

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

MARIO ALFREDO DE OLIVEIRA

**Os Acordos regionais de comércio e a inserção de países em  
desenvolvimento no comércio internacional:  
as cláusulas de flexibilidade no acordo Transpacífico e no Acordo de  
Ampliação Econômico-Comercial entre a República Federativa do Brasil e  
a República do Peru**

São Paulo  
2017

MARIO ALFREDO DE OLIVEIRA

Os Acordos regionais de comércio e a inserção de países em desenvolvimento  
no comércio internacional:

as cláusulas de flexibilidade no acordo Transpacífico e no Acordo de Ampliação  
Econômico-Comercial entre a República Federativa do Brasil e a República do  
Peru

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Escola de Direito de São Paulo da Fundação  
Getulio Vargas, como requisito para bacharelado.

Orientadora: Profa. Michelle Ratton Sanchez  
Badin

Fundação Getulio Vargas  
Escola de Direito de São Paulo

São Paulo

2017

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

---

*Aos meus pais.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, pois sem Ele nada disso seria possível. À minha família que me apoiou a cada passo dessa trajetória acadêmica. À minha querida orientadora Professora Michelle Ratton que me guiou com muita atenção e carinho ao longo desse projeto e de toda a minha trajetória acadêmica na FGV Direito SP. Por fim, agradeço a cada um que me ensinou a cada dia dentro da Fundação, eu cresci de forma pessoal e profissional devido ao contato com cada uma dessas pessoas. Aos amigos, colegas e conhecidos, muito obrigado.

## RESUMO

Os acordos internacionais podem ser considerados como um dos fatores fundamentais para a intensificação da prática do comércio internacional. A presente monografia busca verificar como a linguagem legal de flexibilidade dentro dos acordos regionais de comércio foi se desenvolvendo ao longo do tempo dentro de um contexto de comércio multilateral e, mais recentemente, bilateral. O trabalho consiste em dois eixos: (i) contexto histórico e conceitual do Tratamento Especial e Diferenciado e da linguagem de flexibilidade; e (ii) o mapeamento e sistematização dessa linguagem em dois tratados regionais, quais sejam o *Trans-pacific Partnership* (TPP) e o Acordo de Ampliação Econômico-Comercial entre a República Federativa do Brasil e a República do Peru (Acordo Brasil-Peru). A análise dos dois tratados auxiliará na identificação de um possível padrão de cláusulas de flexibilidade, ou mesmo, identificar a ausência de qualquer padrão, sendo que cada acordo possui uma forma de redação. Essa análise será focada no Capítulo de Compras Governamentais dos referidos tratados. A escolha pela análise desse capítulo em específico se deu pela importância da matéria para os PEDs, além de as disposições sobre compras governamentais trazerem inovações no sentido de linguagem de exceção. Por fim, se buscará, após essa sistematização verificar se há, ou não, um padrão de cláusulas de flexibilidades e analisar como esse padrão se estabeleceu na linguagem e na redação dos acordos.

**Palavras-chave:** TPP; The Transpacific Partnership; Acordo Brasil-Peru; Compras Governamentais; Comércio Internacional; Linguagem legal; Flexibilidades.

## ABSTRACT

International Agreements can be seen as one of the main reasons for the increasing strength of the practice of international commerce. The present paper focuses on analyzing how the legal language regarding flexibilities on regional commerce agreements developed throughout time from a context of multilateral commerce to, more recently, a bilateral one. This paper consists of two parts: (i) a historical and conceptual contextualization of the Special and Differential Treatment and the language of flexibilities; and (ii) the mapping and systematizing of said language in two regional treaties, namely the Transpacific Partnership (TPP) and the “Acordo de Ampliação Econômico-Comercial entre a República Federativa do Brasil e a República do Peru” (Brazil-Peru Agreement). The analysis of said treaties will assist in the identification of a possible pattern in flexibility clauses, or even help to identify the lack of any patterns whatsoever, keeping in mind that each agreement has its own language. This specific analysis will focus on the Chapter of Government Procurement. The choice for this specific chapter was made in face of the importance of the subject for developing countries, as well as due to the fact that the dispositions on governmental purchases carry with them innovations regarding the language of exceptions. Lastly, after said systematizing, it will be inquired whether a pattern on flexibility clauses exists and, if so, how said pattern can influence the performance of developing countries in the context international commerce. and analyze how this pattern was established in the language and writing of the agreements.

**Keywords:** TPP; The Transpacific Partnership; Brazil-Peru Agreement; Government Procurement; International Trade; Legal language; Flexibilities.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

**ACORDO BRASIL-PERU** – Acordo de Ampliação Econômico-Comercial entre a República Federativa do Brasil e a República do Peru.

**GATT** – *General Agreement on Tariffs and Trade* – Acordo Geral de Tarifas e Comércio.

**GPA** – *Government Procurement Agreement*.

**MFN** – *Most-favoured Nation* – Nação Mais Favorecida.

**OMC** – Organização Mundial do Comércio.

**PDs** – Países Desenvolvidos

**PEDs** – Países em Desenvolvimento.

**TED** – Tratamento Especial e Diferenciado (denominado também seu pelo acrônimo em inglês:

**S&D** – *Special and Differential Treatment*).

**TPP** – *The Trans-Pacific Partnership* – Acordo Transpacífico.



## SUMÁRIO

I – INTRODUÇÃO .....	1
a. Objeto .....	3
b. Justificativa .....	3
c. Objetivo .....	5
d. Metodologia .....	5
II – TRATAMENTO ESPECIAL E DIFERENCIADO E MEDIDAS DE EXCEÇÃO .....	6
a. Histórico do Tratamento Especial e Diferenciado .....	7
III – MAPEAMENTO DA REDAÇÃO DE FLEXIBILIDADE .....	17
a. <i>Trans-Pacific Partnership</i> .....	18
b. Acordo Brasil-Peru.....	21
c. Flexibilidade e Exceções Gerais ao Exercício de Compras.....	22
c.1. Exceções Gerais .....	23
c.2 Nação Mais Favorecida .....	26
d. <i>Offsets</i> ou condições compensatórias especiais .....	30
e. <i>Transitional Measures – Section J</i> .....	36
IV - RESULTADOS DE PESQUISA.....	41
X - BILIOGRAFIA.....	45
ANEXO I.....	48
ANEXO II .....	71

## I – INTRODUÇÃO

Esta monografia tem como objeto de estudo as cláusulas de flexibilidade nos acordos regionais de comércio internacional, com foco na presença dessas cláusulas em dois acordos específicos: *The Trans-pacific Partnership* – Acordo Traspacífico (TPP) e o Acordo de Ampliação Econômico-Comercial entre a República Federativa do Brasil e a República do Peru (Acordo Brasil-Peru).

A escolha pela comparação desses dois diplomas decorreu da percepção da mudança na estrutura de flexibilidades que o TPP veio a demonstrar por ser um acordo de comércio internacional considerado parte de uma nova geração, em razão de apresentar um novo perfil regulatório na área do comércio internacional. Já a análise do Acordo Brasil-Peru foi motivada, principalmente, por esse ser o primeiro instrumento por meio do qual o Brasil se comprometeu a conceder tratamento nacional a empresas de outro parceiro comercial no âmbito de compras públicas<sup>1</sup>.

O tema a ser desenvolvido nesta monografia adveio de uma pesquisa prévia realizada em nível de Iniciação Científica desenvolvida junto ao Programa de Iniciação Científica da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP), referente ao período 2015/2016, porém com foco na linguagem legal dos acordos, buscando compreender como eles foram redigidos, com base no histórico do desenvolvimento do conceito de Tratamento especial e diferenciado.

O histórico teórico-jurídico da presente pesquisa tem como base a linha de acontecimentos que desembocaram no atual cenário do denominado Tratamento especial e diferenciado (TED) ou seu acrônimo em inglês *Special and Differential Treatment* (S&D). Tal cenário foi se estabelecendo durante um longo período, o qual envolveu influências políticas, históricas e, principalmente, jurídicas. Juridicamente, a forma como acordos multilaterais foram

---

<sup>1</sup> Já ocorreram negociações no âmbito do Mercosul e inclusive assinatura de um Protocolo de Contratações Públicas (Dec. nº 23/06), que só foi ratificado pela Argentina e está sendo revisto desde 2010. Para maiores informações: BASILE, Juliano. Mercosul aprova nota conjunta pedindo agilidade às negociações com UE. Valor Econômico. Nova Iorque, 18 set. 2016. Disponível em <<http://www.valor.com.br/brasil/4617939/paisnegocia-acordo-de-compras-governamentaisno-mercossul>>. Acesso em 26/08/2017. Nota-se que o tratado ainda não está em vigor, sendo que a vigência ocorrerá 90 dias após a data do recebimento da última nota em que uma das Partes comunica que completou os procedimentos internos necessários para sua internalização.

redigidos, ao longo do tempo, procurava corrigir a assimetria competitiva entre os países signatários.

A pesquisa aqui proposta parte do pressuposto de que um capítulo de Tratamento Especial e Diferenciado presente, por exemplo, no *Government Procurement Agreement* de 1994 (GPA)<sup>2</sup>, provavelmente não prosperaria, atualmente, em um acordo como o TPP, uma vez que, hoje, se faz necessário um olhar mais voltado para as peculiaridades de desenvolvimento de cada país individualmente do que buscar uma tentativa de abarcá-los em um grupo com tratamento diferenciado, até mesmo por ser difícil que exista uma coesão entre os países em desenvolvimento<sup>3</sup>, evidenciado pelos motivos da demora das negociações da Rodada Doha no âmbito da OMC<sup>4</sup>.

Junto a isso, o conceito de TED efetivamente sofreu transformações ao longo do tempo, porém chegou à atualidade muito mais com a capacidade de possibilitar flexibilidades, do que com o intuito de instituir um grupo de países que receba tratamento diferenciado. O TPP evidencia bem essa transformação, uma vez que pode ser observado nesse acordo que o tratamento dado aos Países em Desenvolvimento (PEDs) volta-se mais para o sentido de inseri-los na letra do acordo do que com o objetivo de colocá-los em um grupo apartado com prerrogativas diferenciadas. Dessa maneira, chegamos ao âmbito das cláusulas de flexibilidade.

A presente monografia buscará abordar como as ditas cláusulas de flexibilidade estão se moldando nos acordos regionais de comércio internacional, mais especificamente no TPP e no Acordo Brasil-Peru. Desta forma, o objetivo da pesquisa é observar como os padrões (se houver algum padrão) das cláusulas de flexibilidade estão sendo absorvidos pelos acordos regionais e como essa modelagem se encontra disposta na redação dos acordos e o que isso pode evidenciar.

---

<sup>2</sup> “Article V: Special and Differential Treatment for Developing Countries.” Government Procurement Agreement. WTO. 1994. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gpr-94\\_01\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_01_e.htm)>. Acesso em 25/09/2017.

<sup>3</sup> “At the beginning of the 2010s, more than 50 countries, representing 60% of the world's population and 45% of its GDP, matched these criteria.” VERCUEIL, Julien: *Les pays émergents. Brésil - Russie - Inde - Chine... Mutations économiques et nouveaux défis (Emerging Countries. Brazil - Russia - India - China.. Economic change and new challenges*”, in French). Paris: Bréal, 3rd Edition, 2012, 232 p.

<sup>4</sup> Em entrevista à Swissinfo<sup>4</sup> o brasileiro Roberto Azevêdo, há mais de três anos no comando da OMC, não visualiza perspectivas para uma conclusão rápida da Rodada de Doha, em face das mudanças no cenário comercial global. SOLA, Lourdes. Rodada de Doha está longe de ser concluída. Swissinfo, Genebra, 06/07/2016. Disponível em: <[http://www.swissinfo.ch/por/economia/comercio-internacional\\_--rodada-doha-está-longe-de-ser-concluída-/42225324](http://www.swissinfo.ch/por/economia/comercio-internacional_--rodada-doha-está-longe-de-ser-concluída-/42225324)>. Acesso em: 08/09/2017.

## **a. Objeto**

O presente trabalho tem por objeto tratados regionais de comércio internacional, mais precisamente, o Acordo Transpacífico - *The Trans-Pacific Partnership*<sup>5</sup> - TPP e o Acordo de Ampliação Econômico-Comercial entre a República Federativa do Brasil e a República do Peru<sup>6</sup>. A análise buscará identificar nesses acordos influências de cláusulas de flexibilidade e verificar como elas estão dispostas e organizadas na redação dos acordos. Essa análise será focada no capítulo de compras governamentais de ambos os acordos.

A análise dos dois tratados auxiliará na identificação de um possível padrão de cláusulas de flexibilidade, ou mesmo, identificar a ausência de qualquer padrão, sendo que cada acordo possui uma forma de redação (e, conseqüentemente, negociação precedente) distinta, com diferentes conseqüências para o objetivo aqui pretendido.

A pergunta que permeará a pesquisa desta monografia foi moldada a partir dos objetivos de pesquisa traçados, ou seja, a busca pela qualificação das cláusulas de flexibilidade compreendendo, afinal, o que vem a ser uma cláusula de flexibilidade. A pergunta buscará, ao fim da presente pesquisa, analisar como foram moldados os padrões dessas cláusulas e quais podem ser as possíveis conseqüências desses moldes. Desta maneira, a pergunta de pesquisa se definiu como sendo: “Considerando que existem padrões de cláusulas de flexibilidade nos acordos regionais de comércio internacional, como essas cláusulas se desenvolveram e como elas estão organizadas atualmente na redação desses acordos?”.

## **b. Justificativa**

---

<sup>5</sup> The Trans-Pacific Partnership, Auckland, 2015. Disponível em: <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text>>. Acesso em: 28/05/2017.

<sup>6</sup> Acordo de Ampliação Econômico-Comercial entre a República Federativa do Brasil e a República do Peru, 2016. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/9-assuntos/categ-comercio-exterior/1508-acordo-de-ampliacao-economico-comercial-brasil-peru-ainda-sem-vigencia>>. Acesso em: 28/05/2017.

Os acordos internacionais podem ser considerados como um dos fatores fundamentais para a intensificação da prática do comércio internacional. Observando a teoria econômica liberal, Krugman e Obstfeld<sup>7</sup> sugerem que as vantagens comparativas são influenciadas pela abundância relativa dos fatores de produção e pela intensidade relativa com a qual fatores diferentes de produção são usados na produção de diferentes bens. Nesse sentido, os acordos internacionais podem gerar um ambiente de comércio mais propício para os países, bem como para os agentes privados, auxiliando na manutenção de um sistema de garantias e previsibilidade. Um acordo de comércio pode significar um aumento no fluxo comercial entre os signatários, seja por facilitar a rede comercial, ou, seja pelo rebaixamento tarifário dos impostos de importação incidentes, por exemplo.

O aumento no fluxo de comércio pode gerar impactos diretos nas economias nacionais, além de atingirem outras áreas da economia como emprego e infraestrutura. Na elaboração e assinatura de um acordo deve se considerar, expressamente, os impactos positivos e negativos deste instrumento jurídico, observando a dinâmica comercial internacional e os interesses nacionais determinantes naquele momento histórico.

Após a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), em 1995, os acordos comerciais buscaram ter no corpo de seus textos medidas que propiciassem uma dinâmica mais eficaz para as relações internacionais do que as praticadas fora do sistema multilateral de comércio, buscando auxiliar na proteção e regulação das relações internacionais. Vários fatores influenciaram na criação e negociação desses acordos. Um deles é a inserção dos PEDs no cenário do comércio internacional. Esse tema gerou diferentes tendências ao longo dos anos e ainda hoje se mostra de grande importância analítica, comercial e política. Entretanto, ainda é pouco explorado pela academia e merece ser analisado à luz dos acordos internacionais, pois neles se encontra a materialização, e possível efetivação, de medidas que podem auxiliar os PEDs.

Configura-se, assim, de suma importância para essa pesquisa compreender a tendência das regras voltadas ao PEDs e estabelecer uma relação com as precedentes e as futuras.

---

<sup>7</sup> KRUGMAN, P. R.; OBSTFELD, M. Economia Internacional: Teoria e Política. 4ª ed. São Paulo: Makron Books, 2001.

### **c. Objetivo**

O objetivo da presente pesquisa é elaborar um mapeamento da qualificação das cláusulas de flexibilidade (*offsets*, exceções gerais, medidas transitórias, entre outras) em dois tratados específicos dentro de um setor específico, qual seja, compras governamentais. Com isso poderá se tentar verificar como os acordos regionais de comércio internacional foram construídos em sua redação e, possivelmente, visualizar a influência de cláusulas de flexibilidade na letra dos tratados a serem analisados.

Também poderá ser compreendido, por meio dessa análise, como as regras gerais dos acordos são articuladas e como, por exemplo, as exceções para os países em desenvolvimento se encontram atualmente. Por fim, pode-se concluir que o objetivo principal dessa pesquisa é produzir uma análise concisa e sistemática de dois acordos regionais de comércio e explorar as diferenças das condições de flexibilização nos dois tratados.

### **d. Metodologia**

Para a presente pesquisa será utilizado o método empírico indutivo<sup>8</sup> que considera que o conhecimento é fundamentado na experiência. No método de raciocínio analítico indutivo a generalização deriva de observações de casos da realidade concreta. As constatações particulares levam à elaboração de generalizações<sup>9</sup>.

Primeiramente, a análise possui um pano de fundo doutrinário e teórico, pois tem como base o histórico de desenvolvimento das cláusulas de flexibilidade dentro do contexto de comércio internacional, modulando conceitos e críticas propostas por autores ao longo dos anos.

Ademais, o presente projeto observará fontes primárias do direito internacional, quais sejam, tratados regionais de comércio e fará uma análise de identificação de conceitos e modelos de cláusulas de flexibilidade. Desta forma, essa distinção será desenvolvida ao longo da pesquisa por meio da análise de dois acordos públicos, de acesso fácil. Haverá, assim, uma

---

<sup>8</sup> SILVA, Edna Lúcia da. *Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação*/Edna Lúcia da Silva, Estera Muszkat Menezes. – 4. ed. rev. atual. – Florianópolis: UFSC, 2005. p. 26.

<sup>9</sup> Ibid. p. 26.

análise de fontes primárias e sua posterior sistematização focada em um ponto específico, ou seja, o capítulo de compras governamentais, por meio do método descritivo indutivo. Ao final, serão testados conceitos com base histórica e conceitual a partir de uma descrição das cláusulas de flexibilidade e uma indução do significado da atual disposição dessas cláusulas na redação dos acordos regionais de comércio.

A metodologia que será adotada para esta pesquisa vai se basear em uma análise textual de acordos internacionais, especificamente, os acordos regionais TPP e do Acordo Brasil-Peru. Desta forma, a pesquisa levará em consideração a análise dos acordos e realizará uma comparação, em um primeiro plano, gramatical, para então verificar como essas mudanças influenciaram, ou não, a redação atual dos acordos regionais. Com isso, se buscará realizar um mapeamento das cláusulas de flexibilidade na letra desses tratados.

Essa escolha de metodologia não se consistiu em uma escolha, mas sim, em uma decorrência do objeto de pesquisa e de seu objetivo, como explicita Luna<sup>10</sup>. Dessa forma, a presente monografia será estruturada da seguinte maneira: (II) será discorrido, brevemente, sobre o histórico de Tratamento Especial e Diferenciado. Primeiro, será apresentado o conceito de Cláusula de Nação Mais Favorecida no contexto de comércio internacional e o conceito de Cláusula da Habilitação. Então, se verificará como se desenvolveu o conceito de Tratamento Especial e Diferenciado e como ele se encontra atualmente; depois, será observado como se chegou ao presente cenário de cláusulas de flexibilidade. (III) Após esse panorama histórico e conceitual se verificará então, factualmente, como essas cláusulas se encontram no texto do TPP e do Acordo Brasil-Peru e, mais especificamente, no capítulo de compras governamentais. (IV) Por fim, serão levantados os resultados de pesquisa para, então, se verificar se a pergunta de pesquisa aqui proposta pode ser respondida ou não.

## **II – TRATAMENTO ESPECIAL E DIFERENCIADO E MEDIDAS DE EXCEÇÃO**

---

<sup>10</sup> LUNA, Sergio Vasconcelos de. *Planejamento de pesquisa: uma introdução*. São Paulo: EDUC, 2012. p.63.

### a. Histórico do Tratamento Especial e Diferenciado

O ponto de partida do histórico do desenvolvimento das cláusulas de flexibilidade no contexto do comércio internacional pode ser demarcado como sendo o momento de criação do GATT<sup>11</sup> (*The General Agreement On Tariffs and Trade*) ou Acordo Geral de Tarifas e Comércio, em 1947. O conceito de Tratamento Especial e Diferenciado não foi levado em consideração pelos signatários, sendo que não se cogitava tal possibilidade, uma vez que os PEDs não eram um grupo politicamente organizado<sup>12</sup>.

Em um primeiro momento, durante a Conferência de Havana em 1940, os PEDs, liderados pelos países da América Latina, questionaram se a premissa da liberalização do comércio com base no princípio da nação mais favorecida levaria, necessariamente, ao crescimento econômico. Disposta no artigo I<sup>13</sup> do GATT, em 1947, a Cláusula da Nação Mais Favorecida (NMF), ou seu acrônimo em inglês *Most Favoured Nation Clause* (MFN), pode ser considerada um dos mais significativos princípios do GATT. Sobre ela repousa o mecanismo multilateral do livre-comércio mundial, dado que, por definição, veda a conclusão de acordos bilaterais e induz à redução geral e recíproca das tarifas de importação<sup>14</sup>.

Por meio dessa cláusula é estabelecido que qualquer imunidade, privilégio, favor ou vantagem afetando taxas concedidas a uma parte contratante ou direitos aduaneiros devem ser acordados incondicionalmente e imediatamente a produtos similares comercializados com qualquer outra parte contratante.

Em síntese, segundo a NMF, qualquer país-membro tem direito de ser tratado com igualdade em relação ao país que recebeu um tratamento mais privilegiado, ou seja, mais favorecido. Ao explicar o nome dado ao princípio da NMF, a própria OMC explica que o termo

---

<sup>11</sup> Acordo Geral de Tarifas e Comércio. Geneva, 1986. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gatt47\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf)>. Acesso em: 15/09/2017.

<sup>12</sup> KADRI, Jorge Geraldo. *O Tratamento Especial E Diferenciado O Mandato De Doha E Os Interesses Do Brasil*. Tese - XLIV Curso de Altos Estudos, Instituto Rio Branco, Brasília, 2005. p. 9.

<sup>13</sup> "1. With respect to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation or imposed on the international transfer of payments for imports or exports, and with respect to the method of levying such duties and charges, and with respect to all rules and formalities in connection with importation and exportation, and with respect to all matters referred to in paragraphs 2 and 4 of Article III,\* any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties." Artigo I, parágrafo 1, GATT, 1947.

<sup>14</sup> HOEKMAN, Bernard. *The WTO: Function and Basic Principles*. In: *Development, Trade, and the WTO*. HOEKMAN, Bernard. MATTOO, Aaditya. ENGLISH, Philip. The World Bank, 2002. p. 42.



“mais favorecida” pode soar como uma contradição, uma vez que tal termo pode insinuar tratamento especial, entretanto, o termo sugere não-discriminação, de modo que todos os países da OMC sejam “mais favorecidos”<sup>15</sup>.

Desta forma, os PEDs questionavam este princípio frente ao liberalismo, pois este impunha a necessidade de estipulação de algumas isenções às regras gerais de comércio, sempre que se tratasse de temas de desenvolvimento.

Posteriormente em 1955, os interesses e preocupações dos PEDs passaram a ser minimamente levados em consideração com a mudança no Artigo XVIII<sup>16</sup> (AJUDA DO ESTADO EM FAVOR DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO) do GATT. Este dispositivo permitiu o uso de restrições quantitativas, ou quotas, desde que relacionadas com o balanço de pagamentos e para preservar o nível de reservas necessárias a programas de desenvolvimento, aumentando um pouco a relevância do tema de auxílio ao desenvolvimento.

A criação do grupo G-77<sup>17</sup> em 1962, ainda que este não possuísse influência formal do GATT, fez com que os PEDs começassem a se organizar, ganhando força numérica e o reconhecimento de suas necessidades pelos países desenvolvidos (PDs). Entretanto, dado reconhecimento não se deu de modo efetivo, uma vez que que significou apenas que os PDs estavam cientes das necessidades e anseios dos PEDs.

Em 1963, foi realizada a Rodada Kennedy no âmbito do GATT, a qual alterou a Parte IV do mesmo, que trata sobre comércio e desenvolvimento, gerando um alicerce potencialmente mais firme para os PEDs pleitearem seus anseios e buscarem a concretização de ações precisas na liberalização do comércio mundial e na real implementação das regras do GATT.

---

<sup>15</sup> PRINCIPLES OF THE TRADING SYSTEM. WTO. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/fact2\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm)>. Acesso em: 15/09/2017.

<sup>16</sup> "2. The contracting parties recognize further that it may be necessary for those contracting parties, in order to implement programmes and policies of economic development designed to raise the general standard of living of their people, to take protective or other measures affecting imports, and that such measures are justified in so far as they facilitate the attainment of the objectives of this Agreement. They agree, therefore, that those contracting parties should enjoy additional facilities to enable them (a) to maintain sufficient flexibility in their tariff structure to be able to grant the tariff protection required for the establishment of a particular industry\* and (b) to apply quantitative restrictions for balance of payments purposes in a manner which takes full account of the continued high level of demand for imports likely to be generated by their programmes of economic development." Artigo XVIII, parágrafo 2, GATT, 1947.

