

Recebido: 13/08/2023
Aprovado: 14/09/2023

PANORAMA DAS CONTROVÉRSIAS JURÍDICAS A RESPEITO DAS CONTRATAÇÕES REALIZADAS POR REPARTIÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS SEDIADAS NO EXTERIOR

OVERVIEW OF THE LEGAL CONTROVERSIES REGARDING CONTRACTS CARRIED OUT BY BRAZILIAN PUBLIC OFFICES LOCATED ABROAD

Victor Chaves Ribeiro França Guimarães¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. O que são contratações por repartições públicas sediadas no exterior. 2. Normatização jurídica: peculiaridades locais e princípios básicos da Lei de Licitações. 3. Objeto das contratações por repartição sediada no exterior. 4. Regulamentação por ministro de Estado. Conclusão. Referências.

¹ Especialista em Direito Processual, Direito Tributário e Análise Econômica do Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Advogado da União (AGU), atuando na Consultoria Jurídica-Adjunta do Comando da Aeronáutica.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar e propor soluções para controvérsias jurídicas concernentes às contratações realizadas por repartições públicas sediadas no exterior, com fulcro no artigo 1º, § 2º, da Lei nº 14.133/21. Para tanto, iniciar-se-á pela conceituação do que sejam essas contratações, diferenciando-as das licitações internacionais, bem como explicitando qual ato específico da contratação a caracteriza como ocorrida no âmbito da repartição sediada no exterior. Em seguida, será analisado a qual regime jurídico se submetem tais contratações, com a explanação dos princípios básicos a que se vinculam, das peculiaridades locais, e da natureza jurídica desses contratos. Será abordado o objeto das contratações por repartições no exterior, especificamente se podem ocorrer em benefício de órgãos ou entidades localizados no Brasil ou se isso violaria o princípio do desenvolvimento nacional sustentável. Por fim, será apontada uma novidade trazida pela Lei nº 14.133/21, a necessidade de regulamentação por ato de ministro de Estado, a partir da qual se pode concluir pela ausência de uniformidade material entre as contratações feitas no exterior pelas diferentes pastas ministeriais e pela aplicabilidade restrita do dispositivo à União Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Licitações e Contratações Públicas. Repartições públicas Sediadas no Exterior. Peculiaridades Locais. Princípios Básicos da Lei de Licitações. Regulamentação.

ABSTRACT: This article aims to analyze and propose solutions to legal controversies concerning contracts carried out by Brazilian public offices located abroad, based on Article 1, § 2, of the Brazilian Law No. 14.133/21. To do so, it will begin with the conceptualization of what these contracts are, differentiating them from international bidding processes, as well as explaining which specific act of the contract characterizes it as occurring within the scope of the public office headquartered abroad. Next, it will be analyzed to which legal regime such contracts are subject, with an explanation of the basic principles to which they are bound, the local peculiarities, and the legal nature of these contracts. The object of contracts made by public offices abroad will be addressed, specifically if they can occur for the benefit of public offices or agencies located in Brazil or if this would violate the principle of sustainable national development. Finally, a novelty brought by the Brazilian Law No. 14.133/21 will be pointed out, the need for regulation by act of the Minister of State, from which it can be concluded that there is no material uniformity among the contracts made abroad by the different Brazilian Ministries and that the applicability of the legal article is restricted to the Brazilian Federal Union.

KEYWORDS: Bidding Process and Public Contracting. Public Offices Located Abroad. Local Peculiarities. Basic Principles of the Brazilian Federal Acquisition Law. Regulation.

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro possui diversas unidades administrativas no exterior, dentre as quais se destacam, na Administração direta, as embaixadas, os consulados, as adidâncias e as comissões militares. Como se pode facilmente imaginar, essas repartições públicas, como quaisquer outras, também necessitam adquirir bens e contratar serviços, mas, ao contrário daquelas localizadas no Brasil, têm de fazê-lo no mercado estrangeiro, sob um ordenamento jurídico diverso e com peculiaridades nem sempre verificadas em território nacional. Essas diferenças tornam o estudo dessas contratações um campo bastante instigante e rico, pois se trata, em verdade, de outro regime jurídico de licitações e contratos.

Desde a Lei nº 8.666, de 1993, tem-se um tratamento legal, ainda que bastante sucinto, a respeito das contratações por repartições públicas sediadas no exterior. Dispunha o artigo 123 da referida lei que, “em suas licitações e contratações administrativas, as repartições sediadas no exterior observarão as peculiaridades locais e os princípios básicos desta Lei, na forma de regulamentação específica”. Ocorre que, não obstante já haver tratamento legal da matéria desde 1993, o tema recebeu muito pouco atenção da doutrina, com poucos comentários a respeito, que praticamente só repetiam a literalidade do dispositivo, sem entrarem em maiores detalhes (BITTENCOURT, 2022, p. 82-83).

Com o advento da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133, de 2021, o tratamento da matéria se manteve em um único dispositivo, o parágrafo 2º do artigo 1º, com redação semelhante: “as contratações realizadas no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior obedecerão às peculiaridades locais e aos princípios básicos estabelecidos nesta Lei, na forma de regulamentação específica a ser editada por ministro de Estado”. A partir de então, parte da doutrina jurídica começou, timidamente, a esmiuçar um pouco mais o seu conteúdo, porém ainda muito aquém do que seria minimamente satisfatório.

E, no entanto, trata-se de assunto relevante, que impacta diretamente no cotidiano dos órgãos do Estado brasileiro sediados no exterior, razão pela qual merece tratamento mais detalhado e condizente com a importância do tema. O presente artigo pretende, nessa linha, aprofundar o conteúdo do dispositivo legal, destrinchá-lo, apresentar controvérsias jurídicas a respeito e propor soluções.

Para tanto, vão-se distinguir, em primeiro lugar, as contratações por repartições sediadas no exterior das licitações internacionais, haja vista ser comum a confusão entre ambas. Será discutido também o que constitui ou não uma contratação no âmbito de repartição no exterior.

Logo em seguida, ao tratar das peculiaridades locais e dos princípios básicos da Lei de Licitações que devem ser seguidos, analisar-se-á o regime jurídico dessas contratações, se efetivamente se trata de contratos administrativos ou se seriam contratos de outra natureza. Também serão abordados os objetos que podem ser contratados pelas repartições no exterior, se devem estar voltados à suas próprias demandas ou se pode haver aquisições em benefício de repartições situadas no Brasil.

Por fim, será tratada a regulamentação do dispositivo legal, que a Lei nº 14.133/21 deixou claro que ocorrerá por ato de ministro de Estado. A partir disso, será demonstrado o reconhecimento legal da ausência de uniformidade material entre as situações das diferentes pastas ministeriais, bem como a opção da lei por restringir a aplicabilidade do dispositivo à União Federal.

O presente trabalho foi fruto de muitos estudos e ponderações desenvolvidos ao longo dos últimos anos na análise de processos de contratações no exterior pela Consultoria Jurídica do Comando da Aeronáutica, inclusive com a participação no grupo de trabalho que deu origem à Portaria GM-MD nº 5.175/21, ato regulamentador dessas contratações no âmbito das Forças Armadas. Por se tratar de tema que recebe tão pouca atenção doutrinária, estima-se poder contribuir em muito com aqueles agentes públicos que se vejam premidos pela necessidade de dar soluções concretas aos problemas que se apresentam na prática.

