

A norma internacional e as preferências nas licitações

Denis Borges Barbosa (1995)

<i>As regras do GATT 1947</i>	2
MFN e Tratamento Nacional	3
Compras estatais.....	3
Objetividade	4
O <i>Buy American Act</i> e o GATT 1947.....	4
O Brasil e o Acordo Tóquio.....	4
<i>O Acordo da Rodada Tóquio</i>	5
Tóquio e os países em desenvolvimento	5
Tóquio: um acordo restrito.....	5
<i>O código de compras governamentais da Rodada Uruguai</i>	6
Vigência.....	6
Meio Ambiente.....	6
Limites de aplicação.....	7
<i>O código de subsídios</i>	7
Incentivo nas Compras Governamentais	7
O que é aplicável ao Brasil	8
<i>O Mercosul</i>	8
Isonomia no Tratado de Assunção.....	8
O Estatuto das Empresas Binacionais	10
<i>Conclusão quanto à legislação internacional</i>	11
UM CASAMENTO NA POLÍCIA.....	12

A igualdade entre estrangeiros não residentes e brasileiros, ou entre estrangeiros não residentes e residentes, não existe na Constituição Federal; mas a lei ordinária ou o texto internacional poderiam, sem ofensa à Carta, promover a igualdade. Consideremos, assim, as normas internacionais às quais se vincula o Brasil, com vistas a determinar em que proporção tais regras nos afetam diretamente no tocante à escolha em matéria de empate.

Para tanto, veremos o Acordo Sobre Compras Governamentais editado em virtude da Rodada Uruguai. Examinaremos, em seguida, as possíveis implicações de práticas seletivas de compras estatais perante o Acordo de Subsídios, igualmente resultante da mesma Rodada, e no quadro do Mercosul.

Deve-se atentar para o fato de que, até a recente promulgação dos Acordos sobre Serviços, Investimentos e Propriedade Intelectual, as regras do GATT somente se destinavam a regular o comércio de bens físicos. Mesmo no caso do novo Acordo de Serviços (o GATS), a aplicação das novas regras às compras estatais de obras e serviços será sujeita a nova negociação, a ser iniciada em 1997 ¹. Assim como ocorre no tocante ao regime geral de bens, no momento só existem restrições às aquisições governamentais *destinadas a revenda ou como insumo de operações comerciais*.

Não trataremos neste Capítulo das regras das instituições internacionais de crédito, no que também elas condicionam as aquisições estatais ².

As regras do GATT 1947

As normas sobre compras estatais foram introduzidas no GATT já em suas versões originais: o Art. III.8 do protocolo de 1948 previa literalmente isenção ³ da regra do tratamento nacional não discriminatório, enquanto que, segundo a redação do Art. I, entendia-se que também tais aquisições ficavam livres da norma de tratamento igualitário entre países membros (MFN).

Assim, até a Rodada de Tóquio, as compras estatais, salvo as *compras de insumos* efetuadas por órgãos e entidades com finalidade comercial (por exemplo, as efetuadas pelas

1 A redação do GATS quanto à matéria é o seguinte.: *Article XIII, Government Procurement* 1. Articles II, XVI and XVII shall not apply to laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of services purchased for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the supply of services for commercial sale. 2. There shall be multilateral negotiations on government procurement in services under this Agreement within two years from the date of entry into force of the WTO Agreement.

2 Vide Daniel Real de Azua, *A Licitação Internacional*, Ed. Aduaneiras 1994, p. 81 e seg.

3 Isenção limitada: a redação do dispositivo apenas abrangia compras estatais "purchased for governmental purposes and not for resale or use in the production of goods for sale". Por essa razão, em um caso antigo mas muito ilustrativo (*Baldwin-Lima-Hamilton Corp. v. Superior Court*, 208 Cal.App.2d. 803) um tribunal da Califórnia declarou inaplicável a norma de proteção local (*California Buy American Act of 1933*), vigendo o GATT, no caso de compra para a Cidade de São Francisco de turbinas elétricas, pois o equipamento seria usado na geração de energia para ser vendida à população. Mas solução oposta foi encontrada em *K.S.B. Technical Sales Corp. v. North Jersey District Water Supply Commission of the State of New Jersey*, 75 N.J. 272, 381 A.2d. 774 (1977), onde o tribunal de New Jersey entendeu que o GATT original não se aplicaria a caso análogo.

empresas estatais de atuação comercial) estavam praticamente livres de qualquer restrição em face do GATT, podendo adotar as políticas de proteção nacional que optassem em face de suas empresas privadas ⁴.

