Apesar do discurso liberal, hoje ganham vigor novas formas de protecionismo. A possibilidade de países dissimularem interesses protecionistas por meio de argumentos legítimos como a defesa da vida ou do meio ambiente é o que motiva este livro, que analisa de que modo o problema é enfrentado na OMC.

ISBN 85-7129-382-1

ADUANEIRAS
INFORMAÇÃO SEM FRONTEIRAS

Comércio Internacional e Protecionismo — Tatiana Lacerda Prazeres

Tatiana Lacerda Prazeres

Comércio Internacional e PROTECIONISMO

As barreiras técnicas na OMC

ADUANEIRAS
INFORMAÇÃO SEM FRONTEIRAS

3 Protecionismo e Barreiras Técnicas ao Comércio Internacional no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC

Apresentação

De início, deve-se remeter o leitor à Introdução deste trabalho, na qual se expõem metodologicamente as razões para o exame de casos e suas limitações diante do problema proposto na pesquisa. Por ora, retomam-se apenas as considerações extraídas naquela oportunidade para se contextualizar este Capítulo.[242] O objetivo, neste sentido, é analisar se a OMC, por meio de seu sistema de solução de controvérsias, logrou identificar práticas protecionistas dissimuladas em barreiras técnicas, condenando o comportamento do membro faltoso e, neste caso, se houve implementação da decisão do OSC.

Para que se tenha uma noção completa dos casos envolvendo barreiras técnicas levados à OMC, ao lado de se comentarem quatro precedentes paradigmáticos sobre a matéria, faz aqui ainda uma listagem de todos conflitos relativos ao tema TBT apresentados ao sistema de solução de controvérsias da Organização, com comentários pontuais a respeito dos que se mostram relevantes. Adianta-se desde já que em muitos deles houve acordo entre o membro reclamante e o reclamado, sendo que em regra este alterou sua legislação interna com vistas a atender à pretensão do membro reclamante – o que sugere um

242 Num balanço, ressalvados três aspectos ((a) atividade regulatória cotidiana dos Estados que não é questionada; (b) questões do TBT por implementar e que dificilmente poderiam ser contestadas no OSC; (c) temas do TBT sobre os quais haja divergência interpretativa), pensa-se que a conexão que permeia esta análise é válida, ou seja, a capacidade da OMC em evitar o uso protecionista de medidas técnicas está associada à forma pela qual a Organização enfrenta alegações de desrespeito ao TBT no seu mecanismo de solução de controvérsias. É o que se faz neste Capítulo.

reconhecimento tácito de que sua legislação estava em desacordo com as regras da OMC, mais especificamente com o TBT.

Essa informação mostra-se importante na análise da efetividade da OMC em evitar protecionismo revestido por exigências técnicas por uma razão bastante simples. O sistema de solução de controvérsias da OMC é um conjunto que não se limita à etapa de retaliação. Muito embora uma característica do novo mecanismo seja justamente seu perfil mais judicial, por certo seu caráter negocial faz-se sempre presente no procedimento de solução de disputas. Ao longo dos documentos analisados, pôde-se perceber que muitos casos que encontraram soluções negociadas já eram discutidos sem sucesso entre os membros há bastante tempo. Entretanto, diante da apresentação formal de um pedido de consultas, vários Estados encontraram respostas para suas pretensões – o que não puderem fazer quando estas negociações eram apenas informais. Mesmo que a solução negociada, com a conseqüente alteração de medidas internas, tenha sido em última instância viabilizada pela perspectiva de uma possível retaliação, o fato é que os acordos acabaram se concretizando no âmbito da OMC, mesmo que os membros tenham sido inclinados a negociar pelo receio das conseqüências do possível processo.

Vale notar por fim que, malgrado tais soluções negociadas se operem entre os litigantes, todos os membros da OMC delas se aproveitam, notadamente em função da cláusula da nação mais favorecida. É importante lembrar que, por óbvio, a solução negociada deve ser compatível com os acordos da OMC. Ainda assim, nenhuma destas soluções negociadas impede que um membro, insatisfeito, por exemplo, com a emenda de uma norma, recorra regularmente à OMC para questionar sua viabilidade diante dos acordos da Organização. Todavia, o levantamento de todos os casos de barreiras técnicas (em sentido estrito, ou seja, relativos a TBT) levados à OMC demonstra que isto nunca ocorreu. Ou seja, os países têm aparentemente se mostrado satisfeitos com os resultados destas soluções negociadas, que são divulgados entre os demais membros da Organização, sugerindo que os traços de protecionismo antes presentes nas medidas contestadas desapareceram com a solução negociada.

Ainda, é de se notar que para a utilização mais ampla das soluções negociadas contribui a própria jurisprudência da OMC. À medida que casos vão sendo julgados de forma harmônica e coerente, os membros podem de antemão prever o posicionamento seja de painéis, seja do OAP (neste caso, com maior segurança ainda, pois se trata de corpo permanente), ponderando o interesse num acordo que ponha fim ao conflito, cujo resultado pode, de certa forma, ser antevisto. Este aspecto acaba se mostrando importante para a segurança e a previsibilidade das relações entre os Estados, lançando luzes sobre o caminho da solução negociada.

Este Capítulo utilizar-se-á sobremaneira das exposições, feitas no Capítulo 1 deste livro, sobre o sistema de solução de controvérsias da OMC. Por óbvio, o estudo dos casos sobre barrieras técnicas analisados pela OMC não prescinde de conhecimento sobre o procedimento de resolução de conflitos previsto no ESC. Aos conhecimentos procedimentais, deve-se agregar o conteúdo substantivo da matéria, explorado, por sua vez, principalmente no Capítulo 2 deste livro.

Tendo isto em mente, passa-se a analisar os casos paradigmáticos em matéria de barreiras técnicas levados à OMC. Estuda-se o caso da gasolina, em que se enfrentaram Brasil e Venezuela contra os Estados Unidos em 1996. Comenta-se, então, o polêmico caso dos hormônios em que Estados Unidos e Canadá contestaram medidas impostas pela Comunidade Européia junto à OMC também em 1996. Debruça-se, ainda, sobre o caso do amianto, precedente de 2000 envolvendo Canadá e Comunidade Européia, em que o Brasil atuou como um dos terceiros interessados. Por fim, analisa-se o caso das sardinhas, relativo a Peru e Comunidade Européia, cujo resultado foi divulgado em setembro de 2002, apresentando discussões importantes sobre a interpretação do TBT.

Muito embora haja outros casos envolvendo barreiras técnicas discutidos na OMC, analisados ao fim do Capítulo apenas para efeito de um conhecimento completo do tema, o estudo concentrou-se nos casos da gasolina, dos hormônios e do amianto, por julgar que são estes os que se transformaram em referencial para a compreensão quanto aos critérios para a utilização de barreiras técnicas ao comércio internacional. Além de constituírem casos polêmicos, dando ensejo a manifestações

de várias formas tanto da mídia, quanto da sociedade civil, quanto ainda dos demais membros da OMC, os casos são efetivamente modelos quanto à compreensão da OMC sobre o tema, uma vez que passaram a ser utilizados como referência para o julgamento de outros casos, assentando o entendimento da Organização sobre aspectos controvertidos do emprego de barreiras técnicas ao comércio internacional.

3.1. O Precedente da Gasolina

Neste item, comenta-se brevemente o conflito envolvendo, de um lado, Brasil e Venezuela, e, de outro, os Estados Unidos, tratando na essência de barreiras técnicas impostas pelos Estados Unidos à importação de gasolina brasileira e venezuelana.[243] Este caso, que se desenvolveu em 1996, vencido por Brasil e Venezuela, trata-se do primeiro contencioso na OMC relativo a barreiras técnicas, e também o primeiro caso a atingir o OAP da Organização.

Inicialmente, aos fatos. A Lei do Ar Puro norte-americana (*Clean Air Act* – CAA), de 1963, visa essencialmente à prevenção e ao controle da poluição atmosférica nos Estados Unidos. Em 1990, o Congresso norte-americano, por meio de uma emenda à Lei do Ar Puro, determinou que a Agência de Proteção Ambiental (*Environmental Protection Agency* – EPA) promulgasse novos padrões para a gasolina consumida nos Estados Unidos com vistas à melhor qualidade do ar, incorporados no que se denominou de *Gasoline Rule*. Em áreas consideradas críticas relativamente à poluição atmosférica, passaria a ser

[243] Estados Unidos – gasolina, WT/DS2/AB/R. A decisão de primeira instância está indexada como Estados Unidos – gasolina, WT/DS2/R. Sobre o caso, *vide* SILVA NETO, Orlando. O mecanismo de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio: análise de caso – contencioso Brasil e Venezuela x Estados Unidos. In: MERCADANTE, Araminta; MAGALHÃES, José Carlos de. *Solução e prevenção de litígios internacionais*. São Paulo: Necin / Projeto Capes, 1998, p. 195-222. Consulte-se também CHO, Sunjoon. Gasoline: United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline. *European Journal of International Law*, v. 9, n. 1, 1998, p. 182-198. *Vide* NOGUEIRA, Gustavo. The first WTO appelate body review: United States standards for reformulated and conventional gasoline. *Journal of World Trade*, v. 3, n. 6, Dec. 1996, p. 5-29.

obrigatório o emprego de uma gasolina reformulada; nas demais áreas, seria admitida a gasolina convencional até então utilizada.

Quanto à gasolina convencional, em razão dos receios de que sua qualidade piorasse, estabeleceu-se que a ela se aplicariam os padrões da gasolina de 1990. A viabilidade da gasolina a ser consumida seria avaliada pela comparação das emissões da combustão da gasolina convencional vendida pelas refinarias nacionais, *blenders* e importadores com as emissões extraídas a partir do "padrão da gasolina de 1990".

Passa-se então à discussão quanto à determinação do "padrão de 1990", que seria tido como base para a análise da gasolina convencional. O método de determinação deste padrão variaria de acordo com a natureza da entidade e com seu tempo de existência – este aspecto está na raiz do tratamento discriminatório que desencadeou esta controvérsia apresentada ao OSC. Segundo a *Gasoline Rule*, o padrão poderia ser definido por uma "base individual", estabelecida pela própria entidade a partir das informações relativas à qualidade da gasolina que produzia ou importava em 1990, ou por uma "base regulamentar", definida pelo próprio EPA.

A polêmica quanto à discriminação do produto importado encontrava-se associada à impossibilidade da aplicação do nível de base individual ao produto estrangeiro. Havia, de acordo com a *Gasoline Rule*, três métodos de determinação do nível de base individual. As refinarias nacionais poderiam utilizar-se de qualquer um deles. As importadoras, entretanto, apenas poderiam valer-se do primeiro método (método 1) de determinação do nível de base individual – o que, em si, já constituía tratamento discriminatório. Na prática, entretanto, o EPA entendia que o nível de base individual era impraticável para as importadoras, de modo que ao bem importado era sempre imposto o nível de base regulamentar, mais exigente quanto à qualidade do produto que o nível de base individual aplicável aos produtos nacionais.

Os Estados Unidos sustentavam que os importadores não poderiam utilizar-se do nível de base individual, sugerindo desconfiança quanto às informações de qualidade do produtor estrangeiro; alegando dificuldades no tocante à verificação das informações prestadas, e facilidades administrativas relacionadas à aplicação do nível de base regulamentar.

O painel apontou o caráter protecionista da medida norte-americana, concluindo que os Estados Unidos não aplicaram imediatamente o nível de base regulamentar às indústrias domésticas para que estas tivessem tempo para reestruturar suas operações, sem que incorressem nos ônus decorrentes do ajuste automático exigido dos produtores estrangeiros.[244]

O painel condenou os Estados Unidos essencialmente em função do princípio do tratamento nacional, indicando que a gasolina importada e a nacional eram produtos similares e que, portanto, o tratamento discriminatório era descabido.[245] Na prática, permitia-se que os produtores nacionais determinassem a qualidade da gasolina que produziriam, ainda que com parâmetros. Por outro lado, exigia-se que os produtores estrangeiros seguissem os padrões mais rígidos do nível de base regulamentar imposto pelo EPA para que esta gasolina fosse consumida nos Estados Unidos.

A apelação dos Estados Unidos, feita em março de 1996, questionou a decisão do painel no que atine às exceções e às regras de liberalização comercial previstas no artigo XX do Gatt-1994. Mais especificamente, os Estados Unidos buscaram sustentar seu posicionamento na alínea "g" do artigo XX, que determina que nenhuma disposição do Gatt-1994 será interpretada de modo a impedir que um membro adote medidas relativas à conservação dos recursos naturais não-renováveis, com a condição de que tais medidas sejam aplicadas juntamente com restrição à produção ou ao consumo nacionais.[246]

244 Estados Unidos – gasolina, WT/DS2/AB/R, par. IV, p. 35-36, que reproduziu trecho de Estados Unidos – gasolina, WT/DS2/R, par. 3.52

245 Estados Unidos – gasolina, WT/DS2/AB/R, par. I, C, iii, p. 10.

246 Diante do painel, os Estados Unidos tentaram justificar a *Gasoline Rule*, não apenas com base na alínea "g" do artigo XX, mas também em suas alíneas "b" e "d" [(b) *"necessary to protect human, animal or plant life or health"*; (d) *"necessary to secure compliance with laws or regulations"*]. O painel rejeitou os argumentos dos Estados Unidos fundados nestes dispositivos, e os norte-americanos não apelaram da decisão do painel no que atine a este aspecto, de modo que ele não foi analisado pelo OAP. Concentraram-se os norte-americanos, em grau de apelação, na alínea "g" do artigo XX – o que também se fará aqui.

Assim, em grau de apelação, os Estados Unidos não contestaram o tratamento discriminatório em relação à gasolina importada, procuraram, entretanto, furtar-se à condenação alegando que o tratamento diferenciado justificava-se pelas exceções gerais do Gatt-1994.

Com base no que se passa a expor, tanto o painel, quanto o OAP condenaram a prática dos Estados Unidos relativa às exigências feitas à gasolina importada. Ambas as decisões foram mantidas pelo OSC. Com fulcro no princípio do tratamento nacional, o relatório do OAP concluiu que a utilização de um nível de base regulamentar (ao invés de um nível de base individual, menos rígido e aplicável apenas ao produto interno) constituía uma "discriminação injustificada" e uma "restrição disfarçada ao comércio internacional". Os Estados Unidos adequaram a legislação interna às recomendações do OSC e, dezenove meses após a decisão final, Brasil e Venezuela voltaram a exportar gasolina aos Estados Unidos, com as mesmas condições exigidas do produtor interno, tendo assim sido implementada a decisão do OSC.[247]

O fundamento da condenação da medida norte-americana consistiu essencialmente na violação do princípio do tratamento nacional. Estabelece o artigo III.4 do Gatt-1994 que:

> *Os produtos do território de qualquer parte contratante importados por qualquer outra parte contratante devem receber tratamento não menos favorável que o dispensado aos produtos similares de origem nacional no que respeita a leis, regulamentos e exigências que afetem sua venda interna, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou uso.*

Ao cotejar a medida norte-americana antes exposta e o dispositivo ora transcrito, concluiu o painel que:

> *A gasolina importada e a nacional são produtos similares* [like products] *e que, assim, sob o regime estabelecido*

247 Estados Unidos informaram que em 19 de agosto de 1997 o EPA aprovou regulamentação emendando a *Gasoline Rule* de modo a torná-la compatível com a OMC. Cf. OMC, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional. Informe de situación presentado por los Estados Unidos. Addendum.* WT/DS2/10/Add.7. 26/08/1997.

> *pela* Gasoline Rule, *a gasolina importada era efetivamente privada de se beneficiar das condições mais favoráveis de venda que eram dispensadas à gasolina nacional por meio da base individual indicada pelo produtor de um bem; a gasolina importada era tratada "menos favoravelmente" que a gasolina nacional. O estabelecimento de níveis de base pela* Gasoline Rule *era desta forma inconsistente com o artigo III.4 do Acordo Geral (...).*[248]

Importante para esta conclusão foi o fato de o painel e, posteriormente, o OAP terem considerado como similares (*like products*) a gasolina nacional e a importada, de modo a permitir que a situação sob análise se enquadrasse no artigo III.4 do Gatt-1994. A similaridade mostra-se polêmica diante de casos concretos apresentados à OMC e é absolutamente relevante, uma vez que a presença de tal característica entre o produto nacional e o importado é requisito para a aplicação do tratamento nacional. Do mesmo modo, similaridade entre o produto de um Estado e o de outro é indispensável para a incidência da cláusula da nação mais favorecida.

Diante destas considerações e tendo em vista o caso concreto, concluiu o órgão de primeira instância, no que não foi contestado, que, sendo a gasolina nacional e a importada produtos quimicamente idênticos, têm eles por definição exatamente as mesmas características físicas, os mesmos usos finais, a mesma classificação tarifária e são perfeitamente substituíveis. Assim, concluiu o painel que a gasolina nacional e a importada, quimicamente idênticas, são produtos similares para efeitos do artigo III.4.[249]

Como antes observado, os Estados Unidos, em sua apelação, não questionaram propriamente o caráter discriminatório da medida,

248 Estados Unidos – gasolina, WT/DS2/R, par. 6.16.

249 Estados Unidos – gasolina, WT/DS2/R, par. 6.9. Sobre critérios para verificação do caráter similar na aplicação do princípio do tratamento nacional, *vide*, por exemplo, BHALA, Raj; KENNEDY, Kevin. *World Trade Law*. Virginia: Lexis Law Publishing, 1998, p. 97-102.

mas procuraram justificá-la por meio das exceções ao livre comércio permitidas pela OMC.[250]

Estabelece o *caput* do artigo XX, já comentado no Capítulo 1 deste livro, que:

> *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 Acordo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer parte contratante, das medidas:*

Por sua vez, a alíena "g" deste artigo, especialmente importante para a resolução do caso sob análise, prevê:

> *g) relacionadas à conservação de recursos naturais esgotáveis desde que tais medidas sejam tomadas em conjunto com restrições na produção ou consumo interno.*

Revertendo decisão do painel, o OAP decidiu que a medida norte-americana enquadrava-se na alínea "g" do artigo XX, sendo necessária ainda sua compatibilidade com o *caput* deste dispositivo para que sua legalidade fosse assegurada, o que se comenta por ora.

De plano, resignou-se o OAP e observou que o texto do *caput* contém ambigüidades.[251] Ainda assim, enfrentou o dispositivo e, diante

250 Para uma análise do artigo XX do Gatt-1994, *vide* por exemplo MATTOO, Aaditya; MAVROIDIS, Petros. Trade, Environment and the WTO: The Dispute Settlement Practice Relating to Article XX of Gatt. In: PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *International Trade Law and the* Gatt/WTO *Dispute Settlement System*. London: Kluwer, 1997, p. 327-343. CORREA, Carlos. Implementing National Public Health Policies in the Framework of WTO Agreements. *Journal of World Trade*, v. 34, n. 5, 2000, p. 94-95. SHAW, Sabrina; SCWARTZ, Risa. Trade and Environment in the WTO: State of Play. *Journal of World Trade*, v. 36, n. 1, 2002, p. 129-154. HOWSE, Robert. The Turtles Panel: Another Environmental Disaster in Geneva. *Journal of World Trade*, v. 32, n. 5, 1998, p. 73-100.

251 "*The text of the chapeau is not without ambiguity*". Estados Unidos – gasolina, WT/DS2/AB/R, par. III, p. 28.

do caso concreto, concluiu: "havia mais que uma alternativa aos Estados Unidos na promulgação de regras para efetivar o CAA. Tais alternativas incluiriam a imposição de bases regulamentares sem diferenciação entre gasolina nacional e importada. Esta perspectiva, caso implementada, teria evitado qualquer tipo de discriminação".[252]

Ao buscar justificar a razão pela qual os níveis individuais não poderiam ser aplicados às refinarias estrangeiras, os Estados Unidos insistiram nas dificuldades que o EPA teria de enfrentar, associadas a alegados problemas administrativos caso as empresas estrangeiras optassem pela utilização dos níveis individuais.

Sobre esta questão, manifestara-se o painel nos seguintes termos – com os quais o OAP expressamente concordou: na visão do painel, os Estados Unidos não demonstraram que a informação disponível de refinarias estrangeiras era intrinsecamente menos suscetível a se estabelecerem técnicas de análise que a informação relativa ao comércio de outro bem sujeito à regulação estadunidense. A natureza da informação neste caso era similar àquela confiada aos Estados Unidos em outros contextos, como, por exemplo, na aplicação de leis *antidumping*.

O painel, justamente desvelando o caráter protecionista da exigência técnica imposta pelos Estados Unidos, observou: "a aplicação da base regulamentar aos produtores domésticos de gasolina reformulada e convencional em 1995 teria sido fisicamente e financeiramente impossível devido à magnitude das mudanças que seriam exigidas a quase todas as refinarias norte-americanas; isto então teria causado um atraso substancial no programa".[253]

252 Estados Unidos – gasolina, WT/DS2/AB/R, par. IV, p. 31. Como se comentará posteriormente, o entendimento do sistema de solução de controvérsias da OMC sobre o *caput* do artigo XX do Gatt-1994 é de que, se houver medida alternativa razoavelmente disponível que seja menos restritiva ao comércio internacional, deve ser esta adotada, como efeito do conteúdo deste dispositivo, que indica que as medidas não devem constituir obstáculo desnecessário ao comércio internacional. *Vide* Capítulo 4 deste livro.