Não se trata, é certo, de um estudo exauriente sobre o tema, mas de um sobrevoo sobre diversas indagações que foram se apresentando ao longo do tempo e das construções jurídicas elaboradas para elucidá-las. O que se tem é um trabalho em construção, e espera-se que se torne ainda mais completo em futuro próximo, à medida que novas dúvidas forem se apresentando e sendo dirimidas.

1. O QUE SÃO CONTRATAÇÕES POR REPARTIÇÕES PÚBLICAS SEDIADAS NO EXTERIOR

De início, é importante diferenciar as contratações das repartições públicas sediadas no exterior das licitações internacionais, pois muita confusão se vê a respeito, inclusive na doutrina, que, por vezes, trata os dois institutos sem a distinção devida. Trata-se, porém, de dois regimes jurídicos completamente diferentes de contratação pública, conforme ensina Rafael Wallbach Schwind (2022, p. 43):

É interessante observar que as licitações internacionais diferenciam-se dos certames (ou contratações diretas) realizados por repartições públicas sediadas no estrangeiro. No caso das contratações realizadas no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior, há apenas o dever de que elas atendam as peculiaridades locais e os princípios básicos estabelecidos pela Lei nº 14.133, na forma de regulamentação específica a ser editada por Ministro de Estado, conforme estabelece o artigo 1º, §2º, da Lei. Não há propriamente um dever de realização de licitação – e nem poderia, uma vez que é evidente que, estando sediadas no exterior, tais repartições devem realizar as suas contratações de acordo com as peculiaridades locais. Do contrário, provavelmente teriam muita dificuldade até mesmo em realizar contratações essenciais. As repartições devem observar os princípios gerais da Lei de Licitações, ou seja, realizar contratações eficientes, governadas pelos princípios da isonomia, objetividade e imparcialidade, dentre outros, uma vez que estão empregando recursos públicos.

Licitações internacionais, no entanto, não têm nada a ver com contratações realizadas por repartições públicas no exterior. Licitações internacionais são certames realizados no território brasileiro, ainda que o seu objeto seja executado total ou parcialmente no exterior.

No mesmo sentido, alerta Sidney Bittencourt (2002, p. 61) sobre o tratamento, por vezes errôneo, que se dá sob o nome de *licitação internacional*, misturando-se a abordagem de certames feitos no Brasil que permitem a participação de empresas estrangeiras com aqueles realizados por repartições públicas localizadas no exterior:

No Direito Brasileiro o nome licitação internacional tem gerado uma certa confusão no tocante a sua abrangência, provocando um entendimento errôneo ao desavisado, levando-o a pensar que se trata de certame a ocorrer em outro país. Todavia, diante das conclusões apresentadas em capítulos anteriores, é fácil perceber que o diploma legal, tipicamente de direito interno, cuida única e exclusivamente de procedimentos licitatórios a transcorrerem em solo brasileiro, dando margem, evidentemente, à participação, mediante condições, de empresas estrangeiras, com domicílio em outro país, desde que sujeitas às diretrizes impostas por órgãos responsáveis pelos aspectos de política monetária e de comércio exterior, bem como sob a égide de diversos outros órgãos que disciplinam a implantação desta política no Brasil.

Com efeito, a licitação internacional é um certame realizado *no Brasil*, sob a égide da Lei de Licitações brasileira em sua integralidade, porém

cuja participação é facultada às empresas estrangeiras que não possuem funcionamento no país. Por outro lado, repartições sediadas no exterior realizam certames em *território estrangeiro*, regidos tão somente pelos princípios básicos da Lei de Licitações brasileira e pelas peculiaridades da localidade, sob o ordenamento jurídico local. Trata-se, pois, de regimes jurídicos de contratação totalmente diversos, que não podem ser confundidos ou misturados.

Nesse ponto, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão 2.203/2015 - Plenário, trouxe uma interessante distinção entre as possíveis contratações que poderiam ser firmadas por uma sociedade de economia mista que tenha negócios no exterior. Conforme constou do voto do relator, ministro Benjamin Zymler, existiriam três tipos de contratos, quais sejam (BRASIL, 2015):

7. Entretanto, creio que a análise da matéria depende da espécie de contrato celebrado pela estatal. Para o caso, entendo que os contratos celebrados pela estatal podem ser divididos em três grupos: contratos nacionais, contratos celebrados no exterior sem que devam produzir efeitos jurídicos no Brasil e contratos internacionais.

8. Os contratos nacionais podem ser entendidos como aqueles celebrados no Brasil, cujas partes sejam nacionais e cujo objeto será executado em território nacional, não havendo, em geral, nenhum elemento que caracterize a internacionalidade do pacto. Ou seja, são contratos submetidos somente ao sistema jurídico pátrio.

(...)

11. O próximo grupo são os contratos celebrados no exterior sem que devam produzir efeitos jurídicos no Brasil. São contratos celebrados pelas subsidiárias da Petrobras com sede no exterior com fornecedores e parceiros comerciais da região em que está localizada. Em princípio, eles estão somente submetidos ao ordenamento jurídico em que foram constituídos e seria incabível a exigência de que fossem celebrados em idioma que não o local.

(...)

13. O terceiro grupo de contratos compreende aqueles de caráter internacional. Consoante a Professora Nádia de Araújo (in *Contratos Internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 27): O que caracteriza o contrato internacional é a presença de um elemento de estraneidade que

o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos nacionais. Por exemplo, basta que uma das partes seja domiciliada em um país estrangeiro ou que um contrato seja celebrado em um país para ser executado em outro...

Trazendo a distinção traçada para as contratações firmadas pela Administração direta, pode-se, igualmente, apontar três tipos delas. Em primeiro lugar, tem-se as licitações nacionais, que são aquelas regidas integralmente pela Lei de Licitações e cuja participação se faculta às empresas nacionais e às estrangeiras que estejam instaladas no país e autorizadas a tanto, na forma do artigo 4º, inciso X, da Lei nº 8.934/94, dispositivo que trata da competência do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI) para autorizar nacionalização ou instalação de filial, de agência, de sucursal ou de estabelecimento no país por sociedade estrangeira.

Em segundo lugar, as licitações internacionais, como já explicado, também são realizadas no Brasil, sob a égide da Lei de Licitações brasileira em sua integralidade. Sua diferença para as licitações nacionais é que se faculta também a participação de empresas que não tenham autorização para funcionar no país. Conforme Lucas Rocha Furtado (2001, p. 107-108), licitação internacional é “(...) aquela em que a Administração promove sua divulgação no exterior, convocando empresas regidas e constituídas por leis de países estrangeiros para participar do certame”.

Por fim, as contratações por repartições brasileiras sediadas no exterior não são regidas pela Lei de Licitações brasileira, mas somente por sua principiologia básica, à qual se somarão as peculiaridades locais, em especial, o ordenamento jurídico do país em que ocorrerem.

Anteriormente à edição da Lei nº 14.133/21, a legislação brasileira não continha qualquer definição de licitação internacional, não obstante já empregasse esse termo na Lei nº 8.666/93 (SCHWIND, 2022, p. 37). Mesmo o anterior Decreto-Lei nº 2.300, de 1986, já continha, em seu artigo 34, uma menção sucinta às *concorrências de âmbito internacional*, que deveriam se ajustar às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes, porém, também sem defini-las.

