# A SOLUÇÃO
## de controvérsias na
# OMC

O sistema de solução de controvérsias, concebido para desempenhar função vital na Organização Mundial do Comércio (OMC), representou adensamento de "juridicidade" em relação àquele que existia no GATT (sigla em inglês para Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio), devido à automaticidade do procedimento, à exeqüibilidade das decisões e à regra do consenso invertido para conferir força vinculante aos relatórios aprovados.

Este livro, nascido da inquietação comum a muitos internacionalistas, procura responder à seguinte pergunta: podem os painéis e o Órgão de Apelação da OMC aplicar na solução dos litígios todas as normas jurídicas internacionais?

Na tentativa de encontrar resposta para a pergunta formulada, o texto contesta tanto a validade do ponto de vista segundo o qual a OMC é um regime jurídico auto-suficiente (*self-contained regime*), quanto a tese que considera terem os painéis e o Órgão de Apelação competência para aplicar toda e qualquer norma jurídica internacional. Propõe, ao contrário, um novo modelo analítico, intitulado "diálogo" das fontes, na esteira do trabalho pioneiro de Erik Jayme no âmbito do direito internacional privado.

A presunção contra o conflito, desenvolvida por Wilfred Jenks há mais de meio século, num período dominado pela crescente produção de regras internacionais, demonstra, quando aplicada à OMC, que o intérprete deve buscar, sempre que possível, a harmonia entre os tratados multilaterais de comércio e as demais normas do direito internacional.

### Aplicação

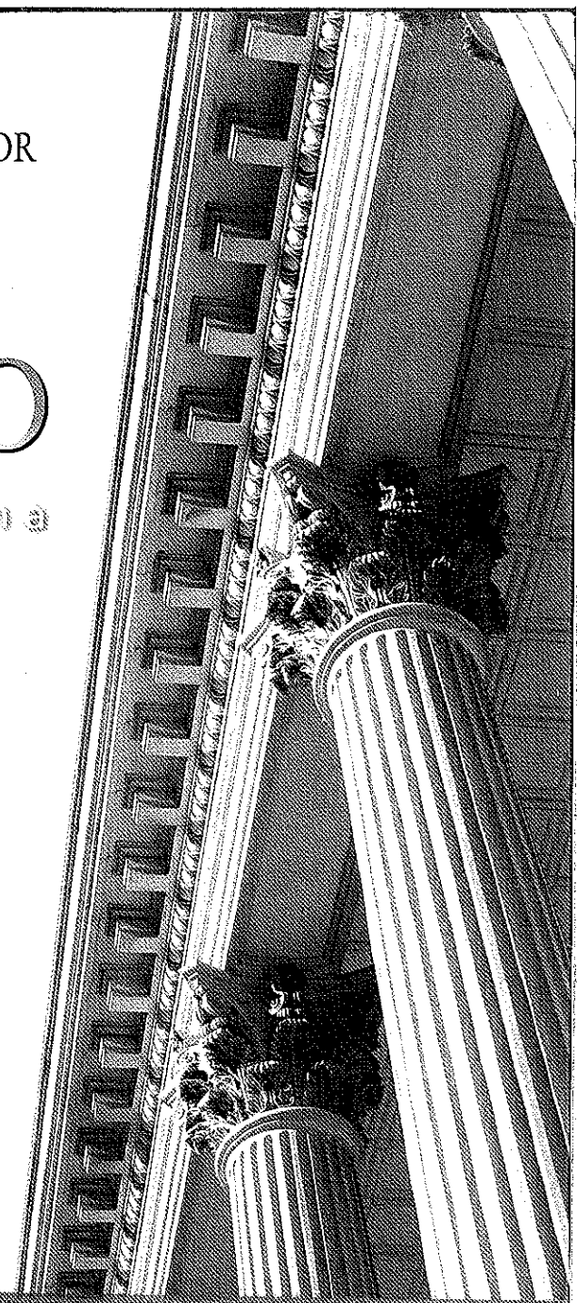
Leitura complementar para a disciplina *Direito Internacional* dos cursos de Relações Internacionais. Obra de relevante interesse para os advogados e diplomatas que atuem na área de solução de controvérsias, bem como para profissionais especialistas em direito internacional.

publicação atlas
www.EditoraAtlas.com.br
9 788522 449026

AMARAL JÚNIOR A SOLUÇÃO de controvérsias na OMC

ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR

A SOLUÇÃO
de controvérsias na
OMC



editora atlas

direito internacional é um sistema coordenado ou a acumulação de regimes independentes, que não guardam conexão entre si. Seja como for, as tensões resultantes do conflito de jurisdição afetam a previsibilidade, a eficácia e a credibilidade do direito internacional.[163]

Os conflitos de jurisdição são, de alguma maneira, inevitáveis e tendem a ocorrer, com maior vigor, na esfera dos direitos humanos e da liberalização comercial, mas em outros domínios do direito internacional os seus efeitos se farão sentir por obra da ampliação das jurisdições com competência *ratione materiae* e *ratione personae*.

A pluralidade de jurisdições que hoje se conhece não se fez acompanhar do estabelecimento de hierarquia, como sucede no direito interno. No momento, somente a Corte Internacional de Justiça pode, de fato, receber a tarefa de zelar pela coerência do sistema, função peculiar à corte suprema no direito doméstico. No documento denominado *The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-first Century*, elaborado em conformidade com a Resolução 52/154, da Assembléia Geral das Nações Unidas, Orrego Vicuña e Christopher Pinto apresentaram proposta que atribui à Corte Internacional de Justiça a função de instância suprema da ordem jurídica internacional. A propósito os autores assim se manifestam: *"Because international society is becoming more decentralized the need to identify the basic governing principles of international law becomes more evident since it is this element that ensures its integration and coherence."*[164] O êxito dessa iniciativa dependeria, evidentemente, da reforma da Carta da ONU e da firme disposição dos Estados para fortalecer, ainda mais, o papel que as normas de adjudicação desempenham. Esta não é uma empresa fácil, dadas as suspeitas, incertezas e resistências que a cercam.

Com a intenção deliberada de harmonizar a jurisprudência e evitar a ameaça de incoerência, há quem proponha a transposição para o direito internacional geral de instrumentos forjados no âmbito do direito da integração. Gilbert Guillaume, por exemplo, lembra que: *"A mechanism could not be devised to avoid divergences of case law. Such a mechanism exists for community law under article 177 of the Treaty of Rome and one could envisage its transposition to international law."*[165] E acrescenta: *"This could be a means of avoiding the increasing number of*

[163] SHANY, Yuval. op. cit., p. 10-11.

[164] ORREGO VICUÑA, Francisco; PINTO, Christofer. *The peaceful settlement of disputes:* prospects for the twenty-first century. [S.l.: s.n., 1999?]. Preliminary report prepared for the 1999 Centennial for the First International Peace Conference.

[165] GUILLAUME, Gilbert. Quelques propositions concrètes à l'occasion du cinquantenaire de la CIJ. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, n. 2, p. 323, 1996.



*international courts creating chaos in international law thus undermining the trust that governments and the general public now place in the judiciary."*[166]

A utilidade dessa proposta reside nos benefícios que traz para a unidade do direito internacional, sobretudo no campo das novas jurisdições, das Cortes penais especializadas que integram a estrutura da Organização das Nações Unidas, do Tribunal Penal Internacional e do Tribunal de Hamburgo do Direito do Mar. Obstáculos políticos e psicológicos teriam que ser superados antes de se pensar na concretização desta idéia. O Tribunal Penal para a antiga Iugoslávia afirmou, em inúmeras ocasiões, não ser uma jurisdição subordinada ao sistema das Nações Unidas, o que equivale a recusar primazia à jurisprudência da Corte Internacional de Justiça. Esta postura explica a discrepância entre as jurisprudências das duas Cortes sobre a imputabilidade a um Estado das ações de grupos armados não estatais. Cumpre observar, por outro lado, que os Estados parecem pouco inclinados a alterar o *status quo* vigente a fim de outorgar à Corte Internacional de Justiça a condição de instância revisora das decisões proferidas pelas demais jurisdições internacionais. Este fato poderia na prática solapar as vantagens proporcionadas pelos tribunais específicos existentes nas várias áreas do direito internacional. Ainda que desejável, não seria realista esperar que, no atual estágio das coisas, os Estados optem por atribuir a uma Corte dotada de jurisdição geral competência para efetuar a revisão das decisões dos tribunais especializados que eles houveram por bem instituir.

## 2.7 A solução de controvérsias na OMC

### 2.7.1 As origens do sistema

Projetado para combater o uso de medidas unilaterais no campo econômico, comumente utilizadas no período entre guerras, o Capítulo VIII da Carta de Havana estabeleceu a forma de resolução de disputas no âmbito da Organização Internacional do Comércio. O procedimento então concebido era muito mais elaborado que aquele disciplinado pelo GATT em 1947. A Carta de Havana regulou a realização de consultas de forma semelhante ao que viria a acontecer no GATT, com a possibilidade de se submeter o caso à arbitragem na hipótese de se revelarem infrutíferos os entendimentos diplomáticos inicialmente mantidos.

Se a divergência encaminhada nos termos do artigo 93 não fosse resolvida satisfatoriamente, caberia ao Conselho Executivo, integrado por dezoito países, oito dos quais de grande expressão econômica, pronunciar-se sobre a questão. A

[166] Id., Transformations du droit international et jurisprudence de la Cour Internationale de Justice. In: *LES NOUVEAUX aspects du droit international:* colloque de Tunis, avril 1994. Paris: A. Pedone, 1994. p. 175-192.

parte descontente com o julgamento do Conselho poderia pleitear a sua reapreciação pela Conferência, órgão supremo da Organização, que se manifestaria pelo voto majoritário dos membros. Admitiu-se a solicitação de parecer consultivo à Corte Internacional de Justiça que, uma vez concedido, vincularia a OIC a seguir a recomendação sugerida.

Diferentemente da Carta de Havana, o GATT devotou pouca atenção à solução de controvérsias restrita à disciplina dos artigos XXII e XXIII, que foram os pilares da evolução verificada nos anos seguintes. Nessa época, as partes contratantes dedicavam-se não somente a investigar e a efetuar recomendações, mas também decidiam as matérias a elas submetidas; em caso de maior gravidade poderiam mesmo autorizar a suspensão das obrigações assumidas.

No período imediatamente posterior à celebração do Acordo Geral de Comércio e Tarifas as disputas eram resolvidas por via diplomática, graças à intervenção das partes contratantes,[167] sem o recurso a instrumentos legais sofisticados. A princípio as partes compunham o grupo de trabalho instituído para analisar a disputa, o que deixou de ocorrer apenas por volta de 1955, com a introdução do sistema de painéis, compostos por três ou cinco especialistas que agiam em nome pessoal. Desde então, houve um avanço contínuo no sentido de se adensar a institucionalidade do mecanismo de solução de controvérsias do GATT. Gradativamente, os métodos puramente diplomáticos cedem lugar a formas jurisdicionais mais complexas, voltadas para dirimir a discórdia pela aplicação de regras a cargo de um terceiro imparcial. A decisão do painel, no começo dos anos 60, por ocasião da demanda uruguaia fundada no art. XXIII, reconheceu a presunção de anulação ou redução dos benefícios sempre que fossem violadas as regras constantes do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio.

Importa salientar que o GATT privilegiou os métodos diplomáticos de solução de disputas e ignorou por completo a alternativa, contemplada pela Carta de Havana, de formular pedido de parecer consultivo à Corte Internacional de Justiça. Os artigos XXII e XXIII regularam o procedimento de solução de disputas, cujo início se verifica com a reclamação de que se infringiu algum dispositivo do Acordo. A fase de consultas reúne o reclamante e o reclamado, que participam de negociações diplomáticas, a fim de encontrar uma solução para o caso. Fracassadas as consultas, começavam as investigações que culminariam na recomendação da mudança da política comercial do reclamado e na condenação deste pelas partes contratantes, quando a infração às regras estivesse plenamente caracterizada.