<sup>17</sup> Trata-se de um grupo de países em desenvolvimento que visava gerar maior capacidade de negociação dentro da Organização das Nações Unidas (ONU).

Ressalta-se que data dessa época o início do uso sistemático de linguagem não contratual, do tipo *more attention should be given; every effort should be made*<sup>18</sup>. Esse tipo de linguagem demonstra que os signatários estavam dispostos a cumprir algumas medidas, porém não havia nenhum real mecanismo de *enforcement*, ou seja, os signatários não estavam obrigados a cumprir o que estava disposto nas cláusulas não sendo, assim, atingidos os objetivos almejados pelos PEDs.

Em 1968, por meio do UNCTAD (*The United Nations Conference on Trade and Development*<sup>19</sup>) os PEDs, principalmente através do G-77, conseguiram o estabelecimento do Sistema Geral de Preferências (SGP), como uma exceção ao princípio da NMF do GATT.

O SGP foi idealizado no âmbito da UNCTAD II<sup>20</sup> em Nova Délhi, com base no trabalho do economista argentino Raul Prebisch<sup>21</sup>. Houve uma vasta e demorada negociação entre os PDs e PEDs nesta conferência, tendo por fim a aprovação do SGP, com a introdução de conceitos novos e promessas concretas mais elaboradas com relatórios de qualidade produzidos a serviço dos países mais pobres<sup>22</sup>.

O SGP, especificamente, foi formulado a fim de que mercadorias dos PEDs pudessem ter um acesso privilegiado aos mercados dos países desenvolvidos, sem reciprocidade, transpassando o conceito de troca e auxiliando no avanço dos países beneficiados em seus processos de desenvolvimento. Dessa maneira, esse sistema auxilia os PEDs, entretanto, trata-se de apenas mais um mecanismo de negociação e não uma inserção *per se*.

Retornando à linha histórica, ao longo dos anos 1970 houve uma confrontação entre PEDs e PDs, devido, principalmente, à crise do petróleo, também conhecida como crise energética, uma vez que alguns PEDs detentores de grandes reservas de petróleo concluíram que eles possuíam um produto de grande valor de barganha e passaram a usá-lo para conseguir mais privilégios comerciais, o que não foi tão bem aceito pelos PDs, em especial pelos EUA.

---

<sup>18</sup> KADRI, Jorge Geraldo. *O Tratamento Especial E Diferenciado O Mandato De Doha E Os Interesses Do Brasil*. Tese - XLIV Curso de Altos Estudos, Instituto Rio Branco, Brasília, 2005. Pág. 36.

<sup>19</sup> Órgão da ONU, criado em 1964, responsável por lidar com questões de desenvolvimento, em especial do comércio internacional.

<sup>20</sup> United Nations Conference on Trade and Development (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento), New Delhi, 1968.

<sup>21</sup> “Prebisch, com seu prestígio junto aos países do Terceiro Mundo, assume o cargo de secretário-geral até a conferência [UNCTAD].” BARBOSA, Alexandre de Freitas. Raúl Prebisch (1901-1986): A construção da América Latina e do Terceiro Mundo, de Dosman, Edgar Jr.. Novos estud. - CEBRAP [online]. 2012, n.94, pp. 218-220. ISSN 0101-3300.

<sup>22</sup> Ibid. p. 225.

Em decorrência, deu-se o estabelecimento da Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI)<sup>23</sup>. Além disso, como se observou, os PEDs a essa época estavam mais bem organizados, com objetivos melhor definidos e com alguns mecanismos de barganha.

Os Estados Unidos, de forma a abalar a unidade de objetivos que vinha sendo demonstrada pelos PEDs, decidiram apoiar o novo princípio da “graduação”. Tal princípio tinha por concepção adotar a concessão de Tratamento Especial e Diferenciado de acordo com o nível de desenvolvimento do país, sendo que tal tese era unanimemente rechaçada pelos PEDs naquela época<sup>24</sup>.

Entretanto, mesmo diante do embate, foi possível o desenvolvimento de um importante mecanismo jurídico ao fim da década de 1970: A Cláusula de Habilitação (*Enabling Clause*)<sup>25</sup>, adotada no termo dos acordos da Rodada de Tóquio (1979), que autorizava as partes contratantes do GATT a conceder um tratamento preferencial aos países em desenvolvimento sem reciprocidade. Isso permitiu arranjos especiais (acordos globais ou regionais) entre PEDs, bem como a concessão de TED em favor dos Países de Menor Desenvolvimento Relativo (PMDR), os quais são aqueles, designados pela ONU, que possuem as mais baixas receitas, medidas pelo seu Produto Interno Bruto (PIB), recursos humanos escassos e um baixo nível de diversificação econômica.

Esta cláusula, como mencionado, permitia a não-reciprocidade e, paralelamente, instava os PEDs a participarem plenamente do conjunto de direitos e obrigações do GATT, na medida em que atingissem um certo grau de desenvolvimento<sup>26</sup>. Nos primeiros anos da década de 1980 a estratégia dos PEDs se alterou, de modo que procuravam, simultaneamente, preservar o conceito TED a seu favor e defender a integridade da cláusula de Nação Mais Favorecida

---

<sup>23</sup> Para mais informações ver: NASSER, Rabih Ali. A OMC e os países em desenvolvimento. São Paulo: Aduaneiras, 2003. Pg 235-246.

<sup>24</sup> KADRI, Jorge Geraldo. *O Tratamento Especial E Diferenciado O Mandato De Doha E Os Interesses Do Brasil*. Tese - XLIV Curso de Altos Estudos, Instituto Rio Branco, Brasília, 2005. p. 13.

<sup>25</sup> "3. Any differential and more favourable treatment provided under this clause: a) shall be designed to facilitate and promote the trade of developing countries and not to raise barriers to or create undue difficulties for the trade of any other contracting parties; b) shall not constitute an impediment to the reduction or elimination of tariffs and other restrictions to trade on a most-favoured-nation basis; c) shall in the case of such treatment accorded by developed contracting parties to developing countries be designed and, if necessary, modified, to respond positively to the development, financial and trade needs of developing countries." Decisão de 28 de Novembro de 1979 (L/4903), parágrafo 3.

<sup>26</sup> KADRI, Jorge Geraldo. *O Tratamento Especial E Diferenciado O Mandato De Doha E Os Interesses Do Brasil*. Tese - XLIV Curso de Altos Estudos, Instituto Rio Branco, Brasília, 2005. p. 14.

incondicional, visando obter redução de tarifas NMF e o fortalecimento das disciplinas do GATT.

Durante este período houve divergência entre os PEDs. Alguns alegavam que o TED seria parte de “bagagem ideológica”, ultrapassada pelos processos de liberalização e globalização, alegando, também, que o TED não seria inclusivo, mas sim, um tipo de “muleta” na inserção no comércio internacional<sup>27</sup>. Deste período, também, advém o fortalecimento dos conceitos de graduação e de reciprocidade.

Então, ocorreu a Rodada Uruguai iniciada 1986, que durou até 1994. A rodada culminou na criação da OMC e incorporação do GATT em sua estrutura, entre outros acordos. Ao fim da Rodada Uruguai, os PDs se comprometeram a conceder aos PEDs três tipos de TED: (i) acesso preferencial ao mercado; (ii) tratamento mais favorável na implementação dos dispositivos daquela rodada e (iii) assistência técnica para auxiliar na implementação dos acordos.

A questão é que a forma adquirida pelo TED, advinda das negociações dos acordos da Rodada Uruguai, em grande escala, não possibilitou ultrapassar o que se denomina de cláusulas *best endeavors* ou cláusulas de “melhores esforços”. Isso gerou pressão dos PEDs para buscar garantir maior efetividade às cerca de 150 cláusulas TED distribuídas pelos acordos da OMC<sup>28</sup>.

Diante dos pontos levantados, a partir da metade da década 1980, ocorreu uma reavaliação do TED, devido, também, à crescente diferenciação no nível de desenvolvimento e de necessidades entre os PEDs, o que gerou grande fomento da tese da graduação. Isso ocorreu, principalmente, devido a ascensão dos Tigres Asiáticos (Hong Kong, Taiwan, Cingapura e Coreia do Sul), advinda, em especial, de mudanças administrativas e econômicas unilaterais. Kadri afirma que esse sucesso obtido pelos Tigres Asiáticos fez com que se reconhecesse a liberalização unilateral como uma política alternativa válida e desejável.

Durante a Rodada Uruguai, também, houve uma quebra no enfoque até então dado ao TED. Os PEDs, agora, pleiteavam afirmar o entendimento de que o TED conferido pelos PDs não deveria ser recíproco e que deveria auxiliar efetivamente a inserção comercial. Outro ponto relevante do encontro foi o reconhecimento da liberalização unilateral como uma política

---

<sup>27</sup> KADRI, Jorge Geraldo. *O Tratamento Especial E Diferenciado O Mandato De Doha E Os Interesses Do Brasil*. Tese - XLIV Curso de Altos Estudos, Instituto Rio Branco, Brasília, 2005. p. 14.

<sup>28</sup> Ibid. p. 15.

alternativa legítima, como já visto. Por fim, foram colocadas em cheque as políticas protecionistas, as quais não estavam realmente auxiliando os PEDs.

A Rodada Uruguai, todavia, não eliminou o TED, mas sim o limitou. Muito embora não tenha sido abandonado, não houve esforço para fortalecê-lo, apesar de ter-se procurado a preservação do conceito. A conclusão da Rodada Uruguai é destacada como um avanço da comunidade internacional em direção a um sistema de comércio baseado em regras definidas e mecanismos jurídicos mais determinados e efetivos, entretanto ainda sem um arcabouço conceitual bem definido e uma organização plausível entre os PEDs.

Desta forma, em 2001, a Rodada Doha nasceu com a promessa de resultados robustos em temas do interesse dos países em desenvolvimento, àquela altura conscientes dos desequilíbrios resultantes da Rodada Uruguai<sup>29</sup>. A rodada Doha se iniciou com a disposição de mandato outorgado pela IV Conferência Ministerial da OMC (Doha, Catar, novembro de 2001), a qual ao conferir mandato para o início de uma nova rodada multilateral de comércio, aprovou dois documentos que deram às cláusulas de TED um destaque sem precedentes<sup>30</sup>. Esses documentos são: a Declaração Ministerial de Doha e a Decisão sobre Temas de Implementação (Doha Declaration and Decision on Implementation-Related Issues and Concerns - ANEXOS I e II). A Declaração, no parágrafo 44<sup>31</sup>, denota que “os dispositivos de Tratamento Especial e Diferenciado são parte integrante dos acordos da OMC e devem ser revistos com o objetivo de fortalecê-los e torná-los mais efetivos, precisos e operacionais”, demonstrando a importância que foi atribuída ao tema na tomada de negociações, pelo menos em tese.

Os PEDs demonstraram um posicionamento de grupo, uma expressão política, econômica e comercial, bem como qualidade e fundamentação técnica em suas alegações, as

---

<sup>29</sup> GALVÃO, Marcos B. A.; ABREU, Márcia Donner; PIMENTEL, Fernando Meirelles. *O relançamento das negociações da Rodada Doha*. RBCE: A revista da FUNCEX, Rio de Janeiro, n. 122, p.6-12, 01 mar. 2015. Trimestral. Disponível em: <[http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/122\\_MGMDAFM.pdf](http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/122_MGMDAFM.pdf)>. Acesso em: 14/06/2017.

<sup>30</sup> KADRI, Jorge Geraldo. *O Tratamento Especial E Diferenciado O Mandato De Doha E Os Interesses Do Brasil*. Tese - XLIV Curso de Altos Estudos, Instituto Rio Branco, Brasília, 2005. p. 3.

<sup>31</sup> "44. We reaffirm that provisions for special and differential treatment are an integral part of the WTO Agreements. We note the concerns expressed regarding their operation in addressing specific constraints faced by developing countries, particularly least-developed countries. In that connection, we also note that some Members have proposed a Framework Agreement on Special and Differential Treatment (WT/GC/W/442). We therefore agree that all special and differential treatment provisions shall be reviewed with a view to strengthening them and making them more precise, effective and operational. In this connection, we endorse the work programme on special and differential treatment set out in the Decision on Implementation-Related Issues and Concerns." Doha Declaration and Decision on Implementation-Related Issues and Concerns. 2003. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/ddec\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/ddec_e.pdf)>. Acesso em 14/10/2017.

quais colocaram em cheque os ultrapassados métodos de tomada de decisão do sistema multilateral de comércio. Além disso, estimularam o ativismo de diversos outros grupos de interesse dos PEDs<sup>32</sup>. Esteve-se perto de um desfecho da rodada em 2008, porém o entendimento acabou fracassando, devido a diferenças nos interesses de proteção de mercados agrícolas dos PEDs<sup>33</sup>.

Assim, pode-se observar ao longo dos mais de 15 anos de negociações, que os PEDs estão sim buscando seus interesses, porém, ainda é difícil para eles fazer com que estes interesses sejam respeitados dentro do cenário internacional, podendo o próprio conceito de TED ser considerado como estando um tanto quanto estagnado.

#### **b. As cláusulas de flexibilidade no cenário internacional de comércio atual**

Para que ocorra a manutenção e observância dos acordos internacionais pelos países que dele fazem parte deve haver um equilíbrio entre o comprometimento dos países com o regime e a flexibilidade deste para aceitar situações de exceção. Estas cláusulas de exceção tornam mais fácil, numa fase inicial, a cooperação durante a negociação dos acordos e, uma vez assinados, podem torná-los mais estáveis e duráveis. Nomeadamente, elas permitem aos países gerir melhor a incerteza das relações comerciais internacionais, assegurando-lhes que a divisão dos ganhos associados a um acordo não são mutáveis<sup>34</sup>.

Como observado no histórico do item anterior, em 1979, aumentando as medidas para os PEDs, as partes contratantes do GATT estabeleceram a Cláusula de Habilitação<sup>35</sup>. A Cláusula permitiu que os países em desenvolvimento recebessem um tratamento diferencial e mais favorável em relação a: (a) o Sistema de Preferências Generalizadas, onde os países desenvolvidos poderiam conceder tarifas diferenciais unilateralmente aos países em

---

<sup>32</sup> GALVÃO, Marcos B. A.; ABREU, Márcia Donner; PIMENTEL, Fernando Meirelles. *O relançamento das negociações da Rodada Doha*. RBCE: A revista da FUNCEX, Rio de Janeiro, n. 122, p.6-7, 01 mar. 2015. Trimestral. p. 8. Disponível em: <[http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/122\\_MGMDAFM.pdf](http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/122_MGMDAFM.pdf)>. Acesso em: 14/06/2017.

<sup>33</sup> Ibid. p. 8.

<sup>34</sup> ROSENDORFF, P; MILNER, H. *The optimal design of international trade institutions: Uncertainty and Escape*. International Organisation, Vol. 55, (4): 829-858. Routledge Encyclopedia of International Political Economy. 2001.

<sup>35</sup> Decision on Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries, adopted on November 28th, 1979 (known as the Enabling Clause).

desenvolvimento; (b) medidas não pautais no âmbito dos instrumentos do GATT; (c) acordos globais e regionais entre países em desenvolvimento; e (d) tratamento especial para os países menos desenvolvidos.

Em relação aos acordos globais e preferenciais, a Cláusula de Habilitação permitia que países em desenvolvimento desconsiderassem alguns dos requisitos do Artigo XXIV do GATT e para justificarem os *Preferential Trade Arrangements* (PTAs) que não eram consistentes com esses requisitos.

A Cláusula de Habilitação estabeleceu, no entanto, alguns requisitos para o Tratamento Especial e Diferenciado previsto. De acordo com o artigo 3º, o tratamento: (a) deve ser concebido para facilitar e promover o comércio de países em desenvolvimento e não para criar barreiras ou para criar dificuldades indevidas para o comércio de outras partes; (b) não deve constituir um impedimento à redução ou eliminação de tarifas e outras restrições ao comércio em regime NMF; e (c) deve, em caso de tratamento concedido por um partido desenvolvido a um partido em desenvolvimento, ser projetado e modificado para responder positivamente às necessidades de desenvolvimento, financeiras e comerciais dos países em desenvolvimento.

A Cláusula de Habilitação, portanto, permitiu requisitos mais flexíveis em relação aos PTAs dos países em desenvolvimento do que os estabelecidos no Artigo XXIV do GATT. Dessa maneira deve-se também virar o olhar para o mecanismo de TED, que foi historicamente elucidado no item anterior. Agora vejamos o aspecto jurídico desse conceito.

De acordo com Kadri<sup>36</sup>, os dois principais propósitos do TED poderiam ser assim resumidos: (i) estabelecer certo equilíbrio e justiça onde as condições estruturais são diferentes; e (ii) evitar distorções em função do poder negociador dos países desenvolvidos no sistema multilateral de comércio.

Critérios objetivos podem ser atribuídos para determinar quais países poderiam se beneficiar deste tratamento diferenciado. Todavia, o autor também afirma que a menos que os PEDs aceitem alguma forma de diferenciação, isto é, alguma forma de graduação, são mínimas as possibilidades de obtenção de compromissos legalmente vinculantes que favoreçam todos os PEDs, no contexto do comércio multilateral<sup>37</sup>. Observa-se, entretanto, que o foco do TED

---

<sup>36</sup> KADRI, Jorge Geraldo. *O Tratamento Especial E Diferenciado O Mandato De Doha E Os Interesses Do Brasil*. Tese - XLIV Curso de Altos Estudos, Instituto Rio Branco, Brasília, 2005.

<sup>37</sup> Ibid. p. 62.

mudou. Antes, o principal objetivo seria realmente se igualar aos PDs, porém, agora, busca-se primeiramente a integração dos PEDs na economia global e não, necessariamente, a equiparação, caminhando mais para uma formação de equidade e inclusão.

Ainda não se pode determinar efetivamente como o conceito de TED se desenvolverá ou como será utilizado. Para Kadri, na rodada multilateral de comércio atual da OMC (Rodada Doha), espera-se que o TED seja “fatiado” de várias formas, para que diferentes modos de vantagens e privilégios sejam aplicados às diferentes necessidades. Todavia, essa hipótese pode trazer um problema ainda maior: o comprometimento da manutenção (e até mesmo de sobrevivência) do TED como um conceito geral e abrangente.

A academia se mostra dividida entre os que apoiam e os que desaprovam a manutenção do conceito de TED dentro do comércio internacional. Em sua grande maioria, as divergências existentes entre os teóricos da área dizem respeito à aplicação e à amplitude em relação ao TED, além de se discutir quais países deveriam ser observados por tal dispositivo e qual a perspectiva deveria ser garantida ao mesmo.

Dentre aqueles que se mostram a favor do TED, Lal Das<sup>38</sup> entende como necessários tais avanços estruturais para que o sistema em si se torne menos desigual e para que os PEDs sejam recompensados pelas próprias imperfeições existentes. Nesse contexto, o TED se mostra exclusivamente como um modo de reduzir as desigualdades, não se tratando de privilégio ou concessão.

Ainda em defesa deste tipo de mecanismo, Pangestu<sup>39</sup> argumenta que a supressão do TED não seria produtiva, uma vez que, além de figurar como uma reivindicação dos próprios PEDs, também pode ser apoiado em face dos longos períodos de transição e da tecnicidade necessária para a efetivação de tratados. Além disso, pode se ponderar por quanto tempo o TED deve ser concedido sem que este seja considerado uma muleta eterna para os PEDs.

Portanto, justificada a existência do TED, resta analisar a sua efetividade. Whalley<sup>40</sup> aponta para uma característica analisada após a conclusão da Rodada Uruguai, ressaltando que,

---

<sup>38</sup> Das, Bhagirath Lal 2001b. The Present Trading System, Opportunities and Problems, unpublished paper, New Delhi.

<sup>39</sup> Pangestu, Mari. Special and Differential Treatment in the Millenium Round: Special for Whom and How Different. In Asian Economic Journal. Vol. 14. 2000.

<sup>40</sup> Walley, John. Special and Differential Treatment in the Milenium Round. Universidade de Warwick e Western Ontário, e NBER. WP 30/99. Ontário, 1999.



neste contexto, vários dos acordos que foram firmados apresentavam TED. Apesar do inferior nível de comprometimento com a própria estruturação do TED, esse dispositivo se mostrava presente, o que pode ser justificado pela necessidade de obter concessões, mantendo-se como componente característico neste contexto. Há, também, os que afirmam que o TED perdeu força nos últimos anos, como Sharer<sup>41</sup>, uma vez que muitos países em desenvolvimento acabaram por se tornar mais liberais quanto à sua política econômica.

Kadri<sup>42</sup>, por fim, conclui esse pensamento teórico afirmando que a mudança fundamental no conceito do TED, em particular no que tange as novas cláusulas relativas a períodos de transição e assistência técnica e capacitação, foram adotadas no entendimento de que os PEDs aceitariam os mesmos compromissos que seus parceiros desenvolvidos, ainda que em termos mais flexíveis, em reconhecimento às suas dificuldades únicas de ajustamento e implementação.

De modo geral, outros autores, apesar de não analisarem diretamente o Tratamento Especial e Diferenciado, voltam-se para o estudo do próprio cenário internacional de relacionamento entre PEDs e PDs. Emmanuelle Tourme-Jouannet, em *What Is a Fair International Society?*, avalia o estado dessas relações, em 2013, da seguinte maneira:

The rules governing globalization are unfair as they are designed once again primarily with the advanced industrial nations in mind. Certainly, some emerging countries have benefitted from them, **but the rules are not equitable** ... Contrary to the idea that globalization benefits everyone, there are losers on both sides, North and South<sup>43</sup>.  
(grifo meu)

Aqui Jouannet faz uma análise mais geral de como o mundo se encontrava em 2013 em um contexto de comércio internacional considerado mais justo, sendo que mesmo com alguns países em desenvolvimento e emergentes se beneficiando do comércio internacional, isso teria apenas um viés industrial. Não obstante, as regras não se mostram equitativas, mantendo um desnível entre as nações de um modo geral.

---

<sup>41</sup> Sharer, Robert. *Special and Differential Treatment and Economic Reforms in Developing Countries*, IMF, WTO Conference on Special and Differential Treatment, Geneva, March, 2000.

<sup>42</sup> KADRI, Jorge Geraldo. *O Tratamento Especial E Diferenciado O Mandato De Doha E Os Interesses Do Brasil*. Tese - XLIV Curso de Altos Estudos, Instituto Rio Branco, Brasília, 2005. p. 68.

<sup>43</sup> E. Tourme-Jouannet. *What is a Fair International Society?* International Law Between Development and Recognition (2013), at 3.

Joel P. Trachtman<sup>44</sup> aponta que não existe um consenso entre os economistas se o Tratamento Especial e Diferenciado para com países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo causam ou remediam a pobreza e desigualdades existentes. Logo, se vê que alguns autores, antes mesmo de entrar no mérito do TED, possuem uma visão mais geral e abstrata que denota que alguns tratamentos, apesar de auxiliarem na esfera internacional do país, não contribuem para um crescimento social e humano interno dos países, sendo isso uma perda geral do comércio internacional, como bem apontou Jouannet.

Desta maneira, torna-se evidente que, após a Rodada Uruguai, o conceito de TED foi desgastado, uma vez que foi ponderado pelos diferentes e individuais grupos de países num contexto no qual inexistia consenso em relação à sua estrutura conceitual. Nesse sentido, a ausência de consenso vai além de discussões teóricas, atingindo também os PEDs em suas tomadas de decisão.

Resumidamente, Whalley<sup>45</sup> interpreta que o TED se transformou no sentido de deixar de voltar-se simplesmente a vantagens de direito e de acesso, para passar a reagir em face dos obstáculos apresentados pelos PEDs na sua resposta quanto à execução das determinações da OMC.

Assim, se verifica que ainda há divergência quando a conceituação do TED, porém é inegável que atualmente o TED se mostra como um mecanismo que ao longo da história gerou inserção dos PEDs no comércio internacional, mesmo com todas as suas limitações. O que se viu ao longo da pesquisa para esta monografia foi que o conceito variou entre momentos de força e fraqueza, muito mais por uma articulação precária entre os próprios PEDs do que por uma lacuna conceitual. O conceito sofreu transformações ao longo do tempo, chegando à atualidade com a capacidade de possibilitar flexibilidades, muito mais do que com o intuito de instituir um grupo que receba tratamento diferenciado.

### **III – MAPEAMENTO DA REDAÇÃO DE FLEXIBILIDADE**

---

<sup>44</sup> TRACHTMAN, J.P. *Doing Justice: The Economics and Politics of International Distributive Justice*, in C. Carmody, F. J. Garcia, and J. Linarelli (eds), *Global Justice and International Economic Law* (2012). p. 281 e 284.

<sup>45</sup> Walley, John. *Special and Differential Treatment in the Milenium Round*. Universidade de Warwick e Western Ontário, e NBER. WP 30/99. Ontário, 1999. P. 1022.

