

Curso de Direito Internacional Econômico

JOSÉ CRETELLA NETO



 **Editora
Saraiva**

Também no caso WT/248 (*United States - Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products*), que julgou abusiva a taxaço excessiva (da ordem de 24%) sobre determinados produtos de aço, em violação às medidas de salvaguarda autorizadas pela OMC, a União Europeia foi autorizada a adotar medidas de represálias econômicas em montante superior a US\$ 2 bilhões sobre determinados produtos americanos, como verduras, legumes, óculos de sol, produtos têxteis e mesas de bilhar⁵².

5.3 Natureza jurídica da OMC e classificação da Organização

5.3.1 SOBRE A NATUREZA JURÍDICA

Procuraremos estabelecer a *natureza jurídica* da Organização Mundial do Comércio⁵³, ou seja, enquadrá-la no mundo do Direito, mais especificamente no campo do Direito Internacional.

Determinar a natureza jurídica da OMC nos permitirá identificar e melhor entender a que regime jurídico se submete, bem como as implicações e as consequências que o funcionamento da Organização provoca na ordem jurídica internacional, de que modo os Relatórios adotados pelos Membros podem afetar a ordem jurídica interna das partes envolvidas nas controvérsias e também nas dos terceiros interessados, assim como o universo de relações jurídicas que pode manter no seio da comunidade internacional.

Antes de fazê-lo com relação à OMC como hoje se apresenta, procederemos a uma breve análise da natureza jurídica do GATT 1947, tal como estabelecido há mais de meio século, e da forma como funcionou até a criação da Organização Mundial do Comércio.

O GATT 1947 constituía um acordo comercial internacional, negociado e firmado à época da fracassada tentativa de criação da Organização Internacional do Comércio - OIC, na década de 1940, tendo sido adotado segundo as regras e procedimentos do Direito Internacional por 23 Partes Contratantes, todos Estados

efeito desejado, pois, desde 12.10.2004, o Congresso dos EUA eliminou esse mecanismo, em vigor desde 1984, desde então censurado por seus parceiros econômicos e finalmente condenado pela OMC.

⁵² WT/DS248/AB/R//WT/DS249/AB/R//WT/DS251/AB/R//WT/DS252/AB/R//WT/DS253/AB/R//WT/DS254/AB/R//WT/DS258/AB/R//WT/DS259/AB/R - Relatório do Órgão de Apelação de 10.11.2003.

⁵³ Segundo o filósofo Claude du Pasquier, "determinar a *natureza jurídica* de uma instituição, regra ou relação existente entre duas pessoas é determinar-lhe o lugar no sistema do Direito" (*Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*. 3. ed. Neuchâtel-Paris: Ed. Delachaux & Nestlé, 1948). O vocábulo "instituto" é aqui empregado com o sentido de "fenômeno do mundo de interesse para o Direito, sobre o qual incide determinado feixe de normas jurídicas". De certo modo, a *natureza jurídica* precede a *definição*, mas quando se define, na definição está explícita a *natureza jurídica*.

legitimamente reconhecidos pela comunidade internacional. Tinha, portanto, claramente, natureza jurídica de *tratado internacional multilateral*⁵⁴.

À medida que vinha sendo invocado pelas Partes Contratantes, no entanto, foi-se cristalizando um *modus operandi* talvez não previsto pelos signatários, o qual poderia ser considerado mesmo *sui generis*, quando comparado a quaisquer tratados internacionais, e que passou a caracterizar situação fática completamente atípica: tinha uma *sede* e um *Diretor Geral*⁵⁵, mesmo não sendo uma organização internacional. Era parte de um todo (a OIC) que jamais se materializou e, como tal, incapaz de atender às crescentes demandas do incremento do comércio internacional e sua extensão cada vez mais globalizada⁵⁶. Em suma, sob diversos aspectos, *atuava tal e qual uma organização internacional, mesmo não o sendo*. Para Thiébauld Flory, "*Le GATT 1947 n'était qu'une organisation provisoire, non dotée de la personnalité juridique, et dépendent juridiquement de l'I.C.I.T.O.*"⁵⁷.

Mais de quatro décadas se passaram sem que a comunidade internacional obtivesse êxito em "institucionalizar" plenamente o acordo, mas permanecia a vontade política de fazê-lo. Na verdade, a cada Rodada de negociações multilaterais reafirmava-se a necessidade de conferir ao GATT o *status* de uma organização intergovernamental clássica.

Novamente imbuídos do espírito de institucionalizar o GATT, e também de reorganizar boa parte do comércio internacional, concluíram os negociadores do *Uruguay Round*, iniciado em 1986, o Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (*WTO Agreement*) em 15.07.1994. É da análise desse importante documento que deve ser extraída a *natureza jurídica* da OMC.

⁵⁴ Originariamente, o GATT consistia num tratado composto por 38 artigos, que estabeleciam os grandes princípios que deveriam nortear o comércio internacional. De início, deveria perdurar por apenas 7 anos, período em que seria estabelecida a OIC. Não dispunha de uma estrutura institucional e funcionava graças às reuniões periódicas entre as Partes Contratantes. A estrutura "institucional" foi sendo estabelecida de modo empírico e progressivo, de maneira que, depois de algumas décadas, o GATT parecia possuir todos os elementos constitutivos de uma organização internacional: um tratado, sobre cuja base foi estabelecida uma organização, dotada de órgãos permanentes; um orçamento, alimentado pelas contribuições dos governos dos países signatários do Acordo e proporcionais à importância de cada qual no comércio mundial; e privilégios e imunidades assegurados a seus funcionários. No entanto, o GATT não deve jamais ser confundido com a OIC, que foi concebida para ser organização internacional *stricto sensu*, isto é, investida de personalidade jurídica de Direito Internacional e de plena capacidade jurídica, segundo dispunha o Artigo 89 da Carta de Havana (PACE, Virgile. *L'Organisation Mondiale du Commerce ... cit.*, p. 40).

⁵⁵ Então denominado Secretário Executivo, nomenclatura mantida pelo GATT 1994, mas que, quando assim referido, deve ser lido como "Diretor-Geral da OMC" (*vide* Nota Explicativa de n. 2 (a) ao GATT 1994).

⁵⁶ EISEMANN, Pierre Michel. *Le système normatif de l'Organisation Mondiale du Commerce*, in: Actes du Colloque de Nice. *La Réorganisation Mondiale des Échanges*. Paris: Pedone, 1996, p. 60.

⁵⁷ *L'Organisation Mondiale du Commerce*, p. 15. O autor faz referência à sigla em inglês I.C.I.T.O., que corresponde a *Interim Commission of the International Trade Organization*.

Em primeiro lugar, como já vimos, os elementos principais da estrutura da OMC são determinados pelo Acordo Constitutivo, que representa o regimento jurídico próprio da instituição; em especial o Artigo IV e o Anexo 2 englobam todos os órgãos estabelecidos pelos demais Acordos adotados em Marrakeche, aos quais se acrescentam as comissões encarregadas de lidar com problemas ligados a temas específicos. Esses órgãos, exercendo as atribuições a eles conferidas, permitem, ao menos em tese, alcançar as finalidades comuns da OMC estabelecidas pelos Membros.

Em segundo lugar, as Partes Contratantes, ou Membros, somente podem ser Estados ou Territórios constituindo zona (ou área) de livre comércio, ou, ainda, uniões aduaneiras⁵⁸, tais como a Comunidade Europeia, a qual é Membro originário, e que se enquadra na condição de "território aduaneiro separado, que continha completa autonomia na condução de suas relações comerciais externas e de outros assuntos contemplados nesse Acordo e nos Acordos Comerciais Multilaterais" (Artigo XII, § 1º). Essa imposição resulta do Artigo XI (*Membro Originário*) e do Artigo XII (*Acesso*) do Acordo Constitutivo. Não têm acesso ao quadro de Membros da OMC quaisquer outras espécies de organização ou associação - Organizações Internacionais, Organizações Não Governamentais, pessoas jurídicas ou pessoas físicas - que não sejam Estados reconhecidos como tais pela comunidade internacional ou os referidos "territórios aduaneiros"⁵⁹.

⁵⁸ A distinção entre elas é feita segundo critério que leva em conta o avanço no nível de integração econômica. Assim, *zona* (ou *área*) de *livre comércio* é aquela no interior da qual os países-membros eliminaram as barreiras tarifárias e não tarifárias entre si; quanto ao comércio dos Estados participantes com terceiros países, persistem alíquotas (em geral, diferenciadas) nas tarifas aduaneiras, ou seja, para diferenciar produtos *intra* e *extra* zona devem ser criadas regras de origem. Na *união aduaneira*, além de inexistir barreiras tarifárias entre os países-membros, adota-se uma tarifa externa comum - TEC em relação a terceiros Estados, de modo a evitar disparidades tributárias. Já no *mercado comum*, além das características da união aduaneira, adotam os países-membros políticas convergentes entre si (isto é, coordenam as respectivas políticas macroeconômicas e setoriais, tais como as políticas agrícola, fiscal, cambial, de comércio exterior etc.), bem como consagram o princípio da livre circulação de bens, serviços, pessoas e capitais e a unificação (ou, pelo menos, a harmonização) das legislações internas, adotando mesmo legislação dita supranacional; além disso, adota-se política comercial comum em relação a terceiros Estados ou a grupos de Estados. A União Europeia chegou ao ponto de unificar a moeda, adotando, a partir de 01.01.2002, o *euro* (€) como moeda comum entre os Membros, abolindo por completo o marco alemão, o franco francês, a lira italiana e outras moedas de cada Estado.

⁵⁹ Durante a Conferência Ministerial de Doha (Qatar), de 9-13.11.2001, além da República Popular da China (*People's Republic of China*), admitida na OMC como o 143º Membro, foram aceitos Taiwan (cujo nome oficial é República da China [*Republic of China*], constando, na OMC, como Taipei) e Cingapura, estes dois últimos na qualidade de "territórios aduaneiros", saída política encontrada pela OMC para não equiparar esses Estados à China continental, que os considera províncias, assim evitando "ofender" a RPC, criando incidente diplomático, especialmente indesejável em um momento de recessão econômica global, já que se trata de parceiro que acrescenta cerca de 1,3 bilhões de pessoas à população abrangida pelo comércio regulado pela OMC.

Como decorrência dessa característica, os negociadores dos Acordos e de suas modificações pertencem ao quadro dos órgãos ministeriais dos Estados-Membros, geralmente diplomatas de carreira, acostumados, por certo, com as longas e ambíguas negociações diplomáticas, mas nem sempre adequadamente familiarizados com as nuances jurídicas que permeiam os acordos, o que se reflete, inclusive, na imprecisão linguística com que traduzem os textos originais para os idiomas nacionais e nas dificuldades que criam para a interpretação dos tratados, muitas vezes em torno de conceitos jurídicos indeterminados, tais como "prazo razoável", "imediatamente", "informações relevantes" e outras inúmeras fontes de intermináveis discussões travadas durante a apreciação das controvérsias submetidas ao Órgão de Solução de Controvérsias, este, sim, constituído por profissionais de reconhecido saber nos campos do Direito Internacional, do Direito Econômico Internacional, do Direito do Comércio Internacional e/ou da Economia.

Em terceiro lugar, a OMC é entidade dotada de capacidade jurídica para celebrar acordos (Artigo V) com outras organizações internacionais e com Estados, por exemplo, acordo de sede (Artigo VIII, § 5º). Digno de nota, também, no mesmo diapasão, o objetivo declarado da OMC, no Artigo III, § 5º, de que a Organização "cooperará, no que couber, com o Fundo Monetário Internacional e com o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento e com os órgãos a eles afiliados". Em novembro de 1996, o Conselho geral aprovou formalmente os *WTO Agreements with the Fund and the Bank*, os quais, no entanto, deveriam ser ratificados para poder entrar em vigor. O Acordo com o FMI (*Agreement between the International Monetary Fund and the World Trade Organization*, referido abreviadamente por *Agreement between IMF and WTO*) foi assinado na Conferência Ministerial de Cingapura, de dezembro de 1996, e o Acordo com o Banco Mundial (*Agreement between the International Bank for Reconstruction and Development, the International Development Association and the World Trade Organization*, referido abreviadamente por *Agreement between World Bank and WTO*) foi assinado em abril de 1997⁶⁰.

A OMC possui patrimônio e é dotada de orçamento e receitas próprias, formadas pela contribuição de todos os Membros, na forma do Artigo VII (*Orçamen-*

⁶⁰ AHN, Dukgeun. *Linkages between International Financial and Trade Institutions: IMF, World Bank and WTO*. *Journal of World Trade*, 2000, v. 34(4), p. 1-62. Assinale-se, a propósito, que em três importantes controvérsias, a questão da coordenação entre um *panel* e o *Balance-of-Payments Committee* (BOP *Committee*) do FMI foi abordada: o primeiro caso, *Korea - Restrictions on Imports of Beef - Complaint by the United States* (GATT, BISD 36S/268 - Relatório adotado em 07.11.1989), ainda no sistema anterior do GATT 1947; o segundo, *WT/DS90 India - Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, cujo Relatório final do OPA foi adotado em 22.09.1999; no terceiro, sobre a controvérsia *WT/DS56 Argentina - Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items*, a relação foi examinada pelo Órgão Permanente de Apelação, cujo Relatório foi adotado em 22.04.1998.

to e Contribuições), sendo a finalidade de ambos assegurar o funcionamento da organização e de seus órgãos⁶¹.

O *status* da OMC é determinado pelo Artigo VIII, o qual, além de autorizar que conclua acordo de sede, como já vimos, dispõe que:

- a OMC tem personalidade jurídica, recebendo de seus Membros a capacidade legal necessária para exercer suas funções;
- os privilégios e imunidades necessárias para o exercício de suas funções lhe foram outorgados pelos Membros;
- à OMC e a seus funcionários, bem como aos representantes dos Membros são igualmente outorgados os privilégios e imunidades necessárias para o exercício independente de suas funções, nos termos da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas, aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 21.11.1947.

Ademais, conforme salienta Giorgio Sacerdoti⁶², "a OMC não pode ser considerada como uma agência especializada da ONU, não apenas porque resulta de um Acordo completamente independente, mas também porque sua composição é notavelmente diferente". Além disso, o referido autor, no mesmo trabalho (p. 52), opina que "a OMC é uma organização internacional sob todos os aspectos", o que implica que *não se constitui* nem em mero tratado nem em agência internacional especializada.

Observemos que a ONU - e a maior parte das organizações internacionais - adota o princípio da *igualdade* entre os Estados. Em outras instituições internacionais, como o FMI e o Banco Mundial, o critério é o da *ponderação* entre os Países-Membros, em função da respectiva importância econômica e industrial de cada um. Além disso, as primeiras estabelecem mecanismo de tomada de decisões - ao menos as mais importantes e representativas - por *unanimidade de votação*, ao qual se atribui sua pouca eficácia (caso da ONU); já as organizações internacionais econômicas adotam medidas com base em *maioria qualificada*⁶³.

⁶¹ As diferenças orçamentárias e de pessoal entre a OMC, o FMI e o Banco Mundial são significativas: em 2000, a OMC possuía 534 funcionários e orçamento de cerca de US\$ 76 milhões (*Annual Report 2000*); em 2010, o *staff* era composto por 621 funcionários regulares e a organização dispunha de um orçamento de US\$ 194 milhões (*Annual Report 2010*). Em 2000, o FMI tinha mais de 2000 funcionários e orçamento de US\$ 576 milhões (*IMF Annual Report 1999*); em 2010, 2412 funcionários e orçamento de US\$ 979 milhões (*IMF Annual Report 2010*); o Banco Mundial tinha, em 2000, 9.300 funcionários e orçamento de US\$ 1,33 bilhões (*World Bank, Annual Report, 1999*); em 2010, o Relatório Anual mencionava apenas que o *staff* era composto por "mais de 9.000 funcionários" e o orçamento aprovado havia quase dobrado, para US\$ 2,25 bilhões (*World Bank, Annual Report, 2010*).

⁶² *A Transformação do GATT na Organização Mundial do Comércio*, in: Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? - A OMC e o Brasil. São Paulo: LTr, 1998, p. 58. Não há negar, entretanto, a existência de coordenação de atividades entre a ONU e a OMC, por meio de Acordo entre as duas organizações, conforme estipulam os Artigos 57 e 63 da Carta da ONU.

⁶³ CARREAU, Dominique e JUIILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. 4. ed. Paris: LGDJ, 1998, p. 28.

Relembremos a importante conceituação de *organização internacional* oferecida por Sereni⁶⁴, qual seja, "associação voluntária de sujeitos de Direito Internacional, constituída por meio de atos de Direito Internacional e submetida, nas relações entre as partes, a normas de Direito Internacional, que se concretiza em entidade de caráter estável, munida de ordenamento jurídico interno, bem como de órgãos e instituições que lhe sejam próprios, por meio dos quais atinja finalidades comuns dos associados, desempenhando funções particulares e exercendo poderes que lhe foram conferidos para tal fim".

Essas características enfeixadas por Sereni na definição acima estão todas presentes na OMC, o que permite determinar-lhe com precisão a *natureza jurídica*, que é a de pessoa jurídica de Direito Internacional Público. Melhor explicado: a OMC tem natureza jurídica de *organização internacional do tipo clássico*, uma vez que dela são Membros originários as Partes Contratantes do GATT 1947 na data da entrada em vigor do Acordo (01.01.1995) e também, por exceção já existente no GATT 1947, e mantida no GATT 1994, as Comunidades Europeias, hoje uma união aduaneira, cujo embrião foi o BENELUX, além da possibilidade de acessão de outras uniões aduaneiras de caráter semelhante.

Essa exceção à regra geral de que organizações internacionais clássicas são somente aquelas constituídas exclusivamente por Estados não retira da OMC, a nosso ver, a caracterização de *clássica*, pois seria extremamente difícil conciliá-la com a admissão individual de cada Membro da CE, grupo que conseguiu admirável evolução nos planos econômico e jurídico, constituindo único exemplo no mundo, até hoje, de construção de um verdadeiro Direito supranacional.

Tendo os Membros da CE atingido estágio de marcante uniformidade legislativa, natural que recebam tratamento conjunto. Um argumento de caráter prático, que reforça a conveniência do tratamento dos países da CE *en bloc*, é a especificidade da OMC e de seus complexos procedimentos decisórios, que podem ser consideravelmente simplificados mediante o tratamento unificado de blocos de países que integram uma união aduaneira.

Quanto à CE, registre-se a ocorrência de rápidas mudanças, tanto quantitativas quanto qualitativas, no sentido da crescente solidariedade entre seus Membros, passando de um sistema de *cooperação* (décadas de 1950-1970) para um de *integração* (décadas de 1980 em diante), vindo a constituir, sob diversos aspectos, organização de caráter verdadeiramente supranacional⁶⁵. A nota mais característica da CE parece ser a de ter atingido elevado grau de integração jurídica entre os Estados-Membros, a partir da identificação de interesses econômicos coincidentes entre estes". Para Louis Cartou⁶⁶, "les Communautés européennes ont

⁶⁴ SERENI, Angelo Piero. *Diritto Internazionale*. Milão: Giuffrè, 1958, t. II, referenciada no Curso ministrado na Academia da Haia em 1959, *International Economic Institutions and the Municipal Law of States*. *Récueil des Cours*, 1959, t. 96, v. 1, p. 129-239.

⁶⁵ VAN DER MEERSCH, Walter Ganshof. *L'Ordre Juridique des Communautés Européennes et le Droit International*. *Récueil de Cours de l'ADI*, 1975-V, t. 144, p. 1-148.

⁶⁶ *Communautés Européennes*. Paris: Dalloz, 1989, p. 68. Ver, a respeito, *The Community System:*

suscité un vaste système de droit public économique qui, dans la plupart des domaines se superpose à celui des États-membres".

Dominique Carreau e Patrick Juillard entendem que "pour l'essentiel, l'OMC apparaît comme une institution internationale de facture très classique mais non sans spécificités marquantes"⁶⁷.

Nossa posição acerca da natureza jurídica da OMC coincide com a expressa por Carreau e Juillard, e defendida também por Luís Otávio Pimentel⁶⁸, que afirma: "no aspecto de sua natureza jurídica, trata-se de uma *organização internacional em sentido estrito*, independente orgânica e funcionalmente, com personalidade jurídica de Direito Internacional Público".

O enquadramento da OMC no mundo jurídico, como acabamos de fazer, permite com maior facilidade constatar que essa Organização se encaixa perfeitamente também na conceituação de organização internacional de Abdulah El Erian, citada por Celso Duvivier de Albuquerque Mello⁶⁹, como sendo a de uma "... associação estabelecida por tratado, possuindo uma constituição e órgãos comuns, e tendo uma personalidade legal distinta da dos Estados-Membros". E, para Virgile Pace⁷⁰, a OMC constitui uma "*véritable organization internationale*".

the Dual Character of Supranationalism, de Joseph H. H. Weiler (Oxford Yearbook of International Law, 1981, p. 267-306), em que o autor analisa a amplitude do conceito de "supranacionalidade" do Direito comunitário, subdividindo-o e examinando-o em seus aspectos "normativo" e "decisionais".