253 Estados Unidos – gasolina, WT/DS2/AB/R, par. IV, p. 35, que reproduz Estados Unidos – gasolina, WT/DS2/R, par. 3.52.

Com uma precisão pouco comum ao OAP, este identificou a razão de ser da medida estadunidense: "[c]laramente, os Estados Unidos perceberam não ser viável exigir que as refinarias nacionais incorressem em custos físicos e financeiros e em ônus ensejados pelo cumprimento imediato de uma base regulamentar. Os Estados Unidos quiseram conceder às refinarias domésticas prazo para reestruturarem suas operações e ajustarem-se às exigências da Gasoline Rule".[254]

Neste sentido, continuou o OAP: "[i]sto pode muito bem ter representado sólida política nacional na perspectiva do EPA e das refinarias estadunidenses. Ao mesmo tempo, somos obrigados a reconhecer que, enquanto os Estados Unidos ponderaram os custos de uma base regulamentar para suas refinarias nacionais, não há registro algum a indicar que fizeram algo além de desconsiderar tal tipo de reflexão quando se referia a refinarias estrangeiras".[255]

Nestes termos, para o OAP, a medida estadunidense violava o artigo III.4 do Gatt-1994 e não poderia ser justificada com base no artigo XX do Gatt-1994, uma vez que, muito embora se enquadrasse em sua alínea "g" (preservação de recurso natural exaurível), era incompatível com o *caput* do dispositivo, que veda medidas que dêem ensejo a discriminação arbitrária ou injustificada entre países ou a restrição disfarçada ao comércio internacional. Diante disso, como anteriormente observado, em 1997, os Estados Unidos alteraram sua legislação interna de modo a torná-la compatível com as regras da OMC, tendo viabilizado a retomada da importação de gasolina proveniente de Brasil e Venezuela.

Uma análise de conjunto do caso permite que se extraia conclusão importante: não pode um Estado editar definições técnicas que restrinjam o comércio internacional sob o argumento de estar protegendo o meio ambiente se este país internamente não respeita as exigências pelas quais diz prezar, ou admite importações de outros países que violem tais regras. Entretanto, a partir desta consideração, surge uma discussão relevante: supondo que um país cumpra exigências que determina a terceiros, qual o grau de rigor em matéria de qualidade pode ele

254 Estados Unidos – gasolina, WT/DS2/AB/R, par. IV, p. 36.

255 Estados Unidos – gasolina, WT/DS2/AB/R, par. IV, p. 34.

impor a produtos importados? Há um limite "razoável" em matéria de qualidade a ser exigido para as importações, a partir do qual estaria configurada uma restrição "descabida" ao livre comércio? O tema está diretamente associado a questões de teste de necessidade, provas científicas, princípio da precaução e política de risco-zero – temas que serão analisados no caso dos hormônios e retomados no caso do amianto, comentados em seguida. Por ora, basta a conclusão de que a legalidade de políticas de proteção ambiental, no âmbito da OMC, está condicionada ao respeito ao princípio da não-discriminação – o que, além de contribuir para o livre fluxo de mercadorias, parece também confluir para o próprio sucesso efetivo das medidas de proteção ambiental.

A preocupação do OAP em esclarecer a possibilidade de os membros da OMC definirem suas próprias políticas ambientais deixou-se transparecer em seu relatório. Com razão, temia o OAP ser acusado de permitir a degradação ambiental em prol do livre comércio; receava ser considerado responsável por impedir que um Estado estabeleça medidas que promovam a qualidade de seu ar. Assim, também de forma pouco usual aos relatórios do OAP, manifestou-se este nos seguintes termos:

> *É importante que o OAP indique o que ele não quis dizer. O OAP não afirma, ou deixa implícito, que a capacidade de qualquer membro da OMC tomar medidas para controlar a poluição atmosférica ou, de modo geral, para proteger o meio ambiente, esteja sob questão. Isto seria ignorar o fato de que o artigo XX do Acordo Geral contém previsões destinadas a promover interesses importantes do Estado – incluindo a proteção à saúde humana, bem como a conservação de recursos naturais exauríveis. (...) Os membros da OMC dispõem de ampla autonomia para determinar suas próprias políticas ambientais (incluindo sua relação com comércio), seus objetivos ambientais e a legislação ambiental que editam e implementam. No que concerne à OMC, tal autonomia é circunscrita apenas pela necessidade de se respeitarem as exigências do Acordo Geral e os outros acordos abrangidos.*[256]

256 Estados Unidos – gasolina, WT/DS2/AB/R, par. IV, p. 37-38.

O trecho acima citado, que parecia esclarecer questão importante sobre barreiras técnicas ao comércio internacional e proteção ambiental, evidencia ao fim a impossibilidade de definição *a priori* da legalidade de uma norma ambiental que restrinja o livre comércio. Apenas caso a caso poder-se-á afirmar se o tratamento discriminatório é necessário à preservação ambiental ou se a preservação ambiental é utilizada como pretexto para um tratamento discriminatório, a sustentar o protecionismo – hipótese esta que restou evidenciada no precedente comentado.

Este caso também contribui para a análise do artigo XX do Gatt-1994. Este ponto, de especial importância para a compreensão dos limites à utilização de barreiras técnicas ao comércio internacional, é retomado no Capítulo 4 deste livro. Por ora, vale notar que o OAP assentou o entendimento de que a leitura deste dispositivo deve-se dar primeiramente pelas suas alíneas, para então se enfrentar seu *caput*. Por fim, importa notar que, no caso concreto, o OAP decidiu que se os Estados Unidos poderiam utilizar outra medida, razoavelmente disponível e compatível com as regras da OMC, então a medida empregada, que violava o artigo III do Gatt-1994, não era necessária à consecução do objetivo legítimo, constituindo limitação arbitrária ou injustificada e mesmo uma restrição disfarçada ao comércio internacional. Em outros termos, à medida que a opção norte-americana não se mostrou a menos restritiva ao comércio internacional (dentre as razoavelmente disponíveis) para a obtenção do seu objetivo, provou não ser necessária para fins de aplicação do *caput* do artigo XX.[257]

Outro ponto relevante na análise deste caso refere-se à desconfiança que os Estados Unidos sugeriram em relação à qualidade dos produtos (*in casu*, a gasolina) provenientes de dois PEDs. De fato, como antes anotado, os PEDs tendem a ser especialmente prejudicados na utilização de barreiras técnicas ao comércio internacional, em razão da alegada pouca credibilidade dos bens produzidos internamente, no

257 A questão da necessidade da medida diante de alternativas menos restritivas ao comércio é também retomada na análise do caso do amianto, comentado no item 3.3 deste livro.

quesito qualidade, bem como da aventada pouca capacidade de se avaliar nestes países a qualidade dos bens produzidos, no aspecto verificação de conformidade. Será a OMC capaz de identificar o caráter desarrazoado de um tratamento discriminatório contra um PED, quando um país desenvolvido justifica tal tratamento na impossibilidade de confiar nas informações prestadas pelo PED ou pelas empresas que nele atuam? Neste caso específico, parece que foi. Deve-se notar, contudo, que o problema da similaridade foi resolvido de modo excepcionalmente simples: os produtos eram quimicamente idênticos – portanto, obviamente similares para fins dos acordos da OMC. A pergunta permanece em aberto para os casos em que a similaridade entre o bem produzido pelo país desenvolvido e pelo em desenvolvimento não seja tão evidente.

Segundo o OAP, num argumento interessante, os Estados Unidos em outros contextos se valem de informações prestadas por órgãos de PEDs sem contestá-las – notadamente quando tais informações têm o condão de ensejar a aplicação de medidas *antidumping* contra estes países. Ainda que o argumento dos Estados Unidos não tenha sido aceito nem pelo painel, nem pelo OAP, a sua utilização corrobora a preocupação dos PEDs de que estes são potenciais vítimas desta desconfiança, que acaba por se traduzir na prática em restrição a mercados para seus produtos.

Por fim, um aspecto merece análise mais detida neste caso: trata-se da aplicabilidade do TBT ao problema, argüida por Brasil e Venezuela, e da recusa do painel em analisá-la sob o argumento de economia processual (*judicial economy*). Brasil e Venezuela recorreram ao sistema de solução de controvérsias da OMC alegando que os Estados Unidos violaram os artigos I e III do Gatt-1994, não estavam cobertos pelas exceções do artigo XX, e que também desrespeitaram o artigo 2º do TBT.[258] Como para o painel o artigo III.4 e o artigo XX mostraram-se suficientes para condenar a prática estadunidense, este

[258] Venezuela ainda requereu ao painel que avaliasse se a "Gasoline Rule" não tinha anulado ou reduzido benefícios garantidos pelo Acordo Geral, com base no artigo XXIII.1(b).

deixou de analisar os demais argumentos pontuados por Brasil e Venezuela.[259]

Quanto ao mérito, vale destacar que os Estados Unidos, em sua defesa, esforçaram-se em argüir a inaplicabilidade do TBT ao caso por não considerarem a *Gasoline Rule* um regulamento técnico. Brasil e Venezula, que defendiam constituir a *Gasoline Rule* um regulamento técnico com base na definição do Anexo I do TBT,[260] alegavam que esta violava o artigo 2º do TBT, que justamente veda o tratamento discriminatório em matéria de barreiras técnicas.

Infelizmente – na perspectiva deste estudo – o painel e o OAP não se manifestaram nem sobre a natureza da *Gasoline Rule* para fins de aplicação do TBT, tampouco, caso esta normativa fosse considerada barreira técnica, sobre sua compatibilidade com o artigo 2º do TBT.[261] Talvez a tentativa dos Estados Unidos de descaracterizar a medida como regulamento técnico seja um indicativo de que, caso a normativa fosse assim considerada, a condenação com base no TBT tornar-se-ia quase inevitável, uma vez que estabelece o artigo 2º, *inter alia*, que os membros assegurarão que, com respeito a regulamentos técnicos, conceda-se aos produtos importados tratamento não menos favorável que o outorgado a produtos similares de origem nacional; que os membros assegurarão que não se elaborem, adotem ou apliquem regulamentos técnicos que tenham por objetivo ou efeito criar obstáculos desnecessários ao comércio internacional.[262]

[259] Estados Unidos – gasolina, WT/DS2/R, par. 6.17 e 6.19, sobre o artigo I. Estados Unidos – gasolina, WT/DS2/R, par. 6.43, sobre o TBT. Sobre este tema, interessante parece ser o comentário de Mavroidis: *"It is questionable though whether the AB should be guided by judicial economy considerations. After all, its role is to provide legal security, that is predictability in the application of law. Consequently, it should aim at clarifying the status of law and avoid giving in to the temptation to adjudicate on judicial economy grounds"*. MAVROIDIS, Petros. Trade and Environment after the Shrimp-Turtles Litigation. *Journal of World Trade*, v. 34, n. 1, 2000, p. 82.

[260] Cf. TBT, Anexo 1, item 1.

[261] Segundo Cho, *"From a legal perspective, however, this Appellate Body report left much to be desired. It omitted important legal analysis, instead relying on the old Gatt practices of "judicial economy" (...)"*. CHO, Sunjoon. *Op. cit.*, p. 198.

[262] *Vide* sobretudo TBT, artigos 2.1 e 2.2.

Diante das considerações do painel e do OAP tecidas ao longo de seus relatórios, seria previsível tanto o entendimento de que a *Gasoline Rule* constitui um regulamento técnico, quanto a condenação dos Estados Unidos com base no artigo 2º do TBT. Ainda que se entendam tais considerações desnecessárias para a resolução prática do caso, o posicionamento do OAP sobre a questão contribuiria para a melhor compreensão da aplicabilidade do TBT, o que só ficou sugerido pela decisão comentada.

3.2. O Precedente dos Hormônios

A origem da controvérsia[263] entre, por um lado, Estados Unidos e Canadá, e, por outro, Comunidade Européia, levada em 1996

263 Sobre este precedente, *vide*: DESMEDT, G. Axel. Hormones: "Objective Assessment" and (or as) Standard of Review. *Journal of International Ecomonic Law*, v. 1, n. 4, 1998, p. 695-698. PAUWELYN, Joost. The WTO Agreement on Sanitary and Phytossanitary Measures (SPS) as Applied in the Three First SPS Disputes: EC – Hormones; Australia – Salmon and Japan – Varietals. *Journal of International Economic Law*, v. 2, n. 4, 1999, p. 641-664. PEREZ, Oren. Reconstructing Science: The *Hormone* Conflict between the UE and the United States. *European Foreign Affairs Review*, v. 3, 1998, p. 563-582. QUICK, Reinhard; BLÜTHNER, Andreas. Has de Appelate Body Erred? An Appraisal and Criticism of the Ruling in the WTO *Hormones Case*. *Journal of International Economic Law*, v. 2, n. 4, 1999, p. 603-639. CORREA, Carlos. Implementing National Public Health Policies in the Framework of WTO Agreements. *Journal of World Trade*, v. 34, n. 5, 2000, p. 94-95. QUINTILLÁN, Sara Pardo. Free Trade, Public Health Protection and Consumer Information in the European and WTO Context: Hormone-treated Beef and Genetically Modified Organisms. *Journal of World Trade*, n. 33, v. 6, 1999, p. 147-197. NEUGEBAUER, Regine. Fine Tuning WTO Jurisprudence and the SPS Agreement: Lessons from the Beef Hormone. *Law and Policy in International Business*, v. 31, n. 4, Summer 2000, p. 841-854. MENG, Werner. The Hormone Conflict Between the EEC and the United States within the Context of Gatt. *Michigan Journal of International Law*, v. 11, n. 3, Spring 1990, p. 819-839. HAMMONDS, Holly. A US Perspective on the EC Hormones Directive. *Michigan Journal of International Law*, v. 11, n. 3, Spring 1990, p. 841-844. MATTOO, Aaditya; MAVROIDIS, Petros. Trade, Environment and the WTO: The Dispute Settlement Practice Relating to Article XX of Gatt. In: PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *International Trade Law and the Gatt/WTO Dispute Settlement System*. London: Kluwer, 1997, p. 327-343. WYNTER, Marie. The Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures in the Light of the WTO Decisions on EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones). In: MENGOZZI, Paolo (ed.). *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 471-526. AMBROSE, Kathleen. Science and the WTO. *Law and Policy in International Business*, v. 31, n. 3, Spring 2000, p. 861-868. ROBERTS, Donna. Preliminary Assessment of the Effects of the WTO Agreement on Sanitary and Phytossanitary Trade Regulations. *Journal of International Economic Law*, v. 1, n. 3, 1998, p. 377-405.

à OMC,[264] pode ser identificada nos estudos, desenvolvidos a partir do fim da década de 70, que apontavam o potencial ofensivo à saúde humana de hormônios ministrados a animais que fossem posteriormente ingeridos por seres humanos. Alegava-se que animais tratados com hormônios poderiam, ao ser consumidos por crianças, provocar-lhes desenvolvimento sexual precoce; especulava-se que, em maiores quantidades, os hormônios poderiam ter efeitos cancerígenos naqueles que os ingerissem.

A Diretiva 96/22/EC, de 29 de abril de 1996, confirmou a proibição, já existente na Europa, tanto do comércio intra-bloco de carne tratada com os ditos hormônios, quanto da importação destes bens. A controvérsia levada à OMC em 1996 teve como fundamento, sobretudo, esta última Diretiva.

É importante recordar que, muito embora tenha sido o caso resolvido com base no SPS, é este acordo absolutamente relacionado ao TBT, por tratarem *lato sensu* do mesmo tema, qual seja, barreiras técnicas ao comércio internacional. Assim, a interpretação de um acordo traz implicações diretas sobre o entendimento que se tenha do outro.[265] Vale ainda acentuar que o pedido de instauração do painel para analisar o caso também se sustentou no argumento que a medida européia violava o artigo 2º do TBT. A análise do caso, todavia, não foi feita

264 Julgamento final, pelo OAP, encontra-se assim indexado: Comunidade Européia – hormônios, WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R. As decisões dos painéis são identificadas por: Comunidade Européia – hormônios, WT/DS26/R, referindo-se aos Estados Unidos, e Comunidade Européia – hormônios, WT/DS48/R, relativa ao Canadá. Muito embora tenha havido um relatório de painel referindo-se ao Estados Unidos e outro ao Canadá, por serem extremamente similares e terem contado com a mesma composição, nesta seção utilizar-se-á da expressão "o painel", ao invés de "os painéis" – como o fez o próprio OAP, que inclusive analisou os dois casos conjuntamente.

265 Sobre a relação entre o SPS e o TBT, *vide* também seção 2.2 deste livro. *Vide* em especial AHN, Dukgeun. Comparative Analysis of the SPS and the TBT Agreements. *International Trade Law and Regulation*, v. 8, n. 3, May 2002, p. 85-96. Como se verá na seção 3.4 deste trabalho, o caso dos hormônios, decidido com base no SPS, foi citado por várias vezes pelo painel que analisou o precedente das sardinhas, resolvido pelo TBT.

à luz do TBT à medida que o SPS mostrou-se suficiente para evidenciar o caráter desnecessário da prática européia.[266]

De maneira geral, pode-se afirmar que este caso trata da definição de parâmetros ao direito dos membros da OMC de estabelecerem seu próprio nível de proteção à saúde; de definirem o padrão apropriado de rejeição ao risco. Conforme indica Perez, "[n]a essência, o caso dos hormônios lida com a tensão entre o regime da OMC e o direito soberano de seus membros determinar seus regulamentos em matéria de saúde e meio ambiente".[267]

O caso ora estudado é tido como de grande complexidade em relação aos julgados da OMC. Esta análise limita-se aos pontos principais do caso e àqueles que tenham implicações diretas sobre o próprio entendimento do TBT.

A discussão essencial para a compreensão do caso dos hormônios versa a respeito da não-obrigatoriedade do respeito aos padrões internacionais e gira em torno do entendimento que se tenha destes dois dispositivos do SPS ora transcritos. Expõe o artigo 3.1 que:

> *Com vistas a harmonizar as medidas sanitárias e fitossanitárias da forma mais ampla possível, os membros basearão suas medidas sanitárias e fitossanitárias em normas, guias e recomendações internacionais, nos casos em que*

[266] Por fim, para corroborar esta idéia, deve-se recordar que até a Rodada Uruguai havia um só acordo sobre barreiras técnicas e que, inclusive, o caso dos hormônios estimulou a criação de um acordo específico sobre barreiras sanitárias e fitossanitárias, ao lado do instrumento endereçado às barreiras técnicas em sentido estrito. Poder-se-ia, todavia, especular a possibilidade de o painel e o OAP mesmo se recusarem a analisar a medida com base no TBT, alegando estarem diante de uma medida sanitária e que, como tal, deve ser investigada à luz do SPS. Todavia, na prática, tende-se a acreditar que se o SPS não se mostrasse suficiente para evidenciar a ilegalidade da medida, os órgãos jurisdicionais tenderiam a investigar sua compatibilidade face ao TBT, acompanhando a argumentação norte-americana e canadense de que a medida européia também violava dispositivos específicos deste Acordo. *Vide* Estados Unidos – gasolina, WT/DS2/R, par. 6.43.

[267] Cf. PEREZ, Oren. *Op. cit.*, p. 564.

> *existirem, exceto se diferentemente previsto por este Acordo, e em especial no parágrafo 3.*

Por sua vez, estabelece o artigo 3.3 que:

> *Os membros podem introduzir ou manter medidas sanitárias ou fitossanitárias que resultem em nível mais elevado de proteção sanitária ou fitossanitária do que se alcançaria com medidas baseadas em normas, guias ou recomendações internacionais competentes, se houver uma justificação científica, ou como uma conseqüência do nível de proteção sanitária ou fitossanitária que um Membro determine ser apropriado, de acordo com as disposições relevantes dos parágrafos 1 a 8 do artigo 5 [verificação de risco]. Não obstante o acima descrito, todas as medidas que resultarem em nível de proteção sanitária ou fitossanitária diferente daquele que seria alcançado pela utilização de medidas baseadas em normas, guias ou recomendações internacionais não serão incompatíveis com qualquer outra disposição do presente Acordo.*

A relação entre estes dois dispositivos surte efeitos tanto para análise da obrigatoriedade de os membros da OMC seguirem normas definidas por instituições internacionais normalizadoras, quanto para a compreensão da alocação do ônus da prova no caso de membros da OMC fazerem exigências sanitárias mais rigorosas que as definidas em padrões internacionais.

