação num caso concreto em que as condições ofertadas sejam vantajosas ao Poder Público:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de *acordo internacional específico* aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).”

Aqui a própria lei, sabiamente, define a possibilidade de dispensa de licitação decorrente de acordo internacional ratificado, evitando assim futuras divergências interpretativas. Marçal JUSTEN FILHO, comentando sobre a regra em testilha, assevera que

“... todos os tratados internacionais futuros, que disciplinarem contratação direta, seriam válidos. Reputar-se-ia ou que teriam revogado parcialmente a Lei nº 8.666 ou que veiculariam disposições especiais, não atingidas por aquele diploma geral (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 2º). Mas a existência do dispositivo se justifica *para eliminar qualquer dúvida inclusive quanto à vigência de regras especiais* sobre contratações diretas contidas em tratados internacionais anteriores à vigência da Lei nº 8.666”<sup>30</sup>.

Assim, a própria LLCA, nesse caso, para evitar posteriores dúvidas, define a possibilidade de tratado/acordo internacional ratificado estabelecerem dispensa de licitação<sup>31</sup> e conseqüente contratação direta, coadunando-se com a posição do RE nº 80.004. Mas isso só será possível conquanto não contrarie os princípios constitucionais da Administração Pública.

Tendo em conta que no Direito Brasileiro atual a posição é a de que tratados internacionais ratificados pelo Congresso Nacional possuem hierarquia de lei ordinária, passemos à análise efetiva dos contratos administrativos internacionais.

---

princípios constitucionais. Haveria grande risco de infração aos princípios da República, da soberania nacional e da isonomia”. Idem, p. 256.

<sup>30</sup> Idem, ibidem, destaque nosso.

<sup>31</sup> De acordo com o inciso XIV do art. 24 da LLCA, a dispensa disposta em tratado deve ser específica para cada caso, o que nos faz concluir pela impossibilidade de cláusulas genéricas de dispensa, uma vez que a norma fala em “acordo internacional *específico*”.

## 4 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INTERNACIONAIS: CONSIDERAÇÕES E PONDERAÇÕES

Já traçadas as características dos contratos administrativos internacionais, faremos a seguir o estudo da Lei n° 8.666/93 em consonância com as regras do comércio internacional.

Antes de iniciarmos efetivamente, há de se ter em conta o que ensinam LEÃO e SENHORINHO:

“No que se refere aos contratos originados por licitações internacionais, os editais devem conter, além das condições normalmente exigidas para a celebração de todo e qualquer ajuste regido pelo direito público, os requisitos necessários à formalização do acordo quando a adjudicatária for empresa estrangeira sem autorização de funcionamento no Brasil, consorciada ou não com empresa brasileira, porque quando da execução do contrato, neste caso, apesar de em território nacional e sob a égide da legislação brasileira (de acordo com o princípio *locus regit actum*), incidirão algumas regras de *Direito Internacional em virtude da extraterritorialidade do ajuste e da origem da empresa contratada*”<sup>32</sup>.

Feita essa consideração, passemos ao estudo específico dos principais casos.

### 4.1 CLÁUSULA DE ESCOLHA DO FORO

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, nacionais e internacionais, muito debatem sobre a possibilidade ou não da presença de cláusula de escolha de foro<sup>33</sup> nos contratos de comércio internacional. Porém, tal debate só é válido para contratos internacionais privados. Isso porque, no caso dos contratos administrativos internacionais, a própria LLCA define, em seu art. 55, § 2º, a obrigatoriedade de constar no contrato cláusula em que se declare como competente o *foro da sede da Administração* para dirimir controvérsias. Assim, possíveis e futuras controvérsias são *ab initio* resolvidas já *in lege*, restando por infrutíferas quaisquer outras discussões sobre a possibilidade de foro diverso do da sede da Administração.

<sup>32</sup> LEÃO, Eliana Goulart; SENHORINHO, Eliane Maria. *Observações sobre as licitações internacionais*, p. 854, grifo nosso.

<sup>33</sup> Saliente-se que “...a possibilidade de determinação da competência judiciária [escolha do foro] nos contratos internacionais nada tem a ver com a verificação da lei aplicável”. Nadia Araújo. Ob. cit., p. 199.