⁶⁷ CARREAU, Dominique e JUILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 70 (a mesma frase aparecia na edição anterior, publicada pela LGDJ; CARREAU, Dominique e JUILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. 4. ed. Paris: LGDJ, 1998, p. 60), grifo nosso. Os autores, em defesa da posição de que a OMC é uma organização internacional clássica, apesar das especificidades de que é dotada, continuam a argumentação: "*Celle-ci [referindo-se ao aspecto de organização internacional clássica] apparaît clairement à la lecture de son organigramme ... le classicisme de l'OMC se retrouve dans sa structure tripartite (Articles IV et V) ... ce classicisme institutionnel se retrouve dans la procédure d'admission qui est contractualisée et conditionnelle (Article XII) et de retrait qui est entièrement libre (Article XV). Il en va de même en ce qui concerne le fonctionnement de l'OMC. Le principe est que les décisions sont prises à la majorité simple avec une recherche permanente de consensus - ce qui n'empêche pas l'existence de majorités renforcées, voir d'unanimité dans certains cas (Articles IX et X)*".

⁶⁸ PIMENTEL, Luís Otávio. *Normas Jurídicas do Comércio Mundial: Propriedade Intelectual*, in: *Scientia Iuris - Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL*, v. 4, 2000, p. 233, grifo nosso. Observa, ainda, o autor que a OMC não está dotada de recursos destinados às necessidades de seus Membros, como ocorria com o FMI e com o BIRD, nem está subordinada à ONU. As características peculiares da OMC foram estabelecidas pelos Membros em função de sua destinação específica, não consistindo fundamento para situá-la em outro lugar do mundo jurídico que não o das organizações internacionais clássicas. A OMC não admite como Membros, por exemplo, particulares - pessoas físicas ou jurídicas - nem mesmo outras organizações internacionais, sejam elas clássicas (como a ONU) ou não convencionais (como as ONGs). Também pouco admite sua participação nas controvérsias perante o OSC, exceto em casos excepcionais, como *amicus curiae*.

⁶⁹ *Direito Internacional Público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. I, p. 551.

⁷⁰ PACE, Virgile. *L'Organization Mondiale du Commerce ...*, cit., p. 42.

5.3.2 CLASSIFICAÇÃO DA OMC

Determinada a *natureza jurídica* da OMC, passaremos a classificá-la, segundo alguns dos diversos critérios utilizados para classificar as organizações internacionais⁷¹.

Quanto ao critério *finalístico*, as organizações internacionais podem ser *gerais* ou *especiais*; as de finalidades *gerais* são predominantemente políticas, como a ONU, por exemplo; as de finalidades *específicas*, como o próprio nome diz, têm missões ou objetivos determinados, caso do FMI (finalidade econômica), da OTAN (militar) e da UNESCO (científico-cultural).

A OMC foi constituída para perseguir, na esfera das relações econômicas e comerciais entre os Membros, os seguintes objetivos, relativamente às Partes Contratantes:

- elevação dos níveis de vida das populações;
- elevação dos níveis de emprego e renda;
- incremento dos volumes e receitas reais, bem como da demanda efetiva de bens e serviços;
- aumento da produção e do comércio de bens e serviços;
- utilização ótima dos recursos mundiais, em conformidade com o conceito de desenvolvimento sustentável, protegendo o meio ambiente.

Fica claro que os objetivos da OMC, definidos em seu Acordo Constitutivo, reforçam os do GATT, embora sejam mais amplos, isto é, não apenas visam ao aumento da produção e do comércio de bens e serviços, a envidar esforços para aumentar a oferta de emprego e melhorar o nível de renda das populações abrangidas, e a proteger a propriedade intelectual, mas também seguem os passos da nova configuração do FMI e do Banco Mundial, ao reforçar o apoio ao desenvolvimento sustentável e à preservação do meio ambiente.

A OMC destina-se a alcançar esses objetivos "de maneira compatível com as suas respectivas necessidades e interesses (dos Membros), segundo os diferentes níveis de desenvolvimento econômico" (Acordo Constitutivo, 1º parágrafo do *Preâmbulo*).

Não se negará, por certo, que esses objetivos são específicos, tendo cunho econômico-comercial.

O *Preâmbulo*, no entanto, evidencia que os objetivos da OMC são bem mais ambiciosos, já que os Membros, reconhecendo a necessidade de realizar esforços para que os PMDs, "especialmente os países de menor desenvolvimento relativo, obtenham uma parte do incremento do comércio internacional correspondente

⁷¹ Seguimos os critérios mais frequentemente empregados, conforme enumera Celso Duvivier de Albuquerque Melo (Op. cit., p. 566-567). O autor inclui os critérios *finalístico*, o do *âmbito territorial de aplicação* e o da *natureza do poder exercido*, que extraiu de Díez de Velasco; o *dos poderes recebidos* é de Mitchell; o último, *de dependência*, é de Julio Barberis.

às necessidades de seu desenvolvimento econômico" (2º parágrafo), adentra a esfera do desenvolvimento, que se interpenetra claramente com questões de política internacional, e que produzirão reflexos na política interna de cada Membro.

Tanto isso é verdade que, no parágrafo seguinte, pretende a OMC "contribuir para a consecução desses objetivos mediante a celebração de acordos destinados ... a ... obter redução substancial das tarifas aduaneiras e dos demais obstáculos ao comércio, assim como a eliminação do tratamento discriminatório nas relações comerciais internacionais".

Os meios colocados à disposição da OMC pelos Membros, para que atinja os objetivos estabelecidos, denotam, portanto, inegável caráter político. O próprio *Entendimento* (Anexo 2) estabelece procedimento que incorpora aspectos diplomáticos (portanto, políticos) com o objetivo de solucionar controvérsias de fundo comercial.

De acordo com esse critério, classificaríamos a OMC como organização *mixta*, uma vez que suas finalidades são *específicas* quanto ao comércio, mas também, e simultaneamente, *políticas*, porquanto a forma de atuação envolve negociações e acordos nesse plano.

Outro critério de classificação leva em conta o *âmbito territorial* de atuação da Organização, que pode ser *parauniversal* - quando não existe impedimento à admissão de Membros em virtude de sua localização geográfica, caso da ONU, por exemplo - *regional*, quando existe essa limitação (caso da União Europeia) ou *inter-regional* ou *quase regional* (caso da OTAN).

Segundo esse critério, a OMC deve ser classificada como organização internacional *parauniversal*: basta verificar que os Membros originários, isto é, os 124 países signatários e a Comunidade Europeia, proveem de todos os Continentes do globo. Além disso, a acessão de novos Membros (objeto do Artigo XII do Acordo Constitutivo) não inclui qualquer critério impeditivo com base na localização do candidato a tornar-se Membro da Organização.

Outro critério utilizado para classificar as organizações internacionais baseia-se na *natureza dos poderes exercidos*: são *intergovernamentais* quando: a) os órgãos são constituídos por representantes dos Estados; b) as decisões são tomadas por unanimidade ou por maioria qualificada; c) as decisões não são autoaplicáveis, devendo os Estados-Membros executar as decisões adotadas em seu próprio território. São *supranacionais* quando: i) possuem órgãos em que os representantes atuam em nome próprio e não como representantes dos Estados; ii) as deliberações são tomadas por maioria; iii) as decisões dos órgãos legislativos e judiciais são imediatamente aplicáveis ao ordenamento interno dos Membros, independentemente de *exequatur*, ou seja, abdicam os Estados de parte de sua soberania quando constituem essa espécie de organização internacional, ou quando a ela aderem. Do primeiro tipo, podem ser citadas a OEA e a ONU; do segundo, a CECA e a CEE.

Segundo esse critério, a OMC é, sem dúvida, uma organização *intergovernamental*, ressalvada a exceção à Comunidade Europeia, que recebe tratamento unitário, como se de um único Estado se constituísse.

Quanto ao critério dos poderes recebidos, as organizações internacionais dividem-se em *de cooperação* e *de integração*. As de cooperação, mais comuns, não impõem suas decisões aos Membros, buscando formas de implementá-las baseadas em concessões mútuas; as de integração econômica são dotadas de regras institucionais relativamente rígidas, votadas de maneira solene e cujas poucas exceções são estabelecidas de modo igualmente rígido⁷², tendendo a impor suas decisões aos Membros.

Segundo esse critério, a OMC é organização internacional *de cooperação*.

Por fim, as organizações internacionais podem ser classificadas em *independentes* e *dependentes*. As independentes são soberanas, no sentido de que não se sujeitam à fiscalização de nenhum Membro; as dependentes, por sua vez, são fiscalizadas por um ou mais de seus Membros, caso da União Postal Universal - UPU, que se encontra sob a fiscalização direta do governo da Confederação Helvética.

Não estando a OMC sujeita à fiscalização direta de qualquer de seus Membros, trata-se de organização internacional *independente*.

Reunindo esses critérios, a OMC deve ser classificada como organização internacional *de finalidade mista* (política e econômico-comercial), *parauniversal*, *intergovernamental*, *de cooperação* e *independente*.

Quanto à atuação da OMC, não deve ser encarada como implicando a erosão da soberania dos Estados, relativamente ao comércio internacional. Entenda-se, a propósito, que *soberania* não significa falta de sujeição dos Estados a regras de Direito. Na verdade, se não se submetem a um poder superior, estão obrigados às regras do Direito Internacional⁷³. Os Estados soberanos podem - e, de fato, o fazem frequentemente - firmar compromissos jurídicos aos quais se obrigam, dentre os quais se enquadram os Acordos firmados em Marraqueche em 1994, que deram origem à OMC.

A atuação da OMC sobre o comércio internacional, como organização encarregada de disciplinar as relações econômicas entre os Estados e dotada de poderes outorgados pelos Membros para tomar decisões imperativas, contribui para limitar a margem de manobra dos Estados, no sentido de que, em virtude da dependência crescente de todos do comércio transfronteiriço, terão estes menos liberdade para adotar medidas unilaterais que possam vir a causar prejuízos a um ou mais países, em benefício de outros, mas geralmente de si próprios. Pode-se, no máximo, falar em "transferência de competências"⁷⁴.

⁷² SOARES, Guido Fernando Silva. *A Compatibilização da ALADI e do Mercosul com o GATT*, in: São Paulo em Perspectiva. Revista da Fundação SEADE, v. 9. n. 1, jan./mar. 1995, p. 80-92, publicado também no Boletim de Integração Latino-Americano, Ministério das Relações Exteriores, Brasília, n. 16, jan./abr. 1995, p. 18-39.

⁷³ Soberania é, na verdade, conceito político e, hoje, retórico. A moderna doutrina jusinternacionalista considera que cada Estado é dotado de *jurisdição* e *competência* próprias, estes, sim, conceitos relevantes para caracterizar o Estado.

⁷⁴ PACE, Virgile. Op. cit., p. 19.

Após caracterizar a OMC, deve-se ter em mente que, na qualidade de organização internacional clássica, submete-se às regras gerais do Direito Internacional, que resultam do costume os dos princípios gerais do Direito, desde que não especificamente excluídas pelo seu Acordo Constitutivo, e desde que corretamente aplicadas, consoante suas finalidades. Dentre essas regras podem ser citadas a capacidade de celebrar tratados, a proteção diplomática conferida a seus funcionários e a responsabilidade jurídica perante a comunidade internacional⁷⁵.

Outras características das organizações internacionais de que é também dotada a OMC, e que defluem dessa sua qualidade, são, por exemplo: a) a *capacidade de agir* internacionalmente, que se diferencia, contudo, da capacidade de agir dos Estados, muito mais ampla, dado que cada organização internacional é regida pelo chamado *princípio da especialidade*, que delimita a atuação de cada organização; b) a *personalidade interna*, que se equipara à sua personalidade internacional na ordem jurídica dos Estados-Membros: essa característica se manifesta, por exemplo, quando uma organização internacional atua na ordem interna de um Estado, estando seus atos sujeitos ao ordenamento jurídico interno desse país.

A OMC sobressai-se dentre todas as organizações internacionais não apenas pelo volume de trocas comerciais que regulamenta, mas no sentido de que tem por fundamento jurídico essencial um pacto entre seus Membros, e as alterações nesse contrato são realizadas, idealmente, por meio do *consenso* de todos, o que não impede a existência de *maiorias reforçadas* e, às vezes, da exigência de *unanimidade*, em alguns casos (Artigos IX e X)⁷⁶.

5.4 Direito Material e Direito Processual aplicados pelo Órgão de Solução de Controvérsias – OSC

5.4.1 INTRODUÇÃO. ANTECEDENTES DO SISTEMA ATUAL

No início, o procedimento para a solução de controvérsias no âmbito do GATT refletia suas raízes diplomáticas, sendo o referido procedimento denominado "conciliação", e não "solução de controvérsias".

O primeiro caso consistiu numa reclamação da Holanda contra Cuba, no verão de 1948, que envolvia a questão da aplicação da regra da nação mais favorecida (do Artigo I) a emolumentos e taxas consulares. A partir desse caso (em que o *Chairman* decidiu que a regra do Artigo I era aplicável à matéria submetida), as controvérsias passaram a ser dirigidas à apreciação de grupos de trabalho (*working parties*) e nos procedimentos participavam, em geral, como defensores

⁷⁵ COMBACAU, Jean e SUR, Serge. *Droit International Public*. cit., p. 730.

⁷⁶ LAVOREL, Warren. *The World Trade Organization: Looking Ahead*, in: *Proceedings of the 91st Annual Meeting of the American Society of International Law-ASIL*, p. 22. Ver também, a respeito, CARREAU, Dominique e JUILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. 4. ed. Paris: LGDJ, 1998, p. 60.

e juizes, diplomatas de carreira, e não advogados, razão por que "legal rulings were drafted with an elusive diplomatic vagueness"⁷⁷.

O sistema do GATT não era constituído por uma organização, mas por um conjunto de acordos internacionais, os quais incluíam, ainda as *Tokyo Round Agreements* (Acordos da Rodada de Tóquio), ou *Codes*.

Ao organizar a lista completa de todos os instrumentos jurídicos que faziam parte do sistema do GATT, a Secretaria descobriu que mais de 200 textos legais faziam parte do conjunto. Mais complicado do que se orientar perante a quantidade de textos legais em vigor, ao final da Rodada de Tóquio, os Membros podiam aceitar os resultados da Rodada de forma seletiva, denominada "à la carte basis". Por exemplo, o Código de Subsídios (*Subsidy Code*) e o Código Antidumping (*Antidumping Code*) tinham cerca de 20 signatários, enquanto o Acordo sobre as Barreiras Técnicas ao Comércio (*Agreement on Technical Barriers to Trade*) tinha 32 signatários⁷⁸. Além disso, já que cada Acordo incluía seu próprio mecanismo de solução de controvérsias, podia ocorrer, inevitavelmente, o *forum shopping*, fator de instabilidade jurídica, dada a possibilidade de diferentes graus de comprometimento com as obrigações da parte contratante.

A transição do GATT para a OMC constitui, segundo Massimo Coccia⁷⁹, "un progressivo accrescimento del ruolo del diritto nei rapporti commerciali tra gli Stati, sia salvaguardando situazioni giuridiche soggettive delle singole parti contraenti, sia iniettando nel sistema una ragionevole dose di certezza giuridica. Tale duplice ruolo è confermato dall' Articolo 3, § 2 dell'Intesa (DSU)".

Note-se, portanto, que não ocorreu uma *ruptura* entre o mecanismo de solução de controvérsias do GATT 1947 e o do GATT 1994, e sim uma *evolução*, no sentido de que foi reformulado o procedimento⁸⁰, agora acrescido de diversos

⁷⁷ HUDEC, Robert E. *Enforcing International Trade Law*. Londres: Butterworth, 1993, p. 7.

⁷⁸ STEGER, Debra. *The Significance of the World Trade Organization for the Future of the Trading System*, in: Proceedings of the 88th Annual Meeting of the American Society of International Law, p. 125-131.

⁷⁹ COCCIA, Massimo. *Il Sistema di Soluzione delle Controversie nella World Trade Organization*, in: Diritto del Commercio Internazionale - Testi di Base e Note Introduttive (Andrea Giardina e Gian Luigi Tosato, coords.). Milão: Giuffrè, 1996, p. 89. Dispõe o referido Artigo 3, § 2, do *Entendimento*: "o sistema de solução de controvérsias da OMC é elemento essencial para trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral do 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. As recomendações e decisões do Órgão de Solução de Controvérsias não poderão promover o aumento ou a diminuição dos direitos e obrigações definidos nos acordos abrangidos" (grifos nossos).

⁸⁰ FLORY, Thiébault. *L'Organisation Mondiale ...*, cit., p. 21. Os referidos Artigos do GATT 1947, cujo espírito foi mantido pelos Membros do GATT 1994, referem-se à obrigação de consultar (Artigo XXII - *Consultation*) e ao direito de apresentar reclamação, desde que presentes determinadas situações de fato ou de direito que violem o tratado, as quais estão a causar-lhe prejuízo econômico (Artigo XXIII - *Nullification or Impairment*).

conjuntos de regras, e direcionado para o que a doutrina vem denominando "adensamento da juridicidade".

Além disso, no lugar da anterior coexistência de diversos mecanismos de solução de controvérsias, aplicados durante a vigência do regime anterior do GATT, consolidou-se um sistema único e integrado, que se desenvolve inteiramente no seio da OMC, ou seja, passou-se a seguir o princípio do *single undertaking*, ou *single package*.

Aos Membros fica vedado escolher qual ou quais Acordos melhor lhes convêm, abandonando os demais. Essa evolução fica patente pelo exame do teor do Artigo XVI, § 1º, do Acordo Constitutivo da OMC ("Exceto disposição em contrário no presente Acordo ou nos Acordos Multilaterais de Comércio, a OMC será regulada pelas decisões, procedimentos e práticas costumeiras seguidos pelas Partes Contratantes do GATT 1947 e pelos órgãos estabelecidos no âmbito do GATT 1947"), e também do disposto no Artigo 3, § 1º, do *Entendimento*, segundo o qual "os Membros afirmam sua adesão aos princípios e solução de controvérsias aplicados até o momento com base nos Artigos XXII e XXIII do GATT 1947 e ao procedimento elaborado e modificado pelo presente instrumento".

Verifica-se, portanto, que o objetivo era estabelecer um sistema multilateral único, capaz de fazer frente aos desafios do comércio internacional do futuro, tanto pela nova firmeza das regras jurídicas quanto pela flexibilidade do sistema, já que anexos são mais facilmente alteráveis do que tratados inteiros. Além disso, visava-se ampliar o *status* do GATT *vis-à-vis* outras organizações internacionais existentes, envolvidas em relações econômicas, fazendo com que se tornasse uma *big sister* das outras instituições geradas em Bretton Woods, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial.

Outro ponto significativo dessa evolução do mecanismo anterior do GATT para o atual reside no fato de que, no primeiro sistema, a adoção do Relatório por um *panel* exigia o *consenso de todos* os Membros, inclusive daquele considerado vencido na controvérsia julgada. Em caso de Relatório desfavorável a uma das partes, o Membro em desvantagem tinha, assim, a possibilidade de votar contra a adoção do Relatório, evitando que se atingisse o requerido consenso por apenas um voto. Embora esse voto único em contrário fosse pouco usual, ocorria em número suficiente de casos para gerar insatisfação nos Membros e constituía, em si, uma ameaça sempre presente, que implicava desencorajar a utilização do mecanismo de solução de controvérsias então existente.

Atualmente, o *consenso de todos* os Membros é exigido para a não adoção de um Relatório do Grupo Especial ou do Órgão Permanente de Apelação, ou seja, em relação ao anterior sistema do GATT ocorreu a inversão da regra de consenso.

Passa-se, assim, de um sistema de necessidade de consenso *positivo* para a adoção de Relatório para outro sistema, em que a exigência é um consenso *negativo* para evitar a adoção de Relatório⁸¹.

⁸¹ FLORY, Thiébaud. *Remarques à propos du Nouveau Système Commercial Mondial issu des Accords du Cycle d'Uruguay*. *Journal du Droit International*, n. 4, out./dez. 1995, p. 883.

O voto do Membro vencido, pelo sistema atual, não terá o condão de tornar ineficaz o trabalho do Grupo Especial ou do Órgão Permanente de Apelação, bloqueando todo o sistema. A consequência desse *volte-face* do procedimento resultou, segundo Palmetter, "in a far more juridical system"⁸².

Quanto às fontes do Direito da OMC, e consoante o Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, Palmetter e Mavroidis⁸³ mencionam as seguintes:

- Relatórios publicados sob o sistema do GATT 1947 (distinguindo-se os adotados dos não adotados);
- Relatórios dos Grupos Especiais e do Órgão Permanente de Apelação adotados pelo Órgão de Solução de Controvérsias;
- Regras costumeiras de interpretação do Direito Internacional Público, especialmente os Artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados;
- Princípios Gerais do Direito;
- Tratados e Convenções Internacionais, ou outros instrumentos, quando referidos nos Acordos da OMC, bem como acordos existentes entre as partes interessadas na controvérsia;
- Convenções nas quais a OMC é Parte Contratante;
- Doutrina, entendendo-se o vocábulo como designando as posições defendidas pelos mais renomados juristas especializados em Direito Internacional Público e em Direito do Comércio Internacional.

5.4.2 DIREITO MATERIAL

Quanto à *lei material* referida pelos Membros da OMC quando iniciam negociações a respeito de divergências comerciais, e posteriormente, quando as negociações resultam infrutíferas, passando a existir controvérsia concreta entre eles, deve ser mencionado em primeiro lugar, evidentemente, o Acordo Constitutivo da OMC, bem como os Anexos a esse Acordo, ou seja:

I - O Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (*WTO Agreement*).