Analisa-se inicialmente a possibilidade jurídica de um membro da OMC adotar regulamento sanitário ou fitossanitário mais rigoroso que os padrões internacionais existentes na matéria. Vale notar que, diante da perspectiva livre-cambista da OMC, pouco interessa se o país adota critério menos rígidos (ou não adota critério algum) na importação de bens que possam causar danos à saúde de sua população. Interessa à OMC tão-somente exigências mais estritas nestas questões, uma vez que têm o condão de restringir o livre comércio.

De acordo com o entendimento do painel, o artigo 3.1 do SPS deve ser compreendido como uma exigência obrigatória à harmonização de regulamentos internos a padrões internacionais. A regra exposta no artigo 3.3, que permite que países façam exigências mais rígidas que

as estabelecidas em normas internacionais, constituiria, na leitura do painel, uma exceção à regra de harmonização prevista no artigo 3.1.

O OAP, revertendo decisão tomada pelo painel, entendeu que a harmonização é tão-somente um objetivo programático do SPS. De acordo com a decisão final:

> *Parece-nos claro que a harmonização de medidas sanitárias e fitossanitárias dos membros com base em padrões internacionais é refletida no Acordo, como um objetivo, mas para ser realizado no futuro. Ler o artigo 3.1 como exigindo que os membros harmonizem suas medidas sanitárias e fitossanitárias através da conformação destas medidas com padrões, diretrizes e recomendações internacionais, aqui e agora, é, com efeito, atribuir a tais padrões, diretrizes e recomendações internacionais (que são segundo o Codex Recomendatórias na forma e natureza) força e efeito obrigatórios.*[268]

Dessa forma, o OAP, contrariando posicionamento do painel, decidiu que o artigo 3.3 constitui obrigação autônoma, não vinculada ao artigo 3.1, não lhe sendo, portanto, exceção. Assim, o OAP assegurou o direito de os membros da OMC, com base no SPS, definirem, fundamentadamente, seu próprio grau de tolerância ao risco, divergindo de eventual norma internacional existente na matéria. Asseverou o OAP que "o artigo 3.3 reconhece o direito autônomo de um membro estabelecer nível mais rigoroso de proteção, desde que tal membro cumpra com certos requisitos na promulgação das medidas sanitárias e fitossanitárias que atinjam tal nível".[269]

Analisam-se por ora as condições a partir das quais está um Estado habilitado a editar exigência sanitária ou fitossanitária mais rigorosa que a definida em padrão internacional existente na matéria. Muito embora o texto do artigo 3.3 utilize-se do disjuntivo "ou",

[268] Comunidade Européia – hormônios, WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R, par. 165).

[269] Comunidade Européia – hormônios, WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R, par. 104.

indicando que a medida divergente deva estar baseada ou na verificação de risco ou em justificação científica, a última frase deste dispositivo observa que a medida não poderá ser contrária a nenhuma outra previsão do SPS. Como o artigo 2.2 define que justificação científica é sempre necessária para que um membro imponha ou mantenha um regulamento sanitário ou fitossanitário, a exigência científica acaba por se fazer um requisito essencial à legalidade da medida, ainda que o artigo 3.3 sugira que um membro possa sustentar sua medida apenas na verificação de risco. Este ao menos parece ser o entendimento do OAP no caso.[270]

Assim, em termos práticos, a decisão do OAP de ampliar o conceito de verificação de risco (como se verá) parece ter servido para acalmar a opinião pública, mas não para efetivamente garantir que um membro possa fazer exigências sanitárias e fitossanitárias com base em preocupações outras que não sólidas preocupações científicas. Por outro lado, o OAP parece ter flexibilizado esta conclusão ao admitir um conceito menos rigoroso de justificação científica, em que, por exemplo, posicionamento científico minoritário esteja nele incluído. Vale notar que esta relação não fica de todo clara no relatório do OAP e é algo criticado pelos analistas deste caso. O OAP não resolveu definitivamente sobre a relação entre os artigos 5.1 e 2.2 do SPS, ou seja, a verificação do risco e a justificação científica.[271] Assim, em última instância, por meio deste precedente entende-se que a verificação de risco isoladamente não oferece sustentação para a legalidade de uma medida sanitária ou fitossanitária que tenha o condão de limitar o comércio internacional, caso esta medida não tenha fundamentação científica.

Nesse contexto merecem ser analisadas as perspectivas de utilização de políticas de risco zero por membros da OMC que se

[270] O próprio OAP mostrou-se incomodado com a redação do artigo 3.3, que, ao mesmo tempo em que indica que a medida possa estar baseada em um aspecto ou em outro, observa que tal medida não poderá contrariar nenhum outro dispositivo do Acordo. Quando se considera que o SPS define que toda medida deve ter base científica, percebe-se aí uma contradição no texto legal. Lamentou o OAP expressamente o fato de o artigo 3.3 ter sido mal redigido. Comunidade Européia – hormônios, WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R, par. 175.

[271] *Vide*, por exemplo, QUICK, Reinhard; BLÜTHNER, Andreas. *Op. cit.*, p. 637.

recusem a importar certos bens temendo implicações, por exemplo, à saúde de sua população. Em princípio, a possibilidade de um país definir política de risco zero, sob a perspectiva da OMC, parece viável desde que este, ao editar exigência sanitária ou fitossanitária, esteja sustentado em posicionamento científico. Desta forma, em princípio, não só está um país autorizado a definir seu próprio nível de tolerância ao risco, como pode definir um nível zero de tolerância. A condição para a legalidade da intolerância, hábil a frustrar o comércio internacional, encontra-se nas suas justificativas. O OAP, todavia, enfatizou que o artigo 3.2 do SPS assegura aos membros da OMC a possibilidade de definirem seu próprio grau de tolerância ao risco – o que faz sugerir que este possa mesmo ser zero (o que foi confirmado no caso do amianto, comentado posteriormente).

Em matéria de exigências técnicas, sanitárias ou fitossanitárias que sirvam para proteger, por exemplo, a saúde humana, em alguns casos ainda não parece claro se, no âmbito da OMC, o Estado que impõe tais exigências à importação deve demonstrar seu receio de dano, ou, diferentemente, o membro que deseja exportar em desobediência àquelas restrições deve comprovar que seu produto não provoca o risco alegado.

Como regra firmada a partir do precedente Estados Unidos – camisas e blusas,[272] entende-se que cabe ao membro que alega violação de norma da OMC o provar. Entretanto, cabe ao Estado que, ao contestar tal alegação, busca albergar-se em exceção à regra da OMC comprovar que seu comportamento enquadra-se efetivamente nas exceções previstas pelos acordos. No que atine a este aspecto, não divergem painel e OAP. As conclusões discrepantes do painel e do OAP referem-se a compreensões distintas quanto à existência de uma relação do tipo regra-exceção entre artigos 3.1 e 3.3 do SPS.[273]

O painel, para o qual o artigo 3.3 seria exceção ao artigo 3.1, definiu caber à Comunidade Européia provar a validade de sua própria medida, uma vez que compete ao país demandado que alega exceção –

272 Estados Unidos – camisas e blusas, WT/DS33/AB/R, par. IV.

273 Sobre a arquitetura do artigo 3º e a relação entre os dispositivos 3.1 e 3.3, *vide* THORN, Craig; CARLSON, Marinn. *Op. cit.*, p. 848-851.

medida protetiva – provar que sua medida enquadra-se efetivamente nesta exceção. Diante destes dispositivos, o painel entendeu haver uma regra geral de harmonização, prevista no artigo 3.1, que efetivamente cria a presunção de legalidade das exigências técnicas elaboradas com base em normas internacionais. Havendo *in casu* norma internacional aplicável, o painel afirmou existir a presunção de inversão do ônus da prova para o Estado que opta por tomar medidas mais estritas do que as definidas internacionalmente.

A contrario sensu, o OAP, como exposto, manifestou não haver tal relação entre os dispositivos mencionados, devendo ser o artigo 3.3 entendido como regra autônoma e determinando, assim, aos Estados Unidos e ao Canadá o ônus de comprovar que as substâncias de que se utilizam são inofensivas. Em outros termos, caberia aos Estados Unidos e ao Canadá comprovar que a Comunidade Européia violou o artigo 3.3, não bastando desta forma os autores indicarem tão-somente que esta extrapolou os parâmetros do *Codex Alimentarius*, com base no entendimento de que a harmonização seria a regra e a utilização de exigências mais estritas seria a exceção (visto que, se fosse exceção, caberia, sim, à Comunidade Européia provar que se enquadra no artigo 3.3).

Em uma palavra: considerando o artigo 3.3 como regra autônoma, caberia aos Estados Unidos e ao Canadá, que alegaram violação desta norma, provar que a Comunidade Européia não a respeitou. Caso tal norma fosse entendida como exceção, como o fez o painel em decisão modificada pelo OAP, caberia a Comunidade Européia, que estaria se defendendo por meio de uma exceção (artigo 3.3 seria exceção do artigo 3.1) provar que seu comportamento era compatível com o dispositivo do artigo 3.3.

O próprio OAP reconheceu a dificuldade na identificação da relação entre estes dois dispositivos do SPS. De forma pouco usual nos relatórios do OAP, o órgão julgador de segunda instância da OMC admitiu que "o artigo 3.3 evidentemente não é um modelo de clareza e comunicação".[274] Muito possivelmente este dispositivo será objeto de controvérsias futuras no âmbito da OMC.

274 Comunidade Européia – hormônios, WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R, par. 175.

Conforme o que foi exposto no Capítulo 1, os painéis são formados numa base *ad hoc*, sendo dissolvidos após cada disputa. O OAP, por sua vez, tem competência apenas para analisar questões de direito suscitadas a partir dos casos levados aos painéis, sendo a decisão destes em relação aos fatos definitiva. Se o OAP concluiu que o painel decidira mal acerca da alocação do ônus da prova, tender-se-ia a crer que o caso deveria ser remetido ao painel para que fosse determinada a produção de provas por Estados Unidos e Canadá quanto à alegação do seu direito. Entretanto, não havendo previsão no ESC para tal situação, decidiu o próprio OAP verificar se as provas apresentadas pelos reclamantes foram suficientes para caracterizar a violação do SPS pela Comunidade Européia. Com esta decisão, o OAP teria usurpado de suas atribuições definidas no ESC, pois estaria enfrentando questões de fato. Como consta da própria decisão do OAP, "[o] painel de modo apropriado entende tal questão como sendo "de particular importância" na perspectiva da natureza das disputas sob aquele Acordo. Tais disputas dão margem a *múltiplas e complexas questões de fato*".[275]

O procedimento adotado pelo OAP acabou por não levantar muita polêmica pois que este pôde "condenar" a prática européia pelas provas já existentes. Entretanto, pergunta-se qual não seria a reação norte-americana e canadense caso o OAP invertesse o ônus da prova em seu desfavor e julgasse o mérito com as provas presentes nos autos, se estas não fossem hábeis a caracterizar a ilegalidade da medida européia. Na verdade, invertendo o ônus da prova em relação à decisão do painel, seria necessário oportunizar a produção de provas àquele a quem efetivamente compete este encargo – o que demandaria a análise de um órgão de primeira instância, conforme orientação do ESC. Se o OAP julgasse as novas provas, aquele que as teve de produzir estaria prejudicado pela supressão de um grau de jurisdição a que tem direito. De fato, a possibilidade de reconvocação dos membros do painel ou a constituição de um novo não está prevista no ESC nesse caso, o que dá margem a este tipo de especulação.

[275] Comunidade Européia – hormônios, WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R, par. 97 (grifou-se). Como contra-argumento, poder-se-ia afirmar que o ESC municia o OAP de poderes implícitos para pôr fim a todas as contendas, ao dispor, em seu artigo 3.3 que: "É essencial para o funcionamento eficaz da OMC e para a manutenção de equilíbrio adequado entre os direitos e as obrigações dos membros a pronta solução das situações em que um membro considere que quaisquer benefícios resultantes, direta ou indiretamente, dos acordos abrangidos tenham sofrido restrições por medidas adotadas por outro membro".

A título de conclusão no que atine ao ônus da prova em matéria de barreiras sanitárias e fitossanitárias, pode-se dizer que o OAP confirmou a aplicação da regra de interpretação desenvolvida no caso Estados Unidos – camisas e blusas, segundo a qual cabe ao país que alega a violação de norma da OMC prová-lo; competindo, todavia, ao país que, ao se defender, alega estar de acordo com uma exceção à liberalização prevista num acordo provar que seu comportamento efetivamente enquadra-se na exceção autorizada.[276] O Órgão de Apelação, ao não aceitar uma relação de regra-exceção entre os artigos 3.1 e 3.3 do SPS, acabou por fortalecer o direito dos membros da OMC de divergirem de normas sanitárias ou fitossanitárias internacionais sem que isso implique que o ônus da prova reverta-se em seu desfavor. Ao entender ser autônomo o artigo 3.3, o OAP assegurou que também cabe ao Estado que alega a violação deste dispositivo demonstrar tal situação, não criando a partir do artigo 3.1 uma presunção de que os membros que divirjam de normas técnicas internacionais existentes estejam em desacordo com o SPS.

Resolvido o tema "ônus da prova", passa-se à questão delicada da relação entre verificação do risco e evidência científica, aspecto pouco claro no relatório do OAP, mas de fundamental importância para se saberem quais as condições para um Estado impor exigência sanitária ou fitossanitária mais rigorosa que padrões internacionais existentes sobre o assunto.[277] Para tanto, de início, tenha-se em mente o artigo 5.1, relevante no que atine à verificação de risco,[278] que define que:

[276] Este entendimento também foi aplicado no caso da gasolina, visto neste Capítulo.

[277] Sobre a relação – delicada, adiante-se – entre o artigo 2.2 e o artigo 5.1 do SPS, *vide*, por exemplo, THORN, Craig; CARLSON, Marinn. *Op. cit.*, p. 844-846.

[278] Verificação de risco, segundo a definição do Anexo A, parágrafo 4º do SPS, pode ser entendida também como "(...) a avaliação do potencial existente no que se refere a efeitos adversos à saúde humana ou animal, resultante da presença de aditivos, contaminantes, toxinas ou organismos patogênicos em alimentos, bebidas ou ração animal".

> *Os membros assegurarão que suas medidas sanitárias e fitossanitárias sejam baseadas em uma avaliação, adequada às circunstâncias, dos riscos à vida ou à saúde humana, animal ou vegetal, tomando em consideração as técnicas para avaliação de risco elaboradas pelas organizações internacionais competentes.*

O OAP destacou a importância de o artigo 5.1 ser lido simultaneamente com o artigo 2.2 do SPS, estreitamente relacionado à necessidade de base científica para as medidas sanitárias e fitossanitárias, ao estabelecer que:

> *Os membros assegurarão que qualquer medida sanitária ou fitossanitária seja aplicada apenas na medida do necessário para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal; seja baseada em princípios científicos e não seja mantida sem evidência científica suficiente, à exceção do determinado pelo parágrafo 7 do artigo 5.*

Passou então o OAP a analisar os elementos a serem considerados na avaliação do risco. Define o artigo 5.2 que:

> *Na avaliação de riscos, os membros levarão em consideração a evidência científica disponível; os processos e métodos de produção pertinentes, os métodos para teste, amostragem e inspeção pertinentes; a prevalência de pragas e doenças específicas; existência de áreas livres de pragas ou doenças; condições ambientais e ecológicas pertinentes; e os regimes de quarentena ou outros.*

O OAP, na análise deste artigo, definiu não ser esta lista exaustiva de medidas. Segundo a decisão final:

> *É importante ter em mente que o risco a ser avaliado na verificação de risco prevista no artigo 5.1 não é apenas aquele risco verificável num laboratório científico sob condições estritamente controladas, mas também o risco nas sociedades humanas como de fato eles existem, em outras palavras, o efeito potencialmente adverso para a saúde humana no mundo real onde pessoas vivem e trabalham e morrem.*[279]

[279] Comunidade Européia – hormônios, WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R, par. 187.

Por meio dessa construção, o OAP parece ter ampliado o conceito de verificação de risco, o que à primeira vista pode dar margem a certa discricionariedade na aplicação de uma medida sanitária ou fitossantirária, possivelmente dando também ensejo à utilização de medidas com intuito protecionista. Não sendo mais necessária base científica rigorosa para a análise da verificação do risco, o OAP parece falhar ao indicar qual seria o risco necessário a sustentar uma medida sanitária ou fitossanitária, uma vez que potencial efetivo para provocar efeitos diversos sobre a saúde humana "no mundo real onde pessoas vivem e trabalham e morrem" é excessivamente vago.

É importante destacar que o OAP, no que atine à verificação do risco, notou que esta pode se sustentar em posicionamento científico não-dominante. O OAP, neste aspecto, destacou que:

> *Nós não acreditamos que a verificação deva se apresentar como uma conclusão monolítica que coincida com a conclusão científica ou com a visão implícita na medida sanitária ou fitossanitária. A verificação do risco poderia ser estabelecida tanto pelo entendimento dominante da opinião científica, quanto por opiniões de cientistas que assumem posicionamento divergente. Às vezes, a divergência pode indicar, grosso modo, igual equilíbrio de opiniões científicas, o que pode ser justamente uma forma de incerteza científica.*[280]

Diante disso, concluiu o OAP que a relação entre verificação do risco e evidência científica da necessidade da medida só pode ser avaliada caso a caso.

Considerando isto, o OAP passou a analisar a existência de uma relação lógica ou racional entre a verificação de risco (conceito agora alargado) e a medida sanitária, com vistas a verificar o preenchimento do requisito de que a medida será baseada na verificação do risco (artigo 5.1) e terá base científica (artigo 2.2).[281] Segundo o painel, tal

[280] Comunidade Européia – hormônios, WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R, par. 194.

[281] Necessidade de correlação racional entre a verificação do risco e o conteúdo medida sanitária ou fitossanitária foi exigência do OAP em outro precedente. Japão – varietals, WT/DS76/AB/R, par. 73 e 74.

relação pode ser extraída por meio de um procedimento de duas etapas. Primeiramente, devem-se identificar as conclusões científicas tanto quanto à verificação do risco, como em relação à própria medida sanitária. Em seguida, deve-se cotejar tais conclusões científicas com vista a determinar se há uma correspondência entre o risco verificado e a medida sanitária ou fitossanitária tomada.[282] Deve-se logo reforçar não ser necessária base científica na verificação do risco (interpretação ampla do artigo 5.2 pelo OAP), todavia é indispensável fundamento científico na definição da medida (artigo 2.2). Neste mister, o painel entendeu que as conclusões científicas implícitas na medida européia não estavam de acordo com qualquer das conclusões científicas obtidas nos estudos que a própria Comunidade Européia submeteu ao painel a título de prova.[283]

Em suma, não haveria correspondência lógica entre a verificação do risco, por mais ampla que pudesse ser esta expressão, e as evidências científicas relativas aos riscos associados aos hormônios para crescimento de bovinos trazidas pela Comunidade Européia. Assim, muito embora tenha o OAP assegurado um entendimento mais abrangente do conceito de verificação do risco, manteve-o estreitamente associado à noção de evidência científica da necessidade da medida sanitária ou fitossanitária.

Quanto ao fundo, observou o painel que "todos os estudos científicos pontuados acima chegam à conclusão de que o uso dos hormônios em questão (...) para o propósito de promoção do crescimento é seguro (...)".[284] Concordou o OAP em que as evidências científicas apresentadas pela Comunidade Européia não sustentam racionalmente a medida de proibição das importações.[285]

282 Comunidade Européia – hormônios, WT/DS26/R, par. 8.117; Comunidade Européia – hormônios, WT/DS48/R, par. 8.120.

283 Comunidade Européia – hormônios, WT/DS26/R, par. 8.137; Comunidade Européia – hormônios, WT/DS48/R, par. 8.140.

284 Cf. Comunidade Européia – hormônios, WT/DS26/R, par. 8.124; Comunidade Européia – hormônios, WT/DS48/R, par. 8.127.

285 Comunidade Européia – hormônios, WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R, par. 197.

Concluiu o OAP que, para que uma medida sanitária ou fitossanitária seja consistente com o artigo 3.3, deve cumprir, *inter alia*, as exigências presentes no artigo 5.1 (verificação do risco), que, por sua vez, remetem aos requisitos do artigo 2.2 (prova científica). Considerando a inexistência de correspondência lógica entre a verificação de risco procedida pela Comunidade Européia e as evidências científicas por ela apresentadas quanto ao conteúdo de sua medida, o OAP considerou que o bloco violou o artigo 5.1, o que implica desrespeito também ao artigo 3.3 do SPS.[286]

Sobre esta parte da decisão, relativamente intrincada, há quem defenda que o OAP tenha sido desnecessariamente confuso. Para Neugebauer, aliás, o OAP poderia ter aproveitado oportunidade como esta para esclarecer a aplicação do SPS. Segundo ela, o artigo 2.2, que exige que toda a medida sanitária ou fitossanitária que restrinja o comércio tenha base científica, seria bastante para evidenciar a incompatibilidade do regulamento europeu em relação ao SPS, evitando discussão sobre a verificação do risco. Por esta via, o OAP ainda teria contribuído para reforçar a vinculação do SPS à fundamentação científica.[287]

Um ponto mencionado merece ser analisado com mais vagar, talvez por se constituir num dos aspectos mais polêmicos da decisão do caso dos hormônios.[288]

Como observado, o OAP entendeu que para a medida ser compatível com o SPS precisa estar mesmo baseada em evidência científica (artigo 2.2), desconsiderando, portanto, o trecho do artigo 3.3 que sugere que a medida possa estar tão-somente fundada na verificação do risco (artigo 5.1). Na prática, assim, de pouca valia foi a ampliação do conceito de verificação do risco, em função da necessidade sempre presente de fundamentação científica para a medida. O OAP, todavia, garantiu uma aplicação mais maleável de fundamentação científica, entendendo que esta pode ser assegurada por um posicionamento científico minoritário.