A regra comporta uma única exceção, a do § 6º do art. 32 da mesma lei<sup>34</sup>, para os seguintes casos: a) o objeto do contrato ser financiado por organismo financeiro internacional; b) em contrato com empresa estrangeira, o objeto ou serviço seja fabricado e entregue/prestado no exterior, com autorização do Chefe do Poder Executivo; e c) aquisição de bens e serviços por unidade administrativa no exterior.

Saliente-se que Marçal JUSTEN Filho propugna pela inconstitucionalidade da regra em comento (art. 55, § 2º) perante o art. 109, § 2º<sup>35</sup>, CF88, afirmando que “A questão envolve problemas de direito internacional privado e, eventualmente, de direito internacional público. Justamente por tratar-se de um concerto de Estados soberanos, pode ocorrer de a cláusula contratual eletiva da jurisdição não merecer validação por outro Estado”<sup>36</sup>. Embora entendamos de maneira idêntica, a regra ainda mantém-se em vigor, e, portanto, plenamente vigente. Logo, enquanto não contestada e declarada sua inconstitucionalidade<sup>37</sup>, sua aplicabilidade é plena.

#### 4.2 EXIGÊNCIA DE REPRESENTANTES EM TERRITÓRIO NACIONAL

O § 4º do art. 32 da LLCA trata da necessidade, por parte de empresas estrangeiras que não funcionem no País, de existência de representante legal no território nacional, com poderes expressos para receber citações e responder administrativa e judicialmente. Tal regra é de extrema valia e se coaduna com a exigência de rapidez do comércio internacional, pois, caso não houvesse tal representante em território nacional, a citação teria que se dar por carta precatória através do STF, tornando tal processo extremamente

<sup>34</sup> Segundo E. G. LEÃO e E. M. SENHORINHO, comentando a regra em questão, “A decisão de questões contratuais, quando o ajuste resultar de concorrência internacional com financiamento concedido por organismo financeiro de igual procedência, ou for referente a transação a ser efetuada *ex-vi* de acordo internacional, refoge à competência exclusiva da Justiça brasileira porque nele existem, também, interesses internacionais”. Ob. cit., p. 853.

<sup>35</sup> Art. 109, § 2º: “As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.”

<sup>36</sup> JUSTEN Filho, M.. Ob. cit., p. 486.

<sup>37</sup> Até o presente momento, nenhuma Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta contra a regra em debate.

burocrático e moroso<sup>38</sup>. Neste aspecto foi acertada a decisão da lei, pois há a consonância da ordem jurídica interna com as exigências do comércio internacional.

Saliente-se que tal representante não será necessário nos casos do art. 32, § 6º, acima já arrolados. Porém, entendemos que tal exceção só deveria ocorrer para o caso da terceira hipótese (item “c”: aquisição de bens e serviços por unidade administrativa no exterior), pela lógica de que o adquirente (Administração) e o fornecedor encontram-se no mesmo território estrangeiro (critério pela facilidade *territorial*). Quanto aos primeiros dois casos, a exceção é desarrazoada, pois o fato de o *objeto* do contrato ser financiado por organismo financeiro internacional ou de que a *efetivação* do objeto do contrato se dê no exterior em nada se liga, logicamente, com o fato de ser dispensável a representação legal no território nacional, que é exigência por motivos de facilidade *territorial*. Ora, nesses dois casos o centro de decisão da Administração Pública mantém-se no território nacional, e, sendo a empresa sediada no exterior, nada mais ponderado do que exigir desta um representante em território nacional brasileiro, para facilidade de comunicação, acordos etc..

#### 4.3 FORMA DE PAGAMENTO

Os pagamentos às empresas estrangeiras, de acordo com a prática internacional privada, são feitos principalmente através de carta de crédito, sendo que esta é “... amplamente utilizada no comércio internacional [privado] em razão da segurança, vantagens e garantias concedidas tanto ao importador como ao exportador”<sup>39</sup>.

A LLCA não especifica de que forma a Administração deve pagar pelo objeto do contrato, se por meio de depósito bancário, carta de crédito etc.. Em vista disso, entendemos ser possível o pagamento à empresa *estrangeira* por meio de carta de crédito, uma vez que essa é a prática comum no comércio internacional.

