

Capítulo 5

TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS DA OMC SOBRE O USO DE REQUISITOS DE CONTEÚDO LOCAL E SUA RELAÇÃO COM A NATUREZA CAMBIANTE DA INDUSTRIALIZAÇÃO E COM O SISTEMA DE COMÉRCIO GLOBAL

A COMPETÊNCIA DO PAINEL E DO ÓRGÃO DE APELAÇÃO E A “AMBIGUIDADE CONSTRUTIVA” DOS ACORDOS ABRANGIDOS PELA OMC

Como bem assinalado por Jan Bohanes, a jurisprudência da OMC pode “expandir” ou “diminuir” o escopo de flexibilidades de que os membros dispõem de acordo com as normas da organização. Aos órgãos adjudicantes da OMC (Painel e OA) cabe apenas analisar tais normas de forma a perquirir seu verdadeiro significado e aplicá-las aos fatos de um determinado caso trazido perante eles. O Painel e o OA, diz ele, “*não podem criar normas, criá-las ou subtrai-las do conjunto de normas existentes*”³¹³.

No caso da OMC, tais princípios estão previstos nos arts. 3.2 e 17 do DSU da seguinte forma:

BOHANES, Jan. *WTO Dispute Settlement and Industrial Policy: e15 initiative*. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, 2015. p. 1. Disponível em: <www.e15initiative.org>. Acesso em: 02 mar. 2016.

3.2. 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.

(...)

19.2. De acordo com o parágrafo 2 do art. 3, as conclusões e recomendações do grupo especial e do órgão de Apelação não poderão ampliar ou diminuir os direitos e obrigações derivados dos acordos abrangidos.

O art. 3.2, segunda parte, prevê que o Painel e o OA têm por função não somente preservar os direitos e as obrigações dos Membros, como também esclarecer as disposições dos acordos abrangidos. A esse respeito, como destacado por Van den Bossche e Zdouc, o mecanismo de solução de controvérsias da OMC tem demonstrado ao longo dos anos que muitas disposições dos acordos abrangidos são uma obra-prima de "ambiguidade construtiva" (*a masterpiece of 'constructive ambiguity'*). Há, portanto, necessidade de esclarecimentos, mas a competência é circunscrita, isto é, as conclusões e as recomendações não deverão resultar na ampliação ou diminuição dos direitos e das obrigações previstos nos Acordos abrangidos (arts. 3.2 e 19.2)³¹⁴.

O Painel e o OA não podem, assim, desfazer ou ignorar, por exemplo, a proibição sobre requisitos de conteúdo local ou de desempenho exportador. Ainda a título de exemplo, eles podem esclarecer que determinado conjunto de circunstâncias ou tipo de medida não configura um requisito de conteúdo local vedado pelos arts. III do GATT 1994 e 2.1 do TRIMs.

Essa preclusão contida nos arts. 3.2 e 19.2 revela explícita precaução contra o "ativismo judicial"³¹⁵. Não cabe aos órgãos adjudicantes da OMC assumir o papel de legislador nem modificar as normas, o que é competência exclusiva dos Membros por meio da Conferência Ministerial e do Conselho Geral (instâncias deliberativas da OMC), consoante estatui o art. IX. 2 do Acordo Constitutivo da OMC: "*A Conferência Ministerial*

³¹⁴ VAN DEN BOSSCHE, Peter, ZDOUC, Werner. *The Law and Policy of the World Trade Organization*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 185, muito embora isso seja objeto de algumas discussões por parte de alguns Membros na OMC.

e o Conselho Geral terão autoridade exclusiva para adotar interpretações do Presente Acordo e dos Acordos Multilaterais de Comércio"³¹⁶.

Ainda segundo o art. IX. 2, a Conferência Ministerial e o Conselho Geral somente poderão exercer sua competência exclusiva para adotar interpretações autorizadas "com base em uma recomendação do Conselho responsável pelo funcionamento do Acordo em questão"³¹⁷. A decisão de adotar uma interpretação autorizada "será tomada por maioria de três quartos dos Membros".

Nos termos do art. 3.9 do ESC/DSU, aos Membros é conferido o direito de buscar a "interpretação autorizada" das disposições de um acordo abrangido:

3.9. As disposições do presente Entendimento não prejudicarão o direito dos Membros de buscar interpretação autorizada das disposições de um acordo abrangido através das decisões adotadas em conformidade com o Acordo Constitutivo da OMC ou um acordo abrangido que seja um Acordo Comercial Plurilateral.

Ou seja, como assinalado por Isabelle Van Damme, o art. 3.9 do DSU especifica que as interpretações do Painel e do OA não prejudicam o direito dos Membros de exercer sua competência sob o art. IX. 2 do Acordo Constitutivo da OMC³¹⁸.

Entretanto, o que se tem observado é que os procedimentos para modificações de normas ou para busca de interpretações autorizadas têm sido inoperantes. A Conferência Ministerial e o Conselho Geral nunca os aplicaram com sucesso, isto é, não houve até o momento qualquer uso explícito da possibilidade de serem adotadas interpretações autorizadas³¹⁹. A respeito, Matsushita salienta que "*seria difícil esperar que a Conferência Ministerial ou o Conselho Geral pudesse efetivamente propor nova regra*

³¹⁶ Note-se, desde logo, que a responsabilidade para esclarecer as disposições dos Acordos abrangidos da OMC recai sobre o Painel e o OA, cujas interpretações são vinculantes apenas para as partes em uma controvérsia e aplicáveis a seu objeto específico. Já as interpretações autorizadas são vinculantes para todos os Membros.

³¹⁷ Alguns poderes específicos foram outorgados a Conselhos especializados que não têm competência para tomar qualquer decisão.

³¹⁸ CÉVANDAMME, Isabelle. *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*. In: *The European Journal of International Law*, v. 21, n. 3, p. 611, 2010.

³¹⁹ É verdade que a Decisão Ministerial de Doha sobre "*Implementation-Related Issues and Concerns*" contém uma série de dispositivos que constituem claramente interpretações dos Acordos. Porém, em seu Preâmbulo, não há referência explícita ao art. IX.2. e pelo menos algumas dessas interpretações foram adotadas sem a recomendação do Conselho responsável pelo funcionamento do Acordo em questão.

para alterar um relatório incorreto ou indesejável do OA³²⁰. Um consenso seria dificilmente obtido.

Apesar de a interpretação autorizada ser competência dos Membros, os Painéis e o OA acabam por exercer autonomia interpretativa. A prática (ou sua ausência) sob o art. IX:2 resulta em que as conclusões e as recomendações do OA tenham provavelmente uma espécie de finalidade *de facto* como interpretações de direito, ainda que elas não disponham de finalidade *de jure*³²¹.

Seja como for, não há dúvidas quanto à competência exclusiva dos Membros para criar ou modificar normas. Nesse sentido, no caso US – Certain EC Products, o OA assim se pronunciou:

Determinar quais deveriam ser as regras e os procedimentos não é nossa responsabilidade nem responsabilidade dos Painéis; é claramente responsabilidade exclusiva dos Membros. Para os Painéis e o Órgão de Apelação se aterem ao âmbito de seu mandato para esclarecer as disposições existentes, é importante, portanto, que interpretem e apliquem corretamente essas disposições. O art. 3.2 do DSU explicitamente prevê a respeito que o sistema de solução de controvérsias serve para esclarecer as disposições existentes dos acordos [abrangidos] em conformidade com as regras de interpretação de direito internacional público³²².

Um segundo aspecto relevante dessa manifestação do OA é a confirmação de que o esclarecimento sobre as disposições dos acordos da OMC deve ser realizado em conformidade com as regras costumeiras de

³²⁰ Ver MATSUSHITA, Mitsuo. Reflections on the functioning of the Appellate Body. In: MARCEAU, Gabrielle (Org.). *A history of law and lawyers in the GATT/WTO: the development of the rule of law in the multilateral trading system*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 557. "...one cannot expect that either the Ministerial Conference or the General Council could effectively come up with a new rule to remedy an incorrect or undesirable Appellate Body report."

³²¹ VAN DAMME, Isabelle. *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*. Op. cit., p. 611. "Although ultimate interpretative authority lies with WTO members, panels and the Appellate Body exercise interpretative authority. Indeed, the (lack of) practice under Article IX:2 has meant that 'decisions of the Appellate Body are likely to have a kind of *de facto* finality as interpretations of law, even if they lack "*de jure*" finality'."