Com a Lei nº 14.133/21, essa situação mudou, pois o inciso XXXV de seu artigo 6º passou a definir licitação internacional como aquela “licitação processada em território nacional na qual é admitida a participação de licitantes estrangeiros, com a possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira”, o que já correspondia ao conceito doutrinário do que seria uma licitação internacional. Porém, o dispositivo pretendeu inovar, acrescentando que também seria licitação internacional aquela “na qual o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro”. Conforme Murillo Giordan Santos (2021, p. 217):

A definição legal aborda duas espécies de licitação internacional: a) uma destinada às contratações cujo objeto será entregue em território nacional; e b) outra em que o objeto poderá, no todo ou em parte, ser executado em território estrangeiro. O critério territorial somente será relevante em se tratando de certames cujo objeto será executado no exterior. Ao revés, o traço característico da licitação internacional é a possibilidade de participação de licitantes estrangeiros e a possibilidade de cotação em moeda estrangeira.

Na licitação internacional cujo objeto será executado em território nacional, a participação de empresa estrangeira se justifica por razões de aumento da competitividade ou das peculiaridades do objeto, que demandam a abertura do mercado nacional para competidores de fora do país. Seria o caso de se admitir a participação de empresas estrangeiras em licitação destinada à contratação de obra de engenharia para a construção de usina hidroelétrica ou para o suprimento de determinada tecnologia.

A segunda hipótese prevista envolve as situações em que a licitação é destinada a atender necessidades da Administração Pública no Exterior. Seria o caso de se atender às demandas de missão brasileira no exterior, por exemplo.

Essa segunda parte da definição legal (ou segunda hipótese) merece crítica, pois, se tomada em sua literalidade, joga por terra toda a diferenciação doutrinária entre as licitações internacionais e as contratações por repartição no exterior, eis que ambas têm objetos contratuais que podem ou devem ser executados total ou parcialmente no estrangeiro. Não é o objeto da licitação, frise-se, que vai definir se se está diante de uma licitação internacional ou de uma contratação por repartição no exterior, mas o regime jurídico aplicado e o local de realização do certame (se no Brasil ou no estrangeiro).

Portanto, defende-se que a segunda parte da definição legal constante do art. 6º, inciso XXXV, da Lei nº 14.133/21, não pode ser lida isoladamente, mas deve se somar à primeira parte para que se tenha uma correta apreensão do instituto jurídico de que se trata. Assim, a licitação cujo objeto pode, no todo ou em parte, ser executado em território estrangeiro somente será licitação internacional se processada em território nacional e regida integralmente pela Lei de Licitações brasileira, mormente pelo seu artigo 52. De outro lado, se realizada no exterior, sob o Direito local, não será licitação internacional, mas contratação de repartição sediada no exterior regida pelo artigo 1º, parágrafo 2º, da Lei nº 14.133/21.

Outra questão controversa diz respeito ao que seria uma contratação no âmbito de uma repartição no exterior que justifique o afastamento da Lei de Licitações brasileira e permita somente o uso de sua principiologia. Isso

porque as contratações públicas são procedimentos complexos, iniciando-se com uma licitação (ou um ato que a declara dispensada ou inexigível), passando pela assinatura do termo de contrato (ou de instrumento equivalente, quando autorizado), pela execução do contrato e, finalmente, por sua liquidação e pagamento. Qual ou quais dessas etapas teriam de ser realizadas pelas repartições no exterior para justificar o afastamento da Lei de Licitações?

Longe de se tratar de questionamento meramente acadêmico, o deslinde dessa questão impacta diretamente a gestão contratual dos órgãos públicos que possuem repartições no exterior. Isso porque não é incomum que contratos de defesa das Forças Armadas, firmados no Brasil sob a regência integral da Lei de Licitações brasileira, prevejam que sua execução financeira (o seu pagamento) seja feita à empresa contratante estrangeira diretamente no exterior, por intermédio das comissões que os comandos militares detêm em territórios estrangeiros. Seria essa execução financeira no exterior, por exemplo, suficiente para caracterizar aquela contratação como ocorrida no âmbito da repartição no exterior?

Embora não se tenha localizado qualquer opinião doutrinária ou jurisprudencial sobre o ponto, entende-se que a sua solução perpassa a interpretação do que seria o ato principal da contratação pública, apto a efetivamente caracterizar se ela ocorreu no Brasil ou no exterior. E, para tanto, o artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) é de grande auxílio, ao definir que a lei que regerá as obrigações será aquela do país em que se constituírem.

A constituição do contrato, por certo, dá-se pela sua assinatura, mesmo que haja procedimentos que lhe sejam prévios (a licitação) ou posteriores (a execução, a liquidação e o pagamento). Logo, contratação no âmbito de repartição sediada no exterior será aquela cuja assinatura do contrato ou do instrumento equivalente se deu no exterior, não bastando, para caracterizá-la, o mero fato de a empresa contratada ser estrangeira ou de o seu pagamento ser feito no exterior.

2. NORMATIZAÇÃO JURÍDICA: PECULIARIDADES LOCAIS E PRINCÍPIOS BÁSICOS DA LEI DE LICITAÇÕES

Tanto o artigo 123 da Lei nº 8.666/93, quanto o art. 1º, § 2º, da Lei nº 14.133/21, repetem que as contratações realizadas no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior devem obedecer aos “princípios básicos” da Lei de Licitações. Embora se pudesse, sob a Lei nº 8.666/93, questionar quais dos princípios seriam os *básicos*, na Lei 14.133/21, o próprio legislador se encarregou de elaborar um rol legal no seu artigo 5º. São os seguintes: princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade,

da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável.

Obedecer aos princípios básicos da lei, por óbvio, não significa aplicá-la em sua integralidade. Na verdade, nem sequer significa aplicá-la parcialmente, pois pode ser necessária alguma adaptação ou inovação para fazer valer algum princípio licitatório em um ordenamento jurídico estrangeiro. Pode ser que, em um dado contexto, o atendimento a tais princípios pressuponha uma nova forma de se licitar, por exemplo, adaptada ao mercado local.

Nesse contexto, é bastante curiosa uma proposta de encaminhamento feita pela área técnica do Tribunal de Contas da União a respeito do normativo que regulamentou as contratações das comissões das Forças Armadas no exterior. Conforme constou do Acórdão nº 3616/2022 - 2ª Câmara (BRASIL, 2022):

VIII - Proposta de encaminhamento

586. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

(...)

b) dar ciência ao Ministério da Defesa e aos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, com fundamento no art. 9º, I, da Resolução-TCU 315, de 2020, de que:

b.1) na regulamentação das licitações realizadas por suas repartições sediadas no exterior, a supressão de procedimentos e regras contidos nas Leis de Licitação (8.666/1993, 10.520/2000 e 14.133/2021) e nos seus regulamentos, que asseguram a observância de princípios licitatórios, deve ser devida e previamente motivada em processo administrativo, com indicação expressa dos fatos e dos fundamentos jurídicos caracterizadores das peculiaridades locais que dão ensejo à supressão, conforme preconiza a Lei 9.784/1999, art. 2º, *caput*, e art. 50, *caput* e inciso I;

Perceba-se que a área técnica da corte de contas pretendeu exigir a aplicação integral da Lei de Licitações, a qual, apenas ocasionalmente, poderia ser afastada em virtude de peculiaridades locais. Trata-se de inversão do comando legal, que, como visto, obriga tão somente a observância

à principiologia da Lei de Licitações, a qual ocorrerá com base nas peculiaridades locais. Vale dizer, não se parte da integralidade da lei com afastamentos pontuais de alguns dispositivos, mas, ao contrário, parte-se tão somente da principiologia geral, sendo que qualquer acréscimo dependerá de compatibilidade com as peculiaridades locais.