O art. XXIII consente que as partes contratantes autorizem a suspensão de concessões em circunstâncias de indiscutível gravidade que justifiquem esta pro-

167 TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The regulation of international trade*. London: Routledge, 2001. p. 52. Cf. LACARTE MURÓ, Julio A. *The first years of the Appellate Body and the WTO dispute settlement system*: a historical perspective. São Paulo: [s.n.], 2005. Texto apresentado no "The WTO Appellate Body at 10 Colloquium", realizado em São Paulo, de 15 a 17 de maio de 2005.



vidência. Na segunda seção das partes contratantes do GATT, em 1948, foi constituído um grupo de trabalho para analisar a disputa entre os Estados Unidos e Cuba, referente à regulação do setor têxtil levada a efeito pelo governo cubano. O entendimento entre os dois países, obtido em curto espaço de tempo, comprova que o grupo de trabalho visava, essencialmente, a facilitar as negociações e não pretendia julgar a controvérsia de modo imparcial pela apreciação do mérito do litígio.

A introdução do sistema de painéis, na década de 50, proibiu as partes na disputa de participar da solução da demanda, como acontecia com os grupos de trabalho da fase anterior. Atenuou-se o peso das grandes potências na medida em que os Estados Unidos da América e o Reino Unido perderam a condição de membros automáticos dos painéis. Paralelamente, o Secretariado passou a cooperar com os painéis na elaboração dos procedimentos que os regulam na segunda metade da década de 60. O Sistema de Solução de Controvérsias do GATT permaneceu inativo e incapaz de conter a difusão das barreiras não tarifárias, após a sensível redução das tarifas promovida pela Rodada Kennedy.[168]

Na década seguinte, os Estados Unidos recorreram, amiúde, a pedidos de instauração de painéis, dada a persistência do protecionismo em matéria comercial. Ao longo da Rodada Tóquio[169] empreenderam-se esforços para aperfeiçoar as regras vigentes sobre solução de controvérsias, que não tiveram êxito devido à forte objeção européia. Os norte-americanos não foram bem sucedidos em ampliar a "juridicidade" do mecanismo de solução de disputas pela limitação dos prazos de cada fase da controvérsia, desde a propositura da demanda ao relatório final do painel. Não obstante, alguns acordos consagraram dispositivos próprios sobre a solução de disputas, inclusive com a fixação precisa dos prazos de cada etapa do procedimento.

As partes adotaram, em novembro de 1979, um documento intitulado Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance, que passou a ser a moldura legal imperante até a Rodada Uruguai. Pela primeira vez, reconheceu-se o papel de conciliação a ser exercido pelo diretor-geral, que, aliás, jamais chegou a ser utilizado. Permaneceu a ambigüidade quanto ao fato de o reclamante poder solicitar a instauração de um painel, na hipótese de insucesso das consultas. O Entendimento admitiu que integrassem os painéis personalidades não vinculadas aos governos, mas expressou clara preferência em favor da participação dos funcionários governamentais. A essa altura, já se havia desenvolvido a prática de que o relatório só se tornaria vinculante se aprovado por consenso pelo Conselho, medida dificilmente alcançável pela extrema diver-

168 TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. op. cit., p. 53.

169 Ibid., p. 53.

sidade dos interesses. Hudec sintetiza as principais conquistas trazidas pelo Entendimento de 1979:

> The Understanding on Dispute Settlement rejects the practices of defendants linking the complaint to resolution of other related issues. It also authorizes the Secretariat to maintain a standing roster of potential panel members, exhorts parties to respond to Secretariat nominations of panel members within seven working days, exhorts parties to "not oppose nominations except for compelling reasons", and sets a "normal" time period for the establishment of panels of not more than thirty days after authorization by Council decision.[170]

### 2.7.2 A evolução do sistema de solução de controvérsias do GATT

Os sistemas de solução de controvérsias na esfera internacional procuram resolver as disputas por meios jurisdicionais ou por critérios informais pela mediação dos interesses em jogo. Se o objetivo pretendido for a mediação, os contendores serão encorajados a envidar esforços para negociar um acordo mutuamente aceitável. Se, pelo contrário, os interessados enfatizarem a adjudicação, o problema central gira em torno da aplicação das regras e da eficácia das decisões a respeito das pretensões divergentes dos litigantes.

Observa-se, com o passar do tempo, que o GATT evoluiu gradativamente para um sistema cada vez mais jurisdicionalizado, ainda que nesta evolução tenha recebido críticas de todos quantos viam vantagens nos métodos de natureza diplomática. Críticos do modelo da adjudicação sublinham que ele fomenta o conflito no interior da organização em prejuízo das soluções negociadas, para que as partes logrem alcançar os seus objetivos. Acreditava-se que não havia segurança de que as recomendações feitas pelo relatório dos painéis viessem a ser efetivamente acolhidas pelo demandado. A forma e o momento de pôr em prática a recomendação ficariam assim a depender de entendimentos futuros somente obtidos no curso das negociações. O efeito nocivo do legalismo contaminaria o ambiente diplomático e ameaçaria deteriorar as relações econômicas com o endurecimento das posições defendidas pelas partes. Davey opina que é possível avaliar as causas usualmente apontadas como "envenenamento"[171] da atmosfera negociadora.

---

170 HUDEC, Robert. GATT dispute settlement after the Tokyo Round: an unfinished business. *Cornell International Law Journal*, Ithaca, v. 13, n. 2, p. 145, Summer 1980.

171 DAVEY, William J. Dispute settlement in GATT. In: JACKSON, John H.; _____; SYKES JR., Alan O. *Legal problems of international economic relations:* cases, materials and text. 4. ed. Saint Paul: West Group, 2002. p. 247-249.



Os oponentes do legalismo sugerem, em primeiro lugar, que a publicidade peculiar aos modos formais de solução de controvérsias dificulta o acordo, ao tornar conhecida a acusação de que o demandado violou a regra. A publicidade das posições assumidas eleva o grau de intransigência na medida em que a modificação da postura que o Estado inicialmente sustentou pode ser interpretada como um sinal de recuo, em consonância com o pedido formulado pelo demandante. Sob esse aspecto, a solução do conflito não se realiza porque nenhuma das partes quer ser vista como perdedora ao abdicar das reivindicações originariamente apresentadas. Davey contesta este argumento ao declarar que as controvérsias comerciais não são secretas.[172] No desenrolar das negociações, os Estados se posicionam em relação ao objeto da demanda e normalmente imputam à parte contrária a violação de uma regra ou um comportamento inadequado.

Alegam, em segundo lugar, que a mera proposição de uma demanda é, em si mesma, um ato contencioso, suscetível de prejudicar o bom andamento das relações entre os litigantes. A validade deste argumento depende do modo como o sistema de solução de controvérsias é utilizado. Se o recurso ao sistema for raro, e se alguns Estados são sempre derrotados, qualquer reclamação repercute negativamente nos adversários. A força deste argumento diminui se os casos apresentados se repetirem com freqüência e se os principais Estados que participam do comércio internacional forem ora vencedores ora perdedores nas disputas que protagonizam.

Realçam, em terceiro lugar, que o demandado tende a propor outras reclamações contra o demandante, baseadas em motivos diferentes, fato que aumenta o número de controvérsias que o sistema deve necessariamente resolver. Na realidade, o maior volume de reclamações seria altamente benéfico caso se fizesse acompanhar de níveis de obediência mais acentuados. Os críticos do modelo de adjudicação lembram, todavia, que o aumento das disputas é indesejável, sobretudo se o desfecho de uma delas estiver subordinado à decisão das demais. Esta tese é refutada com a afirmação de que a situação é a mesma nos sistemas em que as negociações constituem a única maneira de pôr termo às controvérsias.

Não se deve esquecer, ademais, que certas disputas, refratárias à solução individualizada, são resolvidas como parte de uma solução global. O julgamento do litígio desempenha, nessa hipótese, função significativa para garantir o cumprimento das regras. Nada indica que um sistema estruturado exclusivamente com base nas negociações alcance o resultado atingido pelas regras do GATT. A valorização exclusiva das negociações permite aos países mais poderosos impor sua vontade às nações menos desenvolvidas, atitude profundamente incompatível com a prevalência das regras, cuja nota dominante é o tratamento igualitário, sem privilégios

---

172 Ibid., p. 248.

ou discriminações. O modelo de adjudicação, desse modo, melhorou a atmosfera predominante no GATT ao favorecer a busca de justiça e eqüidade.[173]

O debate em torno da solução de controvérsias opôs, na história do GATT, os países que apregoavam a maior "juridicidade" do sistema aos que advogavam os benefícios resultantes da flexibilidade inerente às negociações diplomáticas. A pretensão de maior formalismo procedimental ressaltava a necessidade de limites temporais precisos, da justificação das decisões e da adoção dos relatórios preparados pelos painéis sem que para isso fosse necessário o consenso de todas as partes contratantes. Por outro lado, os defensores da flexibilidade diplomática enfatizavam a natureza eminentemente política dos acordos, o que tornava imprescindível efetuar eventuais ajustes para preservar a legitimidade dos compromissos firmados.

As mais acerbas críticas dirigidas à solução de controvérsias existente no GATT realçavam os seguintes pontos:[174]

1. a demora e incerteza intrínsecas ao procedimento, já que inexistia um direito à constituição do painel, pois as partes contratantes deliberavam sobre a sua criação de forma discricionária. Não havia limites temporais para as várias fases em que o procedimento se desdobrava, como as consultas, o pedido de instituição de um painel e o julgamento final da disputa;
2. a ausência de rigor e clareza das decisões;
3. a dúvida relativa à adoção do relatório elaborado pelo painel, devido à predominância da regra do consenso;
4. a lentidão em se adotarem as recomendações constantes dos relatórios e o descumprimento parcial ou total da decisão proferida.

Apesar das falhas apresentadas, o procedimento de solução de controvérsias do GATT se revelou, na maior parte do tempo, capaz de assegurar o equilíbrio entre os direitos e as obrigações das partes. Hudec, Kennedy e Sgarbossa demonstram que, de 1948 a 1989, as reclamações feitas foram quase sempre acolhidas, a despeito do declínio do nível de cumprimento das decisões verificado nos anos 80. Vale frisar que, na década de 80, houve uma verdadeira explosão de litigiosidade, pois mais da metade das reclamações feitas durante a vigência do GATT se concentraram nesse período. Os Estados Unidos e as nações pertencentes à Comunidade Econômica Européia promoveram 92% das reclamações no período referido e os

173 DAVEY, William J. Dispute settlement in GATT. op. cit., p. 249.

174 TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. op. cit., p. 55-56.



países desenvolvidos figuraram, como demandados, em 83% dos casos.[175] Nota-se, contudo, particularmente entre 1980 e 1990, a resistência dos Estados Unidos em cumprir as recomendações feitas pelos painéis, fato que acabou por limitar a eficácia do sistema de solução de controvérsias.

Nesse período, integravam os painéis funcionários de nível médio e diplomatas aposentados, em geral com escassos conhecimentos técnicos para dirimir questões de grande complexidade. Em conseqüência, cresceu a influência do Secretariado, que auxiliava os painéis a analisar o mérito do litígio e a proferir a decisão final da demanda. A influência do Secretariado refletiu-se igualmente na escolha dos nomes que compuseram os painéis. A história do GATT demonstra, sobretudo no período recente, que um reduzido número de especialistas desempenhou papel crucial na constatação das violações aos compromissos concluídos desde 1947 e na continuidade da liberalização comercial ao longo do tempo.

A crença de que o cumprimento das regras é indispensável para manter o respeito a tudo quanto houvera sido convencionado e o desejo de superar as debilidades do mecanismo de resolução de disputas existente converteram a reforma do sistema de solução de controvérsias em um dos principais temas da Rodada Uruguai. O resultado das mudanças que vieram a ocorrer tem origem em complexas relações entre os Estados no plano internacional e entre os governos e o setor privado no nível doméstico. O movimento de reforma contou com a participação dos Estados Unidos, das nações européias e das principais indústrias sediadas nesses países.