### **a. *Trans-Pacific Partnership***

Após esse estudo do conceito de TED e da visualização de como ele se encontra no cenário internacional atual se inicia a segunda parte desta monografia. Mostrou-se necessário uma análise empírica para verificar como a linguagem legal de exceção se integrou aos tratados de comércio internacional. Desta maneira, buscou-se encontrar documentos que evidenciassem as transformações nas redações dos tratados, como elas se deram e quais os impactos que elas teriam. Escolheu-se, então, dois tratados, originados em diferentes momentos e contextos históricos, para a realização de uma análise focada no modo em que eles foram estruturados, na comparação entre eles e, também, em quais seriam as mudanças que se sobressaem. Os tratados escolhidos foram: o *The Trans-Pacific Partnership* de 2015<sup>46</sup> e o Acordo Brasil-Peru<sup>47</sup> de 2016.

O *Trans-Pacific Partnership* ou Parceria Transpacífico é um dos acordos recentes mais importantes na esfera do comércio internacional, por levantar uma nova perspectiva de tratamento para diversos assuntos de relevância nacional. O texto foi oficialmente publicado em 05 de outubro de 2015, assinado por 12 países, dentre eles os Estados Unidos, Canadá, Japão e Cingapura. Esses quatro países já eram membros do Acordo sobre Compras Governamentais da OMC e signatários de diversos Acordos Preferenciais de Comércio (APCs). Juntos, os países que fazem parte do tratado correspondem, no total, por cerca de 40% do PIB global, um dos fatos que podem explicar a característica histórica do tratado.

O TPP teve grande repercussão dentro do cenário do comércio internacional devido às suas proporções, visto que se trata de um acordo com participação de mais de 25% dos países com grande participação no comércio exterior. Inicialmente, levando-se consideração apenas EUA e Japão, somente esses dois países já correspondem a duas das três maiores economias de acordo com dados do Banco Mundial<sup>48</sup>. Entretanto, no início de 2017 o presidente estadunidense Donald Trump retirou formalmente os EUA do TPP<sup>49</sup>, restando, então, 11 nações

---

<sup>46</sup> The Trans-Pacific Partnership, Auckland, 2015. Disponível em: <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text>>. Acesso em: 15/09/2017.

<sup>47</sup> Acordo Brasil-Peru, Lima, 2016. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/convenios/9-assuntos/categ-comercio-exterior/1508-acordo-de-ampliacao-economico-comercial-brasil-peru-ainda-sem-vigencia>>. Acesso em: 15/09/2017.

<sup>48</sup> World Bank, Gross domestic product 2016 Ranking. Disponível em <<http://databank.worldbank.org/data/download/GDP.pdf>>. Acesso em: 26/09/2017.

<sup>49</sup> “Cumprindo uma de suas principais promessas de campanha, o presidente dos EUA, Donald Trump, assinou um decreto nesta segunda-feira (23) para retirar o país da Parceria Transpacífico (TPP), peça central da estratégia

signatárias ao acordo<sup>50</sup>. Essas nações deverão assinar uma alteração no acordo denominada neste momento de TPP-11 ou *The Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* (CPTPP) em 8 de março no Chile, impulsionado principalmente pela articulação do Canadá, Japão e Austrália<sup>51</sup>.

O TPP, de modo geral, se mostra interessante, pois, traz uma regulação de vários temas que, apesar de negociados em âmbito multilateral dentro do escopo da OMC, não obtiveram vastas evoluções no sentido de haver apreciação no texto dos acordos da organização<sup>52</sup>.

O tratado é formado por 30 (trinta) capítulos em sua totalidade, além das listas de compromissos dos países, a qual é composta por 6 (seis) anexos que, de forma geral, se prestam a informar quais entidades e setores são submetidos aos termos do Acordo<sup>53</sup>. Um dos grandes objetivos do tratado é impulsionar um bloco de países, primeiramente compreendido pela região do Pacífico, em que o comércio internacional será incentivado<sup>54</sup>.

De maneira a tornar a pesquisa desta monografia mais efetiva e focada, optou-se por delimitar a análise aqui proposta das cláusulas de exceção apenas ao capítulo de compras governamentais do tratado, visando também atingir esse ponto no Acordo Brasil-Peru. As compras governamentais são reguladas pelo capítulo 15 (quinze) do TPP, que contém 24 (vinte

---

comercial e geopolítica de seu antecessor, Barack Obama.”. Ninio, M. *Por decreto, Trump retira EUA da Parceria Transpacífico*. Folha de S. Paulo, São Paulo. 23 de jan. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/01/1852303-trump-retirara-eua-do-tpp-nesta-segunda-diz-emissora.shtml>>. Acesso em: 05/02/2018.

<sup>50</sup> Mesmo com a não ratificação do TPP pelos EUA, esse tratado pode ser considerado como uma cartilha que pode vir a ser referência para outras negociações internacionais. Inclusive blocos econômicos, como a União Europeia, alertaram sobre o impacto do acordo no comércio internacional, conforme discorrido por Benvenisti: “*European economists have noted that the very existence of the TPP talks has put considerable pressure on the EU to negotiate the TTIP. They have expressed the immediate worry that the TPP might discriminate against European firms, 10 and also the more long-term concern that “the rules enshrined in the TPP could possibly be held as a model to be emulated” in future agreements*” (grifo meu) in Benvenisti, E. *Democracy Captured: The Mega-Regional Agreements and the Future of Global Public Law*. IILJ Working Paper 2016/2 MegaReg Series. Institute for international law and justice. New York University School of Law. New York. Disponível em: <[https://wp.nyu.edu/megareg/wp-content/uploads/sites/3134/2016/03/Benvenisti\\_IILJ-MegaReg\\_2016-2.pdf](https://wp.nyu.edu/megareg/wp-content/uploads/sites/3134/2016/03/Benvenisti_IILJ-MegaReg_2016-2.pdf)>. Acesso em: 06/02/2018.

<sup>51</sup> Karp. P. *Trans-Pacific Partnership revived after 11 nations agree to trade deal – without US*. The Guardian. 23 de jan. de 2018. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2018/jan/24/trans-pacific-partnership-revived-after-11-nations-agree-to-trade-deal>>. Acesso em: 05/02/2018.

<sup>52</sup> MCKINNEY, Joseph A. *Innovations and Implications of the Trans-Pacific Partnership Agreement. Review of Innovation and Competitiveness*, volume 2, issue 3, 2016, p.71. Disponível em <<http://hrcak.srce.hr/file/246640>> Acesso em: 23/09/2017.

<sup>53</sup> Disponível em: <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text>>. Acesso em: 03/11/2017.

<sup>54</sup> Foreign Trade Information System. Trans Pacific Partnership Agreement (TPP) - Australia, Brunei Darussalam, Canada, Chile, Japan, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore, the United States, and Vietnam. Disponível em <[http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/TPP\\_e.ASP](http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/TPP_e.ASP)>. Acesso em: 28/09/2017.

e quatro) artigos no total. A escolha pela análise desse capítulo em específico se deu pela importância da matéria para os PEDs, além de as disposições sobre compras governamentais trazerem inovações no sentido de linguagem de exceção. Nessa perspectiva, Bossche complementa alegando que as compras governamentais não se encontram dentro do escopo dos acordos multilaterais da OMC, ou seja, são uma exceção ao princípio do tratamento nacional previsto no Artigo III: 4 do GATT<sup>55</sup>, segundo o qual não se pode tratar o produto estrangeiro de forma distinta ao produto nacional<sup>56</sup>.

O capítulo que trata de compras governamentais no *Trans-Pacific Partnership* se propõe a tentar impedir que requisitos técnicos e operacionais, recorrentes em editais de licitação, possam vir a se tornar obstáculos ao comércio internacional de bens. Considerando a maioria dos acordos sobre compras governamentais, pode-se depreender que eles, geralmente, trazem em seu início uma cláusula em respeito das definições, o âmbito de aplicação e os critérios para determinar o valor dos contratos incluídos no âmbito de aplicação. No TPP essa tendência se mantém, uma vez que quando se observa que em seu *Article 15.1*, os principais termos estão definidos.

A abordagem do TPP, por fim, se mostra significativa por três razões<sup>57</sup>. Primeiro, o tratado reúne países com setores financeiros radicalmente diferentes, no primeiro acordo multilateral depois de uma série de crises financeiras sem precedentes e em um pano de fundo da incerteza do mercado financeiro. Em segundo lugar, os compromissos substantivos e processuais dos membros do TPP somam um conjunto razoavelmente coerente de padrões gerais compartilhados para regulamentar a indústria financeira e seus principais subsectores. Apesar das exceções específicas de cada país e dos longos prazos de implementação, essas normas são agora a linha de base, tanto para membros potenciais, como a China e a Coreia do Sul, quanto para futuros acordos, o que pode afetar as transações financeiras em trilhões de

---

<sup>55</sup> Article III: 4. The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provisions of this paragraph shall not prevent the application of differential internal transportation charges which are based exclusively on the economic operation of the means of transport and not on the nationality of the product.

<sup>56</sup> BOSSCHE, Peter Van den. *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, cases and materials*. 1. ed. Pp. 478-479.

<sup>57</sup> Assessing The Trans-Pacific Partnership: Volume 1: Market Access And Sectoral Issues. Washington: Peterson Institute For International Economics, fev. 2016. p. 91. Disponível em: <<https://piie.com/system/files/documents/piieb16-1.pdf>> Acesso em: 31/10/2017.

dólares. Terceiro, o TPP contém ferramentas e incentivos para a coordenação direta do comércio e da regulamentação financeira em um mercado global em rápida mudança.

Por fim, nota-se que o TPP pode vir a se tornar, no longo prazo, um “acordo modelo”. As regras consagradas no TPP podem estabelecer uma modelagem a ser emulada em futuros acordos internacionais<sup>58</sup> devido principalmente a importância de sua forma de negociação e volume econômico das transações que podem vir a ocorrer com a ratificação do tratado.

## **b. Acordo Brasil-Peru**

O Brasil, no momento, faz parte de um total de 23 (vinte e três) acordos internacionais sobre comércio para além dos celebrados dentro do âmbito da OMC<sup>59</sup>. Dentro desse escopo, três ainda não estão vigentes. Destacou-se, então, para esta pesquisa o Acordo de Ampliação Econômico-Comercial entre a República Federativa do Brasil e a República do Peru, ou apenas, Acordo Brasil-Peru, assinado em abril de 2016, que merece ênfase por ser o primeiro instrumento por meio do qual o Brasil se comprometeu a conceder tratamento nacional a empresas de outro parceiro comercial no âmbito de compras públicas.

Esse acordo auxilia na obtenção, por parte das empresas brasileiras, de acesso facilitado a um mercado de US\$ 13 bilhões, que é o das compras públicas do governo peruano<sup>60</sup>. Assinado em 2016, em Lima, o acordo define um marco normativo para investimentos, para o comércio

---

<sup>58</sup> Billy A. Melo Araujo. *Regulating Services Through Trade Agreements – A Comparative Analysis of Regulatory Disciplines Included in EU and US Free Trade Agreements*. TRADE L. & DEVELOPMENT (forthcoming 2015). p. 410. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2605776](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2605776)>. Acesso em: 06/02/2018.

<sup>59</sup> Os vinte e três acordos dos quais o Brasil participa são: Preferência Tarifária Regional entre países da ALADI (PTR-04), Acordo de Sementes entre países da ALADI (AG-02), Acordo de Bens Culturais entre países da ALADI (AR-07), Brasil - Uruguai (ACE-02), Brasil - Argentina (ACE-14), Mercosul (ACE-18), Mercosul - Chile (ACE-35), Mercosul - Bolívia (ACE-36), Brasil - México (ACE-53), Mercosul - México (ACE-54), Automotivo Mercosul - México (ACE-55), Bolívia, Colômbia, Venezuela, Equador, Peru, Países-membros da Comunidade Andina, e do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai (ACE-56), Mercosul - Peru (ACE-58), Mercosul - Colômbia, Equador e Venezuela (ACE-59), Brasil/Guiana/São Cristóvão e Névis(AAP.A25TM 38), Brasil - Suriname (ACE-41), Brasil - Venezuela (ACE-69), Mercosul - Cuba (ACE-62), Mercosul/ Índia, Mercosul/ Israel, Mercosul/ SACU, Mercosul/Egito (sem vigência), Mercosul/Palestina (sem vigência), Acordo de Ampliação Econômico-Comercial Brasil – Peru (sem vigência). MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS. Acordos dos quais o Brasil é parte. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/796-negociacoes-internacionais-2%20%3E>>. Acesso em: 13/11/2017.

<sup>60</sup> Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/03/23/aprovado-acordo-que-abre-oportunidades-a-empresas-brasileiras-no-peru>>. Acesso em: 13/11/2017.

bilateral e para a participação de empresas brasileiras e peruanas em processos licitatórios nos dois países.

Em 2016, as exportações brasileiras para o Peru cresceram 7,3% em relação ao ano anterior, passando de US\$ 1,8 bilhão para US\$ 1,9 bilhão. A participação do país subiu de 0,9% para 1,1%, posicionando-se como o 27º destino das exportações brasileiras no ano. Já as importações brasileiras do Peru atingiram US\$ 1,2 bilhão. A participação do Peru elevou-se de 0,7% para 0,9%. O país foi o 27º fornecedor estrangeiro ao Brasil em 2016.

Diante desses números, a balança comercial com o Peru resultou em superávit de US\$ 712,5 milhões. Em 2015, o superávit foi de US\$ 559,3 milhões. A corrente de comércio (exportações e importações) entre os dois países somou US\$ 3,1 bilhões em 2016, aumento de 3,7% sobre o ano anterior, de US\$ 3 bilhões<sup>61</sup>.

Dessa maneira, se verifica a importância desse acordo para o âmbito do comércio internacional do Brasil, principalmente no que diz respeito às compras governamentais. Assim, identificar a linguagem de exceção e como ela foi construída na produção desse acordo pode demonstrar as tendências do comércio e também do cenário de elaboração dos tratados e acordos regionais.

### **c. Flexibilidade e Exceções Gerais ao Exercício de Compras**

Nota-se, primeiramente, que diante do panorama histórico e jurídico da linguagem de flexibilidade nos acordos internacionais de comércio podia se esperar uma qualificação sistemática de PEDs na letra desses acordos ou até mesmo de PMDR, sendo elencado um capítulo específico para fins de TED. No entanto, a letra do TPP e do Acordo Brasil-Peru não levanta essa qualificação, muito menos denota um capítulo especial para tratamento diferenciado entre os países signatários. Entretanto, reforça-se que mesmo sem essa subseção a noção de flexibilidade acaba por beneficiar todas as partes do acordo, independentemente do grau de desenvolvimento econômico, uma vez que abre um leque de possibilidades para cada país estabelecer qual setor de sua economia necessita de flexibilização para se desenvolver.

---

<sup>61</sup> Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2017/04/acordo-entre-brasil-e-peru-facilitara-exportacoes>>. Acesso em 26/10/2017.

Como já explicitado, os capítulos que serão analisados no âmbito dessa pesquisa serão os capítulos de compras governamentais e suas respectivas listas de cobertura<sup>62</sup>. No TPP o capítulo analisado foi o “*Chapter 15 – Government Procurement*” (Anexo I) e no Acordo Brasil-Peru o capítulo analisado foi o “Capítulo 4 – Contratação Pública” (Anexo II), mais as listas específicas dos capítulos, anexas aos tratados.

Mostrou-se necessário uma análise empírica para verificar como a linguagem legal de exceção se integrou aos tratados de comércio internacional a partir da mudança da perspectiva de TED e também do modo de articulação dos PEDs na produção de tratados de comércio internacional, conforme observado na primeira parte desta monografia. A análise aqui proposta buscará encontrar algum tipo de padronização de redação de exceção, ou mesmo vocábulos de exceção, que pareçam interessantes do ponto de vista de negociação para os PEDs, isso se for encontrado algum tipo de padronização na letra dos tratados.

Considera-se, também, como podendo ser existente um caráter padronizador que alguns acordos podem exercer sobre o comércio internacional. Nesse interim, Marc Steiner, juiz da 2ª Divisão da Corte Administrativa Federal da Suíça, argumenta que, por exemplo, parte da importância do *Government Procurement Agreement* de 1994 está na sua utilização pelos países como modelo para elaboração de outros tratados regionais e bilaterais no âmbito das compras governamentais<sup>63</sup>.

Então, buscou-se denotar como ambos os documentos foram redigidos e como a linguagem de exceção aparece em suas redações. Assim, para mais fácil visualização da análise feita foram construídos quadros comparativos entre os dois diplomas considerando a pertinência entre ambos para, então, se fazer as considerações pertinentes.

### **c.1. Exceções Gerais**

---

<sup>62</sup> Devido à extensão e recorte realizado nas listas analisadas elas não foram incorporadas como anexo nesta monografia, porém elas estão disponíveis em: <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text>> e <<http://www.mdic.gov.br/convenios/9-assuntos/categ-comercio-exterior/1508-acordo-de-ampliacao-economico-comercial-brasil-peru-ainda-sem-vigencia>>. Acesso em: 14/12/2017.

<sup>63</sup> STEINER, Marc. *O Acordo de Compras Governamentais da OMC: avaliando o escopo para as compras verdes*. ICTSD, 17 dez. 2015. Disponível em <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/o-acordo-decompras-governamentais-da-omc-avaliando-o-escopo-para-compras>> Acesso em: 26/10/2017.



Primeiramente, se buscou apenas o termo “exceção” e “exceções” em ambos os capítulos. Pode se constatar que ambos os capítulos, nos diferentes acordos, possuíam a mesma redação quando se tratava de Exceções Gerais ou “*Exceptions*”, conforme exposto no quadro abaixo:

<i><b>TPP 2015</b></i>	<i><b>ACORDO BRASIL-PERU 2016</b></i>
<p><b>Article 15.3: Exceptions</b></p> <p>1. Subject to the requirement that the measure is not applied in a manner that would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between Parties where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade between the Parties, nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party, including its procuring entities, from adopting or maintaining a measure:</p> <p>(a) necessary to protect public morals, order or safety;</p> <p>(b) necessary to protect human, animal or plant life or health;</p> <p>(c) necessary to protect intellectual property; or</p> <p>(d) relating to the good or service of a person with disabilities, of philanthropic or not-for-profit institutions, or of prison labour.</p> <p>2. The Parties understand that subparagraph 1(b) includes environmental measures</p>	<p><b>Artigo 4.3: Exceções Gerais</b></p> <p>1. Nenhuma disposição deste Capítulo será interpretada no sentido de impedir uma Parte de adotar qualquer ação ou abster-se de divulgar qualquer informação que se considere necessária para a proteção de seus interesses essenciais em matéria de segurança, tais como aquisição de armas, munições ou material de guerra, ou qualquer outra contratação indispensável para a defesa nacional ou segurança nacional.</p> <p>2. Sempre que as seguintes medidas não se apliquem de forma discriminatória ou constituam uma restrição encoberta ao comércio, nenhuma disposição deste Capítulo será interpretada no sentido de impedir uma Parte de adotar ou manter medidas:</p> <p>(a) necessárias para proteger a moral, a ordem ou a segurança públicas;</p> <p>(b) necessárias para proteger a saúde ou a vida humana, animal</p>

necessary to protect human, animal or plant life or health.	ou vegetal, incluindo as respectivas medidas ambientais ;  (c) necessárias para proteger a propriedade intelectual; ou  (d) relacionadas aos bens ou serviços para pessoas portadoras de necessidades especiais, de instituições de beneficência ou de trabalho penitenciário;
---	--

Nota-se que a redação de ambos é idêntica e que isso pode não ser considerado mera coincidência. O item de exceções previsto no TPP sofreu influências dos itens de exceção nos Acordos da OMC, a exemplo do Artigo XX<sup>64</sup> do GATT, referindo-se à proteção de valores tais como a moral pública como uma justificativa à violação de princípios como o tratamento nacional. O TPP, no entanto, é inovador ao dispor sobre a possibilidade de exceção às condutas

<sup>64</sup> GATT, Artigo XX: Exceções Gerais: Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas: (a) necessárias à proteção da moralidade pública; (b) necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais; (c) que se relacionem à exportação e a importação do ouro e da prata; (d) necessárias a assegurar a aplicação das leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições do presente acordo, tais como, por exemplo, as leis e regulamentos que dizem respeito à aplicação de medidas alfandegárias, à manutenção em vigor dos monopólios administrados na conformidade do § 4º do art. II e do art. XVII à proteção das patentes, marcas de fábrica e direitos de autoria e de reprodução, e a medidas próprias a impedir as práticas de natureza a induzir em erro; (e) relativas aos artigos fabricados nas prisões; (f) impostas para a proteção de tesouros nacionais de valor artístico, histórico ou arqueológico; (g) relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais; (h) tomadas em execução de compromisso contraídos em virtude de um Acordo intergovernamental sobre um produto de base, em conformidade com os critérios submetidos às Partes Contratantes e não desaprovados por elas e que é ele próprio submetido às Partes Contratantes e não é desaprovado por elas. (i) que impliquem em restrições à exportação de matérias primas produzidas no interior do país e necessárias para assegurar a uma indústria nacional de transformação as quantidades essenciais das referidas matérias-primas durante os períodos nos quais o preço nacional seja mantido abaixo do preço mundial, em execução de um plano governamental de estabilização; sob reserva de que essas restrições não tenham por efeito reforçar a exportação ou a proteção concedida à referida indústria nacional e não sejam contrárias às disposições do presente Acordo relativas à não discriminação. (j) essenciais à aquisição ou a distribuição de produtos dos quais se faz sentir uma penúria geral ou local; todavia, as referidas medidas deverão ser compatíveis com o princípio segundo o qual todas as Partes Contratantes têm direito a uma parte equitativa do abastecimento internacional desses produtos e as medidas que são incompatíveis com as outras disposições do presente Acordo serão suprimidas desde que as circunstâncias que as motivaram tenham deixado de existir. As Partes Contratantes examinarão, em 30 de junho de 1960, no máximo, se é necessário manter a disposição da presente alínea.

governamentais das regras do Acordo quando houver a necessidade de proteger a propriedade intelectual, conforme item 15.3.1(c); ou quando a medida restritiva adotada pelo governo se relacionar aos serviços ou bens ofertados por pessoas deficientes, instituições de caridade ou sem fins lucrativos e presidiários.

A redação se mantém no Acordo Brasil-Peru, o qual se utiliza da mesma redação inclusive na ordem em que os itens são apresentados no capítulo. Nota-se que, dentro desse contexto, há outros tipos de previsões que se originam de acordos preferenciais de comércio (APCs) e que são comuns, especialmente naqueles celebrados entre os Estados Unidos e Europa e seus respectivos parceiros comerciais<sup>65</sup>.

## c.2 Nação Mais Favorecida

No que tange a cláusula de Nação Mais Favorecida:

<i>TPP 2015</i>	<i>ACORDO BRASIL-PERU 2016</i>
<p><b>Article 15.4: General Principles</b></p> <p>National Treatment and Non-Discrimination</p> <p><b>1. With respect to any measure regarding covered procurement, each Party, including its procuring entities, shall accord immediately and unconditionally to the goods and services of any other Party and to the suppliers of any other Party, treatment no less favourable than the treatment that the Party, including its procuring entities, accords to:</b></p>	<p><b>Artigo 4.4: Princípios Gerais</b></p> <p>1. Nenhuma disposição deste Capítulo impedirá uma Parte de desenvolver novas políticas de contratação pública, procedimentos ou meios contratuais, sempre que sejam compatíveis com este Capítulo.</p> <p><b>Tratamento Nacional e não Discriminação</b></p> <p>2. Com respeito a qualquer medida coberta por este Capítulo, cada Parte outorgará imediata e incondicionalmente</p>

<sup>65</sup> BADIN, Michelle Ratton Sanchez. AZEVEDO, Milena da Fonseca. *A Regulação de Compras Governamentais nos Acordos Preferenciais de Comércio* in OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado. BADIN, Michelle Ratton Sanchez (orgs.). *Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia*. Brasília: Ipea, 2013. p. 255.

<p>(a) domestic goods, services and suppliers; and</p> <p>(b) goods, services and suppliers of any other Party.</p> <p>For greater certainty, this obligation refers only to the treatment accorded by a Party to any good, service or supplier of any other Party under this Agreement.</p>	<p><b>aos bens e serviços da outra Parte e aos fornecedores da outra Parte que ofereçam tais bens ou serviços, um tratamento não menos favorável que o tratamento mais favorável outorgado por tal Parte a seus próprios bens, serviços e fornecedores que ofereçam tais bens e serviços.</b></p> <p>3. Com respeito a qualquer medida coberta por este Capítulo, uma Parte, incluídas suas entidades contratantes, não poderá:</p> <p>(a) tratar um fornecedor estabelecido localmente de maneira menos favorável que outro fornecedor estabelecido localmente, em razão de seu grau de afiliação ou propriedade estrangeira; ou</p> <p>(b) discriminar contra um fornecedor estabelecido localmente com base no fato de os bens ou serviços oferecidos por tal fornecedor para uma contratação pública serem bens ou serviços da outra Parte.</p>
--	---

No texto dos acordos, vê-se aqui que é disposto um dos princípios basilares do comércio internacional, conforme visto na primeira parte desta monografia, qual seja o tratamento de nação mais favorecida. Observa-se que essa é uma tendência que prevalece nas letras dos

acordos advindas de um caminho histórico e jurídico que foi consolidando o uso desse princípio ao longo do tempo.