286 Comunidade Européia – hormônios, WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R, par. 209.

287 NEUGEBAUER, Regine. *Op. cit.*, p. 1.283-1.284.

288 THORN, Craig; CARLSON, Marinn. *Op. cit.*, p. 845.

Em outras palavras, havendo uma corrente dissidente no campo da ciência a dar suporte à medida restritiva ao comércio imposta por um membro, estaria tal medida em princípio de acordo com o SPS. Isto valeria mesmo no caso de a grande maioria da comunidade científica entender que a medida não contribui em nada para o objetivo legítimo que o membro alega proteger.

Esta conclusão foi vista com certo receio por parte da literatura, que passou a temer a possibilidade toda a medida poder contar com algum tipo de base científica, de vez que virtualmente qualquer Estado poderia encontrar um cientista a sustentar os riscos decorrentes da não-utilização da medida sanitária.[289] Alguns estudiosos, por outro lado, louvaram o entendimento do OAP, resgatando inclusive exemplos históricos de cientistas que enfrentaram posicionamentos assentados e posteriormente provaram estar corretos[290] – o que foi chamado ironicamente por outros de "síndrome de Galileu".[291]

Como observam Thorn e Carlson, o risco desse entendimento do OAP enfraquecer a aplicação do SPS é muito pequeno.[292] Na prática, painéis e OAP continuarão a fazer uma análise caso a caso dos problemas que lhes forem apresentados e, diante de provas produzidas, procederão a um exame com base no livre convencimento motivado. Em

289 Comenta o receio com esta possibilidade, por exemplo, AMBROSE, Kathleen. Science and the WTO. *Law and Policy in International Business*, v. 31, n. 3, Spring 2000, p. 861-868.

290 WAGNER, J. Martin. The WTO's Interpretation of the SPS Agreement Has Undermined the Right of Governments to Establish Appropriate Levels of Protection Against Risk. *Law and Policy in International Business*, v. 31, n. 3, Spring 2000, p. 855-860. Este autor, que defende a necessidade de se limitar o comércio com base em entendimento minoritário, acaba criticando a decisão da OMC, que teria na prática desconsiderado o que entende como justificativa para os receios em relação ao uso de hormônios.

291 Entende a autora que esta situação é altamente improvável nos dias de hoje, e defende portanto que, numa análise feita caso a caso, possa ser desconsiderado posicionamento científico minoritário diante do conjunto probatório de que se disponha. NEUGEBAUER, Regine. *Op. cit.*, p. 1.265-1.269.

292 Concluem os autores que *"the 'right' to base a measure on minority opinion is not na unqualified one; Members must be capable of defending their regulatory judgments in dispute settlement"*. THORN, Craig; CARLSON, Marinn. *Op. cit.*, p. 846.

outros termos, os painéis ou o OAP não estarão obrigados a admitir a legalidade de medida simplesmente pelo fato de que um Estado apresentou um cientista que concorde com a prática contestada. Definiu o OAP que posicionamento científico minoritário pode sustentar uma medida, e não que o painel ou o OAP estaria obrigado a aceitar toda a medida que esteja baseada num entendimento científico minoritário.

Aliás, o próprio caso dos hormônios serve para afastar os receios de que qualquer medida pode vir a ter base científica bastante. Neste precedente, entre os vários técnicos apresentados pela Comunidade Européia para sustentar a medida, apenas um teria apontado o risco da utilização de hormônios. O Dr. George Lucier entendeu que havia a chance de que uma mulher em um milhão pudesse desenvolver câncer de seio em razão dos hormônios. O OAP simplesmente não levou em conta tal posicionamento, que lhe pareceu irrelevante e aparentemente sem fundamento.[293] Ou seja, já no caso em que o OAP teria sugerido a possibilidade de que todo o posicionamento científico pudesse ser considerado suficiente, deu indicação de que o livre convencimento fundamentado continua a permitir uma ponderação das provas apresentadas.[294]

Este caso também leva à reflexão a respeito do emprego do princípio da precaução como argumento a sustentar restrições à importação de bens.[295] No caso sob comento, a Comunidade Européia, não tendo aparentemente encontrado sólidos argumentos científicos para justificar sua medida questionada, alegou estar albergada pelo princípio

293 *Vide* Comunidade Européia – hormônios, WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R, par. 198. *Vide* também sobre esta questão NEUGEBAUER, Regine. *Op. cit.*, p. 1.267-1.268.

294 De modo geral, sobre análise de casos envolvendo incerteza científica (incluindo este dos hormônios), *vide* CHRISTOFOROU, Theofanis. Settlement of Science-Based Trade Disputes in the WTO: A Critical Review of Developing Case Law in the Face of Scientific Uncertainty. *New York University Environmental Law Journal*, v. 8, 2000, p. 622-648.

295 Sobre a aplicação do princípio da precaução ao comércio internacional e os acordos da OMC *vide* Capítulo 4 deste livro. Por ora, basta observar que a incidência do princípio da precaução no comércio internacional teria o efeito de permitir que um Estado imponha exigências mais rigorosas à importação de um bem, ou mesmo frustre sua importação, caso tenha *fundado receio* de que tal bem possa implicar prejuízos à saúde ou vida da população, ao meio ambiente, à segurança nacional etc. Tal receio em regra mostra-se associado à indefinição da ciência sobre alguma questão.

da precaução, observando que, se não pudesse este ser considerado um costume internacional (e, como tal, obrigatório), fosse ao menos tido como um princípio geral de direito. Os Estados Unidos e o Canadá, por sua vez, alegaram que não há efetivamente um princípio de precaução, seja na forma de costume internacional, seja como princípio geral de direito. Os Estados reclamantes, todavia, reconheceram um princípio de direito nascente ou em formação (*emerging principle of law*) no que atine à noção de precaução, sendo este, portanto, ainda despido de força jurídica.

O OAP evitou manifestar-se sobre a existência ou não de um princípio da precaução ou, mais propriamente, sobre o *status* da precaução no mundo jurídico. No âmbito da OMC, todavia, esta decisão do OAP parece ter dado as coordenadas do que se entende sobre o tema. Definiu o OAP que a noção de precaução tem tão-somente função interpretativa, mas não de norma obrigatória. Segundo o OAP, a precaução teria feito-se sentir em alguns dispositivos do SPS, como no preâmbulo, no artigo 3.3 e no artigo 5.7. Entretanto, não seria a precaução hábil a frustrar a aplicação de outros dispositivos do SPS.[296] A adoção do princípio da precaução no âmbito da OMC, como tema relevante e polêmico, é discutida com mais vagar no Capítulo 4 deste livro.

O caso dos hormônios também esclarece a importante relação entre o artigo XX do Gatt-1994 e o SPS, servindo de parâmetro para a compreensão do TBT face ao mesmo artigo XX – o que inclusive foi confirmado no caso das sardinhas, comentado na seção 3.4 deste livro.[297] Conforme anteriormente exposto, o artigo XX define exceções gerais às regras de liberalização comercial previstas no Gatt-1994. A criação de um acordo específico sobre medidas técnicas e outro particular para medidas sanitárias e fitossanitárias foi motivada também pela necessidade de se esclarecerem as condições de aplicação das exceções

[296] Comunidade Européia – hormônios, WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R, par. 125. Sobre a aplicação do princípio da precaução no caso dos hormônios, *vide* Cf. QUICK, Reinhard; BLÜTHNER, Andreas. *Op. cit.*, p. 623 e ss.

[297] *Vide* também MONTAGUTI, Elisabeta; LUGARD, Maurits. The Gatt 1994 and Other Annex 1A Agreements: Four Different Relationships? *Journal of International Economic Law*, v. 3, n. 3, 2000, p. 473-484.

insculpidas genericamente no artigo XX, especificamente na alínea "b", definida nos seguintes termos:

> *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 Acordo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer parte contratante, das medidas (...) "b" necessárias à proteção da vida ou saúde humana, animal ou vegetal.*

Indicativo dessa conexão é o conteúdo do preâmbulo do SPS, ao dispor em seu último item: "Desejando, portanto, elaborar regras para a aplicação das previsões do Gatt-1994 que se relacionam ao uso de medidas sanitárias ou fitossanitárias, em particular as previsões do artigo XX(b)".

Com base nesse trecho do preâmbulo, a Comunidade Européia argüiu que o SPS não seria um *self-standing agreement*, ou seja, não seria um acordo com força própria, tendo somente dado maior precisão ao artigo XX do Gatt-1994. Sustentou a Comunidade Européia que o recurso ao SPS só seria possível caso fosse primeiramente identificada uma violação do artigo XX, o que os Estados Unidos e o Canadá não teriam logrado fazer.

O painel considerou o SPS como um acordo independente do Gatt-1994 ao impor obrigações substantivas ao membros da OMC, que vão além do disposto no Gatt-1994. Segundo o painel, os Acordos da OMC não exigem que um membro demonstre a violação de normas do Gatt-1994 para que se possa aplicar o SPS. A Comunidade Européia não recorreu da decisão do painel quanto a este aspecto, de modo que o OAP não se manifestou em relação a ele. Malgrado a posição européia no sentido de que o SPS deva ser estritamente subordinado ao Gatt-1994, entende-se que o SPS estabelece obrigações autônomas em relação aos dispositivos do artigo XX do Gatt-1994. Caso fosse necessária a comprovação de violação do artigo XX, para então o Estado reclamante poder questionar a medida com base no SPS, este acordo seria desnecessário na prática, uma vez que a violação ao artigo XX já é

bastante para considerar uma medida como incompatível com as regras da OMC.

Antes de se apresentar uma análise mais geral sobre o caso, é válido dispensar algumas considerações sobre a implementação desta decisão, que recomendou que a Comunidade Européia levantasse o embargo aplicado contra a carne tratada com hormônios. Em arbitragem, definiu-se que o prazo para a implementação desta decisão pela Comunidade Européia deveria ser de 15 meses, contados a partir da aprovação do relatório do OAP.[298] Encerrado o prazo para o fim do embargo, a Comunidade Européia recusa-se à implementação. O defecho deste caso traz implicações diretas para o problema analisado por este livro. Conforme outrora exposto, a efetividade da OMC em evitar o uso protecionista de barreiras técnicas está diretamente associada à capacidade de seu sistema de solução de controvérsias executar suas próprias decisões. Como se viu no Capítulo 1 deste livro, dispõe a OMC de mecanismo de suspensão de benefícios, acionáveis neste caso pelos Estados Unidos e pelo Canadá. Até o presente momento (fevereiro de 2003), persiste a barreira contra produtos de gado tratado com hormônios, ainda que sob protestos dos exportadores do bem.

Estados Unidos e Canadá solicitaram autorização do OSC para suspenderem concessões em relação a produtos europeus.[299] A Comunidade Européia recorreu à arbitragem prevista no ESC, questionando o valor da suspensão de benefícios.[300] A arbitragem decidiu, em julho de 1999, que o prejuízo anualmente sofrido por Canadá e Estados Unidos seria de respectivamente 11,3 milhões de dólares canadenses e USD

298 WTO, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) – Original Compaint by Canada. Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU – Decision by the Arbitrators.* WT/DS48/ARB. 12/07/1999.

299 ESC, artigo 22.2.

300 ESC, artigo 22.6. WTO, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) – Recourse by the European Communities for Arbitration under Article 22.6 of the DSU.* WT/DS26/20. 09/06/1999 e WTO, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) – Recourse by the European Communities to Article 22.6 of the DSU.* WT/DS48/18. 09/06/1999.

116,8 milhões e que, portanto, este deveria ser o nível da suspensão de benefícios.[301] Muito embora não se tenha informação precisa sobre o andamento da suspensão de benefícios, indica a literatura que esta vem ocorrendo na prática, operando-se por meio da imposição de tarifas de 100% sobre produtos europeus como, por exemplo, queijo roquefort e baterias industriais.[302] Não há sinal de que a Comunidade Européia pretenda remover o embargo à carne de gado que tenha sido tratado com hormônios.

De fato, a resistência européia em cumprir a decisão do OAP, revogando o embargo à carne bovina tratada com hormônios, e a capacidade européia de resistir a sanções econômicas acabam por fragilizar a efetividade do SPS e, em última instância, das próprias regras da OMC e de seu sistema de solução de controvérsias. Atenção, portanto, merece ser dispensada às questões ligadas à implementação da decisão deste caso, uma vez que se apresentam como um verdadeiro teste para a efetividade da regras do sistema multilateral de comércio vigente.

Quanto ao mérito, alguns aspectos jurídicos ligados à decisão merecem ser destacados a título de conclusão a respeito deste precedente.

De início, vale lembrar que o exame de questões de fato pelo OAP deve chamar a atenção dos membros da OMC em negociações sobre o futuro do mecanismo de solução de controvérsias da Organização. Embora tenha o OAP evitado assumir um reexame dos fatos, ao decidir que o painel alocou mal o ônus da prova, acabou por ter de reavaliar as evidências levadas aos autos pelos Estados Unidos e pelo Canadá, aos quais caberia, segundo o OAP, o ônus de comprovar que a Comunidade Européia não cumpriu o SPS.

301 WTO, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) – Original Compaint by Canada. Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU – Decision by the Arbitrators.* WT/DS26/ARB. 12/07/1999 e WTO, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) – Original Compaint by Canada. Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU – Decision by the Arbitrators.* WT/DS48/ARB. 12/07/1999.

302 Cf. AMBROSE, Kathleen. *Op. cit.*, p. 867.

A título de crítica ao OAP, poder-se-ia dizer que este não foi efetivamente capaz de resolver a questão de crucial importância que envolve a relação entre a verificação do risco e provas científicas (ou seja, entre os artigos 5.1 e 2.2 do SPS). As palavras ambíguas utilizadas pelo OAP para ampliar o conceito de verificação de risco ("no mundo real onde as pessoas vivem e trabalham e morrem") em pouco contribuem para uma compreensão efetiva da expressão, que possa servir como parâmetro para a resolução de outros casos. O OAP, além disso, não deixou claro se a justificação científica é sempre necessária à legalidade de uma medida, ou se a controvertida "verificação de risco" basta à validade da medida.[303] A decisão sugere que a justificação científica será sempre imprescindível à legalidade de uma exigência sanitária ou fitossanitária, muito embora o OAP tenha se concentrado em definir o conceito de verificação de risco que, na prática, isoladamente, não tende a viabilizar uma medida que imponha exigências mais rigorosas que as definidas internacionalmente. A existência de um vínculo racional entre a verificação do risco e a justificação científica faz crer esta última ser sempre necessária. Muito embora a verificação do risco não dependa estritamente de justificação científica (pode ser decorrência, por exemplo, de preocupação infundada de consumidores), é certo que a justificação científica faz surgir a verificação do risco. Assim, em última instância, o precedente lança luzes sobre a importância da fundamentação científica para tais medidas.

Alguns analistas também criticam o argumento da economia processual, que fez o OAP não analisar algumas questões relevantes para o entendimento do SPS em casos futuros e, de modo geral, também para a compreensão do uso de barreiras técnicas ao comércio internacional. Como anotado nos comentários referentes ao precedente da gasolina, é costume assentado desde o Gatt-1947 que os painéis (e, agora, o OAP) não se concentrem naquilo que não for indispensável à solução do caso. De fato, posicionamento distinto poderia efetivamente contribuir para a melhor compreensão dos textos da OMC (tanto para fins acadêmicos, quanto – e principalmente – em matéria de definição

[303] Critica este aspecto, por exemplo, NEUGEBAUER, Regine. *Op. cit.*, p. 1.267-1.268.

de políticas públicas pelos membros da Organização), antecipando o entendimento dos órgãos julgadores sobre aspectos controvertidos dos acordos.[304]

De forma geral, o caso traz relevantes implicações para o emprego de barreiras técnicas (em sentido amplo) ao comércio internacional ao abordar temas polêmicos, como a possibilidade de um membro adotar critérios mais rigorosos que os definidos em padrões internacionais; a existência e a aplicabilidade de um princípio da precaução; a viabilidade jurídica de um membro adotar política de risco zero em relação a algum bem sobre cuja qualidade suspeite; a relação (ainda que de certa forma mal explicada) entre verificação do risco e prova científica; a alocação do ônus da prova em matéria de exigências sanitárias e fitossanitárias; e a relação do SPS com o artigo XX do Gatt-1994.

Em resumo, sobre esses temas a partir deste precedente pode-se concluir o seguinte:

- A precaução não foi assegurada como um princípio (e, como tal, de força obrigatória) no âmbito da OMC, muito embora o OAP tenha assumido que a precaução dispõe de função interpretativa importante na análise do SPS, e que inclusive se fez sentir em alguns dispositivos do Acordo.

- Em matéria de ônus da prova, manteve-se entendimento de outros precedentes a indicarem que "quem alega, prova; quem se defende alegando uma exceção, também o prova". O aspecto interessante em sede de ônus da prova levantado por este precedente refere-se ao fato de o OAP, revertendo decisão do painel, ter considerado o artigo 3.3 do SPS como autônomo em relação ao artigo 3.1. Isto significa que o membro que adotar medida sanitária ou fitossanitária mais

[304] Quick e Blüthner sugerem inclusive haver denegação de justiça (*denial of justice*) na recusa do painel ou do OAP em analisar argumentos expostos pelas partes, mesmo que já não sejam estes necessários para a resolução do caso concreto. Cf. QUICK, Reinhard; BLÜTHNER, Andreas. *Op. cit.*, p. 632-636. Também demonstrando receio quanto ao uso inadequado da economia processual, *vide* THORN, Craig; CARLSON, Marinn. *Op. cit.*, p. 851-852.

rigorosa que as definidas em padrões internacionais não terá o ônus de provar por que o faz, uma vez que a possibilidade de um membro definir seu próprio grau de tolerância ao risco (artigo 3.3) foi entendida como direito autônomo, e não como exceção à regra geral de harmonização prevista no artigo 3.1. Como se verá posteriormente, esta lógica foi mantida no caso das sardinhas, este, todavia, relativo ao TBT.

- A relação entre o SPS e o artigo XX do Gatt-1994 foi esclarecida nos seguintes termos: muito embora o SPS (e, diga-se, também o TBT) seja inspirado nas exceções ao livre comércio pontuadas no artigo XX, o que é explicitado no preâmbulo do SPS, este Acordo cria obrigações autônomas, e a violação dos dispositivos do SPS não dependem de prévia caracterização de desrespeito ao artigo XX do Gatt-1994. Vale notar que o TBT, ainda, admite restrição ao comércio internacional em mais casos que aqueles pontuados no artigo XX do Gatt-1994.[305] O TBT utiliza-se de lista não-exaustiva de motivos, na qual inclui, por exemplo, a defesa dos interesses dos consumidores, o que não encontra equivalente no artigo XX.[306]

Quanto ao núcleo das discussões, tem-se o seguinte a partir deste precedente:

- Muito embora o relatório do OAP não deixe claro, a possibilidade de um país definir uma exigência técnica que contrarie norma internacional está condicionada à justificativa científica para a tal medida mais rigorosa. Ainda que o artigo 3.3 do SPS sugira que uma medida mais rigorosa, discrepante de padrões internacionais, possa se sustentar seja em fundamentação científica, seja em verificação de risco, a parte final deste dispositivo indica que a medida em questão não pode violar nenhuma outra previsão do Acordo.

305 E entende-se que a lista de exceções prevista no artigo XX é exaustiva, e não meramente exemplificativa. Cf., por exemplo, MATTOO, Aaditya; MAVROIDIS, Petros. *Op. cit.*, p. 335.

306 TBT, artigo 2.2.

Como o artigo 2.2 prevê que todas as medidas sanitárias ou fitossanitárias devem ter base científica, acabou-se por concluir que a verificação de risco, isoladamente, não basta para garantir a legalidade de uma medida diante do SPS.