MFN e Tratamento Nacional

Vale entender o alcance destas duas normas. O GATT, em seu corpo básico, contém duas regras centrais relativas à discriminação ⁵: a do Artigo I, relativo à Nação Mais Favorecida (MFN), e a do Art. III, que regula o chamado "tratamento nacional". Diz John Jackson:

"The national treatment, like the MFN obligation, is a rule of 'nondiscrimination'. In the case of MFN, however, the obligation prohibits discrimination between goods from different exporting countries. The national treatment clause, on the other hand, attempts to impose the principle of nondiscrimination as between goods which are domestically produced, and goods which are imported. It is, needless to say, a central feature of international trade rules and policy." ⁶

Assim, os princípios básicos de não discriminação são de que nenhum membro do GATT pode tratar diferentemente os demais membros, nem estabelecer desigualdade entre nacionais e estrangeiros.

Compras estatais

Juntamente com a proibição de discriminação em matéria de tributos, o Art. III alcançava as exigências governamentais que viessem a afetar as operações internas de compra e venda, transporte, distribuição ou uso de produtos, assim como as regras internas relativas à dosagem, processamento ou uso de produtos em certas proporções ou quantidades. Entre tais exigências, proibidas pelo GATT, estariam as de índices mínimos de nacionalização, exceto no caso de compras governamentais (Art. III.8 (b)).

Os textos pertinentes são os seguintes:

(Art. III (8)) (a) The provisions of this Article shall not apply to laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of products purchased for governmental purposes and not with a view to commercial sale.

2. The provisions of paragraph 1 of this article shall not apply to imports of products for immediate or ultimate consumption in governmental use and not otherwise for resale or use in the production of goods for sale. With respect to such imports, each contracting party shall accord to the trade of the other contracting parties fair and equitable treatment.

Mesmo ao regular a situação especial das empresas estatais de estanco ou monopólio, no que pode ser considerado uma modesta restrição à discricionariedade dos Governos no seu

⁴ Jackson, *Legal Problems of International Economic Relations*, West Publishing, 1986, *op.cit.*, p. 522.

⁵ Diz John H. Jackson, *op.cit.*, p. 444: "Apart from Article I of GATT, the General Agreement also contains a number of other MFN or nondiscrimination clauses". E cita: Art. IV b. (films) Art. III. 7 (int'l mixing requirements) Art. V. 2, 5 e 6) (transit of goods) Art. IX. 1 (marks of origin) Art. XIII.1 (quantitative restrictions) Art. XVII.1 (state trading) Art. XVIII.20 (measure to assist economic development) Art. XX (j) (measures of goods in short supply).

⁶ *Op. cit.*, p. 483.

poder de compra, o Art. XVII do Acordo Geral obriga tais empresas a seguirem a norma de MFN mas excetua os mesmos casos do Art. III ⁷.

Objetividade

A conjugação entre o Art. III (8) e o Art. XVII do Acordo Geral tem assim direta implicação na aplicação de uma política de compras de carácter seletivo: a OMC obriga os países membros a dirigir as atividades das empresas estatais por eles controladas de forma que suas compras e vendas se pautassem exclusivamente segundo as considerações comerciais objetivas, incluindo preço, qualidade, transporte, e demais condições.

O princípio é que as empresas de outros países-membros devem ter igual oportunidade, dentro das regras de mercado, de participar das compras e vendas referidas. Porém nenhuma restrição se aplicava às hipótese de aquisição de bens pelas empresas governamentais ou pelo Estado diretamente, se não fosse com destino à revenda ou uso *como insumo* no sistema produtivo.

O Buy American Act e o GATT 1947

Exemplo relevante de uma legislação que utilizou plenamente os limites do GATT é o *Buy American Act* de 1933 ⁸, tal como regulamentado pelo Executivo, que concedia e continua concedendo ao licitante nacional margem de proteção de até seis ou doze por cento - ou de cinquenta por cento no caso do Departamento de Defesa ⁹. Uma série de outras leis federais e estaduais americanas igualmente estabelecem outros sistemas de proteção à indústria nacional ¹⁰.