A análise do tratamento de nação mais favorecida aqui pode ser considerada relevante uma vez que na letra do Acordo Brasil-Peru são estabelecidas restrições ao seu uso. Isso se dá por meio de duas listas anexas ao acordo, uma do Brasil e outra do Peru. As listas são divididas por setor ou subsetor e é disposto qual é a limitação imposta pelo país signatário. Um exemplo de limitação que se dá a todos os setores pelo Brasil é o que segue:

<b><i>ACORDO BRASIL-PERU 2016 - LIMITAÇÕES AO TRATAMENTO DE NAÇÃO MAIS FAVORECIDA</i></b>	
<b><i>LISTA DO BRASIL</i></b>	
<b>Setor ou Subsetor</b>	<b>Limitação</b>
<b>Todos</b>	Brasil se reserva ao direito de adotar ou manter medidas de acesso a mercados e tratamento nacional com os países sócios do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL).

A lista do Peru é mais extensa que a brasileira e fala de setores não mencionados pelo Brasil, como: “Pesca e Serviços Relacionados com a Pesca” e “Serviços Sociais”, além de estabelecer muito mais limitações a todos os setores, conforme:

<b><i>ACORDO BRASIL-PERU 2016 - LIMITAÇÕES AO TRATAMENTO DE NAÇÃO MAIS FAVORECIDA</i></b>	
<b><i>LISTA DO PERU</i></b>	
<b>Setor ou Subsetor</b>	<b>Limitação</b>
<b>Todos</b>	As pessoas físicas estrangeiras não poderão representar mais de 20 por cento do número total de servidores, empregados e funcionários de uma pessoa jurídica, e suas remunerações não poderão exceder em 30

	<p>por cento do total da folha de pagamentos e salários. Essas porcentagens não serão aplicadas nos seguintes casos:</p> <p>(a) quando se tratar de um estrangeiro com cujo país de origem exista convênio de reciprocidade trabalhista ou de dupla nacionalidade; e</p> <p>(b) quando se tratar de estrangeiros que, em virtude de convênios bilaterais ou multilaterais celebrados pelo Governo do Peru, prestam serviços no país.</p>
<b>Todos</b>	<p>O Peru se reserva o direito de adotar ou manter qualquer medida que outorgue tratamento diferenciado a países em conformidade com qualquer tratado internacional bilateral ou multilateral em vigor ou subscrito com anterioridade à data de entrada em vigor deste Acordo.</p> <p>O Peru se reserva o direito de adotar ou manter qualquer medida que outorgue tratamento diferenciado a países em conformidade com qualquer tratado internacional bilateral ou multilateral em vigor ou subscrito posteriormente à data de entrada em vigor deste Acordo em matéria de:</p> <p>(a) aviação;</p> <p>(b) pesca; ou</p>

	(c) assuntos marítimos, incluindo salvamento.
--	---

Visto isso, verifica-se que o Acordo Brasil-Peru traz um mecanismo diferenciado: o uso de uma lista específica para a definição do espoco do tratamento de nação mais favorecida. Entretanto, ressalta-se que no Acordo Brasil-Peru, mesmo com as listas anexas, o Artigo 2.6 do acordo traz a mesma redação disposta nas listas anexas quanto às exceções feitas ao princípio de nação mais favorecida no que concerne a todos os setores. Verifica-se, então, dupla exposição das matérias que são limitadas do tratamento de nação mais favorecida.

#### **d. *Offsets* ou condições compensatórias especiais**

No *Article 15.1* do TPP há a definição de *offset*, ou compensação, que é exceção às regras do Acordo, a partir do qual é possível impor requisitos para a participação de estrangeiros em licitações, requerendo a utilização de fornecedores e produtos locais, por exemplo, para fins de incentivar o desenvolvimento local ou melhorar o balanço de pagamentos de uma parte. Nota-se que as condições de *offset* devem ser especificadas no edital e, a princípio, apenas devem ser aplicadas temporariamente.

Nesse escopo, então, foi buscado o termo “*offset*” ou “compensação” em ambos os capítulos do TPP e do Acordo Brasil-Peru. O conceito de *offset* advém das ciências econômicas e é espécie do gênero de contrapartidas. Segundo a UNCITRAL, contrapartidas são os acordos de vontade nos quais uma das partes provê onerosamente para a outra bens, serviços e direitos e, em retorno, contrata com esta na via inversa, para que ela providencie bens, serviços ou direitos<sup>66</sup>. Nesse escopo, *offset* seria um elemento, ou um agente ou um bem que contrabalancearia o contrato ou outro acordo qualquer.

No *Article 15.4* do TPP que define os princípios gerais do capítulo de compras governamentais é disposto que compensações, ou *offsets*, *in verbis*:

<sup>66</sup> United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). Legal Guide on International Countertrade Transaction. New York : Editora United Nations, 1993. p. 5.

<i>TPP 2015</i>
<p><b>Article 15.4 : General Principles</b></p> <p>Offsets</p> <p>6. With regard to covered procurement, no Party, including its procuring entities, shall seek, take account of, impose or enforce any offset, at any stage of a procurement.</p>

Aqui, observa-se que é determinado que nenhuma compensação pode ser efetuada pelos países signatários. No capítulo de compras governamentais do TPP é disposto que compensações se referem a qualquer condição ou promessa que requer o uso de conteúdo nacional, um fornecedor nacional, o licenciamento de tecnologia, investimento, compensações comerciais ou ação similar, para incentivar o desenvolvimento local ou melhorar o equilíbrio do pagamento de contas de uma das Partes do acordo<sup>67</sup>.

Entretanto, no *Article 15.5* do TPP, que trata sobre *Transitional Measures*, ou seja, medidas de transição, as quais não são consideradas *per se* compensações, podem ser lidas não como Tratamento Especial e Diferenciado, mas sim, como flexibilizações a favor do desenvolvimento elucidado no preâmbulo do Tratado. Além disso, é uma das poucas partes do TPP em que o termo “países em desenvolvimento” é suscitado, além do capítulo sobre propriedade intelectual do acordo. Em nenhum outro momento esse termo faz parte da redação do acordo. Para uma melhor análise foram discriminados alguns trechos do *Article 15.5* na tabela abaixo:

<p><b>Article 15.5: Transitional Measures</b></p> <p>1. A Party that is a <b>developing country</b> (developing country Party) <b>may, with the agreement of the other Parties</b>, adopt or maintain one or more of the following</p>
--

<sup>67</sup> “offset means any condition or undertaking that requires the use of domestic content, a domestic supplier, the licensing of technology, technology transfer, investment, counter-trade or similar action to encourage local development or to improve a Party’s balance of payments accounts;” Chapter 15: Government Procurement. Article 15.1: Definitions. TPP, 2015.



transitional measures, during a transition period set out in, and in accordance with, Section J of the Party's Schedule to Annex 15-A:

(a) a price preference programme, provided that the programme:

(i) **provides a preference only for the part of the tender incorporating goods or services originating in that developing country Party; and**

[...]

(b) **an offset**, provided that any requirement for, or consideration of, the imposition of **the offset is clearly stated in the notice of 15-7 intended procurement;**

[...]

(d) a threshold that is higher than its permanent threshold. A transitional measure shall be applied in a manner that **does not discriminate between the other Parties.**

[...]

3. Any **developing country Party** that has negotiated an implementation period for an obligation under paragraph 2 **shall list in its Schedule to Annex 15-A the agreed implementation period**, the specific obligation subject to the implementation period and any interim obligation with which it has agreed to comply during the implementation period.

4. After this Agreement has entered into force for a developing country Party, the other Parties, on request of that developing country Party, may:

[...]

6. **Each Party shall give consideration to any request by a developing country Party for technical cooperation and capacity building in relation to that Party's implementation of this Chapter.**

Em um primeiro momento, nota-se que essas medidas transitórias só serão aprovadas se todos os países signatários estiverem de acordo, não sendo uma prerrogativa irrevogável das partes que são, por exemplo, países em desenvolvimento. Também, todas as medidas buscadas pelos países devem estar expressamente dispostas nos anexos de cada país, dentro do capítulo

15, logo se entende que estas medidas integram a redação do acordo e só serão respeitadas se contidas nele.

Como se viu ao longo do histórico apresentado nesta monografia, os acordos multilaterais geralmente possuem uma tendência de estabelecimento de limiares semelhantes para todas as partes envolvidas, em respeito à cláusula de Nação Mais Favorecida, por exemplo. O TPP quebra esse padrão, no que diz respeito a *offsets*, talvez refletindo as grandes diferenças nos níveis de desenvolvimento entre as partes<sup>68</sup>.

Os limiares variam consideravelmente e alguns compromissos são aplicáveis para determinados países apenas após longos períodos de transição, conforme se verá mais à frente na análise das listas de cobertura de cada país. Esses limites e as condições em que se aplicam, estão programados nas listas anexas do Capítulo 15. Neste anexo estão literalmente listados os itens que os governos podem adquirir por meio de compras governamentais, estando, assim, limitados à letra do TPP, porém variando de parte para parte. Os países podem reservar todos os itens não listados, que se enquadrem em suas compras governamentais, para fornecedores nacionais. Isso demonstra, que no quesito compras governamentais é clara a intenção de limitar literalmente os itens que podem ser adquiridos pelos signatários, mas abrindo a flexibilidade de atuação nacional na determinação desses itens.

Visto isso, ressalta-se, pelo quadro abaixo, o volume de compras governamentais dos signatários do TPP:

---

<sup>68</sup> Assessing The Trans-Pacific Partnership: Volume 1: Market Access And Sectoral Issues. Washington: Peterson Institute For International Economics, fev. 2016. p. 76. Disponível em: <<https://piie.com/system/files/documents/piieb16-1.pdf>>. Acesso em: 14/10/2017.

**Table 1 Government procurement in the TPP**

TPP member	Public procurement (percent of GDP) <sup>a</sup>	GPA status	Entities listed in the TPP		
			Central	Subcentral	Other
Australia	12	Acceding	67	8	25
Brunei	4	None	12	0	0
Canada	13	Party	95	13	22
Chile	6	Observer	23	15	11
Japan	16	Party	25	47	119
Malaysia	13	Observer	25	0	4
Mexico	5	None	22	0	36
New Zealand	15	Party	31	0	10
Peru	10	None	32	25	20
Singapore	8	Party	23	0	32
United States	10	Party	86	0	7
Vietnam	22	Observer	21	0	38

GPA = Government Procurement Agreement

a. Values refer to the latest year available: 2006 for Brunei, 2008 for Chile, 2009 for Vietnam, 2011 for Peru, Malaysia, and Singapore, and 2013 for other countries.

Sources: Data for Brunei, Malaysia, and Singapore are drawn from WTO Trade Policy Reviews, [www.wto.org/english/tratop\\_e/tpr\\_e/tpr\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/tpr_e.htm); data for Vietnam are from a 2011 APEC report, *APEC Procurement Transparency Standards in Vietnam*, available at [www.cipe.org/sites/default/files/publication-docs/TI-Report-Vietnam.pdf](http://www.cipe.org/sites/default/files/publication-docs/TI-Report-Vietnam.pdf); and data for remaining countries from OECD country fact sheets and statistics, [stats.oecd.org](http://stats.oecd.org).

69

Essa tabela expõe a porcentagem que as compras governamentais representam no PIB dos países signatários do TPP, demonstrando, assim, a importância econômica do tema para os países. Além disso, a tabela levanta outro dado que pode ser considerado significativo: os itens listados que estão divididos nas subseções das listas anexas ao capítulo. As compras governamentais são divididas, nos anexos do TPP, por três categorias diferentes: na Seção A estão os itens de interesse central, na seção B os itens de interesse subcentral e, na seção C, outros itens de interesse<sup>70</sup>, além de outras subseções. No entanto, cada país possui uma estratégia própria para organizar esses itens.

As diferenças na forma como os governos são organizados se mostra provocativa a medida que se olha para a estratégia de cada país na elaboração das seções, como pode ser

<sup>69</sup> Assessing The Trans-Pacific Partnership: Volume 1: Market Access And Sectoral Issues. Washington: Peterson Institute For International Economics, fev. 2016. p. 77. Disponível em: Acesso em: 31/10/2017.

<sup>70</sup> TPP. *Schedules 4. Each Party shall specify the following information in its Schedule to Annex 15-A: (a) in Section A, the central government entities whose procurement is covered by this Chapter; (b) in Section B, the sub-central government entities whose procurement is covered by this Chapter; (c) in Section C, other entities whose procurement is covered by this Chapter; [...].*

observado através do exemplo do Japão, país que colocou apenas 25 itens na sua seção A, enquanto na seção C existem 119 itens. Isso se dá, pois, os itens de interesse central não podem ser alterados posteriormente, enquanto os itens provenientes de outros interesses, sim<sup>71</sup>.

Aqui se verifica que, por exemplo, no item (b) do *Article 15.5* sobre medidas transicionais, vê-se que o termo *offset* é trazido à tona, sendo usado para afirmar a possibilidade de haver uma compensação na intenção de compra governamental de alguma das partes, porém esta deve estar plenamente especificada no documento de notificação que demonstra interesse por essa compra.

Após essa análise do TPP e olhando, agora, para o Acordo Brasil-Peru, nele foi utilizado o mesmo procedimento de pesquisa pelo termo no capítulo 4 do acordo. Ressalta-se que, por motivos de tradução da língua inglesa, *offsets* foram considerados como sendo “condições compensatórias especiais”, conforme se observa na tabela abaixo:

<i>TPP 2015</i>	<i>ACORDO BRASIL-PERU 2016</i>
<b>offset</b> means any condition or undertaking that requires the use of domestic content, a domestic supplier, the licensing of technology, technology transfer, investment, counter-trade or similar action to encourage local development or to improve a Party's balance of payments accounts.	<b>condições compensatórias especiais</b> significa qualquer condição ou compromisso que fomenta o desenvolvimento local ou melhora as contas da balança de pagamentos de uma Parte, tais como requisitos de conteúdo local, licenciamento de tecnologia, requisitos de investimento, de comércio compensatório ou de condições semelhantes;

Como pode ser observado, a redação de ambos os itens é idêntica, tendo apenas um reajuste na ordem das palavras, porém elucidando o mesmo conteúdo. Isso pode ser interpretado como sendo uma padronização no entendimento de medidas compensatórias que países signatários de um tratado podem, ou estão dispostos, a oferecer para outra parte. Mesmo essa sendo uma cláusula aberta, que em ambos os acordos se encontra nas definições gerais do

<sup>71</sup> Assessing The Trans-Pacific Partnership: Volume 1: Market Access And Sectoral Issues. Washington: Peterson Institute For International Economics, fev. 2016. p. 76. Disponível em: Acesso em: 31/10/2017.

capítulo, ela demonstra o interesse em basilar como esse ponto de compensações será entendido ao longo do texto de todo o capítulo, procurando estabelecer uma base para as ações dos países.

**e. *Transitional Measures – Section J***

Nesse ponto, pode ser feita uma demarcação que pode demonstrar empiricamente como a forma de busca por medidas de exceção foi alterada. Todos os países, conforme visto, estabelecem uma lista com todos os itens que consideram pertinente de tratamento de compensação dentro das medidas transicionais (*Transitional Measures*). No TPP esse ponto é estabelecido na *Section J* da lista anexa ao tratado que trata especificamente, então, das Medidas transicionais que os países podem utilizar no que condiz às compras governamentais. Dentro desse ponto, é definido no *Article 15.5* do TPP que:

Article 15.5: Transitional Measures

1. A Party that is a **developing country (developing country Party)** may, with the **agreement of the other Parties**, adopt or maintain one or more of the following transitional measures, during a transition period set out in, and in accordance with, **Section J of the Party's Schedule to Annex 15-A**:

Ao longo do artigo, também, é discorrido que itens podem ser colocados dentro do escopo de medidas transicionais que podem auxiliar os países. Dentro do escopo do TPP, os EUA, a Austrália, o Canada, o Chile, o Japão, o México, a Nova Zelândia, o Peru e Singapura não se utilizam da Seção J de suas respectivas listas, estabelecendo que não possuem nenhum tipo de medida transicional. Apenas três países se utilizam desse mecanismo: Brunei, Malásia e Vietnã. Para observar essas seções foi realizado outro recorte, ou seja, se na lista havia disposições sobre *Offsets* ou medidas compensatórias.

Isso pode ser observado como uma demonstração de como a especificidade das ações dos países em desenvolvimento está cada vez maior. Pode se constatar empiricamente esse ponto quando foram analisadas as listas específicas dos países signatários que recorreram a Seção J para estabelecimento de medidas compensatórias. Por exemplo, quando se observa a

*Section J: Transitional Measures* do anexo da Malásia é disposto um item específico sobre *Offsets*, conforme segue:

*Offsets*

**5. Notwithstanding Article 15.4.6 (General Principles), Malaysia may delay application of its obligations under Article 15.4.6 on offsets** for a period of **12 years** following the date of entry into force of this Agreement for Malaysia.

6. During the transitional period, offsets may be applied as follows:

(a) to procurement with a value of more than RM50,000,000;

(b) to procurement conducted by the procuring entities listed under:

(i) Ministry of Agriculture and Agro-Based Industry (Kementerian Pertanian dan Industri Asas Tani);

(ii) Ministry of Communication and Multimedia (Kementerian Komunikasi dan Multimedia);

(iii) Ministry of Defence (Kementerian Pertahanan);

(iv) Ministry of Education (Kementerian Pendidikan);

(v) Ministry of Energy, Green Technology and Water (Kementerian Tenaga, Teknologi Hijau dan Air);

(vi) Ministry of Finance (Kementerian Kewangan);

(vii) Ministry of Health (Kementerian Kesihatan);

(viii) Ministry of Higher Education (Kementerian Pengajian Tinggi);

(ix) Ministry of Home Affairs (Kementerian Dalam Negeri);

(x) Ministry of Natural Resources and Environment (Kementerian Sumber Asli dan Alam Sekitar);

(xi) Ministry of Rural and Regional Development (Kementerian Kemajuan Luar Bandar dan Wilayah);

(xii) Ministry of Science, Technology and Innovation (Kementerian Sains, Teknologi dan Inovasi);

(xiii) Ministry of Transport (Kementerian Pengangkutan);

(xiv) Ministry of Urban Wellbeing, Housing and Local Government (Kementerian Kesejahteraan Bandar, Perumahan dan Kerajaan Tempatan);

(xv) Ministry of Works (Kementerian Kerja Raya);

(xvi) Ministry of Youth and Sports (Kementerian Belia dan Sukan);

(xvii) Prime Minister's Department (Jabatan Perdana Menteri);

(c) upon the date of entry into force of this Agreement for Malaysia, the procuring entities may impose offsets as set out in Malaysia's offsets policy with credit value up to 60 per cent equivalent to procurement contract value until the end of the fourth year;

(d) the procuring entities will continue imposing offsets with credit value up to 40 per cent equivalent to procurement contract value until the end of the eighth year; and

(e) the procuring entities will continue imposing offsets with credit value up to 20 per cent equivalent to procurement contract value until the end of the 12th year.

**7. From the 13th year following the date of entry into force of this Agreement for Malaysia, the requirement for offsets will not be applied with regard to covered procurement.**

8. Malaysia will ensure that its procuring entities clearly indicate the existence of any *offsets* requirements in the tender notices and specify the *offsets* programme required in the tender documentation.

Aqui, observa-se, que mesmo o termo geral de *Offsets* estar vedado nas disposições gerais, mas permitido para países em desenvolvimento, conforme disposto no *Article 15.5 Transitional Measures* do TPP, temos uma abertura para disposições que os PEDs observarem pertinentes por meio das listas anexas. Aqui já se vê que há a necessidade da mobilidade do próprio país para estabelecer quais medidas ele considera que devem ser passíveis de condições compensatórias especiais.

A lista específica da Malásia, por exemplo, estabelece um período de tempo longo para a adaptação do país as medidas do acordo (12 anos). Também, traz especificamente os itens de compras governamentais as quais compensações podem ser aplicadas. O mesmo acontece na *Section J: Transitional Measures* na lista do Vietnã, conforme se observa:

*Offsets*

**8. Notwithstanding Article 15.4.6 (General Principles), Viet Nam is allowed to seek, take account of, impose or enforce any form of *offsets* at any stage of a procurement as follows:**

(a) Upon the date of entry into force of this Agreement for Viet Nam, Viet Nam may request offsets in any form, including a price preference programme, on up to 40 per cent of the annual value of total covered procurement, decreasing after 10 years to on up to 30 per cent of the annual value of total covered procurement, until the end of 25th year. **The offset programme shall be eliminated from the beginning of the 26th year after the date of entry into force of this Agreement for Viet Nam.**

(b) For greater certainty, subparagraph (a) does not limit the amount of offsets that Viet Nam may request on a contract that falls within the annual percentage of total covered procurement subject to offsets as indicated above.

A lista apresentada pelo Vietnã, porém, é bem mais abstrata e não estabelece itens específicos como a da Malásia. Entretanto, a lista estabelece um período de tempo para adaptação do país às condições do tratado maior que o dobro em comparação com a Malásia, ou seja, de 25 anos. Além disso, o item não é taxativo, podendo ser aplicado da forma que o país entender que uma compensação seja conveniente, em determinada situação, para ele.

Voltando o olhar novamente para o Acordo Brasil-Peru em suas listas de cobertura se verificou, tanto na lista do Brasil quanto na do Peru a disposição específica de uma seção com medidas transicionais de aplicação a ambos os países. Entretanto, há uma seção semelhante a seção J do TPP: a seção K, presente, no entanto, somente na lista de cobertura anexa do Brasil, conforme segue:

***ACORDO BRASIL-PERU 2016 – LISTA DE COBERTURA BRASIL***



**SEÇÃO K: COMPROMISSO DE TRATAMENTO NACIONAL NA UTILIZAÇÃO  
DE MEDIDAS COMPENSATÓRIAS ESPECIAIS**

No caso de adotar **medidas compensatórias especiais**, Brasil se compromete a dar trato nacional aos fornecedores do Peru, nos termos do artigo IV deste capítulo.

Nota-se que no TPP o Peru não se utiliza da *Section J* e também não possui uma Seção K na sua lista do Acordo Brasil-Peru.

Por fim, o que pode ser observado dentro do escopo das compensações é que elas podem ser utilizadas pelos países signatários em ambos os tratados. No entanto, no TPP, por exemplo, todos os outros países signatários devem aprovar a medida compensatória estabelecidas pelos outros países levantando, então, uma barreira negocial e transacional entre os países que pode ser difícil de ser transpassada pelos PEDs.

Entendendo esse ponto, agora, de que os países participantes dos tratados devem se utilizar das listas de cobertura para então pleitear formas de exceção, deve-se olhar também para o procedimento de modificação dessa listagem. Aqui se observa, mais uma vez, uma padronização no procedimento, sendo as redações do TPP e do Acordo Brasil-Peru extremamente semelhantes, evidenciando, mais uma vez, algum tipo de padronização. Conforme se observa na tabela comparativa abaixo:

<i><b>TPP 2015</b></i>	<i><b>ACORDO BRASIL-PERU 2016</b></i>
<b>Article 15.20:</b>  <b>Modifications and Rectifications of Annex</b>  1. A Party shall <b>notify</b> any proposed modification or rectification (modification) to its Schedule to Annex 15-A by circulating a notice in writing to the other Parties through the overall contact points designated under Article 27.5 (Contact Points). <b>A Party shall provide</b>	<b>Artigo 4.17:</b>  <b>Modificações e Retificações da Cobertura</b>  1. Quando uma Parte modificar sua cobertura de contratação pública sujeita a este Capítulo, a Parte:  (a) <b>notificará</b> a outra Parte por escrito; e  (b) <b>incluirá na notificação uma proposta dos ajustes</b>

<p><b>compensatory adjustments for a change in coverage if necessary to maintain a level of coverage comparable to the coverage that existed prior to the modification.</b> The Party may include the offer of compensatory adjustment in its notice.</p>	<p><b>compensatórios apropriados à outra Parte para manter um nível de cobertura comparável àquele existente antes da modificação.</b></p>
---	--

Mais uma vez, podemos observar essa intenção de construir uma padronização geral, agora, na forma de mudança do texto dos tratados, considerando o processo de mudança das listas anexas tanto ao Acordo Brasil-Peru quanto ao TPP. Observa-se que mesmo nas alterações dessas medidas compensatórias, que poderiam ser utilizadas pelos PEDs em momentos de crise, por exemplo, há algum tipo de barreira, uma vez que é estabelecido que quando uma parte modificar sua cobertura de contratação pública, ela deverá incluir na notificação de mudança uma proposta dos ajustes compensatórios apropriados à outra parte para manter um nível de cobertura comparável àquele existente antes da modificação. Aqui se verifica que mesmo com a flexibilização das compensações, os *standards* após as mudanças devem se manter os mesmos. Assim, se observa que os países só possuem um período negocial efetivo de estabelecimento de compensações: na elaboração do tratado.

Por fim, ressalta-se que ao longo de todo o mapeamento aqui proposto não se encontrou menção ao Tratamento Especial e Diferenciado, isso mais uma vez sugere que as flexibilidades podem ser aplicadas a qualquer um dos países signatários e não só a um grupo específico.