Protagonistas de inúmeros contenciosos internacionais, os Estados Unidos e os países europeus discordavam a respeito do modelo de solução de controvérsias dominante no GATT. A divergência residia, em larga escala, nas diferenças culturais que opunham os dois lados do Atlântico. Marcados pela força unificadora do seu sistema legal, os Estados Unidos viam o GATT como uma organização de forte conteúdo jurídico, ao passo que os europeus davam prioridade às instituições diplomáticas para resolver as diferenças entre os Estados. Como grandes demandantes do sistema de solução de controvérsias, os norte-americanos queriam que a introdução de novas regras compelisse a parte vencida em uma disputa a cumprir as decisões dos painéis. Além de retardarem a redução das barreiras comerciais e figurarem como demandados em inúmeras controvérsias, os países europeus vetaram muitas decisões dos painéis submetidas ao Conselho do GATT para aprovação.

A frustração com as deficiências das normas sobre solução de disputas em vigor, aliada à busca de abertura dos mercados externos devido ao crescente déficit

175 HUDEC, Robert; KENNEDY, Daniel; SGARBOSSA, Mark. A statistical profile of GATT dispute settlement cases: 1948-1989. *Minnesota Journal of Global Trade*, Minneapolis, v. 2, n. 1, p. 1-113, Winter 1993. Cf. HUDEC, Robert. *Enforcing international trade law.* op. cit., p. 273-355.

comercial, levaram os empresários norte-americanos a pressionar o governo para adotar ações unilaterais no intuito de revogar os benefícios concedidos às partes contratantes do GATT que não cumpriam as obrigações adensadas. A Seção 301 do Trade Act deu poderes ao Presidente da República para impor sanções comerciais contra as práticas protecionistas estrangeiras independentemente do pronunciamento do GATT sobre a licitude da reclamação porventura formulada.[176]

O reiterado uso da Seção 301, motivo de grande preocupação entre os governos, instigou intenso debate durante a Rodada Uruguai. O propósito generalizado de conter o unilateralismo pela reforma do sistema de solução de controvérsias coincidiu com a posição histórica defendida pelos Estados Unidos em prol de maior legalidade nas relações econômicas internacionais. Durante a Rodada Uruguai os europeus patrocinaram várias demandas e perceberam que a solução de controvérsias no GATT poderia ser extremamente vantajosa. Concomitantemente, os países em desenvolvimento passaram a apoiar o fortalecimento do sistema de solução de controvérsias que lhes daria maior peso nas negociações para limitar o protecionismo das nações desenvolvidas.

### 2.7.3 As características do sistema de solução de controvérsias da OMC

O Acordo constitutivo da OMC previu a criação de um mecanismo de solução de controvérsias, cujas características, definidas na Rodada Uruguai, se consubstanciaram no Entendimento sobre as Regras e Procedimentos que Governam a Solução de Controvérsias, responsável pela modificação dos artigos XXII e XXIII do GATT.[177] A aplicação desse aparato normativo cabe ao Órgão de Solução de

176 ARSLANIAN, Regis P. *O recurso à seção 301 da legislação de comércio norte-americana e a aplicação de seus dispositivos contra o Brasil*. Brasília: IPRI, 1993. p. 13-35.

177 JACKSON, John H.; DAVEY, William J.; SYKES JR., Alan O. *Legal problems of international economic relations*. op. cit., p. 257-259. Cf. HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. *The political economy of the world trading system*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 74-78. Cf. JACKSON, John H. The Uruguay Round and the launch of the WTO: significance & challenges. In: STEWART, Terence P. (Ed.). *The World Trade Organization:* multilateral trade framework for the 21st century and U.S. implementing legislation. Washington: American Bar Association, 1996. p. 5-28. Cf. JACKSON, John H. Designing and implementing effective dispute settlement procedures: WTO dispute settlement, appraisals and prospects. In: KRUEGER, Anne O. (Org.). *The WTO as an international organization*. Chicago: University of Chicago Press, 2000. p. 161-180. Cf. HOWSE, Robert. The most dangerous branch? WTO Appellate Body jurisprudence on the nature and limits of the judicial power. In: COTTIER, Thomas; MAVROIDIS, Petros C. (Ed.). *The role of the judge in international trade regulation:* experience and lessons for the WTO. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2003. p. 11-41. Cf. DAVEY, William J. Has the WTO dispute settlement system exceeded its authority? A consideration of deference shown by the system to member government decisions and its use of issue-avoidance techniques. In: COTTIER, Thomas; MAVROIDIS, Petros C. (Ed.). op. cit., p. 43-79. Cf. LOWENFELD, Andreas F. *International economic law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 152-161. Cf. PALMETER, David; MAVROIDIS, Petros C. *Dispute settlement in the*



Controvérsias, que é uma especialização funcional do Conselho Geral da OMC. Ele exerce as seguintes funções: autorizar a criação dos painéis, adotar o relatório elaborado pelos painéis e pelo Órgão de Apelação, supervisionar a execução das recomendações sugeridas pelos painéis e pelo Órgão de Apelação e autorizar a suspensão de concessões comerciais.

A nova disciplina devotou-se à tarefa de corrigir os vícios que impregnavam o sistema anterior: a excessiva fragmentação, a morosidade procedimental e o não-cumprimento das recomendações e decisões dos painéis. A referência feita no artigo XVI, § 1º de que salvo disposição em contrário a OMC *"shall be guided by the decisions, procedures and costumary practices followed by the Contracting Parties to GATT 1947 and the bodies established in the framework of GATT 1947"*[178] mostra que a continuidade vincula a solução de controvérsias no GATT e na OMC. Esse sentido de continuidade exprime-se nas alusões que os painéis e o Órgão de Apelação fazem à jurisprudência do GATT quando resolvem conflitos acerca da interpretação dos tratados da OMC. Consuma-se, assim, a transição de um sistema predominantemente diplomático, baseado na negociação entre as partes, que marcou a experiência do GATT, para um sistema organizado em torno de regras jurídicas. Esta nota distintiva do mecanismo idealizado na Rodada Uruguai não inibiu a possibilidade de entendimento entre os membros em caso de controvérsia resultante da imposição de medidas eventualmente incompatíveis com os tratados da OMC. O estímulo à realização de consultas, durante um prazo prefixado, antes do estabelecimento do painel, não cerceou o recurso às negociações diretas após a deflagração do procedimento formal para a solução da disputa.

A realização de consultas acarreta, entre outros, os seguintes benefícios: a celeridade, os baixos custos e os resultados satisfatórios que via de regra produzem. O pedido de constituição de um painel será formulado ao Órgão de Solução de Controvérsias, que só o rejeitará se houver consenso entre os membros. Este ponto difere, substancialmente, da exigência vigente no GATT, segundo a qual as partes contratantes deviam, por unanimidade, aprovar a instituição de um painel. Na realidade, a perspectiva de bloqueio do sistema, extraordinariamente facilitada pelo

*World Trade Organization:* practice and procedure. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 16. Sobre uma avaliação do sistema de solução de controvérsias da OMC cf. FABRI, Hélène Ruiz. Dispute settlement in the WTO: on the trail of a court. In: CHARNOVITZ, Steve; STEGER, Debra P.; BOSSCHE, Peter van den (Ed.). *Law in the service of human dignity*: essays in honour of Florentino Feliciano. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 136-158; STEGER, Debra P. The challenges to the legitimacy of the WTO. In: CHARNOVITZ, Steve; _____; BOSSCHE, Peter van den (Ed.). op. cit., p. 202-221; EHLERMANN, Claus-Dieter; EHRING, Lothar. Can the WTO dispute settlement system deal with competition disputes? In: PETERSMANN, Ernst-Ulrich; HARRISON, James (Ed.). *Reforming the world trading system*: legitimacy, efficiency, and democratic governance. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 535-559.

178 LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional*. op. cit., p. 121.

mecanismo de funcionamento do GATT, era especialmente prejudicial aos países em desenvolvimento, que dispõem de menor poder no cenário internacional.

Outra mudança de grande magnitude consistiu na definição clara de prazos para todas as etapas do procedimento de solução de controvérsias. Abreviou-se, com isso, o tempo de duração do procedimento, providência salutar para impedir que um caso se arrastasse por anos a fio sem qualquer solução. O descontentamento em face da decisão proferida pelo painel garante à parte ou às partes insatisfeitas o direito de pleitear ao Órgão de Apelação novo julgamento, que reaprecie os fundamentos jurídicos do relatório já elaborado.

O Órgão de Apelação[179] não se ocupa do deslinde de questões fáticas, mas apenas de questões jurídicas concernentes à interpretação dos tratados da OMC. Efetua, nessa condição, um controle de legalidade ao verificar se o direito da OMC foi corretamente interpretado. Sobressai a distinção entre a continuidade temporal do Órgão de Apelação e a Natureza *ad hoc* dos órgãos de primeira instância, que exibem composição extremamente variável. Este traço conduz à unidade das soluções que profere em contraste com as eventuais contradições e desarmonias que os relatórios dos painéis venham a ensejar.

A atividade do Órgão de Apelação, já se observou, guarda semelhança com a função que a Corte Suprema desempenha nos ordenamentos jurídicos domésticos no tocante à unificação do significado das normas jurídicas. Concorreu para este desiderato a decisão em favor da colegialidade, consagrada no artigo 17.1 do ESC e nos procedimentos de trabalho posteriormente elaborados. Formou-se, devido à coerência das decisões, uma verdadeira jurisprudência, orientada pela busca, muitas vezes explícita, de manter o equilíbrio do sistema pela preocupação com a unidade, estabilidade e efetividade que devem caracterizá-lo. Se o relatório do painel ou do Órgão de Apelação vier a ser adotado, o membro que violou as suas obrigações notificará o OSC a respeito das medidas que serão executadas para propiciar o cumprimento da decisão.

Espera-se que o infrator não vacile em suprimir a medida incompatível com os tratados abrangidos, ajustando a política comercial doméstica às prescrições feitas pelas regras multilaterais. A oferta de compensação só se justifica se não for viável, de imediato, a supressão da medida que configure ato ilícito internacional. O ESC prevê, ainda, a possibilidade de se suspender, de maneira discriminatória, durante certo período, a aplicação de concessões ou de outras obrigações estabelecidas nos acordos da OMC. Houve por parte do ESC a preocupação em estabelecer sanções para garantir o cumprimento da norma violada segundo a lógica do direito internacional de cooperação, que retira nesse caso ao membro infrator

179 FABRI, Hélène Ruiz. The WTO Appellate Body's role: should the show go on? São Paulo: [s.n.], 2005. Texto apresentado no "The WTO Appellate Body at 10 Colloquium", realizado em São Paulo, de 15 a 17 de maio de 2005. Cf. LOWENFELD, Andreas F. op. cit., p. 166-171.



a possibilidade de auferir os benefícios que a interdependência propicia. O ESC interessou-se também em disciplinar o procedimento para que a sanção seja aplicada, cautela que não esconde o receio de utilização indiscriminada da violência a denunciar flagrante desproporção entre meios e fins. Regulou, assim, o uso da força econômica: indicaram-se as causas que a legitimam, os sujeitos habilitados a utilizá-la, as regras que serão obrigatoriamente seguidas e o *quantum* de força que o sistema admite, na esperança de subordinar a política de poder às razões do direito.

O ESC combinou a lógica diplomática, que privilegia a negociação direta entre os interessados, à lógica jurisdicional, com o reforço das garantias procedimentais e a produção de decisões obrigatórias para as partes da disputa. Olvidar esse hibridismo é perder de vista muito da originalidade peculiar ao mecanismo que o ESC delineou. Houve, na feliz expressão de Celso Lafer, um "adensamento de juridicidade", o que não significou eliminar o componente diplomático do procedimento de solução de disputas.[180]

Victor do Prado salienta três características do mecanismo de solução de controvérsias forjado na Rodada Uruguai: a abrangência, a automaticidade e a exeqüibilidade.[181] A abrangência se reporta à competência do mecanismo de solução de controvérsias para apreciar a violação de todos os acordos da OMC e ao fato de que inexiste outro órgão com a atribuição de solucionar tais litígios. A automaticidade consiste nos estágios sucessivos que as demandas percorrem, conforme limites temporais rígidos, necessários para tolher a ação unilateral dos membros com vistas a retardar indevidamente o processo. A exeqüibilidade, por seu turno, evidencia que a OMC pode obrigar os membros a cumprir as decisões do Órgão de Solução de Controvérsias, mediante a imposição de sanções aos violadores. Adicionam-se a estas características a dupla instância e a supervisão multilateral por todos os membros para a aprovação dos relatórios dos painéis e do Órgão de Apelação. Esses traços dão à OMC posição singular no quadro das organizações internacionais da atualidade.