³²² US – Certain EC Products (2001), par. 92. "Determining what the rules and procedures of the DSU ought to be is not our responsibility not the responsibility of the panels; it is clearly the responsibility solely of the Members of the WTO. For panels and the Appellate Body to stay within their mandate to clarify existing provisions, it is therefore important that they interpret and apply the provisions concerned correctly. Article 3.2 of the DSU explicitly states in this respect that the dispute settlement system serves to clarify existing provisions of the covered agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law".

interpretação do direito internacional público. Em 1997, aliás, no relatório do caso US – Wool Shirts and Blouses (1997), o OA já havia afirmado que "o art. 3.2 do DSU estabelece que o objetivo do mecanismo de solução de controvérsias é o de assegurar uma solução positiva para a disputa, devendo preservar os direitos e as obrigações dos Membros negociados por meio dos acordos e o de esclarecer as disposições dos tratados, em conformidade com as 'regras costumeiras de interpretação do direito internacional público'". Para cumprir suas responsabilidades perante os Membros, o OA não pode criar regras:

Como enfatizado pela Índia, o art. 3.2 do DSU consigna que os Membros da OMC 'reconhecem' que o sistema de resolução de disputas "serve para preservar os direitos e obrigações dos Membros sob os acordos abrangidos e esclarecer as disposições existentes daqueles acordos em conformidade com as regras costumeiras de interpretação do direito internacional público" (grifos nossos). Em vista do explícito objetivo da solução de disputa que permeia o DSU, "nós não consideramos que o art. 3.2 do DSU seja destinado a estimular os painéis ou o Órgão de Apelação a 'fazer lei' ao esclarecer as disposições existentes do Acordo da OMC fora do contexto de resolver uma disputa particular. Um Painel precisa apenas examinar as alegações que devem ser endereçadas para resolver o assunto em questão na controvérsia"³²³.

5.2 A INTERPRETAÇÃO DE TRATADOS PELO ÓRGÃO DE APELAÇÃO E O PAINEL. REGRAS COSTUMEIRAS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Uma interpretação correta de um dispositivo da OMC é, portanto, uma interpretação feita de acordo com as regras costumeiras de direito internacional público. Em seu primeiro relatório, no caso US – Gasoline, o

³²³ United States – Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India, WT/DS33/AB/R, Relatório do OA, p. 19. "As India emphasizes, Article 3.2 of the DSU states that the Members of the WTO 'recognize' that the dispute settlement system 'serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law' (emphasis added). Given the explicit aim of dispute settlement that permeates the DSU, 'we do not consider that Article 3.2 of the DSU is meant to encourage either panels or the Appellate Body to 'make law' by clarifying existing provisions of the WTO Agreement outside the context of resolving a particular dispute. A panel need only address those claims which must be addressed in order to resolve the matter in issue in the dispute'. (Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds33_e.htm>. Acesso em: 02 maio 2016).

OA observou com relação à regra geral de interpretação do art. 31 (1) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT)³²⁴:

*[Essa] 'regra geral de interpretação' [contida no art. 31 (1) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados] alcançou o status de regra costumeira ou geral de direito internacional. Nessa condição, ela faz parte das 'regras costumeiras de interpretação do direito internacional público, que, por força do art. 3 (2), o OA tem sido direcionado a aplicar ao esclarecer as disposições dos [Acordos da OMC]*³²⁵.

A esse respeito Alberto do Amaral Júnior enfatiza que:

*Desde o início, o Órgão de Apelação considerou que o art. 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados é parte das regras costumeiras de interpretação de direito internacional público e, como tal, preenche os requisitos do art. 3.2 do ESC. Com isso, o art. 31 tornou-se o ponto de partida para a interpretação dos tratados da OMC pelos Painéis e pelo Órgão de Apelação*³²⁶.

Em seu segundo relatório, no caso Japan – Alcoholic Beverages II (1996), o OA acrescentou:

*Não pode haver dúvida de que o art. 32 da Convenção de Viena, ao lidar com o papel dos meios suplementares de interpretação, também confirmou o mesmo status [de uma regra costumeira de direito internacional]*³²⁷.

³²⁴ Promulgada no Brasil pelo Decreto No. 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

³²⁵ United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R. Relatório do OA, par. 15-16. *"This 'general rule of interpretation' estabelecida no Art. 31 (1) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados has attained the status of a rule of customary or general international law. As such, it forms part of the 'customary rules of interpretation of public international law', which the Appellate Body has been directed, by Article 3 (2) of the DSU, to apply in seeking to clarify the provisions of the WTO agreements"*. (Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds2_e.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016).

³²⁶ Cf. AMARAL JÚNIOR, Alberto. *A Solução de Controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 165.

³²⁷ Japan – Alcoholic Beverages II, WT/DS8/AB/R; WT/DS10/AB/R; WT/DS11/AB/R, Relatório do OA, par. 104. *"There can be no doubt that Article 32 of the Vienna Convention, dealing with the role of the supplementary means of interpretation, has also attained the same status of a rule of customary international law"*. (Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds8_e.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016).

Os arts. 31 e 32 da CVDT estabelecem:

Art. 31 – Regra Geral de Interpretação. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

Art. 32 – Meios Suplementares de Interpretação. Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do art. 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o art. 31: a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.

A CVDT codificou nesses arts. os princípios de interpretação dos tratados³²⁸. Eles refletem um catálogo mais abrangente de princípios sem terem o propósito de ser exaustivos. Nos termos do art. 31 (1), a interpretação não deve ser objeto de uma estrita análise gramatical ou textual isolada de outras considerações. Existe apenas a confirmação de que não pode haver outro ponto de partida senão os termos do texto. É apenas um ponto de partida. A referência ao objetivo, à finalidade e ao contexto confirma que a interpretação não será completa se não levar em consideração outros elementos além do texto do Tratado³²⁹.

Van den Bossche e Zdouc também observam que, em conformidade com os arts. 31 e 32, o Painel e o OA interpretam as disposições das regras da OMC segundo o significado ordinário das palavras em seu contexto e à luz do objetivo e da finalidade do Acordo envolvido. Se necessário e apropriado, eles podem recorrer aos meios suplementares de interpretação³³⁰.

³²⁸ O art. 33 dispõe sobre a interpretação de tratados autenticados em duas ou mais línguas.

³²⁹ Ver VAN DAMME. *Op. cit.*, p. 619-620.

³³⁰ BOSSCHE e ZDOUC. *The Law and Policy of the World Trade Organization. Op. cit.*, p. 186.

E Amaral Júnior complementa:

*O Órgão de Apelação interpreta os acordos da OMC levando em conta o significado ordinário das palavras, com referência ao contexto, e à luz do objeto e propósito do Tratado. A definição dada pelos dicionários a um termo costuma ser o ponto de partida da interpretação. O contexto serve, na OMC, para desvendar o significado de um dispositivo, tendo em vista a globalidade do tratado e o teor de outros acordos que com ele se relacionam. O recurso ao art. 31 não cerceou o uso de outros princípios por parte do Órgão de Apelação. Nessa linha, o princípio da interpretação efetiva logo recebeu consagração jurisprudencial, na medida em que se aceitou que um tratado não possui termos e disposições inúteis e destituídos de significado (...)*³³¹.

Acerca do princípio da interpretação efetiva ou princípio da efetividade, Van Damme expõe que ele pode desempenhar diferentes funções. Efetividade pode ser uma razão independente na qual o intérprete confia para interpretar o significado da linguagem do Tratado, mas pode igualmente servir para uma mera confirmação ou função corretiva. Ele, com frequência, configura um *benchmark* para rever uma determinada interpretação. Nesse contexto, a função do princípio é negativa.

Ao consultar definições de dicionários, o OA tem também aplicado esse princípio. Ele tem examinado a efetividade da linguagem do Tratado em termos de aplicação e execução. Igualmente, o OA tem considerado o funcionamento da OMC como uma instituição sob o manto da efetividade. O princípio da efetividade, assim, pode garantir o grau necessário de continuidade no desenvolvimento de uma organização internacional como a OMC e a interpretação de uma complexa rede de tratados, como os Acordos por ela abrangidos. O princípio remete sempre à necessidade de supervisionar o resultado agregado da interpretação de determinadas disposições do Tratado e suas implicações para o funcionamento do regime do Tratado³³².

Luiz Olavo Baptista, ao referir-se aos relatórios do OA, lembra que a interpretação é a busca do significado preciso. O texto dos acordos

³³¹ Cf. AMARAL JÚNIOR, Alberto. *A Solução de Controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 166. Como assinado por Tomoko Ishikawa, o princípio da interpretação efetiva é aceito como um estabelecido "canon of interpretation". Referência a esse princípio é encontrada em várias decisões das cortes e tribunais internacionais, incluindo a Corte Internacional de Justiça e o OSC da OMC. (Cf. ISHIKAWA, Tomoko. *The Principle of Effective Interpretation in the World Trade Organization and Investment Arbitration: Difference in Parameters?*. In: *Contemporary Asia Arbitration Journal*, v. 8, n. 2, p. 274, 2015).

³³² VAN DAMME, Isabelle. *Op. cit.*, p. 635-637.

da OMC foi obtido pelo consenso diplomático, "mas a decisão pede a pureza e a precisão na redação jurídica". Segundo ele,

(...) o processo de redação de um acordo no ambiente de uma conferência diplomática é geometricamente oposto ao da redação de uma lei num parlamento. Aquele que redige a lei busca a precisão do texto porque sabe o resultado que quer alcançar e quer evitar interpretações. Aquele que negocia um tratado busca a ambiguidade porque nela cada um encontra a sua conta e todos encontram a sua satisfação. Só por ocasião da interpretação é que se saberá quem é que realmente levou o prêmio da negociação, pois todos saíram crentes de tê-lo nas mãos ao terminar a negociação.

