

A NOVA IN Nº 10 DA SEGES E A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS

Daniel de Andrade Oliveira Barral

Procurador Federal da AGU, Fundador e Colaborador do Portal L&C e
Mestrando em Direito Público pela Universidade Nova de Lisboa

Contexto

O tema da participação de empresas estrangeiras nas licitações federais ganhou um novo desdobramento a partir da recente alteração da Instrução normativa nº 3, de 16 de Dezembro de 2011 pela Instrução Normativa nº 10, de 10 de Fevereiro de 2020, abaixo reproduzida no ponto pertinente a esta análise:

Art. 1º A Instrução Normativa nº 3, de 26 de abril de 2018, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 9º O credenciamento é o nível básico do registro cadastral no SicaF que permite a participação dos interessados na modalidade licitatória Pregão, em sua forma eletrônica, bem como na Dispensa Eletrônica e no Regime Diferenciado de Contratações eletrônico - RDC....."

(NR)

"Art. 20-A. As empresas estrangeiras que não funcionem no País, para participarem dos procedimentos de licitação, dispensa, inexigibilidade e nos contratos administrativos, poderão se cadastrar no SicaF, mediante código identificador específico fornecido pelo sistema, observadas as seguintes condições:

I - os documentos exigidos para os níveis cadastrais de que trata o art. 6º poderão ser atendidos mediante documentos equivalentes, inicialmente apresentados com tradução livre; e

II - para fins de assinatura do contrato ou da ata de registro de preços:

a) os documentos de que trata o inciso I deverão ser traduzidos por tradutor juramentado no País e apostilados nos termos do disposto no Decreto nº 8.660, de 29 de janeiro de 2016, ou de outro que venha a substituí-lo, ou consularizados pelos respectivos consulados ou embaixadas; e

b) deverão ter representante legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.

§1º No caso de inexistência de documentos equivalentes para os níveis cadastrais de que trata o inciso I, o responsável deverá declarar a situação em campo próprio no Sicaf.

§2º A solicitação do código de acesso de que trata o caput deverá se dar nos termos do disposto no Manual do Sicaf, disponível no Portal de Compras do Governo Federal." (NR)

Em síntese o normativo passará a permitir, uma vez cumprida a *vacatio legis*, que empresas estrangeiras possam concorrer nos procedimentos de licitação, dispensa e inexigibilidade mediante a apresentação de documentos desacompanhados de tradução oficial ou juramentada.

A ideia que anima a recente alteração é postergar o atendimento destas obrigações para o momento imediatamente anterior à assinatura do contrato, apenas na hipótese de a empresa estrangeira sagrar-se vencedora no procedimento licitatório, quando então seriam exigidas a apresentação da tradução juramentada e a declinação do representante legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.

Tratam-se, portanto, de medidas voltadas à eliminação de duas barreiras à entrada destas empresas nos certames licitatórios nacionais, dispensando-as dos custos associados ao atendimento de uma exigência burocrática cartorial e da constituição de acordo com as leis brasileiras.

De certo modo, esta norma guarda íntima correlação com a interpretação vertida na súmula 272 do Tribunal de Contas da União que veda a imposição de *exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.*

A questão que merece enfrentamento neste comentário é avaliar a compatibilidade da IN SEGES nº 10 de 2020 com a Lei Geral de Licitações, ou seja, se estas exigências são indispensáveis à participação no procedimento licitatório ou se poderiam mesmo ser postergadas para o momento da celebração do contrato.

Apresentada a questão com estes contornos, podemos divisar dois elementos essenciais a serem enfrentados. Um primeiro envolvendo a tradução juramentada e outro envolvendo a possibilidade de empresas estrangeiras participarem de licitações nacionais sem o cumprimento integral da legislação nacional na fase competitiva.

Sobre a relativização da necessidade de tradução juramentada

Desde logo é importante registrar, com suporte na lição de Aline Cavalcante dos Reis Silva¹, que um documento produzido no exterior deve, em regra, observar duas exigências; ser consularizado ou apresentar a apostila de que trata o Decreto nº 8.660 de 29 de janeiro de 2016 e traduzido por tradutor juramentado.

Sem pretender esmiuçar o processo da legalização de documento estrangeiro, que de outro modo encontra-se detalhado no Manual de Serviço Consular e Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, a consularização consiste, basicamente, em serviço cartorial de reconhecimento da assinatura do documento produzido no exterior^{2 3}.

1 SILVA, Aline Cavalcante dos Reis. Validade de Documentos Estrangeiros Como Meios de Prova no Processo Administrativo de Responsabilização Estabelecido Pela Lei Anticorrupção Brasileira Nº. 12.846/2013. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/validade-de-documentos-estrangeiros-como-meios-de-prova-no-processo-administrativo-de-responsabilizacao-estabelecido-pela-lei-anticorrupcao-brasileira-no-12-846-2013/#_ftn1. Acesso em 26 fev 2020

2 segundo o Manual de Serviço Consular e Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, 2017, no Capítulo 4º, Seção 7ª, item 4.7.1. Para que um documento originário do exterior tenha efeito no Brasil é necessária a legalização, pela Autoridade Consular brasileira, do original expedido em sua jurisdição consular, seja por reconhecimento de assinatura, seja por autenticação do próprio documento. Disponível em: http://www.abraphe.org.br/arquivos_pdf/manualconsular.pdf. Acesso em 26 fev. 2020.