- No que atine à relação entre verificação de risco e justificativa científica, é importante notar neste caso as implicações da ampliação do conceito de verificação de risco pelo OAP – o que, em princípio, poderia permitir o uso de barreiras técnicas de cunho protecionista. Entretanto, se considerada a necessidade de uma correspondência lógica entre a verificação do risco (por mais amplo que possa ser o conceito) e a medida tomada, baseada em critérios científicos – tem-se assim uma mitigação do risco de protecionismo antes sugerido. A razão da ampliação do conceito de verificação de risco parece estar antes associada à preocupação da OMC com maior legitimidade da decisão. Em seu conceito de verificação de risco, o OAP passou a incluir também preocupação dos consumidores, hábitos, questões morais etc. – que de fato não estão presentes no SPS como elementos a balizarem a verificação do risco. O contraponto a esta flexibilização, como observado, parece ser dado pela exigência de que a medida tomada tenha base científica e de que haja uma correspondência lógica entre a verificação do risco e a medida tomada (que deve ter fundamento científico).

- Diante destas considerações, entende-se a partir deste precedente que as políticas de risco zero, desde que fundamentadas cientificamente, são viáveis. A intolerância ao risco seria cabível mesmo em caso de incerteza científica sobre um determinado tema, desde que haja posicionamento científico – ainda que minoritário – que venha a confirmar o risco.

3.3. O Precedente do Amianto

Este caso, que efetivamente toca o TBT, trata de reclamação canadense quanto a restrições impostas pela França ao comércio de amianto e de produtos o contenham. Levado à OMC em junho de 1998, o caso teve desfecho em abril de 2001, quando o OSC acatou o relatório

do OAP que considerou lícito o decreto francês limitador do comércio destes bens, com base em preocupações relativas à saúde humana.[307]

De início, vale notar que os Países-Membros da Comunidade Européia recorrem à OMC em bloco, como se fossem um só membro.[308] A Comunidade Européia os representa tanto ativamente, quanto passivamente. Assim, muito embora o decreto questionado seja francês, tendo vigência tão-somente naquela jurisdição, o caso foi apresentado contra a Comunidade Européia. Entretanto, é importante destacar que cada um dos 15 membros que compõem o bloco continua com direito a voto próprio nos órgãos da OMC, inclusive no OSC, para efeitos de contagem de número de votos, ainda que na prática estes países manifestem-se em conjunto.

Quanto ao mérito da disputa, parece haver um certo consenso quanto ao entendimento científico a indicar efeitos prejudiciais à saúde humana decorrentes de contato com fibras de amianto ou produtos em que estas estejam presentes, notadamente o cimento de amianto, bem que permite a utilização comercial ou industrial das fibras do amianto. Estudos apontam que tais bens apresentam efeitos altamente cancerígenos, em função de uma combinação particular de sua estrutura molecular, composição química e capacidade de fibrilação, podendo provocar câncer no pulmão e mesotelioma (que também pode levar ao câncer). Em 1977, a Organização Mundial da Saúde (OMS) já confirmava estes efeitos sobre a saúde humana.[309]

A este respeito, observou o painel que o efeito cancerígeno fora confirmado por peritos por ele consultados, com respeito tanto a câncer de pulmão, quanto a mesotelioma. Também indicou o painel que peritos confirmaram que estes tipos de câncer atingem um índice de mortalidade perto de 100%. Assim, concluiu o painel haver evidência suficiente de que existe de fato um sério risco à saúde e à vida humana associado à inalação de fibras de crisotil.

307 A decisão do OAP encontra-se assim indexada Comunidade Européia – amianto, WT/DS135/AB/R. A decisão do painel, por sua vez, desta forma: Comunidade Européia – amianto, WT/DS135/R.

308 Cf. Acordo Constitutivo da OMC, artigo IX.1.

309 Cf. Comunidade Européia – amianto, WT/DS135/AB/R, par. 162.

Por outro lado, o painel constatou que as fibras de vidro, celulose e PVA não são classificadas pela OMS no mesmo nível de risco das fibras de amianto. Os peritos também confirmaram ao painel que o entendimento científico atual não atribui às fibras de vidro, celulose ou PVA o mesmo risco associado às fibras de amianto.[310]

Fundada nestas preocupações, a França editou o Decreto nº 96-1133, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1997.[311] Os artigos 1º e 2º do decreto mencionado estabelecem proibições sobre o amianto e sobre produtos que contenham fibras de amianto, seguidas de algumas exceções temporárias a estas proibições. Os dispositivos relevantes estão assim redigidos:

> *Artigo 1º*
>
> *I – Com o propósito de proteger trabalhadores, e segundo o artigo L. 231-7 do Código do Trabalho, produção, processamento, venda, importação, colocação no mercado doméstico e transferência a qualquer título de qualquer variedade de fibras de amianto deve ser proibida, não importando que tais substâncias tenham sido incorporadas em materiais, produtos ou equipamentos.*
>
> *II – Com o propósito de proteger consumidores, e segundo o artigo L. 221-3 do Código do Consumidor, a produção, importação, comercialização doméstica, exportação, posse para venda, oferta e venda, e transferência a qualquer título de qualquer variedade de fibra de amianto ou qualquer produto que contenha fibras de amianto deve ser proibida (...)*
>
> *Artigo 2º*
>
> *I – De modo temporário e excepcional, o banimento instutiuído sob o artigo I não se aplica a certos materiais*

310 Cf. Comunidade Européia – amianto, WT/DS135/R, par. 8.220.

311 *Décret nº 96-1133, relatif à l'interdiction de l'amiante, pris en application du code de travail et du code de la consommation.* O decreto pode ser visto em <http://www.sante.gouv.fr/amiante/connaitre/reglementation/france/textes_generaux/d241296.htm>

existentes, produtos ou equipamentos que contenham fibras de crisotil quando, para apresentar função equivalente, nenhum substituto para a fibra esteja disponível que:

a) (...)

De forma geral, pode-se dizer que este é um caso bastante polêmico, que deu ensejo a diversas manifestações de ONGs ligadas tanto ao meio ambiente quanto a interesses de consumidores. Efetivamente, este é mais um julgado delicado em que a OMC teve de ponderar o direito de os países definirem seu grau de tolerância ao risco, o livre comércio, as preocupações ligadas à saúde de uma população, os interesses subjacentes às medidas tomadas, notadamente interesses protecionistas que poderiam se albergar em iniciativas que supostamente visassem à obtenção de um resultado legítimo.

O Canadá, exportador de amianto, recorreu à OMC para que a medida européia fosse considerada incompatível com os acordos da Organização. Na essência, o Canadá argüiu que o decreto francês constituía um regulamento técnico e que, portanto, dispositivos específicos do TBT, que seriam hábeis a condenar a medida européia, deveriam ser analisados, notadamente os que vedam tratamento discriminatório entre produtos similares. O Canadá, na mesma linha, alegou que a Comunidade Européia violara o princípio do tratamento nacional, uma vez que o decreto acabava por conceder tratamento mais favorável às fibras de vidro, de celulose e de PVA, bens produzidos também pela França e que, segundo o Canadá, são similares à fibra de amianto.[312]

Por sua vez, a Comunidade Européia alegou que o decreto francês não era um regulamento técnico para fins de aplicação do TBT. Do mesmo modo, ao procurar justificar a legalidade de sua medida, a Comunidade Européia defendeu que a fibra de amianto não poderia ser considerada um produto similar à fibra de vidro, à fibra de celulose ou

[312] Por fim, observou o Canadá que viera a sofer anulação ou redução de benefícios estabelecidos pelos acordos da OMC (artigo XXIII) em função da medida européia, e buscou, com isso, justificar sua reclamação à OMC. Este argumento, contudo, não é aqui explorado de vez que não teve influência decisiva para o resultado do caso.

à fibra de álcool polivinil (PVA), de modo a descaracterizar a aplicação do princípio do tratamento nacional, que exige a similaridade entre os bens comparados.

Em primeira instância, o painel confirmou a legalidade da medida européia. O OAP, muito embora tenha revertido a decisão do painel em vários aspectos, manteve o mesmo resultado final. Ainda, vale destacar o interesse direto do Brasil no caso, que, juntamente com os Estados Unidos, manifestou-se como terceiro interessado na disputa, apresentando documentação ao OAP, o que se comenta ao fim.

A decisão do painel circulou em 18 de setembro de 2000. Em novembro daquele ano, tanto o Canadá quanto a Comunidade Européia (esta, vencedora da disputa) apresentaram apelação ao OSC. Como observado, a decisão do OAP foi aprovada pelo OSC em 5 de abril de 2001.[313] Por ser caso recente, há relativamente pouca manifestação da literatura sobre este precedente. Todavia, do pouco que se pôde colher, tem-se um balanço positivo da decisão.[314]

O Canadá argüiu que a medida européia em questão era inconsistente com os artigos 2.2, 2.4 e 2.8 do TBT.[315] Considerando que estes dispositivos aplicam-se a regulamentos técnicos, o painel decidiu avaliar se o decreto francês poderia ser entendido como tal. Para tanto, o painel julgou apropriado examinar a medida em duas etapas. Primeiramente, analisou o painel "a parte do decreto que proíbe a comercialização de amianto e produtos que o contenham"; em seguida, o painel avaliou as

[313] WTO, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products – Appellate Body and Panel Report – Action by the Appellate Body*. WT/DS135/12. 11/04/2001.

[314] *Vide*, por exemplo, SHAW, Sabrina; SCWARTZ, Risa. *Op. cit.*, p. 150-151 e TRACHTMAN, Joel. Decisions of the Appellate Body of the World Trade Organization. European Journal of International Law, v. 12, n. 4, p. 793-795. Com a ressalva de que o artigo foi publicado antes da decisão da OMC, *vide* de modo geral sobre a questão do amianto HERMAN, Patrick; THÉBAUD-MONY, Annie. The Asbestos Conspiracy: Canada v. France – WTO Rules. *Le Monde Diplomatique*, July 2000. Disponível em: <http://www.en.monde-diplomatique.fr/2000/07/15asbestos>. Acesso em: 20 de janeiro de 2002.

[315] Comunidade Européia – amianto, WT/DS135/AB/R, par. 10 e ss.

"exceções" previstas no decreto. No trecho do decreto transcrito acima, podem-se analisar tais partes, sendo a seção das proibições correspondente ao artigo 1º e a seção das exceções, ao artigo 2º do decreto em questão.

O painel concluiu que a parte do decreto que continha proibições não era um regulamento técnico e, portanto, o TBT não se aplicava a esta parte do decreto. Entretanto, o painel concluiu que a parte do decreto que tratava das exceções constituía, sim, um regulamento técnico, e, desta forma, o TBT a ela incidiria. Em função disso, o painel decidiu não analisar a demanda do Canadá sob a perspectiva do TBT porque, segundo o painel, tal demanda relacionava-se apenas à parte do decreto que continha proibições, o que não constituía um regulamento técnico para fins de aplicação do TBT – na leitura do painel.

Estabelece o Anexo 1.1 do TBT que um regulamento técnico deve ser entendido como:

> *Documento que enuncia as características de um produto ou os processos e métodos de produção a ele relacionados, incluídas as disposições administrativas aplicáveis, cujo cumprimento é obrigatório (...).*

O painel, ao concluir que a parte do decreto que continha proibição não constituía regulamento técnico, observou que uma medida pode ser classificada como tal se:

a) afeta um ou mais produtos específicos;

b) define características técnicas que permitam ao produto ser comercializado no mercado do membro que adotou esta medida; e

c) é de cumprimento obrigatório.

Entendeu o painel que a parte referente à proibição definida no decreto não era um regulamento técnico pois que definia uma proibição geral, e não uma proibição de um dado produto, não respeitando assim o primeiro quesito que ele mesmo estabeleceu para definir um regulamento técnico.

O Canadá apelou deste entendimento, alegando que o painel deveria ter examinado o decreto como uma medida única; e que fez uma interpretação equivocada do Anexo 1.1 do TBT, pois, segundo o Canadá, um regulamento técnico pode sim consistir numa proibição geral. De fato, o OAP acabou condenando a análise partida do decreto feita pelo painel. Segundo o OAP, a natureza jurídica da medida em questão só poderia ser determinada se fosse ela examinada em sua inteireza, em sua completude.

Diante disso, o OAP passou a analisar a definição de regulamento técnico prevista no próprio TBT. De acordo com o OAP, o núcleo da definição está num "documento" que deve "definir" – ou seja, estipular, estabelecer – "características de produtos". Nesta linha, observou o OAP que características são qualidades ou atributos do produto, que podem se referir, *inter alia*, à composição, tamanho, forma, cor, textura, dureza, flamabilidade, condutibilidade, densidade ou viscosidade. Destacou ainda o OAP que "características do produto" podem ser estabelecidas tanto de forma negativa, quanto de forma positiva, ou seja, podem indicar que um produto contenha determinada característica, ou que não contenha determinada característica.

Por fim, quanto ao caráter geral da proibição, salientou o OAP que o regulamento técnico, por certo, deve ser aplicado sobre um produto ou grupo de produtos identificável, caso contrário a exigência do regulamento, em termos práticos, restaria inviabilizada. Entretanto, diferentemente do que sugeriu o painel, isto não significa que um regulamento técnico deva se aplicar a produtos que estejam efetivamente nomeados, identificados e especificados no regulamento. Destacou o OAP que na prática podem existir razões perfeitamente consistentes para a formulação de um regulamento técnico que não expressamente identifique os produtos por nome, mas simplesmente os faça identificáveis. Segundo o OAP, o decreto francês estabelecia medida sobre produtos identificáveis: nenhum produto deve conter amianto; todos os produtos que contenham amianto estão proibidos.

Tendo considerado o decreto francês um regulamento técnico para fins de aplicação do TBT, era de se esperar que o OAP fosse então avaliar a compatibilidade do decreto com os dispositivos apontados pelo Canadá para contestar a medida francesa: os artigos 2.2, 2.4 e 2.8 do TBT. Como o painel decidiu não examinar a reclamação do Canadá em

relação a estes dispositivos por não ter considerado o decreto um regulamento técnico, não chegou o painel a conclusões em relação à análise destes artigos frente ao caso concreto. Assim, por não ter havido questões de direito ou interpretações legais advindas da decisão do painel, o OAP decidiu não haver base adequada para o exame de um órgão de segunda instância, que se deve limitar a estes pontos.

Com efeito, o painel não analisou a demanda do Canadá sob a luz do TBT, pois entendeu que a medida em questão não era um regulamento técnico. Tendo o OAP entendido o decreto francês como um regulamento técnico, teria que analisar sua compatibilidade com os dispositivos relevantes do TBT – não parece que poderia se furtar à análise alegando que, por não ter o painel analisado estes pontos, não haveria "questões de direito" ou "interpretações legais" em relação a eles.[316] Este posicionamento parece diferir de decisão tomada no caso dos hormônios, em que o OAP avançou em questões não enfrentadas pelo painel por partir de diferentes premissas, ao reverter um pressuposto tomado pelo painel.

Ponto central na análise do julgado refere-se ao risco à saúde e ao interesse dos consumidores como critérios para se aferir a similaridade entre bens distintos. Como em outros casos, o conceito de similaridade entre dois produtos mostrou-se chave para a solução deste conflito. Neste precedente, uma longa explanação foi feita sobre similaridade, mais precisamente sobre os critérios a serem estabelecidos na investigação desta característica.

Muito embora tenha o OAP concordado com a aplicação de quatro critérios definidos pelo painel na determinação da similaridade no caso concreto ((a) propriedades, natureza e qualidade dos produtos; (b) uso final dos produtos; (c) gostos e hábitos dos consumidores e (d) classificação tarifária dos produtos),[317] observou que a definição desta

316 Prevendo este problema em tese, e questionando o mal-uso e os efeitos da economia processual na OMC, *vide* THORN, Craig; CARLSON, Marinn. *Op. cit.*, p. 851-852.

317 O painel utilizou-se de precente conhecido como *Border Tax Adjustments* para definir os critérios. Cf. Border Tax Adjustments – L/3436, par. 18. Como se pode perceber, esta situação também foi utilizada como base para a definição da similaridade no caso da gasolina, comentado anteriormente.

característica só poder ser feita caso a caso, e que estes quesitos representam simplesmente ferramentas a se recorrer no exame das evidências apresentadas num dado caso, não sendo nem estabelecidos por tratados, nem componentes de uma lista fechada de requisitos a determinarem a caracterização legal da relação entre os produtos.[318]

Considerando os critérios adotados pelo painel, o OAP passou a reavaliar a análise feita pelo órgão de primeira instância. De fato, o painel examinou a qualidade, a natureza e as propriedades das fibras, ainda que não tenha aí incluído os riscos para a saúde a que elas dão ensejo. No entender do painel, as propriedades físicas isoladamente não bastariam para que os produtos fossem considerados similares.

Entretanto, de acordo com o painel, o fato de os produtos terem o mesmo uso final (segundo critério) superaria as diferentes características físico-químicas dos bens, na qualificação dos produtos como sendo similares. Segundo o painel, "quando dois produtos podem ser utilizados para a mesma finalidade, suas propriedades são equivalentes, senão idênticas"[319] – o que é altamente questionável.

Na análise do terceiro critério, o painel recusou-se a se posicionar sobre o tema (gostos e hábitos dos consumidores), "porque este critério não forneceria resultados claros".[320] Finalmente, o painel não considerou como "decisivas" as diferentes "classificações tarifárias" existentes entre as fibras (quarto critério).[321] Assim, sustentado tão-somente no segundo critério (uso final), o painel julgou as fibras de amianto como sendo similares às de vidro, celulose e PVA.

O OAP, diante disso, concluiu equivocada a análise feita pelo painel, que se concentrou em apenas um dos quatro quesitos pontuados para se aferir a similaridade, qual seja, o uso final dos bens. Criticou o OAP em especial a falta de cuidado com que o painel analisou o terceiro

318 Comunidade Européia – amianto, WT/DS135/AB/R, par. 102.

319 Comunidade Européia – amianto, WT/DS135/R, par. 8.125. Cf. crítica do OAP a este entendimento do painel em Comunidade Européia – amianto, WT/DS135/AB/R, par. 112.

320 Comunidade Européia – amianto, WT/DS135/R, par. 8.139.

321 Comunidade Européia – amianto, WT/DS135/R, par. 8.143.

critério, a saber, os gostos e hábitos dos consumidores. Observou o OAP que, num caso como este, em que as fibras são fisicamente diferentes, um painel não pode concluir que estas são "produtos similares" se não examina evidências relacionadas aos hábitos e gostos dos consumidores. Acrescentou ainda que, especialmente neste caso, evidências relacionadas aos gostos e hábitos dos consumidores indicariam que os riscos à saúde associados às fibras de amianto influenciam o comportamento dos consumidores em respeito às demais fibras em questão.

Diante disso, o OAP reverteu a decisão do painel, julgando sua fundamentação insuficiente, e decidiu que não são o amianto e as demais fibras similares para efeito de aplicação do artigo III.4 do Gatt-1994.[322] Destacou o OAP manifestação do próprio painel, segundo a qual "existe um inegável risco à saúde pública em relação ao crisotil contido nos produtos com alta densidade de cimento de crisotil".[323] Deste modo, o OAP alterou a decisão do painel segundo a qual os riscos para saúde não são relevantes para o exame da similaridade.

Neste caso, discussão relevante se fez a respeito da necessidade da medida para a proteção da vida ou da saúde humana. Analisou-se também neste julgado a aplicabilidade do artigo XX(b) à medida francesa que restringe as importações de produtos que contenham amianto. Como se sabe, o artigo XX do Gatt-1994 dispõe sobre exceções gerais ao comércio internacional e pontua, em suas alíneas, as justificativas para a limitação ao fluxo comercial. Este assim define:

> *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 Acordo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer parte contratante, das medidas (...) "b" necessárias à proteção da vida ou saúde humana, animal ou vegetal.*

322 Comunidade Européia – amianto, WT/DS135/AB/R, par. 126.

323 Comunidade Européia – amianto, WT/DS135/R, par. 8.203. *Vide* também Comunidade Européia – amianto, WT/DS135/AB/R, par. 128.

Cotejando-se o caso exposto com o dispositivo ora transcrito, o painel examinou, seguindo a orientação de inicialmente se investigarem as alíneas, se a utilização de produtos com cimento de crisotil implicava riscos à saúde humana e, posteriormente, se a medida era necessária para proteger a vida ou a saúde humana (*caput*). O painel, por não ter o Canadá conseguido comprovar que o amianto não é prejudicial à saúde humana, entendeu que os produtos associados a este bem podem efetivamente causar prejuízo ao ser humano. Sob protestos do Canadá, o OAP manteve a decisão do painel neste aspecto.

Diante disso, passou o painel a analisar se a medida era necessária para proteger a saúde pública para fins de aplicação do artigo XX(b). O painel se manifestou pela necessidade da medida para os fins expostos. Quanto a isso, o Canadá insurgiu-se alegando as seguintes questões: que o painel teria errado ao concluir que produtos com cimento de amianto provocam risco à saúde humana; que o painel teria se equivocado ao não fazer uma avaliação quantitativa do risco associado aos produtos com cimento de amianto, não devendo simplesmente se sustentar nas hipóteses das autoridades francesas, e que o painel teria errado ao decidir que o nível de proteção à saúde presente no decreto francês obsta todos os riscos à saúde relacionados ao amianto.

