

Financiamento internacional e a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos – Reflexões

Maria do Carmo Garcez Ghirardi¹

A recente crise econômica que afetou tanto os Estados Unidos da América quanto a União Europeia aguçou a escassez de recursos financeiros com os quais contam os governos dos mais diversos pontos do globo para realizar obras indispensáveis à melhoria da condição de vida das respectivas populações.

Nesse contexto, avulta a importância dos organismos multilaterais responsáveis pela canalização de investimentos ao redor do mundo, notadamente o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD).

Para além dos mecanismos de financiamento do BIRD, surge na década de 1980, como importante apoio aos governos que necessitam de aporte financeiro do exterior, a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (“MIGA”, na sigla em inglês²).

O presente ensaio tem por escopo apresentar em linhas gerais os objetivos e possibilidades da MIGA, como componente do Grupo Banco Mundial, anotando ainda algumas observações relacionadas à utilização deste canal de financiamento em se tratando de licitações tais como regulamentadas no Brasil.

1 Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Internacional pela mesma Universidade. Advogada em São Paulo.

2 “Multilateral Investment Guarantee Agreement”. A MIGA é membro do Grupo Banco Mundial, sendo dotada de autonomia financeira e administrativa.

1. O financiamento com base em investimento estrangeiro

A ideia de que o financiamento originado de investimento estrangeiro pode favorecer o desenvolvimento dos países sofreu mudanças ao longo do tempo.

Num primeiro momento, particularmente no período pós-guerra, o investimento estrangeiro foi disputado pelos países em desenvolvimento, que buscavam atraí-lo para seus territórios mediante o oferecimento de contrapartidas vantajosas. Na época, o investidor privado estrangeiro era considerado o melhor fornecedor de capitais e o melhor exemplo do espírito empresarial. Para atrair tais investimentos, muitos países adotaram regulamentação bastante liberal, promovendo medidas de incentivo como, por exemplo, exonerações fiscais para quem transferisse capitais para seu território.

Essa receptividade foi posteriormente refreada por uma tese rapidamente disseminada entre países menos desenvolvidos economicamente, segundo a qual o capital privado estrangeiro era fonte de exploração, destinado a atividades de pouca repercussão econômica, enquanto a economia local oferecia aos investidores alta rentabilidade muitas vezes aliada à exploração desenfreada dos recursos naturais do país receptor. Evidentemente esta desconfiança levou à criação de entraves ao investimento estrangeiro, que, por sua vez, foi em busca de países menos avessos ao recebimento de seus recursos.

Com o passar do tempo chegou-se a uma atitude intermediária, menos ideológica, que permite uma visão mais racional e realista das relações econômicas internacionais. Muitos dos países em desenvolvimento acabaram por admitir que necessitavam do capital privado estrangeiro para alavancar sua economia e, ao mesmo tempo, que precisavam controlar este capital para direcioná-lo corretamente no sentido de seu desenvolvimento. A prática aliada à necessidade demonstrou que o capital era necessário, como necessário era também alocar adequadamente estes recursos, controlando rigidamente sua aplicação, para evitar desvios e desperdícios evidentemente não desejados.

2. O Banco Mundial e o financiamento aos países em desenvolvimento

O Banco Mundial³ surgiu na Conferência de Bretton Woods, juntamente com o Fundo Monetário Internacional, tendo sua primeira sessão em 1946, nos Estados Unidos da América. Sua finalidade primordial é promover o desenvolvimento, concedendo empréstimos aos países-membros, de forma a viabilizar a consecução de obras e projetos que elevem o padrão de vida da população local.

Os empréstimos concedidos pelo Banco Mundial são regidos por seus estatutos e por normas gerais de Direito Internacional Público. Podem ser concluídos entre Estados e o Banco ou entre este e entidades não estatais, hipótese em que o empréstimo depende do oferecimento de uma garantia, a ser prestada pelo Estado em que tem sede tal entidade⁴. Alguns requisitos são necessários para que o Estado possa se candidatar a um empréstimo através do Banco Mundial, dentre os quais se destacam o pagamento rigorosamente pontual da dívida pública externa e a previsão de indenização em casos de nacionalização ou desapropriação.

Como os demais organismos originados em Bretton Woods, o Banco Mundial tem uma estrutura tripartite (Conselho de Governadores, Conselho ou Diretoria e Diretor-geral ou Presidente, assistido por um Secretariado). O Estado que queira se tornar membro do Banco Mundial deve subscrever parte de seu capital. Esta subscrição está vinculada ao mecanismo de voto ponderado nas decisões do Banco que, para alguns autores, acaba por colocá-lo “nas mãos dos grandes países desenvolvidos na economia de mercado, o que provoca, em consequência, nos países do Terceiro Mundo, sentimentos de frustração, desconfiança e irritação”⁵.

3 Também conhecido como Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD). O BIRD passou a se denominar Banco Mundial a partir de 1955. Não se confunde com o Grupo Banco Mundial, que agrega dentre outros, além do BIRD (ou Banco Mundial), a MIGA, o CIDIRI e a CFI.

4 No caso de empréstimo a particulares, com o aval do Estado em que se localiza sua sede, normalmente há exclusão da aplicação da legislação interna deste Estado, com a adoção integral das regras do Banco Mundial para a concessão do empréstimo e todo seu desenrolar, até o efetivo pagamento.

5 FEUER, Guy e CASSAN, Hervé. *Droit international du développement*. Dalloz, Paris, 1991, p. 101 (tradução livre)

Isto porque o artigo V, seção 3 dos estatutos do Banco Mundial determina que cada Estado dispõe de um número igual de votos, acrescido de votos suplementares por fração de sua subscrição, o que confere 250 votos iniciais ao Banco, aos quais se somam os votos suplementares calculados com base na contribuição de cada Estado-membro. O princípio de igualdade mantém-se na medida em que se confere um voto a cada Estado-membro, mas acaba por se descaracterizar na medida em que atribui votos suplementares, proporcionais ao montante de capital subscrito por cada um.