Um passo fundamental para a interpretação, ainda segundo Baptista, é o de descobrir o que a palavra tem no contexto em que está presente, ou seja, "o que ela tem na frase, naquele art., naquele capítulo do tratado. Assim, o que vai acontecer é que a bebida fermentada da linguagem diplomática se torna o destilado de teor mais forte e sabor acre da linguagem jurídica". E arremata: "por que é preciso interpretar? É preciso interpretar porque nem sempre a leitura que todos fazem do texto é a mesma. Cada um dos países que participam da negociação do tratado pode ter a sua interpretação, mas só uma delas valerá para todos"³³³.

A respeito das regras de interpretação é importante notar também a manifestação do OA no caso Japan – Taxes on Alcoholic Beverages (Japan – Alcoholic Beverages II). Além de salientar que a interpretação dos acordos da OMC segundo as regras costumeiras de direito internacional público consolidadas na CVDT constitui um elemento de segurança e previsibilidade jurídica fundamental ao sistema, o OA chama a atenção para a flexibilidade dos acordos da OMC:

Nossa interpretação do art. III [do GATT] é fiel às 'regras costumeiras de interpretação do direito internacional público'. As regras da OMC são confiáveis, abrangentes e executáveis. As regras da OMC não são tão rígidas ou tão inflexíveis a ponto de não deixar espaço para julgamentos arruados no confronto do interminável e sempre cambiante fluxo e refluxo dos fatos reais em casos reais do mundo real. Elas servirão o sistema multilateral de comércio da melhor maneira se interpretadas com isso em mente. Dessa forma, nós alcançaremos a 'segurança e previsibilidade' perseguidas pelos Membros da OMC para

³³³ Ver BAPTISTA, Luiz Olavo. *O Direito é História: Alocução de Abertura da Conferência do Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento*, em São Paulo. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; CELLI JUNIOR, Umberto; YANOVICH, Alan (Org.). *10 Anos de OMC: uma análise do sistema de solução de controvérsias e perspectivas*. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 20-21.

o sistema multilateral de comércio por meio do estabelecimento do sistema de solução de controvérsias³³⁴. (grifos nossos)

É preciso registrar que essa posição do OA acerca da “flexibilidade” e da “interpretabilidade” dos acordos abrangidos pela OMC pode suscitar, como de fato suscitou em alguns casos, como, por exemplo, no US – Continued Zeroing, a questão do “ativismo judicial” do OSC, à medida que extrapolaria os contornos da competência que lhe foi outorgada pelos Arts. 3.2 e 19.2 do DSU³³⁵.

Não cabe neste livro discutir essa controvertida questão do “ativismo judicial”. O que importa é que, sem prejuízo da “segurança e previsibilidade” do sistema e, tendo como norte as regras costumeiras de direito internacional público, o OA entende, de modo adequado, que o Direito da OMC não é tão inflexível “a ponto de não deixar espaço para julgamentos arrazoados no confronto do interminável e sempre cambiante fluxo e refluxo dos fatos reais em casos reais do mundo real”. Isso não implica necessariamente acrescentar ou diminuir os direitos e obrigações das partes, ou seja, criar regras.

³³⁴ Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R e WT/DS11/AB/R, Relatório do OA, p. 31. “Our interpretation of Article III GATT is faithful to the ‘customary rules of interpretation of public international law’. WTO rules are reliable, comprehensible and enforceable. WTO rules are not so rigid or so inflexible as not to leave room for reasoned judgements in confronting the endless and ever-changing ebb and flow of real facts in real cases in the real world. They will serve the multilateral trading system best if they are interpreted with that in mind. In that way, we will achieve the ‘security and predictability’ sought for the multilateral trading system by the Members of the WTO through the establishment of the dispute settlement system”. (Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds8_e.htm>. Acesso em 02 jan. 2016).

³³⁵ United States – Continued Existence and Application of Zeroing Methodology, WT/DS350/AB/R, Relatório do OA. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds350_e.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016. Não raro, os Membros que perdem uma disputa levantam acusações de “ativismo judicial” do OSC. Nesse caso, em uma de suas mais controvertidas interpretações sobre o “Acordo Anti-dumping da OMC”, OA entendeu que a metodologia adotada pelos Estados Unidos para calcular a margem de dumping (“zeroing methodology”) era inconsistente com aquele acordo. Um membro do Congresso norte-americano chegou a dizer que o “Órgão de Apelação estava extrapolando seu mandato, mudando as regras no meio do jogo” e que “o Órgão de Apelação deve aplicar obrigações que os Estados Unidos e outros Membros da OMC negociaram – não criar obrigações ‘out of the thin air’”. “the Appellate Body was overstepping its mandate, ‘changing the rules in the middle of the game’ [and that] the Appellate Body is required to apply obligations that the United States and other WTO Members have negotiated – not create obligations out of the thin air”. (ver BOSSCHE; ZDOUC. *Op. cit.*, p. 185, nota 151).

O Direito da OMC não é um bloco monolítico sujeito a apenas uma leitura. É indiscutível que muitas de suas disposições permitem uma gama variada de interpretações, umas mais restritas e outras mais lenientes. Isso se aplica, em especial, ao que Bohanes denomina de “termos inerentemente vagos” (*inherently vague terms*) ou a “construções legais que dependam inerentemente de fatos” (*inherently fact-dependent legal constructs*), tais como requisitos de conteúdo local ou de desempenho exportador *de facto*, bem como a análise de efeitos econômicos em contenciosos envolvendo “grave dano” sob o SMC³³⁶.

As interpretações e as recomendações nos casos Canada Renewable Energy e India – Solar Cells de restringir ainda mais a aplicação de requisitos de conteúdo local não criaram nem diminuíram o direito e as obrigações das partes. Estão embasadas, para retomar a manifestação do OA em Japan – Taxes on Alcoholic Beverages (Japan – Alcoholic Beverages II), no “sempre cambiante fluxo e refluxo dos fatos reais em casos reais do mundo real”, os quais, como será visto mais adiante, hoje apontam para a necessidade de novos instrumentos de políticas industriais consentâneas com uma economia cada vez mais integrada nas denominadas Cadeias Globais de Valor (*Global Value Chains*) em que o uso de medidas discriminatórias de requisitos de conteúdo local vai perdendo sua relevância de forma crescente.

5.3 A FORMAÇÃO DE TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS NO DIREITO DA OMC

Os relatórios do Painel e do OA, uma vez adotados, constituem uma importante fonte do direito internacional, especialmente do Direito do Comércio internacional.

Palmeter e Mavroidis sustentam que, “além dos textos dos próprios Acordos da OMC, nenhuma fonte do Direito é tão importante na solução de controvérsias da OMC quanto as decisões proferidas por Painéis de solução de controvérsias anteriores. Essas incluem os relatórios dos Painéis do GATT, bem como os da OMC, e, agora, claro, os relatórios do Órgão Permanente de Apelação”.

Eles lembram também que as “decisões judiciais” estão entre as “fontes subsidiárias” de Direito Internacional especificadas no art. 38 (1) (d) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, o qual estabelece:

Art. 38 – 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

³³⁶ BOHANES, Jan. WTO Dispute Settlement and Industrial Policy. *Op. cit.*, p. 1.

(...)

d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

O art. 59 prescreve:

Art. 59 – A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão.

Lido em conjunto com o art. 59, que limita a força vinculante da decisão da Corte às partes litigantes, o art. 38 (d) (i) tem produzido um sistema de precedente sob o qual a Corte essencialmente refere-se e considera suas decisões anteriores, mas não é obrigada a segui-las. O Direito da OMC replica efetivamente esse sistema³³⁷.

No Direito da OMC, o impacto de qualquer interpretação e aplicação dos relatórios do Painel e do OA é relevante apenas para a controvérsia em questão e para os Membros envolvidos. Como ficou claro no caso US – Stainless Steel (Mexico), os relatórios do Painel e do OA são vinculantes apenas para as partes envolvidas na disputa. O OA, fazendo remissão ao caso Japan – Alcoholic Beverages II, consignou estar bem sedimentado o entendimento segundo o qual seus relatórios não são vinculantes, exceto com respeito à resolução de uma determinada disputa entre as partes.

No caso Japan – Alcoholic Beverages II, o OA já havia afirmado que era necessário notar que o Estatuto da Corte Internacional de Justiça tem um dispositivo explícito, o art. 59, com o mesmo efeito. Isso, no entanto, não impediu o desenvolvimento por aquela Corte (e por sua antecessora) de uma jurisprudência que confira considerável relevância ao valor das decisões precedentes³³⁸.

³³⁷ Ver PALMETER, David; MAVROIDIS, Petros C. *The WTO Legal System: Sources of Law*. *The American Journal of International Law*, v. 92, n. 3, p. 398-413, 1998, p. 400. “Other than the texts of the WTO Agreements themselves, no source of Law is as important in WTO Dispute Settlements as the decisions of prior Dispute Settlement Panels. These include the reports of GATT Panels, as well as WTO Panels, and now, of course, reports of the Appellate Body”.