O Brasil e o Acordo Tóquio

Não tendo se alinhado entre os países que subscreveram o acordo sobre compras estatais de Tóquio ou do texto da Rodada Uruguai, o Brasil está, no tocante ao tema, regulado apenas pelas disposições do Acordo Geral, acima indicadas, inclusive com o benefício das disposições que favorecem os países em desenvolvimento. Vale, porém, especial atenção a hipótese de aplicação da legislação relativa a subsídios.

7 O Art. XVI. 2. tem redação idêntica ao Art. III (8)) (a).2, transcrito acima.

8 Lei de 3 de março de 1933, ch. 212, tit. III §§ 1-3, 47 Stat. 1520, 41 U.S.C.A. §§ 10 (a)-(d). Diz The Buy American Act of 1988: Legislation in conflict with U.S. International Obligations - 20 Law and Policy in International Business 603 (1989): "The price preferences for United States suppliers are generally six percent of domestic offers from large businesses and twelve percent of domestic offers from small businesses or labor surplus area concerns. 48 C.F.R. ... 25.105 (1987). the differentials for Department of Defense procurement are the greater of either 50 percent of the offer (exclusive of duty) or 6 or 12 percent of the offer (inclusive of duty). 48 C.R.F. ... 225.105 (1987). See also Exec. Order No. 10582, 3 C..F.R. 96 (Supp. 1954) (Uniform Procedures for Determinations) amended by Exec. order 11051, 3 C.F.R. 635 (1059-1963) and Exec. Order 12148, 3 C.F.R. 412 (1979), reprinted in 41 U.S.C. ... 10d app., at 1042 (1982)". Note-se que a sobrevivência do *Buy American Act* se deve não ao permissivo do Art. II(8) do Acordo Geral, mas ao fato de que já estava em vigor quando o GATT 1947 foi acordado (por efeito da chamada *grandfather clause* do Art. I).

9 O Buy American Act 1933 continua plenamente em vigor, aplicando-se aos casos não cobertos pelo Acordo pertinente do GATT. Vide The Buy American ... - *op.cit.* na p. 609.

10 A lista desta legislação está em S.Rep. no. 96-249, 96th. Cong. 1st. Sess. 131-32 (1979).

O Acordo da Rodada Tóquio

Parte das negociações multilaterais da Rodada Tóquio, concluídas em 1979, nasceu o Acordo sobre Aquisições Governamentais ¹¹. O acordo era, como o atual, de caráter *plurilateral*, ou seja, de participação voluntária pelos membros do acordos do âmbito da GATT, e, como veremos, opera de forma progressiva e, até agora, muito limitada.

O Acordo tem como finalidade principal desencorajar a discriminação contra os fornecedores estrangeiros ¹². Num resumo exato, dizem Barton e Fisher:

The MTN Government Procurement Code was intended to be a partial remedy for this state of affairs. The key obligation assumed by signatories under the code is that of national treatment. Part II of the code provides that signatories are to provide other signatories treatment no less favorable than that accorded to domestic products and suppliers for specified government agencies. In addition, signatories are not to discriminate among foreign suppliers (Part V), and the code requires fair, consistent, and transparent procedures in government purchasing. Signatories must publish their procurement laws and regulations in publications specified in the code itself. Moreover, intricate substantive standards and publication requirements must be satisfied during all phases of the procurement process .

Tóquio e os países em desenvolvimento

Em sua seção III, o Acordo prevê algumas regras especiais para os países em desenvolvimento, as quais porém não tiveram efeito indutor significativo ¹³. Tais países podem, por exemplo, usufruir de maior flexibilidade nas suas listas nacionais, ou ter certa latitude na aplicação do tratamento nacional. O Acordo vinculava-se, de outro lado, ao sistema de solução de conflitos do GATT ¹⁴.