#### IV - RESULTADOS DE PESQUISA

Considerando toda a pesquisa desenvolvida ao longo desta monografia, tanto a parte histórica quanto a parte de análise das fontes primárias do direito internacional e sua sistematização e mapeamento com foco nas cláusulas de flexibilidade, é possível se chegar a algumas conclusões sobre o cenário de comércio internacional atual e sobre os tratados de comércio regional.

Primeiramente, observando a primeira parte desta pesquisa, o TED se mostrou um mecanismo de inserção ao longo da história, mesmo com todas as suas limitações. O que se viu ao longo da pesquisa para esta monografia foi que o conceito variou entre momentos de força e fraqueza, muito mais por uma articulação precária entre os próprios PEDs do que por uma lacuna conceitual. O conceito realmente sofreu transformações ao longo do tempo chegando à atualidade com a capacidade de possibilitar flexibilidades, muito mais do que com o intuito de instituir um grupo que receba tratamento diferenciado, mesmo que isso não pareça condizente com a natureza de TED, a qual seria voltada para um grupo específico de países, no entanto, a análise histórica do conceito sugere que as flexibilidades atuais, negociadas entre os próprios países, podem ter derivado da forma de negociação e estabelecimento de Tratamento Especial e Diferenciado.

Desta maneira, a linguagem legal de medida de exceção pode ser observada com uma lente que mostra a derivação deste desenvolvimento conceitual para as atuais formas de flexibilização entre países signatários de tratados internacionais. Isso pode ser constatado através da análise realizada do Acordo Brasil-Peru e do TPP, por meio da qual se observou que o tratamento dado aos PEDs no TPP voltava-se mais para o sentido de inseri-los na letra do acordo do que com o objetivo de colocá-los em um grupo apartado com prerrogativas diferenciadas. Bem como no Acordo Brasil-Peru, um acordo bilateral, no qual dois países se utilizaram de padrões de outro acordo internacional para estabelecer medidas de proteção e negociação que pudessem levantar mecanismos de flexibilização nas disposições do acordo.

Isso pode indicar que o TED é um tema que possui importância na atualidade, porém, essa importância se dá sob uma nova ótica, especificamente, a ótica das flexibilidades, as quais podem ser identificadas diretamente na letra dos acordos de diferentes formas, tanto na letra inserida dentro da redação dos artigos dos capítulos, bem como por meio de listas anexas com diferentes seções e definições para medidas de exceção. Ressalta-se, porém, que as medidas, geralmente, são elaboradas e negociadas anteriormente à redação do acordo. Depois de escolhidas elas integram totalmente a letra do referido documento.

Na segunda parte do projeto é possível observar de maneira ampla dois tratados regionais inseridos no contexto do comércio internacional e, no interior deles, o capítulo de Compras Governamentais. A análise realizada dos capítulos, juntamente com suas listas anexas, sugere que a linguagem especial de exceção, hoje, se baseia mais nas próprias flexibilidades do

que em ações afirmativas. A análise sugere que os países signatários buscam voltar o olhar de negociação mais para as peculiaridades de desenvolvimento de cada país do que buscar abarcá-los em um grupo com tratamento diferenciado dos demais.

Por fim, então, é necessário verificar se a pergunta de pesquisa conseguiu ser respondida: “Considerando que existem padrões de cláusulas de flexibilidade nos acordos regionais de comércio internacional, como essas cláusulas se desenvolveram e como elas estão organizadas atualmente na redação desses acordos?”

A visão que se verifica é que o TED mereceria ser melhor examinado dentro de suas vantagens e de suas limitações, de forma a possibilitar alternativas viáveis de política comercial dentro do escopo do comércio multilateral. A conclusão que parece ser mais propícia a articulação internacional não é mais a de buscar dentro do TED mecanismos artificiais, mas sim flexibilidades dentro dos próprios acordos e no momento de negociação dos referidos documentos. A análise do TPP demonstra que não é necessário delimitar flexibilidades aos PEDs, por meio de TED, quando estas se encontram de outras formas no acordo, como se viu na análise aqui realizada, quando se vê exceções em vários pontos da letra do tratado e em determinadas medidas para setores específicos dos países signatários.

Além disso, o Acordo Brasil-Peru, por exemplo, levanta esse indício de que as flexibilidades se dão muito mais na negociação entre os países signatários, os quais podem delimitar seus pesos e contrapesos, entretanto, isso não significa que eles não sigam um padrão costumeiro de medidas como verificado na adoção de listas de medidas transacionais e considerações sobre o que pode ser entendido como “compensações” ou *offsets* dentro do escopo do tratado, como se viu no Acordo Brasil-Peru. Isso pode sugerir, então, que deve ocorrer, na verdade, mais preparo técnico para identificação e negociação dessas flexibilizações do que a tentativa de se construir um tratamento especial.

Em vários momentos do TPP, por exemplo, é visto na redação do acordo que nenhuma medida disposta no Tratado pode ser discriminatória com uma das partes signatárias. Logo, essas “discriminações” devem ser identificadas na leitura do tratado, pois elas não estarão explícitas. Porém como se viu na pesquisa, há um certo padrão de medidas e linguagens que sempre permeiam as medidas de exceção (*offsets*, exceções gerais, medidas transitórias, etc).

Aqui se verifica, então, que a pergunta de pesquisa foi respondida: existem sim padrões de cláusulas de flexibilidade nos acordos regionais de comércio internacional e eles estão

dispostos de diferentes formas na redação dos documentos. As cláusulas de flexibilidade estão presentes tanto em acordos multilaterais (TPP) quanto em negociações bilaterais (Acordo Brasil-Peru) e derivam de um longo arcabouço histórico e jurídico que auxiliou nessa tomada de medida de padronização. Por fim, ressalta-se, entretanto, o fato de que o TED era antes um conceito abstrato e mais geral. Quando o país se enquadrava nos termos de TED ele poderia se desobrigar de qualquer obrigação que estivesse contida nos termos do tratado por estar dentro do grupo de países agraciados com tratamento diferenciado. A alteração nesse conceito para o mecanismo de flexibilidades pode empregar um ônus ao país que necessita desse tratamento, uma vez que já no momento de negociação dos tratados ele deve identificar e discriminar especificamente quais exceções necessita, determinando tanto *offsets* como medidas transitórias, por exemplo, que considere necessárias, sendo, então, medidas *ex ante* que podem não trazer os benefícios que os países necessitam.

Portanto, finaliza-se essa pesquisa observando que a linguagem de exceção pode sim estar na pauta dos PEDs dentro do cenário de comércio internacional e a forma como a linguagem de flexibilidade está se moldando nos acordos pode demonstrar um bom indicativo de como os países devem se posicionar diante desses tratados. Assim, o atual momento da linguagem legal de flexibilidades é primeiramente, um nível negocial na redação dos tratados e, depois, de identificação das flexibilidades na própria redação dos tratados. Isso porque, como apontado ao longo desta monografia, a letra dos tratados sofreu alterações e se formou o estabelecimento de padrões, de maneira que muitos mecanismos de flexibilidade, na verdade, tornaram-se os artigos gerais dos tratados e serão identificados por meio de um olhar mais técnico e analítico e a constatação da padronização da redação de flexibilidade é um bom mecanismo para essa identificação ser mais precisa.

## **X - BIBLIOGRAFIA**

BARBOSA, Alexandre de Freitas. **Raúl Prebisch (1901-1986): A construção da América Latina e do Terceiro Mundo, de Dosman, Edgar Jr.**. Novos estud. - CEBRAP [online]. 2012, n.94, pp.

BOSSCHE, Peter Van den. **The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, cases and materials.** 1. ed. Pp.

DAS, Bhagirath Lal 2001b. **The Present Trading System, Opportunities and Problems.** unpublished paper, New Delhi.

DUPAS, Gilberto. **Atores e poderes na nova ordem global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação.** São Paulo: UNESP, 2005. 319 p.

GALVÃO, Marcos B. A.; ABREU, Márcia Donner; PIMENTEL, Fernando Meirelles. **O relançamento das negociações da Rodada Doha.** RBCE: A revista da FUNCEX, Rio de Janeiro, n. 122, 2015.

KADRI, Jorge Geraldo. **O Tratamento Especial E Diferenciado O Mandato De Doha E Os Interesses Do Brasil.** Tese - XLIV Curso de Altos Estudos, Instituto Rio Branco, Brasília, 2005. 191 p.

KRUGMAN, P. R.; OBSTFELD, M. **Economia Internacional: Teoria e Política.** 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Makron Books, 2001.

LUNA, Sergio Vasconcelos de. **Planejamento de pesquisa: uma introdução**. São Paulo: EDUC, 2012.

MOREIRA, Assis. **Emergentes racham e EUA pressionam contra Doha**. Valor Econômico, Nairobi (Quênia), 2015.

NASSER, Rabih Ali. **A OMC e os países em desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2003. 334 p.

OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado; BADIN, Michelle Ratton Sanchez. **Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia**. Ipea, Brasília, 2013. 332 p.

PANGESTU, Mari. **Special and Differential Treatment in the Millenium Round: Special for Whom and How Different**. In Asian Economic Journal. Vol. 14. 2000.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. **International law from below: development, social movements, and Third World resistance**. Cambridge, Mass.: Cambridge University, 2003. 343 p. ISBN 0521816467 (enc.).

ROSENDORFF, P; MILNER, H. **The optimal design of international trade institutions: Uncertainty and Escape**. **International Organisation**. Vol. 55, (4): 829-858. Routledge Encyclopedia of International Political Economy. 2001.

SHARER, Robert. **Special and Differential Treatment and Economic Reforms in Developing Countries**. IMF, WTO Conference on Special and Differential Treatment, Geneva, March, 2000.

TOURME-JOUANNET, Emmanuelle ; RUIZ FABRI, Hélène ; TOUFAYAN Mark. **Droit international et nouvelles approches sur le Tiers Monde : entre répétition et renouveau.** International Law and New Approaches to the Third World: Between Repetition and Renewal, SLC, Coll. UMR de droit comparé vol. 13.

TOURME-JOUANNET, Emmanuelle, **What is a Fair International Society?** International Law Between Development and Recognition (2013), at 3.

TRACHTMAN, J.P. **Doing Justice: The Economics and Politics of International Distributive Justice**, in C. Carmody, F. J. Garcia, and J. Linarelli (eds), Global Justice and International Economic Law (2012).

WALLEY, John. **Special and Differential Treatment in the Milenium Round.** Universidade de Warwick e Western Ontário, e NBER. WP 30/99. Ontário, 1999.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Legal Language and Legal Interpretation. Law and Philosophy.** Vol. 4, No. 2, Legal Reasoning & Legal Interpretation (Aug., 1985), pp. 239-255.

WTO – WORLD TRADE ORGANIZATION. **Trade and development: recent trends and the role of the WTO.** WTO Annual Report (2014). Geneva: WTO, 2014.



## ANEXO I

### CAPÍTULO 4

#### CONTRATATAÇÃO PÚBLICA

##### Artigo 4.1: Definições

Para os efeitos do presente Capítulo:

**aviso de contratação** significa um aviso publicado pela entidade contratante no qual se convidam os fornecedores interessados a apresentar uma solicitação de participação, uma oferta ou ambas;

**bens ou serviços comerciais** significa os bens ou serviços do tipo dos que geralmente se vendem ou oferecem à venda no mercado comercial a compradores não governamentais, e normalmente são adquiridos por estes, com fins não governamentais;

Para maior certeza, os bens ou serviços comerciais incluem os bens ou serviços comuns, que são aqueles que contam com mais de um fornecedor, possuem padrões de qualidade e desempenho objetivamente definidos através de características ou especificações habituais de mercado, ou foram padronizados como consequência de um processo de homogeneização, de tal maneira que o fator diferenciador entre esses consiste no preço pelo qual se transacionam.

**condições compensatórias especiais** significa qualquer condição ou compromisso que fomenta o desenvolvimento local ou melhore as contas da balança de pagamentos de uma Parte, tais como requisitos de conteúdo local, licenciamento de tecnologia, requisitos de investimento, de comércio compensatório ou de condições semelhantes;

**condições de participação** significa qualquer registro, habilitação ou outros pré-requisitos para a participação numa contratação pública;

**contratação pública** significa o processo pelo qual um governo obtém bens ou serviços, ou qualquer combinação dos mesmos, para fins governamentais e não com o objetivo de venda ou revenda comercial ou para uso na produção ou fornecimento de bens ou serviços para venda ou revenda comercial;

**contratos de concessão de obras públicas** significa qualquer acordo contratual, cujo principal objetivo é realizar a construção ou reabilitação de infra-estruturas físicas, plantas, edifícios, instalações e outras obras públicas, e segundo o qual, tendo em conta a execução de um contrato por um fornecedor, uma entidade concede ao fornecedor, por um período determinado, a propriedade temporária ou o direito de controlar, operar e exigir o pagamento pelo uso de tais obras durante a vigência do contrato;

**entidade contratante** significa uma entidade listada no Anexo III (Anexo de Cobertura);

**escrito** ou **por escrito** significa toda expressão em palavras, números ou outros símbolos, que pode ser lida, reproduzida e posteriormente comunicada. Pode incluir informação transmitida e armazenada eletronicamente;

**empresa do Estado** significa uma empresa que é de propriedade de uma Parte, ou que se encontra sob o controle da mesma, mediante direitos de domínio;

**especificação técnica** significa um requisito de licitação que:

- (a) estabeleça as características dos:
  - (i) bens a serem adquiridos, incluindo qualidade, desempenho, segurança e dimensões, ou os processos e métodos para sua produção; ou
  - (ii) serviços a serem contratados ou os processos ou métodos para sua prestação, incluindo qualquer disposição administrativa aplicável; ou
- (b) compreenda os requisitos de terminologia, símbolos, embalagem, marcação e rotulagem, conforme se apliquem a um bem ou serviço;
- (c) estabeleça procedimentos de avaliação de conformidade prescritos por uma entidade;

**norma técnica** significa um documento aprovado por um órgão reconhecido, que forneça, para uso comum e repetido, regras, diretrizes ou características para bens ou serviços ou processos relacionados e métodos de produção, cujo cumprimento não é obrigatório. Pode também incluir ou referir-se exclusivamente a requisitos de terminologia, símbolos, embalagem, marcação ou rotulagem na forma que se apliquem a um produto, serviço, processo ou método de produção;

**licitação aberta** significa um método de contratação pública, onde todos os fornecedores interessados podem apresentar propostas;

**licitação seletiva** significa um método de contratação pública, em que apenas fornecedores que cumprem as condições de participação são convidados pela entidade contratante a apresentar propostas;

**lista multiusos** significa uma lista de fornecedores que a entidade contratante tenha determinado que satisfazem as condições de participação nessa lista e que a entidade contratante pretende usar mais de uma vez;

**produtos básicos** incluem frutas, verduras, produtos de granja, pão e outros alimentos perecíveis.

**fornecedor** significa uma persona que fornece ou poderia fornecer bens ou serviços a uma entidade contratante;

**serviços** inclui serviços de construção, a menos que se especifique algo distinto;

**serviço de construção** significa um serviço cujo objetivo é a realização, por qualquer meio, de uma obra de engenharia civil ou de construção, com base na divisão 51 da Classificação Central de Produtos das Nações Unidas (doravante, «CPC Prov. 1.1»);

**pregão eletrônico** significa um processo interativo em que os fornecedores utilizam meios eletrônicos para apresentar novos lances ou preços ou novos valores para os elementos da oferta quantificáveis distintos do lance ou preço, ou ambos, que estão vinculados aos critérios de avaliação, e que dá lugar a uma classificação ou uma reclassificação de ofertas.

## **Artigo 4.2: Alcance e Cobertura**

### **Âmbito de Aplicação**

1. Este Capítulo se aplica a qualquer medida adotada relativa à contratação pública coberta.
2. Para os efeitos do presente Capítulo, contratação pública coberta significa uma contratação pública de bens, serviços ou ambos:
  - (a) não contratados com vistas à venda ou revenda comercial, ou com vistas ao uso na produção ou fornecimento de bens ou serviços para a venda ou revenda comercial;
  - (b) realizada através de qualquer meio contratual, incluindo: a compra, o arrendamento, com ou sem opção de compra, e os contratos de concessão em obras públicas;
  - (c) para os quais o valor, de acordo com o estimado em conformidade com os parágrafos 4 e 5, seja igual ou superior ao valor do patamar correspondente especificado no Anexo III (Cobertura);
  - (d) que se realize por uma entidade contratante; e
  - (e) que não esteja expressamente excluída da cobertura deste Capítulo.
3. Este Capítulo não se aplica:
  - (a) à aquisição ou arrendamento de terras, de edifícios existentes ou de outros bens imóveis ou aos direitos sobre esses bens;
  - (b) aos acordos não contratuais ou qualquer forma de assistência que uma Parte, incluindo suas entidades contratantes, outorgue, incluindo acordos de cooperação, doações, empréstimos, subvenções, aportes de capital, garantias, avais e incentivos fiscais;
  - (c) à contratação de serviços de agências fiscais ou serviços de depósito, serviços de liquidação e administração para instituições financeiras reguladas, ou serviços relacionados à venda, resgate e distribuição da dívida pública, incluindo empréstimos e títulos de governo, e outros títulos e valores. Para maior certeza, este

Capítulo não se aplica à contratação pública de serviços bancários, financeiros ou especializados referentes às seguintes atividades:

- (i) endividamento público; ou
  - (ii) administração de dívida pública;
- (d) à contratação de empregados públicos e medidas relacionadas com o emprego;
- (e) à contratação efetuada por uma entidade ou empresa do Estado a outra entidade ou empresa governamental dessa mesma Parte;
- (f) à contratação realizada:
- (i) com o propósito específico de prestar assistência internacional, incluída a ajuda para o desenvolvimento; ou
  - (ii) em conformidade com um procedimento ou condição particular de um acordo internacional relacionado com:
    - (A) o estabelecimento de tropas; ou
    - (B) a execução conjunta de um projeto pelas partes contratantes de tal acordo;
- (g) às contratações financiadas mediante doações, empréstimos ou outras formas de assistência internacional, quando o procedimento ou as condições aplicáveis sejam incompatíveis com as disposições deste Capítulo; e
- (h) às contratações efetuadas com o propósito específico de prover assistência no estrangeiro.

## **Valoração**

4. Ao estimar o valor de uma contratação pública com o propósito de determinar se constitui uma contratação pública coberta, uma entidade contratante:

- (a) não deverá dividir uma contratação pública em contratações públicas separadas, nem utilizar um método em particular para estimar o valor da contratação pública com o propósito de evadir a aplicação deste Capítulo;
- (b) deverá levar em conta toda forma de remuneração, incluindo bônus, quotas, honorários, comissões, juros e demais fluxos de receitas que poderiam ser estipulados na contratação pública, e quando a contratação pública estipule a possibilidade de cláusulas de opção, o valor máximo total da contratação pública, incluindo as compras opcionais; e
- (c) deverá, quando a contratação pública tenha que ser realizada em múltiplas partes, e traga como resultado a adjudicação de contratos, ao mesmo tempo ou em um período dado, a um ou mais fornecedores, basear seu cálculo no valor máximo total estimado da contratação pública durante todo o período de sua vigência.

5. Quando se desconhece o valor máximo total estimado de uma contratação pública ao longo de seu período completo de duração, essa contratação pública estará coberta por este Capítulo.

6. Nenhuma entidade contratante poderá preparar, desenhar, estruturar ou dividir uma contratação pública, com o fim de evadir as obrigações deste Capítulo.

### **Artigo 4.3: Exceções Gerais**

1. Nenhuma disposição deste Capítulo será interpretada no sentido de impedir uma Parte de adotar qualquer ação ou abster-se de divulgar qualquer informação que se considere necessária para a proteção de seus interesses essenciais em matéria de segurança, tais como aquisição de armas, munições ou material de guerra, ou qualquer outra contratação indispensável para a defesa nacional ou segurança nacional.

2. Sempre que as seguintes medidas não se apliquem de forma discriminatória ou constituam uma restrição encoberta ao comércio, nenhuma disposição deste Capítulo será interpretada no sentido de impedir uma Parte de adotar ou manter medidas:

- (e) necessárias para proteger a moral, a ordem ou a segurança públicas;
- (f) necessárias para proteger a saúde ou a vida humana, animal ou vegetal, incluindo as respectivas medidas ambientais ;
- (g) necessárias para proteger a propriedade intelectual; ou
- (h) relacionadas aos bens ou serviços para pessoas portadoras de necessidades especiais, de instituições de beneficência ou de trabalho penitenciário;

### **Artigo 4.4: Princípios Gerais**

1. Nenhuma disposição deste Capítulo impedirá uma Parte de desenvolver novas políticas de contratação pública, procedimentos ou meios contratuais, sempre que sejam compatíveis com este Capítulo.

### **Tratamento Nacional e não Discriminação**

2. Com respeito a qualquer medida coberta por este Capítulo, cada Parte outorgará imediata e incondicionalmente aos bens e serviços da outra Parte e aos fornecedores da outra Parte que ofereçam tais bens ou serviços, um tratamento não menos favorável que o tratamento mais favorável outorgado por tal Parte a seus próprios bens, serviços e fornecedores que ofereçam tais bens e serviços.

3. Com respeito a qualquer medida coberta por este Capítulo, uma Parte, incluídas suas entidades contratantes, não poderá:

- (c) tratar um fornecedor estabelecido localmente de maneira menos favorável que outro fornecedor estabelecido localmente, em razão de seu grau de afiliação ou propriedade estrangeira; ou

- (d) discriminar contra um fornecedor estabelecido localmente com base no fato de os bens ou serviços oferecidos por tal fornecedor para uma contratação pública serem bens ou serviços da outra Parte.

### **Medidas não específicas à contratação pública**

4. Os parágrafos 2 e 3 não serão aplicáveis: aos direitos aduaneiros e encargos de qualquer tipo que se imponham à importação ou que tenham relação com a mesma; ao método de arrecadação de tais direitos e encargos; a outros regulamentos ou formalidades de importação; nem às medidas que afetam o comércio de serviços, que não sejam as medidas que regem a contratação pública coberta.

### **Uso de Meios Eletrônicos**

5. Quando a contratação pública coberta seja realizada através de meios eletrônicos, uma entidade contratante deverá:

- (a) assegurar que a contratação pública seja realizada utilizando sistemas de tecnologia da informação e programas informáticos, incluindo os relacionados com a autenticação e codificação criptográfica de informação, que sejam acessíveis em geral e compatíveis com outros sistemas de tecnologia da informação e os programas informáticos acessíveis em geral; e
- (b) manter mecanismos que assegurem a integridade das solicitações de participação e das ofertas, assim como a determinação do momento da recepção de tais documentos e a prevenção de um acesso inadequado.

### **Execução da Contratação**

6. Uma entidade contratante realizará a contratação pública coberta de maneira transparente e imparcial, de forma que seja consistente com este Capítulo, evite conflitos de interesse e impeça práticas corruptas.

### **Regras de Origem**

7. Cada Parte aplicará à contratação pública coberta de bens as regras de origem que aplica no curso normal do comércio de tais bens. Para maior clareza, entende-se como regras de origem que se aplicam no curso normal do comércio as regras de origem não preferenciais, de acordo com o disposto no artigo 1.2 do Acordo sobre Regras de Origem da OMC.

### **Denegação de Benefícios**

8. Uma Parte poderá denegar os benefícios derivados deste Acordo, mediante prévia notificação e realização de consultas, aos fornecedores de serviços da outra Parte se o fornecedor de serviços:

- (a) é uma pessoa que não desenvolva operações comerciais substanciais no território da outra Parte; ou
- (b) presta o serviço desde o ou no território de uma não Parte.

9. Para maior clareza, "operações comerciais substanciais" significa que a pessoa jurídica atende aos seguintes critérios:

- (a) paga impostos sobre os ganhos em uma das Partes (ou é isento por lei do pagamento de tais impostos); e
- (b) possui ou aluga locais comerciais e emprega pessoal de acordo com o alcance e a escala de seus negócios em uma das Partes.

#### **Artigo 4.5: Publicação de Informação sobre a Contratação Pública**

1. Cada Parte publicará, oportunamente, suas medidas de aplicação geral que regulam especificamente a contratação pública coberta por este Capítulo, assim como qualquer modificação a tais medidas da mesma maneira que a publicação original em um meio eletrônico listado no Anexo III (Cobertura).
2. Cada Parte, a pedido, deverá entregar à outra Parte uma explicação relativa a tal informação.

#### **Artigo 4.6: Pregões Eletrônicos**

1. Quando uma entidade contratante pretenda realizar uma contratação pública coberta utilizando um pregão eletrônico, a entidade contratante fornecerá a cada participante, antes que se inicie o leilão eletrônico, a seguinte informação:
  - (a) o método de avaliação automática, que se baseie nos critérios de avaliação estabelecidos nos documentos de contratação e que se utilizará na classificação ou reclassificação automática durante o pregão;
  - (b) os resultados de qualquer avaliação inicial dos elementos de sua oferta quando o contrato seja adjudicado com base na oferta mais vantajosa; e
  - (c) qualquer outra informação pertinente sobre a realização do pregão.

#### **Artigo 4.7: Publicação de Avisos**

1. Para cada contratação pública coberta por este Capítulo, uma entidade contratante deverá publicar com antecipação um aviso convidando os fornecedores interessados a apresentar ofertas para essa contratação pública, ou, quando proceda, solicitações para participar na contratação pública, com exceção do disposto no Artigo 4.12. Os avisos deverão ser acessíveis

eletronicamente sem custo algum, durante todo o período estabelecido para a apresentação de ofertas da contratação pública correspondente.