³ Em sentido contrário, Sidney Bittencourt entende, com suporte em lição de Marcos Juruena, que a autenticação consular tem função de atestar que os documentos obtidos no país de origem têm o mesmo objetivo e valor probatório da idoneidade do licitante para fins de habitação. *in* BITTENCOURT, Sidney. Licitação passo a passo: comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93 totalmente atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 455

Já a tradução juramentada consiste na tradução realizada pelo tradutor oficial ou público, ofício instituído pelo Decreto nº 13.609, de 21 de outubro de 1943.

Se é certo que o vetusto Decreto confere às traduções oficiais caráter exclusivo para a produção de efeitos em processos administrativos e oficiais⁴, de igual modo faz-se necessário reconhecer que as práticas atuais já excepcionam esta exigência, presentes alguns requisitos.

Com efeito, os estudiosos do tema como Rafael Wallbach Schwind⁵, Rodrigo Garcia da Fonseca⁶ e Thiago Marrara e Carolina Silva Campos⁷ são concordes em reconhecer a possibilidade de relativização desta regra em favor do incremento da competitividade.

A opinião destes autores é amparada por relatos de escassez de profissionais habilitados para realizar as traduções oficiais de línguas menos comuns⁸ ou de um sentimento geral de inadequação desta formalidade com os tempos atuais de acesso mais facilitado à informação e ao conhecimento.

4 DECRETO Nº 13.609, DE 21 DE OUTUBRO DE 1943.

(...)

Art. 18. Nenhum livro, documento ou papel de qualquer natureza que fôr exarado em idioma estrangeiro, produzirá efeito em repartições da União dos Estados e dos municípios, em qualquer instância, Juízo ou Tribunal ou entidades mantidas, fiscalizadas ou orientadas pelos poderes públicos, sem ser acompanhado da respectiva tradução feita na conformidade deste regulamento.

Parágrafo único. estas disposições compreendem também os serventuários de notas e os cartórios de registro de títulos e documentos que não poderão registrar, passar certidões ou públicas-formas de documento no todo ou em parte redigido em língua estrangeira.

Art. 19. A exceção das traduções feitas por corretores de navios, dos manifestos e documentos que as embarcações estrangeiras tiverem de apresentar para despacho nas Alfândegas e daquelas feitas por ocupantes de cargos públicos de tradutores ou intérpretes, em razão de suas funções, nenhuma outra terá fé pública se não for feita por qualquer dos tradutores públicos e intérpretes comerciais nomeados de acôrdo com o presente regulamento.

Parágrafo único. Somente na falta ou impedimento de todos êstes e de seus prepostos poderá o Juiz da repartição encarregada do registro do comércio nomear tradutores e intérpretes ad-hoc. Êstes, em seguida ao despacho e no mesmo papel, prestarão o compromisso legal, lavrando aí o seu ato.

⁵ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Licitações internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 77

⁶ FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A arbitragem nas parcerias público-privadas*. In: GUERRA, Sérgio; FERREIRA JUNIOR, Celso Rodrigues (coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Marcos Juruena Villela Souto*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 315-335.

⁷ MARRARA, Thiago e Carolina Silva Campos, "Licitações internacionais: regime jurídico e óbices à abertura do mercado público brasileiro a empresas estrangeiras," *Rev. Direito Adm.*, vol. 275, p. 155, 2017.

⁸ Conforme se constata da obra de SCHWIND, Rafael Wallbach. *Ob. Cit.* pag. 78

Estas mudanças foram captadas pelos Tribunais, em especial pelo Superior Tribunal de Justiça⁹, cuja jurisprudência aponta tendência de superação

⁹ Reproduzo abaixo os Acórdãos pertinentes à esta discussão, que extraí de pesquisa do repositório do Superior Tribunal de Justiça em pesquisa conduzida no dia 27 de fev de 2020 com os termos "tradução juramentada".

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - PROCURAÇÃO "AD JUDICIA" - EXIGENCIA PARA HABILITAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - TRADUÇÃO INDIRETA - INEXIGIBILIDADE.

I - OS ARTS. 27 E 28 DA LEI 8.666/1993 NÃO PERMITEM QUE O ESTADO CONDICIONE A HABILITAÇÃO DE LICITANTE, A APRESENTAÇÃO DE PROCURAÇÃO "AD JUDICIA"; II - NÃO PODE O ESTADO, APOS VINCULAR-SE AO ENTENDIMENTO DE QUE ACEITA COMO BOA TRADUÇÃO DO IDIOMA SUECO PARA A LINGUA INGLES, ELABORADA POR TRADUTOR JURAMENTADO NO ESTRANGEIRO, RECUSAR VERSÃO DAQUELE IDIOMA PARA NOSSO VERNACULO, FEITA POR PESSOA JURAMENTADA EM IDENTICAS CONDIÇÕES. TANTO MAIS, QUANDO A RECUSA IMPLICA EM REDUZIR-SE O NUMERO DE LICITANTES E A POSSIBILIDADE DE ESCOLHER-SE O MELHOR NEGOCIO PARA A ADMINISTRAÇÃO (LEI 8.666/1993, ART. 3. E LEI 4.717/1965, ART. 2.).