Esta forma de divisão de poder foi concebida, à época da criação dos organismos de Bretton Woods, tendo em vista a maior responsabilidade daqueles que, ao final, estavam empatando seu capital num Banco destinado a financiar países com menores recursos, menor estabilidade político-econômica e que, assim, poderiam oferecer maior risco de falha no pagamento. Por outro lado, os países em desenvolvimento nunca foram muito favoráveis a esta sistemática, buscando sempre maior participação nos órgãos de tomada de decisão do Banco. A partir da crise monetária de 1971, a pressão dos países em desenvolvimento por uma participação mais igualitária na deliberação dos rumos do Banco se faz sentir com maior força.

Neste diapasão, a Resolução n° 3.202 da ONU, acerca de um programa de ação para a instauração de uma nova ordem econômica internacional, recomenda uma participação “plena e efetiva dos países em vias de desenvolvimento em todos os estágios de tomada de decisões que possam conduzir à elaboração de um sistema monetário equânime e durável”. Esta recomendação aplica-se evidentemente ao Banco Mundial⁶.

Do embate entre visões diferentes, que se amoldam à marcha do tempo, surgiram novos organismos internacionais no bojo das Nações

6 A Carta dos direitos e deveres econômicos dos Estados refere-se explicitamente à igualdade e à equidade, sendo que possivelmente o texto mais completo a este respeito encontra-se em seu artigo 10: “Todos os Estados são juridicamente iguais e, sendo membros iguais da comunidade internacional, têm o direito de participar plena e efetivamente à adoção, em nível internacional, de decisões que visem resolver os problemas econômicos, financeiros e monetários mundiais, especialmente por intermédio das organizações internacionais apropriadas, de acordo com seus regulamentos atuais e futuros, e de tomar parte, de maneira equitativa, nas vantagens daí decorrentes”. (tradução livre)

Unidas, continuamente na busca de mecanismos que possam auxiliar o desenvolvimento de todos os países, nem sempre com o sucesso almejado. O número por vezes excessivo de organismos criados no seio da ONU, aliado a problemas decorrentes de visões políticas díspares, não permitiu que se alcançasse o resultado esperado, ao menos na abrangência pretendida.

De todo modo, inegável o papel pioneiro do Banco Mundial, como organismo de empréstimo e mediação para a resolução de disputas econômicas internacionais. Inicialmente os empréstimos realizados aos países em desenvolvimento estavam sujeitos a condições draconianas, que acabavam por aumentar a dívida externa dos tomadores do empréstimo. Percebendo esta distorção, o Banco esforçou-se para participar mais ativamente dos financiamentos de programas vitais para os países em desenvolvimento, tentando adaptar seu modo de intervenção às políticas de redução da dívida externa daqueles mesmos países.

Para atingir estes objetivos, o Banco pode conceder empréstimos à administração pública dos Estados-membros, para investimentos específicos com duração de quatro a nove anos, e também empréstimos para operações setoriais⁷. Sua ação é reconhecida e eficaz especialmente por força de seus três braços: a Corporação Financeira Internacional (CFI), a Associação Internacional do Desenvolvimento (AID) e a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA).

Cada um destes organismos vinculados ao Grupo Banco Mundial tem uma função específica. A Corporação Financeira Internacional (CFI), criada em 1956, tem por objetivo auxiliar o desenvolvimento econômico do setor privado dos Estados-membros. Pode oferecer empréstimos com prazo de duração entre 7 e 12 anos. A Associação Internacional do Desenvolvimento (AID) foi criada em 1960, com o objetivo de oferecer empréstimos de longo prazo para os países do Terceiro Mundo, tendo, porém, suas atividades bastante reduzidas após a retirada dos Estados Unidos da América, da França e dos

⁷ Como, por exemplo, empréstimos setoriais de investimento e de manutenção objetivando atender às prioridades econômicas de um país; empréstimos destinados à sustentação de políticas de reforma institucional num setor específico; empréstimos de ajustamento estrutural para reequilibrar a balança de pagamentos a médio e longo prazo; empréstimos voltados à assistência técnica ou à reconstrução de urgência, em caso de catástrofes, etc.

Países Baixos. A Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA) centra suas atividades na promoção e ajuda pontual aos investimentos privados dos países em desenvolvimento. Ela estabelece a base de um sistema internacional de garantias, voltada para riscos não comerciais.

3. As regras de financiamento do Banco Mundial

Os países-membros do Banco Mundial podem a ele recorrer para obter empréstimos que tenham por objetivo a promoção do desenvolvimento estável, mediante crescimento sustentável, aliado a medidas de combate à miséria e redução da pobreza. Para que o Estado receba o empréstimo almejado, no entanto, é preciso que assuma sua responsabilidade, confirmando de modo inequívoco que os valores a ele repassados serão necessária e integralmente aplicados nos projetos sociais a que se destinam.

Este comprometimento só é considerado válido quando o Estado tomador do empréstimo aceita submeter-se às regras do Banco Mundial, que procura manter rígidos padrões de eficiência, integridade e prestação de contas sobre a utilização dos recursos por ele transferidos.

Os contratos de empréstimo firmados com o Banco Mundial geralmente são acompanhados de anexos que revelam de modo bastante claro os requisitos estabelecidos pelo financiador para que o tomador faça jus ao recebimento dos valores. Tais requisitos são conhecidos como Diretrizes do Banco Mundial, às quais o tomador deve anuir integralmente a fim de obter o financiamento desejado.

Na contratação de obras ou serviços, por exemplo, o Banco Mundial incentiva a licitação internacional como forma preferencial de aquisição a ser adotada pelo tomador. Admite ainda, sob certas circunstâncias a serem indicadas e justificadas pelo tomador, que este, ao invés de licitação internacional ampla, promova licitações internacionais restritas, procedimentos licitatórios nacionais, aquisições ou contratações diretas.

Os modos excepcionais de contratação estão, porém, sujeitos a uma avaliação do Banco Mundial e não serão aceitos se a justificativa apresentada não lhe parecer razoável. A ideia é promover as aquisições

de bens ou contratação de serviços sempre através de procedimentos licitatórios internacionais os mais abrangentes possíveis, exatamente para garantir a livre competição entre os potenciais fornecedores de bens ou serviços, o que em princípio representa maior vantagem para o tomador.

