

## **Afastamento das regras nacionais de licitação e contratos administrativos**

### Exceptions of national bidding rules and administrative contracts

*Renato Andrade Kersten<sup>1</sup>*

**RESUMO:** Neste artigo serão demonstradas as hipóteses legais de afastamento das regras nacionais de licitação e contratos administrativos. Também serão abordadas as diferenças na regulamentação da matéria pelas Leis nº 8.666, de 1993, e nº 14.133, de 2021, expondo-se brevemente os requisitos legais de cada norma, bem como o controle administrativo e judicial sobre a adequação das regras internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contratos Administrativos; Financiamento Internacional; Organismos Internacionais; Licitações; Regras Internacionais.

**ABSTRACT:** This article states the legal hypotheses for removal of national bidding rules and administrative contracts. Differences in the topics regulations (Laws No. 8.666/1993 and No. 14.133/2021) are addressed briefly exposing the legal requirements for each ruling. It also deals with the administrative and judicial control over the adequacy of international rules to the Brazilian legal system.

**KEYWORDS:** Administrative Contract; International Financing; International Organisms; Bidding Process; International Rules.

---

1 Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, em 2002. Procurador do Estado do Paraná, lotado na Procuradoria do Consultivo de Obras e Serviços de Engenharia – PCO, Curitiba, Paraná, Brasil.

## 1. INTRODUÇÃO

O artigo apresenta as hipóteses legais de realização de licitações públicas com base em regras internacionais. Considera, dentre elas, a possibilidade de afastamento de regras licitatórias previstas no arcabouço jurídico brasileiro, quando exigência de organismos internacionais, financiadores de contratação de obras e serviços de engenharia, por meio de contrato de empréstimo a ente público nacional.

São expostas as possibilidades de afastamento das regras nacionais em licitações realizadas pela Administração Pública pátria, bem como as diferenças na regulação da matéria pelas Leis nº 8.666 de 1993 e nº 14.133 de 2021, adentrando brevemente nos requisitos legais de cada norma. Ainda, o artigo trata da atuação dos órgãos de controle nestes casos.

## 2. A SUCESSÃO DE NORMAS: VIGÊNCIA E VIGOR DAS LEIS QUE DISPÕEM SOBRE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS BRASILEIROS

Antes de adentrar no escopo jurídico interessa traçar o atual estado da arte. Mormente, quando se está diante de significativa sucessão legislativa, como acontece com a recente Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos),<sup>2</sup> aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pela Presidência da República.

O arcabouço legislativo nacional, que se refere às licitações e contratos administrativos, sofreu recente mutação que alterou a Lei Federal nº 8.666/1993.<sup>3</sup> Referida normativa está sedimentada no seio da Administração Pública e é de todo conhecida pelos aplicadores do Direito, posto que

---

2 Neste artigo a Lei Federal nº 14.133 de 2021 será nominada como Nova Lei.

3 Neste artigo a Lei Federal nº 8.666 de 1993 será nominada como Lei nº 8.666.

por quase 30 (trinta) anos regulamentou os atos administrativos referentes a contratos e licitações. No entanto, apesar desta sucessão legislativa não houve a imediata revogação da Lei nº 8.666. A Nova Lei, nas Disposições Transitórias e Finais, acabou dando-lhe sobrevida.

Por interpretação consensual dos artigos 191 e 193 da Nova Lei, há a inusitada situação de convivência entre os dois regramentos normativos. A Administração Pública, por até dois anos, após a publicação oficial da Nova Lei (até 02/2023), poderá optar por aplicá-la ou seguir a Lei nº 8.666, ficando o respectivo contrato regido pelas regras previstas na lei escolhida. É este, então, um raro caso de convivência de estatutos jurídicos, que se sucederão no decurso do tempo. Para não dar margem a dúvidas, ressalta-se que em seu artigo 190 a Nova Lei dispõe que os contratos administrativos assinados antes de sua entrada em vigor continuarão a ser regidos de acordo com as regras previstas na Lei anterior.<sup>4</sup>

Somente após os dois anos da publicação da Nova Lei é que a Lei nº 8.666 será definitivamente revogada. Todavia, ainda que não tenha mais vigência, continuará em vigor, pois permanecerá regendo contratos e produzindo efeitos no mundo jurídico.

É de se observar, também, que a opção da Administração Pública quanto à escolha da lei que regulamentará o procedimento administrativo, e seu respectivo contrato, deverá ser indicada expressamente no edital, no aviso ou no instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada das leis.

Sem tecer digressões históricas, considera-se que o cerne das previsões relativas às licitações financiadas por organismos internacionais está

---

4 BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 10 jan. 2022.

contido no artigo nº 42, § 5º, da Lei nº 8.666<sup>5</sup> e artigo 1º, § 3º, da Nova Lei,<sup>6</sup> analisados a seguir.