³³⁸ United States – Final Anti-dumping Measures on Stainless Steel from Mexico, WT/DS344/AB/R, Relatório do OA, par. 158. “It is well settled that Appellate Body reports are not binding, except with respect to resolving the particular dispute between the parties”. Japan – Alcoholic Beverages II, p. 12-15: “It is worth noting that the Statute of the International Court of Justice has an explicit provision, Article 59, to the same effect. This has not inhibited the development by that Court (and its predecessor) of a body case law in which considerable reliance on the value of previous decisions

Nesse sentido, Alberto do Amaral Júnior assinala que

(...) os Painéis e o Órgão de Apelação não se vinculam a decisões passadas, ainda que os fatos guardem entre si profunda similitude. As manifestações dos Painéis e do Órgão de Apelação, nos limites de uma controvérsia, não equivalem a decisões de alcance geral sobre o significado de uma regra, com poderes para irradiar efeitos que atinjam a interpretação de outras controvérsias. Os relatórios adotados não configuram práticas subsequentes indicativas do sentido atribuído a um dispositivo particular.

O autor, aliás, faz uma transposição para a OMC do princípio do direito internacional que “não conhece a aplicação da doutrina do *stare decisis*, dos ordenamentos jurídicos do *common law*”. O art. 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, prossegue ele, “rejeitou a doutrina do *stare decisis*, desfazendo quaisquer dúvidas que viessem a pairar sobre o assunto. Este fato não impediu, entretanto, a formação de uma jurisprudência robusta, altamente significativa para o desenvolvimento do direito internacional. A Corte invoca, reiteradamente, os julgados anteriores no intuito de colher subsídios para interpretar os casos a ela apresentados”³³⁹.

O mesmo aplica-se aos relatórios dos Painéis e do OA. Nada impede que o OA e o Painel recorram a relatórios anteriores como uma precedente importante para interpretar e apresentar conclusões e recomendações aos casos a ele apresentados. Aliás, como lembra Hélène Ruiz Fabri,

o sistema da OMC não descobriu a ideia de jurisprudência. O avanço da consolidação de soluções, formalizadas por meio da referência a relatórios anteriores, estava presente no sistema precedente (do GATT). Aliás, tanto os Painéis como o Órgão de Apelação não se furtam a fazer referência ao sistema precedente e o conjunto de relatórios da época do GATT 47 adotados ou que deixaram de ser restritos foi publicado no site da OMC. Isso não impede que o novo mecanismo tenha resultado no advento de uma nova concepção mais sofisticada da

are readily discernible”. (Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds344_e.htm>. Acesso em 02 jan. 2016).

³³⁹ Cf. AMARAL JÚNIOR, Alberto. A Solução de Controvérsias da OMC. *Op. cit.*, p. 150-151. Como se sabe, a doutrina do *stare decisis* relaciona-se com o brocardo latino “*stare decisis et non quieta movere*” (“mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido”). A relação entre precedentes e a doutrina do *stare decisis* é complexa. Para John Jackson, muitas vezes a doutrina entende que “*stare decisis* é uma forma mais forte de ‘precedente’ e, algumas vezes, os termos são usados indistintamente”. (ver JACKSON, John H. *Sovereignty, the WTO and the Changing Fundamentals of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 173. “*Stare decisis* is a rather strong form of ‘precedent’, and sometimes the terms are used interchangeably”).

*jurisprudência, compreendida aqui em toda sua complexidade, ou seja, como processo e como produto, alimentado por algo em torno de 26.000 páginas que representam o conjunto de relatórios derivados do funcionamento do mecanismo de solução de controvérsias (dos quais aproximadamente 9.000 relatórios do Órgão de Apelação)*³⁴⁰.

Matsushita, Shoenbaum e Mavroidis salientam, por sua vez, que os relatórios constituem evidência da prática de interpretação de tratado e, portanto, o Painel e o OA são livres para citar os relatórios e confiar em seu raciocínio. À medida que esse raciocínio for persuasivo, mesmo relatórios não adotados podem ser citados e tomados como base por Painéis subsequentes. De fato, dizem eles, o OA examina atentamente os precedentes em uma controvérsia e tenta não se desviar da interpretação neles estabelecida³⁴¹.

No caso Japan – Alcoholic Beverages II, o Painel tratou os relatórios adotados como fontes “subsidiárias” do Direito da OMC, comparáveis em *status* às decisões judiciais da Corte Internacional de Justiça. Ele não disse que os relatórios adotados eram obrigatórios. Em vez disso, salientou que eles “devem ser levados em consideração por subsequentes Painéis que tratem do mesmo assunto ou de um assunto semelhante”, com a ressalva de que “ele não deve necessariamente seguir seu raciocínio ou resultados”³⁴².

³⁴⁰ Cf. RUIZ FABRI, Helène. Le juge de l'OMC: ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière. *Revue Générale de Droit International Public*, v. 110, n. 1, p. 49-50, 2006. “Le nouveau système n'a pas découvert l'idée de jurisprudence. La démarche de consolidation des solutions, formalisée dans la référence à des rapports antérieurs, était déjà présente dans le système précédent. D'ailleurs, tant les groupes spéciaux que l'Organe d'appel ne répugnent pas à s'y référer et l'ensemble des rapports de l'époque du GATT 47 adoptés ou qui ont fait l'objet d'une dé-restriction a été publié sur le site internet de l'OMC. Il n'empêche que le fonctionnement du nouveau mécanisme a débouché sur l'avènement d'une conception plus sophistiquée de la jurisprudence, comprise ici dans toute sa complexité, c'est-à-dire aussi bien comme processus que comme produit, et alimentée par les quelques 26 000 pages que représentent l'ensemble des rapports issus du fonctionnement du mécanisme de règlement des différends (dont environ 9 000 pour les rapports de l'Organe d'appel)”.

³⁴¹ Ver MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization, Law, Practice and Policy*, segunda edição. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 111-112. “Reports constitute evidence of treaty practice, and subsequent dispute settlement panels and the Appellate Body are free to cite them and rely on their reasoning. To the extent their reasoning is persuasive, even unadopted reports may be cited and relied on by subsequent panels. In fact, panels and the Appellate Body closely examine precedents when dealing with a dispute and try not to deviate from the interpretation established by precedents.”

³⁴² Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/R; WT/DS10/R; WT/DS11/R, Relatório do Painel, par. 6.10. “(...) have to be taken into account by subsequent panels dealing with the same or a similar issue”. “(...) it does not necessarily have to follow

Isso não implicaria, no entanto, uma importação do *stare decisis* para a OMC, uma vez que o Painel não está obrigado a seguir seu raciocínio ou suas conclusões expostas em painéis anteriores. A esse respeito Jackson diz que existe “um efeito de precedente na jurisprudência da OMC, mas isso certamente não é *stare decisis* e não é tão poderoso a ponto de requerer que os Painéis ou o Órgão de Apelação ao analisarem novos casos sigam casos anteriores(...)”.

Ressalta, por outro lado, “que o Órgão de Apelação da OMC tem consistentemente feito referência a seus próprios casos anteriores. Em Shrimp – Turtle, por exemplo, ele criticou o Painel por não ter prestado atenção suficiente na abordagem lógica do Órgão de Apelação com relação a medidas de importação no caso US – Gasoline. Da mesma forma, o Órgão de Apelação tem recentemente afirmado de forma bastante explícita que relatórios anteriores do Órgão de Apelação têm um efeito de precedente, pelos menos sobre Painéis”³⁴³.

De fato, no caso US – Stainless Steel (Mexico), o OA esclareceu que seus relatórios não são vinculantes, exceto com respeito à resolução de determinada disputa entre as partes. Em seguida, destacou: “Isso não significa, no entanto, que os Painéis subsequentes estejam livres para desconsiderar as interpretações legais e a *ratio decidendi* contidas em seus relatórios anteriores”.

Lembrou que, no mesmo caso Japan – Alcoholic Beverages II, já havia manifestado o entendimento de que os relatórios dos Painéis adotados são uma parte importante do *acquis* do GATT. Eles são frequentemente considerados pelos Painéis subsequentes. Eles criam expectativas legítimas entre os Membros da OMC e, portanto, devem ser levados em consideração quando forem relevantes para qualquer controvérsia:

158. Isto, no entanto, não significa que os Painéis estejam livres para desconsiderar as interpretações legais e a *ratio decidendi* contidas em

their reasoning or results”. (Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds8_e.htm>. Acesso em: 02 mar. 2016).

³⁴³ JACKSON, John. H. *Sovereignty, the WTO and the Changing Fundamentals of International Law*. *Op. cit.*, p. 177. “(...) it can be argued that there is quite a powerful precedent effect in the jurisprudence of the WTO, but that is certainly not *stare decisis*, and is not so powerful as to require panels or the Appellate Body considering new cases to follow prior cases...”.

“ [the] Appellate Body of the WTO has consistently made reference to its own prior cases. In Shrimp – Turtle, for example, it chastised the first-level panel for not paying close enough attention to the Appellate Body's logical approach in the prior case of US – Gasoline import measures. Likewise, the Appellate Body has recently stated quite explicitly that prior Appellate Body reports have a precedent effect, at least upon panels.”

relatórios anteriores do Órgão de Apelação adotados pelo OSC. ...[Os] relatórios dos Painéis adotados são uma parte importante do *acquis* do GATT. Eles são frequentemente considerados por Painéis subsequentes. Eles criam expectativas legítimas entre os Membros da OMC, e, portanto, deveriam ser levados em consideração quando forem relevantes para qualquer controvérsia³⁴⁴.