Aplicar a principiologia básica da Lei de Licitações não significa qualquer obrigação de replicá-la no exterior, nem demanda justificativa específica para a não aplicação de algum de seus dispositivos nas contratações das repartições localizadas no exterior – dispositivos estes que já não são aplicáveis pela redação expressa do parágrafo segundo do artigo primeiro. Na verdade, é a regulamentação que conjugará os princípios básicos da Lei de Licitações com as peculiaridades locais, fazendo as adaptações necessárias para conciliá-los.

Joel de Menezes Niebuhr (2022, p. 68) vai ainda mais longe, ao defender que a ausência de menção a *licitação* no artigo 1º, § 2º, da Lei nº 14.133/21 poderia mesmo ser interpretada como a possibilidade de não se realizar licitação pública para as contratações no exterior:

Registre-se que o artigo 1º da Lei n. 14.133/2021 prescreve algumas exceções. O §1º do artigo alude às contratações realizadas no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior, que devem ser realizadas em acordo com as “peculiaridades locais e aos princípios básicos estabelecidos nesta Lei, na forma de regulamentação específica a ser editada por ministro de Estado”. Logo, exige-se que a contratação siga os princípios básicos da Lei n. 14.133/2021, porém, não que, rigorosamente, se promova licitação pública.

Trata-se de posição bastante arrojada, à qual, porém, não se adere. É que, sendo a competitividade e o julgamento objetivo princípios básicos da Lei de Licitações que devem ser respeitados também no exterior, não se pode simplesmente prescindir de realizar licitações para as contratações públicas que lá ocorrerão, ressalvadas hipóteses de licitação dispensável ou inexigível. Isso não quer dizer, contudo, que o certame licitatório não possa ser adaptado ao país em que estiver ocorrendo – ao contrário, é recomendável que assim o seja.

No que concerne às peculiaridades locais, elas podem derivar da cultura, dos costumes e mesmo do modo de viver dos diversos povos. Não se pode pretender replicar no exterior os mesmos trâmites administrativos que se fazem no Brasil, ignorando toda a realidade fática e jurídica local.

Uma das maiores peculiaridades locais é a legislação do país, que poderá ter mais ou menos pontos de semelhança com a lei brasileira, mas

que deverá ser fielmente observada². Aliás, aplicar a lei do país estrangeiro é um corolário dos artigos 8º e 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo os quais se aplica a lei do país em que se situarem os bens ou em que se constituírem as obrigações para qualificá-los e regulá-los.

Até pela soberania dos Estados em questões administrativas, regulatórias e comerciais, as repartições públicas brasileiras devem se vincular à lei local quando firmam seus contratos em território estrangeiro. Assim, restrições inexistentes na legislação brasileira podem ter de ser observadas, e a formatação jurídica de alguns ajustes pode vir a ser ligeiramente diferente do que seria se engendrados no Brasil.

Nessa questão, um dos pontos mais importantes de serem observados no estrangeiro são aspectos regulatórios. Por exemplo, nos países membros da União Europeia, é proibida a comercialização de determinados tipos de papel térmico, ditame que deve ser observado pelas repartições públicas brasileiras localizadas naqueles territórios. Como explicam CAPAGIO e COUTO (2021, p. 58):

A título de exemplo, nos Estados-membros da União Europeia, onde o Brasil possui diversas representações diplomáticas, é proibida, desde 2 de janeiro de 2020, a comercialização de papel térmico com concentrações de bisfenol A superiores a 0,02% em massa.

A restrição foi instituída por meio do Regulamento (UE) n. 2.235 da Comissão, de 12 de dezembro de 2016. Por sua natureza jurídica, o ato tem efeito vinculante para toda a União Europeia.

Papéis térmicos são utilizados em impressoras térmicas, como aquelas que equipam máquinas de cartão de crédito, de registro de protocolo, e de emissão de senhas para atendimento, ainda muito utilizadas mundialmente.

Na hipótese de um órgão brasileiro sediado na União Europeia realizar licitação para a compra de papel térmico, as especificações do material devem obedecer ao regulamento comunitário, configurando-se uma peculiaridade local.

Tudo isso chama a atenção para um fato óbvio: quando as repartições públicas brasileiras no exterior travam suas contratações com empresas locais, elas estão em uma relação horizontal, e não vertical, como ocorre

2 Cite-se, por exemplo, a Diretiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 20 de junho de 2019, relativa às condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia, a qual deve ser observada para contratação em países do bloco europeu.

nos contratos firmados entre o Estado brasileiro e as empresas no Brasil. No território estrangeiro, o Estado brasileiro não tem o poder de império sobre os particulares, pois este decorre da soberania nacional e só é exercido nos limites territoriais do Brasil. Assim, não há qualquer ascendência da repartição brasileira no exterior sobre os particulares, o seu relacionamento é um de iguais.

Nesse ponto, surge o questionamento: os contratos engendrados pelas repartições brasileiras sediadas no exterior seriam realmente contratos administrativos ou, de outro lado, estariam mais próximos de contratos privados da Administração? A respeito da diferença entre contratos administrativos e contratos privados da Administração, cite-se a lição de Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p. 439-440):

A expressão “contratos da Administração” é o gênero que comporta todo e qualquer ajuste bilateral celebrado pela Administração Pública. São duas as espécies de contratos da Administração:

a) Contratos administrativos: são os ajustes celebrados entre a Administração Pública e o particular, regidos predominantemente pelo direito público, para execução de atividades de interesse público. É natural, aqui, a presença das cláusulas exorbitantes (art. 58 da Lei 8.666/1993 e art. 104 da nova Lei de Licitações) que conferem superioridade à Administração em detrimento do particular, independentemente de previsão contratual. As características básicas dos contratos administrativos são: (i) verticalidade: desequilíbrio contratual em favor da Administração, tendo em vista a presença das cláusulas exorbitantes; e (ii) regime predominantemente de direito público, aplicando-se, supletivamente, as normas de direito privado. Ex.: contratos de concessão de serviço público, de obras públicas, de concessão de uso de bem público etc.

b) Contratos privados da Administração ou contratos semipúblicos: são os ajustes em que a Administração Pública e o particular estão em situação de relativa igualdade, regidos predominantemente pelo direito privado. Frise-se que o art. 62, § 3.º, I, da Lei 8.666/1993 admite a aplicação das cláusulas exorbitantes, “no que couber”, aos contratos privados da Administração. É evidente, todavia, que as cláusulas exorbitantes desnaturariam esses contratos, aproximando-os dos contratos administrativos típicos, razão pela qual a presença dessas cláusulas nos contratos privados depende da vontade das partes e a sua aplicação está condicionada à expressa previsão contratual. As características básicas dos contratos privados da Administração são: (i) horizontalidade: equilíbrio contratual relativo,

em razão da ausência, em regra, das cláusulas exorbitantes; e (ii) regime predominantemente de direito privado, devendo ser observadas, no entanto, algumas normas de direito público (ex.: licitação, cláusulas necessárias etc.). Ex.: contratos de compra e venda, de seguro, de locação (quando a Administração for locatária) etc.

Como se percebe, nas contratações no âmbito de suas repartições no exterior, o Estado brasileiro se vê desvestido de seu poder de império, impossibilitado de fazer valer cláusulas exorbitantes e situado horizontalmente em relação aos particulares. Conforme Sidney Bittencourt (2022, p. 85):

Entendemos que, embora muitas vezes a licitação (ou seu afastamento) tenha transcorrido no Brasil, o contrato, por ter sua celebração no exterior, não será regido, salvo raríssimas exceções, pela lei brasileira, ficando sob a égide da lei do país de celebração ou do de sua execução. Daí, concluir-se, que, apesar de conter todos os contornos que permeiam o contrato administrativo brasileiro, o acordo não deve ser encarado como tal, uma vez que sua regência legal não é a legislação pátria. (...)