II - Os Anexos:

⁸² Op. cit., p. 61. Embora o Órgão de Solução de Controvérsias ofereça seus "bons ofícios, conciliação e mediação", se as partes solicitarem, e embora os Membros da OMC, atuando de forma conjunta com o Órgão de Solução de Controvérsias, continuem a ter, formalmente, a última palavra, a prática atual da OMC demonstra que a última decisão legal cabe aos Grupos Especiais e ao Órgão Permanente de Apelação. Nenhum deles equivale a tribunais estatais, mas é inegável que sua atuação se assemelha cada vez mais à atuação de tribunais, como pode ser constatado pelo exame do teor dos Relatórios, especialmente os proferidos pelo Órgão Permanente de Apelação.

⁸³ MAVROIDIS e PALMETER. Op. cit., p. 35-60.

Anexo 1A – Acordos Comerciais Multilaterais sobre o Comércio de Bens
(*Multilateral Agreements on Trade of Goods*):

1. Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1994 (*General Agreement on Trade and Tariffs – GATT 1994*)⁸⁴;
2. Acordo sobre Agricultura (*Agreement on Agriculture*);
3. Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (*Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*);
4. Acordo sobre Têxteis e Vestuário (*Agreement on Textiles and Clothing*);
5. Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (*Agreement on Technical Barriers to Trade*);
6. Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (*Agreement on Trade-Related Investment Measures – TRIMs*);
7. Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do GATT 1994 [Acordo "Anti-dumping"] (*Agreement on Implementation of Articles VI of GATT 1994 [Antidumping Agreement]*);
8. Acordo sobre a Implementação do Artigo VII do GATT 1994 [Acordo sobre Valoração Aduaneira] (*Agreement on Implementation of Articles VII of GATT 1994 [Customs Valuation Agreement]*);
9. Acordo sobre Inspeção Pré-Embarque (*Agreement on Preshipment Inspection*);
10. Acordo sobre Regras de Origem (*Agreement on Rules of Origin*);
11. Acordo sobre Procedimentos para o Licenciamento de Importações (*Agreement on Import Licensing Procedures*);
12. Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*);
13. Acordo sobre Salvaguardas (*Agreement on Safeguards*);

Anexo 1B – Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços e Anexos (*General Agreement on Trade in Services-GATS and Annexes*).

Anexo 1C – Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPs*).

Anexo 2 – Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes – DSU*).

Anexo 3 – Mecanismo de Exame de Políticas Comerciais (*Trade Policy Review Mechanism*).

Anexo 4 – Acordos de Comércio Plurilaterais (*Plurilateral Trade Agreements*)⁸⁵.

⁸⁴ O GATT 1994 contém, além do texto do GATT original (GATT 1947), também as decisões das partes contratantes, seis *Entendimentos* interpretativos separados e um Protocolo de Implementação, assinado em Marraqueche.

⁸⁵ Os Acordos constantes do Anexo 4 constituem os únicos aspectos ditos "à la carte" da OMC, no sentido de que os Membros podem ou não a eles aderir. Os últimos dois foram concluídos em 01.01.1998, posteriormente, portanto, à entrada em vigor do Acordo Constitutivo da

1. Acordo sobre o Comércio de Aeronaves Civis (*Agreement on Trade in Civil Aircraft*);
2. Acordo sobre Compras Governamentais - ACG (*Agreement on Government Procurement-AGP*);
3. Acordo Internacional sobre Produtos Lácteos (*International Dairy Agreement*);
- e
4. Acordo Internacional sobre Carne Bovina (*International Bovine Meat Agreement*).

O Acordo Constitutivo da OMC é uma convenção internacional "particular", no sentido do Artigo 38(1)(a) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça⁸⁶, da mesma forma que o são os Acordos adicionais e os instrumentos legais envolvendo o comércio de bens e serviços, bem como os direitos da propriedade intelectual, referidos no *Entendimento* como *Acordos Abrangidos* (*Covered Agreements*).

Um Direito Material derivado pode complementar o Direito convencional em vigor, o que transparece do estatuído pelo Artigo 9, § 2º, do Acordo, dado que a Conferência Ministerial e o Conselho-Geral têm poderes para acatar as interpretações dos acordos multilaterais sempre que adotadas por pelo menos três quartos dos Membros da OMC.

Tratados internacionais são, assim, frequentemente invocados no Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC, por exemplo, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (*Vienna Convention on the Law of Treaties*), firmada em 23.05.1969, e que entrou em vigor em 27.01.1980⁸⁷.

OMC (WT/L/252, 17.12.1997). Todos os demais devem ser aceitos em bloco, ou seja, trata-se do denominado "single undertaking".

⁸⁶ "A Corte, cuja função é decidir de acordo com o Direito Internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes...".

⁸⁷ Refere-se-se com bastante frequência à Convenção de Viena nos procedimentos do Órgão de Solução de Controvérsias, em especial para estabelecer regras de interpretação, as quais, segundo o Órgão Permanente de Apelação, devem ser empregadas pelos Grupos Especiais. Por exemplo, no caso *Korea - Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products* (WT/DS98/R) contra a CE, o Relatório do Grupo Especial, adotado em 21.06.1999, expressamente declarou (parágrafo 4.172) que "WTO dispute settlement panels and the Appellate Body have established that the language of GATT and the WTO Agreements should be interpreted in accordance with the rules of interpretation set forth in the Vienna Convention on the Law of Treaties ("Vienna Convention"). These rules require an examination of the ordinary meaning of the words of a treaty, read in their context and in the light of the object and purpose of the treaty involved" (grifo nosso). Ver, também, o Relatório do Órgão Permanente de Apelação no caso *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* ("United States - Shrimp-Turtle"), WT/DS58/AB/R, nota de rodapé 82 e texto que o acompanha, citando *United States - Standard for Conventional and Reformulated Gasoline* ("United States - Gasoline"), adotado em 20.05.1996, WT/DS2/AB/R, p. 17; também as controvérsias *Japan - Taxes on Alcoholic Beverages* ("Japan - Alcoholic Beverages"), Relatório WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adotado em 01.11.1996, p. 10-12, *India - Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, Relatório WT/

Nesse ponto do exame do Direito Material do GATT-OMC, faz-se necessário observar que não é correto pensar que o GATT 1947 apresenta mero interesse histórico, pois, se é verdadeiro que o GATT, enquanto instituição, pertence ao passado, o mesmo não pode ser afirmado sobre seu Direito Material, nem tampouco sobre a jurisprudência GATT-OMC (referido na doutrina por GATT-acquis).

Na verdade, o GATT 1947 mantém sua essência, em virtude da incorporação do texto de 1947 (com as alterações posteriores) ao GATT 1994, consequência do Anexo I.A do Acordo de Marraqueche, que instituiu a OMC, no qual figura, em primeiro lugar, o "GATT 1994"⁸⁸.

A questão da amplitude da transposição do Direito Material do GATT-OMC para a legislação interna dos Membros vem sendo discutida há várias décadas. Na Comunidade Europeia, o caso *International Fruit*, decidido pelo Tribunal de Justiça em 12.12.1972, terminou com a reafirmação, por aquele órgão, de que "le droit du GATT ne pouvait avoir d'effet direct, du fait qu'il est imprécis et assorti de trop nombreuses exceptions" (*arrêt* publicado em *Affaires Jointes* 21/72 a 24/72, *Rec.*, p. 1.219). No entanto, nota-se uma sensível evolução no pensamento jurídico europeu, que se fez notar com vigor na decisão do recente caso *Hermès International* (TJCE, caso C. 53/96, decisão de 16.06.1998), em que o TJCE reconheceu sua competência para interpretar e indicar a aplicação do Artigo 50 do TRIPs.

Essa evolução decorre, de modo geral, da crescente importância da OMC como entidade internacional especializada, sem dúvida, mas também do fato de que, em matéria de propriedade intelectual, o Acordo TRIPs prevê uma articulação entre o MSC da OMC e os procedimentos da OMPI⁸⁹, bem como a

DS50/AB/R, adotado em 16.01.1998, parágrafos 45-46; ainda, Argentina – *Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items*, Relatório WT/DS56/AB/R, adotado em 13.02.1998, parágrafo 47, e, também, EC – *Customs Classification of Certain Computer Equipment*, Relatório WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, adotado em 22.06.1998, parágrafo 85.

⁸⁸ CARREAU, Dominique e JUILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. 4. ed. Paris: LGDJ, 1998, p. 56.

⁸⁹ Com efeito, a OMPI, organização da qual fazem parte 184 Estados-Membros, e que administra várias convenções internacionais específicas, como a Convenção de Paris e a Convenção de Berna, além de se encarregar da cooperação internacional em matéria de Direitos de Propriedade Intelectual no mundo, firmou um acordo de cooperação com a OMC, que entrou em vigor em 01.01.1996. Esse Acordo prevê a criação de mecanismos de assistência técnico-jurídica entre as duas Secretarias. Na mesma linha, a OMC e a OMPI anunciaram uma iniciativa conjunta, de oferecer cooperação técnica aos PMDs para auxiliá-los a proceder às necessárias modificações nas respectivas legislações e procedimentos internos, com vistas a respeitar a data de 01.01.2001, que marca a entrada em vigor do TRIPs para os PMDs Membros da OMC. Quanto à solução de controvérsias, o Artigo 64, § 1º, do TRIPs (*Dispute Settlement – Solução de Controvérsias*) refere-se expressamente ao *Entendimento*, enunciando que "o disposto nos Artigos XXII e XXIII do GATT 1994, como elaborado e aplicado pelo Entendimento de Solução de Controvérsias, será aplicado a consultas e soluções de controvérsias no contexto desse Acordo, salvo disposição contrária especificamente prevista nesse Acordo" (grifos nossos).

aplicação do *Entendimento* para a solução de controvérsias nesse campo.

A OMC recorre também frequentemente, no plano material, a outras convenções internacionais, ainda que não estejam em vigor, como é o caso da *Inter-American Convention for the Protection and Conservation of Sea Turtle*, tratado regional internacional cujas negociações terminaram em setembro de 1996, e que foi assinado em 01.12.1996 por seis países (Brasil, Costa Rica, EUA, México, Nicarágua e Venezuela), mas ainda não ratificado por nenhum deles. Essa Convenção foi invocada, por exemplo, na controvérsia WT/DS58 *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, que opôs os EUA, de um lado, e Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia, do outro, intervindo como terceiros interessados Austrália, Equador, CE, Hong Kong e Nigéria⁹⁰.

5.4.3 DIREITO PROCESSUAL

Quanto ao plano *processual*, o conjunto de normas aplicáveis consta do Anexo 2 (*Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias*), servindo de base às controvérsias pleiteadas, conforme as disposições sobre consultas e solução de controvérsias dos Acordos enumerados no Apêndice 1 do *Entendimento* (denominados "acordos abrangidos").

Aplicam-se, também, as regras contidas no Apêndice 3 do *Entendimento* (*Working Procedures - Procedimentos de Trabalho*). Todas essas normas são aplicáveis às consultas e à solução de controvérsias entre Membros relativas a seus direitos ou obrigações abrangidos pelo Acordo Constitutivo da OMC, e pelo próprio *Entendimento*, isoladamente considerados ou em conjunto com quaisquer dos outros Acordos abrangidos. A aplicação dessas normas aos Acordos de Comércio Plurilaterais dependerá da adoção, pelas Partes Contratantes dos Acordos em questão, de uma decisão que resulte na inclusão de cláusula na qual se estabelecem as condições de aplicação do *Entendimento* ao referido Acordo, com inclusão das possíveis normas ou procedimentos especiais ou adicionais para fins de sua inclusão no Apêndice 2, conforme notificado ao Órgão de Solução de Controvérsias.

Todos os Acordos constantes dos Anexos foram obrigatória e unanimemente adotados pelos Membros da OMC, exceto quanto aos Acordos Plurilaterais, aos quais a adesão é facultativa, inexistindo a possibilidade de recusa a submeter-se a qualquer um deles), como é próprio dos tratados multilaterais quanto aos signatários desses tratados e/ou quanto àqueles que já os ratificaram. Evoluiu-se da situação anterior, designada como *GATT à la carte* para o princípio do *single undertaking*.

O *Entendimento*, que tem 27 Artigos e um total de 143 parágrafos, além de quatro Apêndices, constitui, reconhecidamente, "the most significant achievement of the Uruguay Round Negotiations. Unique in Public International Law, the

⁹⁰ Vide, por exemplo, o Relatório do Órgão Permanente de Apelação WT/DS58/AB/R, adotado em 12.12.1998, p. 70 e s.

DSU confers compulsory jurisdiction on the DSB for purposes of resolving disputes"⁹¹.

O exame da estrutura do Anexo 2, verdadeiro "Código de Processo da OMC", permite compreender melhor o mecanismo *quasi*-jurisdicional empregado na Organização Mundial de Comércio para a resolução de controvérsias entre seus Membros. O referido Anexo 2 cria as condições para o funcionamento de um sistema mais próximo de um mecanismo "obrigatório e de tipo arbitral", que sobre a "competência de atuação por via normativa derivada conferida aos órgãos da instituição. O mecanismo incorpora elementos de procedimento judiciário internacional, bilateralismo e multilateralismo, automatismo legal e controle organizacional em um conjunto que busca conciliar a flexibilidade requerida no ajuste econômico com a necessidade de respeitar a norma jurídica"⁹².

O Artigo 1 (*Coverage and Application - Âmbito e Aplicação*), em seus dois parágrafos, delimita a incidência das normas do Entendimento, já referidas em parágrafos precedentes. Disciplina, ainda, a solução dos conflitos a respeito das próprias regras, estatutando que:

1) havendo discrepância entre as regras e procedimentos do *Entendimento* e as regras e procedimentos especiais ou adicionais constantes do Apêndice 2, devem prevalecer estas últimas, o que configura a adoção da solução geral do conflito de normas representada pelo brocardo *lex specialis derogat legem generalem*;

2) nos conflitos entre normas e/ou procedimentos de mais de um Acordo abrangido, se não houver acordo entre as Partes em controvérsia dentro dos 20 (vinte) dias seguintes ao estabelecimento do Grupo Especial, o Presidente do Órgão de Solução de Controvérsias, em consulta com as partes envolvidas na controvérsia, determinará, no prazo de 10 (dez) dias, contados da solicitação de um dos Membros, as normas e procedimentos a serem aplicados. Trata-se aqui, primeiramente, de conseguir uma solução negociada entre as Partes, a respeito das normas e procedimentos aplicáveis, o que consagra o *princípio dispositivo*. Não chegando a acordo, decidirá o Presidente do Órgão de Solução de Controvérsias, com fundamento no princípio de que "normas e procedimentos especiais ou adicionais devem ser aplicados quando possível, e de que normas e procedimentos definidos neste Entendimento devem ser aplicados na medida necessária para evitar conflito de normas" (Artigo 1, § 2º, *in fine*).

Os "princípios" assim indicados ao final do referido Artigo 1 não fornecem, na verdade, a solução do problema, e sim meros *guidelines* para o Presidente. Não

⁹¹ PALMETER, David e MAVROIDIS C., Petros. *Dispute Settlement in the World Trade Organization*. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 17.

⁹² SACERDOTI, Giorgio. *A Transformação do GATT na Organização Mundial do Comércio*, in: *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? - A OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998, p. 64.

chegam a configurar a adoção plena do *princípio inquisitivo*⁹³ pelo Órgão de Solução de Controvérsias, e sim a aplicação da noção de que os conflitos não podem perpetuar-se: alguém deve decidir, em caso de impasse. O que ocorre, na prática, é que o Presidente decidirá de forma discricionária, com base em precedentes e em máximas de experiência, e ouvindo, informalmente, opiniões de juristas especializados na matéria.

O Artigo 2 (*Administration* – Administração), como visto no Capítulo 4, cria o Órgão de Solução de Controvérsias – OSC e estabelece suas competências e deveres, que são, basicamente:

- 1) aplicar as normas e procedimentos do *Entendimento*, bem como as disposições relativas a consultas e solução de controvérsias dos Acordos abrangidos, salvo disposição em contrário de um desses acordos;
- 2) estabelecer Grupos Especiais (*panels*);
- 3) receber e distribuir a todos os Membros da OMC os Relatórios dos Grupos Especiais e do Órgão Permanente de Apelação, para adoção ou não;
- 4) supervisionar a aplicação das decisões e recomendações constantes dos Relatórios dos Grupos Especiais e/ou do Órgão Permanente de Apelação, conforme o caso;
- 5) autorizar a suspensão de concessões e de outras retaliações determinadas pelos Acordos abrangidos, segundo o Relatório adotado;
- 6) informar os pertinentes Conselhos e Comitês da OMC do andamento dos procedimentos referentes à solução das controvérsias relacionadas com disposição de seus respectivos Acordos;
- 7) reunir-se com a frequência necessária para desempenhar as funções estabelecidas pelo *Entendimento*, dentro dos prazos correspondentes;
- 8) ser convocado a solucionar controvérsias surgidas no âmbito de um dos Acordos Comerciais Plurilaterais, nos casos em que somente os Estados-Membros que sejam partes do Acordo em questão possam participar das decisões ou medidas adotadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias. Nessas espécies de Acordo, "Membro" deve ser entendido como o integrante do Acordo Comercial Plurilateral em questão.

O Artigo 3 (*General Dispositions* – Disposições Gerais), em virtude da diversidade de temas tratados, repartidos em seus doze parágrafos, melhor estaria situado como constituindo o Artigo 1 do *Entendimento*, ou então como uma espécie de "Parte Geral" do Anexo 2. Um dos mais importantes parágrafos desse artigo é o § 2º, o qual determina que uma solução mutuamente aceitável às partes em controvérsia e consistente com os Acordos será "claramente preferível" à intervenção de Grupos Especiais para a solução da controvérsia⁹⁴.

⁹³ Examinamos em profundidade os princípios *dispositivo* e *inquisitivo* no Capítulo 5.10. de nosso *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil* (2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006).

⁹⁴ Durante os primeiros 3 anos de funcionamento da OMC, mais de 20% dos pedidos de consultas dirigidos pelos Membros à instituição levaram a soluções mutuamente aceitáveis. Às vezes, no entanto, eclodiram confrontações mais acirradas, especialmente quanto ao fato de que as soluções negociadas não estariam sendo adequadamente implementadas,

Silencia o *Entendimento*, no entanto, quanto à fase de implementação de solução mutuamente acordada entre as partes, o que levou Andrew W. Shoyer⁹⁵ a recomendar que as partes que chegassem a um acordo mutuamente satisfatório, sem a necessidade da constituição de um Grupo Especial, deveriam incluir uma cláusula no acordo que prevísse arbitragem em caso de surgimento de discordância, nos termos do previsto no Artigo 25 do próprio *Entendimento*.

O Artigo 4 (*Consultations - Consultas*), à semelhança do Artigo XXIII do GATT 1947, evidencia claramente o compromisso dos Estados-Membros de evitar o litígio, por meio desse procedimento, que consiste em "examinar com compreensão a argumentação apresentada por outro Membro e a conceder oportunidade adequada para a consulta com relação a medidas já adotadas dentro de seu território que afetem o funcionamento de qualquer acordo abrangido" (§ 2º).

As solicitações de consultas, sempre confidenciais e formuladas por escrito, deverão ser comunicadas ao Órgão de Solução de Controvérsias e aos Conselhos e Comitês pertinentes pelo Membro que as formulou. Deverão, igualmente, conter a fundamentação jurídica adequada, indicando as "medidas controversas" (*measures at issue*). O teor da consulta não prejudicará direitos de nenhum Membro em qualquer dos eventuais procedimentos posteriores.

Salvo se acordado de outra forma, o Membro ao qual a consulta foi dirigida terá prazo de 10 (dez) dias para respondê-la diretamente. Além disso, deverá proceder, ele próprio, a consultas dentro do prazo de até 30 (trinta) dias, contados a partir do recebimento da solicitação, com o objetivo de chegar a uma solução satisfatória para ambas as partes. Se não responder e/ou não proceder a consultas nesses prazos, ou em prazos diversos destes, desde que prévia e mutuamente acordados, o Membro que dirigiu a consulta poderá requerer ao Órgão de Solução de Controvérsias o estabelecimento de um Grupo Especial.

Se a controvérsia não for solucionada dentro de 60 (sessenta) dias após o recebimento da consulta, tendo a outra parte respondido e procedido a consultas conforme os prazos acima, a parte reclamante poderá requerer a instauração de um Grupo Especial dentro desse mesmo prazo, desde que as partes envolvidas

como ocorreu no caso WT/DS5 Korea - *Measures Concerning the Shelf-Life of Products*, no qual se chegou a um acordo, tendo a OMC notificado as partes em 22.04.1996 por meio do documento WT/DS5 Korea - *Measures Concerning the Shelf-Life of Products - Notification of Mutually Agreed Solution - Revision - Korea - Measures Concerning the Shelf-Life of Products* WT/DS5/5/Add.1.

⁹⁵ SHOYER, Andrew W. *The Future of WTO Dispute Settlement*, in: Proceedings of the 92th Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, p. 75-79. Outra alternativa sugerida pelo autor seria modificar o Artigo 1 do *Entendimento* para que os "covered agreements" incluíssem as soluções mutuamente acordadas pelas partes e notificadas ao Órgão de Solução de Controvérsias e aos respectivos conselhos e comitês, de acordo com o Artigo 3, § 6, do *Entendimento*, o que transformaria esses acordos firmados pelas partes, durante a fase preliminar de negociações, em "acordos abrangidos", expressão entendida no sentido adotado pelo Direito Material da OMC.

na consulta considerarem conjuntamente que o procedimento não conduzirá à solução da controvérsia⁹⁶.