### 3. DAS POSSIBILIDADES DE AFASTAMENTO DAS REGRAS NACIONAIS NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS REALIZADOS PELAS ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É possível o afastamento das regras de licitação e contratos administrativos nacionais em contratações de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens realizadas pela Administração Pública brasileira. As hipóteses estão previstas nas próprias leis que regulamentam os procedimentos licitatórios (Lei nº 8.666 e a Nova Lei).

As licitações realizadas por órgãos e entidades nacionais com financiamento de instituições e organismos internacionais poderão mitigar a aplicação de regras e normas do arcabouço jurídico brasileiro. Preliminarmente, é importante observar que a autorização legal para a aplicação de regras de organismos internacionais em licitações promovidas pelo Poder Público, com recursos por eles financiados, não implica afastamento integral das normas nacionais que dispõem sobre licitações e contratos públicos.

Tanto a Lei nº 8.666 como a Nova Lei não contemplam apenas regras que dizem respeito à licitação. Elas também tratam de inúmeras outras situações jurídicas, tais como: a formalização e a execução de contratos; a possibilidade de os licitantes provocarem a Administração Pública acerca de determinados assuntos; as cautelas de responsabilidade fiscal; a aplicação de penalidades e sanções administrativas; a ocorrência de crimes e suas

---

5 BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 14 jan. 2022.

6 BRASIL. Lei nº 14.133.

penas, entre outras. Tais regras, que dizem respeito ao Estado de Direito e ao regime de atuação da Administração Pública, não são afastadas pelo fato de a licitação ser regida por normas editadas por organismo internacional.

As normas da Lei nº 8.666 ou da Nova Lei serão adotadas sempre que não se configurarem incompatíveis com a disciplina exigida pela instituição estrangeira de financiamento ou doação. Há casos em que a entidade estrangeira recorre à legislação nacional do país contratante, evitando-se, assim, conflitos. Há hipóteses também em que se estabelecem regras gerais, plenamente ou majoritariamente compatíveis com a legislação nacional, caso em que o procedimento será idêntico ou muito próximo ao da regra prevista na lei pátria.

Dito isso, por rigor hermenêutico, destaca-se o contido na Lei nº 8.666, norma em vias de revogação, que ainda disciplina licitações e contratos administrativos. O artigo 42, § 5º da Lei nº 8.666<sup>7</sup> dispõe que:

Art.42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

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

---

7 O artigo 42, § 5º da Lei nº 8.666 teve sua atual redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994.

autoridade imediatamente superior.<sup>8</sup>

A redação deste artigo é complexa e engloba os principais requisitos dos quais decorrem as peculiaridades dos procedimentos licitatórios financiados por organismos internacionais.

O disposto no § 5º prevê que, havendo o emprego de recursos oriundos de fontes estrangeiras, as licitações poderão ser realizadas conforme as regras constantes em acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais; ou, ainda, em conformidade com as normas editadas pela instituição que realizará o empréstimo ou a doação de recursos. Entretanto, deverão ser observados alguns pressupostos e requisitos.

De plano, da transcrita norma se extraem duas autorizações diversas para o afastamento das regras previstas na legislação de contratos e licitações nacionais. Uma delas é a possibilidade de se aplicar as regras contidas em acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional; a outra possibilita às Instituições Públicas valerem-se de normas e procedimentos das agências oficiais de cooperação estrangeira ou organismos financeiros multilaterais de que o Brasil seja partícipe, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que não conflitem com o princípio do julgamento objetivo.

Em análise perfunctória da primeira autorização legislativa tem-se que a realização de licitações mediante a aplicação de regras contidas em acordos, protocolos, convenções e tratados internacionais não deriva propriamente do disposto no artigo 42, § 5º, da Lei nº 8.666. Nas licitações e nos contratos realizados por entidades públicas a incidência das normas contidas naqueles instrumentos tem sua aplicabilidade reconhecida expressamente por aquele dispositivo legal, porém deriva de outro fundamento jurídico. Qual seja, o

---

8 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 jan. 2022.



artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a competência privativa do Presidente da República para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.<sup>9</sup>

Insta esclarecer que a expressão ato internacional, disposta pela Constituição, engloba acordos e protocolos internacionais. Assim, quando da celebração de tratado, convenção ou ato internacional, o Congresso Nacional delibera sobre o tema e os ratifica, sempre que tais instrumentos acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. É o que estabelece o artigo 49, inciso I, da Constituição.<sup>10</sup> Cabe então ao Presidente da República editar decreto promulgando o ato internacional, que passa à ordem jurídica nacional, com o *status* de lei ordinária.

Se atos internacionais preveem regras no que concerne a procedimentos licitatórios e contratos administrativos no âmbito nacional, sua incidência deriva justamente de prévia integração ao direito interno com o *status* de lei ordinária, e não de autorização da Lei nº 8.666. Com isso, mesmo se não existisse esta previsão na Lei, as licitações poderiam ser realizadas em conformidade com aqueles atos. No caso, até mesmo a exigência de financiamento internacional, prevista na Lei nº 8.666, pode ser afastada pelo disposto em atos internacionais após sua integração ao ordenamento jurídico pátrio.