(MS 5.281/DF, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/11/1997, DJ 09/03/1998, p. 3)

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA CARTA ROGATÓRIA. TRAMITAÇÃO VIA AUTORIDADE CENTRAL. TRADUÇÃO OFICIAL. DISPENSA DE TRADUÇÃO JURAMENTADA. DOCUMENTAÇÃO SUFICIENTE À COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. PRAZO CONTADO DA JUNTADA DA CARTA ROGATÓRIA AO PROCESSO ORIGINÁRIO. TRAMITAÇÃO DE CARTA ROGATÓRIA POR INTERMÉDIO DA AUTORIDADE CENTRAL. INEXISTÊNCIA DE COBRANÇA DE CUSTAS. DILIGÊNCIA DE SIMPLES CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE OFENSA À ORDEM PÚBLICA OU À SOBERANIA NACIONAL. 1. A tramitação oficial de carta rogatória - por intermédio da via diplomática - pressupõe a autenticidade dos documentos anexados e dispensa a tradução por profissional juramentado no Brasil.

2. Inexiste prejuízo para a defesa da parte interessada quando é possível compreender o pedido e as informações contidas no documento traduzido em carta rogatória.

3. O prazo fixado pelo Juízo rogante inicia-se na data da juntada da carta rogatória ao processo originário.

4. Em regra, não há cobrança de custas para tramitação de cartas rogatórias por intermédio da autoridade central.

5. A simples citação da parte interessada acerca de ação que tramita na Justiça rogante não constitui, por si só, ofensa à ordem pública ou à soberania nacional, pois é mero ato de comunicação processual.

6. Agravo interno desprovido.

(AgInt nos EDcl na CR 14.434/EX, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 22/10/2019, DJe 25/10/2019)

AGRAVO INTERNO NA CARTA ROGATÓRIA. VIA DIPLOMÁTICA. DISPENSA DE TRADUÇÃO JURAMENTADA. DOCUMENTAÇÃO SUFICIENTE À COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. 1. A solicitação da Justiça rogante, por intermédio da via diplomática, presume a autenticidade dos documentos anexados. A tramitação oficial dispensa a tradução por profissional juramentado no Brasil.

2. Inexiste prejuízo para a defesa da parte interessada quando é possível compreender o pedido e as informações contidas no documento traduzido em carta rogatória. 3. Agravo interno desprovido.

(AgRg na CR 13.947/EX, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/05/2019, DJe 24/05/2019)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. REVALIDAÇÃO DE DIPLOMA ESTRANGEIRO. DOCUMENTO REDIGIDO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA DESACOMPANHADO DA RESPECTIVA TRADUÇÃO JURAMENTADA. ÓRGÃO JULGADOR QUE NÃO VÊ OBSTÁCULO PARA A SUA COMPREENSÃO. VALIDADE NÃO CONTESTADA PELA PARTE ADVERSA. DOCUMENTO COM EFICÁCIA DE PROVA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PAS DE NULITTÉ SANS GRIEF.

1. De acordo com julgado desta Corte, "Em se tratando de documento redigido em língua estrangeira, cuja validade não se contesta e cuja tradução não é indispensável para a sua compreensão, não é razoável negar-lhe eficácia de prova. O art. 157 do CPC, como toda regra instrumental, deve ser interpretado sistematicamente, levando em consideração, inclusive, os princípios que regem as nulidades, nomeadamente o de que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para acusação ou para a defesa (pas de nulitté sans grief). Não havendo prejuízo, não se pode dizer que a falta de tradução, no caso, tenha importado violação ao art. 157 do CPC" (REsp 616.103/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 27/09/2004, p. 255).

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1328809/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 05/05/2017)

PROCESSO CIVIL. DOCUMENTO REDIGIDO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA. VERSÃO EM VERNÁCULO FIRMADA POR TRADUTOR JURAMENTADO. DISPENSABILIDADE A SER AVALIADA EM CONCRETO. ART. 157 C/C ARTS. 154, 244 e 250, P. ÚNICO, CPC. TRADUÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE DEMONSTRADA. EMENDA À INICIAL. NECESSIDADE DE OPORTUNIZAÇÃO ESPECÍFICA. ARTS. 284 C/C 327, CPC. PRECEDENTES.

1. A dispensabilidade da tradução juramentada de documento redigido em língua estrangeira (art. 157, CPC) deve ser avaliada à luz da conjuntura concreta dos autos e com vistas ao alcance da finalidade essencial do ato e à ausência de prejuízo para as partes e(ou) para o processo (arts. 154, 244 e 250, CPC).

desta exigência quando não houver prejuízo à instrução do processo, ou seja, quando a ausência da tradução não impedir a compreensão do conteúdo do documento estrangeiro, forte no princípio da instrumentalidade do processo¹⁰.

Assim, a IN SEGES nº 10, de 2020 foi editada em uma cena preexistente de mitigação da exigência da tradução juramentada, sempre que esta superação se mostrar adequada ao atendimento do interesse público¹¹ e não importar em violação à segurança jurídica necessária ao respeito aos direitos dos administrados¹².