O financiador tem assim a faculdade de estabelecer alguns parâmetros que lhe pareçam necessários ou indispensáveis ao desembolso para a consecução dos objetivos indicados pelo tomador. Mas é este, ao fim e ao cabo, que deverá executar o projeto. As peculiaridades, dificuldades e objetivos de cada projeto são conhecidos diretamente pelo tomador dos recursos. Por maior que seja o aprofundamento dos técnicos do Banco na avaliação de cada situação, ninguém melhor que a administração local para saber quanto é necessário o projeto para o qual se busca o financiamento e qual a forma mais adequada para sua execução.

Para executar o projeto, o tomador dos recursos deverá, seguindo as Diretrizes do Banco, promover o procedimento licitatório. Este, por sua vez, deverá atender aos requisitos e limites que a legislação nacional lhe impõe. Resta saber se há algum antagonismo insuperável entre as Diretrizes e a legislação de cada país e, em caso afirmativo, como superá-lo.

No caso do Brasil, observamos que, em linhas gerais, as regras do Banco Mundial não parecem destoar dos princípios estabelecidos em nossa Constituição Federal, notadamente os do artigo 37, no que tange à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Mesmo assim, vez por outra, há questionamentos quanto à validade de regras ditadas pelo Banco Mundial, especialmente em hipóteses de desclassificação de concorrentes, que em tais situações normalmente estão sujeitos, além das regras nacionais, ao regulamento do Banco.

4. A lei Brasileira e alguns julgados recentes

Em diversas ocasiões o Judiciário brasileiro tem sido instado a se manifestar sobre aspectos variados de licitações internacionais, financiadas pelo Grupo Banco Mundial. Os Tribunais têm confirmado, nestes momentos, a validade da imposição de certas regras específicas pelo

agente financiador, fundamentando tais decisões particularmente no parágrafo 5º do artigo 42 da Lei 8.666/93⁸.

Tomemos como exemplo um recente Acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A questão levada a julgamento girava em torno da possibilidade de determinado consórcio, considerado inabilitado na fase de pré-qualificação, ter acesso ao edital de licitação e continuar participando das demais fases do certame, sempre que satisfeitas as exigências pertinentes a cada uma das etapas.

Contra esta possibilidade insurgiu-se a entidade licitante, aduzindo que “o Edital foi elaborado e a licitação realizada em conformidade com os procedimentos de concorrência internacional (ICB), especificadas nas Diretrizes para Aquisições no âmbito de empréstimos do BIRD”. Esclareceu ainda que o próprio edital informava que a concorrência seguiria as diretrizes do BIRD, não havendo qualquer incompatibilidade, quer do edital, quer das referidas diretrizes com os certames licitatórios brasileiros.

O consórcio alegava que as diretrizes do Banco Mundial não se coadunariam com o regramento jurídico pátrio, na medida em que não permitiriam qualquer recurso contra as decisões proferidas pela Comissão de Licitações. Contra este argumento o licitante asseverou que não haveria incompatibilidade entre as diretrizes do Banco Mundial, de um lado, e a legislação pátria, de outro, vez que o edital previa expressamente a possibilidade de recursos, apenas postergando os mesmos para o final do certame.

8 Lei 8.666/93 – “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 eles exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.”

Esta dilação na interposição de recursos, segundo o licitante, conferiria celeridade ao procedimento e estaria plenamente contemplada pelo ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a mesma dilação é adotada internamente na modalidade de pregão. Por fim, indicando que o consórcio teria sido desqualificado por deficiências técnicas, o licitante asseverou que “permitir a participação do agravado, que não demonstrou a capacitação técnica exigida no Edital, viola os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia entre os demais licitantes”, que teriam atendido satisfatoriamente às exigências do edital.

O embate foi resolvido favoravelmente ao licitante, tendo o Tribunal considerado, na parte que aqui nos interessa, que “não se verifica qualquer violação a princípios constitucionais a justificar a concessão da liminar deferida no ‘*mandamus*’, tendo em vista o estatuído no § 5º do artigo 42 da Lei de Licitações, o qual permite a utilização de normas provenientes de Tratados Internacionais dos quais o Brasil aderiu, em face da ratificação das mesmas pelo Congresso Nacional”⁹. O julgado ressalta ainda o fato de que o consórcio não teria se insurgido contra as regras do edital no momento oportuno, o que determinaria sua inafastável sujeição às mesmas regras, tal como os demais participantes do certame.

Em sede de Reexame Necessário, o mesmo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, decidindo o Mandado de Segurança a que alude o Agravo de Instrumento anteriormente mencionado, apresenta a seguinte ementa:

“MANDADO DE SEGURANÇA – Licitação – Pedido indeferido de acesso ao procedimento – Alegação de Cláusula de Confidencialidade prevista nas Diretrizes do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) – Violação ao princípio da publicidade das licitações e da transparência da Administração Pública – Inocorrência – Possibilidade após a adjudicação – Interpretação conforme a Constituição – Precedente do Tribunal de Contas da União – Sentença concessiva da segurança reformada – Reexame necessário e recurso voluntário providos. – *Se oportunizado ao licitante o acesso ao processo licitatório após a adjudicação, referida cláusula de confidencialidade imposta pelo*

⁹ Agravo de Instrumento nº 0267189-31.2011.8.26.000, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Maria Laura Tavares, v.u., julgado em 22 de março de 2012.

Banco Mundial não ofende os princípios constitucional [sic] da publicidade das licitações e da ampla defesa”¹⁰.

Lembra-nos o referido Acórdão que o “processo licitatório visa não somente escolher a melhor proposta, mas, também, de oportunizar aos interessados a igualdade de condições de contratar com a Administração”, sem, contudo, descuidar dos princípios da licitação, dentre os quais o da vinculação ao edital.

A leitura do julgado revela questões importantes ao tema sob análise. De fato, se o edital informa claramente que os recursos terão sua apreciação postergada para o final da licitação, não pode o participante do certame buscar a avaliação prévia de recurso seu, para apreciar sua desclassificação, o que poderia ferir a isonomia de tratamento dos licitantes. Assim, em linhas gerais, o julgado confirma ser possível à Administração Pública fazer constar, em seus editais de licitação, diretrizes emanadas do Banco Mundial, organismo internacional financiador do qual o Brasil faz parte.