É possível a aplicação de regras previstas em ato internacional em que o contratado seja remunerado exclusivamente com recursos nacionais, sem qualquer financiamento por órgão internacional. Seria o caso, por exemplo, da transferência de tecnologia por país estrangeiro para a construção de ativo importante para o país, tal como usina nuclear ou equipamento militar, onde o tratado de transferência de tecnologia poderia prever regime especial de licitação, sendo o contrato integralmente custeado pela União, sem impedimentos pelo que consta do texto da Lei nº 8.666.

---

9 BRASIL. [Constituição (1988)].

10 BRASIL. [Constituição (1988)].

Cabe ressaltar, sobremaneira, que para ser integrados à ordem jurídica interna, os atos internacionais devem harmonizar-se à Constituição Federal. Em verdade, sua integração ao direito interno só poderá ocorrer se as regras neles previstas não ofenderem a ordem jurídica nacional. Caso contrário, a inconstitucionalidade será declarada pelo Poder Judiciário, sendo o controle submetido ao Supremo Tribunal Federal (STF), como prevê o artigo 102, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal.<sup>11</sup>

Situação jurídica peculiar é a dos organismos multilaterais, como é o caso do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), que teve seu Convênio Constitutivo assinado em Washington/DC, EUA, em 8 de abril; o Decreto Legislativo nº 18, editado em 7 de dezembro; e o Instrumento de Ratificação, depositado pelo Brasil junto à Organização dos Estados Americanos, em 30 de dezembro, todos no ano de 1959. Desta forma, o Convênio foi incorporado à ordem jurídica interna brasileira. O Brasil, na qualidade de país quotista do BID, participa das deliberações e reuniões para a aprovação de suas normas. Entretanto, as normas editadas para a regência de licitações e contratações, com recursos financiados pelo BID, não passam a integrar o ordenamento jurídico nacional, posto que não se submetem a convênios ou acordos internacionais. Porém, poderão ser aplicadas no território nacional em razão de autorização legal expressa pela Lei nº 8.666 e pela Nova Lei.

É o caso da segunda autorização legal para o afastamento das regras previstas na legislação nacional de contratos e licitações. Esta autorização trata da aplicação das normas dos organismos internacionais nos contratos decorrentes de empréstimos a entes públicos nacionais. Neste caso, não há integração das regras internacionais ao direito interno brasileiro; desnecessária, portanto, a sua aprovação pelo Congresso Nacional e a promulgação pela Presidência da República.

Ainda que se exija prévia autorização do Senado Federal para em-

---

11 BRASIL. [Constituição (1988)].



préstimos internacionais, como ditam os artigos 21, inc. I e 52, inc. V, da Constituição Federal, eventuais normas ou regulamentos previstos no instrumento de operação financeira internacional não terão *status* de tratado internacional, faltando-lhes capacidade jurídica de, por si, afastarem normas legais nacionais.<sup>12</sup>

Para esta situação, as previsões contidas no § 5º, do artigo 42, da Lei nº 8.666 não são desprezíveis, pois constituem autorização expressa do ordenamento jurídico brasileiro para a aplicação de regras de licitação editadas por organismos financiadores internacionais, em licitações e contratos nacionais.<sup>13</sup>

Neste mesmo sentido se manifesta Cláudio Madureira, em recentíssima obra:

As condições resultantes de acordos internacionais internalizados no direito brasileiro podem ser exigidas sem maiores objeções de ordem jurídica, porque passam a integrar o ordenamento pátrio (CRFB, art. 49, I c/c art. 84, VIII). O mesmo não ocorre, todavia, com as condições impostas pelos órgãos financiadores. Por esse motivo, o legislador condicionou a sua incidência à observação de alguns requisitos.<sup>14</sup>

Para tanto, deverão ser cumpridas as exigências previstas na lei nacional. Neste tópico existem algumas diferenças entre as regras previstas na Lei nº 8.666 e na Nova Lei. Primeiramente, serão abordados os requisitos previstos na Lei nº 8.666, quais sejam: tais organismos devem condicionar a doação ou o empréstimo à aplicação de suas regras; que estas regras não conflitem com o princípio do julgamento objetivo; que as regras sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato e, por fim, que

---

12 BRASIL. [Constituição (1988)].

13 BRASIL. Lei nº 8.666.

14 MADUREIRA, Cláudio. **Licitações, contratos e controle administrativo**: descrição sistemática da Lei 14.133/2021 na perspectiva do Modelo Brasileiro de Processo. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 45.

o despacho seja ratificado pela autoridade imediatamente superior.