O Entendimento sobre Solução de Controvérsias revigorou o papel das normas de julgamento no plano do comércio internacional, requisito imprescindível para o funcionamento do mercado global. A previsibilidade dos agentes econômicos desaparece se não houver autoridade competente para interpretar as divergências com base em normas jurídicas, por meio de um juízo de legalidade sobre as pretensões

180 LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional.* op. cit., p. 123. Cf. LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos:* reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 75-79.

181 PRADO, Victor Luiz do. Mecanismo de solução de controvérsias: fonte de poder e de problemas na OMC. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). *OMC e o comércio internacional.* São Paulo: Aduaneiras, 2002. p. 264-266.

em conflito, indispensável para que se passe do mundo abstrato das normas para o mundo concreto da realidade. A propósito, o artigo 3.2 do ESC afirma:

> O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC é elemento essencial para trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio. Os Membros reconhecem que esse sistema é útil para preservar direitos e obrigações dos Membros dentro dos parâmetros dos acordos abrangidos e para esclarecer as disposições vigentes dos referidos acordos em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público.

A solução da disputa, objetivo primordial do ESC, se faz pela compreensão da situação litigiosa sob o ângulo dos acordos abrangidos, o que requer a determinação do significado das suas disposições. Nesses termos, as recomendações dos painéis e do Órgão de Apelação não podem acrescentar ou diminuir os direitos e obrigações enunciados, numa demonstração inequívoca dos limites fixados ao sistema de solução de controvérsias. A pretexto de esclarecer o conteúdo dos tratados abrangidos, as instâncias jurisdicionais não se sentem livres para modificar o equilíbrio entre direitos e obrigações.

Somente os Estados e os territórios aduaneiros membros da OMC têm acesso ao procedimento de solução de controvérsias. Fica, entretanto, cada vez mais difícil sustentar o caráter exclusivamente interestatal do procedimento em face do avanço inexorável do transnacionalismo e da multiplicidade de interesses que as decisões proferidas afetam. Muitos questionam se a resolução de litígios na OMC se adapta à natureza das relações transnacionais, dominadas por múltiplos atores, com interesses e aspirações diversos. Os agentes econômicos privados não ocultam a grande preocupação que as conseqüências das decisões tomadas terão para a atividade que exercem. Além disso, contenciosos entre Estados, como o que opôs, em 1998, o Japão aos Estados Unidos sobre películas e papéis fotográficos, podem ser, na verdade, pendências entre empresas multinacionais, no caso, Fuji e Kodak.[182]

Salta aos olhos, cada vez mais, o desejo que as organizações não governamentais nutrem de participar no procedimento de solução de controvérsias, seja como demandantes, seja como terceiros interessados no desfecho da demanda. Muitos Estados resistem em alterar o modelo atual para promover a ampla participação das organizações não governamentais, porque isso, a par de contribuir para elevar demasiadamente o número de pleitos, com efeitos nefastos para a qualidade das

[182] CANAL-FORGUES, Éric. *Le règlement des différends à l'OMC*. 2. ed. Bruxelles: É. Bruyland, 2004. p. 20.



decisões, prejudicaria os países em desenvolvimento em virtude de grande parte das organizações não governamentais estarem sediadas no hemisfério norte.[183]

Apesar disso, o ESC parece admitir, em sentido limitado, a participação das organizações não governamentais. O artigo 13.1 declara: "Todo painel terá direito de recorrer à informação e ao assessoramento técnico de qualquer pessoa ou entidade que considere conveniente." O artigo 13.2, por sua vez, preconiza que: "Os painéis poderão buscar informação em qualquer fonte relevante e poderão consultar peritos para obter o seu parecer sobre determinados aspectos de uma questão." No caso US – Shrimp, o Órgão de Apelação estimou que o painel goza de amplo poder para apreciar as informações e pareceres preparados por entidades não-governamentais, que tenham ou não sido previamente solicitados. Ele é o único juiz acerca da relevância da informação prestada.[184] No caso US – Lead and Bismuth II, o Órgão de Apelação invocou os artigos 17.9 do ESC e 16.1 dos seus procedimentos de trabalho para legitimar a autoridade que possui para aceitar ou recusar a apresentação de *amicus curiae*.

O Órgão de Solução de Controvérsias, consoante o artigo 23 do ESC, dispõe de competência exclusiva para deliberar sobre o julgamento de conflitos que envolvam a interpretação e aplicação dos tratados da OMC. O apelo a outras instâncias jurisdicionais foi, nesse caso, terminantemente vedado, tendo em vista a inconveniência de pronunciamentos antagônicos emanados por jurisdições concorrentes. Retirou-se a faculdade de apreciação unilateral da ilicitude de um ato perante as regras da OMC, pois verificar se uma violação ocorreu é atribuição restrita ao Órgão de Solução de Controvérsias. Importa ressaltar que a jurisdição do Órgão de Solução de Controvérsias é obrigatória para todos os membros da OMC. Não é lícito objetar a constituição de um painel, a menos que as partes tenham decidido pôr fim à disputa pela celebração de compromisso com essa finalidade. Não se exige o consentimento do demandado para que se instaure a jurisdição do painel ou do Órgão de Apelação. Os membros da OMC aceitaram a jurisdição obrigatória e exclusiva das instâncias de solução de controvérsias em relação aos casos que configurem violação dos acordos abrangidos.

O "adensamento da juridicidade" não afasta a função política e diplomática desempenhada pelo OSC para a solução de controvérsias na OMC.

[183] Ibid., p. 18-20. Cf. SANCHEZ, Michelle Ratton. Atores não estatais e sua relação com a Organização Mundial do Comércio. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). *Direito do comércio internacional*. São Paulo: J. de Oliveira, p. 151-170. Para uma discussão aprofundada sobre a atuação das organizações não governamentais na OMC, cf. SANCHEZ, Michelle Ratton. *Demandas por um novo arcabouço sociojurídico na Organização Mundial do Comércio e o caso do Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 158-179.

[184] CANAL-FORGUES, Éric. op. cit., p. 24.

> Ela se evidencia, formalmente, no DSU, pela cautela recomendada *before bringing a case*; pela preferência explícita por soluções negociadas (DSU art. 3º, § 7º); pela recomendação de que a interpretação das normas da OMC deve ser estrita, e não construtivamente ampliada (DSU 3º, § 2º) e especialmente pela obrigação de consultar, como fase prévia obrigatória, antes de suscitar-se a constituição de um *panel* (DSU, art. 4º).[185]

No plano diplomático, concede-se às partes a alternativa de, em havendo acordo, recorrerem aos bons ofícios, à conciliação e à mediação, inclusive com a participação do diretor-geral, que, *ex officio*, poderá atuar para aproximar as partes, mediar o conflito ou realizar a função de conciliador. A possibilidade de se suspenderem, a qualquer momento, os trabalhos de um painel para se negociar uma solução é outro traço da permanência da tradição diplomática do GATT. Nota-se ainda a dimensão política do sistema no reconhecimento aos membros do direito de se manifestarem sobre o conteúdo do relatório (artigos 16, § 4 e 17, § 4). Por essa via os membros exercem controle político ao expressarem as suas opiniões sobre o teor do relatório sujeito à apreciação.

A separação entre órgãos jurisdicionais e órgãos políticos marca a solução de controvérsias na OMC. Enquanto os painéis e o Órgão de Apelação devem analisar as pretensões deduzidas sobre o prisma jurídico, o Órgão de Solução de Controvérsias, de cunho essencialmente político, reúne todos os membros da OMC para o exercício da função de administrar o sistema e tomar decisões juridicamente obrigatórias. Elaborada durante a Rodada Uruguai, a partir da experiência do GATT, que dava a uma das partes contratantes o direito de se opor ao relatório do painel e, com isso, inviabilizar a sua adoção, a regra do consenso invertido contribuiu para a automaticidade do sistema ao proscrever as tentativas de bloqueio unilateral e ao especificar que o relatório só não será aprovado se todos os membros assim decidirem. Nesse sentido, os relatórios dos painéis e do Órgão de Apelação só se tornam vinculantes para as partes após o aval do Órgão de Solução de Controvérsias. Esse processo, quase automático, não terá lugar em uma hipótese: se os membros, por consenso, decidirem não adotar o relatório pela técnica do consenso invertido ou negativo, profundamente peculiar no direito internacional.

Nenhum relatório, até agora, deixou de ser adotado, pela simples razão de que numa entidade que congrega número tão expressivo de membros é extremamente difícil obter manifestação consensual sobre qualquer matéria. Tal fato, aliado à escassez de interpretações vinculantes emitidas pelo Conselho Geral, proporciona grande independência aos órgãos jurisdicionais, mas essa independência não significa completa autonomia institucional. Na estrutura da OMC, o Órgão de Apelação se subordina aos órgãos políticos, já que os membros podem, coletivamente, rejeitar um relatório ou adotar uma interpretação dos acordos que

185 LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional.* op. cit., p. 130.



prevaleça sobre o entendimento jurisprudencial, considerado inadequado. Na prática, porém, a dificuldade na obtenção de consenso e a relutância em utilizar os critérios de deliberação fundados no voto majoritário reduzem o alcance e a extensão do controle político.

Por fim, Celso Lafer suscita a questão de se o novo sistema de solução de controvérsias da OMC, em contraste com o do GATT, não tende para um contencioso de legalidade.

> Isto significa, potencialmente, uma outra concepção da função da responsabilidade internacional, qual seja a função de proteção de legalidade, o que quer dizer que a relação da responsabilidade internacional transcenderia as partes envolvidas numa disputa, pois diria respeito, igualmente, a todos os membros da OMC. Com efeito, se a responsabilidade internacional é uma resposta a uma ruptura do equilíbrio de direitos e obrigações, e se a resposta exclui como remédio a obrigação de reparar através de compensação – negociada entre as partes diretamente envolvidas – por força de uma prioridade axiológica conferida ao interesse de todos os estados-membros na função da legalidade, estaríamos aí diante de uma diversificação muito ampliada de responsabilidade internacional – na linha de propostas dos trabalhos da CDI.
>
> Na OMC, este assunto – contencioso de reparação/contencioso de legalidade – vem sendo suscitado, implicitamente, através do papel das *third parties*. Com efeito, se para a participação na fase prévia de consultas de uma controvérsia o DSU requer, para a participação de terceiros, a existência de um *substantial trade interest*, a participação de *third parties*, tanto num *panel* quanto num *appeal*, pressupõe *substantial interest* (DSU 10, § 2º; 17, § 4º). A pergunta é se por *substantial interest* pode-se entender *systemic interests*, o que, no jargão da OMC, pode ser entendido como um interesse também na função da legalidade da responsabilidade internacional.[186]

O que se discute é se os painéis e o Órgão de Apelação devem levar em conta e em que grau os interesses sistêmicos que transparecem nas postulações efetuadas por terceiros. Na conjuntura atual, o prejuízo indireto decorrente de um interesse sistêmico não permite ao membro exercer o papel de ministério público nem lhe faculta propor uma espécie de *actio popularis* para a defesa do interesse público na OMC.

186 LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional.* op. cit., p. 134.

### 2.7.4 As condições para o início do procedimento de solução de controvérsias na OMC

Nenhum artigo do ESC exigiu que se comprove a existência do interesse de agir quando vier a ser formulado pedido de constituição de um painel. O artigo 3.7, contudo, indica: "Antes de apresentar uma reclamação, os Membros avaliarão a utilidade de atuar com base nos presentes procedimentos." Este dispositivo parece enfatizar a necessidade de um vínculo entre a iniciativa de um membro e os meios escolhidos para se promover a solução do litígio. O artigo 10.2 ressalvou: "Todo Membro que tenha interesse concreto em um assunto submetido a um painel e que tenha notificado esse interesse ao OSC (denominado no presente Entendimento 'terceiro') terá oportunidade de ser ouvido pelo painel e de apresentar-lhe comunicações escritas." Com isso, somente as terceiras partes estão obrigadas a demonstrar interesse de agir para atuarem no procedimento de solução de controvérsias. No âmbito jurisprudencial, o Órgão de Apelação interpretou extensivamente o interesse de agir no caso EC-Bananas III.