Em casos de urgência, incluindo os que envolvem bens perecíveis, esses prazos serão encurtados: as consultas deverão ser realizadas dentro de 10 (dez) dias e o tempo para a solução da controvérsia passará a ser de 20 (vinte) dias. Nesses casos, as partes, os Grupos Especiais e o Órgão Permanente de Apelação deverão envidar esforços para apressar a conclusão dos procedimentos.

O Artigo 5 (*Good Offices, Conciliation and Mediation* – Bons Ofícios, Conciliação e Mediação)⁹⁷ recorre a conhecidos mecanismos de Política Internacional, que constituem espécies de procedimentos tipicamente empregados na diplomacia tradicional.

Esses mecanismos, aos quais as partes envolvidas nas controvérsias podem recorrer a qualquer tempo, de modo voluntário, serão sempre confidenciais, e não prejudicarão os direitos de nenhuma delas em eventuais diligências posteriores baseadas nesses procedimentos. Poderão também encerrar-se a qualquer tempo; não chegando a acordo, a parte reclamante poderá solicitar o estabelecimento de um Grupo Especial.

⁹⁶ Tipicamente, o pedido de consultas e a forma de estabelecimento do Grupo Especial constam da parte introdutória do Relatório do Grupo Especial, conforme, por exemplo, o caso WT/DS/98 Korea – *Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Dairy Products*, em que a Comunidade Europeia formulou a consulta e posteriormente, a Austrália: "I. Introduction – Background – On 12 August 1997, the European Communities requested consultations with Korea regarding a definitive safeguard measure on imports of certain dairy products (WT/DS98/1). The European Communities made their request pursuant to Article 4 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes ('DSU'), Article XXIII:1 of the General Agreement. On 25 August 1997 Australia, requested to be joined in the consultations (WT/DS98/2). The request was accepted by Korea on 28 August 1997 (WT/DS98/3). Pursuant to this request, the European Communities consulted with Korea in Geneva on 10 September 1997 and 16 October 1997. Australia participated in these consultations as a third party. No mutually satisfactory solution was reached. On 9 January 1998, the European Communities requested the establishment of a panel with the standard terms of reference provided by Article 7 of the DSU (WT/DS98/4). The European Communities made this request pursuant to Article XXIII:2 of the General Agreement on Tariffs and Trade ('GATT'), Articles 4 and 6.1 of the DSU, and Article 14 of the Agreement on Safeguards" (Relatório do Grupo Especial de 21.06.1999, p. 1 – grifos nossos).

⁹⁷ Tanto os *bons officios* quanto a *mediação* têm origem no costume internacional e foram pela primeira vez codificados nas Convenções da Haia de 29.07.1899 e de 18.10.1907. *Bons officios* designam "l'intervention d'une tierce puissance qui juge 'bon offrir son entremise pour faire cesser un litige entre deux États, ou qui est invité à le faire par l'un ou les deux États en conflit" (DINH, Nguyen Quoc. Op. cit., p. 798). É o estágio mais brando de intervenção: o terceiro Estado emprega sua influência política ou moral para estabelecer ou restabelecer o contato entre dois Estados e facilitar a organização material da negociação, geralmente não tomando parte direta nos entendimentos. A *mediação*, oferecida ou solicitada, consiste, em primeiro lugar, à semelhança dos *bons officios*, a colocar frente a frente os protagonistas do conflito. O mediador propõe as bases da negociação para favorecer uma aproximação dos pontos de vistas dos interessados, sem contudo, impor uma solução. A diferença essencial entre os *bons officios* e a *mediação* reside na extensão das tarefas confiadas ao mediador, que o autorizam a acompanhar e mesmo conduzir as negociações, até a obtenção de um acordo.

Iniciados quaisquer desses mecanismos, ficará vedado ao reclamante requerer o estabelecimento de Grupo Especial por 60 (sessenta) dias a partir da data do recebimento da solicitação, exceto se ambas as partes concordarem que nenhum dos procedimentos adotados foi suficiente para solucionar a controvérsia. Podem também as partes concordar com a continuação dos bons ofícios, da conciliação ou da mediação enquanto prosseguirem os trabalhos do Grupo Especial.

O Diretor-Geral da Secretaria da OMC poderá, *ex officio*, oferecer-se para auxiliar os Membros, por meio de seus bons ofícios, da conciliação, ou da mediação, visando à resolução da controvérsia (§ 5º).

O Artigo 6 (*Establishment of Panels - Estabelecimento de Grupos Especiais*) determina o estabelecimento de um Grupo Especial, no mais tardar, por ocasião da reunião do Órgão de Solução de Controvérsias seguinte àquela em que a solicitação aparecer pela primeira vez como item na agenda do Órgão de Solução de Controvérsias. Se a parte reclamante assim o solicitar, uma reunião extraordinária do Órgão de Solução de Controvérsias será convocada, com tal objetivo, dentro dos 15 (quinze) dias seguintes ao pedido, sempre que se dê aviso com antecedência de, no mínimo, 10 (dez) dias. Os pedidos de estabelecimento de Grupo Especial deverão: a) ser sempre formulados por escrito; b) indicar se foram realizadas consultas; c) identificar as medidas em controvérsia (*specific measures on issue*); e c) fornecer uma breve exposição do embasamento legal da reclamação (*legal basis* = fundamento jurídico), suficiente para apresentar o problema com clareza. Caso o reclamante solicite o estabelecimento do Grupo Especial com termos de referência (*vide* o Artigo 7 a seguir) diferentes dos termos-padrão, deverá indicar sugestão de texto para os termos de referência especiais.

Fazemos, neste ponto, observação a respeito do vocábulo anglo-saxão "*panel*", oficialmente traduzido pelo Itamaraty por "Grupo Especial", talvez por sua tradição de grande reverência pela cultura da França, dado que, na versão francesa do Acordo, o termo empregado é "*groupe spécial*".

Em inglês, o Dicionário *Webster* fornece significados para o vocábulo *panel* em 24 diferentes setores da atividade humana, dentre os quais três para o Direito⁹⁸. Em português, encontram-se autores que empregam o vocábulo "painel",

⁹⁸ *Webster's Encyclopaedic Unabridged Dictionary of the English Language*. Nova York: Portland House, 1989, p. 1042. Os significados indicados são: a) *a list of persons summoned for service as jurors*; b) *the body of persons composing a jury*; c) *(in Scotland) the person or persons arraigned for trial*. Além destes, também os seguintes significados próximos são fornecidos: *a group of persons gathered to conduct a public discussion, judge a contest, serve as advisers, be players on a radio or television quiz game, or the like; a public discussion by such a group*. Deve ser mencionado que, quando um *panel* ou o *Appellate Body* da OMC deseja referir-se a um "grupo de especialistas", jamais emprega a expressão *panel*, e sim "*expert review group*" (conforme a expressão empregada no Artigo 13.2 do *Entendimento* assim como em seu Apêndice 3; em português, a redação desse artigo foi traduzida para "grupo consultivo de peritos"). Os anglo-saxões empregam, também, a expressão "*advisory technical experts group*" quando se referem a grupos de especialistas (veja-se, por exemplo o Relatório do Grupo Especial do caso WT/DS26 EC *Measures concerning Meat Products [Hormones] - Complaint by the United States*, p.

adotando solução linguística por mera imitação fonética, simples e imediata, porém inexata, caso típico de *falso cognato*, dado que *painel*, segundo o Dicionário *Aurélio*, não apresenta significado no campo jurídico⁹⁹.

Já o recente Dicionário *Houaiss*, em sua primeira edição, de 2001, além de fornecer doze significados para o vocábulo *painel*, usado de forma isolada, e mais três acepções em emprego conjugado (painel eletrônico, painel luminoso e painel múltiplo), fornece os seguintes sentidos, por assim dizer, mais "técnicos":

- a) grupo de pessoas reunidas em um debate público (ex.: painel de cientistas políticos);
- b) debate de um grupo de pessoas sobre um tema em toda a sua amplitude; visão, quadro (ex.: painel da economia brasileira); e
- c) modalidade de pesquisa de mercado que tem por base as informações, comentários ou reações de um grupo de pessoas, selecionadas de acordo com técnicas de amostragem, e que se reúnem para avaliação de hábitos de consumo, aceitação de determinado produto ou ideia etc.¹⁰⁰. Etim. ing. *Panel discussion*.

Na edição de 2009, o mesmo Dicionário fornece dez significados gerais e mais três técnicos, idênticos aos anteriores, *nenhum deles* equiparando *painel* a grupo de julgadores.

122. O próprio título do Parágrafo VI é elucidativo: *PANEL'S CONSULTATION WITH SCIENTIFIC EXPERTS*; idem no caso semelhante, apreciado por um único Grupo Especial, *WT/DS48 EC Measures concerning Meat Products [Hormones] – Complaint by Canada*, p. 150 e s.).

⁹⁹ *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. 16. reimpr., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. (Do inglês *panel*): "Reunião em que uma mesa, constituída por personalidades ou especialistas, apresenta pontos de vista a respeito de um tema, a fim de serem debatidos pelo plenário". Esse significado, quando muito, equivale a "grupo de discussão"; *panel*, na OMC, é muito mais do que isso, dado seu caráter quase jurisdicional. As acepções em que o vocábulo "painel" são usadas no Brasil pouco discrepam dos significados da palavra em Portugal. Veja-se, por exemplo, o *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, da Academia de Ciências de Lisboa, o qual separa os significados em dois grandes grupos, constituindo o primeiro deles vasta gama de sentidos coloquiais e conjugados com outros (ex.: painel eletrônico), os quais não nos interessa transcrever. No segundo grupo, traz os seguintes sentidos: "1. Grupo de pessoas de formação diversa ou de diferentes áreas de atividade ou de investigação que, numa reunião, respondem questões e expõem, publicamente, seus pontos de vista sobre determinado assunto, que é objeto de debate, usualmente em programa radiofônico ou televisivo. 2) Reunião com esse caráter, onde um grupo heterogêneo de pessoas expõe as suas opiniões sobre um dado assunto. 3) *Psicol.* Grupo de pessoas com um perfil predeterminado que é submetido a entrevistas e que funciona como amostra para sondagens de opinião. 4. *Psicol.* Método de inquérito que, a partir de uma amostra experimental da população, procura essencialmente estudar mudanças de opinião, de comportamento, de práticas e determinar a causa e os fatores que as provocaram", publicado em Lisboa: da Fundação Calouste Gulbenkian Ed. Verbo, 2001, p. 2716.

¹⁰⁰ HOUAISS, Antônio. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001 (1. ed.), p. 2105. Na edição de 2009, a página em que aparece a palavra "painel" é 1413.

Se é certo que em inglês o vocábulo *panel* pode perfeitamente designar um grupo de julgadores¹⁰¹, o mesmo não ocorre em português. Não veríamos, na verdade, nenhum óbice a que se optasse por empregar, em textos jurídicos brasileiros, o vocábulo original, *panel*¹⁰². Neste trabalho, contudo, empregaremos "Grupo Especial" unicamente porque essa é a forma "oficial" adotada pela legislação brasileira (tradução fiel da expressão empregada na versão francesa [*groupe spécial*]), e cuja cultura é tradicional paradigma do Itamaraty), embora possa não ser considerada a melhor alternativa quanto à precisão terminológica. Em síntese, rejeitamos de plano o termo "painel", como francamente inapropriado para designar o órgão de primeira instância julgadora da OMC, e, coerentemente, repelimos a agressão ao vernáculo representada pelo emprego de "panelista" (*sic*) para indicar o integrante do Grupo Especial.

Uma vez que temos visto *soi disants* especialistas em OMC escreverem "painel" e "painelistas", urge que a doutrina proceda ao preciso esclarecimento dessa questão terminológica de uma vez por todas, pois aqui não pode haver tolerância com termos e expressões sem significado jurídico, ou usadas de forma absolutamente equivocada, quando empregadas em Direito. Pois bem, esses autoproclamados "especialistas" em OMC erram duas vezes: 1) por desconhecerem o vernáculo, que simplesmente não admite esse uso equivocado de *painel* para indicar um grupo de julgadores; 2) por não conhecerem os termos utilizados pela legislação brasileira vigente, pois o Decreto n. 1.355, de 30.12.1994, consagrou a expressão "Grupo Especial", e *não usa uma única vez a palavra "painel"...*

¹⁰¹ Segundo o clássico *Black's Law Dictionary* (7. ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, p. 1135), *panel* pode significar: 1. *A list of persons summoned as potential jurors.* 2. *A group of persons selected for jury duty; VENIRE.* 3. *A set of judges selected from a complete court to decide a specific case; especially, a group of three judges designated to sit for an appellate court.* Por outro lado, o referido dicionário não inclui o vocábulo *panelist*.

¹⁰² A visão globalizada do mundo, com a qual compartilhamos, inclui o enriquecimento de idiomas pela incorporação de termos de outras línguas, o que não nos permite considerar o uso de vocábulo estrangeiro como atentado à pureza da "última flor do Lácio". Defendemos, aliás, posição semelhante em nossa Dissertação de Mestrado, "*Do Contrato Internacional de Franchising*", 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, com relação ao emprego de *franquia*, abasileiramento abastardado de *franchising*, por não terem essas palavras o mesmo significado, consistindo, inclusive, em institutos jurídicos diversos! Na verdade, a incorporação de expressões e vocábulos de outros idiomas, longe de contaminar a língua que nos une de Norte a Sul, a enriquece. O português, que deriva do Latim vulgar, acolheu, ao longo dos séculos, palavras árabes, tais como *castelo* (de *al-cácer*), africanas, como *inhame* e *zabumba*, tupi-guaranis, como *tapioca*, francesas, como *abajur* (de *abat-jour*), italianas, como *tchau* (de *ciao*) e, mais recentemente, palavras inglesas, como *gol* (de *goal*), *plugue* (de *plug*) e *mouse* (sem tradução, no Brasil, mas "ratinho" em Portugal) e *internet*. De nada serve a flor do Lácio se somente for bela, permanecendo inculta, pois deixará de ter o esplendor que a caracteriza, tornando-se somente sepultura, para usar as palavras da lavra do vate parnasiano. Relativamente à tradução "*Groupe Spécial*", como equivalente a *panel*, não pode deixar de ser frisado que os franceses adotam cuidados extremados com o idioma nacional, procurando expungir-lo de modismos linguísticos importados, além de não se deixar enganar por "*les faux amies*", como designam os falsos cognatos.

O Artigo 7 (*Terms of Reference of Panels* – Termos de Referência dos Grupos Especiais) determina que os termos de referência, conjuntamente elaborados pelas partes, devem:

- indicar as partes envolvidas na controvérsia;
- fazer menção expressa ao Acordo relativo à matéria controvertida, incluindo os dispositivos específicos, cuja eventual violação se discutirá;
- mencionar os fatos e o direito em discussão;
- fazer referência ao documento submetido ao Órgão de Solução de Controvérsias;
- mencionar as conclusões da parte, no sentido de auxiliar o Órgão de Solução de Controvérsias a fazer recomendações ou emitir decisões previstas naqueles acordos.

Termos de referência assim elaborados poderiam ser considerados, à primeira vista, um "padrão" (*standard terms of reference*), que não é, no entanto, rígido: na prática, atendendo a critérios de conveniência e ao caso concreto em exame, os termos de referência podem conter outros elementos ou indicações, desde que os Membros em controvérsia estejam de acordo, dentro de 20 (vinte) dias da data do estabelecimento do Grupo Especial.

Os termos de referência¹⁰³ não apenas delimitam a matéria a ser examinada pelo Grupo Especial encarregado de fazê-lo, mas também satisfazem o objetivo do *due process*, que é notificar a parte contrária – e potenciais terceiros interessados – das pretensões do reclamante.

Independentemente do entendimento do Grupo Especial a respeito das implicações legais dos fatos narrados pelo reclamante, não poderá este apreciar *extra petita* a questão apresentada¹⁰⁴.

O § 2º do Artigo 7 estabelece que "os Grupos Especiais deverão considerar as disposições relevantes de todo Acordo ou Acordos abrangidos invocados pelas partes envolvidas na controvérsia", redação que nada mais faz do que explicitar procedimento usual para qualquer órgão julgador.

O § 3º do Artigo 7 prevê que o Órgão de Solução de Controvérsias, ao estabelecer um Grupo Especial, possa autorizar seu Presidente a redigir os termos de referência do Grupo Especial, em conjunto com as partes envolvidas na controvérsia, desde que obedeçam ao "padrão", sendo, a seguir, distribuídos a todos

¹⁰³ A importância dos termos de referência foi realçada no caso WT/DS22 Brazil – *Measures Affecting Dessiccated Coconut* – Côco Ralado. O Relatório do Órgão Permanente de Apelação WT/DS22/AB/R, publicado em 21.02.1997 e adotado em 20.03.1997, expressamente afirmou que: "A panel's terms of reference are important for two reasons. First, the terms of reference fulfil an important due process objective – they give the parties and third parties sufficient information concerning the claims at issue in the dispute in order to allow them an opportunity to respond to the complainant's case. Second, they establish the jurisdiction of the panel by defining the precise claims at issue in the dispute" (p. 20).

¹⁰⁴ Trata-se de princípio processual (o princípio da *adstrição do juiz ao pedido da parte*) invocado, por exemplo, no caso WT/DS58 United States – *Shrimps*.

os Membros da OMC. Sendo diferentes do padrão, é facultado a qualquer Membro da OMC levantar qualquer ponto a respeito.

Caso mais de um Membro solicite o estabelecimento de um Grupo Especial, em datas diversas, poderão os Grupos Especiais ser reunidos em um único (vide Artigo 9 a seguir). Nessa situação, poderão ser adotados novos Termos de Referência ou os Termos de Referência anteriormente adotados por um dos Grupos Especiais já estabelecidos, conforme ocorreu nos casos WT/DS58 United States - *Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*:

"The parties to the dispute agreed that the Panel should have standard terms of reference (Article 7 of the DSU):

To examine, in the light of the relevant provisions of the covered agreements cited by Malaysia and Thailand in document WT/DS58/6, Pakistan in document WT/DS58/7 and India in document WT/DS58/8, the matter referred to the DSB by Malaysia, Thailand, Pakistan and India in these documents and to make such findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the rulings provided for in those agreements" (parágrafo 1.4 do Panel Report - grifo nosso).

O mesmo ocorreu nos casos WT/DS26 EC - *Measures concerning Meat Products [Hormones] - Complaint by the United States* e WT/DS48 EC - *Measures concerning Meat Products [Hormones] - Complaint by Canada*, em que os Grupos Especiais foram unificados e, conseqüentemente, elaborado um único Relatório, ao qual correspondeu, também, apenas um Relatório do Órgão Permanente de Apelação.

O Órgão Permanente de Apelação tem repetidas vezes enfatizado que um Grupo Especial somente deve levar em conta as alegações pertinentes à sua autoridade quando constarem nos Termos de Referência, os quais são frequentemente redigidos com base na solicitação para o estabelecimento de um Grupo Especial por uma ou por ambas as partes em controvérsia¹⁰⁵.

O Artigo 8 (*Composition of Panels - Composição dos Grupos Especiais*) consta de 11 parágrafos, que determinam o número de componentes, as qualificações pessoais, o procedimento e as condições sob as quais deverão ser escolhidos os Membros dos Grupos Especiais.

¹⁰⁵ STEGER, Debra P. e VAN DEN BOSSCHE, Peter. *WTO Dispute Settlement: Emerging Practice and Procedure*, in: Proceedings of the 92nd Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, 01-04.04.1998, p. 81. Os autores observam que o Órgão Permanente de Apelação, ao reformar uma das decisões contidas no Relatório do Grupo Especial do caso India - *Patents*, estabeleceu que " *the Panel's ruling at the outset of the first substantive meeting, that all legal claims would be considered if they were made prior to the end of that meeting, was inconsistent with the letter and the spirit of the DSU. Although Panels enjoy some discretion in establishing their own working procedures, this discretion does not extend to modifying the substantive provisions of the DSU. Nothing in the DSU gives a Panel the authority either to disregard or to modify the explicit provisions of the Understanding, such as Article 7 thereof, pursuant to which the jurisdiction of a Panel is established by that Panel's terms of reference*" (pár. 92).

Dentre as mais relevantes, destacamos as seguintes:

- os componentes (*panelists*), ou integrantes dos Grupos Especiais, podem ser funcionários governamentais ou não, qualificados em função da experiência com assuntos relativos ao GATT, da atividade profissional (ex.: atividade docente ou autoria de trabalhos sobre Direito ou política internacional), do saber jurídico, de posições anteriormente ocupadas (ex.: alto funcionário na área de política comercial de um dos Membros); a escolha deverá assegurar independência dos Membros, diversidade de formação e largo espectro de experiências de cada integrante do Grupo Especial; assim, os integrantes dos Grupos Especiais atuarão a título pessoal, e não como representantes de um governo ou de uma organização, motivo por que os Membros não fornecerão instruções nem procurarão influenciá-los com relação aos assuntos submetidos ao Grupo Especial a que pertençam;
- o Grupo Especial será composto, em regra, por 3 (três) integrantes, exceto se, dentro de 10 (dez) dias a partir do estabelecimento do Grupo Especial, as partes em controvérsia concordarem com o estabelecimento de um Grupo Especial composto por 5 (cinco) integrantes;
- o Secretariado manterá uma lista (*roster*) indicativa de pessoas cujas características satisfaçam o estabelecido no § 1 do Artigo 8 e proporá nomes às partes, que somente poderão recusá-los por motivos imperiosos (*for compelling reasons*);
- as despesas dos integrantes dos Grupos Especiais, incluindo viagens e diárias serão assumidas pelo orçamento da OMC.