---

<sup>38</sup> SANTOS, Álvaro Fabrício dos. *Elementos conceituais da licitação internacional*, p. 24.

<sup>39</sup> AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*, p. 285.

Como salienta Álvaro Fabrício dos SANTOS, “Em conformidade com a prática internacional, os pagamentos às empresas *estrangeiras* são efetuados através de carta de crédito. Entretanto, não há possibilidade de emissão de carta de crédito para *nacionais*”<sup>40</sup>, sendo que “No caso de contratados brasileiros, o pagamento por parte dos órgãos da Administração normalmente ocorre através de ordens bancárias transmitidas a bancos federais ou estaduais para depósito nas contas correntes indicadas pelos interessados”.<sup>41</sup>

#### 4.4 GARANTIAS

A Câmara de Comércio Internacional (CCI) publicou as Regras Uniformes para as Garantias Contratuais – *Uniform Rules for Contract Guarantees*) através da Publicação CCI n° 325. Tais regras consolidam os tipos mais comuns de garantia utilizados no comércio internacional. Porém, lembra A. AMARAL que tais regras não fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro<sup>42</sup>, o que nos leva a indagar se é necessário, ou mesmo pertinente, o estudo de tal tema. Respondemos afirmativamente, pois, de acordo com o que assevera o mesmo autor, tais regras, no Brasil são/podem ser utilizadas na interpretação dos negócios jurídicos<sup>43</sup>.

Os principais tipos de garantia da Publicação CCI n° 325 são os seguintes:

A) *garantia de licitação*, em que “...o garantidor se obriga, no caso de o ordenador descumprir as obrigações resultantes de sua proposta, a efetuar um pagamento ao beneficiário, observados os limites do montante fixado”<sup>44</sup>. Aqui, o termo “licitação” em nada corresponde ao conceito jus-administrativista do mesmo.

Em comparação com a LLCA, tal garantia se assemelha à multa prevista em caso de descumprimento do contrato ou atraso injustificado por parte do particular contratado (arts. 86 e 87, II, LLCA). Esta multa é descontada

<sup>40</sup> SANTOS, A. F. dos. Ob. cit., p. 24, grifo nosso.

<sup>41</sup> Idem, p. 24-25.

<sup>42</sup> Idem, p. 287.

<sup>43</sup> Idem, ibidem.

<sup>44</sup> AMARAL, A. C. R. do (coord.). Ob. cit., p. 291.

da garantia pecuniária prevista no art. 55, VI<sup>45</sup>, e 56, a qual, porém, diferencia-se da garantia de licitação num ponto fulcral: quem considera por beneficiário. Para a LLCA, o beneficiário da garantia é a Administração, uma vez que é a responsável pela proteção do interesse público; o contratado é quem deve prestar a garantia, mesmo nos casos em que seja o vendedor, o que refoge totalmente à lógica das garantias do comércio, tanto nacional quanto internacional. Neste, principalmente, na imensa maioria dos casos é o vendedor ou prestador de serviços o beneficiário<sup>46</sup>.

No caso específico das licitações internacionais, dispõe o § 3º do art. 42 da LLCA que “As garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes às aquelas oferecidas ao licitante estrangeiro”, defendendo-se, assim, o princípio da isonomia entre os licitantes nacionais e estrangeiros (art. 3º, *caput* e § 1º).

B) *garantia de boa execução*, que “... geralmente é concedida em contratos de longo prazo e objetiva a cobertura no caso de falhas no cumprimento do contrato, tais como falta de qualidade na entrega de produtos ou serviços, entrega tardia de mercadorias, entre outros”<sup>47</sup>.

Tal garantia é idêntica à obrigação exigida no art. 69 da LLCA, não sendo necessários, portanto, maiores esclarecimentos, uma vez que a letra da lei é clara:

“Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.”

C) *garantia de manutenção*, que “... visa a garantir, por determinado período, as obrigações de manutenção a que uma sociedade tenha se obrigado após o término de uma obra ou de um serviço”<sup>48</sup>.

Os comentários a esse tipo de garantia são os mesmos feitos acima, uma vez que as figuras da garantia de manutenção e da garantia de boa execução se confundem na prática.