Tóquio: um acordo restrito

O Acordo entrou em vigor em 1o. de janeiro de 1981, contando já com 12 membros, e 31 observadores em 1o. de janeiro de 1988. Atualmente, após a Rodada Uruguai os membros

11 Curiosamente, a idéia de um acordo específico no âmbito do GATT para tratar de compras governamentais partiu dos países em desenvolvimento. Segundo o Report of the Director General of GATT, the Tóquio Round of Multilateral Negotiations, p. 76-77 (1979) : "The creation of a sub-group to deal with this matter was pressed by the developing countries - in particular some of the more advanced - who believed that Government procurement held out possibilities for the expansion of their trade and provided scope for special and differential treatment in their favour in accordance with the provisions of the Tóquio Declaration"

12 Note-se a existência de Acordo específico para a área de aeronaves civis, negociado na Rodada Tóquio, com regras similares às do Acordo sobre Compras Governamentais. Vide Carreau, Flory e Juillard, *Droit International Economique*", LGDJ 1990, p. 211. No entanto, tal Acordo reconhece a peculiaridade do setor aeronáutico, permitindo maior intervenção do Estado com previsão explícita de subvenção à exportação. Como notam os autores, trata-se de uma atenuação específica das normas gerais proibindo subsídios à exportação. A partir de 1988, sérias controvérsias ocorreram no âmbito deste Acordo, em particular no que toca ao caso Airbus. *Op.cit.*, p. 212.

13 John Barton e Bart Fisher, *International Trade and Investment*, Little Brown 1986.

14 Em decisão de 1967, um painel do GATT fixou em valor menor o limite mínimo dos contratos sempre que aplicável o imposto sobre valor acrescido (VAT).

são Japão, Canadá, os países nórdicos e da EC, Hong Kong, Suíça, Austrália, Israel, Áustria e Coréia ¹⁵.

Várias alterações foram introduzidas no texto e na prática do Acordo desde seu início. Em novembro de 1986, uma decisão do Comitê do GATT sobre Compras Governamentais iniciou procedimento que visava a extensão progressiva da sua abrangência aos serviços, pois, na versão original, apenas aqueles suplementares ao fornecimento de bens (por exemplo, supervisão de montagem) estariam no escopo do tratado ¹⁶. Em seguida, em 14 de fevereiro de 1988, foi elaborado um Protocolo de Aplicação, modificando as listas nacionais e reduzindo o valor mínimo de valor de contratos sujeitos ao Acordo.

O código de compras governamentais da Rodada Uruguai

Com a Rodada Uruguai, voltou o tema diretamente à atenção dos países indicados. Ocorre que, apesar de já em vigor há alguns anos, o Acordo mostrava-se bastante ineficaz para atingir os seus propósitos ¹⁷.

Vigência

O novo Acordo entrará em vigor em 1o. de janeiro de 1996, ou de 1997, para Hong Kong e Coréia. No âmbito de extensão, o Acordo 1994 passará a incluir obras e serviços de engenharia, vinculando também, até certo grau, as compras dos entes sub-nacionais (estados e municípios). Regras específicas quanto à publicação dos editais, prazos, normas técnicas, notificação aos licitantes não vencedores, recursos pormenorizadas ¹⁸.

Meio Ambiente

Pela primeira vez, o Acordo passará a prever a possibilidade de restrições vinculadas à qualidade de vida - como normas de proteção ao meio ambiente, desde que não sejam pretexto a discriminação injustificável ou arbitrária. De outro lado, o passa a ser vedada a prática de escambo ou contrapartida - o que era perfeitamente possível sob o texto em vigor ¹⁹

15 International Trade Reporter 2166 vol. 10 de 22/12/1993.

16 Carreau, Flory e Juillard, *op.cit.*, p. 165.

17 Robert E. Herzstein, China and the GATT: Legal and Policy Issues 18 Law and Policy in International Business 371 (1986): "Moreover, even when applied to the more limited situation of government purchases, the Code has not been wholly successful to date. See, e.g., S.Rep. No. 102, 99 th. Cong., 1st. Sess. 7 (1985). Although the Code requires the use of open tenders by government agencies, as many as 90 percent of Japanese government purchases are on the basis of single tendering". A mesma razão levou o Congresso Americano a aprovar em 1987 o *Buy American Act* 1988.

18 No tocante à área de aeronaves civis, a Rodada Uruguai terminou com uma suspensão das normas vigentes, e esperanças de um novo acordo a ser celebrado até o fim de 1994. Segundo *Le Nouvel Economiste* de 25 de fevereiro de 1994, p. 26, o objetivo dos países europeus seria, no novo acordo, garantir subsídios de até trinta por cento do preço da aeronave.

19 Vide Carreau, *op.cit.*, p. 257. O Acordo original previa a possibilidade no art. 5 § 14, exigindo apenas tratamento isonômico e que a compensação fosse limitada apenas a uma parcela do contrato.