Consoante as regras do Artigo 8, os Membros têm completa liberdade para vetar nomes de integrantes dos Grupos Especiais.

Por exemplo, no caso WT/DS56 Argentina - *Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items*, os EUA solicitaram o estabelecimento de um Grupo Especial em 09.01.1997, pedido deferido pelo Órgão de Solução de Controvérsias na reunião de 22.01.1997. Não tendo concordado com a composição do Grupo Especial, os EUA enviaram nova solicitação para o estabelecimento de Grupo Especial com composição diversa do primeiro, tendo sido atendida em 25.02.1997, ocasião em que foram aprovados também os termos de referência.

O § 10 faz a seguinte concessão aos países em desenvolvimento: se a controvérsia envolver um PMD (*developing country*) e um país desenvolvido (*developed country*), sendo ambos Membros da OMC, o PMD poderá requerer que pelo menos um dos integrantes do Grupo Especial seja nacional de um PMD-Membro; embora o texto não indique expressamente, parece evidente que o integrante do Grupo Especial proveniente de um PMD-Membro não deverá ser nacional de qualquer dos PMDs-Membros envolvido na controvérsia, seja como parte, seja como terceiro.

O Artigo 9 (*Procedures for Multiple Complainants* - Procedimento para Pluralidade de Membros Reclamantes) dispõe que, quando mais de um Membro solicitar o estabelecimento de um Grupo Especial, será estabelecido, sempre que possível, um *único* Grupo Especial para examinar as reclamações, levando em conta os direitos de todos os Membros interessados. Caso sejam estabelecidos

dois ou mais Grupos Especiais para examinar reclamações relativas ao mesmo tema, os Grupos Especiais deverão ser compostos pelos mesmos integrantes, se possível, e os calendários dos trabalhos dos diversos Grupos Especiais deverão ser compatíveis entre si.

Se um dos Membros solicitar, o Grupo Especial único constituído para examinar a questão deverá apresentar relatórios separados sobre a controvérsia examinada, devendo as comunicações escritas de cada parte reclamante estar à disposição das outras partes. Cada parte reclamante tem direito de estar presente sempre que qualquer outra parte apresentar sua argumentação ao Grupo Especial¹⁰⁶. O procedimento geralmente seguido é o da unificação dos Grupos Especiais (*consolidation*), inspirado no princípio da economia processual, de que é exemplo o caso *WT/DS58 United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*.

Assim se pronunciou o Órgão de Solução de Controvérsias, *verbis*:

"In a letter dated 8 October 1996, India, Malaysia, Pakistan and Thailand, acting jointly, requested consultations with the United States pursuant to Article 4 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU) and Article XXII:1 of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 ('GATT 1994') regarding the ban imposed upon importation of certain shrimp and shrimp products from the respective countries by the United States under Section 609 of U.S. Public Law 101-162 ('Section 609') and the 'Revised Notice of Guidelines for Determining Comparability of Foreign Programs for the Protection of Turtles in Shrimp Trawl Fishing Operations' (WT/DS58/1). Consultations were held on 19 November 1996 without resulting in a satisfactory solution of the matter". (parágrafo 1.1. do Panel Report - grifo nosso)

"In a communication dated 9 January 1997, Malaysia and Thailand requested the Dispute Settlement Body ('DSB') to establish a panel to examine, under Article XXIII:2 of GATT 1994 and Article 6 of the DSU, the partial embargo on the importation of certain shrimp and shrimp products implemented through a series of actions, including enactment of Section 609, promulgation of regulations and issuance of judicial decisions interpreting the law and regulations (WT/DS58/6). In a communication dated 30 January 1997, Pakistan made the same request to the DSB (WT/DS58/7). On 25 February 1997, the DSB established a panel pursuant to the request of Malaysia and Thailand. At the same meeting, the DSB established a panel in accordance with the request made by Pakistan. The DSB also agreed that the two panels would be consolidated into a single panel, pursuant to Article 9 of the DSU, with standard terms of reference (WT/DSB/M/29)." (parágrafo 1.2. do Panel Report - grifos nossos)

¹⁰⁶ No primeiro caso submetido ao Órgão de Solução de Controvérsias envolvendo mais de um reclamante, um único Relatório foi elaborado. Trata-se do caso *WT/DS2 United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, de 29.01.1996, adotado consoante as modificações do Órgão Permanente de Apelação (Relatório de 20.05.1996), em que Brasil e Venezuela apresentaram reclamação envolvendo medida adotada pelos EUA. Já no caso *WT/DS27 European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, quatro Relatórios separados foram produzidos, sendo adotados com as modificações efetuadas pelo Órgão Permanente de Apelação constantes do Relatório de 20.05.1996. Como reclamantes figuraram os Estados Unidos, México, Guatemala, Honduras e Equador tendo a controvérsia, no polo oposto, a Comunidade Europeia.

"In a communication dated 25 February 1997, India requested the DSB to establish a panel pursuant to Article XXIII of GATT 1994 and 6 of the DSU (WT/DS58/8). At its meeting on 10 April 1997, the DSB established a panel in accordance with the request made by India. The DSB also agreed that this Panel would be consolidated with the Panel already established at the request of Malaysia, Thailand and Pakistan on 25 February 1997, pursuant to Article 9 of the DSU (WT/DSB/M/31)." (parágrafo 1.3. do Panel Report - grifos nossos)

O Artigo 10 (*Third Parties - Terceiros*) disciplina a entrada de terceiros interessados na controvérsia, que deverão notificar ao Órgão de Solução de Controvérsias seu interesse (*a substantial interest*). Quando isso ocorrer, terão a oportunidade de manifestar-se oralmente perante o Grupo Especial e de apresentar-lhe comunicações escritas, que serão fornecidas às partes em controvérsia e deverão constar do Relatório do Grupo Especial (*Panel Report*). Reciprocamente, os terceiros receberão as comunicações das partes em controvérsia apresentadas ao Grupo Especial em sua primeira reunião.

Pode ocorrer que uma medida já tratada por um Grupo Especial, advinda de qualquer Acordo abrangido, anule ou prejudique outro Membro da OMC. Se isso ocorrer, o Membro que se considerar prejudicado poderá recorrer aos procedimentos normais de solução de controvérsias contidos no *Entendimento*. Instaurando-se essa nova controvérsia, deverá ser submetida, quando possível, ao mesmo Grupo Especial que tiver inicialmente tratado do assunto.

O Artigo 11 (*Function of the Panels - Função dos Grupos Especiais*) determina que os Grupos Especiais:

- auxiliem o Órgão de Solução de Controvérsias a desempenhar as obrigações que lhe são atribuídas pelo *Entendimento* e pelos *Acordos Abrangidos*;
- procedam à avaliação objetiva (*objective assessment*)¹⁰⁷ de cada assunto submetido,

¹⁰⁷ No caso WT/DS135 EC - *Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, a questão da avaliação objetiva foi objeto de acirrados debates, tendo o Órgão Permanente de Apelação rejeitado a alegação do Canadá de que "the Panel failed to make an objective assessment of the matter, as required by Article 11 of the DSU. According to Canada, the requirement imposed on panels by Article 11 to make an objective assessment of the matter implies 'that scientific data must be assessed in accordance with the principle of the balance of probabilities'". Assim se pronunciou o Órgão Permanente de Apelação (*Appellate Body Report*, p. 64-65): "Thus, Canada is challenging the Panel's exercise of discretion in assessing and weighing the evidence. As we have already noted, '[w]e cannot second-guess the Panel in appreciating either the evidentiary value of ... studies or the consequences, if any, of alleged defects in [the evidence]'. And, as we have already said, in this case, the Panel's appreciation of the evidence remained well within the bounds of its discretion as the trier of facts. ... In these circumstances, we have serious difficulty accepting that the Panel failed to make an objective assessment by relying on experts who had no expertise. The Panel was entitled to assume that the experts possessed the necessary expertise to answer the questions, or parts of questions, they chose to answer. In other words, it was not incumbent on the Panel expressly to confirm, with respect to every opinion expressed by each expert, that the expert possessed the necessary expertise to give that particular opinion. If Canada thought that one of the experts did not possess the expertise necessary to answer certain questions posed to him, Canada should have raised those concerns, either with

incluindo avaliação objetiva dos fatos, da aplicabilidade e da concordância com os *Acordos Abrangidos* pertinentes;

- com base nessa avaliação, formulem conclusões que auxiliem o Órgão de Solução de Controvérsias a fazer recomendações ou emitir decisões previstas nos *Acordos Abrangidos*;
- realizem consultas com as partes envolvidas na controvérsia, propiciando-lhes a oportunidade de encontrar solução mutuamente satisfatória.

O Artigo 12 (*Panel Procedures - Função dos Grupos Especiais*) determina que os Grupos Especiais sigam as regras determinadas pelo já referido Apêndice 3 (*Working Procedures - Procedimentos de Trabalho*), distribuídos em 12 artigos, que complementam as regras do *Entendimento*, inclusive quanto ao calendário para os trabalhos do Grupo Especial. Esses procedimentos poderão ser alterados caso o Grupo Especial assim o decida, após consulta com as partes em controvérsia.

Interessa em especial aos PMDs o § 11 desse Artigo, que dispõe que, quando um PMD estiver envolvido em uma controvérsia, "o Relatório do Grupo Especial indicará explicitamente a maneira pela qual foram levadas em conta as disposições pertinentes ao tratamento diferenciado e mais favorável para países em desenvolvimento Membros que façam parte dos acordos abrangidos invocados pelo país em desenvolvimento Membro no curso dos trabalhos de solução de controvérsias".

Além disso, a qualquer tempo poderá o Grupo Especial suspender seu trabalho a pedido do reclamante (§ 12), não podendo a suspensão ultrapassar o prazo de 12 meses; se isso ocorrer, caducará a autoridade do Grupo Especial¹⁰⁸.

O Artigo 13 (*Right to Seek Information - Direito à Busca de Informação*) confere ao Grupo Especial o direito de solicitar informações e assessoramento técnico de qualquer pessoa ou entidade que possa auxiliar na solução da controvérsia. Contudo, pertencendo a pessoa ou entidade à jurisdição de um Membro da OMC, o Grupo Especial deverá informar esse Estado-Membro de sua intenção.

the expert, at the meeting the Panel held with the parties and the experts on 17 January 2000, or with the Panel at some other time. We observe, finally, that, where an expert declined to answer a specific question, or part of a question, because of a professed lack of expertise, the Panel had no opinion from that expert on which to rely. For these reasons, we decline Canada's appeal on Article 11 of the DSU" (grifos nossos).

¹⁰⁸ Essa situação ocorreu, por exemplo, na controvérsia WT/DS77 Argentina - *Measures Affecting Textiles and Clothing*. A pedido do reclamante (CE), formulado em 10.09.1997, o OSC determinou o estabelecimento de um Grupo Especial (em 16.10.1997). No entanto, o Grupo Especial suspendeu as atividades em 29.07.1998, por solicitação da CE; em 29.07.1999, após 12 meses de suspensão dos trabalhos, o Grupo Especial deixou de ter autoridade para apreciar a controvérsia. Explica-se a falta de continuidade dos trabalhos: controvérsia semelhante entre a Argentina e os EUA havia sido apreciada pouco antes (WT/DS56), e a decisão do OPA (Relatório WT/DS56/AB/R, publicado em 27.03.1998) foi contrária à Argentina, a qual foi obrigada a alterar determinados impostos de importação, que violavam os Artigos II e VIII do GATT 1994, razão pela qual a CE decidiu não prosseguir, pois o resultado seria, previsivelmente, idêntico.

Quando o pedido de informação for dirigido diretamente ao Membro, este deverá dar resposta rápida e completa, que será sempre tratada de forma confidencial, não podendo ser divulgada exceto mediante autorização formal da pessoa, entidade ou autoridade que a forneceu. Caso seja necessário proceder a consultas a respeito de matérias técnicas, o Grupo Especial poderá requerer um Relatório escrito a um grupo consultivo de especialistas na matéria. As normas para o estabelecimento de tal grupo e seus procedimentos constam do Apêndice 4 (*Expert Review Groups* – Grupo Consultivo de Peritos).

O Artigo 14 (*Confidentiality* – Confidencialidade) dispõe que: a) as deliberações do Grupo Especial serão confidenciais; b) os Relatórios dos Grupos Especiais serão redigidos sem a presença das partes em controvérsia, à luz das informações fornecidas e das argumentações apresentadas; e c) as opiniões individuais dos integrantes do Grupo Especial consignadas em seu relatório serão anônimas.

A quebra de confidencialidade é considerada grave violação das normas do *Entendimento*, e também dos direitos dos Membros, conforme se depreende da severa admoestação feita às partes pelo Grupo Especial, durante a apreciação do caso referido como WT/DS54 *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*¹⁰⁹:

"Finally, we would like to address the issue of the confidentiality of the interim report. When, on 24 March 1998, we transmitted our interim report to the parties, we clearly indicated that such report was confidential. Indeed all panel proceedings remain confidential until the panel report is circulated to WTO Members. According to paragraph (h) of Appendix 1 of the Council Decision on Procedures for the Circulation and Distribution of WTO Documents it is possible to maintain the restricted nature of any such panel report for 10 days after circulation to Members. We had also explicitly emphasized at our first meeting with the parties that the panel proceedings were confidential and that we expected all delegations to treat the present proceedings with utmost circumspection and discretion. This was accepted by the parties. We are seriously concerned to find out that parties (leaks from Japan and the United States have been brought to our attention) have not respected this obligation and have disclosed aspects of the interim report. We consider that this lack of respect of a specific requirement imposed by the Panel affects the rights of the parties and the integrity of the dispute settlement process, and should not remain unmentioned". (parágrafo 13.3 – grifos nossos)

À confidencialidade é conferida tal importância, nos termos definidos pelo Acordo Constitutivo da OMC, que as páginas de rosto dos Relatórios costumam apresentar textos com o seguinte teor-padrão: *"This Report is being circulated as an unrestricted document from ... pursuant to the Procedures for the Circulation and Derestriction of WTO Documents (WT/L/160/Rev.1)".*

Ou seja, antes da data da publicação e respectiva circulação sem restrições dos Relatórios, a matéria deve ser tratada com o grau de sigilo que corresponde

¹⁰⁹ Relatório do Grupo Especial WT/DS54, WT/DS55, WT/DS59 e WT/DS64, publicado em 02.07.1998, p. 332.

às exigências do Acordo. Voltaremos a essa característica do Mecanismo de Solução de Controvérsias quando tratarmos do princípio da publicidade, característica de todo processo desenvolvido perante os tribunais dos países democráticos, mas objeto de inaceitáveis restrições por parte da lei processual da OMC.

O Artigo 15 (*Interim Review Stage* - Etapa Intermediária de Exame) estabelece que o Grupo Especial, após receber os fatos relatados e os argumentos formulados por escrito e oralmente, distribuirá um esboço do Relatório (*draft Report*) para que as partes em controvérsia apresentem seus comentários por escrito, dentro de um prazo estabelecido. Expirado o prazo, será distribuído um Relatório Provisório (*Interim Report*), ainda sujeito a comentários das partes. Não sendo apresentados comentários, o Relatório Provisório será considerado Relatório final (*final Panel Report*), sendo, a seguir, imediatamente distribuído a todos os Membros.

Discutiu-se a respeito da prática que surgiria com a reiteração do procedimento previsto na Etapa Intermediária de Exame e dos efeitos dessa etapa sobre os integrantes dos Grupos Especiais. Argumentava uma corrente que os integrantes do Grupo Especial, ao receber críticas e comentários das partes em controvérsia sobre a minuta do Relatório, poderiam retrair-se, ficar inibidos e hesitantes ao abordar questões complexas e controversas; outra corrente opinava que os integrantes do Grupo Especial, ao contrário, tornar-se-iam mais ousados, já que teriam a oportunidade de rever suas análises e decisões, caso a reação de uma das partes fosse enfaticamente contrária.

Uma terceira opinião dividia os especialistas, que especulavam sobre em que medida os integrantes de um Grupo Especial aceitariam comentários simplesmente para aplacar os ânimos da parte em controvérsia considerada vencida¹¹⁰. Em nossa visão, essa etapa supre, ao menos parcialmente (e teoricamente), a inexistência de um recurso semelhante aos nossos embargos de declaração - se os destinatários dos embargos, na prática brasileira, efetivamente admitissem que pudessem omitir-se, contradizer-se ou expressar-se de modo obscuro -, revelando boa vontade e disposição dos integrantes dos Grupos Especiais para avaliar com mais detalhes os argumentos dos Membros em controvérsia, bem como explicar melhor a interpretação que ofereceram a cada ponto fático ou jurídico envolvido na controvérsia, e até mesmo reescrevendo parágrafos inteiros, antes de publicar o Relatório final.

O Artigo 16 (*Adoption of Panel Reports* - Adoção de Relatórios dos Grupos Especiais) concede 20 (vinte) dias de prazo para que qualquer Membro da OMC possa examinar os Relatórios dos Grupos Especiais. Se qualquer Membro tiver alguma objeção, deverá formulá-la por escrito, pelo menos 10 (dez) dias antes da reunião do Órgão de Solução de Controvérsias na qual o Relatório será apreciado pelo Órgão de Solução de Controvérsias.

¹¹⁰ DAVEY, William J. *Legal Developments in the WTO*, in: *Proceedings of the 90th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, p. 415-419.

Às partes em controvérsia é assegurado o direito de participar plenamente da apreciação do Relatório do Grupo Especial, e suas opiniões serão integralmente registradas. Dentro dos 60 (sessenta) dias seguintes à distribuição do Relatório aos Membros, deverá este ser adotado em uma reunião do Órgão de Solução de Controvérsias, a menos que:

- a) uma das partes na controvérsia notifique formalmente o Órgão de Solução de Controvérsias de sua decisão de apelar; ou
- b) o Órgão de Solução de Controvérsias decida por consenso não adotar o relatório.

Se um Membro em controvérsia notificar sua decisão de apelar, o Órgão de Solução de Controvérsias não adotará o Relatório do Grupo Especial, devendo ser aguardada a conclusão dos procedimentos de apelação (*Appellate Review*)¹¹¹. O Artigo 17 (*Appellate Review* – Apelação) contém três subdivisões:

a) Órgão Permanente de Apelação (*Standing Appellate Body*): dispõe que o Órgão de Solução de Controvérsias constituirá um Órgão Permanente de Apelação, composto por 7 (sete) integrantes, 3 (três) das quais atuarão em cada caso, em regime de alternância;

b) Procedimentos de Apelação (*Procedures for Appellate Review*): determina que o mandato dos integrantes do Órgão Permanente de Apelação será de 4 (quatro) anos, podendo ser renovado uma vez. Dos 7 primeiros integrantes do Órgão Permanente de Apelação, 3 deles, escolhidos por sorteio, por força desse dispositivo, tiveram mandato de apenas 2 (dois) anos. Os integrantes do Órgão Permanente de Apelação, diferentemente dos integrantes dos Grupos Especiais, não poderão ter vínculos com nenhum governo. Exige-se dessas pessoas "reconhecida competência, com experiência comprovada em direito, comércio internacional e nos assuntos tratados pelos Acordos abrangidos em geral"; e, finalmente,

c) Adoção dos Relatórios do Órgão Permanente de Apelação (*Adoption of Appellate Body Reports*): determina que os Relatórios do Órgão Permanente de Apelação serão adotados pelo Órgão de Solução de Controvérsias e aceitos sem restrição pelas partes em controvérsia, a menos que o Órgão de Solução de Controvérsias decida, com base em *consenso* dos Membros, não adotar o Relatório do Órgão Permanente de Apelação e/ou o Relatório do Grupo Especial, mantido ou reformado parcial ou totalmente pelo OPA, dentro do prazo de 30 (trinta) dias contados a partir da data de sua distribuição aos Membros (regra do *consenso negativo*). Observe-se que o reexame da controvérsia pelo Órgão Permanente de Apelação limita-se "às questões de direito tratadas pelo Relatório do Grupo Especial e às interpretações jurídicas por ele formuladas" (Artigo 17, § 7º), não sendo autorizado ao OPA, por exemplo, solicitar novas provas; além disso, se o Grupo Especial não se manifestar sobre algum dos pedidos do reclamante, ou deixar de apreciar alguma prova, tampouco poderá o OPA fazê-lo; por fim, o OPA,

¹¹¹ Na tradução desse dispositivo para o português, fica patente, mais uma vez, a falta de familiaridade do tradutor com a terminologia jurídica, empregando "... até que seja concluído o processo de apelação", dado que "apelação" não configura, tecnicamente, um "processo". Trata-se de *espécie* do gênero *recurso*, utilizado no processo. Em inglês, a expressão empregada é, também, simplesmente "... until after completion of the appeal".

à semelhança do Grupo Especial, não profere uma decisão com caráter de sentença judicial, e sim um Relatório contendo conclusões e recomendações.

É importante frisar que somente os Membros em controvérsia têm legitimidade para recorrer do Relatório do Grupo Especial. Terceiros interessados que tenham notificado o Órgão de Solução de Controvérsias sobre interesse substancial consoante o Artigo 10, § 2º, poderão apresentar comunicações escritas ao OPA e poderão ser por ele ouvidos (§ 4º do Artigo 17), mas não poderão interpor Apelação.

O Artigo 18 (*Communications with the Panel or Appellate Body* - Comunicação com o Grupo Especial ou o Órgão Permanente de Apelação) veda expressamente às partes em controvérsia qualquer iniciativa própria de comunicação com o Grupo Especial ou com o Órgão Permanente de Apelação, o que deverá ser feito apenas em atendimento a solicitações desses órgãos.