Ademais, sequer podemos atribuir à IN SEGES nº 10, de 2020 o papel de arauto da mudança ora comentada, pois antes deste normativo foram editados o Decreto nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018 regulamentador da legislação dedicada ao incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e o Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, regulamentador do pregão eletrônico.

O primeiro permitiu a compatibilização das exigências contidas na Lei nº 8.666, de 1993 à realidade das empresas estrangeiras, que muitas vezes não dispõem de documentos equivalentes aos brasileiros no país de origem. Ademais, permite a dispensa da tradução juramentada inclusive para a fase de execução do contrato de produtos para pesquisa e desenvolvimento, conforme se constata da leitura do artigo reproduzido abaixo:

Decreto nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018

(...)

2. O indeferimento da petição inicial, quer por força do não-preenchimento dos requisitos exigidos nos arts. 282 e 283 do CPC, quer pela verificação de defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, reclama a concessão de prévia oportunidade de emenda pelo autor (art. 284, CPC). Precedentes.

3. "A exigência de apresentação de tradução de documento estrangeiro, consubstanciada no art. 157 do CPC, deve ser, na medida do possível, conjugada com a regra do art. 284 da mesma lei adjetiva, de sorte que se ainda na fase instrutória da ação ordinária é detectada a falta, deve ser oportunizada à parte a sanção do vício, ao invés de simplesmente extinguir-se o processo, obrigando à sua repetição" (REsp 434.908/AM, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, DJ 25/08/2003).

4. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.

(REsp 1231152/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 18/10/2013)

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

¹¹ Conforme art 2º, Parágrafo único, VI da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

¹² vide comando contido no art 2º, Parágrafo único, IX da Lei nº 9.784, de 1999.

Art. 67. A documentação de que tratam o [art. 28 ao art. 31 da Lei nº 8.666, de 1993](#), poderá ser dispensada, no todo ou em parte, para a contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, desde que para pronta entrega ou até o valor previsto na alínea “a” do inciso II do **caput** do art. 23 da referida Lei, observadas as disposições deste artigo.

§ 1º Caberá ao contratante definir os documentos de habilitação que poderão ser dispensados em razão das características do objeto da contratação e observadas as seguintes disposições:

I - na hipótese de fornecedores estrangeiros que não funcionem no País, a prova de regularidade fiscal, ou outro documento equivalente, do domicílio ou da sede do fornecedor é inexigível;

II - na hipótese de fornecedores estrangeiros que não funcionem no País, a prova de regularidade fiscal para com a Fazenda distrital, estadual e municipal do domicílio ou da sede do fornecedor poderá ser dispensada;

III - a regularidade fiscal e trabalhista do fornecedor estrangeiro perante as autoridades de seu País é inexigível; e

IV- na hipótese de fornecedores estrangeiros que não funcionem no País, o contratante poderá dispensar a autenticação de documentos pelos consulados e a tradução juramentada, desde que seja fornecida tradução para o vernáculo.

§ 2º Na hipótese de fornecedores estrangeiros que não funcionem no País, o contratante poderá dispensar a representação legal no País de que trata o § 4º do art. 32 da Lei nº 8.666, de 1993, situação em que caberá ao contratante adotar cautelas para eventual inadimplemento contratual ou defeito do produto, incluídas a garantia contratual, a previsão de devolução total ou parcial do valor, a emissão de título de crédito pelo contratado ou outras cautelas usualmente adotadas pelo setor privado. (grifos nossos)

O legislador limitou as hipóteses de simplificação às situações previstas no art. 32, § 7º da Lei n. 8.666, de 1993, àquelas já existentes no § 1º do mesmo

artigo, ou seja, bens disponíveis para pronta entrega ou que apresentem valor não superior ao previsto na alínea “a” do inciso II do **caput** do art. 23 da mesma LGL.

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

(...)

§ 7º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 e este artigo poderá ser dispensada, nos termos de regulamento, no todo ou em parte, para a contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, desde que para pronta entrega ou até o valor previsto na alínea “a” do inciso II do **caput** do art. 23.

Ocorre que o recurso ao artigo em comento é indevido por duas razões, em nossa opinião. A uma porque, como ensina Sidney Bittencourt¹³, a tradução juramentada não constitui documento autônomo, nem integra o rol habilitatório da empresa estrangeira, mas consiste, apenas, em exigência complementar de natureza formal. Neste sentido Ivo Ferreira de Oliveira:¹⁴

À primeira vista, e diante de norma expressa, que exige a autenticação consular e a tradução por tradutor juramentado, a resposta seria a inabilitação de licitante, toda vez que documentos apresentados em língua estrangeira não atendessem às prescrições legais – norma cuja ratio é o princípio da soberania nacional. Não pensamos assim. E tampouco estamos sós, neste particular. Paulo Roberto Trompczynski, ex-consultor jurídico do Tribunal de Contas do Estado do Paraná [...] enfrentou,

¹³ BITTENCOURT, Sidney. Licitações internacionais: considerando a lei brasileira: Lei nº 8.666/93 e as regras estabelecidas pelo Banco Mundial – BIRD. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011