As Comunidades Européias argumentaram na ocasião que os Estados Unidos careciam de interesse de agir porque produziam banana em pequena quantidade e as exportações de suas multinacionais instaladas na América Latina não deveriam ser computadas como parte da produção norte-americana. A decisão sublinhou que os Estados Unidos eram produtores de banana e tinham interesse potencial em sua exportação. Acrescentou, ainda, que não se excluía a possibilidade de que o mercado interno norte-americano fosse afetado pelos efeitos do regime comunitário sobre a oferta e os preços mundiais do produto. Desse modo, todo país exportador está apto para acionar o mecanismo de solução de controvérsias pois a OMC se dedica a proteger a competição em matéria comercial.[187]

As demandas na OMC podem ser de três tipos: as reclamações pela violação das obrigações previstas nos acordos abrangidos, as reclamações de não-violação e as reclamações "de situação".[188]

Na primeira hipótese, o demandante alega que uma vantagem resultante, direta ou indiretamente, dos acordos da OMC se encontra anulada ou comprometida, ou que a realização dos objetivos visados por tais compromissos é obstaculizada pelo descumprimento das obrigações subscritas por parte de outro membro. O artigo 3.8 do ESC, inspirado na tradição jurisprudencial do GATT, estabelece a presunção de que uma medida, que anule ou diminua uma vantagem que os acordos asseguram, incide de maneira desfavorável sobre os outros membros. Não se conseguiu, até agora, reverter esta presunção pela prova de que a infração às regras não importa na redução dos benefícios auferidos.

187 CANAL-FORGUES, Éric. op. cit., p. 31-32.

188 Cf. LUFF, David. *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*: analyse critique. Bruxelles: É. Bruyland; Paris: LGDJ, 2004. p. 778-783.



As ações de não violação têm como antecedente remoto as cláusulas inseridas nos acordos comerciais bilaterais, destinadas a impedir que as obrigações pactuadas em matéria de concessões tarifárias não sejam comprometidas por barreiras não tarifárias ao comércio ou por outras medidas governamentais. Pleitos dessa natureza, pelas características que os revestem, são excepcionais na OMC.

Já as demandas "de situação", jamais invocadas, equivalem a uma cláusula de salvaguarda, pois o reclamante alega que uma vantagem oriunda dos acordos da OMC, ainda que de forma indireta, se encontra anulada ou reduzida por uma medida, aplicada por outro membro, ou decorrente de uma situação a ele imputável.

A despeito das críticas que lhe foram dirigidas, as demandas de não violação conservam grande utilidade para atender às circunstâncias específicas em que não há o desrespeito flagrante a algum acordo celebrado. O exame da natureza das demandas de não violação foi feito, a título principal, pelo painel na disputa entre os Estados Unidos e o Japão sobre películas fotográficas. Tratava-se de uma contenda em que os Estados Unidos contestaram várias medidas adotadas pelo Japão, que, segundo entendia o governo norte-americano, anulavam ou comprometiam as vantagens proporcionadas pela Rodada Uruguai e pelas negociações precedentes.[189] O painel seguiu a jurisprudência do GATT ao considerar que os Estados Unidos não provaram a anulação ou alteração das vantagens que esperavam obter com os compromissos firmados.[190]

O critério empregado para atestar a expectativa legítima de um membro buscou comparar as condições de concorrência entre os produtos em dois momentos diferentes, que se distinguem, respectivamente, pela presença e pela ausência da medida analisada. A expectativa legítima se define em função das possibilidades de acesso ao mercado decorrentes das concessões tarifárias. Por outro lado, é preciso demonstrar que a posição concorrencial dos produtos que se beneficiam das concessões tarifárias para ingressarem em dado mercado foi afetada pela aplicação de uma medida que não poderia ser razoavelmente esperada.

No caso EC – Asbestos o painel apreciou a alegação subsidiária de não violação apresentada pelo Canadá com fundamento no artigo XIII.1 (b) do GATT de 1994. A decisão consignou que não há expectativa legítima em relação às medidas para proteger a vida e a saúde das pessoas se elas não forem autorizadas pelo artigo XX (b) do GATT de 1994. Cumpre notar também que é distinta a prova a ser produzida nas demandas de violação e nas demandas de não violação dos acordos da OMC. No primeiro caso, é suficiente provar a desconformidade com alguma disposição constante nos tratados. Uma vez feita essa prova, presume-se a anulação ou o comprometimento das vantagens nos termos do artigo 3.8 do ESC. No

189 CANAL-FORGUES, Éric. op. cit., p. 36.

190 Panel Report, Japan – Film.

segundo caso a prova é mais complexa já que ela repousa na identificação das expectativas legítimas de um membro, fato que torna necessário comparações que podem remontar a períodos longínquos de tempo.

### 2.7.5 A execução das decisões do Órgão de Solução de Controvérsias

#### *2.7.5.1 A função das sanções*

O tema da sanção na OMC propõe, desde logo, três questões fundamentais: (1) O descumprimento das recomendações efetuadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias é juridicamente sancionável? (2) Quais são, nesse campo, as diferenças entre as regras do GATT e a disciplina instituída pela OMC? (3) Os remédios consagrados são eficazes e facilitam o funcionamento do sistema?

É necessário esclarecer, preliminarmente, qual é o conceito de sanção a ser empregado para a análise das normas do Entendimento sobre Solução de Controvérsias. Carlos Santiago Nino acentua que, na obra de Kelsen, a sanção apresenta as seguintes características: (a) ela é um ato coercitivo, ou seja, um ato de força efetivo ou latente; (b) o seu objeto é a privação de um bem; (c) quem a aplica necessita estar autorizado por uma norma válida; e (d) deve ser a conseqüência da conduta de um indivíduo.[191]

A sanção não consiste, desse modo, no uso efetivo da força, mas na possibilidade de usá-la se o destinatário não cooperar. Sem referência à força não seria possível distinguir casos específicos de sanção, entre os quais a pena de morte e a privação da liberdade, dos fatos que não se relacionam à atividade de sancionar, como a reclusão voluntária dos monges.[192] A ordem jurídica estabelece quais são as autoridades competentes para aplicar a sanção e define, ao mesmo tempo, os limites de tal competência. Esta circunstância marca a diferença entre a pena de morte e o homicídio, a prisão e o seqüestro, a multa e o roubo, a pena infamante e a injúria. A rigor, a sanção é a conseqüência de uma conduta voluntária do agente, pois se inexistir controle efetivo dos próprios atos, a exemplo do que sucede com os loucos e as vítimas de doenças contagiosas submetidas a internamento forçado, não se poderá, a bem da verdade, qualificar tais atos de sanção.[193]

No âmbito das relações internacionais, a sanção é o ato coercitivo, autorizado pelo direito internacional, em resposta ao descumprimento de uma obrigação por parte do Estado. A legitimidade e os efeitos da sanção interferem na eficácia

[191] SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1987. p. 168. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: A. Amado, 1979. p. 171-174.

[192] SANTIAGO NINO, Carlos. op. cit., p. 169.

[193] Ibid., p. 171-173.



dos tratados, além de instigar o debate entre os internacionalistas. O uso da força leva, inevitavelmente, à perda de vidas humanas, aceitável apenas se estiverem em causa objetivos atinentes à defesa dos interesses nacionais primários. São elevados, também, os custos das sanções econômicas, quer para o Estado que sofre os seus efeitos, sendo que os grupos vulneráveis são os mais afetados, quer para o Estado que as impõe, na medida em que cessa, temporariamente, o intercâmbio comercial.[194] O principal obstáculo posto pela sanção concerne à dificuldade política de mobilizar e manter recursos militares e econômicos por períodos prolongados no cenário internacional, que não conta, como conta a ordem doméstica, com uma autoridade superior reconhecida. Esses entraves explicam por que os esforços para impor as sanções são intermitentes e *ad hoc*, correspondendo, antes de mais nada, às exigências políticas dos Estados.[195]

A aplicação das sanções não é atividade corrente nas organizações internacionais: a mediação, a conciliação e o jogo sutil das pressões desempenham função infinitamente mais destacada que o exercício do poder coativo.[196] Não obstante, as sanções se revelam úteis nas organizações internacionais tanto para fortalecer a sua posição em face dos Estados, quanto para garantir a eficácia da ordem jurídica. A relutância das organizações internacionais em punir os comportamentos desviantes se deve às dificuldades que cercam a aplicação da sanção e ao imperativo de utilizá-la com a devida prudência. A efetividade da sanção é, na maioria dos casos, o resultado da comparação entre o valor atribuído a uma dada política e o interesse em seguir as regras criadas.

Na primeira metade do século XX, alguns tratados dispuseram que as partes se sujeitavam a restrições comerciais em virtude da violação das obrigações assumidas. Pelo artigo 16.1 do Pacto da Sociedade das Nações, os Estados se comprometeram a romper todas as relações comerciais ou financeiras com o membro que recorresse à guerra, em desobediência aos artigos 12, 13 e 15. A Constituição da OIT facultou o emprego de medidas econômicas punitivas no final do procedimento instaurado para apurar o descumprimento das obrigações convencionais. A introdução de uma emenda ao tratado constitutivo da OIT autorizou a adoção de medidas comerciais contra o governo que, por ventura, se recusar a obedecer a uma convenção já ratificada.

[194] CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler. *The new sovereignty*: compliance with international regulatory agreements. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 2. Cf. SICILIANOS, Linos-Alexandre. *Les réactions décentralisées à l'illicitude:* des contre-mesures à la légitime défense. Paris: LGDJ, 1990. p. 20-69.

[195] CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler. op. cit., p. 2-3. Cf. BROWN-JOHN, C. Lloyd. *Multilateral sanctions in international law*: a comparative analysis. New York: Praeger, 1975. p. 16-27.

[196] LEBEN, Charles. *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*. op. cit., p. 153-154.

Nessa linha, a Convenção do Açúcar considerou que se o Conselho decidisse proibir a importação de açúcar produzido pelo Estado que violou uma regra, esta proibição não seria julgada contrária aos direitos de que o referido Estado seja titular. O artigo 41 da Carta da ONU incluiu a interrupção completa das relações econômicas entre as medidas adotadas pelo Conselho de Segurança no caso de ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão. Até o limiar da década de 90, a ONU raramente adotou resoluções sobre essa matéria; a situação se inverteu, entretanto, nos anos que se seguiram ao término da Guerra Fria. Cientes do potencial conflito com os princípios de liberalização comercial, os autores do GATT inseriram uma exceção, no artigo XXI, para as restrições comerciais decretadas pelas resoluções do Conselho de Segurança para manter ou restabelecer a paz e a estabilidade internacionais.

A Carta de Havana deu à Conferência das Partes Contratantes autoridade para liberar um país do cumprimento das suas obrigações, tendo em vista os prejuízos surgidos com a infração das disposições do tratado constitutivo. O artigo XXIII do GATT permitiu que as partes contratantes suspendessem as concessões ou obrigações acordadas em hipóteses especialmente graves. Na opinião de Robert Hudec,[197] Clair Wilcox[198] e Kenneth Dam[199] os remédios previstos pelo GATT tinham escopo compensatório, sem a natureza de penalidade ou sanção. A meta era, acima de tudo, resguardar o equilíbrio contratual que a infração cometida rompeu a fim de proteger as vantagens negociadas contra os abusos que diminuem o seu alcance. A relação se situava em um plano estritamente bilateral, sendo que os demais Estados não intervinham para exercer pressão coletiva sobre o causador do dano. O uso de retaliações por parte do Estado lesado ganhava sentido para preservar o equilíbrio contratual que organizava os direitos e obrigações no âmbito do GATT.