O Artigo 19 (*Panel or Appellate Body Recommendations* - Recomendações dos Grupos Especiais e do Órgão Permanente de Apelação) determina que sejam feitas recomendações por esses órgãos para que o Membro interessado possa adotar medidas compatíveis com o Acordo a respeito do qual versa a controvérsia; além disso, podem também sugerir a maneira como o Membro interessado possa implementar as recomendações.

O Artigo 20 (*Time-frame for DSB Decisions* - Calendário das Decisões do Órgão de Solução de Controvérsias) determina a regra geral de que o período de tempo decorrido entre o estabelecimento do Grupo Especial pelo Órgão de Solução de Controvérsias e a data em que o Órgão de Solução de Controvérsias examinar a adoção do relatório do Grupo Especial ou do Órgão Permanente de Apelação não ultrapasse 9 (nove) meses em caso de não apelação, e 12 (doze) meses, quando houver apelação, exceto se prazos diversos forem acordados pelos Membros em controvérsia.

O Artigo 21 (*Surveillance of Implementation of Recommendations and Rulings* - Supervisão da Aplicação das Recomendações e Decisões) determina que o Membro obrigado a adotar qualquer recomendação do Grupo Especial ou do Órgão Permanente de Apelação, deverá informar o Órgão de Solução de Controvérsias em reunião realizada dentro de 30 (trinta) dias da adoção do Relatório. Caso seja impossível implementar imediatamente as recomendações e/ou as decisões conforme determina o § 1º (*prompt compliance* = pronto cumprimento das recomendações e decisões), deverá ser concedido ao Membro interessado um "prazo razoável" (*a reasonable period of time*) para fazê-lo, expressão, aliás, cuja imprecisão provoca, quase sempre, controvérsia específica, decidida por meio de Arbitragem¹¹², quando reclamante e reclamado não chegam a acordo, nos termos do Artigo 21.3.

¹¹² O termo "arbitragem" é usado em sentido específico e próprio, no âmbito da OMC. Anote-se que o *Black's Law Dictionary* define *arbitration* como "A method of dispute resolution involving one or more neutral third parties who are usually agreed to by the dispute parties and whose decision is binding - Also termed (redundantly) *binding arbitration*" (7. ed. 1999, p. 100).

As questões que envolvam interesses de PMDs-Membros deverão ser objeto de atenção especial em relação às medidas que tenham sido objeto das recomendações contidas nos Relatórios resultantes da solução de controvérsias.

O próprio Artigo 21.3 oferece alternativas para o que deve ser entendido por "prazo razoável": poderá ser o prazo proposto pelo próprio Membro interessado, do pelo Órgão de Solução de Controvérsias. Se não for aprovadamente acordado pelas partes em controvérsia dentro de 45 (quarenta e cinco) partes não chegarem a tal acordo, o prazo será determinado mediante arbitragem compulsória (*binding arbitration*¹¹³), sendo recomendado que não deva exceder 15 meses da data de adoção do Relatório do Grupo Especial ou do Órgão Permanente de Apelação, exceto se circunstâncias particulares o exigirem.

Cabe ao Órgão de Solução de Controvérsias manter sob vigilância a aplicação das recomendações e decisões. Para tal, a questão do acompanhamento da implementação das recomendações e decisões deverá ser incluída na agenda da reunião do Órgão de Solução de Controvérsias dentro de 6 (seis) meses após a data da definição do referido "prazo razoável". Ao menos 10 (dez) dias antes de cada reunião, o Membro interessado deverá fornecer relatório escrito (*status report in writing*) sobre o andamento da implementação das recomendações e decisões.

A questão da implementação das recomendações e decisões poderá ser arguída por qualquer Membro junto ao Órgão de Solução de Controvérsias após sua adoção; no entanto, caso tenha sido arguída por PMD-Membro, o Órgão de Solução de Controvérsias deverá considerar quais outras providências poderiam ser adotadas, adequadas às circunstâncias. Além disso, se o caso tiver sido submetido por PMD-Membro, ao considerar a providência adequada a ser tomada, o Órgão de Solução de Controvérsias deverá levar em consideração não apenas o alcance comercial das medidas em discussão, mas também seu impacto na economia dos PMDs-Membros interessados¹¹⁴.

¹¹³ Como assinalamos em nota de rodapé anterior, relativamente à *Arbitration*, o *Black's Law Dictionary* considera a denominação *binding arbitration* redundante (p. 100).

¹¹⁴ No caso WT/DS27 EC - *Regime for the Importation, Sales and Distribution of Bananas*, o "reasonable period of time" somente foi decidido por meio de arbitragem. O laudo arbitral proferido tem o seguinte teor: "Article 21.1 of the DSU stipulates that 'prompt compliance with recommendations or rulings of the DSB is essential in order to ensure effective resolution of disputes to the benefit of all Members'. This obligation is further elaborated in Article 21.3 of the DSU, where it is provided that '[i]f it is impracticable to comply immediately with the recommendations and rulings, the Member concerned shall have a reasonable period of time in which to do so'. When the 'reasonable period of time' is determined through binding arbitration, as provided for under Article 21.3(c) of the DSU, this provision states that a 'guideline' for the arbitrator should be that the 'reasonable period of time' should not exceed 15 months from the date of the adoption of a panel or Appellate Body report. Article 21.3(c) of the DSU also provides, however, that the 'reasonable period of time' may be shorter or longer than 15 months, depending upon the 'particular circumstances'. The Complaining Parties have not persuaded me that there are 'particular circumstances' in this case to justify a shorter period of time than stipulated by the guideline in Article

O Artigo 22 (*Compensation and the Suspension of Concessions* - Compensação e Suspensão de Concessões) trata das sanções aplicáveis no caso de as recomendações e decisões não terem sido implementadas dentro de um prazo razoável, que terão sempre caráter temporário. Consoante o espírito de compor controvérsias de forma amigável, dispõe o presente artigo que "nem a compensação nem a suspensão de concessões ou de outras obrigações é preferível à total implementação de uma recomendação com o objetivo de adaptar uma medida a um acordo abrangido. A compensação é voluntária e, se concedida, deverá ser compatível com os acordos abrangidos".

De qualquer maneira, essas sanções terão sempre caráter temporário, devendo cada uma delas perdurar somente até que a medida considerada incompatível com um acordo abrangido tenha sido suprimida pelo Membro infrator, ou até que o Membro que deva implementar as recomendações e decisões forneça uma solução para a anulação ou prejuízo dos benefícios, ou até que uma solução mutuamente satisfatória seja encontrada.

Uma série de procedimentos e princípios são indicados para que a parte reclamante possa suspender concessões ou outras obrigações, quando o Membro interessado não implementar as recomendações e decisões dentro do prazo razoável estabelecido para tal.

Dentre eles, indicam-se:

a) a suspensão de concessões ou outras obrigações relativas ao(s) mesmo(s) setor(es) em que o Grupo Especial ou o Órgão Permanente de Apelação haja constatado uma infração ou outra anulação ou prejuízo (*a violation, a nullification or other impairment*)¹¹⁵;

21.3(c) of the DSU. At the same time, the complexity of the implementation process, demonstrated by the European Communities, would suggest adherence to the guideline, with a slight modification, so that the 'reasonable period' of time for implementation would expire by 1 January 1999. Therefore, I conclude that, pursuant to Article 21.3(c), the 'reasonable period of time' for the European Communities to implement the recommendations and rulings of the DSB adopted on 25 September 1997 in European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, shall be the period from 25 September 1997 to 1 January 1999". Original assinado em Genebra, em 23.12.1997, pelo árbitro Said El-Naggar. Já no caso WT/DS75//WT/DS84 (Korea - Taxes on Alcoholic Beverages), o laudo proferido pelo árbitro Claus-Dieter Ehlermann em 31.05.1999, e publicado em 04.06.1999, determinava que "in light of the above considerations, I determine that the reasonable period of time for Korea to implement the recommendations and rulings of the DSB in this case is 11 months and two weeks, that is, from 17 February 1999 to 31 January 2000" (grifos nossos).

¹¹⁵ No caso WT/DS27 EC - *Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas* (CE vs. EUA, Equador e outros), os EUA solicitaram a suspensão de concessões tarifárias, mas o montante solicitado causou divergência, e a questão teve de ser submetida à arbitragem, porque as partes não chegaram a acordo dentro do prazo das negociações. Conforme consta do laudo arbitral (p. 1), proferido em 09.04.1999, *verbis*: "On 14 January 1999, the United States [US], pursuant to Article 22.2 of the DSU, requested the Dispute Settlement Body (DSB) to authorise suspension of the application to the European Communities (EC) and its member States of tariff concessions and related obligations under GATT 1994 covering trade in an amount of US\$520 million (WT/DS27/43). At the DSB meeting held on 25 January-1 February 1999, the European Communities objected to the level of suspension proposed by the United States on the

b) caso o item anterior seja considerado impraticável ou ineficaz, poderão ser suspensas concessões ou outras obrigações em outros setores abarcados pelo mesmo acordo abrangido.

Ao aplicar esses princípios, deverá a parte levar em consideração:

- i) o comércio no setor ou regido pelo acordo em que o Grupo Especial ou o Órgão Permanente de Apelação haja constatado uma infração ou outra anulação ou prejuízo, e a importância que tal comércio tenha para a parte; e
- ii) os elementos econômicos mais gerais relacionados com a anulação ou prejuízo e as consequências econômicas mais gerais da suspensão de concessões ou outras obrigações.

A prática recente da OMC quanto à implementação de medidas e suspensão de concessões constantes dos Relatórios adotados pelo OSC revela que três modelos vêm sendo seguidos¹¹⁶:

- O chamado *modelo das Bananas*¹¹⁷ (*Banana Model*) – os julgadores primeiro determinaram a consistência das medidas de implementação relativamente às regras da OMC (função do Grupo Especial, consoante o Artigo 21.5) antes de estabelecer o nível de suspensão das concessões (função da Arbitragem do Artigo 22). Um procedimento em paralelo também foi conduzido, de acordo com o referido Artigo 21.5, embora não tivesse envolvido o Membro interessado na concessão das suspensões, os EUA. As principais dificuldades de aplicação desse modelo são: a) acaba por provocar falta de harmonização na aplicação do procedimento, ficando o seguimento da apreciação da controvérsia sujeito à interpretação do OSC, que pode fazê-lo segundo o Artigo 21.5 ou segundo o Artigo 22, que tinham por objetivo desempenhar funções diversas no *Entendimento*; e b) comprime duas importantes funções coercitivas em um período de tempo único e reduzido.

ground that it was not equivalent to the level of nullification or impairment of benefits suffered by the United States and claimed that the principles and procedures set out in Article 22.3 of the DSU had not been followed. Pursuant to Article 22.6 of the DSU, the European Communities requested that the original panel carry out the arbitration on the foregoing matters (WT/DS27/46). In response, the DSB decided on 29 January 1999 to submit the matter to arbitration of the original panel in accordance with Article 22.6 of the DSU (WT/DSB/M/54)". No entanto, após tecer longas considerações sobre o significado do vocábulo "equivalência" para compensar perdas e da metodologia de cálculo empregada, os árbitros: Stuart Harbinson (Chairman), Kym Anderson e Christian Häberli proferiram laudo com o seguinte teor: "In light of the foregoing considerations, the Arbitrators determine that the level of nullification or impairment suffered by the United States in the matter *European Communities-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas* is US\$ 191.4 million per year. Accordingly, the Arbitrators decide that the suspension by the United States of the application to the European Communities and its member States of tariff concessions and related obligations under GATT 1994 covering trade in a maximum amount of US\$ 191.4 million per year would be consistent with Article 22.4 of the DSU" (p. 48, grifos nossos).

¹¹⁶ VALLES, Cherise M. e MCGIVERN, Brendan. *The Right to retaliate under the WTO Agreement – The "Sequencing" Problem*. Journal of World Trade, v. 34, nr. 2, abr. 2000, p. 63-84.

¹¹⁷ Assim denominado por referência abreviada à solução adotada no caso WT/DS27 EC – *Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas – Recourse by Ecuador to article 22.2 of the DSU*, Relatório de 09.11.1999.

• O chamado *modelo do Salmão*¹¹⁸ (*Salmon Model*) – os Membros em controvérsia acordaram em uma solução sequencial (*sequencing*) *ad hoc*. A parte reclamante, o Canadá, solicitou simultaneamente: i) a suspensão de concessões, com fundamento no Artigo 22; e ii) a constituição de um Grupo Especial, com fundamento no Artigo 21.5. O Canadá e a Austrália, a seguir, solicitaram aos julgadores a cessação do procedimento de deliberação acerca do nível de suspensão até que o Grupo Especial constituído com fundamento no Artigo 21.5 tivesse julgado a questão da consistência das medidas a ser adotadas pela Austrália, com as regras da OMC. Esse modelo pode ser interessante para adoção em casos futuros, pois estabelece um procedimento para assegurar que quaisquer solicitações para suspender concessões se baseia em uma determinação multilateral prévia de inconsistência, além de preservar o direito da parte reclamante de receber autorização subsequente para suspender concessões por meio do consenso negativo.

• O chamado *modelo do Acordo SMC (SCM Agreement model)* – em três controvérsias envolvendo subsídios proibidos, os Membros em controvérsia empregaram uma regra existente no *Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias* – SMC, que permite a extensão do período de retaliação com base no Artigo 22, a qual, de outra forma, seria imediatamente aplicável. Em cada um dos casos, a parte reclamante solicitou a constituição de um Grupo Especial com base no Artigo 21.5 e em entendimentos bilaterais sobre a extensão referente às medidas previstas pelo Artigo 22, até o término do processo com base no Artigo 21.5. Este modelo poderá servir de precedente para a implementação de soluções em futuras controvérsias acerca de subsídios e medidas compensatórias¹¹⁹.

¹¹⁸ Assim denominado por referência abreviada à solução adotada no caso WT/DS18 Austrália – *Measures Affecting Importation of Salmon* – Arbitragem com fulcro no Artigo 21.3(c) do *Entendimento*, Laudo Arbitral WT/DS/18/9, de 23.02.1999. O árbitro determinou que o período de tempo "razoável" para a implementação das medidas seria de 8 meses a partir da adoção do Relatório do Grupo Especial (confirmado pelo OPA), isto é, 06.07.1999. Ao término do prazo, a Austrália não havia revogado nem modificado a proibição à importação de salmão fresco, resfriado ou congelado, conforme solicitação feita pelo Canadá e julgada procedente pelo OSC. Em 15.07, o Canadá notificou o OSC acerca de sua intenção de solicitar a suspensão de concessões, com fulcro no Artigo 22.2. Em 19.07, a Austrália anunciou que já havia cumprido a determinação do OSC por meio da substituição da proibição à importação por uma medida de imposição de um período de quarentena, o que foi considerado pelo Canadá solução inaceitável. Então, a Austrália e o Canadá solicitaram a instauração de um novo Grupo Especial para dirimir essa controvérsia. Em 20.03.2000, o OSC adotou o novo Relatório, que considerou que a Austrália não havia cumprido as determinações do Relatório original; além disso, considerou que o adiamento na implementação das medidas pela Austrália constituía violação ao *Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias* – SPS (Artigos 2.2, 5.1 e 5.6).

¹¹⁹ No entanto, embora cada modelo forneça solução prática para determinado caso específico, essa variedade de modelos não aumenta nem a certeza nem o grau de previsibilidade do sistema multilateral de comércio; além disso, tanto o *modelo Salmão* quanto o *modelo SMC* exigem o consentimento de ambos os Membros em controvérsia. A OMC deverá enfrentar a questão da retaliação nas próximas reuniões ministeriais, conquanto o espírito da organização não seja utilizar essas medidas. A suspensão de concessões geralmente não tem o condão de beneficiar o segmento de mercado do Membro reclamante afetado pelas medidas adotadas por outro Membro, inconsistentes com as regras da OMC. As únicas medidas realmente eficazes, na prática, são a revogação da medida ilegal pelo Membro em controvérsia considerado culpado e a compensação monetária (de rara concessão pelo OSC e de

O Artigo 23 (*Strengthening of the Multilateral System* - Fortalecimento do Sistema Multilateral) tem caráter de reforço à recomendação de que, ao procurar reparar o não cumprimento de obrigações ou outro tipo de anulação ou prejuízo de benefícios resultantes de acordos abrangidos ou um impedimento à obtenção de quaisquer, os Membros deverão acatar as normas e procedimentos do *Entendimento*, em especial as diretrizes contidas nos precedentes Artigos 21 e 22.

O Artigo 24 (*Special Procedures Involving Least-Developed Country Members* - Procedimento Especial para Casos Envolvendo Países-Membros de Menor Desenvolvimento Relativo) reconhece a importância da máxima "tratar desigualmente os desiguais, de forma a assegurar-lhes igualdade de tratamento", dispondo que em qualquer das etapas do *Entendimento* o envolvimento de um PMD deverá receber especial atenção quanto à situação econômica particular do país. Isso significa que os procedimentos solicitados pelo reclamante deverão ser adotados com maior moderação, sempre que as violações ou prejuízos alegados tenham sido causados por um PMD, de forma que as compensações ou a suspensão da aplicação de concessões ou outras obrigações a esses países não lhes causem dificuldades excessivas.

Nos casos envolvendo PMDs, se não for encontrada solução satisfatória no correr das consultas realizadas, o Diretor-Geral da OMC ou o Presidente do Órgão de Solução de Controvérsias deverão, caso solicitado pelo PMD, oferecer seus bons ofícios, conciliação ou mediação de forma preventiva, i.e., antes do estabelecimento de um Grupo Especial. Para o desempenho desse mister, poderão eles consultar qualquer fonte que considerem apropriada.

O Artigo 25 (*Arbitration* - Arbitragem) determina a adoção de um procedimento rápido de arbitragem (*expeditious arbitration*) na OMC como meio alternativo de solução de controvérsias, em caso de questões claramente definidas pelas partes, sempre que ambas estejam de acordo em recorrer a esse meio e se comprometam a submeter-se ao laudo arbitral.

Se resolverem recorrer à arbitragem, as partes deverão notificar os demais Membros com suficiente antecedência antes do início desse procedimento. Poderão tomar parte na arbitragem outros Membros somente se as partes diretamente envolvidas na arbitragem consentirem. Proferido o laudo arbitral, será este comunicado ao Órgão de Solução de Controvérsias e ao Conselho ou Comitê dos acordos pertinentes, e, então, qualquer Membro poderá questionar qualquer assunto a eles relacionados. Aplicam-se *mutatis mutandis* os Artigos 21 e 22 do *Entendimento* à arbitragem.

O Artigo 26 (1. *Non-Violation Complaints of the Type Described in Paragraph 1 (b) of Article XXIII of GATT 1994*; 2. *Complaints of the Type Described in Paragraph 1 (c) of Article XXIII of GATT 1994* - 1. Reclamações de Não Violação do Tipo Descrito no Parágrafo 1 (b) do Artigo XXIII do GATT 1994; 2. Reclamações do

difícil aplicação pelo reclamado, especialmente quando seu poderio econômico é inferior ao do reclamante).

Tipo Descrito no Parágrafo 1 (c) do Artigo XXIII do GATT 1994) entra em detalhes específicos a respeito dos procedimentos a adotar quando as reclamações versarem, respectivamente, sobre não violações e violações aos referidos dispositivos do GATT 1994.

Seja qual for a situação, sempre que houver consultas envolvendo um país desenvolvido e um PMD a respeito de qualquer dessas matérias, e as consultas não levarem a um entendimento mutuamente aceitável, o PMD poderá solicitar ao Diretor-Geral da OMC que atue *ex officio*, usando seus bons ofícios para facilitar a obtenção de uma solução.

O Artigo 27 (*Responsibilities of the Secretariat* – Responsabilidades do Secretariado) determina que o Secretariado seja responsável e empreenda as seguintes ações:

- prestar assistência aos Grupos Especiais, em particular quanto aos aspectos jurídicos, históricos e de procedimento nos assuntos tratados, e fornecer apoio técnico e de Secretaria;
- prestar assistência adicional nesses campos, sempre que um PMD estiver envolvido na controvérsia; para tal fim, o Secretariado colocará à disposição de qualquer PMD-Membro que assim o solicitar um perito legal qualificado dos serviços de cooperação técnica da OMC, o qual deverá auxiliar o PMD-Membro de modo a assegurar a constante imparcialidade do Secretariado;
- organizar, para os Estados-Membros interessados, treinamento especializado sobre procedimentos e práticas de solução de controvérsias, a fim de que especialistas dos Estados-Membros estejam mais bem preparados a respeito do assunto.

Ainda quanto à lei processual aplicável ao MSC, descreveremos, de modo sucinto, os Procedimentos de Trabalho para a Apelação (*Working Procedures for Appellate Review*), documento inicialmente designado por WT/AB/WP/3, e que entrou em vigor em 15.02.1996, foi posteriormente revisado. A versão atual desse documento, designada por WT/AB/WP/8, é composta por 32 Artigos e seis Anexos¹²⁰.