O OA prossegue sua análise fazendo referência ao caso US – Shrimp (article 21.5 – Malaysia), no qual esclareceu que esse raciocínio se aplica a seus próprios relatórios³⁴⁵. Também se refere ao caso US – Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews em que afirmou o seguinte: “seguir as conclusões do Órgão de Apelação em disputas anteriores não é somente apropriado, mas é o que se espera dos Painéis, especialmente quando as questões forem as mesmas”³⁴⁶.

Na sequência, o OA consignou:

A prática da solução de controvérsia demonstra que os Membros da OMC atribuem importância ao raciocínio elaborado em relatórios precedentes do Painel e do Órgão de Apelação. Relatórios adotados pelo Painel e pelo Órgão de Apelação são frequentemente citados pelas partes para fundamentar seus argumentos legais nos procedimentos de solução de disputas e são utilizados pelos Painéis e pelo Órgão de Apelação em controvérsias subsequentes. Ademais, ao colocarem em vigor ou modificarem leis e regulamentos internos relacionados a questões de comércio internacional, os Membros da OMC levam em consideração a interpretação legal dos acordos abrangidos desenvolvida e adotada pelos relatórios do Painel e do Órgão de Apelação. Assim, a interpretação

³⁴⁴ United States – Final Anti-dumping Measures on Stainless Steel from Mexico, WT/DS344/AB/R, Relatório do OA par. 158. “This, however, does not mean that panels are free to disregard the legal interpretations and the *ratio decidendi* contained in previous Appellate Body reports that have been adopted by the DSB”, “a adopted panel reports are an important part of the GATT *acquis*. They are often considered by subsequent panels. They create legitimate expectations among WTO Members, and, therefore, should be taken into account where they are relevant to any dispute”. (Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds344_e.htm>. Acesso em: 02 abr. 2016).

³⁴⁵ United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/RW, Relatório do OA, par. 109. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

³⁴⁶ United States – Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina, WT/DS268/AB/R, Relatório do OA, par. 188. “The Appellate Body held that “following the Appellate Body’s conclusions in earlier disputes is not only appropriate, but is what would be expected from panels, especially where the issues are the same”. (Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds268_e.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016).

*legal incorporada e adotada pelos relatórios do Painel e do Órgão de Apelação torna-se parte e parcela do *acquis* do sistema de solução de disputa da OMC. Garantir “segurança e previsibilidade” no sistema de solução de controvérsia, conforme estabelecido no art. 3.2 do DSU, implica que, ausentes razões cogentes, o órgão adjudicante resolverá a mesma questão legal do mesmo modo em caso posterior*³⁴⁷.

Também nesse sentido, Palmeter e Mavroidis enfatizam que, mesmo não sendo precedentes vinculantes, os relatórios adotados deveriam ser levados em consideração pelos Painéis em casos subsequentes.

Destacam que:

*(...) relatórios adotados possuem um forte poder persuasivo e podem ser vistos como uma forma de precedente não-vinculante, cujo papel é comparável àquele exercido pela *jurisprudência* no “civil law” contemporâneo de muitos países, como a França, e àquele exercido pelas decisões dos tribunais de mesma instância nos Estados Unidos. Na prática, as partes continuarão a citar relatórios e Painéis anteriores, e Painéis irão continuar a levá-los em consideração adotando seu raciocínio – com efeito, seguindo um precedente – a menos que conclua, com base em boas e articuladas razões, que deveriam agir de outra maneira”*³⁴⁸.

³⁴⁷ United States – Final Anti-dumping Measures on Stainless Steel from Mexico, WT/DS344/AB/R, Relatório do OA, par.160. “Dispute settlement practice demonstrates that WTO Members attach significance to reasoning provided in previous panel and Appellate Body reports. Adopted panel and Appellate Body reports are often cited by parties in support of legal arguments in dispute settlement proceedings, and are relied upon by panels and the Appellate Body in subsequent disputes. In addition, when enacting or modifying laws and national regulations pertaining to international trade matters, WTO Members take into account the legal interpretation of the covered agreements developed in adopted panel and Appellate Body reports. Thus, the legal interpretation embodied in adopted panel and Appellate Body reports becomes part and parcel of the *acquis* of the WTO dispute settlement system.

Ensuring “security and predictability” in the dispute settlement system, as contemplated in Article 3.2 of the DSU, implies that, absent cogent reasons, an adjudicatory body will resolve the same legal question in the same way in a subsequent case”. (Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds344_e.htm>. Acesso em: 02 maio 2016).

³⁴⁸ Ver PALMETER, David; MAVROIDIS, Petros C. *The WTO Legal System: Sources of Law*. *Op. cit.*, p. 402. “Adopted reports have strong persuasive power and may be viewed as a form of non-binding precedent, whose role is comparative to that played by *la jurisprudence* in the contemporary civil law, and that played by decisions of courts at the same level in the United States. As a practical matter, parties will continue to cite prior reports and panels, and panels will continue to take them into account by adopting their reasoning – in effect, following precedent – unless panels conclude, for good and articulated reasons, that they should do otherwise.”

Assim, não somente deveria o Painel seguir conclusões adotadas anteriormente por outros Painéis, como também seguir as conclusões e as recomendações dos relatórios do OA, o mesmo valendo para este último. A adoção de relatórios anteriores é uma forma de garantir "segurança e previsibilidade" ao sistema de solução de controvérsias, pois eles contêm forte poder persuasivo.

Alberto do Amaral, após assinalar que, embora não vinculem diretamente os painéis, os relatórios do OA têm peso incontestável nas decisões por eles proferidas, salienta: "[A] *“experiência demonstra, sobejamente, que a menção aos casos já julgados se tornou prática reiterada dos órgãos de adjudicação da OMC, a ponto de se constatar a formação de tendências jurisprudenciais em determinadas matérias”*. E prossegue: *“O poder persuasivo que esses relatórios possuem é indiscutível e eles são frequentemente levados em conta na solução de casos concretos”*³⁴⁹.

Esse poder persuasivo dos relatórios decorre do conteúdo que transmitem e do fato de serem constantemente referidos em relatórios posteriores. A referência aos precedentes, ainda que não vinculantes, atribui continuidade ao discurso em questão, o que legitima a decisão dos Painéis e do OA. Dada sua natureza de órgão recursal, o OA acaba desempenhando papel relevante na construção dessa continuidade. Seu caráter de órgão permanente, associado ao princípio da colegialidade no processo de tomada de decisão, contribui para dar coerência e consistência às suas decisões³⁵⁰.

³⁴⁹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A Solução de Controvérsias da OMC*. *Op. cit.*, p. 151-152.

³⁵⁰ Com relação ao assunto, vale também destacar as seguintes observações de Virgile Pace: *“(...) o Órgão de Apelação participa da elaboração de um verdadeiro direito jurisprudencial de trocas comerciais internacionais, o qual tem vocação para se aplicar a todos os Estados Membros da OMC. As garantias oferecidas pelos procedimentos da apelação e pela composição do Órgão de Apelação constituem elementos que podem reforçar a autoridade dessa jurisprudência particular. Pela primeira vez, no direito de trocas comerciais internacionais, as exigências de coerência, de continuidade e de segurança jurídicas são plenamente satisfeitas”*. Ele lembra, também, o que é absolutamente verdadeiro, que não apenas os painéis e o OA se referem sistematicamente a decisões passadas, mas também, de modo muito mais significativo, os Membros, em suas alegações e argumentos jurídicos, citam constantemente, de forma crescente, as interpretações de direito fornecidas pelo Órgão de Apelação.

“(...) l'Organe d'Appel participe à l'élaboration d'un véritable droit jurisprudentiel des échanges commerciaux internationaux, lequel a vocation à s'appliquer à l'ensemble des Etats Membres de l'OMC. Les garanties offertes par la procédure d'appel et la composition de l'Organe d'Appel sont des éléments susceptibles de renforcer l'autorité de cette jurisprudence particulière. Pour la première fois, dans le droit des échanges commerciaux internationaux, les exigences de cohérence, de continuité et de sécurité juridiques sont en effet pleinement satisfaites”.

Continuidade e consistência são atributos valiosos em qualquer sistema legal. A aplicação das mesmas regras aos mesmos fatos, independentemente das partes envolvidas, é uma importante fonte de legitimidade para qualquer órgão adjudicante. Isso é particularmente relevante para órgãos adjudicantes internacionais que, ao contrário de suas contrapartes nacionais, não possuem o monopólio do poder de execução³⁵¹.

Ademais, como sublinha Amaral Júnior, os órgãos jurisdicionais *“optam por seguir as decisões anteriores não apenas por razões de justiça e equidade, mas também por motivos de eficiência. Existe inegável benefício na consideração do trabalho já realizado sobre a mesma questão jurídica. Este procedimento amplia a coerência e a estabilidade das decisões, fatores essenciais para a administração ordenada da justiça”*³⁵².