A doutrina realça que a previsão de sanções para o desrespeito aos tratados que compõem o regime multilateral de comércio é um dos aspectos mais relevantes do sistema de solução de controvérsias moldado na Rodada Uruguai.[200] Nem o Acordo de Marraqueche, nem o Entendimento sobre Solução de Controvérsias empregaram o termo *sanção* para designar as conseqüências jurídicas oriundas da violação de uma norma. Fortemente inspirado no artigo XXIII do GATT, mas com especificidades que o singularizam, o artigo 22 do ESC concedeu ao demandante vitorioso a possibilidade de solicitar ao Órgão de Solução de Controvérsias autorização para suspender, por certo período, em relação ao demandado, a aplicação de concessões ou de outras obrigações decorrentes dos acordos abrangidos, se a decisão condenatória não foi oportunamente executada.[201]

197 HUDEC, Robert E. The GATT legal system: a diplomat's jurisprudence (1970). In: _____. *Essays on the nature of international trade law*. London: Cameron May, 1999. p. 30-35.

198 WILCOX, Clair. *A Charter for World Trade*. New York: Macmillan, 1949. p. 159.

199 DAM, Kenneth W. *The GATT*: law and international economic organization. Chicago: University of Chicago Press, 1970. p. 357-367.

200 CHARNOVITZ, Steve. Rethinking WTO trade sanctions. *The American Journal of International Law*, Washington, v. 95, n. 4, p. 792, Oct. 2001.



O ESC representou, nesse particular, evolução notável no tocante à disciplina vigente no GATT. Vieram à baila procedimentos que facilitam a execução das decisões. O sistema anterior contemplava apenas a suspensão de concessões em casos de indiscutível gravidade, com base na deliberação tomada pelas partes contratantes. Diversamente, o ESC afirma que, transcorrido o período de tempo para que o demandado adote a recomendação formulada ou ofereça compensações, o Órgão de Solução de Controvérsias "*shall grant authorization to suspend concessions or other obligations*". Os governos perderam, ademais, o poder de bloquear a formação de um painel e a adoção dos relatórios elaborados com a eliminação da flexibilidade política que o artigo XXIII do GATT propiciava. Convém lembrar que o nível de suspensão autorizado pelo ESC deve ser equivalente ao montante dos danos sofridos pelo demandante. Este expediente é prospectivo, não alcançando a reparação dos danos anteriores à decisão que declarou incompatível uma medida comercial perante os tratados da OMC.

Não há dúvida de que, à luz dos comentários expendidos, a suspensão de concessões ou outras obrigações é juridicamente uma sanção. Trata-se de ato coercitivo, que se caracteriza pela interferência limitada na esfera de interesse protegido de outro Estado, mediante a privação temporária de direitos legitimamente estabelecidos. A suspensão das concessões não admite que o membro infrator exerça, de forma plena, os direitos que os tratados lhe conferiram. Charnovitz acredita ter havido, nos últimos tempos, uma verdadeira mudança paradigmática com a passagem do paradigma do equilíbrio no GATT para o paradigma das sanções comerciais na OMC.[202] Essa mudança teria ocorrido a despeito da similitude entre os remédios instituídos pelo artigo XXIII do GATT e pelo artigo 22 do ESC, em virtude da transformação do contexto em que as novas regras operam.

Parece claro que Charnovitz esposa uma concepção excessivamente restrita de sanção. O mesmo se passa com os autores que defenderam a natureza compensatória dos remédios do GATT, mas lhes recusaram o caráter de sanção. É sabido que no direito privado a sanção busca restituir o equilíbrio que vigorava antes da ocorrência do dano. A indenização e a execução forçada constituem, respectiva-

201 LAWRENCE, Robert Z. *Crimes & punishments:* retaliation under the WTO. Washington: Institute for International Economics, 2003. p. 13-47. Cf. ZOLLER, Elisabeth. *Peacetime unilateral remedies:* an analysis of countermeasures. Dobbs Ferry: Transnational Publishers, 1984. p. 3-44. Cf. ALLAND, Denis. *Justice privée et ordre juridique international:* étude théorique des contre-mesures en droit international public. Paris: A. Pedone, 1994. p. 373-427. Cf. CHAZOURNES, Laurence Boisson de. *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*. Geneve: Institut Universitaire de Hautes Études Internationales; Paris: A. Pedone, 1992. p. 57-65.

202 CHARNOVITZ, Steve. Rethinking WTO trade sanctions. op. cit., p. 803-808.

mente, para a teoria tradicional e para o modelo kelseniano sanções que visam a restabelecer o *status quo* perturbado pela prática do delito. No direito internacional a situação não é diferente: além da pena e da multa, a reparação dos danos é, também, uma sanção a recompor as condições que antes existiam na relação entre as partes.

São inegáveis os aprimoramentos das regras sobre a execução das recomendações do Órgão de Solução de Controvérsias. Nada indica, todavia, ter ocorrido uma ruptura entre o modelo do GATT e aquele adotado pela OMC. Esta assertiva é comprovada pelo fato de que a suspensão das concessões deve ser equivalente ao montante dos danos sofridos, muito embora a reparação em causa seja prospectiva e não compreenda a totalidade dos prejuízos. Os efeitos da sanção, na OMC, assim como no GATT, ultrapassam o plano bilateral, repercutindo de modo amplo no funcionamento do sistema. A interdependência das obrigações que os membros contraíram é de tal sorte que a sanção afeta o intercâmbio comercial entre os países e a própria dinâmica das cadeias produtivas. Os exportadores atingidos pela suspensão das concessões podem perder mercado para os seus competidores estrangeiros que se beneficiam, de forma abrangente, da totalidade de todas as reduções tarifárias havidas.

Proposta recente, defendida pelo Grupo Africano, Quênia, Cuba e Honduras, entre outros, busca introduzir a retaliação coletiva na OMC, mas a confina às controvérsias protagonizadas por países em desenvolvimento e países desenvolvidos. O instrumento se resumiria na possibilidade, reservada a mais de um membro, de suspender concessões, sempre que esta faculdade fosse expressamente reconhecida a um país em desenvolvimento vitorioso em uma disputa contra algum país desenvolvido, mudança que equivaleria à passagem de um sistema bilateral para outro de natureza multilateral. O mote da proposta é aperfeiçoar a eficácia do sistema ao constranger os países desenvolvidos a cumprir os compromissos que assumiram. Acredita-se que a retaliação coletiva compensaria a debilidade econômica e política de certos Estados e seria de grande utilidade para instaurar maior equilíbrio entre os contendores. Alvo de crítica dos países desenvolvidos, que enfatizam o seu particularismo, a sugestão formulada precisaria superar as objeções segundo as quais a retaliação coletiva estende a terceiros o direito adquirido pelo litigante em uma dada disputa.

Nos casos EC – Bananas III e EC – Hormones, que registraram a imposição de sanções, não se logrou alcançar a plena obediência à recomendação do Órgão de Solução de Controvérsias. Em outras situações, autorizou-se o uso da sanção, porém o demandante não exerceu os direitos que lhe assistiam. Poder-se-ia perguntar se a ameaça de sanção é um fator capaz de induzir à obediência. A resposta parece ser positiva se atentarmos para as controvérsias já decididas.[203] Os

[203] CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler. op. cit., p. 93. Cf. CHARNOVITZ, Steve. Rethinking WTO trade sanctions. op. cit., p. 795. Cf. BAYARD, Thomas O.; ELLIOTT, Kimberly Ann. *Reciprocity and retaliation in U. S. trade policy*. Washington: Institute for International Economics, 1994. p. 74-75. Cf. SYKES, Alan O. Constructive unilateral threats in international commercial relations: the limited case for section 301. In: MAVROIDIS, Petros C.; SYKES, Alan O. (Ed.). *The WTO and international trade law/dispute settlement*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2005. p. 593-594.



aperfeiçoamentos do ESC não solucionaram o problema da assimetria de poder na fase de execução das recomendações do Órgão de Solução de Controvérsias. A ausência de um mecanismo eficaz que assegure a execução das decisões e garanta o ressarcimento dos danos beneficia os países desenvolvidos em prejuízo das nações em desenvolvimento. Hudec observa que os países desenvolvidos contestam as iniciativas voltadas à alteração substancial das normas sobre a execução das decisões do ESC, pois se sentem confortáveis com um sistema que lhes permite atingir os outros membros, sem que estes possam atingi-los.[204]

A experiência demonstra que o mecanismo existente favorece os países desenvolvidos pelas seguintes razões: (1) Os remédios previstos, quando aplicados pelos países desenvolvidos ao comércio com as nações em desenvolvimento, tendem a ser mais eficazes e exercem maior pressão devido à importância do seu mercado consumidor; (2) as sanções impostas pelas nações em desenvolvimento lhes acarretam efeitos econômicos consideráveis, dada a sua maior dependência em relação aos países desenvolvidos; (3) os países desenvolvidos se abstêm de executar as recomendações porque não há instrumentos que os forcem a proceder dessa maneira; e (4) as regras atuais incentivam a manutenção da medida incompatível por longo período até que se concluam todas as fases do contencioso, sem que o membro violador sofra alguma sanção.[205]

Tudo isso justifica a reduzida participação das nações em desenvolvimento nos procedimentos de execução das decisões. Daí a necessidade de se modificar o sistema em vigor para introduzir alternativas que estimulem o maior equilíbrio entre os membros. Shaffer aponta, nessa perspectiva, a possibilidade de se instituir uma multa aplicada aos países desenvolvidos para promover o cumprimento das obrigações contraídas. O principal objetivo desse instrumento não é o ressarcimento das perdas e danos, mas a criação de estímulos concretos para a execução das decisões com o aumento da pressão exercida sobre os países desenvolvidos.[206]

[204] HUDEC, Robert. Broadening the scope of remedies in WTO dispute settlement. In: WEISS, Fredl (Ed.). *Improving WTO dispute settlement procedures:* issues and lessons from the practice of other international courts and tribunals. London: Cameron May, 2000. p. 346.

[205] AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). *A reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC e os países em desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2006. Relatório elaborado pelo Grupo de Solução de Controvérsias do Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento (IDCID). p. 87-88.

[206] SHAFFER, Gregory. *"The rule of law" in the WTO system:* do the "haves" come out ahead? [S.l: s.n.], 2004. Não publicado. p. 79.

### 2.7.5.2 *A seqüência entre os procedimentos dos artigos 21.5 e 22.6*

O ESC não definiu a ordem a ser observada entre o procedimento previsto pelo artigo 21.5, relativo à constituição do painel para analisar o cumprimento da decisão por parte do demandado, e o artigo 22.6, que trata da oferta de compensação e do exercício do direito de suspender as concessões ou outras obrigações decorrentes dos acordos abrangidos. Os dois procedimentos visam a objetivos distintos: o painel mencionado pelo artigo 21.5 verifica se a execução das recomendações formuladas é compatível com os acordos da OMC, ao passo que a arbitragem do artigo 22.6 se limita a fixar o montante da retaliação permitida. As partes em uma disputa valem-se, normalmente, de acordos *ad hoc* para resolver o problema. A questão, contudo, é de tal modo importante que mereceria a criação de regras específicas para regulá-la. Na conjuntura atual, um país pode exercer o direito de retaliação quando ainda não se consumou a análise do cumprimento das recomendações constantes do relatório adotado pelo Órgão de Solução de Controvérsias.[207]

As lacunas do ESC nesse domínio despertam dúvidas e incertezas, mas alertam, também, para o risco de incongruências procedimentais, profundamente negativas para o funcionamento do sistema. O artigo 22.2 proclama que se dentro dos vinte dias seguintes à data de expiração do prazo razoável não se houver acordado uma compensação satisfatória, a parte que tenha recorrido ao procedimento de solução de controvérsias poderá solicitar ao OSC autorização para suspender, em face do demandado, a aplicação de concessões ou outras obrigações decorrentes dos acordos abrangidos. Não se esclareceu qual será o termo inicial para a contagem do prazo de vinte dias nas controvérsias em que o período razoável de tempo para o cumprimento das recomendações não tiver sido fixado. Além disso, o demandante que estiver insatisfeito com o cumprimento da decisão tem, a seu dispor, a faculdade de pleitear a constituição do painel regulado pelo artigo 21.5, cuja função é atestar se o comportamento do demandado se ajustou às regras da OMC. Se considerarmos que os trabalhos do painel não se concluirão antes de noventa dias, o demandante que aguardar o desfecho desse lapso temporal verá expirado o prazo para solicitar a autorização para retaliar.