¹²⁰ Os Anexos são os seguintes: Anexo I (*Timetable for Appeals* – Cronograma para as Apelações), que consiste em uma Tabela de prazos aplicáveis para as *General Appeals* (Apelações em Geral) e também para as *Prohibited Subsidies Appeals* (Apelações referentes a Subsídios Proibidos), sendo os prazos para as segundas espécies de Apelação mais reduzidos, em regra a metade dos concedidos às Apelações em Geral, o que implica redução do tempo total para a apreciação de controvérsias em que subsídios estão sendo discutidos, dada a ameaça desse tipo de medida para o livre comércio internacional; e Anexo II (*Rules of Conduct for the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* – Regras de Conduta aplicáveis ao Entendimento sobre Regras e Procedimentos Relativos à Solução de Controvérsias), que consta, ele próprio, de 9 Artigos (numerados de I a IX), bem como de mais 3 Anexos específicos, designados como *Annex 1a* (Anexo 1a, dirigido aos árbitros que atuam nos casos envolvendo os Artigos 21.3(c), 22.6, 22.7 e 25 do Entendimento, o Artigo 8.5 do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias e os Artigos XXI.3 e XXII.3 do GATS), *Annex 1b* (Anexo 1b, dirigido aos especialistas [*experts advising or providing information*] convocados nos casos que versam sobre os Artigos 13.1 e 13.2 do Entendimen-

O Artigo [1] (*Definitions* - Definições) fornece conceitos específicos para termos e expressões que devem ser empregadas sempre que for utilizado o Procedimento de Apelação, e que prevalecem se, para qualquer dos termos ou expressões, forem encontradas definições divergentes em quaisquer dos Acordos ou Anexos.

Os termos e expressões definidos no Artigo [1] são (os não usuais vêm explicados ou traduzidos em seguida a cada termo ou expressão): *appellant* (apelante); *Appellate Report* (Relatório da Apelação prolatado pelo Órgão Permanente de Apelação); *appellee* (apelado); *consensus* (consenso); *covered agreements* (acordos abrangidos); *division* (Divisão, ou Turma Julgadora - refere-se ao conjunto dos três integrantes designados para atuar em qualquer controvérsia na fase de Apelação); *DSB - Dispute Settlement Body* (Órgão de Solução de Controvérsias - OSC); *DSU - Understanding on Rules and Procedures Concerning the Settlement of Disputes* (*Entendimento ...*, que consiste no próprio Anexo 2 do Acordo Constitutivo da OMC); *Member* (Membro - qualquer integrante do Órgão Permanente de Apelação indicado pelo Órgão de Solução de Controvérsias); *participant* (participante); *party to the dispute* (Membro em controvérsia); *proof of service* (prova de serviço - designa uma carta ou qualquer outro documento que reconheça que um documento foi entregue, conforme exigido, às partes em controvérsia, aos participantes, a terceiros e aos terceiros participantes, conforme o caso); *Rules* (Regras - designa as *Working Procedures for Appellate Review*, ou seja, as próprias Regras de Procedimento para a Fase de Apelação); *Rules of Conduct* (Normas de Conduta, que designa essa espécie de regras a aplicar especificamente durante a fase de Apelação); *SCM Agreement* (Acordo SMC - *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*, isto é, o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, que consta do Anexo 1A do Acordo Constitutivo da OMC); *Secretariat* (Secretariado - designa o Secretariado do Órgão Permanente de Apelação); *service address* (endereço de serviço, que designa a sede usual de cada uma das partes em controvérsia, dos participantes, de terceiros e de terceiros participantes em qualquer controvérsia, exceto se outra sede tiver sido expressamente indicada); *third participant* (terceiro participante, expressão que designa qualquer terceiro interessado que desejar participar da Apelação, tendo comunicado sua intenção por meio de uma *written submission* nos termos do Artigo 24 desses Procedimentos); *third party* (terceiro participante, expressão que designa qualquer Membro da OMC que tenha notificado o Órgão de Solução de Controvérsias a respeito de

to, sobre o Artigo 4.5 do *Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias*, sobre o Artigo 11.2 do *Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias*, e sobre os Artigos 14.2 e 14.3 do *Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio*, *Annex 2* (Anexo 2, denominado *Illustrative List of Information to be Disclosed* - Lista Ilustrativa das Informações a ser Divulgadas) e *Annex 3* (Anexo 3 - *Disclosure Form* - Formulário para a Divulgação de Informação); e Anexo III (*Table of Consolidated and Revised Versions of the Working Procedures for Appellate Review - Annex III* - Tabela de Versões Consolidadas e Revisadas dos Procedimentos para a Apelação).

seu interesse substancial [*substantial interest*] na matéria submetida ao Grupo Especial, de acordo com o Artigo 10, § 2º, do *Entendimento*); WTO (OMC); WTO *Agreement* (Acordo Constitutivo da OMC); WTO *Member* (Membro da OMC); e WTO *Secretariat* (Secretariado da OMC).

A seguir, o documento é subdividido em duas partes distintas, designadas como *Part 1* [*Members* - Membros], sendo constituída pelos Artigos [2] a [16]¹²¹, e *Part 2* [*Process* - Processo], constituída pelos Artigos [17] a [32]¹²².

Enfatize-se que o Órgão Permanente de Apelação, conquanto não profira sentença *stricto sensu*, é claramente um órgão de feição *judicial* ou *jurisdicional* - bastante assemelhado aos Tribunais de Apelação de segunda instância, que, no Direito anglo-saxão, são genericamente denominados *Appellate Courts* - enquanto os Grupos Especiais mais se aproximam do modelo estrutural e de funcionamento de *tribunais arbitrais*. Ao passo que o Órgão Permanente de Apelação atua segundo o disciplinado em detalhes pelos *Working Procedures*, bastante parecidos com regras de procedimento de algumas *Appellate Courts*, os Grupos Especiais não se submetem a regras de procedimento que fixam padrões, existindo apenas algumas normas de caráter geral, estabelecidas no Anexo 3 do *Entendimento*.

Na prática, os Grupos Especiais têm liberdade para criar as regras que regem seus próprios procedimentos em cada caso, após consultas com os Membros envolvidos na controvérsia. Esse *process of accomodation* de cada Grupo Especial nem sempre leva a resultados jurídicos consistentes ou a uma percepção compartilhada pelos Membros da OMC de que sejam satisfatoriamente obedecidos os princípios de justiça e do devido processo, em relação não apenas às partes em controvérsia, mas também quanto a terceiros interessados¹²³.

¹²¹ Respectivamente designados por (em tradução livre, entre parênteses): [2] *Duties and Responsibilities* (Deveres e Responsabilidades); [3] *Decision Making* (Tomada de Decisões); [4] *Collegiality* (Comunicação com os demais Integrantes); [5] *Chairman* (Presidente); [6] *Divisions* (Turmas); [7] *Presiding Member of the Division* (Presidente da Turma); [8], [9], [10] e [11], que constituem as *Rules of Conduct* (Normas de Conduta); [12] *Incapacity* (Incapacidade); [13] *Replacement* (Substituição); [14] *Resignation* (Renúncia); e [15] *Transition* (Transição).

¹²² Respectivamente designados por (em tradução livre, entre parênteses): [16] e [17] *General Provisions* (Regras Gerais); [18] *Documents* (Documentos); [19] *Ex Parte Communications* (Comunicações entre os Membros em Controvérsia); [20] *Commencement of Appeal* (Instauração da Fase de Apelação); [21] *Appellant's Submission* (Razões do Recorrente); [22] *Appellee's Submission* (Razões do Recorrido); [23] *Multiple Appeals* (Apelações Múltiplas); [24] *Third Participants* (Terceiros Participantes); [25] *Transmittal of Record* (Comunicação dos Registros e Termos das Audiências); [26] *Working Schedule* (Cronograma de Trabalho); [27] *Oral Hearing* (Audiência); [28] *Written Responses* (Respostas Escritas); [29] *Failure to Appeal* (Não Interposição das Razões); [30] *Withdrawal of Appeal* (Desistência da Apelação); [31] *Prohibited Subsidies* (Subsídios Proibidos); e [32] *Entry into Force and Amendment* (Entrada em Vigor e Emendas).

¹²³ STEGER, Debra P. e VAN DEN BOSSCHE, Peter. *Dispute Settlement: Emerging Practice and Procedure*, in: *Proceedings of the 92nd Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 01.04.1998, p. 80.

5.5 Efeitos jurídicos da adoção do relatório pelo Órgão de Solução de Controvérsias – OSC

5.5.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O RELATÓRIO FINAL

Durante a Etapa Intermediária de Exame (*Interim Review*), objeto do Artigo 15 do *Entendimento*, as partes em controvérsia terão a oportunidade de examinar uma minuta do Relatório preparado pelo Grupo Especial e, se assim o desejarem, apresentarão, por escrito, no prazo fixado, seus respectivos comentários.

Decorrido esse prazo, o Grupo Especial distribuirá um relatório de caráter provisório, no qual serão incluídos tanto os capítulos descritivos quanto as determinações e conclusões do Grupo Especial. Às partes em controvérsia será concedido, ainda, prazo adicional, para que reexaminem o relatório provisório, podendo solicitar, sempre por escrito, a revisão de aspectos específicos, antes da distribuição do Relatório definitivo aos demais Membros da OMC. A pedido de uma das partes, ou de ambas, poderá o Grupo Especial reunir-se novamente com elas para tratar dos itens apontados nos comentários escritos.

Somente no caso de não serem recebidos comentários das partes em controvérsia dentro dos prazos assinados, será o relatório provisório considerado *definitivo*, devendo ser prontamente distribuído a todos os Membros da OMC. De qualquer modo, as conclusões do Relatório Final do Grupo Especial deverão conter análise detalhada dos argumentos apresentados pelas partes em controvérsia durante a Etapa Intermediária de Exame.

Preparado e distribuído o Relatório do Grupo Especial que primeiro examinou a controvérsia, após a Etapa Intermediária de Exame, quaisquer Membros da OMC podem submeter suas objeções ao Órgão de Solução de Controvérsias, que examinará o Relatório na reunião seguinte e as objeções apresentadas.

Podem ocorrer, então, basicamente, as seguintes hipóteses:

- 1) nenhum Membro da OMC e tampouco as partes em controvérsia opõe objeção ao Relatório dentro de 60 dias após a distribuição; nesse caso, o Relatório do Grupo Especial será plena e imediatamente adotado pelo Órgão de Solução de Controvérsias;
- 2) as partes envolvidas na controvérsia opõem objeção a algumas ou a todas as conclusões ou recomendações contidas no Relatório e notificam sua decisão de interpor Apelação perante o Órgão Permanente de Apelação; nesse caso, o Relatório não será adotado até que seja concluída a fase de Apelação; assim, nos termos do Artigo 17 do *Entendimento*, deverá ser reexaminada pelo Órgão Permanente de Apelação a matéria de direito ou de interpretação jurídica que foi – ou deveria ter sido – objeto de apreciação pelo Grupo Especial, no todo ou em parte.

Na primeira hipótese, adotado o Relatório do Grupo Especial, a parte declarada perdedora deverá notificar ao Órgão de Solução de Controvérsias, no prazo de 30 dias, acerca de suas intenções relativas à implementação das recomendações.

Poderá ocorrer, também, negociação entre Reclamante e Reclamado sobre formas e prazo de implementação das decisões, caso a parte reclamada tenha

sido considerada culpada de violação a determinada norma de direito material da OMC, e a implementação de alguma recomendação implique recurso a procedimento legislativo interno demorado.

Estando ambas as partes de acordo, adotarão as medidas preconizadas; surgindo divergências sobre a implementação, poderão recorrer à "arbitragem rápida" (de que trata o Artigo 25), delimitada às questões claramente definidas por ambas as partes. Se o Relatório julgar improcedente a reclamação, e a parte reclamante se conformar, é óbvio que nenhuma consequência advirá para qualquer delas. Se as partes não chegarem a acordo sobre o prazo de implementação, poderão recorrer à arbitragem, nos termos do Artigo 21.3 do *Entendimento*, para que seja determinado o "prazo razoável" de implementação das medidas.

Na segunda hipótese, o Órgão de Solução de Controvérsias poderá ou não adotar o Relatório final, que tanto pode ser o documento formal prolatado pelo Grupo Especial que primeiro examinou o caso quanto o documento elaborado pelo Órgão Permanente de Apelação – que é um Relatório diverso do primeiro –, em sede de Apelação, que confirma cada ponto do Relatório inicial apelado, ou o rejeita, em ambos os casos total ou parcialmente.

O OSC adotará, então, o Relatório do OPA e o Relatório do Grupo Especial modificado ou não pelo primeiro. A sistemática da adoção de *dois* Relatórios pode gerar perplexidade, pois, no sistema jurídico-processual interno, uma *única* decisão judicial é implementada.

Explica-se, no entanto, essa sistemática, pois o OPA pronuncia-se somente sobre questões de direito ou de interpretação, enquanto a apreciação do Grupo Especial é mais ampla, daí resultando que, em muitos casos, as conclusões e recomendações de cada um dos Relatórios se complementam, e o Membro em controvérsia, que deverá alterar a medida declarada em não conformidade com as normas da OMC, terá de balizar-se pelos dois Relatórios.

A *não adoção* do Relatório pelo Órgão Permanente de Apelação – situação que só ocorrerá excepcionalmente, caso exista unanimidade entre as posições dos Membros, incluindo a parte em controvérsia declarada vencedora da disputa, em não adotá-lo – implica que não haverá nenhuma medida a ser implementada por qualquer das partes, e. g., nenhuma modificação no presente *status* jurídico de cada qual será exigida¹²⁴.

Ainda na segunda hipótese, confirmado o Relatório inicial pelo Órgão Permanente de Apelação, mesmo que parcialmente, o Relatório final adotado pelo Órgão de Solução de Controvérsias conterà "recomendações" e "decisões", endereçadas às partes envolvidas na controvérsia, ou a uma das partes, somente.

¹²⁴ No entanto, conforme observa John H. Jackson, "although an unadopted report under the practices does not have binding force, it may have persuasive force as the opinion of experts" (*The Jurisprudence ...*, cit., p. 125). Até 31.12.2009, nenhum Relatório final deixou de ser adotado.

Essas recomendações e decisões visam ao restabelecimento da situação jurídica anterior àquela que deu origem à controvérsia, ou, então, à criação de situação absolutamente inovadora, na qual a parte vencida passe a ser considerada não violadora das normas de Direito Material da OMC. Podem, além disso, autorizar a adoção de medidas unilaterais compensatórias, de caráter indenizatório, pelo Membro em controvérsia que tiver sofrido prejuízo, para que sejam compensadas as perdas sofridas em virtude do anterior procedimento adotado pelo Membro vencido.

Também nessa segunda hipótese, se as partes em controvérsia não chegarem a acordo sobre o prazo de implementação, poderão recorrer à arbitragem, nos termos do Artigo 21.3 do *Entendimento*, para que seja determinado o "prazo razoável" de implementação das medidas.

Entra-se, a partir de então, na problemática da implementação das soluções objeto de decisão ou recomendação contida no Relatório adotado pelo Órgão de Solução de Controvérsia, que implica, em grande parte dos casos, alteração de leis internas do País-Membro considerado vencido na controvérsia.

Enfatize-se que uma das críticas recorrentes das quais o Direito Internacional sempre foi objeto – discussão já bastante amenizada, mas não completamente superada, pois ainda há quem insista em ter como parâmetros os limites das jurisdições estatais internas, que se situam em contexto diverso da ordem jurídica – é a relativa ao não cumprimento dos tratados internacionais e às consequências daí advindas para a parte contratante que se recusa a implementar decisões adotadas pelos organismos internacionais encarregados de dirimir controvérsias. Os críticos recorrem automaticamente ao conceito de "sanção", equiparando a atuação de Estados, no plano internacional, às condutas ilegais – civis ou penais – de particulares, sujeitos a punições, por parte do aparelho estatal interno.

Para Leo Gross¹²⁵, "*States by and large obey international law, a fact which is commonly accepted*". Quando se negam a fazê-lo, por qualquer motivo, não ocorre uma imposição automática de sanções, como no Direito Interno, mas as partes envolvidas em determinada controvérsia são, em geral, apoiadas ou orientadas por uma instituição autônoma, circunstância importante, dentre outros fatores, a qual se justifica em boa parte porque "*the further development of [international] institutions [is] a desirable and indeed a feasible method to make international law na effective order without sacrificing its character as a law regulating the conduct of states on the basis of equality*"¹²⁶.

No caso específico da OMC, convém seja enfatizado ainda que, nas palavras de Debra Steger¹²⁷, relativamente à noção de que uma interpretação do *panel* ou

¹²⁵ GROSS, Leo. *States as Organs of International Law and the Problems of Auto-interpretation*, in: LIPSKY, George A. (ed.), 1967, p. 64.

¹²⁶ GROSS, Leo. Op. cit., p. 88.

¹²⁷ STEGER, Debra. *The Significance of the World Trade Organization for the Future of the Trading System*, in: Proceedings of the 88th Annual Meeting of the American Society of

do Órgão Permanente de Apelação poderia ser *binding* (vinculante), tendo o condão de alterar direitos e obrigações fundamentais do Membro considerado vencido na controvérsia, "*the recommendations and rulings of dispute settlement panels are of a different character*" (com relação às referidas alterações). "*The final language is that the recommendations and rulings of the Dispute Settlement Body cannot add to or diminish the rights or obligations of Members*".

Daí por que é necessário examinar a problemática envolvendo a atuação dos Membros da OMC declarados vencidos na controvérsia, ao adotarem - ou relutarem em adotar, no todo ou em parte - as recomendações dos Relatórios.

Debruçar-nos-emos, destarte, sobre as implicações jurídicas para as partes, provocadas pela adoção do Relatório final pelo Órgão de Solução de Controvérsias, seja ele o próprio Relatório produzido pelo Grupo Especial, seja o prolatado pelo Órgão Permanente de Apelação, em que confirma o primeiro, ou o reforma, total ou parcialmente, ou, ainda, o anula.

5.5.2 AS RECOMENDAÇÕES E AS DECISÕES: OBRIGAÇÕES DE CUMPRIMENTO ABSOLUTAMENTE COGENTE, FACULTATIVO OU ALTERNATIVO?

Olhando em retrospecto, constatamos que a solução de controvérsias pelo anterior mecanismo do GATT se constituía em mero sistema facilitador de negociações destinadas a alcançar um acordo entre as partes, sendo certo que a intenção original dos Estados-Membros era inserir o GATT num quadro institucional, o da OIC.

A minuta da Carta da OIC continha procedimento rigoroso de solução de controvérsias, que contemplava o uso efetivo da arbitragem, embora não de caráter obrigatório. O Artigo XXIII se constituía no pilar central da solução de controvérsias no GATT, prevendo também, como requisito prévio para instaurar processo perante o GATT, a fase de consultas. Três características desses processos ficam evidentes: a) eram geralmente invocadas com fundamento em *nullification or impairment* (anulação ou prejuízo) de benefícios cuja expectativa derivada do Acordo, sendo independentes de violação efetiva de obrigação jurídica; b) conferiam poder às partes não apenas para investigar e recomendar ações, mas também, *give a ruling to the matter*; e, finalmente, c) conferiam poder às partes, em casos graves, para autorizar *a contracting party or parties* a suspender obrigações de outras partes perante o GATT.

Nas mais de quatro décadas de uso desse procedimento, técnicas refinadas de interpretação de aplicação das decisões foram desenvolvidas.

Claro está que a expressão original "*nullification or impairment*" é bastante ambígua, podendo implicar tanto em abordagem orientada para conferir "poder" como para permitir "negociação".

Num primeiro momento, não era necessário estar diante de uma *breach of obligation* para solicitar o estabelecimento de um *panel*, embora a prática subse-

International Law, p. 141. A autora era, à época, *General Counsel* do *Canadian International Trade Tribunal*.

quente tenha sido a de caminhar em direção à "violação de uma obrigação" como fundamento para solicitá-lo.

Um caso ocorrido em 1950 (*The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate*, de 03.04.1950, às vezes referido como caso *Marbury vs. Madison*)¹²⁸ estabeleceu que a expressão "nullification or impairment" incluía ações da parte que causava dano comercial a outra, e que não podia ser *reasonably anticipated* pela segunda, quando tivessem negociado concessões. Assim, foi introduzido o conceito de *reasonable expectations*, o que constitui uma noção quase contratual de obrigação. Mesmo essa expressão, contudo, contém certas imprecisões e ambiguidades¹²⁹, sobre as quais faremos referência a seguir, dado que já existiam no sistema anterior do GATT 1947, mas persistem no sistema atual, apesar dos esforços empreendidos durante as quase cinco décadas de aplicação das normas, no sentido de superá-las.

Um caso mais recente, no qual os problemas jurídicos referentes a casos de não violação de normas do GATT ficaram amplamente evidenciados, envolveu os EUA e o Japão em controvérsia acerca de filmes fotográficos, referida como WT/DS44 Japan - *Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, e abreviada para *Fuji-Kodak*, como referência às empresas fabricantes desses produtos.

Os EUA reclamavam há tempos acerca de práticas comerciais restritivas do Japão contra fabricantes de filmes fotográficos estrangeiros em seu mercado doméstico, o que acarretava desempenho sofrível das empresas americanas naquele país. Em outubro de 1996, os EUA apresentaram reclamação formal contra o Japão perante a OMC, alegando que as leis, os regulamentos e as exigências do governo japonês afetavam negativamente a distribuição, a oferta ao mercado e a venda interna de filmes e papéis fotográficos aos consumidores. O fulcro da argumentação americana era de que o Japão violava concomitantemente o Artigo III (*National Treatment* - Tratamento Nacional) do GATT 1994 bem como o Artigo III (*Transparency* - Transparência) e o Artigo XVI (*Market Access* - Acesso ao Mercado) do GATS; além disso, alternativamente, os EUA alegavam que, *ainda que não ocorresse violação* ("*even if there was no violation*" - grifo no original), as práticas referentes às barreiras anticompetitivas causavam prejuízo direto ou indireto aos EUA, segundo as regras do GATT 1994 e do GATS, no sentido das "provisões de não violação" (*non-violation provisions*).