Antes de tratar dos requisitos, importante pontuar uma impropriedade técnica do texto legal. Como dito, os requisitos para o afastamento das regras da legislação nacional de contratos e licitações estão previstos no § 5º, do art. 42 da Lei nº 8.666. Ressalta-se a literalidade do disposto no *caput* do art. 42 da mesma Lei, o qual dispõe que: “nas concorrências de âmbito internacional o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes”.<sup>15</sup>

A hermenêutica jurídica impõe que o parágrafo deva ser interpretado nos termos de seu *caput*. Assim, é natural que, em razão de o *caput* do já citado artigo 42 empregar o termo “concorrências”, se interprete que o disposto no seu § 5º se aplique somente às concorrências ou, pelo menos, somente às licitações que envolvam valores pertinentes a uma concorrência, no caso, valores superiores a R\$1.500.000,00 (um milhão e meio de reais), conforme previsto no artigo 23, inciso I, alínea “c”, da Lei nº 8.666.<sup>16</sup> No entanto, esta não é a melhor interpretação, posto que engessa sobremaneira a eficácia dos arranjos das operações financeiras internacionais, dificultando a realização de obras, a prestação de serviços e a aquisição de bens com recursos provenientes deste tipo de financiamento. A lei não pode ser interpretada de forma que inviabilize sua própria pretensão, como uma autofagia ou autoimolação legislativa.

Igualmente deve-se considerar que atos internacionais e regras editadas por organismos internacionais, conforme já mencionado, podem conter procedimentos radicalmente diversos daqueles previstos na lei nacional. Não há obrigatoriedade de que sejam adotadas as mesmas modalidades licitatórias previstas na legislação brasileira, não há exigência de classificação de modalidades de licitação por essas regras, quanto mais qualquer correlação entre estas. Logo, não é lógica a interpretação de que a Lei nº 8666 pretendeu restringir as hipóteses de utilização do regramento internacional a licita-

---

15 BRASIL. Lei nº 8.666.

16 BRASIL. Lei nº 8.666.

ções na modalidade de concorrência ou a valores correlacionados a esta modalidade.

Em verdade, deve-se entender que o termo “concorrências” foi utilizado pelo legislador de maneira atécnica, no *caput* do artigo 42, da Lei nº 8.666, com o sentido de “licitações”, e não para designar a concorrência como modalidade de licitação, tal qual descrita no artigo 22, inciso I, desta mesma Lei.<sup>17</sup>

Feitas as observações preliminares quanto ao contido no artigo 42, § 5º da Lei nº 8.666, cabe o estudo da norma esculpida na Nova Lei, sobre o mesmo tema.

Esta Lei, já em seu artigo 1º, reza que:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange:

[...] § 3º Nas licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, podem ser admitidas:

I - condições decorrentes de acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Presidente da República;

II - condições peculiares à seleção e à contratação constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos, desde que:

- a) sejam exigidas para a obtenção do empréstimo ou doação;
- b) não conflitem com os princípios constitucionais em vigor;
- c) sejam indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação e tenham sido objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento previamente à celebração do referido contrato.<sup>18</sup>

---

17 BRASIL. Lei nº 8.666.

18 BRASIL. Lei nº 14.133.

Como se vê, esta Lei alterou significativamente a localização geográfica da regra no interior da norma. O regramento passou do artigo 42 da antiga Lei, para o artigo 1º na Nova Lei. Este mesmo artigo, em seu *caput*, define sua abrangência nacional, impondo-se como norma geral a toda a Administração Pública Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Outra importante observação refere-se à redação do texto legal, que dirimiu divergência interpretativa, em que pese já superada, quanto à exclusividade da utilização das regras internacionais às licitações na modalidade de concorrência pública. O novo texto não incorreu na atecnia legislativa contida na norma anterior.

Relevante esclarecimento legislativo foi impetrado pela Nova Lei. Enquanto a lei anterior previa a possibilidade de utilizar, nas licitações financiadas com recursos internacionais, as “*normas e procedimentos daquelas entidades*”, a Nova Lei dispõe que nestas licitações poderão ser admitidas “condições peculiares à seleção e à contratação de normas e procedimentos das agências ou organismos” internacionais.<sup>19</sup>

Não houve apenas adequação hermenêutica do texto legal, mas evolução legislativa, com substancial alteração do conteúdo normativo, ficando demonstrada a relevância do tema e a melhor técnica legislativa empregada.

Para se entender a citada alteração do conteúdo normativo entre a Lei nº 8.666 e a Nova Lei impõe-se um cotejo entre as exigências legais existentes em cada um dos textos.

Da Lei nº 8.666, artigo 42, § 5º, extrai-se que para afastar a legislação pátria nas licitações realizadas pelas entidades da Administração Pública direta e indireta é necessário o cumprimento das seguintes exigências: i) que as obras, os serviços ou as compras de bens sejam financiados por agências ou organismos internacionais; ii) que as condições especiais de

---

19 BRASIL. Lei nº 14.133.

licitação estejam previstas em acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais ou que as normas e os procedimentos da agência ou organismo sejam condição para a realização do financiamento ou doação; que estas não conflitem com o princípio do julgamento objetivo; que sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato e que o referido despacho seja ratificado pela autoridade imediatamente superior.<sup>20</sup>

A novel redação, constante do art. 1º, § 3º da Lei nº 14.133/2021, é mais clara e segura ao dispor que, nas licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, podem ser admitidas: condições decorrentes de acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Presidente da República ou condições peculiares à seleção e à contratação constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos internacionais, desde que sejam exigidas para a obtenção do empréstimo ou doação; que não conflitem com os princípios constitucionais em vigor; que sejam indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação e que tenham sido objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento, previamente à celebração do referido contrato.<sup>21</sup>

Da própria leitura da norma verifica-se, de pronto, a melhor técnica legislativa aplicada, o que gera menos conflitos jurisprudenciais e doutrinários.