A experiência demonstra que o temor da decadência do prazo aconselha os membros a postularem a autorização para suspender as concessões antes mesmo de pleitearem a constituição do referido painel, sem a qual a retaliação configuraria ato unilateral proibido pelo ESC. Na realidade, o sistema em muito se beneficiaria se a suspensão de concessões somente ocorresse após se constatar que o membro condenado não executou adequadamente a decisão.

207 AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). *A reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC e os países em desenvolvimento.* op. cit., p. 89.



Parece não haver discordância de que a suspensão de concessões é um recurso extremo a ser empregado quando os outros instrumentos vierem a falhar. Afora as restrições ao comércio e a variada gama de conseqüências que a acompanham, os grupos afetados pretendem aliviar ou mesmo suprimir quaisquer efeitos desfavoráveis que sobre eles incidam. Esta situação é especialmente grave para os países em desenvolvimento carentes da importação de insumos e bens de capital requeridos pela indústria doméstica. Os consumidores tenderão, igualmente, a se sentir prejudicados com a diminuição da oferta de bens e o possível impacto que este fato terá na elevação dos preços e na dinâmica de funcionamento do mercado. Registra-se, por outro lado, que a suspensão de concessões promovida pelos países em desenvolvimento tem alcance limitado para compelir as nações desenvolvidas a executar as recomendações formuladas. Em geral, com um mercado interno pouco significativo, esses países não têm condições de exercer pressão para influenciar, decisivamente, o comportamento das nações desenvolvidas.

As propostas para disciplinar a seqüência dos procedimentos dos artigos 21.5 e 22.6 apresentam diferentes graus de abrangência.[208] Enquanto as Comunidades Européias e o Japão preferem procedimentos minuciosos que estabeleçam, entre outras coisas, a obrigatoriedade de consultas prévias antes de se solicitar a instauração do painel que comprovará o cumprimento da recomendação feita, a notificação ao OSC do modo de cumprimento da decisão por parte do membro infrator e a legitimidade exclusiva do reclamante para recorrer ao painel do artigo 21.5, a Austrália quer apenas especificar a necessidade de se constituir o painel de cumprimento antes de se exercer o direito de retaliação. Seja como for, a regulação do tema é necessária para a coerência procedimental e equilíbrio sistêmico.

### 2.7.5.3 *O período subseqüente à autorização para retaliar*

A autorização para retaliar é a derradeira etapa do procedimento de solução de controvérsias da OMC. Não há nenhuma regra a ser seguida pelo demandante, durante a fase de retaliação, que permita averiguar a licitude do seu comportamento. Vale referir que esta omissão procedimental, de todo inconveniente, incentiva o abuso capaz de contaminar o propósito que presidiu a autorização para retaliar. É possível que o demandante, por incúria ou má-fé, retalie em montante superior ao que lhe havia sido em princípio autorizado. Esta atitude rompe a estrita equivalência que deve existir entre o dano e a reparação.

Não abala este raciocínio o fato de que os danos ressarcíveis são aqueles apurados após a decisão de inconformidade. A regra de equivalência permaneceu intacta, mas o seu horizonte temporal foi circunscrito. É natural, por isso, que o excesso na retaliação seja um locupletamento indevido, derivado do ato arbitrário

208 AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). *A reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC e os países em desenvolvimento.* op. cit., p. 89-90.

de um membro, sem causa jurídica que o legitime. O exercício do direito, nessas condições, se torna abusivo, contrariando a função econômica que lhe cabe desempenhar. Outra prática condenável, utilizada pelos Estados Unidos nos Casos EC – Bananas III e EC – Hormones, é a alteração da lista aprovada pelo Órgão de Solução de Controvérsias de bens ou valores objeto de retaliação, conhecida como carrossel. Esta é uma ação unilateral, com resultados danosos ao comércio externo, por ser uma fonte de insegurança e instabilidade, trazendo em seu bojo o risco de que excessos venham a ser cometidos.

O tema atrai, cada vez mais, interesse crescente na OMC. A Austrália e as Comunidades Européias apresentaram propostas que timbraram em procurar manter proporcionalidade rigorosa entre a retaliação e o dano.[209] A proposta européia, mais específica, diretamente influenciada pela lição extraída dos Casos EC – Bananas III e EC – Hormones, restringiu a possibilidade de alterar unilateralmente os produtos na fase de retaliação. Condicionaram-se as alterações da lista aprovada pelo OSC à apresentação de nova lista, cujo montante deveria ser oportunamente avaliado.

O G-6, composto pela Argentina, Brasil, Canadá, Índia, Nova Zelândia e Noruega, apresentou proposta com vistas à retirada das sanções em vigor quando houver a execução, total ou parcial, das recomendações do OSC.[210] A retirada teria lugar se o próprio painel constituído nos termos do artigo 21.5 constatasse que a decisão foi executada, ainda que de modo parcial. Sugeriu-se, neste caso, a possibilidade de se recorrer à arbitragem para a avaliação do montante correspondente ao dano experimentado pelo demandante. Em 24 de março de 2005, as Comunidades Européias e o Japão sugeriram a necessidade de que o membro notifique ao OSC a forma pela qual cumpriu a decisão.[211] Estas iniciativas dão conta do grau de preocupação com a probabilidade de que desvios de conduta na fase de retaliação afetem o funcionamento do sistema de solução de controvérsias.

209 AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). *A reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC e os países em desenvolvimento.* op. cit., p. 92.

210 Ibid., p. 92-93.

211 AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). *A reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC e os países em desenvolvimento.* op. cit., p. 93.



### 2.7.6 Os países em desenvolvimento no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC

#### *2.7.6.1 A experiência do GATT*

Os artigos XXII e XXIII do GATT não consagraram regras particulares sobre a participação dos países em desenvolvimento no sistema de solução de controvérsias. Um novo cenário se esboça, porém, a partir dos anos 60 com as iniciativas tendentes a conceder aos países em desenvolvimento condições mais favoráveis na defesa dos seus interesses. O embrião desse processo foi a demanda uruguaia promovida contra restrições comerciais, sobretudo de caráter não tarifário, impostas por quinze países desenvolvidos às exportações de produtos primários provenientes de zonas temperadas.[212] Os argumentos expostos não se fizeram acompanhar de nenhuma prova que atestasse o montante do dano comercial sofrido. O pleito não logrou êxito, mas serviu para ilustrar as dificuldades dos países em desenvolvimento na realização de provas, que exigem a coleta de informações estatísticas e a formulação de sofisticados argumentos legais.

O Brasil e o Uruguai apresentaram em 1965, perante o Comitê sobre Comércio e Desenvolvimento, proposta para modificar o artigo XXIII do GATT e facilitar o acesso dos países em desenvolvimento ao sistema de solução de controvérsias. Os principais pontos da proposta são os seguintes:[213] (1) a previsão de assistência técnica aos países em desenvolvimento e a possibilidade de que outras partes contratantes promovam demandas em nome desses países; (2) os prejuízos sofridos pelos países em desenvolvimento, resultantes da violação das regras do GATT que não originassem compensação adequada, deveriam ser reparados por meio de uma indenização monetária; (3) nas controvérsias entre um país em desenvolvimento e um país desenvolvido, o primeiro estaria automaticamente desobrigado de cumprir os preceitos do GATT nas relações comerciais que mantém com o segundo até a decisão final do painel; (4) as partes contratantes poderiam considerar, após o transcurso de certo lapso temporal, a adoção de medidas coletivas para obter o cumprimento de uma decisão do painel que beneficie um país em desenvolvimento. Sobressai, nesse contexto, a aguda consciência de que os países em desenvolvimento não contam com meios eficazes para retaliar os países desenvolvidos, circunstância que o pagamento de uma compensação monetária poderia superar.

212 HUDEC, Robert. *The GATT legal system and the world trade diplomacy.* New York: Praeger, 1975. p. 220 ss; KURUVILA, P. E. Developing countries and the GATT/WTO dispute settlement mechanism. *Journal of World Trade*, Geneva, v. 31, n. 6, p. 189-190, 1997.

213 AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). *A reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC e os países em desenvolvimento.* op. cit., p. 27.

A recusa a essa proposta fundou-se na alegação de que ela é contrária à soberania do Estado condenado, além de ser impossível, na opinião das partes contratantes, avaliar o valor das perdas ocorridas para calcular a compensação devida. Refutaram-se, também, sob a justificativa de que não se revelavam convenientes, a liberação temporária das obrigações e as medidas de natureza coletiva para viabilizar o cumprimento da decisão. Esta proposta concorreu sobremaneira para que se adotasse a Decisão de 5 de abril de 1966 sobre as controvérsias entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos.

Os aspectos de maior relevo da Decisão de 1966 são assim resumidos:[214]

a) no caso de não se atingir uma solução satisfatória na fase de consultas estabelecida pelo artigo XXIII.1 do GATT, o país em desenvolvimento poderia invocar os bons ofícios do diretor-geral;

b) se não se obtiver consenso no prazo de dois meses a partir do início das consultas, o diretor-geral, a pedido de uma das partes, solicitaria às partes contratantes a designação de um grupo de especialistas para analisar a disputa e efetuar recomendações no período de sessenta dias;

c) após a apresentação das recomendações, a parte contratante condenada deveria executar a medida no prazo de noventa dias; e

d) se a adoção da medida não se verificasse ou se fosse ela insuficiente para o cumprimento das recomendações, as partes contratantes poderiam autorizar a suspensão das concessões previstas pelo GATT.

O mérito da Decisão de 1966 repousa na definição de prazos fixos para as etapas do procedimento de solução de controvérsias e na introdução do tema do desenvolvimento na ordem de preocupações do sistema. Mesmo sem modificar substancialmente as normas então vigentes, a Decisão de 1966 serviu de modelo para a instituição de procedimentos automáticos e prazos definidos nas modificações do sistema de solução de controvérsias levadas a cabo na Rodada Tóquio. O Entendimento sobre Notificações, Consultas, Solução de Controvérsias e Supervisão, que veio à luz em 1979, no bojo da Rodada Tóquio, codificou as práticas anteriores e deu nova feição à estrutura do sistema. O Entendimento de 1979 reviu questões que interessavam às nações em desenvolvimento, bem como enfatizou a prestação de assistência técnica por parte do Secretariado.

Prevaleceu, em estrita consonância com a Decisão de 1966, a estipulação de prazos rígidos para as disputas protagonizadas por países em desenvolvimento, mas nos litígios entre países desenvolvidos a duração das etapas do procedimento continuou a ser informada pelo princípio do "prazo razoável". Estabeleceu-se,

214 SANCHEZ, Michelle Ratton. Condições especiais para os países em desenvolvimento no sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). op. cit., p. 124-125.



ainda, que a parte contratante com interesse substancial em uma disputa viesse a participar, sem direito de se manifestar, nas reuniões convocadas pelo painel para analisar o caso, medida que contribuiu para o aparecimento do conceito de terceiro interessado aceito na OMC. Nenhuma dessas mudanças se compara, em ordem de grandeza, com o impacto causado pelo Entendimento sobre Solução de Controvérsias negociado na Rodada Uruguai.

### *2.7.6.2 As disposições sobre tratamento especial e diferenciado*

Os países em desenvolvimento não receberam, em princípio, atenção particular do GATT, cujas regras se orientavam pelo princípio de reciprocidade peculiar ao direito internacional clássico. O espírito reinante começa a transformar-se em 1955 com a modificação do artigo XVIII, que permitiu as restrições quantitativas relacionadas a problemas de balanço de pagamentos para preservar o nível de reservas necessário à execução de programas de desenvolvimento. Institui-se, então, uma clara dicotomia entre a disciplina do artigo XII, aplicável às nações desenvolvidas, e o artigo XVIII, restrito aos países em desenvolvimento. As exigências impostas foram de tal ordem que limitaram o uso do artigo XVIII para atingir as finalidades que determinaram o seu aparecimento.[215]

Na década de 60, a ampliação vertiginosa do número de Estados, provocada pelo processo de descolonização na África e na Ásia, realçou a importância do desenvolvimento nas relações econômicas internacionais. A criação, em 1964, da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento, conhecida pela sigla em inglês UNCTAD, dá nítida dimensão do relevo que a questão assumiu.[216] Incluída no corpo do GATT em 1965, a Parte IV sobre Comércio e Desenvolvimento (artigos XXXVI a XXXVIII) introduziu o conceito de não reciprocidade, reflexo, no plano internacional, da concepção de justiça distributiva. Acreditava-se que as concessões comerciais oferecidas pelos países desenvolvidos não deveriam corresponder à contrapartida por parte dos países em desenvolvimento. Sem ter caráter obrigatório, a Parte IV do GATT equivaleu a uma declaração de intenções, mas as idéias que recepcionou exerceram influência poderosa nos anos posteriores.