2. Cada aviso de contratação pública deverá incluir ao menos a seguinte informação:

- (a) uma descrição da contratação pública;
- (b) o método de contratação que se utilizará;
- (c) qualquer condição que os fornecedores devam satisfazer na contratação pública;
- (d) o nome da entidade que publica o aviso;
- (e) o endereço e/ou ponto de contato onde os fornecedores podem obter toda a documentação pertinente relativa à contratação pública;
- (f) o endereço e data final para a apresentação de ofertas;
- (g) as datas de entrega dos bens ou serviços a serem contratados ou a duração do contrato, a menos que se inclua esta informação nos documentos de contratação; e
- (h) uma indicação de que a contratação pública está coberta por este Capítulo.

### **Aviso sobre Planos de Contratação**

3. Cada Parte publicará em um meio eletrônico listado no Anexo III (Cobertura), tão logo seja possível, em cada ano fiscal, um aviso relativo a seus planos futuros de contratação. Tais avisos deverão incluir o objeto ou categoria dos bens e serviços a contratar e o período estimado em que se realizará a contratação pública.

## **Artigo 4.8: Condições de Participação**

1. Quando uma Parte exigir que os fornecedores cumpram com requisitos de registro, habilitação ou qualquer outro requisito ou condição de participação em uma contratação pública, a entidade contratante publicará um aviso convidando os fornecedores a postular tal participação. A entidade contratante publicará o aviso com suficiente antecedência para que os fornecedores interessados disponham de tempo suficiente para preparar e apresentar suas solicitações e para que a entidade contratante avalie e formule suas determinações sobre as bases de tais solicitações.

2. No momento de estabelecer as condições de participação, uma entidade contratante:

- (a) deverá limitar estas condições àquelas que sejam essenciais para assegurar que o fornecedor possui as capacidades legal e financeira, e as habilidades comerciais e técnicas, para cumprir com os requisitos e especificações técnicas da contratação pública com base nas atividades comerciais do fornecedor realizadas tanto dentro como fora do território da Parte da entidade contratante;
- (b) baseará sua decisão unicamente nas condições que a entidade contratante tenha especificado previamente nos avisos ou documentos de contratação;
- (c) não imporá como condição que, para que um fornecedor participe de uma contratação pública ou lhe seja adjudicado um contrato, que se tenha adjudicado



previamente a tal fornecedor um ou mais contratos por uma entidade contratante da Parte em questão;

(d) poderá requerer experiência prévia relevante quando for essencial para cumprir com os requisitos da contratação pública; e

(e) permitirá que todos os fornecedores nacionais e os fornecedores da outra Parte que tenham satisfeito as condições de participação possam participar na contratação pública.

3. Quando houver provas que o justifiquem, uma Parte, incluindo suas entidades contratantes, poderá excluir um fornecedor de uma contratação pública por motivos tais como:

(a) falência;

(b) declarações falsas;

(c) deficiências significativas ou persistentes no cumprimento de qualquer requisito substantivo ou obrigação derivada de um ou vários contratos anteriores;

(d) sentenças definitivas por delitos graves ou outras infrações graves;

(e) falta de ética profissional ou atos ou omissões que ponham em interdito a integridade comercial do fornecedor; ou não pagamento de impostos.

4. As entidades contratantes não adotarão ou aplicarão um sistema de registro ou procedimento de habilitação com o propósito ou o efeito de criar obstáculos desnecessários à participação de fornecedores da outra Parte em suas respectivas contratações públicas.

5. O processo de, e o tempo requerido para, o registro e a habilitação dos fornecedores não será utilizado para excluir os fornecedores da outra Parte de serem considerados para uma contratação pública em particular.

6. As entidades poderão estabelecer listas permanentes publicamente disponíveis de fornecedores habilitados para participar em contratações públicas. Quando uma entidade exigir que os fornecedores se habilitem em tal lista como condição para participar de uma contratação pública, e um fornecedor que não se tenha ainda habilitado solicitar ser incluído na lista, as Partes garantirão que o procedimento de inscrição na lista se inicie sem demora e permitirão que o fornecedor participe na contratação pública, sempre que os procedimentos de habilitação possam completar-se dentro do prazo estabelecido para a apresentação de ofertas.

7. Uma entidade contratante deverá informar, sem demora, a qualquer fornecedor que tenha aplicado para habilitação acerca de sua decisão sobre essa solicitação. Quando uma entidade contratante rechaçar uma solicitação de habilitação ou deixar de reconhecer um fornecedor como cumpridor das condições de participação, a entidade contratante deverá informar sem demora ao fornecedor, e, a pedido, proporcionar-lhe oportunamente uma explicação por escrito das razões da decisão da entidade.

## **Registro e Processo de Habilitação**

### **Lista Multiusos**

8. As Partes cujas entidades utilizem listas ou registros permanentes de fornecedores habilitados assegurarão que:

- (a) os fornecedores da outra Parte possam solicitar sua inscrição, qualificação ou habilitação nas mesmas condições que os fornecedores nacionais;
- (b) todos os fornecedores que assim o solicitem sejam incluídos em tais listas ou registros sem demoras injustificadas; e
- (c) todos os fornecedores incluídos nas listas ou registros sejam notificados da suspensão temporária ou do cancelamento dessas listas ou registros ou de sua eliminação dos mesmos.

9. Quando se exigir a inclusão em uma lista ou registro de fornecedores, o objetivo não deverá ser outro que a acreditação da idoneidade para contratar com o Estado, sem colocar obstáculos ao ingresso de interessados da outra Parte.

10. Uma entidade contratante pode estabelecer uma lista multiusos sempre que a entidade publicar anualmente ou que de outra maneira puser à disposição continuamente em forma eletrônica um aviso convidando os fornecedores interessados em solicitar sua inclusão na lista.

11. O aviso deverá incluir:

- (a) uma descrição dos bens ou serviços que se pode contratar através da lista;
- (b) as condições de participação que os fornecedores devem satisfazer e os métodos que a entidade contratante utilizará para verificar que os fornecedores tenham satisfeito tais condições;
- (c) o nome e endereço da entidade contratante e qualquer outra informação necessária para contatar a entidade e obter todos os documentos relevantes relacionados com a lista;
- (d) toda data limite para a apresentação das solicitações de inclusão na lista; e
- (e) uma indicação de que a lista pode ser utilizada para contratações públicas cobertas por este Capítulo.

12. Uma entidade contratante que mantém uma lista multiusos deverá: (a) incluir na lista, dentro de um período razoavelmente breve de tempo em seguida à apresentação de uma solicitação, todos os fornecedores que tenham satisfeito as condições de participação; e (b) quando a entidade utiliza a lista multiusos em qualquer contratação futura, convidar todos os fornecedores da lista para que apresentem ofertas.

## **Artigo 4.9: Documentos de Contratação**

1. Uma entidade contratante proporcionará oportunamente aos fornecedores interessados em participar de uma contratação pública, documentos de contratação que incluam toda a informação necessária que lhes permita preparar e apresentar ofertas adequadas. Estes documentos serão publicados em um meio eletrônico listado no Anexo III (Cobertura).

2. A menos que no aviso de contratação se tenha incluído esta informação, os documentos de contratação deverão incluir como mínimo uma descrição completa do seguinte:

- (a) a natureza e a quantidade de bens ou serviços a serem contratados, ou, se não se conhece a quantidade, a quantidade estimada e qualquer requisito que deva ser cumprido, incluindo as especificações técnicas, certificados de avaliação de conformidade, planos, desenhos ou manuais de instrução;
- (b) as condições de participação de fornecedores, incluindo informação e documentos que os fornecedores devam apresentar com relação a essas condições;
- (c) os critérios de avaliação a serem considerados na adjudicação de um contrato e, salvo quando o preço seja o único critério, a importância relativa de tais critérios;
- (d) quando uma entidade realize um pregão eletrônico, as regras aplicáveis ao pregão, incluída a identificação dos elementos da oferta relacionados com os critérios de avaliação;
- (e) a data, hora e lugar da abertura das ofertas;
- (f) qualquer outro termo ou condição, tais como as condições de pagamento e a forma em que se apresentarão as ofertas; e
- (g) a data ou período para a entrega dos bens ou para a prestação dos serviços ou a duração do contrato.

3. Quando uma entidade não publicar todos os documentos de contratação por meios eletrônicos, deverá garantir que os mesmos se encontrem disponíveis para qualquer fornecedor que os solicite.

4. Quando, no curso de uma contratação pública coberta, uma entidade contratante modificar os critérios ou os requerimentos técnicos estabelecidos em um aviso ou documento de contratação proporcionado aos fornecedores participantes, ou modificar um aviso ou documento de contratação, deverá transmitir tais modificações por escrito:

- (a) a todos os fornecedores que estejam participando no momento da modificação da informação, se a identificação de tais fornecedores é conhecida, e em todos os demais casos, da mesma maneira como a informação original foi transmitida; e
- (b) com tempo suficiente para permitir que os fornecedores modifiquem e apresentem novamente suas ofertas corrigidas, conforme o caso.

## **Especificações Técnicas**

5. Uma entidade contratante não preparará, adotará ou aplicará nenhuma especificação técnica nem exigirá nenhum procedimento de avaliação de conformidade com o propósito ou o efeito de criar obstáculos desnecessários ao comércio entre as Partes.
6. Ao se estabelecer qualquer especificação técnica para os bens ou serviços a serem contratados por uma entidade contratante, essa especificação técnica deverá, quando for o caso:
  - (a) estar especificada em termos de desempenho e requisitos funcionais, em lugar das características descritivas ou de desenho; e
  - (b) estar baseada em normas técnicas internacionais, quando aplicável, ou do contrário, em regulamentos técnicos nacionais, em normas técnicas nacionais reconhecidas, ou em códigos de construção.
7. Uma entidade contratante não estabelecerá especificações técnicas que requeiram ou façam referência a uma determinada marca ou nome comercial, patente, direito de autor, desenho, tipo, origem específica, produtor ou fornecedor, salvo quando não existir outra maneira suficientemente precisa ou inteligível de descrever os requisitos da contratação pública, e sempre que, em tais casos, se inclua também nos documentos de contratação expressões tais como "ou equivalente".
8. Uma entidade contratante não solicitará nem aceitará, de maneira que possa ter o efeito de impedir a competição, assessoramento que se possa utilizar para preparar ou adotar qualquer especificação técnica para uma contratação pública específica proveniente de qualquer pessoa que possa ter um interesse comercial nessa contratação pública.
9. Para maior certeza, este Artigo não pretende impedir uma entidade contratante de preparar, adotar ou aplicar especificações técnicas para promover a conservação dos recursos naturais ou proteger o meio ambiente.

## **Artigo 4.10: Prazos**

1. Uma entidade contratante proporcionará aos fornecedores tempo suficiente para apresentar solicitações para participar de uma contratação pública e preparar e apresentar as ofertas, tomando em conta a natureza e complexidade da contratação pública.
2. Salvo o disposto nos parágrafos 3, 4 e 5, uma entidade contratante estabelecerá que o prazo limite para a apresentação de ofertas não será menor que 40 dias:
  - (a) desde a data de publicação do aviso de contratação futura; ou
  - (b) quando a entidade contratante faz uso de uma licitação seletiva, a partir da data em que a entidade convida os fornecedores a apresentar ofertas.

3. Uma entidade contratante poderá reduzir o prazo para a apresentação de ofertas para até 10 dias quando a entidade publicar um aviso de contratação futura em conformidade com o Artigo 4.7.3 (Publicação de Avisos) em um meio eletrônico.

4. Uma entidade contratante poderá estabelecer um prazo menor que 40 dias, ou 30 dias quando uma entidade tenha cumprido com o disposto no parágrafo 3, sempre que o prazo dado aos fornecedores seja suficiente para que estes preparem e apresentem suas ofertas, e em nenhum caso poderá ser menor que 10 dias antes da data limite para a apresentação de ofertas quando:

(a) a entidade contratante tenha publicado um aviso separado, incluindo o aviso de contratação pública planejada sob o Artigo 4.7.3 (Publicação de Avisos) com pelo menos 40 dias e não mais de 12 meses de antecedência, e tal aviso separado contenha uma descrição da contratação pública, as solicitações para a participação em uma contratação pública quando apropriado, e o endereço onde se possa obter a documentação relativa à contratação pública; ou

(b) a entidade contratante adquira bens ou serviços comuns; ou

(c) uma situação de urgência imprevista devidamente justificada pela entidade contratante torne impraticável o cumprimento do prazo estipulado no parágrafo 2, ou quando seja aplicável, o parágrafo 3.

5. Uma entidade contratante requererá que todos os fornecedores participantes apresentem suas ofertas em conformidade com uma data limite comum. Para maior certeza, este requisito também se aplica quando:

(a) como resultado da necessidade de emendar a informação entregue aos fornecedores durante o processo de contratação pública, a entidade contratante estenda o prazo para a habilitação ou os procedimentos de licitação; ou

(b) no caso de negociações, estas negociações se concluam e os ofertantes possam apresentar novas ofertas.

#### **Artigo 4.11: Negociações**

1. Uma Parte poderá dispor que suas entidades contratantes realizem negociações:

(a) no contexto de uma contratação pública onde se tenha indicado tal intenção no aviso de contratação pública; e

(b) quando ocorrer, da avaliação efetuada, que nenhuma oferta seja obviamente a mais vantajosa nos termos dos critérios específicos de avaliação estabelecidos nos avisos ou em documentos de contratação.

2. Uma entidade contratante deverá:

assegurar que qualquer eliminação de fornecedores participantes nas negociações se realize em conformidade com os critérios de avaliação estabelecidos nos avisos e documentos de contratação.

## **Artigo 4.12: Procedimentos de Contratação**

### **Licitação Aberta**

1. As entidades contratantes adjudicarão contratos através de procedimentos de licitação aberta, por meio dos quais qualquer fornecedor interessado poderá apresentar uma oferta.

### **Licitação Seletiva**

2. Quando a legislação de uma Parte permitir a realização da licitação seletiva, uma entidade deverá, para cada contratação pública:

- (a) publicar com suficiente antecipação um aviso convidando os fornecedores a apresentar solicitações de participação em uma contratação pública para que os fornecedores interessados preparem e apresentem solicitações e para que a entidade avalie e tome sua decisão com base em tais solicitações; e
- (b) permitir que todos os fornecedores domésticos e que todos os fornecedores da outra Parte que a entidade tenha determinado que cumprem com as condições de participação apresentem uma oferta, a menos que a entidade tenha estabelecido no aviso ou nos documentos de contratação publicamente disponíveis qualquer condição que impeça a participação de todos os fornecedores habilitados bem como os critérios para essa limitação.

3. As entidades que mantenham listas multi-usos de fornecedores habilitados poderão selecionar fornecedores incluídos em tais listas, os quais serão convidados a apresentar ofertas. Qualquer seleção deverá oferecer oportunidades equitativas aos fornecedores incluídos em tais listas.

### **Outros Procedimentos de Contratação**

4. Sempre que não se utilize esta disposição para impedir a concorrência entre fornecedores ou de alguma forma que discrimine os fornecedores da outra Parte, ou proteja os fornecedores nacionais, uma entidade contratante pode utilizar outros procedimentos de contratação apenas nas seguintes circunstâncias:

- (a) sempre que os requisitos dos documentos de contratação não sejam substancialmente modificados, quando:
  - (i) nenhuma oferta tenha sido apresentada ou nenhum fornecedor tenha solicitado participar;
  - (ii) nenhuma oferta que cumpra com os requisitos essenciais exigidos nos documentos de licitação tenha sido apresentada ou as ofertas apresentadas tenham resultados inadmissíveis;
  - (iii) nenhum fornecedor cumpriu com as condições de participação; ou

- (iv) tenha havido conluio na apresentação das ofertas;
- (b) quando os bens ou serviços possam ser fornecidos unicamente por um fornecedor particular e não exista uma alternativa razoável ou bem ou serviço substituto devido a qualquer das seguintes razões:
- (i) o requerimento é para a realização ou restauração de uma obra de arte;
  - (ii) a proteção de patentes, direitos de autor ou outros direitos exclusivos de propriedade intelectual; ou
  - (iii) devido à ausência de concorrência por razões técnicas, como no caso da contratação de serviços *intuitu personae*;
- (c) para entregas ou prestações adicionais do fornecedor inicial de bens ou serviços que não estavam incluídas na contratação pública inicial, quando a troca de fornecedor desses bens ou serviços adicionais:
- (i) não possa realizar-se por razões econômicas ou técnicas tais como requisitos de intercambialidade ou compatibilidade com equipamentos, programas de informática, serviços ou instalações existentes objeto da contratação inicial; e
  - (ii) causaria inconvenientes significativos ou uma duplicação substancial dos custos para a entidade contratante,
- no caso dos serviços de construção, o valor total dos contratos adjudicados para tais serviços adicionais não excederá 50 por cento do valor do contrato inicial, sempre e quando tais serviços tenham sido contemplados nos objetivos contidos nos documentos de contratação e tenham se tornado necessários para completar a obra devido a razões imprevistas;
- (d) na medida em que seja estritamente necessário, quando por razões de extrema urgência ocasionadas por acontecimentos imprevistos para a entidade contratante, não se possa obter os bens ou serviços a tempo mediante licitação aberta, ou conforme o caso, licitação seletiva, e o uso de tais procedimentos pudesse resultar grave prejuízo para a entidade contratante;
- (e) para aquisições de bens efetuadas em um mercado de produtos básicos ou *commodities*;
- (f) quando uma entidade contratante adquirir um primeiro bem em quantidade limitada, ou um protótipo, ou contrate um serviço que seja desenvolvido a pedido, ao longo de, e para, um contrato particular de pesquisa, experimento, estudo ou desenvolvimento original, incluindo os insumos para tanto; ou
- (g) quando um contrato for adjudicado ao ganhador de um concurso de projeto, sempre que:
- (i) o concurso tenha sido organizado de uma maneira que seja consistente com os princípios deste Capítulo, em particular em relação à publicação do aviso da contratação pública; e
  - (ii) os participantes sejam habilitados ou avaliados por um jurado ou órgão independente com vistas à celebração de um contrato de projeto que seja adjudicado a um ganhador.

(h) na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, como consequência de rescisão contratual, sempre que se respeite a ordem ou prioridade da licitação original;

5. Uma entidade contratante deverá manter registros ou preparar um relatório escrito para cada contrato adjudicado em conformidade com o parágrafo 2, de maneira consistente com o Artigo 4.14.2 (Transparência da Informação sobre Contratação Pública). Quando uma parte preparar relatórios escritos em conformidade com este parágrafo, estes incluirão o nome da entidade contratante, o valor e a natureza dos bens ou serviços contratados e uma justificativa indicando as circunstâncias e condições descritas no parágrafo 2 que justifiquem a utilização de outros procedimentos de contratação. Quando uma Parte mantiver registros, nestes deverão estar indicadas as circunstâncias e condições descritas no parágrafo 2 que justifiquem a utilização de outros procedimentos de contratação.

### **Artigo 4.13: Abertura de Ofertas e Adjudicação de Contratos**

2. Uma entidade contratante receberá e abrirá todas as ofertas por meio de procedimentos que garantam a igualdade e a imparcialidade entre os fornecedores das Partes no processo de contratação pública e dará tratamento sigiloso às ofertas, pelo menos até a abertura das mesmas.
3. Quando uma entidade contratante proporcionar aos fornecedores a oportunidade de corrigir qualquer erro involuntário de forma entre o período de abertura das ofertas e a adjudicação do contrato, a entidade contratante deverá conceder a mesma oportunidade a todos os fornecedores participantes.

### **Adjudicação de Contratos**

3. Uma entidade contratante exigirá que, com a finalidade de que seja considerada para uma adjudicação, a oferta:
  - (a) seja apresentada por escrito, por um fornecedor que cumpra com todas as condições de participação; e
  - (b) no momento da abertura, deverá encontrar-se em conformidade com os requisitos essenciais especificados nos avisos e documentos de contratação.
4. A menos que uma entidade contratante determine que a adjudicação de um contrato vá de encontro ao interesse público, a entidade contratante adjudicará o contrato ao fornecedor que a entidade contratante tenha determinado que cumpre com as condições de participação e é completamente capaz de cumprir com o contrato, e cuja oferta seja considerada a mais vantajosa com base unicamente nos requisitos e nos critérios de avaliação especificados nos avisos e documentos de contratação, ou quando o preço é o único critério de avaliação, a do preço mais baixo.
5. Quando uma entidade contratante receber uma oferta cujo preço seja anormalmente mais baixo que os preços das demais ofertas apresentadas, a entidade poderá verificar com o



fornecedor se este cumpre as condições de participação e se possui a capacidade para cumprir o estipulado no contrato.

6. Uma entidade contratante não poderá cancelar uma contratação pública, nem encerrar ou modificar um contrato que tenha sido adjudicado, com o objetivo de evitar as obrigações deste Capítulo.

#### **Artigo 4.14: Transparência da Informação sobre Contratação Pública**

##### **Informação a ser Prestada aos Fornecedores**

1. Uma entidade contratante informará sem demora aos fornecedores participantes acerca de sua decisão sobre a adjudicação de um contrato e, se houver solicitação, tal comunicação será feita por escrito. Condicionado ao estabelecido no Artigo 4.7 (Publicação dos Avisos), uma entidade contratante deverá, por solicitação, prestar ao fornecedor cuja oferta não tenha sido escolhida as razões de dita decisão e as vantagens relativas à oferta ganhadora.

##### **Publicação da Informação sobre a Adjudicação**

2. Tão logo seja possível depois de uma adjudicação, uma entidade contratante publicará em um meio eletrônico elencado no Anexo III (Anexo sobre a cobertura), um aviso que inclua, pelo menos, a seguinte informação sobre a adjudicação do contrato:

- (a) o nome da entidade contratante;
- (b) uma descrição dos bens ou serviços contratados;
- (c) data da adjudicação;
- (d) o nome do fornecedor ao qual se adjudicou o contrato; e
- (e) o valor do contrato.

##### **Manutenção de Registros**

3. Uma entidade contratante manterá informes ou registros dos procedimentos de contratação pública relacionados às contratações públicas cobertas, incluindo os informes assinalados no 4.12 (procedimentos de contratação) e manterá tais informes ou registros durante um prazo de pelo menos 5 anos depois da data da adjudicação de um contrato.

#### **Artigo 4.15: Divulgação da Informação**

1. Por solicitação de uma Parte, a outra Parte fornecerá oportunamente a informação necessária para determinar se uma contratação pública foi realizada de forma justa, imparcial e em conformidade com este Capítulo. Esta informação incluirá dados sobre as características e vantagens relativas da oferta ganhadora. Nos casos que a divulgação da informação possa prejudicar a concorrência em futuras licitações, a Parte que receber a informação não deverá divulgá-la a nenhum fornecedor, exceto se a outra Parte aceitar.

### **Não Divulgação de Informação**

2. Nenhuma Parte, incluindo suas entidades contratantes, autoridades ou órgãos de revisão, poderá revelar informação que a pessoa que a prestou tenha designado como sigilosa, em conformidade com sua legislação nacional, salvo se contar com a autorização de tal pessoa. Sem prejuízo de qualquer outra disposição deste Capítulo, nenhuma Parte, incluindo suas entidades contratantes, facilitará a nenhum fornecedor em particular informação particular que possa prejudicar a concorrência leal entre os fornecedores.

3. Nenhuma disposição neste Capítulo será interpretada no sentido de obrigar uma Parte, incluindo suas entidades contratantes, autoridades de revisão, a divulgar informação sigilosa sujeita a este Capítulo, se tal divulgação puder:

- (a) impedir o cumprimento da Lei;
- (b) prejudicar a concorrência leal entre fornecedores;
- (c) prejudicar os interesses comerciais legítimos particulares, incluindo a proteção da propriedade intelectual; ou
- (d) ser de alguma forma contrária ao interesse público.

### **Artigo 4.16: Procedimentos de Impugnação**

1. Cada Parte se assegurará de que suas entidades contratantes considerem de maneira imparcial e oportuna qualquer reivindicação dos seus fornecedores com relação a uma alegação de não cumprimento deste Capítulo que surja no contexto de uma contratação pública coberta em que tenham ou tenham tido interesse. Cada Parte encorajará seus fornecedores a buscar esclarecimento de suas entidades contratantes por meio de consultas com o objetivo de facilitar a resolução de quaisquer reivindicações.

2. Cada Parte deverá prever um procedimento de revisão administrativo ou judicial que seja oportuno, efetivo, transparente e não discriminatório, em conformidade com o princípio do devido processo, através do qual um fornecedor possa apresentar recursos alegando descumprimento deste Capítulo que surja no contexto das contratações públicas cobertas em que o fornecedor tenha ou tenha tido interesse.

3. Cada Parte estabelecerá ou manterá pelo menos uma autoridade administrativa ou judicial imparcial, independente de suas entidades contratantes, para receber e revisar uma impugnação apresentada por um fornecedor dentro de uma contratação pública coberta, bem como para comunicar as decisões e recomendações pertinentes.