No primeiro argumento, quanto a evidências científicas sobre o risco à saúde, o OAP não se alongou para rejeitar o argumento canadense, confirmando o caráter cancerígeno do amianto. No que atine ao segundo argumento, sobre a quantificação do risco, o OAP também não hesitou em afirmar que não há exigência, com base no artigo XX(b) do Gatt-1994, de que o painel quantifique o risco para que constate sua existência. O risco, segundo o OAP, pode ser tanto quantitativo quanto qualitativo, sendo que este teria sido demonstrado no caso sob análise.

O terceiro argumento canadense, que trata do nível de proteção, merece ser avaliado com mais cautela. Segundo o Canadá, o banimento do amianto pelos franceses não teria o condão de afastar todos os riscos associados ao uso de amianto no país e, diante disso, a medida não seria necessária para proteger a saúde humana, no sentido de que não bastaria para evitar casos de câncer. Em relação a este argumento, adiantou-se o OAP em afirmar que "observamos que é indiscutível que os membros da OMC têm o direito de determinar o

nível de proteção à saúde que considerarem apropriado numa dada situação".[324] Entendeu o OAP que sua conclusão não teria sido alterada pelo fato de que fibras de celulose, vidro ou PVA podem também provocar riscos à saúde. Segundo o OAP, as evidências científicas apresentadas ao painel indicam que o risco gerado por estas fibras é, em todo caso, menor que o risco provocado pelas fibras de amianto, muito embora as provas apresentadas ao painel não indicassem a inexistência de risco associado às fibras de vidro, celulose ou PVA. Diante destas considerações, o OAP entendeu ser a medida francesa necessária para proteger a saúde pública.[325]

Ainda, o Canadá pontuou outro argumento, segundo o qual o painel teria errado ao concluir que o "uso controlado" do amianto não consistiria uma alternativa razoável ao decreto francês, que impunha o banimento. Sustentou o Canadá que o "uso controlado" do amianto representaria uma medida "razoável e disponível" a servir ao mesmo fim do decreto comentado, constituindo alternativa menos restritiva ao comércio. A questão é, portanto, se se poderia razoavelmente esperar que a França empregasse práticas de "uso controlado" para obter o nível que escolheu de proteção à saúde.

Ora, neste caso, se se entende que um Estado pode determinar seu próprio nível de proteção, de tolerância ao risco, estando este cientificamente embasado, não parece este membro estar obrigado a práticas de "uso controlado", que implicam mais riscos do que o "não-uso". Desta forma decidiu o OAP. Segundo o órgão de segunda instância, não se poderia exigir que a França empregasse uma medida alternativa se tal medida envolvesse a manutenção do risco que o decreto busca justamente banir. A medida alternativa, com efeito, impediria que a França alcançasse o nível de proteção à saúde por ela determinado.

Assim, o direito de o membro tomar medidas para garantir o nível de proteção à saúde desejado (estando este fundamentado) prevaleceu em relação à obrigação de os membros adotarem as práticas

324 Comunidade Européia – amianto, WT/DS135/AB/R, par. 168.

325 Sobre a necessidade, *vide* também o Capítulo 4 deste livro.

menos restritivas ao comércio. Talvez, melhor: a obrigação da adoção da medida menos restritiva ao comércio persiste apenas até o limite em que as alternativas mostram-se igualmente hábeis à consecução do fim legítimo desejado, estando tal preocupação fundada.

Com base nas evidências científicas levadas ao painel, concluiu este que, em geral, não havia comprovação da eficácia das medidas de "uso controlado". Tal entendimento foi confirmado pelo OAP, que observou que o "uso controlado" não permitiria à França alcançar o nível de proteção à saúde por ela escolhido e consubstanciado no decreto. O "uso controlado", desta forma, não constituiria uma medida alternativa hábil a atingir os fins buscados pela França".[326]

A título conclusivo, é de se destacar que este precedente, que envolve o TBT, traz importantes implicações para a definição de barreiras técnicas ao comércio internacional. Parece, na verdade, ter garantido, no âmbito deste Acordo, algumas conclusões alcançadas no caso dos hormônios, que se resolveu com base no SPS. Do mesmo modo, parece ter se aproveitado de raciocínios já desenvolvidos quando da solução do caso da gasolina, notadamente no que atine aos critérios para similaridade entre produtos. O precedente comentado, todavia, por se tratar de regulamento técnico absolutamente legítimo no entender deste estudo, não contribui diretamente para a averiguação da capacidade da OMC em detectar medidas técnicas descabidas, que visem a albergar práticas protecionistas dissimuladas.

Entretanto, numa análise mais ampla, também não se pode desconsiderar a importância do julgado na definição de um equilíbrio

326 Comunidade Européia – amianto, WT/DS135/AB/R, par. 174. Segundo Trachtman, "*[i]nterestingly, the Appellate Body referred to its decision in Korea – Beef* [Coréia – carne, WT/DS/169/AB/R, par. 166] *to the effect that in determining whether another alternative method is reasonably available, it is appropriate to consider the extent to which the alternative measure contributes to the realization of the end pursued.*" [Comunidade Européia – amianto, WT/DS135/AB/R, par. 172, que cita Coréia – carne, WT/DS/169/AB/R, par. 163 e 166] "*This is a significant departure from the conventional understanding of 'reasonably available', which would consider the costs of the alternative regulation but not the degree of its contribution to the end*". TRACHTMAN, Joel. *Op. cit.*, p. 6.

entre o direito de os membros restringirem o comércio com fins legítimos e o princípio do livre comércio, fim último da OMC. Neste sentido, o precedente contribui para o estabelecimento de critérios a partir dos quais futuros painéis e mesmo o OAP poderão se basear para distingüir uma restrição legítima ao comércio internacional de outra limitação descabida.

A decisão do OAP parece ter sido bem recebida pela opinião pública, pela academia, pelos membros da OMC e por ONGs. O OAP, ao julgar este caso, deparou-se com um número tal de manifestações de ONGs que acabou definindo critérios para o recebimento de relatórios, pareceres etc.[327] O ESC, contudo, não prevê expressamente a participação destas entidades no procedimento de solução de controvérsias da OMC.

Na verdade, nem mesmo um membro da Organização que não tenha manifestado seu interesse em atuar como terceiro interessado pode apresentar seu posicionamento ao OSC sobre um caso que esteja sendo julgado.[328] O OAP, neste precedente, entretanto, diante do interesse despertado pelo caso, embasado no seu direito de buscar informações,[329] admitiu que interessados lhe enviassem seu posicionamento.

327 Tomou o OAP esta decisão, consultando as partes e com base no item 16.1 dos Procedimentos para análise do Órgão de Apelação, que trata de questões procedimentais não definidas pelo ESC com as quais venha a se deparar (Cf. WTO, *Working Procedures for Appellate Review*. WT/AB/WP/3. 28/02/1997). Sobre esta questão, *vide* Comunidade Européia – amianto, WT/DS135/AB/R, par. 50-57.

328 A possibilidade de o OAP receber documentos de entidades outras que não os membros na disputa, terceiros interessados e peritos especificamente designados para tanto foi alvo de críticas por parte do Paquistão, que julgava ser esta uma intervenção indevida de terceiros (Cf. WTO, *Preparations for the 1999 Ministerial Conference – The Dispute Settlement Understanding (DSU) – Communication from Pakistan*. WT/GC/W/162. 01/04/1999). Tal situação já havia ocorrido no caso do camarão e é cercada de alguma polêmica entre os membros da OMC, uma vez que tal possibilidade não está prevista no ESC. (Cf. Estados Unidos – Camarão, WT/DS58). É possível que esta questão seja discutida numa reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC.

329 Cf. ESC, artigo 13, que trata do direito a buscar informação.

A possibilidade de participação destas entidades foi divulgada pelo sítio da OMC, juntamente com indicações sobre o prazo e a forma dos documentos a serem apresentados.[330] A decisão do OSC em admitir esta forma de participação indireta de ONGs parece contribuir para maior legitimidade não apenas do sistema de solução de controvérsias da OMC, mas também da própria Organização, e merece ser discutida com vistas à sua institucionalização.

Interessante é perceber que este julgamento provocou na sociedade civil dos Países-Membros da OMC discussões quanto à permissão para a importação de produtos com amianto, alertando pessoas de todo o mundo sobre os riscos associados a estes bens. Curiosamente, por exemplo, na esteira deste caso, a Argentina adotou Resolução MS nº 823/2001, que proíbe a produção, importação, comercialização e uso das fibras de amianto crisotil e produtos que as contenham.[331]

Assim, ainda que o propósito do sistema de solução de controvérsias não seja este, acaba por indiretamente contribuir para que se divulguem entre os membros da OMC, por exemplo, efeitos prejudiciais à saúde decorrentes da utilização de certa substância, permitindo que autoridades nacionais tomem medidas com vistas a promover a saúde humana, aliás, com a vantagem de saberem de antemão que a legalidade da medida já fora confirmada pela OMC. Este parece ser um importante resultado de casos como o do amianto, muito embora não sejam tais aspectos efetivamente explorados na literatura específica, à medida que ultrapassam os limites dos casos julgados e dos objetivos primeiros do sistema de resolução de disputas.

Ainda que quanto ao resultado útil esteja-se de acordo com a decisão do OAP, algumas críticas pontuais talvez possam ser dirigidas à sua atuação neste precedente, decorrentes muito possivelmente de um entendimento por demais estreito que teve do seu próprio mandato neste caso (ao contrário de outros precentes). Recusou-se o OAP a analisar a

330 Dezessete entidades remeteram pareceres ao OAP, 11 das quais dentro do prazo estabelecido. Tais organizações estão listadas nas notas 30 e 32 do relatório do OAP.

331 Cf. WTO, *Committee on Technical Barriers to Trade – Notification – Argentina – Asbestos fibers*. G/TBT/N/ARG/24. 03/10/2001. *Vide* Inmetro. *Inmetro Informação*, v. 20, n. 11, nov. 2001, p. 6.

legalidade da medida sob a ótica de dispostivos específicos do TBT, que efetivamente constituem importante instrumento de combate a práticas protecionistas.[332] O estudo principalmente deste ponto permitiria uma compreensão ainda mais ampla das possibilidades de utilização de barreiras técnicas ao comércio internacional.

Em síntese, os seguintes aspectos, extraídos deste precedente, mostram-se como os mais relevantes para futuras análises de medidas protecionistas revestidas por exigências técnicas:

- Confirmação de um conceito abrangente de regulamento técnico, revertendo a decisão do painel que havia entendido que um regulamento técnico, para ser caracterizado como tal, deveria nomear especificamente os produtos sobre os quais incidiria, não o podendo fazer de forma geral (por exemplo: todos os produtos que contenham amianto estão proibidos para importação). O OAP entendeu que o produto deve ser identificável, como no caso era, e não necessariamente identificado na medida.

- Garantia de que o risco à saúde e o interesse dos consumidores devem constituir critérios para se aferir a similaridade entre produtos, característica essa indispensável à aplicação tanto da cláusula da nação mais favorecida, quanto do princípio do tratamento nacional. O OAP, revertendo a decisão do painel, considerou tanto os efeitos para a saúde, quanto as preferências dos consumidores como elementos importantes na identificação da similaridade no caso concreto. Os efeitos para a saúde foram bastantes para que o OAP modificasse a decisão do painel, concluindo assim que as fibras são diferentes para efeito de aplicação do princípio do tratamento nacional.[333]

[332] *Vide*, sobre a recusa do OAP em analisar a compatibilidade da medida com o TBT, PAUWELYN, Joost. Cross-agreement complaints before the Appellate Body: a case study on the EC-Asbestos dispute. *World Trade Review*, v. 1, n. 1, Mar. 2002, p. 63-87.

[333] Como notam Shaw e Schwartz, "*[t]he Asbestos decision has brought the TBT Agreement front and centre in the debate on a core concept in the WTO and in the trade and environment debate – how to interpret the concept of "like product". The Appellate Body will undoubtedly have another opportunity to address the TBT Agreement in a future panel*". SHAW, Sabrina; SCHWARTZ, Risa. *Op. cit.*, p. 151.

- Confirmação do entendimento, já expresso no precedente dos hormônios (ainda que julgado pelo SPS), de que não há exigência, com base no artigo XX(b) do Gatt-1994, de que o painel quantifique o risco para que constate sua existência. Segundo o OAP, o risco pode ser tanto aferido quantitativamente quanto qualitativamente, sendo que neste precedente os danos à saúde garantiam a comprovação qualitativa do risco.

- Confirmação do entendimento de que para que uma medida seja considerada como necessária para proteger a saúde (artigo XX(b)) não precisa ela garantir que seu resultado útil seja obtido. O Canadá insistia em que o banimento não asseguraria que a França estivesse livre dos problemas decorrentes do uso de amianto (como o câncer), e que por isso não seria necessário para tal fim. Concluiu o OAP que para que uma medida possa ser considerada necessária não obrigatoriamente deve garantir o fim último a que se propõe (ou seja, não precisa ser bastar para a obtenção do resultado), mas deve contribuir diretamente para ele.

- Confirmação do entendimento, antes expresso no caso dos hormônios (com outro fundamento) de que os membros da OMC têm direito de estabelecer seu próprio nível de tolerância ao risco, estando embasados cientificamente. Diante deste entendimento, o OAP rejeitou o argumento canadense de que a França poderia utilizar-se do "uso controlado" do amianto como medida "razoável e disponível", obtendo o mesmo resultado proposto pelo decreto. Segundo orientação trilhada pelo OAP, a medida alternativa, com efeito, impediria que a França alcançasse o nível de proteção à saúde por ela determinado, uma vez que o Canadá não havia logrado comprovar que o tal "uso controlado" teria a mesma eficácia em afastar os riscos à saúde que o banimento dos produtos.

3.4. O Precedente das Sardinhas

Em abril de 2001, o Peru acionou o sistema de solução de controvérsias da OMC contra a Comunidade Européia[334] por entender que o Regulamento do Conselho (EEC) nº 2.136/89, que impede que exportadores peruanos continuem a se utilizar da descrição comercial *sardinhas* para seus produtos, violaria, *inter alia*, os artigos 2º e 12 do TBT. Em setembro de 2002 foi em definitivo a medida européia considerada incompatível com o regime jurídico da OMC.[335]

Em essência, a disputa em questão é relativa a dois peixes, a *Sardina pilchardus Walbaum* (*Sardina pilchardus*) e a *Sardinops sagax sagax* (*Sardinops sagax*), pertencentes a espécies distintas das mesmas subfamília e família animal. A *Sardina pilchardus* é encontrada principalmente nas costas da parte leste do Atlântico Norte, no Mar Mediterrâneo e no Mar Negro, ao passo em que a *Sardinops sagax* é encontrada especialmente no Oceano Pacífico, ao longo do litoral do Chile e do Peru. De acordo com o painel, apesar das várias diferenças morfológicas que podem ser observadas entre os peixes em questão, dispõem eles de uma ampla gama de características similares (inclusive listadas pelo painel), além de terem o mesmo uso final: são comercializados para alimentação, em lata, embebidos em geral em água ou óleo.

Em junho de 1989, a Comunidade Européia editou regulamento técnico (EEC nº 2.136/89) definindo padrões comuns para comercialização de sardinhas em conserva. Este regulamento define, em seu artigo 2º, que apenas produtos preparados de peixes da espécie *Sardina pilchardus* podem se utilizar, na comercialização, da denominação *sardinha*.

É importante registrar, todavia, que em 1978 a Comissão do *Codex Alimentarius* definiu padrões para sardinhas enlatadas, por meio

334 WTO, *European Communities – Trade Description of Sardines – Request for the Establishment of a Panel by Peru*. WT/DS231/6. 08/06/2001. A decisão do painel, ora comentada, encontra-se assim indexada: Comunidade Européia – sardinhas, WT/DS231/R.

335 Vale registrar que no julgamento específico atuou o brasileiro Luiz Olavo Baptista no OAP.

do documento *Codex Stand* 94. De acordo com o artigo 1º desta norma, aplica-se ela a "sardinhas enlatadas e produtos tipo-sardinha embalados em água, óleo ou outro meio cabível". O artigo 2.1 do *Codex Stan* 94 indica que sardinhas ou produtos tipo-sardinha podem ser qualquer um dos listados num rol de 21 espécies, entre as quais se incluem tanto a *Sardina pilchardus*, quanto a *Sardinops sagax*. De acordo com esta norma, a identificação dos produtos sobre os quais incide deve se dar por uma das seguintes formas:

a) "Sardinhas" (exclusivamente para a *Sardina pilchardus*); ou

b) "Sardinhas (de) X", em que X significa um país, uma área geográfica, espécie ou nome da espécie, de acordo com as regras e os costumes do país no qual o produto é vendido e de maneira a não enganar o consumidor.

De acordo com o Peru, em função disso, a medida européia que impede a comercialização da *Sardinops sagax* com o nome de sardinha (mesmo que com o qualificador "peruana" ou "do Pacífico", por exemplo) constituiria obstáculo desnecessário ao comércio internacional e daria azo a tratamento discriminatório em relação às sardinhas conservadas oriundas de seu país.

Na essência, em termos jurídicos, questiona-se neste precedente a legalidade de um regulamento técnico que obsta à importação de produto que se utilize em suas embalagens de uma dada denominação pela qual sempre fora conhecido. Tal regulamento teria sido definido sobretudo com vistas à defesa dos interesses dos consumidores, que estariam comprando uma espécie de peixe, na suposição de estarem adquirindo outra de melhor casta. Qualifica esta situação o fato de haver uma norma internacional indicando que produtos da espécie comercializada pelo Estado reclamante podem se utilizar do nome pretendido. Do mesmo modo, qualifica a situação o fato de que o membro que impôs o regulamento técnico dispõe localmente de peixes cuja comercialização pode-se dar pelo nome vedado aos peixes da espécie pescada no exterior.

O Peru alegou que a Comunidade Européia teria violado dispositivos específicos do TBT, que se referem a regulamentos técnicos. Tanto painel, quanto, posteriormente, OAP avaliaram se a medida européia

efetivamente constituía um regulamento técnico, para então passar às questões de mérito. Apesar das tentativas da Comunidade Européia em dificultar esta caracterização, decidiu-se que, sim, a medida sob análise enquadrava-se na definição de regulamento técnico.

Numa linha de argumentação diferente, a Comunidade Européia tentou novamente afastar a incidência do TBT ao caso concreto. Sustentou a Comunidade Européia que o TBT, que entrou em vigor juntamente com os demais acordos da OMC em janeiro de 1995, não se aplicaria a medidas adotadas antes desta data. Em outros termos, o Acordo valeria apenas para medidas cujo início da vigência tenha se dado a partir de janeiro de 1995. Como o regulamento europeu foi editado em 1989, sobre ele não incidiriam os acordos da OMC e, portanto, não haveria base para se questionar a medida analisada. O OAP, confirmando decisão do painel, decidiu, com fundamento tanto no TBT, quanto na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados,[336] quanto ainda em precedentes da própria OMC[337] que, sim, o TBT incidiria sobre medidas que, muito embora adotadas antes do início de sua vigência, persistissem após isso.

Afastadas as alegações preliminares, as questões substantivas passaram a ser analisadas. Acompanhou o painel a ordem das alegações formuladas pelo Peru. Como, de fato, o painel concluiu que a medida européia era incompatível com o artigo 2.4 do TBT, primeiro ponto levantado pelo Peru, os demais itens não foram examinados, com base na economia processual. Muito embora tenha o OAP modificado a decisão do painel em matéria de ônus da prova, manteve o julgado em seus demais aspectos e, assim, em seu resultado útil, qual seja, a condenação da medida européia, não analisando, do mesmo modo, os demais pontos suscitados pelo Peru. Faz-se, neste item, um exame do conteúdo da decisão, limitando-se, contudo, aos aspectos avaliados pelo

336 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, artigo 28: "A não ser que uma intenção diferente resulte do tratado, ou salvo disposição em contrário, as disposições de um tratado não obrigam uma parte em relação a um ato ou fato anterior ou a uma situação que deixou de existir antes da entrada em vigor do tratado em relação a essa parte". Cf. MAROTTA RANGEL, Vicente. *Op. cit.*, p. 309.

337 Brasil – coco dessecado, WT/DS22.

painel e pelo OAP, que se concentram efetivamente no artigo 2.4 do TBT.

De início, ainda, vale ter sempre presente os riscos da utilização do argumento da economia processual. Pense-se, por exemplo, na hipótese de o OAP ter entendido que a medida européia é compatível com o artigo 2.4 do TBT. Neste caso, teriam que ser analisados pelo OAP os demais argumentos peruanos, o que possivelmente ensejaria exame de questões de fato pelo OAP (o que não é permitido pelo ESC), e que certamente implicaria a supressão de um grau de jurisdição na análise destas questões, uma vez que a decisão do OAP seria única e definitiva (o que também contraria o próprio espírito do novo sistema de solução de controvérsias, que justamente viabiliza a possibilidade de se recorrer de uma decisão). Do mesmo modo, pode-se pensar na possibilidade de o OAP ter revertido a decisão do painel de avaliar primeiramente o TBT, para então, caso necessário, passar ao Gatt-1994. Na hipótese disto ter ocorrido, a manifestação da OMC sobre compatibilidade da medida com o Gatt-1994 não estaria sujeita a um reexame a que os membros têm direito. São estas questões procedimentais às quais os Estados devem atentar na futura revisão do ESC.