<sup>45</sup> Bem como o art. 31, III, e § 2º.

<sup>46</sup> AMARAL, A. C. R. do. Ob. cit., p. 289.

<sup>47</sup> Idem, p. 292.

<sup>48</sup> Idem, ibidem.

D) *garantia de retenção*, que “... objetiva garantir o pagamento do montante retido pelo comprador ou tomador de serviços até que o vendedor ou fornecedor conclua a execução do contrato”<sup>49</sup>.

Uma vez que é a Administração que faz o papel de comprador ou tomador de serviços, é ela quem exige a garantia. No presente caso, a garantia de retenção assemelha-se à garantia financeira, nos mesmos termos dos comentários acima sobre a garantia de licitação.

#### 4.5 CARTA DE INTENÇÃO X EDITAL

Segundo Irineu STRENGER<sup>50</sup>, a chamada “carta de intenção” é um documento preparatório do contrato definitivo, tanto é que a doutrina italiana a denomina “*contratto preparatorio*”. Segundo o mesmo autor, tal acordo não gera obrigações propriamente ditas, sendo apenas um “*Gentlemen’s agreements*” (“acordo de cavalheiros”): “A conclusão de tal acordo, em todos os aspectos semelhante a um contrato em boa e devida forma, reforça o valor constrangente do engajamento *moral* adotado pelos negociadores, gerando o dever de confiança de preservar a fé jurada. Para evitar equívocos e clarificar as intenções de cada um dos parceiros, o *gentlemen’s agreement* pode ser reduzido a escrito”<sup>51</sup>.

Ora, questiona-se o seguinte: não seria tal carta de intenção semelhante ao edital de licitação formulado pela Administração, uma vez que este último também traz a declaração da intenção do Poder Público para o futuro negócio jurídico? Respondemos afirmativamente apenas no que concerne à *forma* de ambos os institutos. Já quanto aos *efeitos*, a resposta negativa se faz necessária: o edital de licitação vincula o futuro contrato a ser firmado, ou seja, o que foi definido aquando da licitação manter-se-á no

---

<sup>49</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>50</sup> STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*.

<sup>51</sup> Ob. cit., p. 120.

contrato<sup>52</sup>; já a carta de intenção cria apenas obrigações morais, e não jurídicas. Esta é a diferença.

#### 4.6 CONFIDENCIALIDADE X PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Prática rechaçada<sup>53</sup> tanto no comércio internacional como no nacional é a da divulgação, para os concorrentes, da “saúde” financeira das empresas. Inclusive as regras licitatórias do BIRD e do BID proíbem a divulgação de tais dados, a não ser se explicitamente permitido em edital. Já a regra no ordenamento pátrio é a da publicidade dos dados financeiros da empresa quando esta contrata com a Administração Pública, vigorando o princípio da publicidade. O sigilo só é possível em poucos casos<sup>54</sup>. Saliente-se que tal publicidade não se dá apenas no momento da licitação, mas também durante todo o tempo de execução do contrato<sup>55</sup>.

Também os chamados “*secrecy agreements*” (acordos de confidencialidade) não poderão ser formulados em contratos administrativos da mesma maneira que em regime privado, uma vez que, sendo a licitação e o contrato administrativo públicos, pelo princípio da publicidade dos atos administrativos (art. 37, *caput*, CF, e art. 3º, LLCA; especificamente quanto aos direitos patrimoniais, ver art. 111, LLCA), público será também o objeto de tal contrato. Somente nos casos de risco à segurança nacional é que as especificidades do projeto serão mantidas em segredo, como, p. ex., no caso da construção de usina nuclear.

#### 4.7 CLÁUSULA DE *HARDSHIP*

O que dispõe o art. 65, §§ 5º, 6º e 8º, da LLCA, em muito se assemelha à cláusula de “*Hardship*” do comércio internacional. Esta figura é uma cláusula, explícita ou não no contrato, que visa possibilitar a conclusão do

<sup>52</sup> LLCA, art. 54, § 1º: “Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, *em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.*”

<sup>53</sup> JUSTEN Filho, M. Ob. cit., p. 357.

<sup>54</sup> Como, p. ex., para proteção da segurança nacional.