¹⁴ OLIVEIRA. Diligências nas licitações públicas, p. 122-125, apud BITTENCOURT, Sidney. Licitação passo a passo: comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93 totalmente atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 456

recentemente, a seguinte questão: documentos a serem apresentados em outros idiomas, que não o português ou o espanhol (exigidos pelo Edital/Caderno de Bases e Condições) foram entregues desacompanhados das respectivas versões, tendo, por isso, a comissão inabilitado a proponente – donde o recurso. [...] a tradução é simples complemento, que confere eficácia ao documento, sendo imprestável para substituí-lo, correspondendo, portanto, à mera formalidade legal que lhe confere o efeito por ele visado [...]. E, sendo assim, constatada a necessidade da tradução como providência indispensável para a eficácia dos documentos apresentados em inglês, a Comissão, deveria, no caso em tela, ter diligenciado, por analogia à faculdade constante do próprio ato convocatório do certame, que possibilitava aos licitantes substituírem, por outra do mesmo original, cópia ilegível ou borrada, solicitando a entrega da versão no prazo que viesse a estabelecer. Não se diga que a diligência afigurar-se-ia via imprópria para tanto, informação complementa nos precisos termos com que foi prevista, não poderia oportunizar a apresentação de documentos pelo licitante, pena de ilegalidade. **Isso porque, embora a tradução seja instrumentada em certidão fornecida pelo tradutor oficial ela, em si mesma, não é um documento, mas complemento de eficácia daquele oportunamente oferecido pela interessada em idioma estrangeiro, que não altera, acrescenta ou inova seu conteúdo, mas apenas lhe confere validade.** Na esteira do entendimento de Trompczynski, cremos que a não-apresentação por parte da proponente de atestados traduzidos, longe está de torná-los nulos, porque, na lição abalizada do Professor Manuel A. Domingues de Andrade, a nulidade pressupõe uma falta ou irregularidade quanto aos seus elementos internos – e, nos atestados, não havia qualquer vício de formação. O fato de não estarem vertidos para o português, caracteriza apenas ineficácia em sentido estrito, isto é, falta ou irregularidade de outra natureza. Mais: em que pese estarem desacompanhados da tradução para o vernáculo, os atestados produziram efeitos inter partes, embora não perante terceiros, tipificando, ainda na linguagem precisa de Domingues de Andrade,

ineficácia relativa. E, em casos de ineficácia relativa, para recorrermos ao simbolismo de rara beleza de que serviu o notável mestre lusitano, se está diante de “negócios bifrontes, negócios com cabeça de Jano”: quanto a uma das partes produzem efeitos; quanto à outra não. Por conseguinte, não sendo nulos os atestados, mas simplesmente ineficazes perante terceiros, nada impediria que fossem convalidados pela posterior apresentação do texto vertido, mercê da realização de diligência – diligência de versão –, assinando-se prazo razoável para que o interessado o fizesse. (grifos nossos)

A duas porque o art. 32, §§ 1º e 7º da LGL não veiculam norma habilitante de direito, mas apenas densifica regra do art. 37, XXI¹⁵ da Constituição Federal de 1988 que impõe a modulação das exigências de qualificação técnica e econômica ao mínimo essencial para a garantir a execução do objeto.

A verdade é que, bem ponderadas as disposições deste artigo, o administrador público não pode fazer tudo que está ali abstratamente autorizado nem está limitado pelo que ali está contido.

Ora, se por um lado a doutrina já bem apontou que não é possível dispensar os documentos relativos à habilitação jurídica ou prova de regularidade com a seguridade social, cuja exigência encontra assento constitucional^{16 17}, por outro não podemos restringir a aplicação do comando

¹⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

¹⁶ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

¹⁷ Neste sentido, Sidney Bittencourt: Infelizmente, foi mantido texto da Lei anterior, muito criticado pela doutrina, ainda que com outra roupagem. Em consequência, o intérprete deve usar de bastante cautela ao aplicar esse dispositivo. Quando a Lei disciplina a possibilidade de dispensa “no todo ou em parte” não faculta a não solicitação de demonstração

constitucional em situações que o próprio legislador constituinte assim não estabeleceu, pois não limitou a modulação dos requisitos de habilitação apenas às hipóteses elencadas no artigo 32 §7º da LGL.

Logo, se há alguma valia neste artigo é o de ter, *ope legis*, indicado rol de hipóteses subsumidas ao comando constitucional, sem que a leitura a *contrario sensu* possa ser invocada como elemento limitador ao poder-dever do administrador público de enquadrar outras hipóteses à previsão constitucional.

Com isso queremos dizer que, por não constituir um documento encartado no rol habilitatório veiculado nos artigos 28 a 31 da Lei nº 8.666, de 1993, a dispensa da tradução juramentada não pode ser fundamentada e, para todos os efeitos do que ora defendemos, restrita às hipóteses de bens aptos à pronta entrega ou que apresentem valores inferiores à modalidade convite.

Ao revés, pensamos que o fundamento da dispensa desta formalidade deve encontrar suporte na verificação da presença do binômio necessidade-utilidade da imposição deste requisito para o atendimento das finalidades do processo administrativo de contratação, tendo presente a necessidade de afastamento das formalidades desgarradas da promoção do interesse público.

É por este fundamento que entendemos que o art. 41 do Decreto n. 10.024, de 2019 que adotou redação agora reproduzida pela IN SEGES nº 10, de 2020, é o melhor tratamento dado à matéria para este ponto.