A UNCTAD adotou em 1968 o Sistema Geral de Preferências (SGP), pelo qual os países desenvolvidos podem conceder, de forma voluntária, preferências

215 MICHALOPOULOS, C. The role of special and differential treatment for developing countries. In: *GATT and the World Trade Organization*. 1999. Disponível em: <http://ideas.repec. rg/p/wbk/wbrwps/2388.html>. Acesso em: 15 jul. 2006. Cf. FRÉTILLET, Jean Paul; VÉGLIO, Catherine. Sud qui rit, Sud qui pleure. In: _____. *Le Gatt démystifié*. Paris: Syros, 1994. Chap. 4, p. 124-141.

216 O Relatório Prebisch, a Declaração do Grupo dos 77 PEDs e a Ata Final da UNCTAD I podem ser encontradas em RECALLING UNCTAD I at UNCTAD XI. 2004. Disponível em: <http://www.southcentre.org/publications/recallingunctad/Recalling%20UNCTAD%20I%20at%20UNCTAD%20XI%20Part%20I.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2006.

tarifárias aos países em desenvolvimento, que não se pautam pelo critério da reciprocidade e, nem por isso, ferem a cláusula de nação mais favorecida. Os Estados Unidos e várias outras nações desenvolvidas puseram em prática na década de 70 programas idealizados sob a inspiração do Sistema Geral de Preferências. Celebrou-se, na Rodada Tóquio, o Acordo Quadro Sobre Tratamento Especial e Diferenciado, Reciprocidade e Maior Participação dos Países em Desenvolvimento, que estabeleceu a chamada cláusula de Habilitação, reverenciada por ser o principal instrumento do comércio internacional nessa matéria.[217]

Na Rodada Uruguai não se registrou nenhum avanço no tocante ao tratamento especial e diferenciado e é possível dizer que houve um certo retrocesso. Em linhas gerais, os países em desenvolvimento receberam a mesma atenção dispensada aos países desenvolvidos, com a atenuante de que contam com um período de transição mais longo para se ajustarem às novas obrigações e, em alguns casos, com assistência técnica para esse fim. O ESC, em especial, não primou por outorgar aos países em desenvolvimento,[218] tendo em vista a especificidade que os distingue, condições favoráveis no plano da solução de controvérsias. Algumas normas do ESC, como os artigos 8.10 e 12.11, concernem aos países em desenvolvimento mas não configuram casos típicos de tratamento especial e diferenciado.

O artigo 8.10 estipula que quando ocorrer uma disputa entre um país em desenvolvimento e um país desenvolvido, o painel incluirá, se o país em desenvolvimento solicitar, ao menos um painelista originário de um país em desenvolvimento; já o artigo 12.11 cuida do dever dos painelistas de esclarecer de que maneira levaram em conta as regras sobre tratamento especial e diferenciado aplicáveis ao caso analisado. Em contraste, os dispositivos sobre o tratamento especial e diferenciado propriamente ditos referem-se às consultas, à execução das decisões, à participação dos países em desenvolvimento e à assistência técnica, e criam situações particulares em relação às regras gerais.

O artigo 4.10 do ESC declara que, durante as consultas, os membros devem dar especial atenção aos problemas e interesses dos países em desenvolvimento que participam da disputa. A redação vaga e genérica do artigo em tela constitui obstáculo para aplicação efetiva das disposições sobre tratamento especial e diferenciado. O melhor caminho parece ser a criação de parâmetros que dêem conteúdo substantivo à expressão "dar especial atenção" aos interesses dos países em

217 Cf. OYEJIDE, T. Ademola. Special and differential treatment. In: HOEKMAN, Bernard; MATTOO, Aaditya; ENGLISH, Philip (Ed.). *Development, trade, and the WTO:* a handbook. Washington: World Bank, 2002. p. 504-508.

218 Na OMC, dada a ausência de critérios, os países podem qualificar-se seja como países desenvolvidos seja como países em desenvolvimento. Na ONU existe um critério para a classificação dos países menos desenvolvidos com base na renda *per capita*.



desenvolvimento.[219] Outro ponto a ser sublinhado é a sugestão do Haiti de que o procedimento de consultas leve em conta os interesses dos países de menor desenvolvimento relativo. Com o fito de reduzir os custos desta fase do procedimento, o Haiti sugeriu que em todos os contenciosos que envolvam países de menor desenvolvimento relativo, as consultas ocorram em sua respectiva capital.[220]

O artigo 12.10 versa a extensão dos prazos definidos nos §§ 7º e 8º do artigo 4º relativamente às consultas que envolvam medidas tomadas por um país em desenvolvimento. Determina ainda que o painel deverá proporcionar tempo suficiente para que o país em desenvolvimento prepare e apresente a sua argumentação. No caso EC – Bananas III, alguns países pertencentes à Asian, Caribbean and Pacific Countries (ACP), que participavam da controvérsia na qualidade de terceiras partes, alegaram, com base nesse artigo, que não tiveram tempo necessário para articular os argumentos que pretendiam expor. O painel, contudo, não concordou com a extensão do prazo e afirmou que o dispositivo se destina aos países em desenvolvimento que participam da disputa como demandados.[221]

No caso India – Quantitative Restrictions,[222] a Índia requereu prazo adicional devido às mudanças que a recente troca de governo havia ocasionado. A pretensão foi atendida, mas o painel dilatou o prazo em dez dias para não criar desequilíbrio com os prazos previstos pelas demais regras do ESC.

O artigo 12.11 estatui que se uma ou mais partes da disputa for um país em desenvolvimento, o relatório do painel indicará explicitamente a maneira pela qual foram levadas em conta as disposições pertinentes ao tratamento diferenciado e mais favorável, desde que, para tanto, o país em desenvolvimento tenha feito solicitação expressa. Este é, em verdade, um desdobramento natural do artigo 11 do ESC, que impõe aos relatórios dos painéis a obrigação de fazer uma análise objetiva dos assuntos debatidos no curso da demanda.

Na atualidade, as regras sobre tratamento especial e diferenciado são consideradas exceções aos direitos e obrigações consagrados no âmbito do sistema multilateral de comércio. Propostas recentes buscam alterar esse quadro, como se percebe na sugestão feita pelo Grupo de Países de Menor Desenvolvimento Relativo, no sentido de que os painéis e o Órgão de Apelação declarem, expressamente,

219 AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). *A reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC e os países em desenvolvimento.* op. cit., p. 104-105.

220 AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). *A reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC e os países em desenvolvimento.* op. cit., p. 105.

221 Ibid., p. 106.

222 Panel Report, India – Quantitative Restrictions.

sem necessidade de pedido de um país em desenvolvimento, a maneira pela qual consideraram as disposições relativas ao tratamento especial e diferenciado.[223]

Convém lembrar que paralelamente à resistência dos países em desenvolvimento em invocar as regras sobre tratamento especial e diferenciado, por temor de causarem uma situação de aparente desequilíbrio, a jurisprudência da OMC tem exibido posição conservadora sobre o assunto. No caso EC – Tariff Preferences,[224] decidiu-se que a cláusula de Habilitação é uma exceção à regra geral do artigo I.1 do GATT de 1994. Em conseqüência, os direitos dos países em desenvolvimento se interpretam diretamente, sem referência à cláusula de Habilitação. Em sentido oposto, as Conferências Ministeriais observam, reiteradamente, que as disposições sobre tratamento especial e diferenciado são parte integrante dos direitos e obrigações dos membros, tal como salientou a Declaração de Doha.[225]

O sistema de solução de controvérsias da OMC encerra um paradoxo: o aumento da igualdade formal, presente no "adensamento da juridicidade" do procedimento, correspondeu à ampliação da desigualdade real,[226] traduzida por dificuldades variadas que impedem a propositura de uma demanda. Os países em desenvolvimento foram especialmente afetados pela conjuntura que desde então se criou e que, numa perspectiva mais ampla, deita raízes na experiência do GATT. Figuram entre os principais problemas enfrentados pelos países em desenvolvimento os elevados custos econômicos do litígio, o temor de reações adversas por parte dos países desenvolvidos, a falta de experiência e capacitação técnica, além da ineficácia das regras sobre a execução das decisões. É necessário tanto o aprimoramento normativo para corrigir as debilidades que hoje existem quanto a

223 Dispute Settlement Body – Special Session – Negotiations on the Dispute Settlement Understanding – Proposal by the LDC Group. OMC, TN/DS/W/17.

224 Panel e Appellate Body Reports, EC – Tariff Preferences.

225 AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). *A reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC e os países em desenvolvimento*. op. cit., p. 110.

226 Apesar de constituírem um grupo heterogêneo, os países em desenvolvimento caracterizam-se pela debilidade econômica. Entre os fatores relacionados ao comércio internacional que agravam referida debilidade destacam-se: (1) pequena participação no comércio internacional: 124 países em desenvolvimento pertencentes à OMC possuíam, em 2005, 31% do comércio internacional, enquanto 23 países desenvolvidos detinham os 69% restantes; (2) restrita pauta exportadora: os países em desenvolvimento exportam limitada gama de produtos, em geral produtos primários ou de pouco valor agregado; (3) dependência das preferências comerciais concedidas de acordo com o SGP que, por terem caráter voluntário, podem ser suprimidas a qualquer momento; e (4) dependência econômica em relação aos países desenvolvidos derivada de volumes insuficientes de poupança nacional e reserva de divisas.



criação de condições favoráveis para que os países em desenvolvimento tenham amplo acesso ao sistema de solução de controvérsias da OMC.[227]

227 O relatório *A reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC e os países em desenvolvimento* formula as seguintes sugestões para aperfeiçoar a participação destes países no referido sistema:

"**Consultas**

- Obrigatoriedade das consultas serem realizadas na capital dos PEDs – salvo manifestação deste em contrário;
- Estabelecimento de prazo de caducidade do direito de pedir estabelecimento de painel em pedido de consulta específico;
- Relato obrigatório do resultado das consultas ao fim do prazo de caducidade;

**Painel**

- Definição do prazo para manifestar interesse em participar como terceira parte;
- Eliminação do requisito de "interesse substancial" para PEDs participarem como terceira parte;
- Estabelecimento de painel na primeira reunião do OSC;
- Redução do prazo para demandante apresentar primeira petição e aumento do prazo para demandado apresentar defesa;
- Relato obrigatório de como se levou em consideração interesse dos PEDs na fase de consultas e de painel – obrigatoriedade de avaliação da conduta relatada pelo Painel;

**Apelação**

- Regulamentação do procedimento de reenvio;
- Publicação obrigatória e em separado de votos dissidentes;

**Implementação**

- Determinação antecipada do nível de dano e prejuízo por ocasião da apresentação do relatório do Painel do art. 21.5;
- Obrigatoriedade de compensação monetária retroativa à data da adoção da medida para beneficiar PEDs;
- Regulamentação da seqüência entre os arts. 21.5 e 22.2;
- Automaticidade da retaliação cruzada;
- Monitoramento da implementação pelo vencido por meio de *status report* detalhado;
- Regulamentação do procedimento de pós-retaliação: procedimentos para retirada da autorização para retaliar e proibição da prática do Carrossel;

**Medidas Gerais**

- Notificação detalhada do teor das soluções mutuamente acordadas em qualquer fase dos procedimentos;
- Divulgação simultânea dos documentos não-confidenciais para todos os Membros da OMC;
- Divulgação dos documentos não-confidenciais ao público ao final da demanda;
- Sucumbência nas custas para PDs vencidos.