Limites de aplicação

O valor mínimo passou a ser 130.000 direitos especiais de saque (SDR), quanto a bens, e de 5 milhões de SDR quanto a obras de engenharia. As listas nacionais foram grandemente ampliadas, passando a incluir em alguns casos os entes sub-nacionais. No caso dos Estados Unidos, esta extensão alcançou os setores de telecomunicação e geração e transmissão de eletricidade, pelo menos em relação aos países membros que ofereceram contrapartida significativa ²⁰. Extremamente significativo é o que fica excluído das listas nacionais americanas: transporte, pesquisa e desenvolvimento, administração, e manutenção de laboratórios e centros federais de pesquisa.

A par do novo Acordo, a Ata final dos acordos da OMC ²¹ contem mecanismos especiais de acesso dos países em desenvolvimento ao Acordo anterior ²². Entre estes, mencionam-se sistemas de consulta entre os atuais membros e os possíveis candidatos, assim como oportunidades de exportação para os países desenvolvidos, vinculadas à aceitação da normas específicas da OMC.

O código de subsídios

Como o Código de 1979, o resultante da nova safra coloca-se como interpretação dos Art. VI, XVI e XXIII do Acordo Geral, razão pela qual se impõe a análise inicial do texto básico de 1947 ²³ (não o Código de 1979), recepcionado pelos acordos da OMC. Sobre a base anterior, vêm então as novas normas, que na verdade não só interpretam, mas criam outras regras a par das do Acordo Geral, e detalhamentos de caráter regulamentar.

Incentivo nas Compras Governamentais.

O que é um subsídio, para efeitos do Código 1994, no caso de compras estatais? Para o Código, um subsídio é uma contribuição financeira ou outra forma de garantia de preço ou de receita, provinda seja diretamente de fonte estatal seja por intermediação de órgão privado, que importe na concessão de um benefício a alguém. No tocante às ações multilaterais não há nenhuma definição do que seja este benefício; mas, no capítulo do Código dedicado às medidas unilaterais de Direitos Compensatórios, encontramos o conceito legal de benefício em termos estritamente financeiros.

Haverá benefício se a compra pelo ente estatal se fizer por um valor acima, e o fornecimento por valor abaixo, do que o Código considera ser a “remuneração adequada”: as condições de mercado relativos ao bem ou serviço em questão no país que concede o incentivo, levando em conta o preço, a qualidade, a disponibilidade, o transporte, etc. Não

20 O Japão permaneceu refratário a concessões substanciais, mantendo limites mínimos três vezes superiores aos demais membros. Vide *International Trade Reporter*, no. citado, p. 2161.

21 A matéria ainda é tratada nos Acordos sobre Barreiras Técnicas ao Comércio, Regras de Origem, Resolução de Controvérsias e, obviamente, no GATS.

22 Acordo sobre Compras Governamentais, Art. XXIV. 2.

23 Com as modificações de 1955.

há menção à hipótese de o benefício constituir-se de simples preferência no caso de empate, a preços de mercado.

O que é aplicável ao Brasil

As vedações do Código de Subsídios encontram alguma moderação no que toca aos países em desenvolvimento. Em primeiro lugar, o ônus de provar *positivamente* o dano resultante do alegado subsídio é do outro país que suscita a questão, não se presumindo sua existência - coisa que ocorre quando o subsídio é aplicado por um país desenvolvido. Em segundo lugar, no caso de subsídios “acionáveis” (outros que os concedidos diretamente à exportação), só haverá fundamento para ação multilateral no caso de neutralização de concessões já feitas anteriormente no âmbito do GATT ²⁴.

Tal privilégio pode ser particularmente importante, pois não serão tutelados os interesses de exportação dos demais países membros para o país em desenvolvimento ou para terceiros países. Em um outro aspecto o estatuto especial dos países em desenvolvimento favorece o Brasil: os incentivos à aquisição interna, expressos freqüentemente na prática brasileira pelos índices de nacionalização, só passam a ser vedados a partir dos cinco anos da OMC.

O Mercosul

Não se tem, até o momento, um acordo específico sobre licitações públicas no âmbito do Mercosul; aplicam-se, porém, a todos os procedimentos administrativos, dentre eles seguramente as licitações, as regras genéricas do Tratado, no que tiverem pertinência, assim como as do tratado específico entre Brasil e Argentina que instituiu as *empresas binacionais*.