<sup>55</sup> Art. 55, XIII, LLCA.

contrato, através de renegociação, sanando um desequilíbrio econômico-financeiro gerado por evento não previsto inicialmente no contrato. Como bem lembra Jairo Silva MELO, a cláusula de “*Hardship*” não se confunde com a cláusula de força maior, pois esta gera a impossibilidade absoluta de conclusão do contrato<sup>56</sup>; no caso da LLCA, o art. 78, XVII, prevê que como motivo para rescisão contratual – sem possibilidade de renegociação – a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

#### 4.8 DATA DO PAGAMENTO

Prática corrente no comércio internacional é a do pagamento antecipado (*Down Payment*), que visa garantir os gastos com a fabricação. No caso da Administração Pública, esta não pode pagar antecipadamente pelo objeto do contrato, pelo simples fato de que o erário público não pode “correr o risco” de desembolsar recursos antes da execução completa do contrato; mais uma vez, sobrepõe-se o interesse público ao interesse do particular.

Saliente-se que, numa posição extremamente contrária à prática internacional, é o particular contratado quem deve prestar uma garantia<sup>57</sup>, mesmo que esteja vendendo um bem. Assim, caso uma empresa preste serviço ou venda algum bem à Administração, é a primeira, e não essa, quem deverá prestar uma garantia antecipadamente.

Confirma nossa tese a posição dominante no Tribunal de Contas da União, de que não é possível o pagamento antecipado. A única garantia fornecida pela Administração Pública ao particular é a do art. 79, § 2º, LLCA, onde se prevê que aquela ressarcirá os prejuízos causados a este nas hipóteses de rescisão contratual com base nos incisos XII a XVII do art. 78, *desde que não tenha havido culpa do particular contratado*. Não será possível também a exigência, pelo particular, de garantia bancária (*Performance Bond*), uma vez que é pressuposto, para a Administração Pública contratar, a dotação orçamentária prévia (ou pelo menos sua previsão), segundo dispõe o art. 7º, §2º, II, III e IV, e art. 14, da LLCA.

---

<sup>56</sup> MELO, Jairo Silva. *Contratos internacionais e cláusulas hardship*, p. 85-93.

<sup>57</sup> LLCA, art. 56.

Esses são os principais casos em que podemos fazer uma comparação entre a LLCA e as regras do comércio internacional. Por óbvio, muitas outras análises são possíveis, porém, pelo objetivo do presente artigo, as considerações feitas acima são mais do que suficientes.

## 5 UM CASO *SUI GENERIS*: AS *GUIDELINES*

Em 1945, os países integrantes da ONU participaram da Conferência de *Bretton Woods*<sup>58</sup>, nos EUA, criando o FMI – Fundo Monetário Internacional – e o BIRD – Banco Interamericano de Reconstrução e Desenvolvimento. Mais tarde, criou-se o BID – Banco Internacional de Desenvolvimento – sendo assinado o Convênio Constitutivo em 8/04/1959<sup>59</sup>. Os países assinantes dos acordos submeteram-se às suas regras, e, no caso do Brasil, sendo posteriormente aprovados internamente, passaram a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro.

Em tais acordos, foi estipulado que as ações estatais financiadas pelos organismos internacionais<sup>60</sup> citados devem se submeter às chamadas *guidelines*<sup>61</sup>, que nada mais são do que as normas específicas para licitação<sup>62</sup> formuladas pelo BIRD e pelo BID<sup>63</sup>, as quais abrangem desde princípios a normas procedimentais. Segundo esclarecem LEÃO e SENHORINHO<sup>64</sup>, são usadas basicamente na aquisição de bens (denominadas “Normas – Adquisiciones com Préstamos del BIRD y Créditos de la AIF”) ou seleção de

<sup>58</sup> Assinada em 22/07/1944 e aprovada pelo Decreto-Lei n° 8.479, de 27 de dezembro de 1945, e promulgada pelo Decreto n° 21.177, de 27/05/1946.

<sup>59</sup> Aprovado pelo Decreto Legislativo n° 18, de 9/12/1959, e promulgado pelo Decreto n° 73.131, de 9/11/1973.