4. Quando um ente distinto da autoridade a que se refere o parágrafo 3 inicialmente revise uma impugnação, a Parte assegurará que o fornecedor possa recorrer da decisão inicial junto a uma autoridade administrativa ou judiciária imparcial, que seja independente da entidade contratante cuja contratação é objeto da impugnação.

5. Sem prejuízo de outros procedimentos de impugnação dispostos ou desenvolvidos por cada uma das Partes, cada Parte garantirá que a autoridade estabelecida ou designada em conformidade com o parágrafo 3, disponha ao menos do seguinte:

(a) prazo suficiente para que o fornecedor prepare e apresente impugnações por escrito, o qual, em nenhum caso, será menor que 10 dias, a partir do momento em que o ato ou omissão motivo da impugnação foi conhecido pelo fornecedor ou razoavelmente deveria ter sido conhecido por este;

(b) a entrega sem demora e por escrito das decisões relacionadas com a impugnação, com uma explicação dos fundamentos de cada decisão.

6. Cada Parte adotará ou manterá procedimentos que estabeleçam:

(a) medidas provisórias rápidas para preservar a possibilidade do fornecedor de participar da contratação pública, que sejam aplicadas pela entidade contratante ou pela autoridade imparcial referida no parágrafo 3. Tais medidas poderão ter por efeito a suspensão do processo de contratação. Os procedimentos poderão prever a possibilidade de que se levem em conta as consequências desfavoráveis predominantes para os interesses afetados, inclusive o interesse público, ao decidir se essas medidas deverão ser aplicadas. Registrar-se-á por escrito a razão pela qual não se adotarão tais medidas; e

(b) quando um órgão de revisão tenha determinado a existência de um descumprimento mencionado no parágrafo 2, medidas corretivas ou uma compensação pelas perdas ou danos e prejuízos sofridos, em conformidade com a legislação nacional de cada Parte.

#### **Artigo 4.17: Modificações e Retificações da Cobertura**

1. Quando uma Parte modificar sua cobertura de contratação pública sujeita a este Capítulo, a Parte:

(c) notificará a outra Parte por escrito; e

(d) incluirá na notificação uma proposta dos ajustes compensatórios apropriados à outra Parte para manter um nível de cobertura comparável àquele existente antes da modificação.

2. Não obstante o disposto no subparágrafo 1(b), uma Parte não necessitará outorgar ajustes compensatórios quando:

(a) a modificação em questão seja uma pequena alteração ou uma retificação de natureza estritamente formal; ou

- (b) a proposta de modificação cobre uma entidade sobre a qual a Parte efetivamente perdeu seu controle ou influência.

3. Se a outra Parte não estiver de acordo quando:

- (a) um ajuste proposto condicionado ao subparágrafo 1(b) é adequado para manter um nível comparável a uma cobertura mutuamente acordada;
- (b) a modificação proposta é uma alteração pequena ou uma retificação nos termos do parágrafo 2(a); ou
- (c) a modificação proposta cobre uma entidade sobre a qual a Parte efetivamente perdeu seu controle ou influência nos termos do parágrafo 2(b);

deverá opor-se por escrito dentro dos 30 dias de recebida a notificação referida no parágrafo 1 ou se considerará que se alcançou um acordo sobre a troca ou modificação proposta, inclusive para fins do mecanismo de solução de controvérsias previsto neste Capítulo.

4. Quando as Partes estiverem em acordo sobre a modificação, retificação ou alteração proposta, incluindo quando uma Parte não tenha apresentado objeção dentro dos 30 dias em conformidade com o parágrafo 3, as Partes implementarão o acordo modificando imediatamente o Anexo III (Cobertura), por meio de decisão adotada pelo Comitê.

#### **Artigo 4.18: Integridade nas Práticas de Contratação Pública**

Cada Parte estabelecerá ou manterá procedimentos para declarar a inelegibilidade para participar nas contratações públicas da Parte, seja por tempo indefinido ou por um período estabelecido, de fornecedores que a Parte determinar que tenham participado em atividades ilegais ou fraudulentas relacionadas com a contratação pública. A pedido da outra Parte, a Parte que receber a solicitação identificará os fornecedores determinados como inelegíveis no âmbito desses procedimentos e, quando for apropriado, intercambiará informação relacionada a estes fornecedores ou à atividade fraudulenta ou ilegal.

#### **Artigo 4.19: Negociações Futuras**

1. A pedido de uma Parte, a outra Parte poderá considerar a realização de negociações adicionais com o propósito de ampliar o âmbito e a cobertura deste Capítulo. Se como consequência dessas negociações as Partes concordem em modificar o Anexo III (Cobertura), o resultado será apresentado ao Comitê de Contratação Pública estabelecido no Artigo 4.21 (Cooperação) para sua implementação.

2. A partir da entrada em vigor deste Acordo, ambas Partes iniciarão consultas com o propósito de ampliar a lista de entidades do nível central (federal) de governo e de suas respectivas agências vinculadas (Seção A), nível subcentral (subfederal) de governo (Seção B), assim como outras entidades (Seção C), como parte das ofertas de acesso a mercado em matéria de contratação pública de cada Parte.

3. As Partes deverão concluir essas consultas no mais tardar dois anos após a data de entrada em vigor deste Acordo e notificarão a outra Parte sobre os resultados das referidas consultas.

4. A incorporação de novas entidades do nível central de governo, de suas agências vinculadas (Seção A), do nível subcentral (subfederal) do governo (Seção B) e outras entidades de governo (Seção C) requererá o acordo das Partes mediante decisão do Comitê de Contratação Pública, precedida de negociação entre as Partes, de acordo com o previsto no presente Artigo.

#### **Artigo 4.20: Facilitação da Participação das Micro, Pequenas e Médias Empresas (MPMES)**

1. As Partes reconhecem a importante contribuição que as micro, pequenas e médias empresas (MPMEs) podem dar ao crescimento econômico e ao emprego e a importância de facilitar a sua participação na contratação pública.

2. As Partes também reconhecem a importância das alianças empresariais entre fornecedores das Partes e em particular das MPME, incluindo a participação conjunta em procedimentos de contratação.

3. Quando uma Parte mantiver medidas que ofereçam um trato preferencial para suas MPME, esta se assegurará que tais medidas, inclusive os critérios de elegibilidade, sejam objetivas e transparentes.

4. As Partes poderão:

(a) prover informação a respeito de suas medidas utilizadas para ajudar, promover, encorajar ou facilitar a participação das MPMEs na contratação pública, e

(b) cooperar na elaboração de mecanismos para proporcionar informação às MPMEs sobre os meios para participar na contratação pública coberta por este Capítulo.

5. As Partes concordam em trocar informação e trabalhar de maneira conjunta com a finalidade de facilitar o acesso das MPMEs aos procedimentos, métodos e requisitos contratuais da contratação pública, enfocando-se em suas necessidades especiais.

6. Para facilitar a participação das MPMEs na contratação pública coberta, cada Parte:

(a) fornecerá informação relacionada à contratação pública, que inclua uma definição das MPMEs em um portal eletrônico;

(b) garantirá que os documentos de contratação estejam disponíveis de forma gratuita;

(c) identificará as MPMEs interessadas em se tornar sócias comerciais de outras empresas no território das outras Partes;

(d) desenvolverá bases de dados sobre as MPMEs no território de cada Parte para ser utilizadas por entidades das outras Partes; e

(e) realizará outras atividades destinadas a facilitar a participação das MPMEs nas contratações públicas cobertas por este Capítulo.

#### **Artigo 4.21: Cooperação**

1. As Partes reconhecem a importância da cooperação como forma de se alcançar um melhor entendimento de seus respectivos sistemas de contratação pública, assim como um melhor acesso a seus respectivos mercados, em particular para as MPMEs.
2. As Partes realizarão seus melhores esforços para cooperar nos temas tais como:
  - (a) intercâmbio de experiências e informação, incluindo marco regulatório, melhores práticas e estatísticas;
  - (b) desenvolvimento e uso de meios eletrônicos de informação nos sistemas de contratação pública;
  - (c) capacitação e assistência técnica aos fornecedores voltada ao acesso ao mercado da contratação pública; e
  - (d) fortalecimento institucional para o cumprimento das disposições deste Capítulo, incluída a capacitação ou formação dos funcionários públicos.
3. As Partes notificarão o Comitê sobre a realização de qualquer atividade de cooperação.

#### **Artigo 4.22: Comitê sobre Contratação Pública**

1. As Partes estabelecem um Comitê Conjunto sobre Contratação Pública (doravante, Comitê Conjunto), integrado por representantes de ambas as Partes.
2. Salvo acordo contrário entre as Partes, o Comitê se reunirá pelo menos uma vez ao ano, em data, lugar e conforme a agenda previamente acordada pelas Partes.
3. As funções do Comitê incluirão:
  - (a) dar continuidade e avaliar a implementação e administração deste Capítulo, incluindo seu aproveitamento, e recomendar às Partes as atividades correspondentes;
  - (b) avaliar e dar seguimento às atividades de cooperação apresentadas pelas Partes;
  - (c) tratar qualquer outro assunto relacionado com este Capítulo.
  - (d) considerar a realização de negociações adicionais com o objetivo de ampliar a cobertura deste Capítulo;
  - (e) realizar esforços para promover a participação das empresas de ambas Partes através de um maior entendimento dos respectivos sistemas de contratação pública, assim como fomentar o acesso a oportunidades de contratação pública, especialmente para fornecedores das MPMEs.
4. As Partes poderão estabelecer grupos de trabalho *ad hoc*, que se reunirão de forma conjunta ou separada do Comitê.
5. As reuniões poderão ser levadas a cabo por qualquer meio acordado pelas Partes. Quando forem presenciais, serão realizadas alternadamente no território de cada Parte, e caberá

à Parte sede organizar a reunião. A primeira reunião do Comitê ocorrerá, no mais tardar, um ano após a data de entrada em vigor deste Capítulo.

6. Salvo se as Partes acordarem algo distinto, o Comitê terá caráter permanente e elaborará suas regras de procedimento.

## ANEXO II

### CHAPTER 15

#### GOVERNMENT PROCUREMENT

##### Article 15.1: Definitions

For the purposes of this Chapter:

**build-operate-transfer contract and public works concession contract** means a contractual arrangement the primary purpose of which is to provide for the construction or rehabilitation of physical infrastructure, plants, buildings, facilities or other government-owned works and under which, as consideration for a supplier's execution of a contractual arrangement, a procuring entity grants to the supplier, for a specified period of time, temporary ownership or a right to control and operate, and demand payment for the use of those works for the duration of the contract;

**commercial goods or services** means goods or services of a type generally sold or offered for sale in the commercial marketplace to, and customarily purchased by, non-governmental buyers for non-governmental purposes;

**in writing or written** means any worded or numbered expression that can be read, reproduced and may be later communicated. It may include electronically transmitted and stored information;

**limited tendering** means a procurement method whereby the procuring entity contacts a supplier or suppliers of its choice;



**multi-use list** means a list of suppliers that a procuring entity has determined satisfy the conditions for participation in that list, and that the procuring entity intends to use more than once;

**notice of intended procurement** means a notice published by a procuring entity inviting interested suppliers to submit a request for participation, a tender or both;

**offset** means any condition or undertaking that requires the use of domestic content, a domestic supplier, the licensing of technology, technology transfer, investment, counter-trade or similar action to encourage local development or to improve a Party's balance of payments accounts;

**open tendering** means a procurement method whereby all interested suppliers may submit a tender;

**procuring entity** means an entity listed in Annex 15-A;

**publish** means to disseminate information through paper or electronic means that is distributed widely and is readily accessible to the general public;

**qualified supplier** means a supplier that a procuring entity recognises as having satisfied the conditions for participation;

**selective tendering** means a procurement method whereby the procuring entity invites only qualified suppliers to submit a tender;

**services** includes construction services, unless otherwise specified;

**supplier** means a person or group of persons that provides or could provide a good or service to a procuring entity; and

**technical specification** means a tendering requirement that:

- (a) sets out the characteristics of:
  - (i) goods to be procured, including quality, performance, safety and dimensions, or the processes and methods for their production; or
  - (ii) services to be procured, or the processes or methods for their provision, including any applicable administrative provisions; or
- (b) addresses terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements, as they apply to a good or service.

## **Article 15.2: Scope**

### *Application of Chapter*

1. This Chapter applies to any measure regarding covered procurement.
2. For the purposes of this Chapter, covered procurement means government procurement:

- (a) of a good, service or any combination thereof as specified in each Party's Schedule to Annex 15-A;
- (b) by any contractual means, including: purchase; rental or lease, with or without an option to buy; build-operate-transfer contracts and public works concessions contracts;
- (c) for which the value, as estimated in accordance with paragraphs 8 and 9, equals or exceeds the relevant threshold specified in a Party's Schedule to Annex 15-A, at the time of publication of a notice of intended procurement;
- (d) by a procuring entity; and
- (e) that is not otherwise excluded from coverage under this Agreement.

#### *Activities Not Covered*

3. Unless otherwise provided in a Party's Schedule to Annex 15-A, this Chapter does not apply to:

- (a) the acquisition or rental of land, existing buildings or other immovable property or the rights thereon;
- (b) non-contractual agreements or any form of assistance that a Party, including its procuring entities, provides, including cooperative

agreements, grants, loans, equity infusions, guarantees, subsidies, fiscal incentives and sponsorship arrangements;

- (c) the procurement or acquisition of: fiscal agency or depository services; liquidation and management services for regulated financial institutions; or services related to the sale, redemption and distribution of public debt, including loans and government bonds, notes and other securities;
- (d) public employment contracts;
- (e) procurement:
  - (i) conducted for the specific purpose of providing international assistance, including development aid;
  - (ii) funded by an international organisation or foreign or international grants, loans or other assistance to which procurement procedures or conditions of the international organisation or donor apply. If the procedures or conditions of the international organisation or donor do not restrict the participation of suppliers then the procurement shall be subject to Article 15.4.1 (General Principles); or
  - (iii) conducted under the particular procedure or condition of an international agreement relating to the stationing of troops or relating to the joint implementation by the signatory countries of a project; and

- (f) procurement of a good or service outside the territory of the Party of the procuring entity, for consumption outside the territory of that Party.

### *Schedules*

4. Each Party shall specify the following information in its Schedule to Annex 15-A:

- (a) in Section A, the central government entities whose procurement is covered by this Chapter;
- (b) in Section B, the sub-central government entities whose procurement is covered by this Chapter;
- (c) in Section C, other entities whose procurement is covered by this Chapter;
- (d) in Section D, the goods covered by this Chapter;
- (e) in Section E, the services, other than construction services, covered by this Chapter;
- (f) in Section F, the construction services covered by this Chapter;
- (g) in Section G, any General Notes;
- (h) in Section H, the applicable Threshold Adjustment Formula;

- (i) in Section I, the publication information required under Article 15.6.2 (Publication of Procurement Information); and
- (j) in Section J, any transitional measures in accordance with Article 15.5 (Transitional Measures).

### *Compliance*

5. Each Party shall ensure that its procuring entities comply with this Chapter in conducting covered procurements.

6. No procuring entity shall prepare or design a procurement, or otherwise structure or divide a procurement into separate procurements in any stage of the procurement, or use a particular method to estimate the value of a procurement, in order to avoid the obligations of this Chapter.

7. Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party, including its procuring entities, from developing new procurement policies, procedures or contractual means, provided that they are not inconsistent with this Chapter.

### *Valuation*

8. In estimating the value of a procurement for the purposes of ascertaining whether it is a covered procurement, a procuring entity shall include the estimated maximum total value of the procurement over its entire duration, taking into account:

- (a) all forms of remuneration, including any premium, fee, commission, interest or other revenue stream that may be provided for under the contract;
- (b) the value of any option clause; and
- (c) any contract awarded at the same time or over a given period to one or more suppliers under the same procurement.

9. If the total estimated maximum value of a procurement over its entire duration is not known, the procurement shall be deemed a covered procurement, unless otherwise excluded under this Agreement.

### **Article 15.3: Exceptions**

1. Subject to the requirement that the measure is not applied in a manner that would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between Parties where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade between the Parties, nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party, including its procuring entities, from adopting or maintaining a measure:

- (a) necessary to protect public morals, order or safety;
- (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;
- (c) necessary to protect intellectual property; or

- (d) relating to the good or service of a person with disabilities, of philanthropic or not-for-profit institutions, or of prison labour.

2. The Parties understand that subparagraph 1(b) includes environmental measures necessary to protect human, animal or plant life or health.

#### **Article 15.4: General Principles**

##### *National Treatment and Non-Discrimination*

1. With respect to any measure regarding covered procurement, each Party, including its procuring entities, shall accord immediately and unconditionally to the goods and services of any other Party and to the suppliers of any other Party, treatment no less favourable than the treatment that the Party, including its procuring entities, accords to:

- (a) domestic goods, services and suppliers; and
- (b) goods, services and suppliers of any other Party.

For greater certainty, this obligation refers only to the treatment accorded by a Party to any good, service or supplier of any other Party under this Agreement.

2. With respect to any measure regarding covered procurement, no Party, including its procuring entities, shall:



- (a) treat a locally established supplier less favourably than another locally established supplier on the basis of degree of foreign affiliation or ownership; or
- (b) discriminate against a locally established supplier on the basis that the good or service offered by that supplier for a particular procurement is a good or service of any other Party.

3. All orders under contracts awarded for covered procurement shall be subject to paragraphs 1 and 2 of this Article.

#### *Procurement Methods*

4. A procuring entity shall use an open tendering procedure for covered procurement unless Article 15.9 (Qualification of Suppliers) or Article 15.10 (Limited Tendering) applies.

#### *Rules of Origin*

5. Each Party shall apply to covered procurement of a good the rules of origin that it applies in the normal course of trade to that good.

#### *Offsets*

6. With regard to covered procurement, no Party, including its procuring entities, shall seek, take account of, impose or enforce any offset, at any stage of a procurement.

### *Measures Not Specific to Procurement*

7. Paragraphs 1 and 2 shall not apply to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation, the method of levying such duties and charges, other import regulations or formalities, and measures affecting trade in services other than measures governing covered procurement.

### *Use of Electronic Means*

8. The Parties shall seek to provide opportunities for covered procurement to be undertaken through electronic means, including for the publication of procurement information, notices and tender documentation, and for the receipt of tenders.

9. When conducting covered procurement by electronic means, a procuring entity shall:

- (a) ensure that the procurement is conducted using information technology systems and software, including those related to authentication and encryption of information, that are generally available and interoperable with other generally available information technology systems and software; and
- (b) establish and maintain mechanisms that ensure the integrity of information provided by suppliers, including requests for participation and tenders.

## **Article 15.5: Transitional Measures**

1. A Party that is a developing country (developing country Party) may, with the agreement of the other Parties, adopt or maintain one or more of the following transitional measures, during a transition period set out in, and in accordance with, Section J of the Party's Schedule to Annex 15-A:

- (a) a price preference programme, provided that the programme:
  - (i) provides a preference only for the part of the tender incorporating goods or services originating in that developing country Party; and
  - (ii) is transparent, and that the preference and its application in the procurement are clearly described in the notice of intended procurement;
- (b) an offset, provided that any requirement for, or consideration of, the imposition of the offset is clearly stated in the notice of intended procurement;
- (c) the phased-in addition of specific entities or sectors; and
- (d) a threshold that is higher than its permanent threshold.

A transitional measure shall be applied in a manner that does not discriminate between the other Parties.

2. The Parties may agree to the delayed application of any obligation in this Chapter,

other than Article 15.4.1(b) (General Principles), by the developing country Party while that Party implements the obligation. The implementation period shall be only the period necessary to implement the obligation.

3. Any developing country Party that has negotiated an implementation period for an obligation under paragraph 2 shall list in its Schedule to Annex 15-A the agreed implementation period, the specific obligation subject to the implementation period and any interim obligation with which it has agreed to comply during the implementation period.

4. After this Agreement has entered into force for a developing country Party, the other Parties, on request of that developing country Party, may:

- (a) extend the transition period for a measure adopted or maintained under paragraph 1 or any implementation period negotiated under paragraph 2; or
- (b) approve the adoption of a new transitional measure under paragraph 1, in special circumstances that were unforeseen.

5. A developing country Party that has negotiated a transitional measure under paragraphs 1 or 4, an implementation period under paragraph 2, or any extension under paragraph 4, shall take those steps during the transition period or implementation period that may be necessary to ensure that it is in compliance with this Chapter at the end of any such period. The developing country Party shall promptly notify the other Parties of each step in accordance with Article 27.7 (Reporting in relation to Party-specific Transition Periods).

6. Each Party shall give consideration to any request by a developing country Party

for technical cooperation and capacity building in relation to that Party's implementation of this Chapter.

#### **Article 15.6: Publication of Procurement Information**

1. Each Party shall promptly publish any measure of general application relating to covered procurement, and any change or addition to this information.
2. Each Party shall list in Section I of its Schedule to Annex 15-A the paper or electronic means through which the Party publishes the information described in paragraph 1 and the notices required by Article 15.7 (Notices of Intended Procurement), Article 15.9.3 (Qualification of Suppliers) and Article 15.16.3 (Post-Award Information).
3. Each Party shall, on request, respond to an inquiry relating to the information referred to in paragraph 1.

#### **Article 15.7: Notices of Intended Procurement**

1. For each covered procurement, except in the circumstances described in Article 15.10 (Limited Tendering), a procuring entity shall publish a notice of intended procurement through the appropriate paper or electronic means listed in Annex 15-A. The notices shall remain readily accessible to the public until at least the expiration of the time period for responding to the notice or the deadline for submission of the tender.
2. The notices shall, if accessible by electronic means, be provided free of charge:

- (a) for central government entities that are covered under Annex 15-A, through a single point of access; and
- (b) for sub-central government entities and other entities covered under Annex 15-A, through links in a single electronic portal.

3. Unless otherwise provided in this Chapter, each notice of intended procurement shall include the following information, unless that information is provided in the tender documentation that is made available free of charge to all interested suppliers at the same time as the notice of intended procurement:

- (a) the name and address of the procuring entity and other information necessary to contact the procuring entity and obtain all relevant documents relating to the procurement, and the cost and terms of payment to obtain the relevant documents, if any;
- (b) a description of the procurement, including, if appropriate, the nature and quantity of the goods or services to be procured and a description of any options, or the estimated quantity if the quantity is not known;
- (c) if applicable, the time-frame for delivery of goods or services or the duration of the contract;
- (d) if applicable, the address and any final date for the submission of requests for participation in the procurement;
- (e) the address and the final date for the submission of tenders;

- (f) the language or languages in which tenders or requests for participation may be submitted, if other than an official language of the Party of the procuring entity;
- (g) a list and a brief description of any conditions for participation of suppliers, that may include any related requirements for specific documents or certifications that suppliers must provide;
- (h) if, pursuant to Article 15.9 (Qualification of Suppliers), a procuring entity intends to select a limited number of qualified suppliers to be invited to tender, the criteria that will be used to select them and, if applicable, any limitation on the number of suppliers that will be permitted to tender; and
- (i) an indication that the procurement is covered by this Chapter, unless that indication is publicly available through information published pursuant to Article 15.6.2 (Publication of Procurement Information).

4. For greater certainty, paragraph 3 does not preclude a Party from charging a fee for tender documentation if the notice of intended procurement includes all of the information set out in paragraph 3.

5. For the purposes of this Chapter, each Party shall endeavour to use English as the language for publishing the notice of intended procurement.

#### *Notice of Planned Procurement*

6. Procuring entities are encouraged to publish as early as possible in each fiscal

year a notice regarding their future procurement plans (notice of planned procurement), which should include the subject matter of the procurement and the planned date of publication of the notice of intended procurement.

#### **Article 15.8: Conditions for Participation**

1. A procuring entity shall limit any conditions for participation in a covered procurement to those conditions that ensure that a supplier has the legal and financial capacities and the commercial and technical abilities to fulfil the requirements of that procurement.

2. In establishing the conditions for participation, a procuring entity:

- (a) shall not impose the condition that, in order for a supplier to participate in a procurement, the supplier has previously been awarded one or more contracts by a procuring entity of a given Party or that the supplier has prior work experience in the territory of that Party; and
- (b) may require relevant prior experience if essential to meet the requirements of the procurement.

3. In assessing whether a supplier satisfies the conditions for participation, a procuring entity shall:

- (a) evaluate the financial capacity and the commercial and technical abilities of a supplier on the basis of that supplier's business activities both inside and outside the territory of the Party of the procuring entity; and



- (b) base its evaluation solely on the conditions that the procuring entity has specified in advance in notices or tender documentation.

4. If there is supporting material, a Party, including its procuring entities, may exclude a supplier on grounds such as:

- (a) bankruptcy or insolvency;
- (b) false declarations;
- (c) significant or persistent deficiencies in the performance of any substantive requirement or obligation under a prior contract or contracts; or
- (d) failure to pay taxes.

5. For greater certainty, this Article is not intended to preclude a procuring entity from promoting compliance with laws in the territory in which the good is produced or the service is performed relating to labour rights as recognised by the Parties and set forth in Article 19.3 (Labour Rights), provided that such measures are applied in a manner consistent with Chapter 26 (Transparency and Anti- Corruption), and are not applied in a manner that constitutes a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between the Parties or a disguised restriction on trade between the Parties.<sup>1</sup>

#### **Article 15.9: Qualification of Suppliers**

---

<sup>1</sup> The adoption and maintenance of these measures by a Party should not be construed as evidence that another Party has breached the obligations under Chapter 19 (Labour) with respect to labour.