Coerência e estabilidade, aliás, constituem não somente um princípio da jurisprudência, como também um dos pilares políticos da adjudicação compulsória da OMC. A probabilidade de os Membros cumprirem

...“ d'autre part, et de manière beaucoup plus significative, les Etats eux-mêmes, dans leurs allégations e dans les arguments juridiques qu'ils développent, se réfèrent constamment, et de plus en plus, aux interprétations du droit donnés par l'Organe d'Appel”. Cf. PACE, Virgile, *L'Organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*. Paris: L'Harmattan, 2000. p. 213).

³⁵¹ Ver PALMETER, David; MAVROIDIS, Petros C. *The WTO Legal System: Sources of Law*. *Op. cit.*, p. 402. Se bem que, como assinalado por Isabelle Van Damme: *“no tocante à transparência das decisões e do raciocínio judicial a expectativa é que o público da OMC possa compreender uma decisão tendo em vista a jurisprudência prévia dos painéis e do Órgão de Apelação. Esse entendimento não necessariamente requer interpretação consistente e uniforme. Afinal, decisões inconsistentes podem ser consistentemente mal-explicadas e mal-informadas, ou mesmo incorretas. Nas controvérsias em que questões similares são levantadas e a linguagem similar do tratado for parte da lei aplicável, espera-se que os Painéis e o Órgão de Apelação levem em consideração as razões expendidas em relatórios prévios. A presunção é que, se não formalmente modificado, o texto do tratado, 'tal como interpretado' continua o mesmo. De outra forma, o texto permanece indeterminado.”*

“Related to transparent decision-making and judicial reasoning is the expectation that the WTO audience can understand a decision against the background of the previous jurisprudence of panels and the Appellate Body. This understanding does not necessarily require consistent, uniform interpretation. After all, consistent decisions may be consistently ill-explained, ill-informed, or even incorrect. In disputes where similar issues are raised and similar treaty language is part of the applicable law, panels and the Appellate Body are expected to take into account the reasoning developed in earlier reports. The assumption is that, if not formally amended, the treaty text 'as interpreted' remains the same. Otherwise, the text remains indeterminate”. (cf. VAN DAMME, Isabelle. *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*. *Op. cit.*, p. 195-196).

³⁵² AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A Solução de Controvérsias da OMC*. *Op. cit.*, p. 151-152.

uma determinação do OSC que lhes seja contrária é muito maior se eles tiverem a segurança e a certeza de que a interpretação que a embasou será replicada em decisões sobre medidas similares – e, portanto, violadoras das normas da OMC – adotadas por quaisquer de seus mais de 160 Membros.

Frieder Roessler, em estudo sobre a jurisprudência do OA dos últimos vinte anos, citando manifestação do ex-membro daquele órgão, David Unterhalter, salienta que ao sistema de solução de controvérsias da OMC cabe prover segurança e previsibilidade, mas não criar precedentes formais (*a formal norm of precedent*). Contudo, “nenhum observador das práticas do sistema de solução de controvérsias poderia deixar de concluir que decisões passadas do OA e dos Painéis são centrais para o raciocínio legal de que se valem litigantes e órgãos adjudicantes”.

Na visão de Unterhalter, expõe Roessler, recorrer a precedentes não é apenas um hábito de advogado ou mesmo um jeito pragmático de tratar um assunto com economia. As decisões passadas têm peso porque são “os sustentáculos dos melhores esforços da instituição para tornar os acordos abrangidos coerentes e capazes de ser aplicados por todos os Membros da OMC com consistência e previsibilidade. Isso é um legado da autoridade pela razão, não diktat”³⁵³.

Existe, assim, um corpo coerente de jurisprudência na OMC, o qual, na formulação de Van Damme, não constitui propriamente uma surpresa nem é devido à declaração do OA no caso Japan – Alcoholic Beverages II, segundo a qual, como visto, “relatórios do Painel adotados são uma parte importante do *acquis* do GATT” criando “expectativas legítimas entre os Membros da OMC”. A expectativa legítima criada por relatórios adotados pelo OSC não é simplesmente imposta pelo OA, mas é também uma questão de o OA confirmar a prática dos litigantes e dos Membros da OMC em geral. Esses processos e a prática não são específicos da OMC. São visíveis na maioria dos sistemas de solução de controvérsias.

A certeza jurídica e o devido processo resultam em que as interpretações do OA e do Painel serão levadas em consideração em decisões subsequentes por todos os *stakeholders* e participantes daquele sistema de

³⁵³ UNTERHALTER, David *apud* ROESSLER, Frieder. Changes in the Jurisprudence of the WTO Appellate Body During the Past Twenty Years. In.: SCHUMAN, Robert. *EUI Working Paper, European University Institute, Centre for Advanced Studies*, 2015. p. 1. “Yet, no observer of the practices of the dispute settlement system could fail to conclude that past decisions of the Appellate Body and the panels are central to the legal reasoning relied upon by litigants and adjudicators”. “The past decisions carry weight because they are “bearers of the institution’s best efforts to render the covered agreements coherent and capable of being applied by the members of the WTO with consistency and predictability. That is a legacy of authority by reason, not diktat.”

solução de controvérsia. No entanto, assinala Van Damme, o termo “precedente” é impróprio no contexto judicial internacional. Uma terminologia mais apropriada é a ideia de *jurisprudence constante* – a qual, na prática, parece ser uma doutrina mais estrita do que a do precedente. Essa foi, segundo ela, a ideia base para a ênfase do OA em US – Stainless Steel (Mexico) sobre “o desenvolvimento de um coerente e previsível corpo de jurisprudência esclarecendo os direitos e as obrigações dos Membros sob os acordos abrangidos conforme previsto no DSU”. “Foi também a motivação subjacente a disposições, tais como as do art. 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que refletiram o princípio geral”³⁵⁴.

É curioso observar, por outro lado, que, tendo em vista a posição do OA no mesmo caso US – Stainless Steel (Mexico) e, certamente, com uma leitura mais próxima das características da common law, Bohanes sustenta que, na prática, existe “*precedente de facto*” no Direito da OMC. A interpretação de um determinado dispositivo, uma vez articulada pelo OA, é válida além dos limites de uma controvérsia.

Além disso, diz ele, “ainda que uma medida de um Membro da OMC não seja questionada perante um Painel, a interpretação fornecida com relação à medida similar de outro Membro terá implicações também para essa medida não questionada, aumentando potencialmente o risco de que uma contestação possa ocorrer no futuro. Essa interpretação poderá ter também um efeito de desestímulo sobre Membros que estejam pensando em editar tais medidas”³⁵⁵.

5.4 TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS DA OMC SOBRE O USO DE REQUISITOS DE CONTEÚDO LOCAL

A análise da jurisprudência dos principais casos envolvendo requisitos de conteúdo local pelos Membros demonstra, em linha firme e

³⁵⁴ Cf. VAN DAMME, Isabelle. *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*. *Op. cit.*, p. 197-198.

³⁵⁵ BOHANES, Jan. *WTO Dispute Settlement and Industrial Policy. E15 Initiative. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)*. World Economic Forum, Geneva: 2015. p. 2. “In practice, there is *de facto* precedent in WTO Law. The interpretation of a particular provision – once articulated by the Appellate Body – is valid far beyond the confines of an individual dispute. Moreover, even if a WTO Member’s measure is not currently contested before a WTO panel, an interpretation provided in connection with another Member’s similar measure will have implications also for the non-disputed measure, potentially increasing the risk that a challenge will occur in the future. Moreover, the interpretation may also have a chilling effect on Members contemplating to promulgate such measures.”

evolutiva, o modo consistente e coerente com que os órgãos adjudicantes da OMC vêm restringindo a possibilidade de adoção pelos Membros do uso de requisitos de conteúdo local³⁵⁶. Com o objetivo de prover “segurança e previsibilidade” no sistema de solução de controvérsia, conforme previsto no art. 3.2 do DSU, “ausentes razões cogentes o órgão adjudicante resolverá a mesma questão legal do mesmo modo em caso posterior”³⁵⁷.

Em suas análises dos casos aqui examinados, o Painel e o OA levaram em consideração as interpretações legais e a *ratio decidendi* de casos anteriores. Isso ficou mais claro ainda após a reiteração pelo Painel e OA, no caso Índia – Solar Cells, das polêmicas conclusões do OA em Canada Renewable Energy que restringiram substancialmente o escopo do que pode ser considerado Compra Governamental, isto é, o *policy space* dos Membros de recorrer aos requisitos de conteúdo local como instrumento de política industrial. Apesar de comportarem uma visão crescentemente restritiva da utilização desse instrumento de política industrial, suas conclusões não implicaram a diminuição ou ampliação de direitos e obrigações dos Membros.

Independentemente da visão ou terminologia empregada, a saber, jurisprudência constante ou “precedentes de facto”, importa salientar que existem inequívocas tendências jurisprudenciais em matéria de conteúdo local. Nos limites da competência prevista nos arts. 3.2 e 19.2 do DSU, vantagens e benefícios conferidos a potenciais investidores pelos governos dos Membros, condicionados ao uso de requisitos de conteúdo local, dificilmente serão considerados consistentes ou compatíveis com os arts. III. 4 do GATT 1994 e 2.1 do TRIMs pelos órgãos adjudicantes da OMC.