Não obstante a confirmação desta possibilidade, o julgado nos lembra também que a submissão da Administração Pública às diretrizes do Banco Mundial não pode ser irrestrita. Caso as diretrizes estabelecessem uma obrigação conflitante com direitos e garantias fundamentais ou com os princípios norteadores da licitação, por óbvio que tais diretrizes não poderiam prevalecer, ainda que equivocadamente inseridas no edital convocatório. Resta claro, portanto, que as Diretrizes não estão imunes ao exame de constitucionalidade e legalidade, não sendo admissível a inclusão, no edital licitatório, de Diretrizes que afrontem a primazia do interesse público ou quaisquer princípios constitucionais em vigor.

Analisando questão semelhante, o Tribunal de Contas da União¹¹ entendeu que “se a publicidade é garantida em um determinado momento considerado oportuno no caso concreto, se o Senado Federal aprovou

10 TJSP – Apelação / Reexame Necessário nº 0019103-48.20118.26.0053, 11ª Câmara de Direito Público, Relator Des. Luis Ganzerla, v.u., julgado em 01 de outubro de 2012, indicado para jurisprudência.

11 Tribunal de Contas da União – Decisão do Plenário (Ac 1312/2009), sessão de 17 de junho de 2009, transcrita no Acórdão do Reexame Necessário supracitado.

o empréstimo sem qualquer ressalva, se a Constituição Federal não exige que seja dada publicidade às decisões da comissão de licitação antes da adjudicação do objeto (outorga de contrato) e se não há nenhum prejuízo aos controles interno e externo, concluímos pela inexistência de ofensa ao princípio constitucional” da publicidade, sendo preservados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ou seja, não há, em princípio, óbice à adoção das Diretrizes do Banco Mundial desde que estas constem do edital, estejam em consonância com a primazia do interesse público e não contrariem princípios constitucionais garantidores de direitos e deveres do concorrente ou da Administração Pública. O parágrafo 5º do artigo 42 da Lei 8.666/93 tem sido constantemente invocado pelo Judiciário, em socorro do financiamento de obras públicas, que tem confirmado a possibilidade de contratação de vultosos empréstimos via Banco Mundial, condicionando o repasse de recursos à adoção de suas Diretrizes básicas.

Na mesma linha seguem os inúmeros acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que tratam da matéria, considerando que em “se tratando de concorrência pública internacional com recursos provenientes de agência estrangeira, a legislação pátria admite a inserção de exigências diversas daquelas previstas na Lei Geral de Licitações”¹². Ainda: na “realização de concorrência pública internacional, se o edital de pré-qualificação estabelece exigências compatíveis como disposto na Lei de Licitações (artigo 42, § 5º e 114 da Lei 8.666/93), não se configura ilegalidade a ser reparada pela via do mandado de segurança”¹³.

5. O Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI) e a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA)

Um dos grandes princípios da Organização das Nações Unidas (ONU) refere-se à necessidade de cooperação para resolver problemas internacionais de caráter econômico, cultural ou humano. Para a consecução deste

12 STJ – RMS nº 14.579/MG, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, v.u., julgado em 20 de setembro de 2005.

13 STJ – RMS nº 11.105/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, v.u., DJ 11 de junho de 2001.

princípio, o artigo 57 da Carta das Nações Unidas prevê a criação de “entidades especializadas, criadas por acordos intergovernamentais e com amplas responsabilidades internacionais, definidas em seus instrumentos básicos, nos campos econômico, social, cultural, educacional, sanitários e conexos, as quais serão vinculadas à Organização por meio de acordos que serão submetidos à aprovação da Assembleia Geral”¹⁴.

O CIRDI, criado pela Convenção de Washington, e a MIGA, criada pela Convenção de Seul, enquadram-se neste espírito dos princípios das Nações Unidas, sendo ambos afiliados ao Grupo Banco Mundial. A MIGA volta-se precipuamente para o oferecimento de garantias a tomadores estatais, enquanto o CIRDI alcança litígios não apenas entre estados, e entre estes e particulares, mas também exclusivamente entre particulares.

Estas duas Convenções procuram dar um enquadramento universal ao direito internacional dos investimentos. Tratando de investimentos estrangeiros, ambas têm objetivos bem definidos. O CIRDI, cuja criação data de 1965, disponibiliza um fórum adequado à solução de eventuais disputas que possam surgir a partir de operações de investimento internacional. Já a MIGA busca, prioritariamente, oferecer aos investidores internacionais garantias que possibilitem maior segurança nas operações de financiamento em regiões menos estáveis econômica ou politicamente. Evidentemente, em ambos os tratados há necessidade de se avaliar as transações, sob o ponto de vista jurídico, para que se possa determinar a presença ou não de um investimento estrangeiro. Voltaremos a este ponto, mas, por ora, vejamos o que dispõem as convenções internacionais criadoras dos CIRDI e da MIGA.

A Convenção de Washington não oferece nenhuma definição formal de investimento, justamente para permitir maior abrangência das diferentes disputas que possam ser submetidas ao CIRDI. Considerando a diversidade de formas e os diferentes instrumentos por meio dos quais se podem realizar investimentos ao redor do mundo, preferiu-se deixar em aberto a conceituação para possibilitar maior abrangência de disputas originadas por vezes de instrumentos que, formalmente, talvez não

14 ACCIOLY, Hildebrando e NASCIMENTO E SILVA, G. E. Manual de direito internacional público. Saraiva, 1996, p. 224.

fossem tidos por esta ou aquela lei nacional, por este ou aquele tratado, como típicos instrumentos de investimento ou financiamento¹⁵.

Ao contrário, a Convenção de Seul, instituindo a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos¹⁶, procura delimitar com clareza e precisão as hipóteses de investimento estrangeiro. Isto se dá principalmente em razão de uma questão prática: sua limitação orçamentária. Sendo uma agência garantidora, a MIGA deve-se ater aos seus limites financeiros, o que determina a exclusão de algumas operações do seu âmbito de aplicação¹⁷. Não se trata de formular conceito teórico sobre a noção jurídica de investimento, mas, sim, de promover definição necessária à distinção entre operações que, sob o prisma da Agência, constituem investimento (e, portanto, passíveis de serem garantidas) e operações que não constituem investimento.