Destarte, concluímos que os contratos celebrados pelas unidades da Administração Pública sediadas no exterior, para execução de seu objeto fora do solo brasileiro, possuem vestes de contratos comerciais comuns, sendo regidos, por conseguinte, precipuamente pelas regras do direito do local.

Assim, a natureza jurídica dos contratos feitos pelas repartições sediadas no exterior não é propriamente a de contratos administrativos, mas de contratos privados da Administração, eis que são regidos pelas normas dos contratos comerciais comuns do país em que se originam.

3. OBJETO DAS CONTRATAÇÕES POR REPARTIÇÃO SEDIADA NO EXTERIOR

Uma das controvérsias quando se trata de contratações por repartições sediadas no exterior diz respeito ao objeto dessas contratações. Estariam esses órgãos limitados a contratar para atender somente às suas necessidades ou poderiam, por exemplo, adquirir algum produto em benefício de outro órgão, situado em território brasileiro? Ao tratar do assunto, BITTENCOURT (2022, p. 84-85) lembra que os comandos militares têm em suas comissões no exterior importante instrumento de aquisição de material bélico para o Brasil:

- O disposto em análise só alcançaria as aquisições e/ou serviços que atendam exclusivamente aos interesses individuais daquelas “repartições”?

(...) Cabe lembrar, por exemplo, que os órgãos militares possuem organizações sediadas no exterior, denominadas comissões, que atuam como uma importante ferramenta para aquisições de equipamentos bélicos.

Ocorre que esses mesmos comandos militares vêm recebendo questionamentos por parte de órgãos de controle a respeito dessas aquisições feitas no exterior. Conforme proposta de encaminhamento feita pela área técnica do Tribunal de Contas da União a respeito do normativo que regulamentou as contratações das comissões das Forças Armadas no exterior (BRASIL, 2022):

VIII - Proposta de encaminhamento

586. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

(...)

b) dar ciência ao Ministério da Defesa e aos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, com fundamento no art. 9º, I, da Resolução-TCU 315, de 2020, de que: (...)

b.2) a contratação de bens e serviços disponíveis no Brasil por meio das suas repartições sediadas no exterior para atender interesse de órgãos e entidades sediados no Brasil, exceto em casos excepcionais e devidamente motivados, onde tenham sido efetivamente demonstradas a necessidade e a vantajosidade da medida (Acórdão 541/2021-Plenário, item 9.3.1), constitui infração ao princípio da legalidade, por inexistir amparo legal para a prática, e infringe o art. 37, XXI, da Constituição Federal (dever de licitar) e os art. 3º da Lei 8.666/1993 e 5º da Lei 14.133/2021 (princípio do desenvolvimento nacional sustentável)

Veja-se que a área técnica da corte de contas entendeu que as contratações feitas por meio das repartições sediadas no exterior para atender interesse de órgãos e entidades sediados no Brasil contrariaria a lei (inexistiria amparo legal para a prática) e violaria o princípio do desenvolvimento nacional sustentável. Trata-se de posicionamento com o qual não se pode concordar, pelos motivos que serão a seguir aduzidos.

No que concerne à legalidade, nem o artigo 123 da Lei nº 8.666/93, nem o art. 1º, §2º, da Lei nº 14.133/2021 trouxeram qualquer exigência de que as contratações realizadas pelas repartições sediadas no exterior ocorressem exclusivamente para atender às suas necessidades orgânicas. O *discrimen* adotado pela lei consiste no órgão responsável por promover a aquisição – ou seja, somente as repartições brasileiras efetivamente sediadas no exterior podem se valer do dispositivo -, mas não há qualquer limitação quanto ao beneficiário do produto ou serviço contratado. Vale dizer, a lei não proibiu que as contratações no exterior beneficiem órgãos e entidades sediados no Brasil, não cabendo ao intérprete criar essa restrição.

Já no que diz respeito ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável, ele é de grande importância, sem dúvidas, mas não parece acurada a leitura de que as contratações no exterior em benefício de órgãos no Brasil o vilipendiariam. Convém destacar que o princípio do desenvolvimento nacional sustentável tem igual estatura constitucional em relação ao princípio da eficiência (com previsão no artigo 37, *caput*, da Constituição da República) e ao princípio da economicidade (este previsto no artigo 70, *caput*, da Constituição da República), constando ambos do rol do art. 5º da Lei 14.133/21. Vale dizer, não há que se falar em prevalência *a priori* de um deles sobre o outro. Não se busca o desenvolvimento nacional sustentável a qualquer custo, mesmo que em detrimento da eficiência e da economicidade.

Caso marcante de conflito entre tais princípios é aquele das margens de preferência previstas para produtos e serviços nacionais (artigo 26, §§ 1º e 2º, da Lei 14.133/2021). Adquirir um produto nacional mais caro do que um estrangeiro privilegia o desenvolvimento nacional sustentável, mas prejudica a economicidade e a eficiência; de outro lado, adquirir um produto estrangeiro mais barato do que um nacional é mais eficiente e econômico, mas prejudica o desenvolvimento nacional sustentável.

O que o legislador pátrio fez ao prever na lei as margens de preferência foi o sopesamento entre tais princípios, ditando qual deles deveria prevalecer em cada caso. Assim, se a diferença de preços estiver dentro do percentual da margem de preferência, privilegia-se o produto ou serviço nacional (prevalecendo o princípio do desenvolvimento nacional sustentável); caso, porém, a diferença de preços exceda o percentual da margem de preferência, será o produto ou serviço estrangeiro o escolhido, em homenagem aos princípios da eficiência e da economicidade.

Vê-se, pois, inexistir prevalência absoluta, *a priori*, do desenvolvimento nacional sustentável sobre a economicidade e a eficiência. Ao contrário, existem casos concretos, reconhecidos pelo próprio legislador, em que esse princípio deve ceder ante outros de mesma envergadura. A análise de qual princípio prevalecerá é, em última instância, uma análise de proporcionalidade.

Ademais, as hipóteses comumente previstas para a remessa de processos ao exterior são todas baseadas em deficiências do mercado nacional, seja pela inexistência do produto ou serviço em solo pátrio, seja pela ausência de requisitos técnicos suficientes para atenderem aos padrões necessários, seja ainda pela prática de preços desmesuradamente maiores do que os existentes no estrangeiro. Esses são os casos previstos, por exemplo, na Portaria GM-MD nº 5.175, de 15 de dezembro de 2021, que rege as contratações feitas pelas comissões das Forças Armadas no exterior. Nos casos em que o mercado nacional tem condições de atender adequadamente às demandas da Administração, por óbvio, não há que se falar em remessa do processo ao exterior.

Nessa linha, as contratações feitas pelas repartições no exterior não infirmam o desenvolvimento nacional sustentável, pois sua ocorrência é residual, apenas para aqueles casos em que a Administração se vê não adequadamente atendida pelo mercado brasileiro. Se é certo que as licitações têm também sua função regulatória - de incentivar os particulares a tomarem medidas desejáveis pelo Poder Público -, dentro da qual se inclui o fomento ao mercado nacional, é certo também que tal função não pode se dar às custas do próprio funcionamento da máquina administrativa, mormente no caso das Forças Armadas, em que a prontidão é uma característica necessária e premente.