DECRETO Nº 10.024, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019

Art. 41. Quando permitida a participação de empresas estrangeiras na licitação, as exigências de habilitação serão atendidas mediante documentos equivalentes, inicialmente apresentados com tradução livre.

de requisitos obrigatórios em todas as hipóteses, dado que a prova de habilitação jurídica nunca poderá ser dispensada. Logo, esse requisito nunca poderá ser dispensado, mesmo porque, na sua ausência, sequer será válida a proposta apresentada. Ademais, é cediço que a não exigência de documento que comprove regularidade perante a seguridade social é ato que viola a CF, uma vez que a mesma não faz nenhuma distinção quando proíbe o Poder Público de contratar pessoa jurídica em débito com a Previdência Social (art. 195, §3º), in BITTENCOURT, Sidney. ob. cit. pag. 447

Parágrafo único. Na hipótese de o licitante vencedor ser estrangeiro, para fins de assinatura do contrato ou da ata de registro de preços, os documentos de que trata o caput serão traduzidos por tradutor juramentado no País e apostilados nos termos do disposto no Decreto nº 8.660, de 29 de janeiro de 2016, ou de outro que venha a substituí-lo, ou consularizados pelos respectivos consulados ou embaixadas.

Se por um lado estes dispositivos não chegaram a dispensar a apresentação do requisito formal acessório da tradução oficial, pois ainda o exigem como condição para a assinatura do contrato, por outro adotaram postura adequada, em consonância com o art. 30 da LINDB¹⁸, ao uniformizar um modo de cumprimento da formalidade que ao mesmo tempo não provoca, em regra, prejuízo para a correta instrução do processo administrativo e viabiliza a participação destas empresas nos certames licitatórios nacionais.

Contudo, caso haja dificuldade na compreensão do documento estrangeiro ou impugnação dos demais participantes à tradução apresentada pela empresa estrangeira, a autoridade competente deve, de maneira fundamentada, decidir o incidente processual e, eventualmente, caso entenda necessário à higidez processual, solicitar a complementação da documentação estrangeira, mesmo na fase competitiva.

Esta ponderação em nossa opinião deve ser iluminada pelas particularidades do caso concreto e pode ser precedida por diligências realizadas pelo próprio corpo técnico da entidade licitante para a confirmação da integridade das informações apresentadas.

18DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942.

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no **caput** deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

É que como a Lei Geral de Licitações¹⁹ e a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999²⁰ propugnam pela possibilidade de diligências saneadoras, e como já assentado a tradução juramentada não é documento habilitatório mas apenas uma formalidade complementar de eficácia, sua ausência não pode produzir a inabilitação do licitante estrangeiro, mas apenas a fixação de prazo para correção da falha, entendimento este refletido no REsp 1231152/PR do STJ já mencionado anteriormente.

Assim, a exigência da complementação da instrução do Documento estrangeiro, ainda que ao alcance da autoridade competente, deve ser utilizada com a prudência e a razoabilidade recomendada pelos meios atuais à disposição do gestor para lhe transmitir a confiança necessária a respeito da correção da informação apresentada.

Da dualidade de regimes estabelecidos pelos artigos 28, V e 32, parágrafo 4 da Lei Geral de Licitações e a necessidade de compatibilização destas normas com a IN SEGES nº 10, de 2020.

O segundo ponto de análise é o art. 20-A, II, “b” da IN SEGES nº 10, de 2020, que estabeleceu o momento imediatamente anterior à assinatura do contrato para que a empresa estrangeira que não funcione no país apresente seu representante legal.

A compreensão deste comando deve ser iniciada pela igualdade de tratamento estabelecida pelo art. 3º, § 1º, inc. II, da Lei no 8.666, de 1993²¹. Este ponto hermenêutico pivotal por um lado significa ausência de discriminações não

¹⁹ Lei 8.666, de 1993:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

²⁰ Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999

Art. 6º (...)

Parágrafo único. É vedada à Administração a recusa imotivada de recebimento de documentos, devendo o servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas.

²¹ (...) 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. (Grifos nossos)

fundamentadas ao acesso ao mercado, mas por outro deve significar obediência às mesmas regras e procedimentos sempre que adequado e oportuno.

Esta isonomia, contudo, deve curvar-se à realidade fática, e atento a isso o legislador entendeu por divisar situações em que as exigências legais devem ser relevadas para que a empresa estrangeira possa apresentar a documentação tal como existe em seu país de origem, que muitas das vezes não irá coincidir com a documentação utilizada no Brasil.

É por isso que, como sabemos, o regime de participação de empresas estrangeiras está dividido em duas categorias estanques. A primeira, envolvendo as empresas estrangeiras autorizadas a funcionar no país, tratada no art. 28, V e a segunda que regula a situação das empresas não autorizadas a funcionar no país, disciplinado no art. 32, §4º, ambos da Lei nº 8.666, de 1993.

A nota de corte a respeito da aplicação de um ou de outro caso é a necessidade do fornecimento do bem ou execução do serviço ocorrer no país. Isso decorre da regra estabelecida no art. 1.134 do Código Civil que veda o funcionamento da sociedade estrangeira no país sem prévia autorização do Poder Executivo.