### *Registration Systems and Qualification Procedures*

1. A Party, including its procuring entities, may maintain a supplier registration system under which interested suppliers are required to register and provide certain information.
2. No Party, including its procuring entities, shall:
  - (a) adopt or apply any registration system or qualification procedure with the purpose or the effect of creating unnecessary obstacles to the participation of suppliers of another Party in its procurement; or
  - (b) use such registration system or qualification procedure to prevent or delay the inclusion of suppliers of other Parties on a list of suppliers or prevent those suppliers from being considered for a particular procurement.

### *Selective Tendering*

3. If a Party's measures authorise the use of selective tendering, and if a procuring entity intends to use selective tendering, the procuring entity shall:
  - (a) publish a notice of intended procurement that invites suppliers to submit a request for participation in a covered procurement; and
  - (b) include in the notice of intended procurement the information specified in Article 15.7.3(a), (b), (d), (g), (h) and (i) (Notices of Intended

Procurement).

4. The procuring entity shall:

- (a) publish the notice sufficiently in advance of the procurement to allow interested suppliers to request participation in the procurement;
- (b) provide, by the commencement of the time period for tendering, at least the information in Article 15.7.3 (c), (e) and (f) (Notices of Intended Procurement) to the qualified suppliers that it notifies as specified in Article 15.14.3(b) (Time Periods); and
- (c) allow all qualified suppliers to submit a tender, unless the procuring entity stated in the notice of intended procurement a limitation on the number of suppliers that will be permitted to tender and the criteria or justification for selecting the limited number of suppliers.

5. If the tender documentation is not made publicly available from the date of publication of the notice referred to in paragraph 3, the procuring entity shall ensure that the tender documentation is made available at the same time to all the qualified suppliers selected in accordance with paragraph 4(c).

#### *Multi-Use Lists*

6. A Party, including its procuring entities, may establish or maintain a multi- use list provided that it publishes annually, or otherwise makes continuously available by electronic means, a notice inviting interested suppliers to apply for inclusion on the list.

The notice shall include:

- (a) a description of the goods and services, or categories thereof, for which the list may be used;
- (b) the conditions for participation to be satisfied by suppliers for inclusion on the list and the methods that the procuring entity or other government agency will use to verify a supplier's satisfaction of those conditions;
- (c) the name and address of the procuring entity or other government agency and other information necessary to contact the procuring entity and to obtain all relevant documents relating to the list;
- (d) the period of validity of the list and the means for its renewal or termination or, if the period of validity is not provided, an indication of the method by which notice will be given of the termination of use of the list;
- (e) the deadline for submission of applications for inclusion on the list, if applicable; and
- (f) an indication that the list may be used for procurement covered by this Chapter, unless that indication is publicly available through information published pursuant to Article 15.6.2 (Publication of Procurement Information).

7. A Party, including its procuring entities, that establishes or maintains a multi-use list, shall include on the list, within a reasonable period of time, all suppliers that satisfy

the conditions for participation set out in the notice referred to in paragraph 6.

8. If a supplier that is not included on a multi-use list submits a request for participation in a procurement based on the multi-use list and submits all required documents, within the time period provided for in Article 15.14.2 (Time Periods), a procuring entity shall examine the request. The procuring entity shall not exclude the supplier from consideration in respect of the procurement unless the procuring entity is not able to complete the examination of the request within the time period allowed for the submission of tenders.

#### *Information on Procuring Entity Decisions*

9. A procuring entity or other entity of a Party shall promptly inform any supplier that submits a request for participation in a procurement or application for inclusion on a multi-use list of the decision with respect to the request or application.

10. If a procuring entity or other entity of a Party rejects a supplier's request for participation or application for inclusion on a multi-use list, ceases to recognise a supplier as qualified, or removes a supplier from a multi-use list, the entity shall promptly inform the supplier and on request of the supplier, promptly provide the supplier with a written explanation of the reason for its decision.

#### **Article 15.10: Limited Tendering**

1. Provided that it does not use this provision for the purpose of avoiding competition between suppliers, to protect domestic suppliers or in a manner that discriminates against suppliers of any other Party, a procuring entity may use limited

tendering.

2. If a procuring entity uses limited tendering, it may choose, according to the nature of the procurement, not to apply Article 15.7 (Notices of Intended Procurement), Article 15.8 (Conditions for Participation), Article 15.9 (Qualification of Suppliers), Article 15.11 (Negotiations), Article 15.12 (Technical Specifications), Article 15.13 (Tender Documentation), Article 15.14 (Time Periods) or Article 15.15 (Treatment of Tenders and Awarding of Contracts). A procuring entity may use limited tendering only under the following circumstances:

- (a) if, in response to a prior notice, invitation to participate or invitation to tender:
  - (i) no tenders were submitted or no suppliers requested participation;
  - (ii) no tenders were submitted that conform to the essential requirements in the tender documentation;
  - (iii) no suppliers satisfied the conditions for participation; or
  - (iv) the tenders submitted were collusive,

provided that the procuring entity does not substantially modify the essential requirements set out in the notices or tender documentation;

- (b) if the good or service can be supplied only by a particular supplier and no

reasonable alternative or substitute good or service exists for any of the following reasons:

- (i) the requirement is for a work of art;
  - (ii) the protection of patents, copyrights or other exclusive rights; or
  - (iii) due to an absence of competition for technical reasons;
- (c) for additional deliveries by the original supplier or its authorised agents, of goods or services that were not included in the initial procurement if a change of supplier for such additional goods or services:
  - (i) cannot be made for technical reasons such as requirements of interchangeability or interoperability with existing equipment, software, services or installations procured under the initial procurement, or due to conditions under original supplier warranties; and
  - (ii) would cause significant inconvenience or substantial duplication of costs for the procuring entity;
- (d) for a good purchased on a commodity market or exchange;
- (e) if a procuring entity procures a prototype or a first good or service that is intended for limited trial or that is developed at its request in the course of, and for, a particular contract for research, experiment, study or original development. Original development of a prototype or a first good or

service may include limited production or supply in order to incorporate the results of field testing and to demonstrate that the prototype or the first good or service is suitable for production or supply in quantity to acceptable quality standards, but does not include quantity production or supply to establish commercial viability or to recover research and development costs. Subsequent procurements of these newly developed goods or services, however, shall be subject to this Chapter;

- (f) if additional construction services that were not included in the initial contract but that were within the objectives of the original tender documentation have, due to unforeseeable circumstances, become necessary to complete the construction services described therein. However, the total value of contracts awarded for additional construction services may not exceed 50 per cent of the value of the initial contract;
- (g) for purchases made under exceptionally advantageous conditions that only arise in the very short term, such as from unusual disposals, liquidation, bankruptcy or receivership, but not for routine purchases from regular suppliers;
- (h) if a contract is awarded to the winner of a design contest, provided that:
  - (i) the contest has been organised in a manner that is consistent with this Chapter; and
  - (ii) the contest is judged by an independent jury with a view to award a design contract to the winner; or
- (i) in so far as is strictly necessary if, for reasons of extreme urgency brought



about by events unforeseeable by the procuring entity, the good or service could not be obtained in time by means of open or selective tendering.

3. For each contract awarded in accordance with paragraph 2, a procuring entity shall prepare a report in writing, or maintain a record, that includes the name of the procuring entity, the value and kind of good or service procured, and a statement that indicates the circumstances and conditions described in paragraph 2 that justified the use of limited tendering.

#### **Article 15.11: Negotiations**

1. A Party may provide for its procuring entities to conduct negotiations in the context of covered procurement if:

- (a) the procuring entity has indicated its intent to conduct negotiations in the notice of intended procurement required under Article 15.7 (Notices of Intended Procurement); or
- (b) it appears from the evaluation that no tender is obviously the most advantageous in terms of the specific evaluation criteria set out in the notice of intended procurement or tender documentation.

2. A procuring entity shall:

- (a) ensure that any elimination of suppliers participating in negotiations is carried out in accordance with the evaluation criteria set out in the notice of intended procurement or tender documentation; and

- (b) when negotiations are concluded, provide a common deadline for the remaining participating suppliers to submit any new or revised tenders.

#### **Article 15.12: Technical Specifications**

1. A procuring entity shall not prepare, adopt or apply any technical specification or prescribe any conformity assessment procedure with the purpose or effect of creating an unnecessary obstacle to trade between the Parties.

2. In prescribing the technical specifications for the good or service being procured, a procuring entity shall, if appropriate:

- (a) set out the technical specifications in terms of performance and functional requirements, rather than design or descriptive characteristics; and
- (b) base the technical specifications on international standards, if these exist; otherwise, on national technical regulations, recognised national standards or building codes.

3. A procuring entity shall not prescribe technical specifications that require or refer to a particular trademark or trade name, patent, copyright, design, type, specific origin, producer or supplier, unless there is no other sufficiently precise or intelligible way of describing the procurement requirements and provided that, in these cases, the procuring entity includes words such as “or equivalent” in the tender documentation.

4. A procuring entity shall not seek or accept, in a manner that would have the effect

of precluding competition, advice that may be used in the preparation or adoption of any technical specification for a specific procurement from a person that may have a commercial interest in the procurement.

5. For greater certainty, a procuring entity may conduct market research in developing specifications for a particular procurement.

6. For greater certainty, this Article is not intended to preclude a procuring entity from preparing, adopting or applying technical specifications to promote the conservation of natural resources or the protection of the environment.

7. For greater certainty, this Chapter is not intended to preclude a Party, or its procuring entities, from preparing, adopting or applying technical specifications required to protect sensitive government information, including specifications that may affect or limit the storage, hosting or processing of such information outside the territory of the Party.

#### **Article 15.13: Tender Documentation**

1. A procuring entity shall promptly make available or provide on request to any interested supplier tender documentation that includes all information necessary to permit the supplier to prepare and submit a responsive tender. Unless already provided in the notice of intended procurement, that tender documentation shall include a complete description of:

- (a) the procurement, including the nature, scope and, if known, the quantity of the good or service to be procured or, if the quantity is not known, the estimated quantity and any requirements to be fulfilled, including any technical specifications, conformity certification, plans, drawings or

instructional materials;

- (b) any conditions for participation, including any financial guarantees, information and documents that suppliers are required to submit;
- (c) all criteria to be considered in the awarding of the contract and the relative importance of those criteria;
- (d) if there will be a public opening of tenders, the date, time and place for the opening;
- (e) any other terms or conditions relevant to the evaluation of tenders; and
- (f) any date for delivery of a good or supply of a service.

2. In establishing any date for the delivery of a good or the supply of a service being procured, a procuring entity shall take into account factors such as the complexity of the procurement.

3. A procuring entity shall promptly reply to any reasonable request for relevant information by an interested or participating supplier, provided that the information does not give that supplier an advantage over other suppliers.

### *Modifications*

4. If, prior to the award of a contract, a procuring entity modifies the evaluation criteria or requirements set out in a notice of intended procurement or tender

documentation provided to a participating supplier, or amends or re-issues a notice or tender documentation, it shall publish or provide those modifications, or the amended or re-issued notice or tender documentation:

- (a) to all suppliers that are participating in the procurement at the time of the modification, amendment or re-issuance, if those suppliers are known to the procuring entity, and in all other cases, in the same manner as the original information was made available; and
- (b) in adequate time to allow those suppliers to modify and re-submit their initial tender, if appropriate.

#### **Article 15.14: Time Periods**

##### *General*

1. A procuring entity shall, consistent with its own reasonable needs, provide sufficient time for a supplier to obtain the tender documentation and to prepare and submit a request for participation and a responsive tender, taking into account factors such as:

- (a) the nature and complexity of the procurement; and
- (b) the time necessary for transmitting tenders by non-electronic means from foreign as well as domestic points if electronic means are not used.

## *Deadlines*

2. A procuring entity that uses selective tendering shall establish that the final date for the submission of a request for participation shall not, in principle, be less than 25 days from the date of publication of the notice of intended procurement. If a state of urgency duly substantiated by the procuring entity renders this time period impracticable, the time period may be reduced to no less than 10 days.

3. Except as provided in paragraphs 4 and 5, a procuring entity shall establish that the final date for the submission of tenders shall not be less than 40 days from the date on which:

- (a) in the case of open tendering, the notice of intended procurement is published; or
- (b) in the case of selective tendering, the procuring entity notifies the suppliers that they will be invited to submit tenders, whether or not it uses a multi-use list.

4. A procuring entity may reduce the time period for tendering set out in paragraph 3 by five days for each one of the following circumstances:

- (a) the notice of intended procurement is published by electronic means;
- (b) the tender documentation is made available by electronic means from the date of the publication of the notice of intended procurement; and
- (c) the procuring entity accepts tenders by electronic means.

5. A procuring entity may reduce the time period for tendering set out in paragraph 3 to no less than 10 days if:

- (a) the procuring entity has published a notice of planned procurement under Article 15.7 (Notices of Intended Procurement) at least 40 days and no more than 12 months in advance of the publication of the notice of intended procurement, and the notice of planned procurement contains:
  - (i) a description of the procurement;
  - (ii) the approximate final dates for the submission of tenders or requests for participation;
  - (iii) the address from which documents relating to the procurement may be obtained; and
  - (iv) as much of the information that is required for the notice of intended procurement as is available;
- (b) a state of urgency duly substantiated by the procuring entity renders impracticable the time period for tendering set out in paragraph 3; or
- (c) the procuring entity procures commercial goods or services.

6. The use of paragraph 4, in conjunction with paragraph 5, shall in no case result in the reduction of the time periods for tendering set out in paragraph 3 to less than 10

days.

7. A procuring entity shall require all interested or participating suppliers to submit requests for participation or tenders in accordance with a common deadline. These time periods, and any extension of these time periods, shall be the same for all interested or participating suppliers.

## **Article 15.15: Treatment of Tenders and Awarding of Contracts**

### *Treatment of Tenders*

1. A procuring entity shall receive, open and treat all tenders under procedures that guarantee the fairness and impartiality of the procurement process and the confidentiality of tenders.

2. If a procuring entity provides a supplier with an opportunity to correct unintentional errors of form between the opening of tenders and the awarding of the contract, the procuring entity shall provide the same opportunity to all participating suppliers.

### *Awarding of Contracts*

3. To be considered for an award, a tender shall be submitted in writing and shall, at the time of opening, comply with the essential requirements set out in the notice and tender documentation and be submitted by a supplier who satisfies the conditions for participation.



4. Unless a procuring entity determines that it is not in the public interest to award a contract, it shall award the contract to the supplier that the procuring entity has determined to be fully capable of fulfilling the terms of the contract and that, based solely on the evaluation criteria specified in the notice and tender documentation, submits:

- (a) the most advantageous tender; or
- (b) if price is the sole criterion, the lowest price.

5. A procuring entity shall not use options, cancel a covered procurement, or modify or terminate awarded contracts in order to avoid the obligations of this Chapter.

#### **Article 15.16: Post-Award Information**

##### *Information Provided to Suppliers*

1. A procuring entity shall promptly inform suppliers that have submitted a tender of the contract award decision. The procuring entity may do so in writing

or through the prompt publication of the notice in paragraph 3, provided that the notice includes the date of award. If a supplier has requested the information in writing, the procuring entity shall provide it in writing.

2. Subject to Article 15.17 (Disclosure of Information), a procuring entity shall, on request, provide an unsuccessful supplier with an explanation of the reasons why the procuring entity did not select the unsuccessful supplier's tender or an explanation of the

relative advantages of the successful supplier's tender.

#### *Publication of Award Information*

3. A procuring entity shall, promptly after the award of a contract for a covered procurement, publish in an officially designated publication a notice containing at least the following information:

- (a) a description of the good or service procured;
- (b) the name and address of the procuring entity;
- (c) the name and address of the successful supplier;
- (d) the value of the contract award;
- (e) the date of award or, if the procuring entity has already informed suppliers of the date of the award under paragraph 1, the contract date; and
- (f) the procurement method used and, if a procedure was used pursuant to Article 15.10 (Limited Tendering), a brief description of the circumstances justifying the use of that procedure.

#### *Maintenance of Records*

4. A procuring entity shall maintain the documentation, records and reports relating

to tendering procedures and contract awards for covered procurement, including the records and reports provided for in Article 15.10.3 (Limited Tendering), for at least three years after the award of a contract.

## **Article 15.17: Disclosure of Information**

### *Provision of Information to Parties*

1. On request of any other Party, a Party shall provide promptly information sufficient to demonstrate whether a procurement was conducted fairly, impartially and in accordance with this Chapter, including, if applicable, information on the characteristics and relative advantages of the successful tender, without disclosing confidential information. The Party that receives the information shall not disclose it to any supplier, except after consulting with, and obtaining the agreement of, the Party that provided the information.

### *Non-Disclosure of Information*

2. Notwithstanding any other provision of this Chapter, a Party, including its procuring entities, shall not, except to the extent required by law or with the written authorisation of the supplier that provided the information, disclose information that would prejudice legitimate commercial interests of a particular supplier or that might prejudice fair competition between suppliers.

3. Nothing in this Chapter shall be construed to require a Party, including its procuring entities, authorities and review bodies, to disclose confidential information if that disclosure:

- (a) would impede law enforcement;
- (b) might prejudice fair competition between suppliers;
- (c) would prejudice the legitimate commercial interests of particular persons, including the protection of intellectual property; or
- (d) would otherwise be contrary to the public interest.

#### **Article 15.18: Ensuring Integrity in Procurement Practices**

Each Party shall ensure that criminal or administrative measures exist to address corruption in its government procurement. These measures may include procedures to render ineligible for participation in the Party's procurements, either indefinitely or for a stated period of time, suppliers that the Party has determined to have engaged in fraudulent or other illegal actions in relation to government procurement in the Party's territory. Each Party shall also ensure that it has in place policies and procedures to eliminate to the extent possible or manage any potential conflict of interest on the part of those engaged in or having influence over a procurement.

#### **Article 15.19: Domestic Review**

1. Each Party shall maintain, establish or designate at least one impartial administrative or judicial authority (review authority) that is independent of its procuring

entities to review, in a non-discriminatory, timely, transparent and effective manner, a challenge or complaint (complaint) by a supplier that there has been:

- (a) a breach of this Chapter; or
- (b) if the supplier does not have a right to directly challenge a breach of this Chapter under the law of a Party, a failure of a procuring entity to comply with the Party's measures implementing this Chapter,

arising in the context of a covered procurement, in which the supplier has, or had, an interest. The procedural rules for all complaints shall be in writing and made generally available.

2. In the event of a complaint by a supplier, arising in the context of covered procurement in which the supplier has, or had, an interest, that there has been a breach or a failure as referred to in paragraph 1, the Party of the procuring entity conducting the procurement shall encourage, if appropriate, the procuring entity and the supplier to seek resolution of the complaint through consultations. The procuring entity shall accord impartial and timely consideration to the complaint in a manner that is not prejudicial to the supplier's participation in ongoing or future procurement or to its right to seek corrective measures under the administrative or judicial review procedure. Each Party shall make information on its complaint mechanisms generally available.

3. If a body other than the review authority initially reviews a complaint, the Party shall ensure that the supplier may appeal the initial decision to the review authority that is independent of the procuring entity that is the subject of the complaint.

4. If the review authority has determined that there has been a breach or a failure as referred to in paragraph 1, a Party may limit compensation for the loss or damages

suffered to either the costs reasonably incurred in the preparation of the tender or in bringing the complaint, or both.

5. Each Party shall ensure that, if the review authority is not a court, its review procedures are conducted in accordance with the following procedures:

- (a) a supplier shall be allowed sufficient time to prepare and submit a complaint in writing, which in no case shall be less than 10 days from the time when the basis of the complaint became known or reasonably should have become known to the supplier;
- (b) a procuring entity shall respond in writing to a supplier's complaint and provide all relevant documents to the review authority;
- (c) a supplier that initiates a complaint shall be provided an opportunity to reply to the procuring entity's response before the review authority takes a decision on the complaint; and
- (d) the review authority shall provide its decision on a supplier's complaint in a timely fashion, in writing, with an explanation of the basis for the decision.

6. Each Party shall adopt or maintain procedures that provide for:

- (a) prompt interim measures, pending the resolution of a complaint, to preserve the supplier's opportunity to participate in the procurement and to ensure that the procuring entities of the Party comply with its measures implementing this Chapter; and

- (b) corrective action that may include compensation under paragraph 4.

The procedures may provide that overriding adverse consequences for the interests concerned, including the public interest, may be taken into account when deciding whether those measures should be applied. Just cause for not acting shall be provided in writing.

#### **Article 15.20: Modifications and Rectifications of Annex**

1. A Party shall notify any proposed modification or rectification (modification) to its Schedule to Annex 15-A by circulating a notice in writing to the other Parties through the overall contact points designated under Article 27.5 (Contact Points). A Party shall provide compensatory adjustments for a change in coverage if necessary to maintain a level of coverage comparable to the coverage that existed prior to the modification. The Party may include the offer of compensatory adjustment in its notice.

2. A Party is not required to provide compensatory adjustments to the other Parties if the proposed modification concerns one of the following:

- (a) a procuring entity over which the Party has effectively eliminated its control or influence in respect of covered procurement by that procuring entity; or
- (b) rectifications of a purely formal nature and minor modifications to its Schedule to Annex 15-A, such as:

- (i) changes in the name of a procuring entity;
- (ii) the merger of one or more procuring entities listed in its Schedule;
- (iii) the separation of a procuring entity listed in its Schedule into two or more procuring entities that are all added to the procuring entities listed in the same Section of the Annex; and
- (iv) changes in website references,

and no Party objects under paragraph 3 on the basis that the proposed modification does not concern subparagraph (a) or (b).

3. Any Party whose rights under this Chapter may be affected by a proposed modification that is notified under paragraph 1 shall notify the other Parties of any objection to the proposed modification within 45 days of the date of circulation of the notice.

4. If a Party objects to a proposed modification, including a modification regarding a procuring entity on the basis that government control or influence over the entity's covered procurement has been effectively eliminated, that Party may request additional information, including information on the nature of any government control or influence, with a view to clarifying and reaching agreement on the proposed modification, including the procuring entity's continued coverage under this Chapter. The modifying Party and any objecting Party shall make every attempt to resolve the objection through consultations.

5. If the modifying Party and any objecting Party resolve the objection through



consultations, the modifying Party shall notify the other Parties of the resolution.

6. The Commission shall modify Annex 15-A to reflect any agreed modification.

#### **Article 15.21: Facilitation of Participation by SMEs**

1. The Parties recognise the important contribution that SMEs can make to economic growth and employment and the importance of facilitating the participation of SMEs in government procurement.
2. If a Party maintains a measure that provides preferential treatment for SMEs, the Party shall ensure that the measure, including the criteria for eligibility, is transparent.
3. To facilitate participation by SMEs in covered procurement, each Party shall, to the extent possible and if appropriate:
  - (a) provide comprehensive procurement-related information that includes a definition of SMEs in a single electronic portal;
  - (b) endeavour to make all tender documentation available free of charge;
  - (c) conduct procurement by electronic means or through other new information and communication technologies; and

- (d) consider the size, design and structure of the procurement, including the use of subcontracting by SMEs.

## **Article 15.22: Cooperation**

1. The Parties recognise their shared interest in cooperating to promote international liberalisation of government procurement markets with a view to achieving enhanced understanding of their respective government procurement systems and to improving access to their respective markets.

2. The Parties shall endeavour to cooperate in matters such as:

- (a) facilitating participation by suppliers in government procurement, in particular, with respect to SMEs;
- (b) exchanging experiences and information, such as regulatory frameworks, best practices and statistics;
- (c) developing and expanding the use of electronic means in government procurement systems;
- (d) building capability of government officials in best government procurement practices;
- (e) institutional strengthening for the fulfilment of the provisions of this

Chapter; and

- (f) enhancing the ability to provide multilingual access to procurement opportunities.

#### **Article 15.23: Committee on Government Procurement**

The Parties hereby establish a Committee on Government Procurement (Committee), composed of government representatives of each Party. On request of a Party, the Committee shall meet to address matters related to the implementation and operation of this Chapter, such as:

- (a) cooperation between the Parties, as provided for in Article 15.22 (Cooperation);
- (b) facilitation of participation by SMEs in covered procurement, as provided for in Article 15.21 (Facilitation of Participation by SMEs);
- (c) use of transitional measures; and
- (d) consideration of further negotiations as provided for in Article 15.24 (Further Negotiations).

#### **Article 15.24: Further Negotiations**

1. The Committee shall review this Chapter and may decide to hold further negotiations with a view to:

- (a) improving market access coverage through enlargement of procuring entity lists and reduction of exclusions and exceptions as set out in Annex 15-A;
- (b) revising the thresholds set out in Annex 15-A;
- (c) revising the Threshold Adjustment Formula in Section H of Annex 15-A;  
and
- (d) reducing and eliminating discriminatory measures.

2. No later than three years after the date of entry into force of this Agreement, the Parties shall commence negotiations with a view to achieving expanded coverage, including sub-central coverage<sup>2</sup>. Parties may also agree to cover sub-central government procurement prior to or following the start of those negotiations.

---

<sup>2</sup> For those Parties that administer at the central level of government the kinds of procurement that other Parties may administer by sub-central entities, those negotiations may involve commitments at the central government level rather than at the sub-central government level.