Por fim, é conveniente lembrar que, para as contratações realizadas no exterior de produtos e de sistemas de defesa, há casos em que haverá um acordo de compensação (*offset*), na forma da Lei nº 12.598/2012, gerando benefícios de natureza tecnológica, industrial ou comercial, o que ajuda a fomentar e desenvolver a indústria de defesa nacional, com transferência de tecnologias para o país.

4. REGULAMENTAÇÃO POR MINISTRO DE ESTADO

Desde a Lei nº 8.666/93, já havia a previsão de *regulamentação específica* para o seu artigo 123, embora não estivesse claro como ela se daria, nem por parte de qual autoridade. Positivar um dispositivo de baixa densidade normativa e remeter o esmiuçamento do tema a atos infr legais consiste na deslegalização ou delegificação, técnica legislativa pela qual o legislador traça linhas gerais e permite que autoridade administrativa mais próxima daquela realidade edite ato para normatizar o assunto em detalhes. Conforme Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p. 244):

A deslegalização (ou delegificação) é a transferência de determinadas matérias do campo legislativo para o âmbito dos atos administrativos.

O fenômeno tem sido justificado pela crise da concepção liberal do princípio da legalidade e da democracia representativa, especialmente pela ausência de celeridade e de conhecimento técnico do legislador para tratar de determinadas questões complexas.

Essa regulamentação das contratações por repartições no exterior veio para o Ministério das Relações Exteriores por meio de seu Guia de Administração dos Postos (GAP), normativo aprovado por portaria do respectivo ministro e que recebe atualizações periódicas também por portaria ministerial.

No âmbito do Ministério da Defesa e dos comandos militares, houve maior demora na elaboração de um normativo exauriente a respeito, tendo havido alertas do Tribunal de Contas da União sobre a necessidade de o fazer. Conforme constou, por exemplo, do relatório do Acórdão 1.126/2009 – Plenário (BRASIL, 2009):

48. Conforme destacado também no relatório de Auditoria realizado nas Comissões, na época, o MRE informou que foi encaminhado Exposição de Motivos de nº 362/CISET-MRE, propondo a criação de um grupo de trabalho integrado por todos os ministérios com representação no exterior, com vistas a regulamentação do art. 123 da Lei nº 8.666/93. Entretanto, não houve notícias de que o grupo de trabalho tenha sido instituído. Além disso, os Ministérios Militares informaram que não haviam sido convidados a participar de nenhum grupo de trabalho.

49. Em função disso, no relatório de auditoria, foi concluído que a regulamentação do art. 123 não dependia exclusivamente da ação dos ministérios militares. Assim, por meio da Decisão Sigilosa nº 284/97-TCU – Plenário, letra b, do item 8.3, foi recomendado a realização de medida alternativa, no âmbito dos três Ministérios Militares, no sentido de uniformizaram-se os procedimentos licitatórios praticados, respeitando as peculiaridades do local, onde se encontram as Comissões, e resguardando os princípios básicos da Lei nº 8.666/93, até que o Poder Executivo efetivasse a regulamentação específica prevista na Lei de Licitações.

A regulamentação definitiva para os comandos militares só veio com o advento da Portaria GM-MD nº 5.175, de 15 de dezembro de 2021, editada pelo Ministro da Defesa, que trouxe três anexos, contemplando dispositivos específicos para Marinha, Exército e Aeronáutica, conforme as peculiaridades de cada Força Armada. Por sua vez, as contratações de repartições no exterior vinculadas ao órgão central do Ministério da Defesa receberam sua

regulamentação com a Portaria GM-MD nº 3.645, de 04 de julho de 2022, direcionada aos escritórios dos conselheiros militares junto à Organização das Nações Unidas e junto à Conferência do Desarmamento em Genebra, além da Representação do Brasil na Junta Interamericana de Defesa (RBJID).

Tratando da regulamentação, uma grande inovação da Lei nº 14.133/21 foi prever expressamente que as contratações realizadas pelas repartições públicas sediadas no exterior obedecerão a regulamentação “específica”, editada por ministro de Estado. Trata-se de novidade bem-vinda, que esclareceu uma série de controvérsias anteriormente existentes.

Em primeiro lugar, tem-se a fixação da autoridade competente para regulamentar a matéria: o ministro de Estado, e não o presidente da República. Isso é especialmente relevante porque, anteriormente à Lei nº 14.133/21 e sob a égide da Lei nº 8.666/93, havia divergência sobre se a regulamentação do artigo 123 da Lei 8.666/93 deveria ser uniforme para toda a Administração pública federal - hipótese em que teria quer ser veiculada por decreto presidencial - ou se deve ser feita no âmbito de cada Ministério por ato do respectivo titular da pasta.

Seguindo a linha de que a regulamentação deveria ocorrer por decreto presidencial, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 7.248/2017 – Segunda Câmara, de 15/08/2017 (BRASIL, 2017), entendeu por bem determinar que:

(...) o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no prazo de até 30 (trinta) dias contados da ciência desta deliberação, oriente os diversos ministérios dotados de repartições federais sediadas no exterior, a exemplo do Ministério da Defesa e do Ministério de Relações Exteriores, entre outros, para que, no prazo de até 120 (cento e vinte) dias contados da ciência desta deliberação, editem o correspondente ato normativo para a interna regulamentação do art. 123 da Lei nº 8.666, de 1993, submetendo o aludido ato de regulamentação interna à Casa Civil da Presidência da República, por intermédio da Advocacia-Geral da União, com o intuito de os respectivos atos normativos serem aprovados por decreto do Poder Executivo, em sintonia com os arts. 84, IV, e 87, II, da CF88 e com as diversas manifestações do TCU (v. g.: Acórdão 3.138/2013-TCU-Plenário, entre outros) , de sorte que a devida regulamentação para as licitações conduzidas pelas diversas repartições federais no exterior traga não apenas maior publicidade e transparência às aquisições e às alienações promovidas no exterior, permitindo o pleno exercício dos controles interno e externo, além do controle social, mas também maior estabilidade e segurança jurídica aos atos praticados pelos diversos agentes públicos, evitando a reiterada modificação dos diversos procedimentos de licitação pela mera decisão interna de alguns poucos agentes públicos em cada ministério;

No voto do Relator, Ministro José Múcio Monteiro, quando da análise de Pedido de Reexame (em Representação) interposto pela Advocacia-Geral da União contra o Acórdão 7.248/2017-TCU-Segunda Câmara, houve o reconhecimento de que a regulamentação poderia se dar de modo setorial, contemplando as peculiaridades de cada pasta ministerial. Contudo, reiterou-se que deveria haver um regulamento geral, editado por decreto, balizando as contratações pelas repartições sediadas no exterior. Nesse sentido (BRASIL, 2018):

28. Destaco que no item 9.2 do Acórdão 3.138/2013-Plenário não há menção à necessidade de edição de um regulamento único e de alcance geral para disciplinar a aplicação do art. 123 da Lei 8.666/1993 pelas diversas repartições federais no exterior. O dispositivo, então, admite que possam haver apenas regulamentos setoriais, desde que sejam eles individualmente aprovados por decreto do Presidente da República. Não obstante, o voto do Relator contempla possibilidade de que esse decreto contenha balizamentos jurídicos gerais para o regramento das compras governamentais brasileiras no exterior.