<sup>60</sup> Entre os efeitos decorrentes de o objeto da licitação ser financiado por organismo internacional, cite-se a possibilidade de as empresas estrangeiras poderem participar na licitação por si sós, não precisando consorciar-se com empresas nacionais caso não possuam representação legal no Brasil.

<sup>61</sup> Esta é conceituada por Maristela BASSO como “normas e procedimentos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte que cuida do critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração”. *Contratos internacionais do comércio*: negociação, conclusão, prática, p. 464.

<sup>62</sup> O BID e o BIRD supervisionam também a execução dos contratos, e não apenas o processo de aquisição (licitação).

<sup>63</sup> O Brasil se submeteu (e se submete) a tais regras pois os acordos constitutivos de tais organismos internacionais foram aprovados internamente.

<sup>64</sup> LEÃO, E. G.; SENHORINHO, E. M.. Ob. cit., p. 849.

consultores (“Normas – Para la Utilización de Consultores por los prestatarios del Banco Mundial y por el Banco Mundial como Organismo de Ejecución”).

Assim, quando a Administração Pública brasileira contrai empréstimo desses organismos, submete-se às normas definidas por estes nas ações subsidiadas por estes empréstimos, sendo que o contrato padrão já vem com cláusula em que o país que empresta aceita as normas próprias daqueles. Tais normas tem como fim basicamente beneficiar os outros países signatários do grupo, com preferências e benefícios.

Isto posto, coloca-se a dúvida: tais normas de licitação, quando o investimento é financiado pelos organismos internacionais citados, não conflitua-se com a Lei n° 8.666/93? A resposta é negativa<sup>65</sup>, uma vez que a própria LLCA prevê tal conflito, e *in lege* traz sua solução:

“Art. 42, §5º: Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior. (Redação dada pela Lei n° 8.883, de 1994)”

Comentando sobre a norma em questão, Nadia ARAÚJO leciona que “Tanto o BID quanto o BIRD possuem instruções padronizadoras em relação aos procedimentos e às políticas a serem aplicados, as quais possuem caráter *supranacional*, por prevalecerem sobre as leis nacionais, que, nesse caso, são apenas aplicadas em forma supletória”<sup>66</sup>. Com a devida vênia, discordamos da posição da autora, pois, conforme foi acima explicitado, no Direito Brasileiro os tratados internacionais ratificados pelo Congresso Nacional possuem hierarquia normativa de lei ordinária. Sendo assim, acima de tais normas está a Constituição, que arrola os princípios vinculantes de todo o ordenamento

<sup>65</sup> Negativa em parte, pois conforme se explicitará em seguida, são necessários alguns balizamentos à questão.

<sup>66</sup> ARAÚJO, N. Ob. cit., p. 24.

jurídico nacional, não havendo a possibilidade de norma com caráter *supranacional*<sup>67</sup>, no sentido em que a autora emprega o termo.

Adotamos o posicionamento de Anderson Sant'Ana PEDRA, que assevera que “... *autoprimazia normativa* significa que as normas constitucionais *não derivam a sua validade de outras normas com dignidade hierárquica superior*, sendo assim um valor normativo formal e material superior, ou seja, *nenhuma norma, inclusive internacional* ('v.g.', 'guidelines'), *pode influenciar ou afastar uma norma constitucional sob pena de se ferir a soberania nacional*”<sup>68</sup>.

Ora, é certo que nem sempre as normas do BIRD/BID se harmonizam com LLCA. Porém, quando isso ocorrer, há de se ter os princípios constitucionais<sup>69</sup>, principalmente os do art. 37 da CF, como solução harmonizadora dos conflitos<sup>70</sup>. Corroborando nosso entendimento, A. Sant'Ana PEDRA afirma que “*se das 'guidelines' podem ser extraídas várias interpretações, deve-se optar por aquela que guarde sintonia com os princípios constitucionais*, e não aquela que vai restringir, amesquinhar ou frustrar a competição – finalidade primeira de um procedimento licitatório”<sup>71</sup>.

No mesmo sentido Rosolea FOLGOSI, que afirma que “Dentro da chamada ‘teoria do monismo moderado’, as Guidelines, ainda que com aplicação determinada nos contratos de empréstimo, ainda que fundadas em tratado firmado pelo Brasil (Bretton Woods), dependem, para sua validade, de sua consonância com os princípios e normas constitucionais”<sup>72</sup>.

