

Gustavo Kulesza

**APLICAÇÃO DA CISG A CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS DE COMPRA E VENDA
INTERNACIONAL DE MERCADORIAS:
*POSSIBILIDADES E LIMITES***

22.8.2019

PROGRAMA

- 1** É JURIDICAMENTE POSSÍVEL?
- 2** É CONVENIENTE?
- 3** ASSUMINDO QUE É TANTO JURIDICAMENTE POSSÍVEL QUANTO CONVENIENTE, **COMO FAZÊ-LO?**

1

É *juridicamente possível* aplicar a CISG a contratos administrativos de compra e venda internacional de mercadoria?

É JURIDICAMENTE POSSÍVEL?

CISG abrange contratos com Poder Público

- **Campo de aplicação** da CISG abrange esse tipo de contratação.
 - CISG regula todas as compras e vendas internacionais de mercadoria, *independentemente da natureza das partes ou do contrato* (Art. 1(3)).

CISG

Artigo 1

(1) Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos:

(a) quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou

(b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante.

[...]

(3) Para a aplicação da presente Convenção não serão considerados a nacionalidade das partes nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato.

É JURIDICAMENTE POSSÍVEL?

CISG abrange contratos com Poder Público

- **Escopo objetivo** da convenção abrange contratos de compra e venda da Administração.
 - Exclusão de contratos *(i)* em que o comprador fornece parcela substancial dos materiais; e *(ii)* de fornecimento de mão-de-obra ou serviços.
 - CISG pode se aplicar a contratos em que o Poder Público está na ponta **compradora ou vendedora**.

CISG Artigo 3

(1) Serão considerados contratos de compra e venda os contratos de fornecimento de mercadorias a serem fabricadas ou produzidas, **salvo se a parte que as encomendar tiver de fornecer parcela substancial dos materiais necessários à fabricação ou à produção.**

(2) Não se aplica esta Convenção a contratos em que a parcela preponderante das obrigações do fornecedor das mercadorias consistir no **fornecimento de mão-de-obra ou de outros serviços.**

É JURIDICAMENTE POSSÍVEL?

Vedação de venda em hasta pública não afasta CISG de licitações internacionais

- Vedação a vendas em *hasta pública* é um impeditivo à aplicação do tratado a licitações internacionais?
 - Não: **fator internacional** e **identificação do licitante**

CISG
Artigo 2

Esta Convenção não se aplicará às vendas: [...]
(b) em hasta pública;

Artigo 1

(2) Não será levado em consideração o fato de as partes terem seus estabelecimentos comerciais em Estados distintos, quando tal circunstância não resultar do contrato, das tratativas entre as partes ou de informações por elas prestadas antes ou no momento de conclusão do contrato.

É JURIDICAMENTE POSSÍVEL?

Concorrências internacionais: maior hipótese de incidência da CISG

- Foco da aplicação da CISG não está em leilões (hasta pública), mas sim em **concorrências** (licitação internacional)

Lei 8666/93

Art. 22, § 5º: **Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração** ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Art. 23, § 3º **A concorrência é a modalidade de licitação cabível**, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e **nas licitações internacionais**, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País.

É JURIDICAMENTE POSSÍVEL?

Dispensa de licitação: compra feita com base em acordo internacional

- Licitação pode inclusive ser dispensada quando a compra é feita com base em **acordo internacional** em condições manifestamente vantajosas
 - Objetivo da licitação atingido na largada: *proposta mais vantajosa para a Administração*

Lei 8666/93

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da **proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 24. É dispensável a licitação: [...]

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de **acordo internacional** específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público;

É JURIDICAMENTE POSSÍVEL?

Perspectiva estrangeira

- **Cortes estrangeiras** (EUA, Cuba, Bielorrússia, Áustria, Canadá e Rússia) aplicaram a CISG a contratos administrativos.
 - Pouca ou nenhuma discussão a respeito: assumem como premissa do julgamento.

É JURIDICAMENTE POSSÍVEL?

CISG: tratamento diferenciado entre brasileiros e estrangeiros?

- Lei veda **tratamento diferenciado entre *brasileiros e estrangeiros***, salvo para beneficiar brasileiros (promoção do desenvolvimento tecnológico no país)
 - **Aplicação da CISG viola essa norma?**

Lei 8666/93

Art. 3º, § 1º É vedado aos agentes públicos: [...]

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: [...]

IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais

É JURIDICAMENTE POSSÍVEL?

CISG: tratamento diferenciado entre brasileiros e estrangeiros?

- Em princípio, não há violação do tratamento equânime ao se aplicar regime jurídico diferente a licitantes estrangeiros e brasileiros
 - Diferença na lei aplicável apenas reflete a diferença na situação jurídica de cada licitante
 - Regra elementar de DIPr: presença do elemento estrangeiro altera regime jurídico (pela lei brasileira, CISG se aplica a cts internacionais!)
 - Regime específico para comércio internacional
- **A pergunta é: será que licitantes estrangeiros deveriam estar sujeitos a lei doméstica ao contratar com o Poder Público?**

É JURIDICAMENTE POSSÍVEL?

Só ponto de partida!