Como visto, a Nova Lei não dá margem para que se discuta se a regra prevista é restrita à modalidade de licitação concorrência pública. Porém, também não incorre na melhor técnica quando exige, para os acordos e tratados internacionais que disponham sobre a utilização de regras e procedimentos licitatórios, que a obra, o serviço ou a compra do bem sejam financiados por entidades internacionais ou multilaterais. Esta exigência é

---

20 BRASIL. Lei nº 8.666.

21 BRASIL. Lei nº 14.133.

precária, pois o ato internacional, ao ser recepcionado como lei ordinária federal, pode afastar tal exigência.

Já as regras e os procedimentos de organismos internacionais que não tenham previsão em tratados internacionais somente poderão ser utilizados afastando-se a legislação nacional no que diz respeito às licitações e aos contratos quando cumprirem todas as exigências da lei brasileira. Para tanto, a Nova Lei prevê que aquelas regras devem ser condição para o financiamento ou a doação; não podem conflitar com os princípios constitucionais em vigor; devem ser indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação e ser objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento. Neste caso, tanto para as exigências previstas na Lei nº 8.666, como para a Nova Lei, deve a contratação ser financiada, ao menos em parte, por entidade internacional ou multilateral. As leis não exigem o financiamento integral.

Entende-se que somente será válido afastar a legislação pátria quando o contrato depender de financiamento internacional. No entanto, não é necessário que seja maior que 50% do custo total, exige-se apenas que se mostre relevante e fundamental para a realização do contrato. Em obras e compras de grande porte não é raro que valores alcancem montantes financeiros significativos, assim, fração inferior a 50% da obra poderá ter relevante impacto orçamentário. Esta situação implica análise de cada procedimento licitatório que exija afastamento de norma pátria, a fim de se evitar burla, sendo claramente vedado afastar a lei nacional quando o financiamento internacional for ínfimo.

A Lei nº 8.666 prevê a exigência de que os procedimentos e as regras de órgãos internacionais ou multilaterais sejam objeto de despacho motivado pelo órgão executor do contrato e ratificado pela autoridade imediatamente superior.<sup>22</sup> Esta é, também, circunstância que deve ser analisada em cada caso concreto.

---

22 BRASIL. Lei nº 8.666.



Já a Nova Lei traz redação diversa, exigindo que as condições peculiares à seleção e à contratação constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos internacionais sejam indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação e que tenham sido objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento, previamente à celebração do referido contrato. A Nova Lei não exige que haja despacho motivado pelo órgão executor do contrato ou que o referido despacho seja ratificado por autoridade imediatamente superior. No entanto, é ainda indispensável a existência de ato fundamentado pela autoridade do órgão executor responsável pelo contrato, ainda que seja possível dispensar sua ratificação pela autoridade superior. Posto que, como visto, a fundamentação e a exposição dos motivos determinantes do ato administrativo são condição de sua validade e eficácia. “Todos os contratos administrativos têm como pressuposto um juízo fundamentado quanto à sua necessidade, utilidade e moralidade. A instalação do processo de licitação pressupõe essa definição prévia”.<sup>23</sup>

A motivação é condição própria do ato administrativo e, mesmo a Nova Lei não a exigindo, é obrigatória. Não pode o Administrador Público agir sem motivação, pois é condição intrínseca de validade do ato administrativo a demonstração de sua finalidade pública. É o que se tira das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] se de ato discricionário se tratar, salvo alguma hipótese excepcional, há de se entender que o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido, já que a administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, “fabricar” razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato.<sup>24</sup>

---

23 MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 30.

24 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 356.

A Nova Lei clarifica ainda que não somente o procedimento de licitação, mas também a disciplina jurídica dos contratos administrativos, podem sofrer alterações impostas pelas condições peculiares do contrato internacional. Neste caso, poderão existir contratos administrativos com prazos diversos dos previstos na legislação nacional, algo que não consta expressamente na Lei anterior. Quanto à análise das propostas, a Nova Lei é omissa em exigir seu julgamento objetivo:

A Lei 8.666 exigia, de modo explícito, a preservação do julgamento objetivo. A Lei 14.133/2021 não contempla idêntica previsão. A alteração redacional é irrelevante. A Lei 14.133/2021 não autorizou a seleção do contratante mediante um julgamento destituído de objetividade.<sup>25</sup>