Em resumo: os EUA alegavam que, mesmo que as normas jurídicas japonesas que regulavam o mercado interno de filmes e papéis fotográficos fossem conforme as normas da OMC ("*GATT 1994- or GATS-legal*"), os benefícios aos EUA como Membro dos Acordos GATT 1994 e GATS ficariam anulados ou prejudicados ("*the benefits to the United States as a GATT 1994 or GATS Member were nevertheless nullified or impaired*").

¹²⁸ GATT, *Basic Instruments and Selected Documents*, 1952, v. II, 188.

¹²⁹ JACKSON, H. John. *The Jurisprudence of the WTO ...*, cit., p. 172.

Embora o Relatório final adotado pelo Órgão de Solução de Controvérsias - circulado em 31.03.1998 - tenha rejeitado quase todos os argumentos americanos, tanto os de violação quanto os de não violação, os problemas jurídicos enfrentados pelo Órgão de Solução de Controvérsias deixaram claro que, ainda que o Grupo Especial tivesse aceitado a tese norte-americana (de que teria havido prejuízo ou anulação de benefícios, mesmo em caso de não violação das normas da OMC), o governo japonês poderia arguir que, nos limites de sua soberania territorial, poderia implementar *quaisquer políticas regulatórias internas*, desde que não infringissem obrigações internacionais que tivesse assumido por força de tratados internacionais firmados, como o Acordo da OMC e seus Anexos.

Além dessa dificuldade, a doutrina¹³⁰ examina a importante questão acerca da medida em que Relatório de tal teor seria aceito, não apenas pelo Japão, mas pelos demais Membros da OMC, bem como o risco de que os futuros Grupos Especiais sejam frequentemente confrontados com o mesmo tipo de problema, inclusive com casos erroneamente submetidos (chamados de "*wrong cases*"), o que implicaria a adoção de Relatórios de difícil cumprimento pela parte em controvérsia declarada perdedora.

A solução apontada por Sung-joon Cho¹³¹, Professor da Universidade de Seul, no entanto - de que deveriam ser cada vez mais restritos os casos de não violação submetidos ao Órgão de Solução de Controvérsias, ou de que os casos de não violação deveriam passar por um processo de "violacionificação" (no original: *violationizing*) - remete-nos simplesmente a outras questões de difícil solução, que são, respectivamente: a) que espécies de restrição deveriam ser impostas?; b) que mecanismo deveria ser seguido para transformar *não violações* em *violações*?

Em nossa visão, em lugar de criar problemas teóricos ainda mais distantes de uma solução prática e factível, poderiam as ambiguidades ser eliminadas em duas etapas, *praxis* aliás consolidada no GATT: num primeiro momento, deveriam os Grupos Especiais declarar, *in casu*, se a matéria de fundo consiste em não violação do tipo capaz de sujeitar a parte reclamada às determinações do Relatório adotado; na segunda fase, com base na casuística do Órgão de Solução de Controvérsias, poderia a Conferência Ministerial, possivelmente apoiada em trabalho preparatório a cargo do Comitê de Comércio e Desenvolvimento (*Committee on Trade and Development*), órgão do Conselho Geral, enumerar, taxativamente, quais as práticas comerciais que o Órgão de Solução de Controvérsias deveria considerar como causadoras de redução de benefícios ou anulações, apesar de não se enquadrarem no conceito de violação *stricto sensu* do GATT 1994.

Não se trata, em absoluto, de "engessar" as interpretações que deveriam ser seguidas pelos Grupos Especiais ou pelo Órgão Permanente de Apelação - dado

¹³⁰ CHO, Sung-joon. *GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are They the Achilles' Heel of the Dispute Settlement Process?*. Harvard International Comparative Law Journal, v. 39, n. 22, Spring 1998, p. 311-355.

¹³¹ CHO, Sung-joon. Op. cit., p. 314.

que inexistia o *stare decisis* no âmbito do Mecanismo de Solução de Controvérsias -, e sim de oferecer orientação mais segura e confiável aos Membros quanto aos resultados dos julgamentos das controvérsias. A cada reunião bianual da Conferência Ministerial, a lista poderia ser alterada com base na casuística mais recente.

A primeira fase pode ser considerada, efetivamente, como já em curso, na verdade, há bastante tempo. Conforme assinala John H. Jackson¹³², uma importante mudança de orientação no procedimento do GATT ocorreu por volta de 1955, grandemente influenciada pelo então Diretor-Geral, Eric Wyndham-White: decidiu-se que, em lugar de empregar um *working party* (grupo de trabalho) composto por nações (de modo que cada país pudesse designar indivíduos que o representariam, sujeitos a instruções do governo), as controvérsias seriam encaminhadas a um "*panel*"¹³³ de especialistas.

Essa alteração implicava completa mudança da situação de uma "negotiating atmosphere of multilateral diplomacy" para uma outra, de "more 'arbitrational' or 'judicial' procedure designed to arrive impartially at the truth of the facts and the best interpretation of the law". Desde então, quase todos os procedimentos destinados à solução de controvérsias no GATT (e na nova OMC) passaram a empregar a técnica de apreciação e julgamento por grupo de especialistas constituído *ad hoc*, por técnicos ou cientistas dedicados à matéria.

Muito antes, em 1962, um importante caso foi trazido pelo Uruguai¹³⁴, que se insurgiu contra violações das obrigações do GATT por parte de alguns países industrializados, que adotavam determinadas práticas comerciais contrárias às normas do Acordo. O *panel* enfrentou a tormentosa tarefa de interpretar o texto do Artigo XXIII, que determinava a *nullification or impairment* como base para uma reclamação, mas o *panel* decidiu forçar a jurisprudência para além dos meros limites linguísticos, e determinou em seu *Report*, que qualquer *violation* do GATT seria considerada como "*prima facie nullification or impairment*" (anulação ou prejuízo *iuris tantum*), automaticamente transferindo o ônus da prova para a parte reclamada, para que demonstrasse que não estava adotando qualquer prática que consistia em violação às normas do GATT.

A partir deste *leading case*, as controvérsias passaram a sofrer um processo de solução mais nitidamente *rule-oriented*. Ainda subsistiram algumas decisões dos *panels* no sentido de atuarem como mediadores, mas essa atitude passou a

¹³² *The Jurisprudence of the WTO*, cit., p. 172.

¹³³ Neste sentido, *panel* pode, com alguma benevolência linguística, ser traduzido por *panel*; empregaremos a expressão "Grupo Especial" para designar o órgão julgador *a quo* do OSC (*panel*) e "grupo de especialistas" para indicar um conjunto de técnicos em determinada matéria.

¹³⁴ *Uruguayan Recourse to Article XXIII*, November 16, 1962, GATT. *Basic Instruments and Selected Documents*, 11th Supplement (1963), p. 95.

ser bastante criticada, no sentido de que a mediação deveria ser substituída por abordagens "jurídicas" mais analíticas, consistentes e precisas¹³⁵.

Durante as negociações efetuadas por ocasião da Rodada Tóquio, foi produzido um documento denominado *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance* (Entendimento relativo à Notificação, Consulta, Solução de Controvérsias e Supervisão), o qual foi adotado pelas Partes Contratantes em novembro de 1979, na 36^a Sessão.

No entanto, o valor legal desse Entendimento não ficou perfeitamente definido, por duas razões:

- a) não é um tratado autônomo (*stand-alone treaty*), diferentemente dos Códigos da Rodada de Tóquio e outros Acordos (*Tokyo Round Codes and other Agreements*); e
- b) não é um *waiver* (renúncia), nos termos do Artigo XXV.5 do GATT, embora se considere que tenha sido adotado sob a égide desse dispositivo, com o objetivo de "*facilitate the operation and further the objectives of GATT*"¹³⁶.

Esse documento pode ser considerado como interpretação "definitiva" do Acordo do GATT, obrigando todas as Partes Contratantes relativamente a decisões adotadas por consenso, formando, assim, uma moldura constitucional (*constitutional framework*) para os processos submetidos ao GATT entre 1974 e o advento da OMC.

Permaneceu a insatisfação com a necessidade de consenso entre os Membros, devido à possibilidade de bloqueio da adoção do Relatório por parte de um único Estado, geralmente aquele declarado perdedor, mas ficou claro que o procedimento caminhava a passos largos em direção à jurisdicionalização. Além disso, outro avanço é digno de menção: passou-se a distinguir duas situações diversas, uma, em que ocorriam, realmente, violações às normas do GATT (baseadas no já referido conceito de *prima facie*), e outra, em que não existia efetiva violação (*non-violation cases*), mas que os atos praticados por um Estado ensejavam, apesar de não ficarem caracterizados como "ilegais", *nullification* (anulação) ou *impairment* (prejuízo) à economia de outra Parte Contratante. Na realidade, nesta última categoria, somente 8 (oito) das mais de duas centenas de casos se enquadravam, mas alguns desses casos tiveram grande importância no desenvolvimento futuro dos procedimentos¹³⁷.

Antes de determinar a extensão do efeito jurídico da adoção do Relatório, convém enumerar as diversas hipóteses plausíveis:

¹³⁵ Vide, por exemplo, Spain - Measures Concerning Domestic Sales of Soybean Oil, June 17, 1981, GATT Doc. L/5142.

¹³⁶ JACKSON, John H. *The Jurisprudence ...*, cit., p. 174.

¹³⁷ JACKSON, John H. et al. *International Economic Relations*, cit., p. 362. Como exemplo significativo pode ser citado o caso EC - Payments and Subsidies paid to Processors Producers of Oilseed and related Animal Feed Proteins, 25.01.1990, publicado no GATT - Basic Instruments and Selected Documents, 37th Supplement, 1990, p. 37, comentado e analisado por John H. Jackson na citada obra, p. 357.

- 1) meramente a de uma *recomendação*, possivelmente implicando que a falta de adoção das medidas recomendadas possa resultar em que seja autorizada a uma das partes em controvérsia que suspenda concessões à outra;
- 2) uma *obrigação de cumprimento* (de fazer ou de não fazer), em que se leva em conta a questão de precedentes, de modo que o Relatório impõe obrigação jurídica e moral a outros Membros que não foram parte na controvérsia;
- 3) uma *obrigação sujeita ao Direito Internacional* imposta às partes em controvérsia, para que obedeam às determinações estipuladas no Relatório, aplicáveis somente à controvérsia examinada, sem que seja criado precedente;
- 4) a possibilidade de que a adoção do Relatório pelos Membros (ou seu Conselho) se constitua em uma *resolução definitiva pelas partes contratantes* (como um corpo diretivo) interpretando o GATT, segundo o poder conferido pelo Artigo XXV do GATT; e
- 5) uma "*prática*" seguida pelos signatários do Acordo Constitutivo da OMC, isto é, por seus Membros, de modo a servir como fundamento para defender uma interpretação de Viena sobre o Direito dos Tratados.

A evolução do Mecanismo de Solução de Controvérsias, que resultou no *Entendimento*, isto é, no Anexo 2 do Acordo Constitutivo da OMC, permite considerar que os Relatórios adotados são "*legally binding*", expressão que deve ser compreendida no sentido que lhe confere o Direito Internacional Público, ou seja, estaríamos diante de uma combinação das hipóteses 3 e 5 *retro*.

Pouco importa que o *Entendimento* não expresse claramente esse conceito, pois, dado que os Tratados constituem a fonte primária *par excellence* do Direito Internacional Público¹³⁸, a natureza obrigatória dos Relatórios encontra fundamento, dentre outros, nos seguintes tratados:

- Carta da ONU, Artigo 94: "Cada Membro das Nações Unidas se compromete a conformar-se com a decisão da Corte Internacional de Justiça em qualquer caso em que for parte".
- Estatuto da Corte Internacional de Justiça, Artigo 59: "A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão".

¹³⁸ Ver, a respeito, por exemplo, CARREAU, Dominique. *Droit International*. 6. ed. Paris: Pedone, 1999, p. 108 e s., para detalhada explicação do conceito de *tratado internacional* e das expressões equivalentes, bem como das obrigações que daí advêm para as partes contratantes. Como explica Paul Reuter, "*les effets du traité concernent avant tout les auteurs de l'acte: ils sont ce que les auteurs ont voulu et seulement ce qu'ils ont voulu et parce qu'ils l'ont voulu*" (*Introduction au Droit des Traités*. 3. ed. Paris: PUF, 1995, p. 87). Dito de outra forma, e para que se possa entender por que as recomendações e decisões contidas nos Relatórios adotados pelo Órgão de Solução de Controvérsias passam a ter força vinculante para as partes, "*i Governi sono infatti costretti a negoziare apertamente, in un clima che favorisce il superamento del particolarismo statale. Grazie all'opera delle organizzazioni, insomma, l'accordo tende sempre più a porsi come strumento di cooperazione e di solidarietà tra i Governi nell'interesse dei popoli*" (CONFORTI, Benedetto. *Diritto Internazionale*, 5. ed., 1. reimpr. [atualizada]. Nápoles: Ed. Scientifica, 1999, p. 140).

- Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Artigo 31,3: "Será levado em consideração, juntamente com o contexto... (b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado ou à aplicação de suas disposições".

Por outro lado, o fato de que o *Entendimento* permite que o Relatório inclua recomendações para que uma das partes em controvérsia adote medidas para possível *compensação* ou *retaliação*, pode dar a impressão de que se tenha estabelecido *modos alternativos* de cumprimento das obrigações impostas pelo Relatório. Tal interpretação merece ser repelida, porquanto a obrigação das partes em controvérsia, relativamente ao Relatório, é seguir exatamente o recomendado, o que se pode depreender imediatamente da inteligência do texto do *Entendimento*, em especial os Artigos 3.7, 19.1, 21.1, 22.1, e 22.8, e também o Artigo 26.1.b, para reclamações concernentes a *não violação*.

Acrescente-se que a obrigação permanece pendente até o cumprimento final e total da recomendação ou determinação, sendo a execução objeto de vigilância e supervisão do Órgão de Solução de Controvérsias. Somente se recorrerá a mecanismos compensatórios se a suspensão ou a adoção de medidas forem impraticáveis e, nos casos de não violação, inexistente obrigação de suspender a medida – o que implica, *a contrario sensu*, que casos de violação provocam o nascimento de obrigação (ou obrigações) de fazer.

Não parece consentâneo com o objetivo dos Membros originários da OMC, nem com a prática reiterada do Órgão de Solução de Controvérsias, e tampouco com a moderna concepção do Direito Internacional Público, o entendimento de Celso Lafer¹³⁹ de que o Grupo Especial emite um Relatório cuja natureza jurídica seja, formalmente, a de mero *parecer*. Se assim era, no anterior sistema do GATT, os mecanismos a seguir desenvolvidos para a implementação das recomendações – ainda que de forma gradual e progressiva, muitas vezes objeto de longas negociações – e a necessidade de novas arbitragens conferem aos Relatórios a necessária cogência para equipará-los, *mutatis mutandis*, a uma decisão judicial.

Nem se esqueça que, no plano internacional, não há falar em "execução coativa", como ocorre no plano do Direito Interno. Encarar o Relatório adotado pelo Órgão de Solução de Controvérsias como mera "recomendação" seria convalidar e estimular a burla ao Mecanismo por qualquer Membro que fosse culpado de violação às normas materiais ou de causar prejuízo ou ameaça de prejuízo a outro Membro.

Como afirmou Judith Hippler Bello¹⁴⁰, no *Editorial Comment* da edição de julho de 1996 do *American Journal of International Law*: "The WTO has no jailhouse, no bail bondsmen, no blue helmets, no truncheons or tear gas". Aduza-se

¹³⁹ O Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, cit.

¹⁴⁰ BELLO, Judith Hippler. *The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More*. *American Journal of International Law*, jul. 1996, v. 90-3, p. 416-418.

que nem seria necessário, pois, apesar da implacável *Realpolitik* do comércio internacional – ou até mesmo por causa dela – o cumprimento das recomendações dos Relatórios adotados pelo Órgão de Solução de Controvérsias vem-se mostrando uma constante nesta primeira década de funcionamento da OMC.

Recorde-se que o próprio *Entendimento* prevê procedimento para pressionar a parte recalcitrante a cumprir as recomendações contidas no relatório adotado pelo Órgão de Solução de Controvérsias.

Decorrido o "prazo razoável", caso a parte obrigada não implemente as recomendações contidas no relatório, aplicar-se-á o Artigo 22, cujos §§ 2º e 9º estabelecem as modalidades para que sejam impostas compensações e suspensões de concessões. Numa primeira etapa (Artigo 22, § 2º) as partes em controvérsia negociarão a respeito de compensações comerciais mutuamente aceitáveis.

Não alcançado o acordo sobre a forma de promover as necessárias compensações, nos vinte dias seguintes após a expiração do "prazo razoável", passa-se à etapa seguinte, que é a de suspensão das compensações, que deverá ocorrer, preferentemente, no mesmo segmento de mercado onde ocorreu violação ou redução de benefícios (Artigo 23, § 3º). Se o reclamante considerar que as medidas não seriam passíveis de aplicação no mesmo segmento, poderá solicitar que sejam aplicáveis em segmento de mercado diverso daquele em que se deu a violação ou a redução de benefícios. Thiébauld Flory considera que "le mécanisme des 'rétorsions croisées' est l'une des réformes importantes introduites par le Memorandum en ce qui concerne la mise en oeuvre des recommandations"¹⁴¹.

Havendo, ainda, resistência à implementação das medidas recomendadas, tanto quanto ao nível como quanto à natureza da suspensão proposta, podem as partes recorrer novamente à arbitragem. Conforme o Artigo 22.6 do *Entendimento*, o Órgão de Solução de Controvérsias poderá solicitar ao Grupo Especial inicial que passe a conduzir o procedimento arbitral, como também poderá requerer ao Diretor-Geral da OMC que designe um árbitro. Consoante o Artigo 22.7, o laudo arbitral relativo à suspensão da concessão deverá ser previamente submetido ao Órgão de Solução de Controvérsias para aprovação. A adoção será automática, exceto em caso de consenso *negativo*.

Percorridas todas essas etapas, ao Estado recalcitrante nada mais restará a discutir, e as recomendações deverão ser implementadas.

Verifica-se, pois, em conclusão, que o Relatório adotado pelo Órgão de Solução de Controvérsias impõe à parte envolvida em controvérsia declarada vencida uma ou várias obrigações de fazer ou de abster-se de fazer algo, e que deriva tanto de uma violação ao direito material da OMC quanto de uma redução ou ameaça de redução de benefícios. Essas obrigações são impostas ao Membro da OMC considerado vencido na controvérsia, e ele as assume perante a comunidade internacional, razão pela qual o não cumprimento ensejará retaliações

¹⁴¹ *L'Organisation Mondiale du Commerce*, cit., p. 25.

unilaterais por parte do Membro ou dos Membros prejudicados, formalmente autorizadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias.

A ressalva importante a respeito do alcance das recomendações e determinações constantes do Relatório adotado foi feita pelo Prof. Jochen A. Frowein, da Universidade de Heidelberg, durante as discussões do painel de especialistas reunidos em 06.04.1994, para debater sobre o tema "*Trading in a Post-Uruguay World: The New Law of the GATT/World Trade Organization*", que assim se expressou¹⁴²: "*Three different paragraphs*" (referindo-se ao *Entendimento*) "*contain wording indicating that the panels' decisions or recommendations cannot change the rights and obligations of the Member states.*" (grifo nosso)

Essa formulação jurídica implica que nenhuma das Partes Contratantes da OMC pode ser obrigada, por força do Relatório distribuído pelo Órgão de Solução de Controvérsias aos Membros da organização, após sua adoção, a implementar quaisquer medidas que reduzam seus direitos, mas tampouco terão diminuídas obrigações assumidas perante a comunidade internacional.

Essa posição não se opõe, antes complementa, a opinião de John H. Jackson¹⁴³, de que a interpretação correta acerca dos efeitos jurídicos da adoção do Relatório é uma combinação entre as possibilidades de números 3 e 5 há pouco enunciadas, ou seja, de que implicam tanto uma obrigação sujeita ao Direito Internacional imposta às partes em controvérsia, para que obedeçam às determinações estipuladas no Relatório, aplicáveis somente à controvérsia examinada, sem que seja criado precedente – recorde-se que muito da chamada *Jurisprudência do GATT-OMC* resulta de construção jurídica anglo-saxônica, que se baseia no *case law* – quanto uma "prática" seguida pelos signatários do Acordo Constitutivo da OMC, isto é, por seus Membros, de modo a servir como referência para defender uma interpretação específica consistente com a prática, conforme indicado pelo Artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Em síntese, a adoção do Relatório pelo Órgão de Solução de Controvérsias, no plano internacional: a) cria obrigações jurídicas para as partes em controvérsia, especialmente para aquela que violou um dos Acordos da OMC ou que tenha causado prejuízo ou anulação de benefício à outra; b) implica que os demais Membros da OMC não devem sofrer diminuição em seus direitos como resultado da implementação das recomendações e decisões contidas no Relatório; c) significa que tampouco serão reduzidas as obrigações dos demais Membros da OMC em virtude do Relatório adotado; e d) estabelece prática a ser seguida por todos os Membros da OMC quanto à questão decidida.

¹⁴² FROWEIN, Jochen A. *Remarks on the Dispute Settlement Understanding*, in: *Proceedings of the 88th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, p. 140-141.

¹⁴³ *The Jurisprudence ...*, cit., p. 126.