Segundo Trajano de Miranda Valverde²² funcionar significa *[e]xercer atividade tendente à realização do fim para que foi criada a sociedade anônima. É, em poucas palavras, a regular exploração do objeto social.*

Rafael Wallbach Schwind sustenta em sua obra²³, com arrimo em lição de Marçal Justen Filho, que o funcionamento ocorreria apenas se a atividade desempenhada pelo estrangeiro fosse contínua e permanente, de modo que uma atividade eventual e isolada não configuraria “funcionamento” e, portanto, dispensaria a necessidade de autorização.

²² VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedade por ações. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. I, p. 396, apud, Moreira, Egon Bockmann. Op. Cit

²³ Rafael Wallbach Schwind, Licitações internacionais, op. cit., p. 70 e ss

Não concordamos com esta posição, pois parte do pressuposto de que a regular exploração do objeto social implicaria atuação permanente em território nacional. Em nossa opinião, a regular exploração do objeto social é compatível com a execução de contratos de pronta entrega em nível global, sem que isso implique ou pressuponha permanência de atividades em território nacional. Basta imaginarmos o caso de estaleiros, empresas de material bélico ou demais produtos de alto valor agregado.

Assim, quer nos parecer que todas as vezes em que a execução contratual implicar a necessidade de realização das atividades no país, estarão afastadas as regras voltadas às licitações internacionais.

É por conta desta dicotomia contida na legislação que Egon Bockmann Moreira, Bernardo Strobel Guimarães e Lino Torgal²⁴, entendem que a licitação internacional é figura excepcional em nossa legislação, regida principalmente pelos arts. 32, § 6º, 40, V e 42 da Lei nº 8.666, de 1993, e se limita aos casos *em que, ou por conta de haver recursos disponibilizados por ente internacional, ou por conta de o contrato ser executado no exterior, se admite uma flexibilização das regras da Lei de Licitações(...)*.

Tirantes estes dois casos, segundo estes autores, o que estamos a discutir é mais precisamente sobre participação de estrangeiros em licitações nacionais, e neste caso, a regra disposta no parágrafo 4º do artigo 32 da Lei n. 8.666, de 1993, que estabelece uma das poucas regras voltadas às licitações internacionais, não podem ser aplicado às hipóteses que a IN SEGES nº 10, de 2020 ou que o art. 41 do Decreto 10.024, de 2019 pretendem regulamentar.

Com isso queremos dizer que não nos parece adequado tanto o Decreto de pregão quanto a IN SEGES nº 10, de 2020 terem reproduzido regras que na

²⁴ E. B. Moreira, B. S. Guimarães, e L. Torgal, "Licitação internacional e empresa estrangeira: os cenários brasileiro e europeu," *Rev. Direito Adm.*, vol. 269, p. 67, Nov. 2015.

maior parte das vezes não poderão ser aplicadas, pois os objetos licitados não comportam a incidência da norma.

Isso decorre da compreensão de que em sendo o objeto entregue ou executado no país, estamos diante de situação que a empresa estrangeira deverá estar autorizada a funcionar no país, e, portanto, a regra a ser aplicada é a da igualdade de tratamento inclusive no que se refere aos requisitos habilitatórios. Mais uma vez, pela clareza da exposição, reproduzo trecho do artigo do professor Egon Bockmann²⁵:

(...) Isso porque não se pode perder de mira que a efetiva atuação de empresas estrangeiras no Brasil depende de chancela prévia por parte das autoridades federais.

Decorre daí que a comprovação da regularidade perante o Poder Executivo prevista na Lei de Licitações reflete uma condição necessária à participação das empresas estrangeiras nos casos em que o objeto do contrato implicar “atuação” em nosso mercado. Dito de outro modo, se a execução do contrato administrativo implicar atividade estável no território brasileiro, a empresa deverá — como toda empresa sujeita ao regime do art. 1.134 do CC — estar autorizada a funcionar aqui.

Por conseguinte, toda vez que o objeto do contrato exigir uma atuação direta da empresa na execução do contrato, o regime de qualificação deve contemplar a observância do art. 28, V da Lei de Licitações. E isso porque assim o exige o direito civil.

É nesse sentido, portanto, que a comprovação da existência de autorização constitui condição inerente à habilitação jurídica das empresas estrangeiras. Esses requisitos, como já anotou um dos signatários, têm por escopo “(...) demonstrar a capacidade e a regularidade quanto a requisitos exigidos pelo Direito relativos à configuração da pessoa que deseja contratar certo objeto com a Administração”.

²⁵ Moreira, Egon Bockmann. Op. Cit

Assim devem ser evitadas as aplicações dos preceitos tanto do Decreto de Pregão quanto da IN SEGES nº 10, de 2020 às hipóteses de licitações cujos objetos devam ser executados em solo nacional, sob pena de flerte à burla dos preceitos do Código Civil mediante a criação de híbridos não contidos na legislação.

Perceba que o que a IN SEGES nº 10, de 2020 pretende autorizar a postergação da apresentação do representante legal, sob pressuposto não declarado de que a constituição de acordo com as leis brasileiras iria ocorrer somente na hipótese de êxito no certame licitatório.

Se esta prorrogação nos parece adequada para a tradução juramentada, já aqui nos parece não nos parece a melhor opção, posto se encontrar em aparente rota de colisão com o próprio art. 32, § 4º da Lei nº 8.666, de 1993 que pretendeu regulamentar.