29. Expressa o item 9.2 do Acórdão 3.138/2013-Plenário entendimento de que a aprovação dos regulamentos setoriais por decreto é formalidade requerida pela Constituição Federal e é necessária para a padronização de procedimentos, anteriormente ressaltada como forma de evitar que haja repartições federais sediadas na mesma região, no exterior, adotando distintos ritos de licitação, bem como para conferir publicidade, transparência e estabilidade jurídica aos respectivos regulamentos expedidos em cada ministério.

Percebe-se, pois, que a corte de contas, não obstante tenha entendido ser o decreto presidencial o instrumento hábil a regulamentar o artigo 123 da Lei nº 8.666/93, não vislumbrou a necessidade de uma normatização única e exauriente para toda a Administração pública federal, mas entendeu possíveis regulamentações setoriais de acordo com as peculiaridades de cada pasta, desde que observado um decreto que deveria ser editado, contendo balizas gerais. No mesmo sentido foram as determinações do Acórdão Nº 4.993/2019 - 2ª Câmara (BRASIL, 2019):

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.2. reiterar a determinação prolatada pelo item 9.2 do Acórdão 7.248/2017-2ª Câmara, sem prejuízo de, entre outras medidas, ressaltar a necessidade de observância dos itens 9.3 e 9.4 do Acórdão 1.126/2009-Plenário, e, assim, nos termos do art. 43, I, da Lei n.º 8.443, de 1992, e do art. 250, II, do RITCU, determinar que, no prazo de até 30 (trinta) dias contados da ciência desta deliberação, o Ministério da Economia, como sucessor do então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, oriente os diversos ministérios dotados de repartições federais sediadas no exterior, a exemplo do Ministério da Defesa e do Ministério de Relações Exteriores, entre outros, para que, no prazo de até 120 (cento e vinte) dias contados da ciência da presente deliberação, editem o correspondente ato normativo para a interna regulamentação do art. 123 da Lei n.º 8.666, de 1993.

Após as referidas decisões, adveio a Lei n.º 14.133/21, inovando no tema e dispondo, em seu art. 1º, § 2º, que as contratações no exterior ocorrerão “na forma de regulamentação específica a ser editada por ministro de Estado”. A partir disso, restou superada a posição do Tribunal de Contas da União no sentido de que deveria haver uma regulamentação geral, feita por decreto presidencial, para tratar do tema.

Chega-se, com isso, à segunda conclusão: a razão de não ser necessária uma regulamentação geral comum a todos os ministérios, na forma então preconizada pelo Tribunal de Contas da União, é justamente não existir uma base material comum no tratamento dessas contratações em cada ministério. A necessidade de regulamentação específica para cada pasta ministerial demonstra, desde já, não haver uniformidade mínima no modo como cada uma delas engendra suas contratações no exterior. A Lei n.º 14.133/21 pressupõe uma diferença material no modo de essas contratações ocorrerem em cada ministério – e a chancela. Assim, não se pode, por exemplo, tomar o Ministério das Relações Exteriores como modelo a ser seguido pelos demais, pois a própria lei indicou que cada um deles possui peculiaridades que merecem consideração.

Por fim, tornou-se clara uma conclusão que, sob a égide da Lei n.º 8.666/93, era somente pressuposta: estados, municípios e o Distrito Federal não podem se valer do artigo 1º, § 2º, da Lei n.º 14.133/21 para eventuais contratações que venham a realizar no exterior, justamente pelo fato de ela depender de regulamentação por ministro de Estado, autoridade esta inexistente nos entes subnacionais.

Decerto, há doutrina que entende em sentido contrário, reputando aplicável ao caso o artigo 187 da Lei n.º 14.133/21, dispositivo que faculta aos entes

subnacionais utilizarem-se dos regulamentos editados pela União para execução daquela lei. Por todos, cite-se Claudio Madureira (2021, p. 44), para quem:

A Lei nº 14.133/2021 também se aplica às licitações/contratações realizadas no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior. Quanto ao particular, o legislador estabeleceu que essas contratações obedecerão aos princípios básicos e às demais disposições normativas que sobressaem do texto legal, mas que também precisam atender às peculiaridades locais dos países nos quais se realizam. Como forma de possibilitar a compatibilização entre o que diz a lei nacional e as especificidades do país onde se situam as repartições respectivas, o legislador remeteu o tema à expedição de regulamentação específica pelos ministérios, que, por taxativa disposição legal, colhida do art. 187, podem ser estendidas aos estados, ao Distrito Federal e os municípios.

Com a devida vênia aos defensores dessa corrente, com ela não se pode concordar. Isso porque o artigo 187 da Lei nº 14.133/21 permite aos estados, municípios e Distrito Federal utilizarem-se de regulamentos editados pela União, mas somente aqueles *uniformemente aplicáveis* dentro da esfera federal. É o caso, por exemplo, de Instruções Normativas editadas pelo então Ministério da Economia e atual Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, que vinculam toda a Administração pública federal em matéria de licitações e contratos administrativos.

De outro lado, normativos específicos, editados por ministérios para reger tão somente suas situações específicas, não podem ser aplicados por entes subnacionais. A uma, porque são voltados às peculiaridades do órgão que os editou; a duas, porque isso geraria a possibilidade de um estado ou município “escolher” o normativo do ministério que mais o agradasse, em um verdadeiro *law shopping*. No caso das contratações por repartições no exterior, não parece difícil concluir que o Ministério das Relações Exteriores ou o Ministério da Defesa têm especificidades não compartilhadas com entes subnacionais, especificidades estas que inviabilizam a utilização dos normativos daqueles por estes.

Desse modo, somente o ministério editor do regulamento poderá se valer da regulamentação *específica* feita pelo seu ministro de Estado, e somente suas repartições no exterior serão contempladas por essa regulamentação. Conforme ensina Francisco Sérgio Maia Alves (2022, p. 35):

A diferença entre os dispositivos reside no fato de a Lei nº 14.133/2021 ter explicitado a autoridade encarregada de regulamentar as contratações de que trata o presente parágrafo. Deduz-se que essa autoridade seria o

ministro ao qual se vincula a unidade administrativa sediada no estrangeiro: o titular do Ministério das Relações Exteriores, no caso das embaixadas e consulados, e os respectivos titulares das pastas que tenham órgãos com representação no exterior.

Logo, conclui-se que a prerrogativa de contratar no exterior sob a égide de peculiaridades locais e da principiologia da Lei de Licitações é exclusiva da União Federal, não sendo extensível a estados, municípios ou ao Distrito Federal.

CONCLUSÃO

As diversas unidades administrativas brasileiras no exterior, como quaisquer repartições públicas, necessitam adquirir bens e contratar serviços, mas, ao contrário daquelas localizadas *no Brasil*, têm de fazê-lo no mercado estrangeiro, sob um ordenamento jurídico diverso e com peculiaridades nem sempre verificadas em território nacional. Por isso, a Lei nº 8.666/93 previa e a Lei nº 14.133/21 prevê que as suas contratações obedecerão às peculiaridades locais e aos princípios básicos da Lei de Licitações, dispositivos que, porém, receberam muito pouca atenção da doutrina especializada.

Contratação por repartição sediada no exterior e licitação internacional são regimes jurídicos de contratação totalmente diversos, que não podem ser confundidos ou misturados. A licitação internacional é um certame realizado no Brasil, sob a égide da Lei de Licitações brasileira em sua integralidade, porém cuja participação é facultada às empresas estrangeiras que não possuem funcionamento no país. Por outro lado, repartições sediadas no exterior realizam certames *em território estrangeiro*, regidos tão somente pelos princípios básicos da Lei de Licitações brasileira e pelas peculiaridades da localidade, sob o ordenamento jurídico local.