Isonomia no Tratado de Assunção

O Tratado de Assunção ²⁵, como instrumento plurilateral, está sujeito ao sistema constitucional brasileiro ²⁶, inclusive quanto às restrições impostas aos estrangeiros e aos favorecimentos aos nacionais ²⁷.

24 Na redação do Art. 27.7, “unless nullification or impairment of tariff concessions or other obligations under GATT 1994 is found to exist as a result of such a subsidy, in such a way as to displace or impede imports of a like product of another Member into the market of the subsidizing developing country Member or unless injury to a domestic industry in the market of an importing Member occurs”. Note-se que o dispositivo não impede que o país afetado *no seu mercado interno* imponha direitos compensatórios.

25 Decreto no. 350, de 22 de novembro de 1991, entando em vigor em 25 de novembro de 1991. Vide, geralmente, Baptista, Mercadante e Casella, Mercosul - Das Negociações à Implantação, Ed. Ltr. 1994; Avelino de Jesus, Mercosul - Estrutura e Funcionamento, Ed. Aduaneiras, 1993; Noronha, GATT, Mercosul & NAFTA, Bservador Legal Editora, 1993; Thomas Andrew O’Keefe, An analysis of the Mercosur Economic Project, 24 The International Lawyer 439, 1994 e José Ângelo Estrella Faria, O Mercosul, MRE 1993.

26 Celso D. de Albuquerque Mello, Direito Constitucional Internacional, Renovar 1994, p. 323 e seg. ; J.Rezek, Direito dos Tratados, Forense, 1984, p. 382; João Grandino Rodas, Tratados Internacionais, RT 1991, p. 54; Jean Combacau, Le Droit des Traités, PUF 1991, p. 69.

27 Baptista, *op.cit.*, p. 23: “Por outro lado, contem a constituição norma incompatível com o Mercado Comum, discriminado entre a empresa brasileira que tem e que não tem capital nacional”.

A isonomia entre pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras não residentes não é um princípio adotado, em termos genéricos e imediatos, no âmbito do Tratado de Assunção; aliás, mesmo no tocante ao tratamento às *importações de produtos* ou *produtos importados* de um dos outros países do Mercado Comum, as regras aplicáveis são muito menos constrictivas do que as da OMC:

“Enquanto o Tratado de Assunção, seguindo o exemplo do Acordo de Cartagena e do Tratado de Roma, concebeu o princípio da isonomia apenas para a matéria tributária e para os gravames equivalentes, o GATT contempla o regime de tratamento nacional também para outros casos, como quaisquer outras medidas que restrinjam indiretamente a comercialização dos produtos (...)”²⁸.

Ora, as preferências ao licitante nacional, em caso de empate, não é, claramente, restrição de caráter tributário, e nem sequer relativa à importação de produtos²⁹.

No entanto, não se entenda que, por tal razão, o Tratado deixe de se aplicar, *in potentia*, às licitações realizadas no território nacional. Tanto a idéia do mercado único é um dos propósitos do quadro do Mercosul, quanto é impressionante a disposição Anexo I do Tratado, abaixo transcrita:

(Artigo primeiro) Os Estados Partes acordam em eliminar, o mais tardar a 31 de dezembro de 1994, os gravames e demais restrições aplicadas ao seu comércio recíproco.(...)

(Artigo segundo) Para efeitos do disposto no Artigo anterior, se entenderá: (...)

b) por “restrições”, qualquer medida de caráter administrativo, financeiro, cambial ou de qualquer natureza, mediante a qual um Estado Parte impeça ou dificulte, por decisão unilateral, o comércio recíproco. (...)

A interpretação sistemática do Tratado e do contexto do Direito Econômico Internacional nos impede de considerar que tal mandamento afeta a preferência nas licitações, seja quanto às de caráter objetivo (ao produto aqui fabricado) ou subjetivo (às empresas brasileiras). Com efeito, o Artigo Quinto do Tratado, ao mencionar quais são as “restrições” cujo efeito cessaria após 31 de dezembro de 1994, menciona especificamente as *barreiras não tarifárias*.