O artigo 12 da Convenção¹⁸ delimita os investimentos susceptíveis de garantia, indicando os aportes de capital, aí incluídos empréstimos de

15 O CIRDI foi criado sob os auspícios do Banco Mundial pela Convenção de Washington, de 18 de março de 1965, tendo como objetivo inicial a redução da desconfiança que países do então chamado “Terceiro Mundo” nutriam contra procedimentos arbitrais tradicionais. Estabeleceu uma estrutura original que permite a solução de controvérsias por meio de conciliação ou arbitragem, colocando à disposição dos investidores (públicos ou privados), uma lista de conciliadores e de árbitros a serem selecionados para constituir o tribunal arbitral. Uma das questões que foram logo objeto de uma solução original diz respeito à necessidade ou não de esgotamento das instâncias internas para que se pudesse submeter o litígio a uma instância internacional. O artigo 26 da Convenção traz uma redação que busca conciliar interesses conflitantes a este respeito. Também a questão relativa ao direito aplicável acabou por desagradar especialmente os países menos desenvolvidos, sendo que uma boa parte deles recusa-se a assinar a Convenção porque o parágrafo primeiro do artigo 42 estabelece que “o tribunal resolverá as disputas de acordo com as regras de direito adotadas pelas partes. Caso não haja acordo, o tribunal aplicará à disputa a lei do Estado da parte contratante – incluindo as regras relativas ao conflito de leis – bem como os princípios de direito internacional relativos à matéria.” (tradução livre). Até o momento o Brasil não aderiu a esta Convenção.

16 O Brasil tornou-se membro da Agência Multilateral de Garantia de Investimentos em 07 de janeiro de 1993.

17 A Agência Multilateral de Garantia de Investimentos não reconhece, por exemplo, quaisquer créditos à exportação como forma de investimento sujeito a garantia, independentemente de sua forma e mesmo se oferecida uma contragarantia por governos ou organismos públicos de garantia à exportação.

18 “Article 12. Eligible Investments.

(a) Eligible Investments shall include equity interests, including medium or long term loans made or guaranteed by holders of equity in the enterprise concerned, and such forms of direct investment as may be determined by the Board.

(b) Loans other than those mentioned in Section (a) above are eligible for coverage (I) if they are made to finance or are otherwise related to a specific investment or project in which some other form of direct investment is present, whether or not guaranteed by the Agency and regardless of when such other investment was made; or (II) as may be otherwise approved by the Board by special majority.”

médio ou longo prazo realizados ou garantidos pelos sócios no empreendimento almejado. Modos diversos de investimento direto podem também ser objeto de garantia, se aprovados pela Diretoria¹⁹. Outras formas de empréstimo, além das já mencionadas, podem também ser objeto de garantia, se (I) forem feitas para financiar ou de alguma forma apoiar um investimento ou projeto específico no qual outra forma de investimento direto esteja presente (este, garantido ou não pela Agência) e independentemente do momento em que este outro investimento tenha sido feito; ou (II) se obtiver aprovação da maioria qualificada da Diretoria.

A Agência, assim, procura delimitar seu campo de aplicação, deixando algum espaço para situações novas, que possam merecer seu apoio. A delimitação jurídica do que se entende por investimento, no caso da MIGA, é feita por exclusão, já que as operações de transferência que prioritariamente receberão a garantia oferecida estão indicadas detalhadamente na Convenção, embora esta admita inclusão de hipóteses diversas daquelas relacionadas, sujeitas à aprovação da Diretoria (em certos casos, por maioria absoluta). Como já mencionado, não se trata de criar uma nova categoria jurídica de investimento, mas de restringir as inúmeras formas de aporte de capital estrangeiro em projetos nacionais, para que a atuação da Agência não desborde dos limites de sua capacidade financeira, pondo em risco toda a operação de garantia a que se propõe.

6. O § 5º do artigo 42 da Lei 8.666/93 e a MIGA

A Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA) é uma organização dotada de personalidade de direito internacional e autonomia financeira. O Brasil faz parte da MIGA, sendo considerado,

¹⁹ A Agência Multilateral é uma organização internacional cujos acionistas incluem a maioria dos países do mundo. Sua estrutura administrativa compõe-se dos seguintes órgãos: Conselho de Governantes, Diretoria e Presidência, além do corpo de funcionários destacados para dar andamento aos assuntos da MIGA. O Conselho é formado por um representante de cada país-membro. O número de votos que se atribui aos países é proporcional à contribuição de cada um para a formação do capital da MIGA. O Brasil contava com 2.846 votos (ou 1,30% do capital total) em 30 de setembro de 2012. A Diretoria é composta por não menos que 20 (vinte) diretores, podendo tal número variar de acordo com o número de países que passem a fazer parte da MIGA e conforme a contribuição de cada um. Cabe ressaltar, finalmente, que os membros da Agência são divididos em duas categorias, sendo os membros listados sob a “Categoria Um”, países mais desenvolvidos, enquanto os membros sob a “Categoria Dois” são considerados países em desenvolvimento para fins da Convenção (conforme Anexo A da mesma Convenção de Seul).

para fins da Agência, como país em desenvolvimento. A MIGA foi criada com o intuito de promover os investimentos de países desenvolvidos em países em desenvolvimento, destinando-se a garantir os investidores contra riscos políticos e não comerciais.

Dentre os riscos cobertos pela MIGA destacam-se (I) o risco de transferência (contra a hipótese de o país receptor do financiamento limitar unilateralmente a possibilidade de remessa de lucros ou dividendos de seu investimento); (II) o risco de desapropriação (que pode privar o investidor de seus direitos sobre o investimento realizado); (III) o risco de ruptura do contrato (não havendo definição precisa na Convenção de Seul sobre a questão, considera-se que havendo uma ruptura contratual de caráter não comercial, e inexistindo meios de recurso apropriados do investidor contra tal medida unilateral, a MIGA deverá efetuar o pagamento da garantia); e (IV) o risco de conflitos armados ou guerras civis (que dificultam ou impossibilitam totalmente o gozo dos direitos do investidor com relação ao seu investimento, equiparando-se a hipóteses de caso fortuito ou de força maior).

A MIGA desempenha assim importante papel na captação de recursos entre investidores particulares. Sendo uma Agência do Grupo Banco Mundial, dispõe de dados muito atualizados sob o ponto de vista financeiro, social e político de diversos países. Este conhecimento assegura um dimensionamento real e efetivo dos riscos incorridos por cada investidor que, além de contar com a MIGA para minimizar riscos não comerciais, evidentemente cerca-se ainda de garantias contra riscos comerciais, nas suas diversas formas e modalidades, notadamente por meio da chamada garantia bancária autônoma, tal como regulamentada pela Câmara de Comércio Internacional.