Em verdade, a contratação do licitante mediante critérios objetivos é uma imposição constitucional, a qual se sobrepõe à omissão legislativa. Por fim, a Nova Lei diverge da anterior, a qual previa a utilização de normas e procedimentos das entidades financiadoras internacionais. Agora, a Nova Lei dispõe que nas licitações e nas contratações, com financiamento daquelas entidades, poderão ser admitidas condições peculiares à seleção e à contratação.<sup>26</sup>

A diferença, a princípio, pode parecer pouco significativa. Porém, a Nova Lei não fala em utilização de normas e procedimentos internacionais, mas aceita nas licitações e contratos, com financiamento internacional, condições peculiares. Portanto, o parecer do órgão jurídico do contratante do financiamento e o despacho motivado da autoridade responsável do órgão executor do contrato não poderão analisar a norma ou o procedimento internacional como um todo, mas deverão tratar em cada caso das condições peculiares da licitação e/ou do contrato, para demonstrar a inexistência de

---

25 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 56.

26 BRASIL. Lei nº 14.133.

ofensa aos princípios licitatórios e às normas constitucionais.

Importante frisar que estas condições peculiares devem constar do contrato de empréstimo ou doação, sendo, portanto, prévias ao procedimento licitatório. É vedado à Administração Pública ou à instituição estrangeira introduzir especificações, exigências ou limitações em momento posterior à formalização do contrato. Admite-se alterações às condições previstas nas leis nacionais, mas estas devem ser feitas *a priori* e de modo explícito. A autorização legislativa não pretende substituir um procedimento objetivo pela discricionariedade administrativa.

A fundamentação para o afastamento das regras nacionais de licitação, ao utilizar-se de regramento de entidade internacional, sempre exigiu análise minuciosa de cada uma das diferenças entre os procedimentos e a demonstração casuísta de não ofensa aos ditames constitucionais e aos princípios da Administração Pública, porém, quando a Nova Lei trata da possibilidade de aceitação de condições peculiares à seleção ou contratação, ela é muito mais clara ao exigir maior esforço por parte do Administrador em demonstrar quais são cada uma dessas peculiaridades e porque, em cada um dos casos, não há ofensa aos princípios do direito administrativo e às normas constitucionais.

#### **4. CONTROLE DA COMPATIBILIDADE JURÍDICA DAS REGRAS INTERNACIONAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM FACE DAS NORMAS NACIONAIS**

Vale ressaltar que o afastamento dos procedimentos previstos na legislação nacional, ao aplicar regras contidas em atos internacionais ou editadas por organismos internacionais, não significa uma abertura à arbitrariedade.

É verdade que os procedimentos previstos na legislação nacional constituem uma dentre tantas formas possíveis de se disciplinar licitações

e contratações administrativas. Assim, há diversas possibilidades de re-grar esta matéria sem que haja violação dos princípios constitucionais e dos direitos dos licitantes.

Como visto, são duas as possibilidades de afastamento das normas nacionais de licitação para a aplicação de regras internacionais. Aquelas previstas em atos, tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário e as editadas por organismos internacionais financiadores.

Ao se aplicar no país regras licitatórias previstas em acordos, tratados ou convenções internacionais, tais instrumentos terão sido previamente integrados à ordem jurídica interna, mediante análise de sua compatibilidade com a Constituição Federal, pelo Congresso Nacional e o Gabinete da Presidência da República.

Quando da aplicação de regras editadas por organismos internacionais financiadores deve ser analisada sua compatibilidade com a ordem jurídica interna pela Administração Pública, a quem incumbirá a recusa de sua aplicação, se incompatíveis com os princípios da ordem jurídica nacional, ainda que isso implique em não obtenção da doação ou do financiamento pretendidos. Esta análise deve ocorrer em cada um dos procedimentos licitatórios em que houver o afastamento das regras nacionais de licitação, demonstrando-se, assim, que as condições peculiares da licitação ou do contrato estão de acordo com os princípios licitatórios e constitucionais. Esta análise de compatibilidade constitucional deve constar do parecer jurídico e do despacho motivado da autoridade pertencente ao órgão executor do contrato. É o chamado controle interno ou controle administrativo. O controle interno, ou controle administrativo, como lecionam alguns autores, é aquele realizado pela própria entidade ou pelo órgão produtor do ato controlado, na esfera da própria Administração.<sup>27</sup>

Isto porque, *a posteriori*, as regras aplicadas poderão ser questionadas

---

27 GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações Públicas**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 31.

perante o Poder Judiciário e os órgãos de controle (Tribunais de Conta e Poder Legislativo) por qualquer interessado ou qualquer cidadão. Afinal, a Administração Pública, mesmo aplicando normas de origem internacional, continuará subordinada ao direito pátrio. Portanto, deve observar os princípios constitucionais que regem a sua atuação. Conforme bem ensina Carlos Ari Sunfeld: “o que caracteriza o direito administrativo não é a submissão da Administração à lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo nacional, e sim a submissão ao direito”.<sup>28</sup>

Ainda que a licitação tenha sido realizada obedecendo às normas editadas pelo organismo internacional financiador, deverão ser observadas as prerrogativas da Administração Pública contidas na lei nacional e na Constituição, posto que tais questões dizem respeito a prerrogativas públicas e ao regime jurídico administrativo, os quais não são afastados simplesmente por haver aplicação de recursos estrangeiros. É que, ao realizar estas licitações, a Administração Pública não se desfaz de sua posição jurídica de ente público. Sua atuação continua caracterizada pelo regime jurídico administrativo, composto de prerrogativas e deveres que são inafastáveis por qualquer instrumento, inclusive normas editadas por organismo internacional.