Postas as questões introdutórias, adentra-se na substância do caso, apresentando o conteúdo do artigo 2.4 do TBT, objeto central da controvérsia.

> *Quando forem necessários regulamentos técnicos e existam normas internacionais pertinentes ou sua formulação definitiva seja iminente, os membros utilizarão estas normas, ou seus elementos pertinentes, como base de seus regulamentos técnicos, exceto quando tais normas internacionais ou seus elementos pertinentes sejam meio inadequado ou ineficaz para a realização dos objetivos legítimos perseguidos, por exemplo, devido a fatores geográficos ou climáticos fundamentais ou problemas tecnológicos fundamentais.*

Diante deste dispositivo, discutiu-se inicialmente a alocação do ônus da prova. Em termos práticos, entendeu-se que este artigo cria uma presunção de que os regulamentos técnicos que estejam de acordo com normas internacionais são compatíveis com o TBT. Por outro lado,

no caso concreto, em face de medida discrepante de padrões internacionais, não estaria claro se caberia ao Peru comprovar que a adoção de tais normas *seria* meio adequado e eficaz para a obtenção dos objetivos europeus, ou se caberia a Comunidade Européia, que fugiu aos padrões, comprovar que tais regras *não seriam* adequadas ou eficazes para tanto.

O painel, diante da divergência instaurada, resgatou o princípio geral em matéria de ônus da prova, segundo o qual quem alega comprova e quem se defende arguindo estar albergado em outro dispositivo também o deve demonstrar. De acordo com o painel, o Peru provou haver norma internacional aplicável à matéria, e a Comunidade Européia entendeu que a utilização da *Codex Stan* 94 (norma aplicável) seria meio inefetivo ou inapropriado para a obtenção dos objetivos legítimos perseguidos, com base na parte final do artigo 2.4 do TBT. Seguindo esta leitura, decidiu o painel caber a Comunidade Européia o ônus de comprovar que a adoção da norma internacional em questão não seria meio adequado para que atingisse o fim almejado pelo regulamento técnico que impôs.

Além disso – acrescentou o painel – não faria sentido obrigar a parte reclamante determinar quais são os objetivos legítimos definidos pela parte reclamada e que fatores tornariam a norma internacional inapropriada para a obtenção de tais fins. Assim, segundo o painel, quando um membro questiona um regulamento técnico com base no artigo 2.4 do TBT, não se pode exigir que ele "adivinhe" os objetivos e, ainda mais, a razão do caráter inapropriado das normas internacionais.

O OAP, contudo, modificou a decisão do painel sobre ônus da prova – aliás, praticamente o único ponto da decisão de primeiro grau que veio a ser reformada.

Vale recordar que, no caso dos hormônios, julgado com base no SPS, o painel que analisou a controvérsia entendeu que caberia, do mesmo modo, à parte que diverge de uma norma internacional comprovar por que o faz. Esta decisão – note-se bem – foi revertida pelo OAP. Concluiu o OAP que os membros têm o direito de definirem regras mais estritas que padrões internacionais eventualmente existentes na matéria sem que isso implique que tenham o ônus de comprovar a razão da divergência.

Segundo o OAP, no caso dos hormônios, o direito de definir regulamentos sanitários ou fitossanitários mais exigentes que normas internacionais é um direito autônomo dos membros da OMC e que, portanto, o Estado que questiona um regulamento por este desviar de normas internacionais deve comprovar que as normas internacionais aplicáveis seriam suficientes para que o outro membro atingisse, por meio delas, seus objetivos considerados legítimos. O OAP, agora no caso das sardinhas, confirmou esta leitura em sede de TBT.

Discutiu-se, então, se a norma do *Codex Alimentarius* (*Codex Stan* 94) era norma internacional pertinente para fins de aplicação do TBT. No exame da compatibilidade da medida européia com o artigo 2.4 do TBT (especificamente sua parte final), acima transcrito, o painel procedeu à seguinte análise (no que não foi contestado pelo OAP):

a) investigou se o *Codex Stan* 94 é norma internacional, segundo a definição do TBT;

b) verificou se foi ele definido por uma instituição internacional normalizadora, tendo em vista que o entendimento que normas internacionais são aquelas definidas pelas ditas entidades; e

c) analisou se tal norma é relevante ou pertinente, no contexto do próprio artigo 2.4.

Quanto ao item (a), referente à possibilidade do padrão *Codex Stan* 94 ser entendido como uma norma internacional, o painel recorreu à própria definição de norma internacional constante do Anexo 1 do TBT, concluindo que a regra é, sim, uma norma internacional. Foi o painel além, afirmando que normas internacionais devem ser definidas por instituições internacionais normalizadoras e que, portanto, para que o *Codex Stan* 94 possa ser considerado norma internacional, a Comissão do *Codex Alimentarius* deve ser uma instituição internacional normalizadora. Neste ponto, pode-se passar ao segundo item pontuado pelo painel.

No que atine ao item (b), ou seja, à possibilidade de se entender a Comissão do *Codex Alimentarius* como instituição internacional normalizadora, o painel recorreu novamente à própria definição do TBT

sobre esta categoria. Entendeu o painel que o critério essencial para que se possa identificar uma instituição internacional normalizadora encontra-se no fato de esta estar aberta à participação de todos os membros da OMC. Diante disso, o painel lançou mão de documento intitulado Estatuto e Regras de Procedimento para a Comissão do *Codex Alimentarius*, no qual localizou regra a partir da qual concluiu que o acesso à Comissão é franqueado a todos os membros da OMC. Definiu assim o painel ser a Comissão do *Codex Alimentarius* instituição internacional normalizadora para fins de definição de norma internacional.[338]

Finalmente, concentrou-se o painel em avaliar se ao *Codex Stan* 94 poderia ser atribuído o caráter de norma internacional pertinente (*relevant international standard*, no original), para fins de aplicação do artigo 2.4 do TBT (item (c)).

É válido ainda registrar que a Comunidade Européia alegou que o *Codex Stan* 94 não seria norma internacional pertinente uma vez que sua adoção não se deu por consenso – este ponto inclusive mereceu atenção da Comunidade Européia em sua apelação. Consta do próprio TBT que normas internacionais, para valerem como tais, não precisam ser definidas por consenso.[339] Neste momento, vale recordar comentário feito anteriormente neste livro: mesmo os Estados que, na formulação de uma norma internacional, manifestam-se contra o seu conteúdo, devem respeitar a regra, caso seja ela adotada. Esta é uma conclusão importante a que poucos Estados parecem estar atentos na prática. Como se destacará posteriormente, a isto devem dirigir a atenção principalmente os PEDs, cuja atuação nas instituições internacionais normalizadoras é no mais das vezes prejudicada pela falta de recursos.

Tendo entendido o *Codex Stan* 94 como norma internacional pertinente, analisou o painel se seria tal regra inefetiva ou inapropriada para a obtenção dos objetivos regulatórios europeus. Tal investigação

338 Vale notar que o SPS reconhece expressamente a Comissão do *Codex Alimentarius* como instituição internacional normalizadora – o que não ocorre no âmbito do TBT. Importa ainda registrar que a definição de norma internacional apresentada pelo TBT refere-se apenas a instituição reconhecida, e não a instituição internacional normalizadora.

339 TBT, Anexo 1, item 2, nota explicativa.

fez-se necessária justamente porque o artigo 2.4 do TBT autoriza os membros da OMC a não adotarem normas internacionais pertinentes como base para seus regulamentos técnicos caso estas se mostrem inefetivas ou inapropriadas para a obtenção dos propósitos legítimos buscados pelo Estado que os define.

De acordo com a Comunidade Européia, o *Codex Stan* 94, ao permitir o emprego da palavra sardinha para produtos que não sejam *Sardina pichardus*, seria inefetivo ou inapropriado para a garantia dos objetivos de defesa do consumidor, transparência do mercado e competição justa. Entre outros argumentos, observou a Comunidade Européia que o Peru não deveria se aproveitar da boa reputação associada ao termo sardinhas, mas que deveria, sim, desenvolver reputação dos produtos que comercializa e convencer de maneira justa o consumidor a adquirir tais produtos em razão de suas próprias características.

Em função do que se comentou anteriormente, quando se tratou de ônus da prova, entendeu o painel que caberia à Comunidade Européia, como parte que alegou o caráter inefetivo ou inapropriado da norma internacional, o ônus de comprová-lo. Este ponto, como observado, foi alterado pelo OAP. Neste aspecto, é interessante notar como o painel – sem o admitir – já antecipou eventuais problemas decorrentes de o OAP vir a reverter – como o fez – a decisão sobre ônus da prova, atribuindo-o ao Peru.

Procurou o painel evitar o problema, antecipando sua solução de modo sutil: expôs que, muito embora o ônus da prova recaísse sobre a Comunidade Européia, pôde mesmo assim o painel verificar que o Peru apresentou evidências suficientes e argumentos legais hábeis a demonstrar que o *Codex Stan* 94 não constitui um meio inefetivo ou inapropriado para a obtenção dos objetivos legítimos buscados pelo regulamento europeu.[340] Indubitavelmente foram perspicazes os painelistas ao evitarem que o OAP tivesse dificuldade em deslindar o caso, na hipótese – que veio a se concretizar – de terem seus membros posicionamento distinto a respeito da definição do ônus da prova.

340 Comunidade Européia – sardinhas, WT/DS231/R, par. 7.114.

Postas estas questões preliminares, acompanha-se o exame dos aspectos substantivos feito pelo painel. Inicialmente julgou o painel ser necessário definir o conteúdo das expressões inefetivo e inapropriado, notando desde logo que estão elas ligadas pelo disjuntivo ou, e que, portanto, bastaria a presença de um desses efeitos na utilização da norma internacional para que pudesse ser rejeitada por um membro da OMC. Concluiu o painel que, no contexto do artigo 2.4, meio inefetivo é aquele que não apresenta a função de garantir um objetivo legítimo perseguido, ao passo em que meio inapropriado é aquele que não se mostra especialmente adequado à obtenção do objetivo legítimo perseguido.[341]

Definido o conteúdo de meio inefetivo e inapropriado, passou o painel a se concentrar no significado da expressão objetivos legítimos perseguidos, seguindo a orientação de realizar uma análise sistematizada do artigo 2.4 do TBT.[342] Após algumas reflexões, concluiu o painel que o artigo 2.2 do TBT e o preâmbulo deste Acordo[343] garantem o direito de os membros decidirem que objetivos desejam buscar e os níveis a que desejam atingi-los. Ao mesmo tempo, observou que tais previsões impõem limites à autonomia regulatória dos membros no que atine à adoção de regulamentos técnicos: os membros não podem criar obstáculos ao comércio que sejam desnecessários ou, na sua aplicação, promover discriminação injustificada ou restrição disfarçada ao comércio internacional.

---

341 Comunidade Européia – sardinhas, WT/DS231/R, par. 7.116.

342 Neste ponto, é importante recordar que os três objetivos apresentados pela Comunidade Européia como legítimos foram: transparência de mercado, proteção ao consumidor e competição justa.

343 O trecho pertinente do preâmbulo do TBT é o seguinte: *"Recognizing that no country should be prevented from taking measures necessary to ensure the quality of its exports, or for the protection of human, animal or plant life or health, of the environment, or for the prevention of deceptive practices, at the levels it considers appropriate, subject to the requirement that they are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade, and are otherwise in accordance with the provisions of this Agreement"*.

Definido o entendimento de meio ineficaz e inapropriado, e considerados legítimos os objetivos europeus, passou então o painel a analisar se o *Codex Stan* 94 é inefetivo ou inapropriado para a obtenção dos objetivos legítimos identificados. Este ponto constitui o elemento central na análise da pretensão européia de se furtar a uma condenação ante o sistema de solução de controvérsias da OMC.

Inicialmente, constatou o painel que os objetivos legítimos buscados pela Comunidade Européia encontram-se diretamente relacionados. Com isso, segundo o painel, a conclusão de que o *Codex Stan* 94 garante a precisão nas informações sobre o produto teria conseqüências diretas seja sobre a transparência de mercado, seja sobre a proteção dos consumidores, seja ainda sobre a competição justa.

Tendo tal questão em mente, adentrou o painel na substância do problema esclarecendo sobre a própria aplicação do *Codex Stan* 94. Para melhor se compreender o problema, parece válida a retomada das seguintes considerações. De acordo com as regras desta norma internacional, uma embalagem lacrada contendo exclusivamente peixes da espécie *Sardina pilchardus* seria etiquetada como sardinhas, sem nenhuma outra qualificação em relação à denominação da mercadoria. Um produto que contenha *Sardinops sagax*, todavia, seria etiquetado como sardinhas (de) X, sendo que o "X" representaria o nome do país, da área geográfica, da espécie ou denominação tradicionalmente atribuída por lei ou costume do país em que tal produto é vendido. Se uma embalagem fechada é etiquetada apenas como sardinha, sem outra especificação, o consumidor europeu saberia que tal mercadoria conta exclusivamente com sardinhas européias. Todavia, se o produto for etiquetado como, por exemplo, sardinhas do Pacífico, o consumidor europeu, por óbvio, estaria informado de que o produto não contém sardinhas provenientes da Europa.

Posto isto, adentra-se no argumento central no qual insistiu a Comunidade Européia. De acordo com este membro, a expressão sardinhas de X seria inefetiva ou inapropriada para a obtenção de seus objetivos regulatórios porque os consumidores europeus estariam acostumados a associar o termo sardinha exclusivamente à espécie *Sardina pilchardus* e que, portanto, mesmo que a expressão sardinha venha

acompanhada de uma qualificação, a denominação continuaria a sugerir aos consumidores europeus que os produtos são os mesmos, sendo apenas distinta a origem.

O painel, numa análise perspicaz, tratou de criticar a base para este alegado costume dos consumidores europeus de associar sardinhas exclusivamente à espécie *Sardina pilcharus*.[344] Veja-se a situação: vários Estados-Membros da Comunidade Européia editaram regulamentos técnicos proibindo o uso da denominação sardinha, mesmo que com qualificação, para espécies que não fossem *Sardina pilchardus*, o peixe pescado na Europa. A própria Comunidade Européia reconheceu que tais regulamentos "criaram" as expectativas dos consumidores, que por ora são tidas como a base da justificativa da medida européia. Assim, por meio de intervenção regulatória, a Comunidade Européia teria conscientemente "criado" as expectativas dos consumidores que agora supostamente estariam afetando condições competitivas de importação.

Segundo o painel, caso este fosse aceitar que um membro da OMC possa "criar" expectativas dos consumidores, estaria ele próprio endossando a possibilidade de medidas regulatórias com efeitos restritivos ao comércio se tornarem "auto-justificáveis". Expôs o painel que o risco é de que os membros, ao moldarem as expectativas dos consumidores por meio de intervenções regulatórias no mercado, estejam habilitados posteriormente a justificar a legitimidade exatamente da mesma intervenção regulatória com base no argumento de defesa do consumidor, cujas expectativas foram artificialmente criadas pelos governos. Enfim, em uma palavra, mostrou-se o painel preocupado com a possibilidade de regulamentos técnicos definidos por um Estado criarem artificialmente preferências entre os consumidores e, posteriormente, poder este Estado utilizar-se destas preferências incutidas nos consumidores para justificar estes mesmos regulamentos técnicos com base na defesa das expectativas dos consumidores. Trata-se de questão cíclica, como se pode perceber.

344 Comunidade Européia – sardinhas, WT/DS231/R, par. 7.127.

Tendo em mente este risco, procedeu o painel à verificação dos fatos e argumentos jurídicos levantados pela Comunidade Européia para demonstrar que consumidores, na maioria dos Estados da Comunidade Européia, sempre associaram a denominação sardinhas exclusivamente à *Sardina pilchardus*, e que a utilização da expressão sardinhas acompanhada de "do Pacífico", "peruanas" ou "*Sardinops sagax*" não permitiria que consumidores europeus distinguissem produtos feitos de *Sardinops sagax* de produtos de *Sardina pilchardus*.[345]

A Comunidade Européia apresentou a legislação de alguns países para corroborar o entendimento de que o consumidor europeu estaria habituado à associação exclusiva entre *Sardina pilchardus* e a expressão sardinha. Ainda que não se atendo à possibilidade de os países terem artificialmente incutido o tal hábito nos consumidores, o painel mostrou-se convencido da fragilidade dos argumentos europeus. Dentre os vários pontos levantados pelo Peru, talvez o seguinte tenha sido o mais persuasivo na formação do convencimento do painel: o Reino Unido, que importa 97% de toda a exportação peruana de *Sardinops sagax* para a Comunidade Européia, editou em 1981 norma denominada Regras para Rotulagem de Alimentos (*Food Labelling Regulations*), segundo a qual o nome *pilchards* (ao invés de sardinhas) poderia ser utilizado tanto para a espécie *Sardinha pilchardus*, quanto – e aí a surpresa – para a espécie *Sardinops sagax*. Assim, no Reino Unido, importador de praticamente todo o peixe peruano na Comunidade Européia, consumidores não associam *Sardina pilchardus* exclusivamente ao nome de sardinhas, e são capazes de distinguir *Sardinops sagax* de *Sardina pilchardus* tão-somente pela indicação da região geográfica (por exemplo, "do Pacífico").

Deste modo, como a inserção da área geográfica "do Pacífico" juntamente com a palavra *pilchards* era utilizada no Reino Unido para viabilizar a distinção entre *Sardinops sagax* e *Sardina pilchardus*, o painel entendeu não haver razão por que a inclusão do nome do país, da área geográfica etc. ao lado da expressão sardinha na comercialização de *Sardinops sagax* seria inefetivo ou inapropriado para a defesa dos

345 Comunidade Européia – sardinhas, WT/DS231/R, par. 7.127.

objetivos regulatórios legítimos da Comunidade Européia. Assim, refutando os argumentos europeus, o Peru, na leitura do painel, apresentou evidências bastantes a demonstrarem que os consumidores europeus não associam sardinhas exclusivamente à *Sardina pilchardus*.

Outro argumento pontuado pelo Peru parece bastante ilustrativo do viés protecionista (ou pelo menos discriminatório) da medida, ainda que não tenha recebido o destaque merecido pelo painel. Registrou o Peru que as sardinhas pescadas no Marrocos, da espécie *Sardina pilchardus*, no mesmo Mar Mediterrâneo onde os europeus pescam a mesma *Sardina pilchardus*, chegam ao mercado europeu com o rótulo "sardinhas marroquinas", ao invés de contarem apenas com a inscrição "sardinha", possível pelo *Codex Stan* 94 ao produtos que contenham apenas *Sardina pilchardus*. Ora, se os europeus alegam que seus consumidores associam sardinha exclusivamente à espécie *Sardina pilchardus* não haveria necessidade de obrigar as sardinhas manufaturadas no Marrocos a utilizarem-se da qualificação marroquinas, uma vez que as sardinhas do Marrocos são rigorosamente as mesmas sardinhas dos países europeus que pescam no Mediterrâneo.

Segundo o painel, mesmo que este considerasse que os consumidores da Comunidade Européia associam sardinhas exclusivamente à *Sardina pilchardus*, a preocupação expressa pela Comunidade Européia foi devidamente levada em consideração na elaboração da norma internacional pela Comissão do *Codex Alimentarius*. Na leitura do painel, ao estabelecer regras de rotulagem precisas, "de modo a não induzir o consumidor a erro", a Comissão do *Codex Alimentarius* considerou as expectativas dos consumidores ao determinar a qualificação da expressão sardinha, quando o produto não fosse elaborado a partir de *Sardina pilchardus*.

Assim, em essência, concluiu o painel que a Comunidade Européia não lograra comprovar – como alegado – que os consumidores da maioria dos Estados da Comunidade Européia sempre associaram a denominação sardinhas exclusivamente à *Sardina pilchardus*, e que o uso da expressão "sardinhas de X" seria portanto incapaz de permitir que o consumidor europeu distinguisse a *Sardinha pilchardus* da *Sardinops sagax*. Ainda assim, concluiu o painel que o *Codex Stan* 94 permite

que os membros forneçam informações precisas da descrição comercial das sardinhas e, portanto, promove transparência de mercado de modo a garantir a proteção ao consumidor e a competição justa. A lógica da decisão do painel foi, sob protestos europeus, confirmada pelo OAP da OMC.