Nunca, no contexto do GATT, como já visto, o tratamento das licitações públicas foi classificado como *barreira não tarifária*, objeto que é, no texto do Acordo Geral, de regra própria. Instrumento de natureza *convencional*, o Tratado de Assunção se insere na prática uniforme internacional, na experiência do GATT e, em certa proporção, do Acordo de Cartagena e do Tratado de Roma, o que ilumina a vontade das partes na sua expressão coletiva³⁰. Assim, não parece compatível com

28 José Angelo, *op. cit.* p.93.

29 José Ângelo, *op. cit.*, p. 92.

30 Do nosso “A Convenção de Paris é a referência fundamental da Propriedade Industrial”. Panorama da Tecnologia, no. 13, fev. 1995, p. 33: “Para interpretarem-se os tratados, e conciliar suas normas com de outros atos internacionais de idêntica hierarquia, há que se fazer uso das regras da Convenção de Viena (doravante, CV) sobre Direito dos Tratados, em

a vontade das partes, à luz da *prática uniforme internacional*, que a abolição das restrições do artigo segundo do Anexo compreendesse a preferência nas licitações.

Cabe lembrar que, ainda se aplicável às preferências das licitações, as Regras do Tratado de Assunção não revogariam o disposto na Lei 8666/93: primeiro, por apenas tornar as normas de preferência *inoponíveis* aos beneficiários do ato internacional ³¹

O Estatuto das Empresas Binacionais

No contexto das relações com os países do Cone Sul, embora não exatamente no do Mercosul, merece especial ênfase o Estatuto das Empresas Binacionais, firmado entre Brasil e Argentina em 1992 ³². Embora ainda não seja ainda um instrumento legal amplamente usado ³³, suas peculiaridades, em especial após a mutação constitucional em estudo, merecem nossa atenção ³⁴.

O art. 5o. do Estatuto, no pertinente, diz o seguinte:

As empresas binacionais terão, no país de sua atuação, o mesmo tratamento estabelecido ou que se venha a estabelecer para as empresas de capital nacional desse País, ainda que a maioria do capital social pertença aos investidores do outro país, conforme o art. 1o. do presente Estatuto, em matéria de: (...)

d) acesso às compras e contratos do setor público.

vigor para o Brasil e entre a maior parte, senão todos, dos atuais membros do GATT. (...) Fixando-se sempre no texto, a interpretação se baseia, no entanto, na boa fé (CV 31). Para assegurar tal propósito, a Convenção impõe duas regras de análise textual. Em primeiro lugar, às palavras deve ser dado o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto. Só se dará a uma expressão um sentido especial, fora do sentido comum, se estiver estabelecido que esta era a intenção das partes (CV 31.4). Evidentemente, estabelecido no texto. A Convenção precisa o que ela entende como “contexto”. Não são as circunstâncias externas ao tratado, mas o texto propriamente dito, seus preâmbulos e anexos, os acordos relativos ao Tratado e feitos entre todas as partes por ocasião da conclusão do tratado (CV 31.2.a), assim como qualquer instrumento, estabelecido por apenas algumas das partes convenientes, mas aceito por todas como sendo relativo ao tratado (CV 31.2.b). Fora do contexto, mas igualmente relevante para a interpretação do tratado serão os acordos posteriores, assim como a prática na execução do texto, a qual conte com o assentimento das partes (CV 31.3.a e 31.3.b). Também fora do contexto, e essencial para nosso caso, será utilizada na interpretação “qualquer regra de direito internacional aplicável às relações entre as partes” (CV 31.3.c)”.

31 As regras dos tratados não revogam as normas internas, mas apenas, no que incompatíveis com estas, as tornam inoponíveis aos beneficiários dos atos internacionais. Com efeito, são normas especiais em sua abrangência, e não revogam, nem são revogadas, pelas normas gerais, a luz da LICC. Assim, o Mercosul afeta apenas os beneficiários do Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, nos estritos termos de seus dispositivos. Vide o nosso Atos Internacionais Relativos à Propriedade Industrial. *Revista de Direito Nuclear*, 1981.

32 Decreto Legislativo 26, de 26 de maio de 1992 e Decreto Executivo 619 de 29 de julho de 1992.

33 São beneficiárias do Estatuto as pessoas jurídicas constituídas como binacionais, na forma do Tratado (art. 1o.) , e como tais registradas no órgão específico (art. 8o.); não é, assim, o simples fato de um controle de capital dividido entre os investidores dos dois países que caracterizará a empresa como binacional.