Os arts. III.5 do GATT 1994 e 3.1 (b) do SCM que, como mencionado anteriormente, tratam de forma mais explícita da proibição do uso de requisitos de conteúdo local, até o momento não foram testados ou aplicados pelos Painéis e pelo OA. Seria menos provável ainda que,

³⁵⁶ Ressalte-se, no entanto, como acentuado por Matsushita (membro do OA de 1995 a 2000), que isso não significa que os órgãos adjudicantes da OMC sejam infalíveis. Diz ele que “como uma instituição humana, o OA não pode presumir infalibilidade”. “(...) as a human institution, the Appellate Body cannot assume infallibility”. Cf. MATSUSHITA, Mitsuo. *Op. cit.*, p. 557.

³⁵⁷ United States – Final Anti-dumping Measures on Stainless Steel from Mexico, WT/DS344/AB/R, Relatório do OA, par.160. “Ensuring ‘security and predictability’ in the dispute settlement system, as contemplated in Article 3.2 of the DSU, implies that, absent cogent reasons, an adjudicatory body will resolve the same legal question in the same way in a subsequent case”. (Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds344_e.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016).

de alguma forma, pudessem mudar o entendimento consolidado do Painel e do OA sobre o assunto.

Isso não significa necessariamente que os Membros deixarão de adotar medidas de requisitos de conteúdo local. Como mencionado no Capítulo 2, há vários programas em andamento, sobretudo na área de energia renovável, com características similares às dos programas do Canadá e da Índia. Não foram ainda questionadas perante o OSC, mas poderão vir a sê-lo³⁵⁸.

É verdade também que, como lembram Hafbauer *et al.*, na maioria dos casos em que um país combina incentivos de investimentos (subsídios) com requisitos de conteúdo local, poucos reclamam. As multinacionais que recebem esses incentivos os cumprem “silenciosa e alegremente” e os governos de seus países não sentem qualquer pressão para questioná-los³⁵⁹. Esqueceram-se, porém, do caso Inovar-Auto em que a União Europeia e o Japão, certamente pressionados, dentre outros, pelo setor automobilístico, requereram instalação de Painel contra o Brasil sob a alegação de concessão de subsídios vinculada à aquisição de produtos locais.

Hufbauer *et al.* sublinham ainda que existem três fraquezas centrais nas regras da OMC contra a adoção de requisitos de conteúdo local. A primeira é que somente os governos dos Membros possuem *locus standi* para atuar perante o OSC. Uma empresa privada que perca negócios por conta de requisitos de conteúdo local deve antes de tudo convencer seu governo de que tomar medidas legais vale a pena, o que é trabalhoso. Trata-se, por outro lado, segundo eles, de processo longo, custoso e com implicações diplomáticas. Em terceiro lugar, não existe compensação para a empresa privada, mesmo que o governo tenha vencido o caso³⁶⁰.

³⁵⁸ Com relação ao assunto, Cimino, Hufbauer e Schott comentam que, na prática, as regras existentes da OMC não impediram a proliferação de medidas forçadas de localização. Ressaltam ainda que os Acordos Regionais de Comércio raramente dispõem de salvaguardas contra práticas de conteúdo local além das previstas na OMC. Cf. CIMINO, Cathleen; HUFBAUER, G.C., SCHOTT, J. A proposed code to discipline local content requirements. Policy Brief: Peterson Institute for International Economics, Washington, n. PB14-6, p. 4, 2014.

³⁵⁹ Cf. HUFBAUER, Gary Clyde; SCHOOT, Jeffrey; CIMINO, Cathleen; VIEIRO, Martin; WADA, Erika. Local content requirements: report on a global problem. Washington: Peterson Institute for International Economics, 2013. Disponível em: <<https://piee.com/events/local-content-requirements-global-problem>>. Acesso em: 02 jan. 2016. p. 27. “(...) in the vast majority of cases when a country couples investment incentives with LCR, no one complains. The multinational firm receiving incentives quietly and happily complies, and its home government feels absolutely no pressure to raise an objection.”

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 23.

De qualquer forma, é importante assinalar também que as conclusões e as recomendações dos órgãos adjudicantes da OMC, além de criarem expectativas legítimas, poderão ter efeito dissuasório entre os Membros. A descontinuação ou modificação de programas de incentivo de conteúdo local seria mais difícil de ser executada se as forças políticas e econômicas internas do Membro que as editou, favoráveis a tal programa, não tivessem uma percepção clara de que outro Membro será instado a também adotar medida equivalente ou similar nas mesmas circunstâncias. Os Membros aderem às recomendações do Painel e do OA com a justa expectativa de reciprocidade.

A interpretação coerente e consistente do OA e do Painel, marca indelével das tendências jurisprudenciais aqui apontadas, poderá induzir os Membros a, pelo menos, rever ou adaptar suas práticas de requisitos de conteúdo local. Essas tendências jurisprudenciais poderão ter, para utilizar uma expressão de Bohanes, um "*chilling impact*" sobre a intenção dos Membros de conceder subsídios vinculados a requisitos de conteúdo local³⁶¹.

Por outro lado, poderão atuar também para encorajar ou desencorajar questionamentos perante o OSC por demandantes em potencial. Os governos dos Membros têm, em geral, aversão ao risco e, quando decidem iniciar um contencioso perante o OSC, querem estar seguros de que serão bem-sucedidos.

A comprovar a existência dessas tendências jurisprudenciais estão também as crescentes críticas quanto à posição dos órgãos adjudicantes da OMC, principalmente após as conclusões e as recomendações do OA nos casos Canada Renewable Energy e India Solar Cells, bem como as propostas de revisão, adaptação e flexibilização das regras sobre subsídios combinadas com requisitos de conteúdo local mencionadas no Capítulo 4.

As tendências jurisprudenciais restritivas ao uso de requisitos de conteúdo revelam alinhamento e sintonia com as novas características das políticas industriais no novo cenário econômico internacional, como se verá a seguir.

5.5 A NATUREZA CAMBIANTE DA INDUSTRIALIZAÇÃO E A EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE COMÉRCIO GLOBAL

Como destacado por Isabelle Rando, o debate atual sobre política industrial tem mudado. Atualmente, ele tem menos a ver com políticas

³⁶¹ Ver BOHANES, Jan. WTO Dispute Settlement and Industrial Policy. *Op. cit.*, p. 2.

intervencionistas que os países precisam adotar para promover o nacionalismo econômico e o desenvolvimento. Ao contrário, "*trata-se de colocar em prática ideias sobre inovação tecnológica para diminuir os gaps de produtividade, aprimoramento industrial e diversificação econômica*"³⁶².

Não se trata mais de indagar se os governos devem ou não editar políticas industriais, mas, sim, de que modo elas podem ser usadas de maneira mais consentânea com o que se pode denominar de natureza cambiante da industrialização e com a evolução do sistema comercial global.

A natureza cambiante da industrialização, combinada com a rápida evolução da arquitetura do comércio global, tem tido impactos significativos sobre a capacidade dos países de fomentar seu desenvolvimento industrial, especialmente dos países em desenvolvimento. A fragmentação dos modos de produção tem causado uma dispersão global das atividades de produção nas cadeias de valor ou redes de produção. Os fluxos de investimentos internacionais têm também seguido essa tendência, deslocando-se do foco de um país para as redes ou cadeias globais. Como resultado, tem ocorrido um acentuado aumento do comércio de bens intermediários e tarefas (*i.e.* níveis mais refinados de processos para a manufatura de um produto)³⁶³.

Isso significa que houve uma mudança no comércio de bens completos, ou seja, produzidos integralmente em um determinado país, para insumos intermediários. Enquanto as empresas anteriormente assumiam todas as funções de produção necessárias para produzir um bem, atualmente elas se transformaram em agentes globais que delegam vários processos de produção para empresas altamente especializadas. Em outras palavras, em uma tentativa de reduzir seus custos, as empresas modernas têm refinado suas próprias vantagens comparativas. Assim, a tendência do comércio internacional é de não mais envolver o comércio de bens completos entre os países, mas a produção e o fornecimento (*sourcing*) de componentes altamente especializados.

No contexto atual, as empresas têm optado por confiar parte de seus menos lucrativos passos de produção a menores unidades especializadas no exterior e manter sob seu controle aquelas operações consideradas

³⁶² Ver a respeito RAMDOO, Isabelle. Industrial Policies in a Changing World: What Prospects for Low-Income Countries? E15 Initiative, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) e World Economic Forum. Genebra, 2015, p. 1. Nesse estudo, a autora trata mais diretamente de como essa nova realidade pode afetar os países de baixa renda.

³⁶³ *Ibidem*, p. 6.

mais lucrativas (e.g. marketing, pesquisa e desenvolvimento). Como resultado, elas tendem a produzir mais bens intermediários e completos a partir de insumos produzidos no exterior. A cadeia de comando que direciona a produção não mais configura uma linha vertical derivada das matrizes para subsidiárias. As indústrias automobilísticas ilustram essa mudança. Antes, essas indústrias utilizavam seus sólidos liames com suas subsidiárias para o fornecimento de seus insumos. Atualmente, suas operações de *sourcing* tornaram-se globais e se valem da cadeia global de valor para efetivamente adquirir componentes de fornecedores que lhes ofereçam melhor qualidade e preço³⁶⁴.