Resta saber se a MIGA, no papel de fomentadora de investimentos, poderia também estabelecer diretrizes a serem observadas pelos receptores dos investimentos, a fim de minorar os riscos que entende presentes na empreitada. Em outras palavras: se um investidor é atraído pela MIGA para participar de determinado projeto, contando com a garantia da Agência, podem o investidor ou a Agência apresentar diretrizes a serem observadas para a concessão do empréstimo ou da garantia, tal como o faz o Banco Mundial?

O parágrafo 5º do artigo 42 da Lei 8.666/93 menciona “recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o

Brasil seja parte”. A MIGA exerce um papel preponderante na captação de recursos sendo uma Agência autônoma da qual o Brasil é parte. As linhas de financiamento são oferecidas também com base na garantia ofertada e na solidez do garantidor. Assim, se a MIGA intervém para atrair investidores que poderão, eventualmente, complementar o valor já prometido pelo Banco Mundial, está favorecendo o investimento em projeto já aprovado por outro organismo multilateral.

Este é o caso, por exemplo, do projeto P127723 do Estado de São Paulo, que objetiva melhorar as condições de transporte rodoviário e hidroviário no Estado. Pretende-se obter os recursos necessários à consecução do projeto através do Banco Mundial, em sua maior parte, de recursos próprios do Estado e de empréstimos complementares, em valor menor, oriundos de financiamento privado com garantia MIGA.

O projeto apresentado para avaliação do Banco Mundial já indica a necessidade de complementação via financiamento privado com garantia da Agência do Banco Mundial. Evidentemente, os potenciais investidores darão preferência a um projeto que tenha garantia MIGA, pois tal garantia minora consideravelmente riscos políticos associados ao empreendimento, além de ser Agência afiliada ao Grupo Banco Mundial que, via de regra, é bastante rigoroso na aprovação de projetos que financia.

Considerando a necessidade de complementação do investimento e o fato de este ser captado por uma Agência internacional da qual o Brasil faz parte, indaga-se se seria possível equiparar tais investimentos àqueles feitos diretamente pelo Banco Mundial, para fins de elaboração do edital de concorrência.

Há quem considere que as diretrizes do Banco Mundial apresentam larga vantagem na contratação por licitação, inclusive por força da limitação já anotada, que impede os participantes de apresentar recursos antes da adjudicação do objeto licitado, conferindo maior celeridade ao certame. O investimento originário do setor privado, por outro lado, muitas vezes só é realizado por força da intervenção da MIGA. O investidor sente-se seguro com o oferecimento de uma garantia sólida e decide aportar seus recursos para o projeto indicado pela Agência.

Alguns julgados parecem indicar que seria possível ao investidor ou à Agência determinar algumas condições para o certame, como se

depreende de julgado do qual se transcreve um excerto: “A lei não veda o financiamento por organismo financeiro internacional para aquisição de bens e equipamentos. Ao contrário, estatui, no art. 42, § 5º, da Lei 8.666/93, regras para viabilizá-lo. Logo, a exigência editalícia de caráter genérico no sentido de as proponentes apresentarem proposta idônea de organismo financeiro internacional para financiamento dos bens e equipamentos objeto da concorrência não constitui ilegalidade nem fere o princípio da isonomia entre as empresas concorrentes”²⁰.

Para que se responda com segurança a questão apresentada, no entanto, há que se perquirir quais os requisitos estabelecidos pela Lei para que o agente financiador possa fixar diretrizes a serem observadas no procedimento licitatório.

Como nos lembra Marçal Justen Filho, “não bastará a Administração afirmar que a contratação se fará com recursos oriundos do estrangeiro, o que autorizaria a adoção de regras licitatórias diversas daquelas contempladas na legislação brasileira”²¹.

É preciso que se trate de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte. Este o primeiro requisito estabelecido pelo parágrafo 5º do artigo 42 da Lei de Licitações. E este requisito se amolda à configuração da MIGA que, como já vimos, é organismo multilateral, dotado de personalidade jurídica internacional, tendo o Brasil como um de seus membros.

Outro requisito é a prévia aprovação do Congresso Nacional. Não é possível aplicar o permissivo do § 5º do artigo 42 da Lei de Licitações se o tratado já foi assinado, mas ainda depende de ratificação pelas Casas Legislativas. A competência do Congresso Nacional é exclusiva para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”²².

20 STJ – RMS nº 6.597-MS – Segunda Turma, Rel. Min. Antonio de Padua Ribeiro, julgado em 16 de dezembro de 1996.

21 JUSTEN Filho. Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Dialética, 2008 (12ª edição), p. 540

22 Constituição da República Federativa do Brasil – “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;”

Sendo o Brasil país-membro da Agência Multilateral de Garantia de Investimentos, a possibilidade de se recorrer à MIGA para o fomento de investimentos desejados parece já estar respaldada, na medida em que o Tratado de Seul encontra-se em pleno vigor. Claro está, na esteira da redação do parágrafo sob análise, que cada nova obrigação deverá ser também submetida à aprovação, sendo que o processo de avaliação de um projeto para posterior submissão ao Grupo Banco Mundial é bastante complexo, envolvendo ainda outras esferas governamentais.

Os potenciais tomadores do empréstimo devem submeter seu pleito à Secretaria de Assuntos Internacionais (SEAIN) do Ministério do Planejamento, através de apresentação de Carta-consulta à Comissão de Financiamentos Externos (COFIEX)²³. A COFIEX tem como objetivo identificar projetos e programas passíveis de financiamento externo. A Carta-consulta, registrada, é posteriormente submetida à análise da COFIEX. Esta análise é feita levando-se em conta, dentre outros fatores, a experiência do proponente tomador com organismos internacionais, sua capacidade de pagamento e seu limite de endividamento.

Aprovado o projeto, é necessário ainda o envolvimento do Banco Central do Brasil, através do Departamento da Dívida Pública – DEDIP e do Departamento de Capitais Estrangeiros – FIRCE.