A Lei nº 14.133/21 trouxe uma definição legal para “licitação internacional” no inciso XXXV de seu artigo 6º, que, porém, merece críticas, ao conceituá-la também como aquela “na qual o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro”. Defende-se que a segunda parte da definição legal constante do dispositivo não pode ser lida isoladamente, mas deve se somar à primeira parte para que se tenha uma correta apreensão do instituto jurídico de que se trata. Assim, a licitação cujo objeto pode, no todo ou em parte, ser executado em território estrangeiro somente será *licitação internacional* se processada em território nacional e regida integralmente pela Lei de Licitações brasileira, mormente pelo seu artigo 52. De outro lado, se realizada no exterior, sob o

Direito local, não será licitação internacional, mas contratação de repartição sediada no exterior regida pelo artigo 1º, parágrafo 2º, da Lei nº 14.133/21.

No que concerne à caracterização do que seria uma contratação no âmbito de uma repartição no exterior que justifique o afastamento da Lei de Licitações brasileira, entende-se que será aquela cuja assinatura do contrato ou do instrumento equivalente se deu no exterior. Logo, não basta, para caracterizá-la, o mero fato de a empresa contratada ser estrangeira ou de o pagamento do contrato ser feito no exterior.

As contratações pelas repartições sediadas no exterior deverão obedecer aos princípios básicos da lei, o que, por óbvio, não significa aplicá-la em sua integralidade, nem mesmo parcialmente, pois pode ser necessária alguma adaptação ou inovação para fazer valer algum princípio licitatório em um ordenamento jurídico estrangeiro. Na verdade, é a regulamentação que conjugará os princípios básicos da Lei de Licitações com as peculiaridades locais, fazendo as adaptações necessárias para conciliá-los. No que concerne às peculiaridades locais, elas podem derivar da cultura, dos costumes e mesmo do modo de viver dos diversos povos, sendo uma das maiores delas a legislação do país em questão, que poderá ter mais ou menos pontos de semelhança com a lei brasileira, mas que deverá ser fielmente observada.

Nessas contratações, o Estado brasileiro se vê desvestido de seu poder de império, impossibilitado de fazer valer cláusulas exorbitantes e situado horizontalmente em relação aos particulares. Por essa razão, a natureza jurídica dos contratos feitos pelas repartições sediadas no exterior não é propriamente a de contratos administrativos, mas de contratos privados da Administração, eis que são regidos pelas normas dos contratos comerciais comuns do país em que se originam.

Com relação à possibilidade de as contratações feitas por meio das repartições sediadas no exterior atenderem a demandas de órgãos e entidades sediados no Brasil, as hipóteses comumente previstas para a remessa de processos ao estrangeiro são todas baseadas em deficiências do mercado nacional, seja pela inexistência do produto ou serviço em solo pátrio, seja pela ausência de requisitos técnicos suficientes para atenderem aos padrões necessários, seja ainda pela prática de preços desmesuradamente maiores do que os existentes no estrangeiro. Nessa linha, as contratações feitas pelas repartições no exterior não infirmam o desenvolvimento nacional sustentável, pois sua ocorrência é residual, apenas para aqueles casos em que a Administração se vê não adequadamente atendida pelo mercado brasileiro.

No que concerne à regulamentação da matéria, uma das grandes inovações da Lei nº 14.133/21 foi prever expressamente que as contratações

realizadas pelas repartições públicas sediadas no exterior obedecerão a regulamentação “específica”, editada por ministro de Estado, tornando superadas decisões do Tribunal de Contas da União no sentido de que deveria haver um regulamento geral, editado por decreto, que as balizasse. Ademais, o dispositivo deixou expresso que não existe uma base material comum no tratamento dessas contratações em cada ministério, nem mesmo uniformidade mínima no modo como cada um deles engendra suas contratações no exterior. Por fim, embora haja vozes em sentido contrário, tornou-se claro que a prerrogativa de contratar no exterior sob a égide de peculiaridades locais e da principiologia da Lei de Licitações é exclusiva da União Federal, não estando facultada a entes subnacionais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Sérgio Maia. *Lei de Licitações e Contratos comentada: análise da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, artigo por artigo, segundo uma visão crítica e prospectiva da jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

BITTENCOURT, Sidney. *Estudos sobre Licitações Internacionais*. Rio de Janeiro: Temas & Ideias editora, 2002.

_____. *Nova Lei de Licitações passo a passo: comentando artigo por artigo a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01/08/2023.

_____. *Decreto-Lei N° 2.300, de 21 de novembro de 1986*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2300-86.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20licita%C3%A7%C3%B5es%20e%20contratos%20da%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Art%201%C2%BA%20Este%20decret%C3%A3o%20Federal%20centralizada%20e%20aut%C3%A1rquica.>. Acesso em: 01/08/2023.

_____. *Decreto-Lei N° 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 01/08/2023.

_____. *Lei N° 8.666, de 21 de junho de 1993*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 01/08/2023.

_____. *Lei N° 8.934, de 18 de novembro de 1994*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8934.htm>. Acesso em: 01/08/2023.

_____. *Lei N° 12.598, de 21 de março de 2012*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12598.htm>. Acesso em: 01/08/2023.

_____. *Lei N° 14.133, de 1° de abril de 2021*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm>. Acesso em: 01/08/2023.

_____. *Portaria GM-MD N° 5.175, de 15 de dezembro de 2021*. Brasília, DF: Ministério da Defesa. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-gm-md-n-5.175-de-15-de-dezembro-de-2021-367977446>>. Acesso em: 01/08/2023.

_____. *Tribunal de Contas da União. Acórdão n° 1.126/2009 – Plenário*. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 27 de maio de 2009. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1126%2520ANOACORDAO%253A2009/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 01/08/2023.

_____. *Tribunal de Contas da União. Acórdão n° 2.203 – Plenário*. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 02 de setembro de 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2203%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 01/08/2023.

_____. *Tribunal de Contas da União. Acórdão n° 7.248/2017 – Segunda Câmara*. Relator: Ministro André de Carvalho. Brasília, 15 de agosto de 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A7248%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1>. Acesso em: 01/08/2023.

_____. *Tribunal de Contas da União. Acórdão n° 5.113/2018 – Segunda Câmara*. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Brasília, 26 de junho de 2018. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/033.808%>>.

252F2016-3/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/4>. Acesso em: 01/08/2023.

_____. *Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 4.993/2019* – Segunda Câmara. Relator: Ministro André de Carvalho. Brasília, 09 de julho de 2019. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/033.808%252F2016-3/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2>>. Acesso em: 01/08/2023.

_____. *Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.616/2022* – Segunda Câmara. Relator: Ministro André de Carvalho. Brasília, 19 de julho de 2022. Disponível em: < https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:%22ACORDAO-COMPLETO-2529061%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0>. Acesso em: 01/08/2023.

CAPAGIO, Álvaro do Canto; COUTO, Reinaldo. *Nova Lei de licitações e contratos administrativos*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2001.

MADUREIRA, Claudio. *Licitações, contratos e controle administrativo: descrição sistemática da Lei nº 14.133/2021 na perspectiva do Modelo Brasileiro de Processo*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

SANTOS, Murillo Giordan. Comentários ao art. 6º, XXXV. In: SARAI, L. (org). *Tratado da nova lei de licitações e contratos administrativos*: Lei 14.133/21 comentada por advogados públicos. Salvador: Juspodivm, 2021.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Licitações internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.