Em que pese possam ser adotados procedimentos licitatórios diversos dos previstos na lei nacional, não há propriamente seu afastamento no todo.

Das lições do mestre Marçal Justen Filho conclui-se pela inafastabilidade da subordinação dos atos administrativos às normas e aos princípios dispostos na Constituição:

A atividade administrativa do Estado subordina-se à disciplina constitucional. Logo, toda e qualquer contratação administrativa será disciplinada não apenas pelas normas contratuais específicas, mas também pela CF/1988. Em qualquer caso, o

---

28 SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 190-191.

princípio norteador da avaliação quanto a regras previstas em tratado internacional ou adotadas por instituições estrangeiras será a prevalência da soberania nacional e a indisponibilidade dos interesses fundamentais. Por igual não se poderia afrontar os princípios constitucionais fundamentais que disciplinam a atividade administrativa do Estado. Assim, por exemplo, a tutela constitucional à isonomia implica vedação à adoção de cláusulas prejudiciais à participação empresas nacionais. Neste tema, podem ser adotadas regras que tornem mais acessível de licitantes sediados no estrangeiro. Não caberá dificultar o acesso dos licitantes nacionais.<sup>29</sup>

Quanto ao controle das normas internacionais, diante da Constituição, o Tribunal de Contas da União tem jurisprudência consolidada, conforme julgamento que trata de aplicação das regras de órgãos internacionais nos contratos da Administração Pública, cuja excerto de Súmula dispõe acerca da:

[...] Impossibilidade de contrato de empréstimo internacional conter cláusulas conflitantes com a Constituição. Prevalência dos princípios constitucionais em caso de conflito com as normas dos organismos de financiamento. Determinação visando à correção dos editais. Remessa de cópia ao Congresso Nacional e órgãos de supervisão e controle.<sup>30</sup>

Em outra passagem, da mesma súmula de julgamento, o TCU alega que quando o organismo internacional exige a aplicação de suas regras nos procedimentos licitatórios:

[...] coloca-se em questão a aplicabilidade das normas licitatórias nacionais em face de procedimentos definidos por organismos internacionais de financiamento. *É pacífico que, com fundamento na soberania, as normas contidas na Constituição Federal não podem ser afastadas.* Então convém lembrar o que enuncia o inciso XXI do art. 37 da CF/1988:

---

29 JUSTEN FILHO, 2021, p. 51-52.

30 BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 1640/2002**. (Plenário). Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, 4 de dezembro de 2002.



‘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 [...]’<sup>31</sup>

Em outro julgamento, ainda quanto ao controle dos contratos administrativos e às licitações com regras internacionais, em face dos princípios constitucionais, o TCU deliberou pela impossibilidade de procedimento sigiloso:

[...] 18. A justificativa apresentada pelo responsável para negar a solicitação da empresa é desarrazoada, visto que *não consta do edital cláusula de sigilo em relação ao conteúdo do processo licitatório. Mesmo que houvesse, tal cláusula seria nula de pleno direito, visto que fere princípio básico da publicidade.* 19. Ademais, a própria Lei de licitações, em seu art. 3º, § 3º, é claríssima ao afirmar que ‘a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura. 20. *Quanto às exigências do Banco Mundial, nem mesmo o art. 42, § 5º, da referida lei respaldaria um possível sigilo, visto que o atendimento do edital às exigências de organismos internacionais não pode ferir princípio administrativo brasileiro, que é o que fundamenta a própria Lei de licitações.* (grifo meu) Seria como se a Lei fosse de encontro aos seus próprios fundamentos de existência [...] 46. Devo considerar que o atendimento das regras e modelos do BIRD, o que é preconizado no parágrafo 5º do art. 42 da Lei nº 8.666/93, não pode se furtar à exigência da lei pátria que, em alguns momentos, não coincide com os normativos do BIRD. Caso a divergência seja mantida, vê-se atacado o princípio da legalidade e o da tutela ou controle da administração pública.<sup>32</sup>

---

31 BRASIL. Acórdão nº 1640/2002.

32 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 715/2004.** (Plenário). Rel. Min. Ubiratan Aguiar, 9 de junho de 2004.