- **Ponto de partida:** *“o reconhecimento de que os contratos administrativos estão no campo de aplicação da CISG não é senão um ponto de partida para a compreensão dos problemas concretos envolvendo compras governamentais internacionais” (Cesar Pereira)*

2

É *conveniente* aplicar a CISG a contratos administrativos de compra e venda internacional de mercadoria?

É CONVENIENTE?

Juízo de conveniência é intrínseco à aplicação da CISG (art. 6)

- **Harmonização de regras** e tratamento não discriminatório em licitações internacionais tem sido **perseguida há muito tempo**
- Objetivos:
 1. Permitir **acesso ao mercado global** de compras governamentais
 2. **Custo de transação**: dar a fornecedores internacionais um nível mínimo de previsibilidade quanto às regras aplicáveis

É CONVENIENTE?

Iniciativas de harmonização globais e regionais

- **Iniciativas internacionais**

- *UNCITRAL Model Law on Public Procurement (2011)*
- *OMC: Government Procurement Agreement – GPA (1979)*
Brasil não é parte do GPA mas aderiu em 2017 como membro observador

- **Iniciativas regionais**

- *Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL (2006)*
Ratificado apenas pela Argentina
- *Acordo de Ampliação Econômico-Comercial entre Brasil e Peru (2016)*
Ainda não ratificado

É CONVENIENTE?

Iniciativas de harmonização globais e regionais

- Foco dessas iniciativas tem sido na **seleção do fornecedor**, mas não na regulamentação do contrato propriamente dito
- **Lacuna na harmonização dessas regras que pode ser bem preenchida pela CISG**
 - Harmonização: benefício intrínseco da adesão à CISG
 - Menor custo de transação: conciliação entre sistemas jurídicos
 - Regras voltadas ao comércio internacional (ex., regras específicas de inspeção e transferência de risco)

É CONVENIENTE?

CISG: potencial vetor de equiparação entre licitantes internacionais

- Lei prevê que concorrências internacionais devem se ajustar “às diretrizes do comércio exterior”
 - Mecanismos de equiparação entre licitantes estrangeiros: moeda, forma de pagamento, garantia, gravames... **CISG?**

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.

§ 1º Quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro.

§ 2º O pagamento feito ao licitante brasileiro eventualmente contratado em virtude da licitação de que trata o parágrafo anterior será efetuado em moeda brasileira, à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento

§ 3º As garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro.

§ 4º Para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda.

É CONVENIENTE?

CISG: potencial vetor de equiparação entre licitantes internacionais

- Aplicação da CISG faz ainda mais sentido em **licitações internacionais com recursos de órgãos de financiamento estrangeiros**
 - Órgãos de financiamento: exigência de tratamento não discriminatório como condição para concessão do empréstimo.

É CONVENIENTE?

CISG: potencial vetor de equiparação entre licitantes internacionais

- Lei brasileira: editais de contratação com recursos de organismos internacionais devem ser adequar aos “*tratados internacionais*”

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 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 autoridade imediatamente superior.

É CONVENIENTE?

CISG: potencial vetor de equiparação entre licitantes internacionais

- Lei **dispensa série de requisitos aos licitantes estrangeiros** em compra de bens cujo pagamento se dê com recursos de **organismos internacionais**.
- Não é necessário:
 - Representante legal no país com poderes para receber citação (Art. 32, §4º)
 - Líder do consórcio brasileiro (Art. 33, §1º)
 - Foro de resolução de disputas da Administração Pública (Art. 55, §2º)
- Clara tentativa de atrair financiamento estrangeiro e facilitar licitações internacionais. **Aplicação da CISG vai justamente nessa direção**
- **A pergunta é: a Administração está disposta a se submeter a CISG (em substituição à 8666) para atrair licitantes estrangeiros?**

3

Assumindo que é tanto juridicamente possível quanto conveniente aplicar a CISG a contratos administrativos, *como fazê-lo?*

COMO APLICAR A CISG?

Transparência e segurança jurídica: referência ou exclusão expressa

- **Licitação internacional: entidade contratante tem que ser expressa quanto à incidência (ou não) da CISG**
 - Edital deve conter esclarecimentos sobre a incidência da CISG e hipóteses de derrogação
 - Na ausência, licitantes devem pedir esclarecimentos nos termos da lei

Lei 8.666/93

Art. 40. VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e **esclarecimentos relativos à licitação** e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

COMO APLICAR A CISG?

Relevância da sede do licitante

- Aplicação da CISG dependerá da **sede do licitante**.
 - Estrangeiro: CISG + lei doméstica; Brasileiro: apenas a lei doméstica
- Possibilidade de manipulação?
 - CISG tem regras específicas sobre a definição do estabelecimento relevante para sua aplicação (Art. 10(a))

CISG Artigo 10

Para os fins da presente Convenção:

- (a) quando uma parte tiver mais de um estabelecimento comercial, **será considerado como tal aquele que tiver relação mais estreita com o contrato e com sua execução**, tendo em vista as circunstâncias conhecidas pelas partes ou por elas consideradas antes ou no momento da conclusão do contrato;
- (b) se uma parte não tiver estabelecimento comercial, considerar-se-á sua residência habitual.



BMA

BARBOSA MÜSSNICH ARAGÃO

OBRIGADO!

gsk@bmalaw.com.br