A esse respeito Van der Marel também comenta que, em anos recentes,

o conceito de comércio mudou de um produto final atravessando de um país a outro para mais complexas e sofisticadas estruturas de comércio de insumos entre fronteiras até se tornarem um produto final. Esse é o mundo das cadeias de suprimento global ou, como assinalado anteriormente, Cadeias Globais de Valor. É importante notar que isso requer um novo paradigma de política comercial de tal forma que os custos e benefícios de política comercial sejam examinados de modo diverso com relação ao passado³⁶⁵.

Nesse diapasão, Hoekman salienta que a estrutura e a organização do comércio internacional mudaram. Bens e serviços têm sido

crescentemente produzidos em cadeias internacionais de suprimento, com fornecedores em um país produzindo insumos processados em outro país e, então, transportados para outros países. Cada estágio da cadeia de suprimento requer logísticas eficientes e outros serviços para levar produtos além fronteiras. A produção de suprimento em cadeia

³⁶⁴ Ver LANIEL, David Jean. *Trade in intermediary goods and industrial development*. The Brokerconnecting worlds of knowledge, 2009. p. 1. Disponível em: <<http://www.thebrokeronline.eu/Special-Reports/Special-report-The-power-of-value-chains/Trade-in-intermediary-goods-and-industrial-development>>. Acesso em: 20 jan. 2016. O autor discute em que medida esse novo cenário pode ou não ser vantajoso para os países em desenvolvimento.

³⁶⁵ Cf. VAN DER MAREL, Erik. Positioning on the Global Value Chain Map: Where Do You Want to Be?. *Journal of World Trade Law*, v. 49, n. 6, p. 915, dez. 2015. "In recent years, the concept of trade has changed from a final good crossing from one country to another to complex and sophisticated structures of trade in inputs across national borders before they become a final good. This is the world of global supply chains or, as they have recently become known, Global Value Chains (GVC). Importantly, it requires a new paradigm of trade policy, one where the cost and benefits of trade policy are assessed differently than in the past."

resulta em que atualmente as negociações comerciais precisam se concentrar em um espectro maior de políticas³⁶⁶.

É por isso que – complementa ele – essas mudanças na maneira pela qual o comércio tem sido conduzido se, de um lado, colocam novos desafios, de outro, oferecem novas oportunidades de cooperação em matéria de política de comércio internacional. Temas como diferenças na regulação nacional de bens e serviços e políticas de investimentos são atualmente da maior relevância para produtores, empreendedores agrícolas e provedores de serviços no plano mundial, especialmente aqueles que estão integrados nas cadeias internacionais de suprimentos³⁶⁷.

A localização de atividades e tarefas em diferentes países tendo em vista suas vantagens comparativas pode resultar na redução dos custos totais de produção. Apesar de uma grande parcela de compartilhamento de valor agregado ser gerada nos países da OCDE (na forma de *know-how*, tecnologia, pesquisa e desenvolvimento, design, marcas, redes de distribuição), alguns países que têm obtido êxito na produção de produtos por meio da integração em cadeias de suprimento têm também aumentado seu valor agregado gerado internamente, o que é o caso da China, e de outras economias emergentes, entre as quais o Brasil, a Índia, o México e a Turquia³⁶⁸.

Não se pode ignorar o inevitável impacto dessa nova dinâmica do comércio internacional sobre as políticas internas dos países. Como os mercados internacionais se tornam mais abertos por força da integração das economias em cadeias globais de valor, certos tipos de medidas protecionistas temporárias de apoio às indústrias nacionais, como é o caso dos requisitos de conteúdo local, vão perdendo sua relevância e finalidade. A redução de medidas discriminatórias de requisitos de conteúdo local estimularia o investimento estrangeiro nos países, sejam eles desenvolvidos ou em desenvolvimento, fomentando novas oportunidades de crescimento e desenvolvimento econômico e de exportação.

³⁶⁶ Ver HOEKMAN, Bernard. *Supply Chains, Mega-Regionals and Multilateralism: a road map for the WTO*. Londres: Centre for Economic Policy Research, 2014. p. 1. "(...) the fact that the structure and organization of international trade has changed. Goods and services are increasingly produced in international supply chains, with suppliers in one country producing inputs that are processed in another and then shipped to one or more countries. Each stage of the supply chain requires efficient logistics and other services to move products across borders. Supply chain production implies that trade negotiations need to focus on a much broader ranges of policies."

³⁶⁷ *Idem*.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 16-17.

À medida que o sistema de produção e comércio evolui, também mudam as regras que o regulam. Por força da paralisia atual da OMC, esforços para negociar a liberalização e novas regras que reflitam essa natureza cambiante da industrialização e seus impactos sobre o fluxo de comércio e dos investimentos internacionais têm ocorrido em outros fóruns.

Como mencionado no Capítulo 1, os últimos anos têm sido caracterizados por uma proliferação de Acordos Preferenciais de Comércio, notadamente bilaterais, e por negociações de acordos megarregionais, como o TPP, o TTIP e o RCEP, com destaque para o TPP e TTIP, que redesenham as regras comerciais internacionais, inclusive em matéria de investimentos.

O TPP, cuja entrada em vigor após a retirada dos Estados Unidos ainda é incerta, contém regras bem mais rigorosas e abrangentes em matéria de requisitos de conteúdo local. Dentre suas obrigações principais estão: (a) o tratamento nacional, isto é, tratamento não menos favorável que um país do TPP confira, em circunstâncias similares, a seus próprios investidores ou investimentos; (b) tratamento de nação mais favorecida, isto é, tratamento não menos favorável que o país do TPP outorgue, em circunstâncias similares, a investidores internacionais ou investimentos de outro país; e (c) proibição de “requisitos de desempenho” especificados, incluindo requisitos de conteúdo local e de exportação e requisitos de transferência de tecnologia ou de localização de tecnologia³⁶⁹.

Nos termos do art. 9.9 (Requisitos de Desempenho) do TPP:

1. Nenhuma Parte deverá, com relação ao estabelecimento, aquisição, expansão, administração, conduta, operação, ou venda ou qualquer outra disposição de um investimento de um investidor de uma Parte ou de uma não-Parte em seu território, impor ou executar qualquer requisito, ou executar qualquer compromisso ou obrigação:

(...)

(b) para alcançar certo nível ou percentual de conteúdo local.

(...)

³⁶⁹ “Providing for national treatment (i.e., treatment no less favorable than a TPP country provides, in like circumstances, to its own investors or investments); and most-favored-nation treatment (i.e., treatment no less favorable than a TPP country provides, in like circumstances, to another country’s foreign investors or investments). Barring specified performance requirements, including local content requirements, export requirements, and technology transfer or technology localization requirements”. (Disponível em: <<https://medium.com/the-trans-pacific-partnership/investment-c76dbd892f3a#p014kgvv4>>. Acesso em: 15 dez. 2015).

2. Nenhuma Parte deverá condicionar o recebimento ou continuado recebimento de uma vantagem, com relação ao estabelecimento, aquisição, expansão, conduta, operação, ou venda ou outra disposição de um investimento de um investidor de uma Parte ou de uma não-Parte em seu território, em cumprimento a qualquer requisito:

(a) para alcançar certo nível ou percentual de conteúdo local;

(b) adquirir, usar ou outorgar uma preferência a bens produzidos em seu território, ou adquirir produtos de pessoas em seu território;

(...)³⁷⁰.

Têm sido observados notadamente nos Estados Unidos e em alguns dos Estados-membros da União Europeia crescentes movimentos antiglobalização centrados em um discurso nacionalista e com viés político a favor do protecionismo econômico e comercial. Essa onda protecionista, contrária ao aprofundamento do livre-comércio, resultou, como mencionado anteriormente, na retirada dos Estados Unidos do TPP e no anúncio pelo governo daquele país de negociações para modificações ao NAFTA. Na União Europeia, a votação a favor do Brexit no Reino Unido também é um sintoma do movimento antiglobalização, o que já afetou as negociações do TTIP. Existe uma visível insatisfação com os resultados da globalização que levaram ao desemprego, perda de renda e aumento de desigualdades em muitos países. Tudo isso foi causado principalmente pela inovação e tecnologia que permitiram a gradual substituição da mão-de-obra tabalhadora em diversos setores da economia. Alguns ajustes serão certamente necessários à dinâmica do livre-comércio de modo que ele possa gerar maior inclusão social. Espera-se que esses ajustes não impliquem, no entanto, retração e novas barreiras ao comércio internacional. Independentemente da duração

³⁷⁰ “Article 9.9. Performance Requirements

1. No Party shall, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory, impose or enforce any requirement, or enforce any commitment or undertaking: (b) to achieve a given level or percentage of domestic content.”.

“2. No Party shall condition the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory, on compliance with any requirement: (a) to achieve a given level or percentage of domestic content; (b) to purchase, use or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from persons in its territory.”. (Ibid)

dessa onda protecionista, as regras hoje consolidadas nos Acordos Preferenciais de Comércio, que redesenham e funcionam como novos padrões para o comércio internacional, não deveriam ter alterações substanciais, inclusive aquelas relacionadas a conteúdo local.