Este caso, em suma, discute a possibilidade de um membro da OMC impedir as importações de um bem em função da denominação de que este se utiliza, alegando estar defendendo os interesses dos consumidores, mais precisamente, ao evitar que sejam estes induzidos a erro. Os detalhes do caso, expostos rapidamente nesta seção, deixam transparecer, todavia, o interesse da Comunidade Européia em garantir que apenas seus produtos possam ser comercializados com o nome de sardinhas, assegurando mercado interno aos produtores locais e afastando a concorrência estrangeira. O argumento legítimo da defesa do consumidor, utilizado com certa habilidade pela Comunidade Européia, dificultou uma análise mais evidente do interesse protecionista a motivar a medida. Alguns fatos, contudo, desconstituíram a sustentação européia: por exemplo, a situação das sardinhas marroquinas e a regra do Reino Unido sobre rotulagem de alimentos demonstram não haver a alegada associação exclusiva, supostamente feita pelo consumidor europeu, entre *Sardina pilchardus* e a expressão sardinha.

A título conclusivo a respeito deste caso, as seguintes considerações podem ser delineadas:

- Com base na economia processual, concentrou-se o julgamento no primeiro ponto da alegação peruana, que foi bastante para condenar a medida européia. À luz do artigo 2.4 do TBT, constatou o painel haver norma internacional pertinente a respeito do conteúdo da medida européia. Verificou também que a medida em questão divergia de tais normas e que, contudo, tal discrepância não estava relacionada a um alegado caráter inefetivo ou inapropriado para a defesa dos seus objetivos regulatórios legítimos.

- No que atine à interpretação do artigo 2.4 do TBT, o ponto que merece destaque refere-se à alocação do ônus da prova,

aspecto de importância vital em sede de exigências técnicas ao comércio internacional. Entendeu o painel caber ao país que diverge de norma internacional comprovar por que o faz, ou seja, demonstrar que tal norma seria inefetiva ou inapropriada para a defesa de seus interesses legítimos. O painel do caso dos hormônios também entendeu o ônus da prova desta forma e, note-se bem, ambos os julgamentos (hormônios e sardinhas) foram reformados pelo OAP da OMC. A decisão do OAP, de modo bastante claro, contribui para a coesão e a coerência da ordem jurídica instaurada pela OMC. Confirmou o OAP seu entendimento de que cabe ao Estado reclamante comprovar que a norma internacional existente é efetiva e apropriada para os objetivos legítimos do Estado reclamado.

- Tendo o artigo 2.4 do TBT mostrado-se suficiente para condenar a prática européia, o painel furtou-se à análise dos artigos 2.2 e 2.1 deste Acordo e dos artigos I, III e XI do Gatt-1994. Do mesmo modo, entendendo o OAP ter o artigo 2.4 mostrado-se bastante para a condenação européia, os demais argumentos não foram analisados. Neste ponto, vale registrar que caso o OAP revertesse decisão do painel sobre o artigo 2.4 do TBT (ou mesmo sobre a ordem da análise), o OAP muito possivelmente enfrentaria questões de fato (para o que não está autorizado) e faria julgamento em primeira e última instância sobre alguns pontos (o que contraria o direito dos membros a uma reexame das questões jurídicas analisadas). Como anotado, estes aspectos procedimentais merecem atenção dos membros da OMC em revisões do sistema de solução de controvérsias da Organização.

De modo geral, entende-se ter sido o painel perspicaz em analisar os fatos que lhe foram apresentados, no sentido de detectar o caráter protecionista da medida européia, malgrado estivesse esta sob a áurea de argumento incontestavelmente legítimo: a defesa dos consumidores contra informações que os conduzam a erro. A confirmação deste

entendimento pelo OAP parece sim ter contribuído para que se esclareçam os limites do TBT e sua capacidade para, na prática, permitir que se questionem medidas técnicas meramente protecionistas.

3.5. Os demais Casos Envolvendo Barreiras Técnicas no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC (Janeiro de 1995 a Fevereiro de 2003)

Uma vez expressos com detalhes os casos entendidos pela pesquisa como paradigmáticos em matéria de barreiras técnicas na OMC, comentam-se apenas superficialmente outras questões levadas à Organização com base no TBT. Trata-se de uma lista exaustiva dos casos relativos ao assunto; os comentários que seguem, contudo, concentram-se nos casos mais relevantes para a compreensão do protecionismo por intermédio de barreiras técnicas.

Como anteriormente observado, as soluções negociadas que consistam na alteração de medidas internas tendem a confirmar a eficácia do sistema de solução de controvérsias da OMC (considerado como um todo) em frustrar a continuidade do uso de medidas técnicas de caráter protecionista. Os casos para os quais não foram apresentadas soluções – não houve anúncio de acordo, mas também não houve o pedido de painel – sugerem que algum tipo de ajuste possa ter sido logrado informalmente. Nestas hipóteses, resta difícil uma análise quanto à compatibilidade das medidas tomadas com as regras da OMC, podendo-se inclusive especular quanto ao possível caráter discriminatório do acordado à margem do monitoramento da OMC, isso tudo sob a aparência de uma desistência do pleito.

Pode-se imaginar, por exemplo, que o país reclamado tenha concedido vantagem apenas ao reclamante, comprometendo-se este a desistir das consultas, em violação à cláusula da nação mais favorecida. Tais especulações, muito embora mereçam ser pontuadas, são refratárias a um tratamento científico sistematizado pela dificuldade de acesso a informações. Todavia, como já se destacou, o fato de um pedido de consultas não ter tido continuidade não obsta a que um outro membro apresente novo pedido com o mesmo fundamento. Os membros da OMC devem estar atentos a estas questões.

Em ordem cronológica, listada a partir do caso mais recente, são estas as demandas apresentadas à OMC entre janeiro de 1995 e fevereiro de 2003 que dizem diretamente respeito ao TBT:[346]

1. Índia – política de importação-exportação 2002-2007, WT/DS279 (reclamado pela Comunidade Européia).
2. Comunidade Européia – vinho, WT/DS 263 (reclamado por Argentina).
3. Romênia – trigo e farinha de trigo, WT/DS240 (reclamado por Hungria).
4. Argentina – produtos farmacêuticos, WT/DS233 (reclamado por Índia).
5. México – palitos de fósforo, WT/DS232 (reclamado por Chile).
6. Comunidade Européia – sardinhas, WT/DS231 (reclamado por Peru).
7. Bélgica – arroz, WT/DS210 (reclamado por Estados Unidos).
8. México – porco vivo, WT/DS203 (Estados Unidos).
9. Estados Unidos – têxteis (II), WT/DS151 (Comunidade Européia).
10. Estados Unidos – gado, porco e grãos, WT/DS144 (Canadá).
11. Comunidade Européia – coníferas, WT/DS137 (Canadá).
12. Comunidade Européia – amianto, WT/DS135 (Canadá).
13. Comunidade Européia – arroz, WT/DS134 (Índia).
14. Estados Unidos – produtos avícolas, WT/DS100 (Comunidade Européia).
15. Estados Unidos – têxteis (I), WT/DS85 (Comunidade Européia).
16. Comunidade Européia – manteiga, WT/DS72 (Nova Zelândia).
17. Estados Unidos – camarão, WT/DS61 (Filipinas).
18. Comunidade Européia – hormônios, WT/DS48 (Canadá).
19. Coréia – inspeção de produtos agrícolas, WT/DS41 (Estados Unidos).
20. Comunidade Européia – hormônios, WT/DS26 (Estados Unidos).
21. Coréia – água engarrafada, WT/DS20 (Canadá).
22. Comunidade Européia – vieiras, WT/DS14 (Chile).
23. Comunidade Européia – vieiras, WT/DS12 (Peru).
24. Comunidade Européia – vieiras, WT/DS7 (Canadá).
25. Coréia – prazo de validade de produtos, WT/DS5 (Estados Unidos).
26. Estados Unidos – gasolina, WT/DS4 (Brasil).
27. Coréia – teste e inspeção de produtos agrícolas, WT/DS3 (Estados Unidos).
28. Estados Unidos – gasolina, WT/DS2 (Venezuela)Romênia – trigo e farinha de trigo, WT/DS240 (reclamado por Hungria).

346 Note-se que os casos aqui numerados 6, 12, 18, 20, 26 e 28 foram comentados em detalhes nas seções acima.

Romênia – Trigo e Farinha de Trigo, WT/DS 240 (Reclamado por Hungria)

Neste episódio, a Hungria requereu o estabelecimento de consultas e, posteriormente, de painel com vistas a questionar a legalidade de restrições impostas à importação de trigo e farinha de trigo por parte da Romênia, limitações estas definidas por decretos romenos de julho de 2001. Segundo expôs a Hungria, ao sugerir a existência de um protecionismo dissimulado, as exigências de qualidade impostas aos produtos estrangeiros não incidiriam sobre os produtos locais, o que *per se* constitui violação do princípio do tratamento nacional.

Em dezembro de 2001, dois meses após o pedido de consultas, a Hungria manifestou ao OSC não ter mais interesse no painel, uma vez que a Romênia decidira, por iniciativa própria, revogar os atos internos que definiam requisitos de qualidade para o trigo e a farinha de trigo importados.[347]

Neste precedente, parece que o próprio recurso ao sistema de solução de controvérsias já fez com que as autoridades nacionais de um membro da OMC revissem seus atos, que, de acordo com o que se pôde levantar, tenderiam mesmo a ser considerados ilegais diante dos compromissos assumidos pelo Estado na OMC.

Estados Unidos – Têxteis (I), WT/DS85 (Comunidade Européia) e Estados Unidos – Têxteis (II), WT/DS151 (Comunidade Européia)

Em 1996, os Estados Unidos introduziram mudanças nas suas regras de origem para produtos têxteis. Tais alterações vieram a afetar as exportações européias do bem para os Estados Unidos, uma vez que as roupas européias não mais poderiam ser reconhecidas nos Estados Unidos como tendo sido feitas na Comunidade Européia, se o seu tecido não fosse efetivamente do bloco. Após ter pontuado outros argumentos, sustentou a Comunidade Européia que a exigência norte-americana quanto à identificação do país de origem corresponderia a um regula-

347 WTO, *Romania – Import Prohibition on Wheat and Wheat Flour*. Withdrawal of the Request for the Establishment of a Panel by Hungary. WT/DS240/3. 07/01/2002.

mento técnico tal como definido no Anexo I do TBT. Uma vez que os produtos norte-americanos estavam dispensados de indicar a origem do tecido internamente transformado, a imposição desta exigência ao produto europeu constituiria, no entender da Comunidade Européia, uma violação do artigo 2º do TBT e do princípio do tratamento nacional (artigo III do Gatt-1994).

Em fevereiro de 1998, os membros anunciaram uma solução mutuamente acordada ao problema exposto.[348] No acordo, os Estados Unidos se comprometeram a alterar sua legislação interna com vistas a contemplar as pretensões européias de receber tratamento similar ao dispensado aos fabricantes de roupas dos Estados Unidos.

Em novembro de 1998, a Comunidade Européia solicitou novas consultas sobre a questão,[349] alegando que os Estados Unidos não teriam implementado as obrigações estabelecidas no acerto acima comentado, com o efeito de, no entender da Comunidade Européia, manter-se em desacordo com seus deveres diante das regras da OMC. Novamente, em julho de 2000, os membros anunciaram um entendimento sobre a questão, segundo o qual os Estados Unidos estariam comprometidos com as alterações legislativas necessárias a frustrar o tratamento discriminatório dentro de um período razoável de tempo.

Comunidade Européia – Manteiga, WT/DS72 (Nova Zelândia)

A Nova Zelândia, em abril de 1997, solicitou a realização de consultas com a Comunidade Européia com relação a decisões recentes da Comissão Européia e do Reino Unido no sentido de que a manteiga manufaturada pelo processo Ammix e pelo processo "espalhável" não era "manufaturada diretamente do leite ou da nata", o que fez com que a manteiga neozelandesa fosse considerada não-habilitada ao sistema tarifário privilegiado vigente para a Nova Zelândia. Este membro, com base, entre outros pontos, no artigo 2º (parágrafos 2º, 9º, 11 e 12) do TBT, realizou consultas com a Comunidade Européia, que restaram

348 WTO, *United States – Measures Affecting Textiles and Apparel Products. Notification of Mutually-Agreed Solution.* WT/DS85/9. G/RO/D/1/Add.1. G/TBT/D/13/Add.1. 25/02/1998.

349 Estados Unidos – têxteis (II), WT/DS151.

frustradas. Em função disso, a Nova Zelândia solicitou a instauração de um painel para análise do caso.

Antes da decisão do painel, os membros anunciaram um acordo,[350] que acabou sendo apenas referendado pelo painel que já havia sido estabelecido.[351] Com base no que fora mutuamente acertado, a Comunidade Européia adotou novo regulamento (Regulamento nº 2.250/1999), que indica que a expressão produto "manufaturado diretamente do leite ou da nata" não exclui a manteiga elaborada do leite ou da nata cujo processo possa envolver a passagem da nata pelo estágio de gordura concentrada e/ou o fracionamento desta gordura do leite. Tal entendimento assegurou à manteiga produzida pelos métodos citados o tratamento tributário pretendido pela Nova Zelândia, que sugeria que a manteiga feita na Europa ou importada pela Europa passava por processos similares e que, portanto, a exigência anterior representaria uma forma dissimulada de protecionismo.

Estados Unidos – Camarão, WT/DS61 (Filipinas)

As Filipinas, em novembro de 1996, solicitaram consultas com os Estados Unidos, alegando que estariam sofrendo restrições injustificadas na exportação de camarão para este país.[352] A medida questionada pelas Filipinas referia-se à Lei nº 101-162 e suas ordens de implementação, incluindo-se a Nota Pública do Departamento de Estado nº 2.368 intitulada "Nota revisada de orientações para a determinação da comparabilidade de programas estrangeiros de proteção de tartarugas em operações de pesca por rede", bem como a interpretação judicial destas medidas pelas cortes norte-americanas. Segundo as Filipinas, o modo como as medidas eram implementadas e interpretadas estaria criando

350 WTO, *European Communities – Measures Affecting Butter Products. Notification of Mutually Agreed Solution.* WT/DS72/7. G/L/157/Add.1. G/TBT/D/12/Add.1. G/LIC/D/4/Add.1. 18/11/1999.

351 Possibilidade prevista no ESC, artigo 12.7, seguindo orientação que garante tratamente preferencial a acordos para solução de conflitos. WTO, *European Communities – Measures Affecting Butter Products. Report of the Panel.* WT/DS72/R. 24/11/1999.

352 WTO, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products. Request for Consultations by the Philippines.* WT/DS61/1. G/L/130. G/TBT/D/11. G/VAL/9. 04/11/1996.

barreiras proibidas e restrições indevidas ao ingresso de camarão e produtos de camarão no mercado norte-americano, violando, entre outros dispositivos, o artigo 2º do TBT. Austrália e Japão juntaram-se às consultas filipinas, que entretanto não foram levadas adiante pelo país, ao decidir não solicitar painel para analisar o caso.

É importante notar que, com base no mesmo fato, Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia ingressaram com reclamação conjunta na OMC contra a medida estadunidense.[353] Estes países, todavia, não alegaram a violação do TBT, limitando-se tão-somente a indicar que o Estados Unidos teriam desrespeitado a cláusula da nação mais favorecida (artigo I do Gatt-1994) e os dispositivos que qualificam e vedam restrições quantitativas ao comércio (artigo XI.1 e XII.1 do Gatt-1994). De acordo com os reclamantes, a medida norte-americana também não se sustentaria no artigo XX do Gatt-1994. Muito embora a argumentação destes Estados já tenha sido bastante para condenar a prática norte-americana, um estudo mais cuidadoso deste caso faz crer ser a medida norte-americana um regulamento técnico para fins de aplicação do TBT. Todavia, como neste caso não foi alegada a violação do TBT, painel e OAP não se concentraram neste aspecto. Este precedente efetivamente é dos mais polêmicos entre os decididos pela OMC, trazendo importantes considerações sobre limites de utilização de medidas de proteção ambiental, sobre processos e métodos de produção, sobre cláusula ambiental, sobre aplicação extraterritorial de regras ambientais.[354]

353 Estados Unidos – camarão, WT/DS58. Parece válida, neste momento, uma referência aos três casos envolvendo atum, estes, todavia, decididos sob a égide do Gatt, mas que se assemelham ao caso do camarão. *Vide* Estados Unidos – atum (reclamado por Canadá), BISD 29S/91; Estados Unidos – atum (*"Tuna/Dolphing I"*), DS21/R, 39S/155 e Estados Unidos – atum (*"Tuna/Dolphing II"*), DS29/R. Um breve comentário dos casos sobre atum podem ser vistos em PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *International and European Trade and Environmental Law after the Uruguay Round.* London: Kluwer, 1995, cap. 1. TREBILCOCK, Michael; HOWSE, Robert. *Op. cit.*, p. 406-412.

354 Sobre este caso, *vide*, por exemplo, HOWSE, Robert. The Turtles Panel: Another Environmental Disaster in Geneva. *Journal of World Trade*, v. 32, n. 5, 1998, p. 73-100. APPLETON, Arthur. Shrimp/Turtle: Untangling the Nets. *Journal of International Economic Law*, v. 2, n. 3, 1999, p. 477-496. TREBILCOCK, Michael; HOWSE, Robert. *Op. cit.*, p. 416-420. SHAW, Sabrina; SCHWARTZ, Risa. *Op. cit.*, p. 146-150.

Coréia – Água Engarrafada, WT/DS20 (Canadá)

O Canadá, em novembro de 1995, solicitou consultas com a Coréia em função de regulamentos coreanos incidentes sobre água engarrafada. Em particular, o Canadá se insurgiu tanto contra um dispositivo que definia que o prazo de validade da água engarrafada seria de seis meses a contar de seu envasamento, como contra um artigo que permitia qualquer tipo de tratamento físico da água, como precipitação, aeração, filtração e desinfecção ultravioleta, mas impedia qualquer modalidade de tratamento químico, como a desinfecção por ozônio. Segundo o Canadá, as restrições à água engarrafada impostas pela Coréia representariam, *inter alia*, desrespeito ao artigo 2º do TBT.

Desta vez, restaram exitosas as consultas, tendo os países anunciado um acordo em maio de 1996.[355] Definiu esta solução negociada que a Coréia envidaria todos os esforços necessários para que houvesse emendas aos dispositivos relevantes com vistas a viabilizar a importação, venda e distribuição de água engarrafada tratada com ozônio, até no máximo abril de 1997. Do mesmo modo, comprometeu-se a Coréia a reavaliar o prazo de validade para a água engarrafada, enviando ao Canadá todos os projetos de alteração dos regulamentos técnicos, para que estes não viessem a se constituir numa limitação desnecessária ao comércio internacional.

Comunidade Européia – Vieiras, WT/DS14 (Chile), Comunidade Européia – Vieiras, WT/DS12 (Peru), Comunidade Européia – Vieiras, WT/DS7 (Canadá)

Todos estes três casos referem-se a regulamento técnico francês que tratava, dentre outras questões, da descrição comercial de molusco vieira do tipo *pectinid*. Por ser este bem exportado por Canadá, Chile e Peru, insurgiram-se estes Estados contra restrições definidas pelo regulamento, que entendiam descabido com base nos acordos da OMC.

Segundo o Chile, a exigência francesa de que um produto *pectinid* fosse comercializado com o nome *pétoncle* implicaria uma

355 WTO, *Korea – Measures Concerning Bottled Water. Notification of Mutually Agreed Solution.* WT/DS20/6. G/L/33/Add.1. G/SPS/W/35/Add.1. G/TBT/D/4/Add.1. G/MA/3/Add.1. G/AG/W/14/Add.1. 06/05/1996.

depreciação do bem no mercado francês, no qual os *pétoncle* são associados a produtos de pior qualidade e preços mais baixos em comparação à descrição comercial tradicional de *Coquilles St. Jacques* ou *Noz de St. Jacques*, denominações sob as quais os produtos chilenos vinham sendo comercializados no mercado francês. As consultas entre Chile e Comunidade Européia não se mostraram exitosas, sendo o painel solicitado pelo Chile em setembro de 1995, sob o argumento de que o regulamento francês violaria os artigos 2.1 e 2.2 do TBT, além de desrespeitar o princípio do tratamento nacional e a cláusula da nação mais favorecida.

Chile, juntamente com Peru e Canadá, que haviam apresentado pedidos separados (WT/DS12 e WT/DS7, respectivamente), mas com o mesmo fundamento, anunciaram acordo com a Comunidade Européia em julho de 1996.[356] Com base nos termos deste acordo, a França editou novo regulamento técnico (*Arrête relatif aux dénominations de vente admises des Pectinidés*), revogando dispositivos contestados por Canadá, Chile e Peru. Segundo o novo regulamento, os moluscos do tipo *pectinidae* podem ser comercializados na França sob a denominação *St. Jacques*, desde que contenham o nome científico da espécie e o país de origem.

356 Acordo com Peru e Chile: WTO, *European Communities – Trade Description of Scallops. Notification of Mutually Agreed Solution.* WT/DS12/12. WT/DS14/11. G/L/94. G/TBT/D/9. 19/07/1996. Acordo com o Canadá: WTO, *European Communities – Trade Description of Scallops. Notification of Mutually Agreed Solution.* WT/DS7/12. G/L/93. G/TBT/D/8. 19/07/1996.