É pacífico no Superior Tribunal de Justiça (STJ) a impossibilidade de afastamento das empresas nacionais em certames licitatórios realizados por entes nacionais quando da aplicação de regras de entidades internacionais financiadoras. No excerto abaixo, o mesmo Tribunal entende que os princípios constitucionais se sobrepõem inclusive às licitações escoradas em acordos internacionais, prevalecendo em qualquer dos casos o princípio da soberania nacional:

[...] mesmo quando se tratar de recursos disponibilizados pelas entidades previstas no § 5º, do artigo 42, da Lei 8.666/93, *não se poderá admitir a vedação de empresas nacionais em eventuais certames licitatórios. Os normativos oriundos de entidades estrangeiras, mesmo na vigência de acordos celebrados com a União, não prevalecem sobre certas disposições legais específicas, como no caso em comento, e menos ainda sobre princípios constitucionais pátrios* que visam garantir os interesses dos integrantes da nação brasileira, haja vista a indisponibilidade do interesse público e a soberania nacional. *Os acordos internacionais celebrados pela União e ratificados pelo Congresso Nacional devem ser honrados, mas não ao arrepio de nosso próprio ordenamento jurídico.*<sup>33</sup>

Como se vislumbra, ocorre o controle das normas e dos procedimentos de organismos internacionais ou multilaterais ainda quando da dispensa da lei nacional. As licitações e os contratos administrativos escorados em acordos ou tratados internacionais também se submetem ao controle de sua adequação aos princípios e às regras constitucionais.

Este controle tem por fundamento o despacho motivado do responsável pelo órgão executor do contrato e pelos fundamentos do parecer favorável do órgão jurídico contratante do financiamento. Neles devem constar os motivos a ser considerados para o afastamento da lei nacional, bem como ser demonstrado que as normas e os procedimentos internacionais, ou as

---

33 BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). (Plenário). **Acórdão nº 135/2003**. Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, 19 de fevereiro de 2003.

condições peculiares à licitação, não ofendem aos princípios da Administração Pública, em especial os previstos para as licitações e os constantes na Carta Constitucional.

## 5. CONCLUSÃO

Do exposto neste artigo extrai-se que o ordenamento jurídico pátrio autoriza o afastamento das regras de licitação e contratos administrativos em apenas duas hipóteses: i) quando houver esta previsão em acordos, tratados ou atos internacionais de que o Brasil seja signatário ou ii) para a aplicação de regras licitatórias de organismos financiadores, neste caso, devem ser cumpridas algumas exigências descritas na legislação nacional.

Recente sucessão legislativa altera substancialmente o trato legal quanto às exigências para a aplicação de regras licitatórias de organismos financiadores, em detrimento do regramento nacional. A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei Federal nº 14.133, de 2021, revoga em projeção e integralmente a Lei anterior – Lei Federal nº 8.666, de 1993, ao tempo em que autoriza sua sobrevida, posto permitir que a Administração Pública possa optar, por até dois anos da vigência da Nova Lei, por utilizar o regramento a ser revogado.

A Nova Lei possui redação mais bem elaborada, superando divergências jurisprudenciais decorrentes de atecnia da Lei anterior. Esclarece que, não somente o procedimento de licitação, mas também a disciplina jurídica dos contratos administrativos, podem sofrer alterações impostas pelas condições peculiares do contrato internacional, algo que não consta expressamente na Lei anterior.

Ainda, a Nova Lei não exige que haja despacho motivado pelo órgão executor do contrato ou que o referido despacho seja ratificado pela autoridade imediatamente superior. Porém, exige que as condições peculiares à seleção e à contratação, constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos internacionais, sejam indicadas no respectivo contrato

de empréstimo ou doação e que tenham sido objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento, previamente à celebração do referido contrato.

Conclui-se que os princípios de direito administrativo, as regras constitucionais e ambas as leis federais que dispõem sobre regras gerais de licitação e contratos administrativos exigem do administrador público ato motivado em que se demonstre, em cada um dos procedimentos licitatórios, que cada uma das condições peculiares à seleção e à contratação constantes de normas e dos procedimentos das agências ou organismos internacionais ou multilaterais não ofendem aos princípios da Administração Pública, em especial os previstos para as licitações e os constantes na Carta Constitucional.

O artigo demonstra que a Administração Pública deverá analisar minuciosamente os regramentos internacionais sempre que utilizá-los em suas licitações ou contratos administrativos, para verificar sua compatibilidade com as regras e os princípios constitucionais. Os órgãos de controle, de natureza administrativa ou judicial, poderão, mesmo nas licitações escoradas em tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, afastar regras incompatíveis com o ordenamento jurídico pátrio.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). (Plenário). **Acórdão nº 135/2003**. Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, 19 de fevereiro de 2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 1640/2002**. (Plenário). Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, 4 de dezembro de 2002.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 715/2004**. (Plenário). Rel. Min. Ubiratan Aguiar, 9 de junho de 2004.

GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações Públicas**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

MADUREIRA, Cláudio. **Licitações, contratos e controle administrativo: descrição sistemática da Lei 14.133/2021 na perspectiva do Modelo Brasileiro de Processo**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.