34 Não enfrentaremos neste ponto, embora não possamos deixar de apontar, a questão da constitucionalidade do Estatuto de Empresas Binacionais, em face da mutação constitucional em análise. Ao criar um tratamento favorecido *em face da legislação argentina* para empresas brasileiras *de capital nacional*, ele não adotaria um critério de distinção írrito ao atual sistema constitucional?

Assim, parece-nos que uma Empresa Binacional, segundo o Estatuto que lhes é próprio, não seria preterida em face de uma empresa nacional, caso aplicável o terceiro (hoje segundo) critério de desempate previsto na Lei 8.666/93.

Conclusão quanto à legislação internacional

Não vemos, pelas razões expostas, qualquer dispositivo nos textos internacionais indicados, que implicasse em vedação de uma preferência à empresa nacional, em caso de empate na licitação realizada no País.

Com efeito:

a) Quanto ao Acordo geral da OMC, nenhuma restrição se aplica às hipótese de *aquisição de bens* pelas empresas governamentais ou pelo Estado diretamente, se não se trata de aquisição com destino à revenda ou uso *como insumo* no sistema produtivo.

b) Quanto à contratação de obras e serviços, até a recente promulgação dos Acordos sobre Serviços, as regras do GATT somente se destinavam a regular o comércio de bens físicos. Mesmo no caso do novo Acordo de Serviços (o GATS), a aplicação das novas regras às compras estatais de obras e serviços será sujeita a nova negociação, a ser iniciada em 1997.

c) O Brasil não é parte do Acordo específico da OMC sobre Compras Governamentais, não se lhe aplicando suas regras.

d) Quanto ao Acordo de Subsídios da OMC, não há qualquer restrição à hipótese de o benefício constituir-se de simples preferência no caso de empate, a preços de mercado.

e) Quanto ao Mercosul, não há, ainda, normas que se oponham à manutenção das preferências, seja no tocante aos *produtos fabricados no país*, seja no tocante às *empresas nacionais*.

f) Quanto ao Estatuto das Empresas Binacionais, a norma internacional se oporia à preferência dada à empresa brasileira em face de uma binacional, mas não a de um *produto fabricado no Brasil*.

Um casamento na polícia

A par do novo Acordo, a Ata final da OMC contem mecanismos especiais de acesso dos países em desenvolvimento ao Acordo anterior. Entre estes, mencionam-se sistemas de consulta entre os atuais membros e os possíveis candidatos, assim como oportunidades de exportação para os países desenvolvidos, vinculadas à aceitação da normas específicas da OMC.

No campo das relações bilaterais, já se tinham mecanismos indutores similares, dos quais o mais relevante é a versão renovada do Buy American Act, de 1988³⁵. O mecanismo funciona da seguinte forma:

The Buy American Act of 1933, prior to the amendments, provided for the application of price differentials favoring U.S. suppliers over foreign suppliers of goods and services in government procurement.

The differentials were applied equally to all foreign suppliers, regardless of their states' policies toward U.S. suppliers. The BAA of 1988 adds a new provision to this Act, allowing the United States to sanction countries discriminating against U.S. suppliers in government procurement.

The BAA of 1988 is designed to encourage free trade in government procurement by accomplishing two goals. First, the Act attempts to secure stricter compliance with the terms of the Procurement Agreement by parties who have not opened their markets accordingly. A second goal of the Act is to discourage discrimination in government procurement against U.S. suppliers by countries not party to the Procurement Agreement, and concurrently encourage countries to become signatories.

It is anticipated that the system created by this bill would stimulate the business communities of third-tier countries to encourage their government to eliminate discriminatory procurement practices. Such support could serve as a strong impetus for third-tier countries to, at a minimum, remove their discriminatory practices and, possibly, join and adhere to the Government Procurement Agreement ³⁶.

A versão rediviva do Buy American Act, assim, invertendo o propósito de seu antecessor, pretende induzir os países de “terceiro nível” a eliminar as preferências a suas próprias empresas, em troca de uma oportunidade de disputar igualmente o mercado americano. Como se vê, é um convite a integrar o Acordo de Compras Governamentais da OMC.

35 The Buy American Act of 1988, parte do Omnibus Trade and Competitiveness ACT of 1988, Pub. Law no. 100-418, 102 Stat. 1107.

36 The Buy American Act of 1988: Legislation in conflict with U.S. International Obligations - 20 Law and Policy in International Business 603 (1989)