Assim, conclue-se que as *guidelines* caracterizam-se como normas-regras, as quais não podem ir de encontro com as normas-princípios,

<sup>67</sup> Diferentemente do que gostaria Celso Duvuvie de Albuquerque MELLO.

<sup>68</sup> PEDRA, Anderson Sant'Ana. *Licitação Internacional: Norma Nacionais X Normas Estrangeiras* (Uma Visão Constitucional), p. 466, destaque do autor.

<sup>69</sup> E, por decorrência, os princípios infra-constitucionais (arrolados na nota de rodapé 14).

<sup>70</sup> Para Yara MONTEIRO, essas normas seriam agressão à soberania nacional por já possuímos lei própria. MONTEIRO, Yara Darcy Police. *Aplicabilidade das Normas do BIRD nas Licitações Realizadas para Implementar Projetos por ele Financiados*, p. 411-412. Apesar de o conceito de soberania vir cada vez mais se relativizando nos últimos tempos, como, p. ex., com a criação de blocos econômicos, com as intervenções das Nações Unidas e com a tentativa de implantação da Constituição Européia, o Brasil ainda mantém posição retrógrada na prática da política internacional, mantendo o velho conceito de soberania. Enquanto essa visão persistir, a Völkerrechtlicher Gemeinschaft (comunidade jurídica dos povos), desejada por Savigny, será um mero devir futuro.

<sup>71</sup> PEDRA, A. S.. Ob. cit., p. 467, grifo do autor.

<sup>72</sup> FOLGOSI, Rosolea. *Licitação e as 'guidelines' do banco mundial*, p. 530.

principalmente as normas-princípios definidas na Constituição Federal. Logo, as *guidelines* são para opções procedimentais e praxísticas<sup>73</sup>, principalmente, e, desde que não contrariem os princípios constitucionais, podem perfeitamente ser aplicadas em lugar da LLCA, possibilidade essa confirmada pela própria previsão legal do art. 42, § 5º, LLCA.

## 6 CONCLUSÃO

De acordo com a Carta Magna brasileira, todo e qualquer ato da Administração Pública (incluindo-se aqui os contratos administrativos, tanto em seu aspecto nacional quanto internacional) deve ser regido pelos seguintes princípios, arrolados no art. 37, *caput*: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O inciso XXI do mesmo artigo ainda coloca os princípios da igualdade e da competitividade, em qualquer modalidade de licitação. Tais princípios devem ser aplicados em sistematicidade, numa *interpretação conforme a constituição*.

Apesar da hermeticidade do regime de Direito Público que rege os contratos administrativos internacionais, é possível uma aplicabilidade das regras da prática do comércio internacional, desde que tais regras se coadunem com os princípios do Direito Público. Deve-se tentar uma gênese entre os dois âmbitos jurídicos, tentando enquadrar as regras do comércio internacional dentro da lógica dos princípios de Direito Público, mantendo-se assim a coerência jurídica.

Nesse sentido João PARIZI, que afirma que deve haver simbiose da legislação para que haja um “caminho natural para resgatar a dignidade que o Estado brasileiro possui e demonstra saber conviver nas relações bilaterais dessa natureza, formando parcerias que, entretanto, lhe respeitem a individualidade e as suas normas internas produzidas num processo democrático e aceitas pela comunidade internacional”<sup>74</sup>.

A própria LLCA prevê aplicação *supletiva* das regras e princípios do Direito Privado e da Teoria Geral dos Contratos:

---

<sup>73</sup> PEDRA, A. S.. Ob. cit., p. 471. No mesmo sentido: JUSTEN Filho, M.. Ob. cit., p. 426.

<sup>74</sup> PARIZI Filho, João. *A Sujeição de Licitações Brasileiras às Normas Internacionais*, p. 479.

“Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”<sup>75</sup>.

Numa interpretação ampliativa, podemos considerar que este dispositivo abrange também as regras e princípios do Direito Internacional Privado, quando se tratar de contrato administrativo internacional, pela lógica de que, sendo tal contrato *internacional*, ou seja, entre partes de ordenamentos jurídicos distintos, nada mais razoável do que considerar, ao menos supletivamente, as regras e princípios do Direito *Internacional Privado*.