Veja que naquele dispositivo, mesmo em licitações internacionais, o legislador não desobrigou a empresa internacional de constituir representante legal para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.

Neste sentido, não é desimportante repisar que a demonstração da habilitação jurídica para a execução do contrato é característica que deve ser atestada e aferida no próprio procedimento licitatório, e o representante legal é etapa antecedente à constituição da empresa de acordo com as leis brasileiras²⁶, de modo que dispensar o representante legal para a fase competitiva poderia ser interpretado como uma dispensa da sua própria constituição jurídica.

Esta hipótese é refutada pela doutrina²⁷ por entender se tratar de uma contratação condicional, em especial por que o ato de autorização é discricionário, o que o torna esta participação incompatível com o regime público

26 Conforme dispõe o art. 2º, V da INSTRUÇÃO NORMATIVA DREI No 7, DE 5 DE DEZEMBRO DE 2013, que estabelece que o ato de deliberação sobre a nomeação do representante no Brasil um dos documentos que devem instruir o pedido de autorização de funcionamento no país.

27 Nesse sentido manifesta-se Egon Bockmann Moreira, Op. Cit. pag. 78

da Lei nº 8.666, de 1993. Neste sentido, confira pensamento de Rafael Wallbach Schwind²⁸:

2.5.1.4 Momento de comprovação da autorização governamental

Resta ainda definir qual o momento de comprovação da autorização para funcionamento no país quando ela for exigível. Poderia tal requisito ser comprovado posteriormente à licitação, ainda que antes da assinatura do contrato? Em tese, até seria defensável exigir que a autorização para funcionamento no Brasil fosse comprovada apenas para a assinatura do contrato, e não já na fase de habilitação. Essa solução possivelmente ampliaria a competitividade no certame. A postergação do atendimento às diversas exigências do Código Civil seria um incentivo à participação de empresas que ainda não operam no Brasil e que somente viriam a fazê-lo se fossem contratadas pela Administração. Entretanto, não é esta a sistemática estabelecida pela Lei nº 8.666, ao menos por duas razões. A primeira delas é que o artigo 28, inciso V, estabelece claramente que o decreto de autorização para funcionamento no país constitui um requisito de habilitação. Logo, deve ser comprovado no momento da habilitação. A ausência de comprovação desse requisito impediria a habilitação do licitante estrangeiro e, conseqüentemente, afastaria a possibilidade de seu prosseguimento no certame.

A segunda razão é de ordem prática. Se fosse admissível a comprovação de autorização do estrangeiro para funcionamento no país somente no momento da contratação, isso geraria problemas práticos insolúveis. Toda a licitação seria realizada mediante uma condição suspensiva, ou seja, a obtenção de autorização governamental para que o licitante estrangeiro pudesse ser contratado. Entretanto, condicionar o encerramento da licitação e a efetiva contratação a esse evento futuro e incerto causaria problemas graves. Poderia até mesmo afetar o interesse da Administração em contratar. Se o licitante estrangeiro demorasse muito tempo para obter a autorização governamental, ou se nem

²⁸ Rafael Wallbach Schwind, *Licitações internacionais*, op. cit., p. 74-75

atendesse os requisitos legais necessários para tanto, o certame restaria frustrado. Assim, nos casos em que a autorização governamental para funcionamento no país for exigível dos licitantes estrangeiros, deverá ser comprovada no momento do exame dos requisitos de habilitação, na forma do artigo 28, inciso V, da Lei nº 8.666. Mesmo nas licitações realizadas com financiamento internacional em que não se aplique o procedimento da Lei nº 8.666, a autorização para funcionamento no país deverá ser comprovada no momento de apresentação dos documentos relativos à condição dos licitantes. Por ser a autorização um requisito previsto na legislação cível, o simples fato de não se aplicar integralmente a Lei nº 8.666 não afasta a necessidade de sua comprovação prévia à realização de qualquer ato que configure “funcionamento” no Brasil.

Presente estas considerações, é de se perguntar: quando a regra estabelecida no art. 20-A, II, “b” da IN SEGES nº 10, de 2020 pode ser legitimamente aplicada?

Entendemos que seu âmbito de aplicação é restrito e de pouca utilidade prática. Sua incidência deverá ficar restrita às hipóteses em que o objeto da licitação não implicar o funcionamento da empresa estrangeira em território nacional ou de inexistência de atuação direta da empresa estrangeira, nomeadamente diante da formação de um consórcio ou de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE)²⁹.

Contudo, como estas hipóteses parecem deslocadas do âmbito de regulamentação da IN SEGES nº 10, de 2020, entendo que inovação, neste ponto, pode provocar mais indagações do que certezas, e merecia uma maior reflexão.

²⁹ neste sentido Egon Bockmann Moreira, Op. Cit. pag. 86 e Rafael Wallbach Schwind, Licitações internacionais, op. cit., p. 72 e ss.

A NOVA IN Nº 10 DA SEGES E A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS
Daniel de Andrade Oliveira Barral

Publicado em XX/03/2020.

As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:

BARRAL, Daniel de Andrade Oliveira. **A nova IN nº 10 da SEGES e a participação de empresas estrangeiras.** Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: dd/mm/aaaa.