Tratando-se de empréstimo a Estado, Município ou o Distrito Federal, ou quando estes prestarem garantia para uma entidade de sua administração indireta, há necessidade de manifestação do DEDIP, por meio de parecer técnico, sobre a observância dos limites de endividamento a que estão sujeitos, conforme determinado pelo Senado Federal.

Ao final do processo de negociação, o interessado no financiamento deve encaminhar ao FIRCE a minuta de contrato ou proposta firme de financiamento. O FIRCE promove então o credenciamento deste instrumento, momento a partir do qual o potencial tomador poderá iniciar as negociações formais com o organismo financiador, dentro das condições financeiras

23 Cabe lembrar que todas as operações de crédito externo realizadas com organismos internacionais são negociadas e contratadas no plano federal, independentemente de o financiamento ser solicitado pelo Governo Federal, Estadual ou Municipal. Isto porque todos os financiamentos externos tomados pelos Estados, Municípios ou Distrito Federal devem ser avalizados pela União.

aprovadas²⁴. Para que o contrato se torne efetivo e haja possibilidade de se realizar as remessas de pagamento ao exterior, é necessário ainda o registro da operação de crédito junto ao BACEN, que emitirá o competente Certificado de Registro, indispensável para o fechamento do câmbio.

Obedecido tal procedimento, considerando-se a intermediação da MIGA na obtenção de recursos externos em licitação internacional, há que se avaliar se a exceção manifesta no § 5º do artigo 42 da Lei 8.666/93 seria aplicável.

Retomemos o texto de referido parágrafo, ao determinar que 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 incluídas na licitação certas condições decorrentes de tais tratados, devidamente aprovados pelo Congresso Nacional.

Destacamos no texto da lei o requisito que nos parece inexistir na hipótese sob análise. A MIGA, integrante do Grupo Banco Mundial, pode atuar como garantidora de investimentos e, assim, pode também auxiliar os tomadores na busca de recursos para a implementação de seus projetos.

Entendemos que tanto numa hipótese quanto noutra, porém, haveria possibilidade de se aplicar o parágrafo 5º do artigo 42 da Lei de Licitações. Esta inaplicabilidade está diretamente vinculada à natureza da prestação ofertada pela MIGA. O fato de oferecer uma garantia a um investimento não a eleva à categoria de investidora, como também não a torna eventual intermediadora quanto à captação de recursos.

É certo que a exceção legal considera a aplicação de recursos externos oriundos de agência multilateral como requisito para sua incidência. No entanto, muito embora a MIGA seja um organismo multilateral do qual o Brasil faz parte, não se pode alargar o entendimento do texto da lei. Evidencia-se que a exceção não pode ser levada em conta quando se trata de organismo que providencie a garantia ou a intermediação do investimento estrangeiro.

Por maior que seja o empenho da MIGA na captação de recursos, e ainda que o investidor atraído pela proposta sujeite o financiamento à obtenção da garantia MIGA, resta claro que os parâmetros da contrata-

24 No caso do Grupo Banco Mundial, o credenciamento do FIRCE é feito geralmente após a realização das negociações formais.

ção não poderão ser alterados nesta hipótese, pois evidentemente não se está diante de um *investimento* sob o prisma técnico.

Sob o ponto de vista econômico, a expressão pode denotar uma certa ambiguidade, na medida em que “investimento” significa, por um lado, “*uma ação, que consiste na afetação de bens ao exercício de uma atividade econômica*”²⁵, ou, por outro, pode significar também “*o objeto sobre o qual se dá esta ação, ou seja, os bens – qualquer que seja sua natureza – que são afetos ao exercício de uma atividade econômica*”²⁶.

De todo modo, seja qual for a visão econômica, é possível identificar três elementos que caracterizam o investimento, a saber: a transferência, o tempo e o risco. Não há investimento sem transferência de valores, sem o transcurso de um determinado lapso temporal e sem risco.

O financiamento estrangeiro requer que a transferência seja individualizada e avaliada no momento mesmo do investimento, tendo origem numa fonte privada (pessoa física ou jurídica)²⁷ Deve, igualmente, objetivar um benefício para o tomador, contra o recebimento de remuneração lucrativa. Se a transferência não tem por finalidade a consecução de um benefício contra o recebimento de uma vantagem (comercial ou não) não pode ser considerada um investimento.

Deve o investimento ter uma duração temporal que permita destacar o momento da transferência do momento de sua remuneração. Não se trata de operação instantânea, comercial, em que a prestação e a contraprestação podem ocorrer simultaneamente. Ao mesmo tempo, é importante determinar um período não muito curto entre a transferência e o resgate do benefício, sob pena, igualmente, de se descaracterizar o investimento²⁸. Em linhas gerais considera-se investimento de médio prazo aquele realizado por período mínimo de três anos e, de longo prazo, aquele realizado por período não inferior a sete anos.

25 CARREAU, Dominique; FLORY, Thiébaud; JULLIARD, Patrick. *Droit international économique*. L.G.D.J., Paris, 1990, p. 560 (tradução livre)

26 CARREAU, Dominique...p. 560 (tradução livre)

27 Releva destacar que a pessoa jurídica será tida como fonte de investimento privado se a lei nacional, a lei do país em que se encontra sediada, a ela conferir a natureza jurídica de direito privado. No caso de pessoas jurídicas de direito público, será preciso diferenciar aquelas que se situam no campo concorrencial das que estão fora deste âmbito para que possam ser tidas (ou não) como fonte de investimento privado.

28 “Sem dúvida esta duração não pode ser de curto prazo: a operação tomaria, então, um caráter especulativo, que exclui a própria noção de investimento.” CARREAU. Dominique p. 562 (tradução livre)

Finalmente, o risco é inafastável elemento característico do investimento. O investidor, ao prover recursos para determinada atividade, vincula-se à sorte da mesma. Assim, se houver lucros no projeto em que investiu, receberá a contrapartida ajustada. Se, no entanto, o projeto malograr, o investidor deverá partilhar os prejuízos também na medida e na forma contratadas. A partir do investimento, a sorte do investidor estará vinculada à sorte do projeto, do empreendimento financiado.

Se a definição econômica de investimento permite uma unidade no que tange aos seus elementos constitutivos, o mesmo não ocorre com sua definição jurídica. Esta dificuldade na identificação de um conceito unívoco explica-se, por um lado, pela multiplicidade de diplomas nacionais que apresentam definições jurídicas díspares, e ainda pela multiplicidade de convenções internacionais, multilaterais, bilaterais, legislações ou regulamentações nacionais que apresentam diferentes concepções jurídicas sobre uma mesma operação econômica de transferência.