Especificamente com relação à concorrência internacional, a LLCA traz também regra conciliadora:

“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.”

Deve ser ressaltado também que, apesar da rigidez dos contratos administrativos internacionais em comparação com os contratos privados internacionais, algumas vantagens se mostram daqueles em relação a estes. Segundo M. BASSO, “Quanto mais complexo for o objeto do futuro contrato, mais difíceis e longas serão as tratativas, e maiores os riscos em caso de ruptura”<sup>76</sup>. Ora, uma das vantagens do contrato administrativo internacional é justamente a de *eliminar a complexidade e a demora nas tratativas*, já que os termos contratuais já vêm, de pronto, definidos no edital: apenas cabe ao particular aceitá-los, caso queira participar da licitação. Neste aspecto o viés público do contrato acaba por facilitar os deslindes contratuais, acarretando numa maior rapidez nas tratativas e, em vista disso, numa maior possibilidade de o contrato avençado ser totalmente cumprido, com a satisfação de ambas as partes.

<sup>75</sup> “A aplicação dos princípios de direito privado (acerca de matéria contratual) far-se-á sempre supletivamente. Vale dizer, somente serão aplicáveis quando inexistir solução emanada dos princípios de direito público e na medida em que a solução não seja incompatível com o regime de direito público. Bem por isso, a vigência do Código Civil de 2002 produziu efeitos não tão significativos em relação à contratação administrativa. Ainda estão por ser avaliados, em termos mais exatos, os dispositivos da Lei n° 8.666 afetados pelo diploma”. JUSTEN Filho, M.. Ob. cit, p. 480.

<sup>76</sup> BASSO, M.. Ob. cit., p. 178.

Logo, concluímos que deve o contrato administrativo internacional imiscuir-se com as normas da prática comercial internacional, naquilo em que não contrarie os princípios constitucionais, para que a relação entre Administração Pública e particulares estrangeiros seja a mais satisfatória possível, buscando, juntamente, os benefícios que as cláusulas pré-definidas no edital de licitação (ou exposição de motivos de dispensa) acarretam, como a eliminação de longas tratativas sobre cláusulas contratuais, próprias dos contratos privados.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guadalupe Maria Jungers Abib de. A Licitação e as Regras Específicas de Contratos de Empréstimo Firmados com os Organismos Internacionais. *BLC – Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 18, n. 5, p. 355-359, maio de 2005.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

ARAÚJO, Nadia de. *Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro*. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos Internacionais*. 3. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 3. ed. rev. atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, p. 307-326.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASTRO, Humberto Barbosa; LOPES, Álcio Sinott. A adoção, no Brasil, de normas licitatórias oriundas de organismos financeiros internacionais. *Licitação & Contratos (L & C)*, Brasília, v. 6, n. 60, p. 22-25, junho de 2003.

FERREIRA Neto, Francisco Damaceno. Licitação Internacional. *Licitação & Contratos (L & C)*, Brasília, v. 7, n. 74, p. 6-10, agosto de 2004.

FOLGOSI, Rosolea. *Licitação e as 'guidelines' do banco mundial*. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (org.). *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.2, n.2, jul./dez.2005

JUSTEN Filho, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

LEÃO, Eliana Goulart; SENHORINHO, Eliane Maria. Observações sobre as licitações internacionais. *ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, v.4, n. 45, p. 847-856, novembro de 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 11. ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 178.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELO, Jairo Silva. *Contratos internacionais e cláusulas hardship*. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

PARIZI Filho, João. A Sujeição de Licitações Brasileiras às Normas Internacionais. *NDJ*, São Paulo, *sine numero*, p. 476-480, 2000.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Licitação Internacional: Norma Nacionais X Normas Estrangeiras (Uma Visão Constitucional). *BLC – Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 461-472, julho de 2003.

SANTOS, Álvaro Fabrício dos. Elementos conceituais da licitação internacional. *Licitação & Contratos (L & C)*, Brasília, v. 6, n. 64, p. 22-25, outubro de 2003.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003.