É o direito internacional que nos indica um caminho mais seguro para uma possível delimitação jurídica de investimento. Os instrumentos convencionais multilaterais de âmbito global, que têm como missão equilibrar, de um lado, direitos e deveres dos investidores e, de outro, direitos e deveres dos Estados receptores de tais investimentos, buscam uma moldura universal ao direito internacional dos investimentos, que possa abarcar suas diferentes percepções econômicas. Este é o caso da MIGA que, como anotado, procura delimitar as operações passíveis de garantia (consideradas investimento).

É preciso, portanto, reafirmar que a exceção legal ao regime licitatório brasileiro não se exaure na natureza dos recursos que financiam o projeto. Há uma convergência de requisitos necessários e indispensáveis para que se possa afastar o regime da Lei 8.666/93 em favor de diretrizes de organismos internacionais²⁹. E tais requisitos não se encontram completamente preenchidos no caso de intermediação de financiamento ou garantia de investimentos através da MIGA.

²⁹ Que, ademais, precisam estar balizadas pela Constituição, tal como nos ensina Toshio Mukai, ao concluir que “nas licitações internacionais não se pode simplesmente dar prevalência total às normas dos organismos internacionais, em função apenas da redação literal do § 5º do art. 42, da Lei nº. 8.666/93. Há que se observar todas as demais normas atinentes às licitações internacionais, contempladas pela mesma lei, bem como os demais princípios da licitação que ou decorrem do princípio do julgamento objetivo ou decorrem do próprio Texto Constitucional, como é o caso do princípio da igualdade dos concorrentes (Art. 37, XXI da CF)”.

A origem dos recursos pode ser externa. A intermediação pode se dar por organismo multilateral do qual o Brasil faz parte. Porém, os recursos não são originários do organismo internacional e sim de financiadores outros. A intermediação e a garantia não se enquadram na moldura legal e não constituem, tecnicamente, investimento estrangeiro, por maior que seja o benefício advindo de tal intermediação ou garantia.

De acordo ainda com Marçal Justen Filho, para a aplicação da exceção legal, a “contratação deverá envolver uma situação de benefício para o Brasil, caracterizada pela transferência de recursos provenientes de entidades estrangeiras ou organizações internacionais”. No entanto, entendemos que “entidades estrangeiras” não podem ser consideradas, para fins de aplicação do permissivo sob análise, senão aquelas que se apresentem sob forma de organismo multilateral. Não pode qualquer financiador privado apresentar diretrizes a serem observadas na elaboração do edital ou no curso da licitação. Para que isto seja viável, mister se faz que o *financiador*, ou seja, o órgão do qual se originam diretamente os recursos, seja uma pessoa jurídica de direito internacional público, cujo tratado constitutivo tenha sido subscrito e ratificado pelo Brasil, na forma e tempo estabelecidos pela Constituição Federal.

7. Conclusão

O Brasil tem nos organismos financeiros multilaterais importante fonte de financiamento externo para a consecução de projetos de infraestrutura, independentemente da esfera administrativa envolvida (Federal, Estadual, Municipal ou do Distrito Federal).

O Grupo Banco Mundial, em especial o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD)³⁰, tem desempenhado importante papel no financiamento de projetos dos Governos Federal e Estaduais, priorizando-se empréstimos acima dos US\$ 100.000.000,00 (cem milhões de dólares norte-americanos). Dentre os projetos apoiados pelo

³⁰ Também afiliada ao Grupo Banco Mundial, a Corporação Financeira Internacional (CFI) financia diretamente o setor privado dos países-membros, sem necessidade de aval dos governos nacionais. Financiando empresas concorrentes em determinada licitação, estará também indiretamente fomentando o implemento dos projetos governamentais, sem qualquer ingerência no regramento do procedimento licitatório.

Grupo Banco Mundial, destacam-se aqueles das áreas de transporte, saúde, educação, desenvolvimento urbano, agricultura e meio ambiente.

Dada a magnitude dos projetos apoiados pelo Grupo Banco Mundial e sua importância para o desenvolvimento sustentável do país, o legislador houve por bem abrir uma exceção às regras licitatórias estabelecidas, permitindo que o financiador externo indique eventuais diretrizes que quer ver atendidas na elaboração do edital e no processamento da concorrência.

Esta exceção, no entanto, não é aplicável a qualquer investidor financeiro e tampouco a qualquer organismo internacional multilateral. É preciso que se trate de organismo multilateral do qual o Brasil faça parte e, sobretudo, que os recursos transferidos sejam oriundos do próprio organismo, e não de terceiros, por ele avalizados.

Assim, a MIGA, afiliada ao Grupo Banco Mundial, tem papel de grande relevo para o financiamento de projetos governamentais locais, sendo garantidora dos investidores que se apresentarem para financiar o projeto e, mais ainda, propalando aos financiadores internacionais as oportunidades de investimento que lhe são apresentadas. Uma intermediadora traz um aval ao projeto que evidentemente facilita qualquer captação de recursos privados, mesmo em setores ou áreas consideradas de certo risco político.

Esta relevante atribuição da MIGA, no entanto, não a equipara ao BIRD ou a outros organismos multilaterais que, diretamente, aportam recursos para financiar o projeto. Não sendo a responsável pelo desembolso do valor investido, a MIGA não pode ser tida como financiadora do projeto, nos termos da lei, estando assim impedida de se beneficiar da exceção legal inserida no parágrafo 5º do artigo 42 da Lei 8.666/93, tal como impedidos estarão os financiadores privados por ela avalizados, que não sejam organismos multilaterais dos quais o Brasil faça parte.

O financiamento externo é bem-vindo, sempre que nos trazer benefícios, porém não há benefício que possa justificar a afronta ao interesse público ou à Constituição Federal. O tema tratado apresenta nuances que merecem estudos mais detalhados e aprofundados. Esperamos que o presente ensaio possa de algum modo contribuir para o debate acerca do financiamento externo e da inclusão do Brasil no cenário internacional, sem descuidar dos princípios constitucionais tão duramente conquistados por nossa Nação.

