

# **O ORGANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO - *Introdução a alguns aspectos essenciais de seu funcionamento***

*Luís Cláudio Coni\**  
[luisc@stf.gov.br](mailto:luisc@stf.gov.br)

## **RESUMO**

Notas introdutórias essenciais à compreensão básica da missão e do funcionamento da Organização Mundial do Comércio, em especial do Órgão de Solução de Controvérsias em sua qualidade de órgão jurisdicional internacional, cuja produção normativa e construção jurisprudencial afetam diretamente os ordenamentos jurídicos nacionais e a atividade administrativa interna dos Estados, em razão dos compromissos internacionais por estes assumidos. Compreensão do movimento de aumento da transparência do funcionamento da OMC e da acessibilidade de suas decisões.

**Palavras-Chaves:** OMC – Organização Mundial do Comércio – OSC – Órgão de Solução de Controvérsias – *amicus curiae* – adensamento de juridicidade – tribunais internacionais – sistema romano-germânico – common law – stare decisis

**THE DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM IN THE WORLD TRADE ORGANIZATION – Essential introductory notes to an overall understanding of its mission and basic operational aspects.**

## **ABSTRACT**

An attempt is pursued, in the present essay, to offer some essential introductory notes to an overall understanding of the mission and functioning of the Dispute Settlement Mechanism of the World Trade Organization in its manifold aspects: either as an international quasi-tribunal or as, virtually, a norm-producing organ, whose interpretation of the law of international trade in the light of existing international agreements has prompted a true crossfertilization in regard to national courts of law as well as an imposing of new administrative procedures such as undertaken by ‘sovereign’ states. The reality of an ever-growing transparency of the WTO and its case reports are also approached as a means of demonstrating the democratization of dispute settlements.

**Keywords:** WTO – World Trade Organization – DSM – Dispute Settlement Mechanism – stare decisis – common law – quasi-tribunal – transparency – democratization.

---

\* Advogado. Funcionário do Supremo Tribunal Federal. Mestrando em Direito. Pesquisador do Grupo Integrado de Pesquisa em Direito Internacional Econômico em Sistemas de Integração.

## 1. Considerações Iniciais

### 1.1 A dupla esfera de construção do direito internacional (o O.S.C. e a C.I.J.)

A criação da Organização Mundial do Comércio inaugurou uma nova fase do direito internacional. De um lado, a adesão a tratados que não permitem a oposição de reservas, como é o caso do Acordo constitutivo da OMC, e, de outro lado, a introdução no jogo diplomático e no relacionamento entre os Estados de uma visão muito mais *rule-oriented* (juridicizada, por assim dizer, pois pautada por regras pré-concebidas e pré-acordadas, vinculantes e cogentes) do que *power-oriented* (pelo reconhecimento explícito das desigualdades no uso da força) são aspectos novos, cujas repercussões, como sabemos, têm permitido o desenvolvimento daquilo a que alguns autores têm chamado (de modo talvez otimista demais, na opinião de outros doutrinadores) de constitucionalização do direito internacional.

Nesse sentido, podemos afirmar que a impossibilidade de oposição de reservas a tratados tem o condão de estabilizar todo o sistema, pois impede a eventual exclusão seletiva, por parte de um futuro Estado-Membro, de aspectos essenciais, seja à constituição do próprio ordenamento a que deram causa, seja à possibilidade de uma adesão de futuros membros realizável em termos equitativos. E este, certamente, é o caso da Organização Mundial do Comércio, sobretudo se se considerar, como ocorre, de fato, a adesão progressiva dos diversos Estados. Enfim, afastar-se, de plano, a possibilidade de oposição de reservas ao Tratado provocou uma estabilização real da Organização Mundial do Comércio.

Essa originalidade, no que se refere ao Acordo Constitutivo da OMC, reflete-se também no “Órgão de Solução de Controvérsias” (OSC) ali previsto. Cabe destacar, neste ponto, o absoluto acerto da utilização do termo “controvérsias” para descrever os diferendos que se desenvolvem no âmbito da OMC. É que, ao se constituir um “Órgão de Solução de Controvérsias”, evidenciou-se a situação precisa de que não se trata, propriamente falando, de litígios, na ampla acepção jurídica do termo, pois a cogência das normas aplicáveis, quando de sua solução, deriva não de um ordenamento hierarquicamente organizado, mas, sim, do compromisso internacional cuja força vinculante reside na própria expressão do exercício da soberania externa do Estado nacional que se tornou, pela adesão ao Tratado - com as repercussões que lhe são devidas – Estado-Membro, com as responsabilidades que passam, assim, a ser inerentes a esta condição.

De outro lado, reconhecer-se a mera existência de ‘disputas’ seria reduzir o alcance da construção realizada em torno da OMC a uma simples hipótese de acertos diplomáticos. Conquanto

a solução puramente diplomática seja intrínseca à relação entre Estados - mesmo quando se tratar da OMC -, as controvérsias levadas à apreciação do OSC extrapolam esse limite, pois se submetem a regras cogentes pré-acordadas.

A originalidade revelada pela criação da OMC, a partir das particularidades acima mencionadas – impossibilidade de oposição de reservas ao tratado constitutivo (fator de estabilização), sistema de normas cogentes (*rule-oriented organization*) e reconhecimento da existência de “controvérsias” (que não são propriamente litígios, nem meramente disputas)<sup>1</sup> – deu uma feição, ao OSC, de verdadeiro construtor - ao lado da Corte Internacional de Justiça (CIJ) -, do próprio direito internacional, cuja dupla esfera, assim constituída, se revela a partir das decisões, provenientes de ambos os Tribunais (OSC e CIJ).

## **1.2 O processo de criação do direito internacional – notas introdutórias**

Apenas para ilustrar, cumpre rememorar, neste ponto, que o processo de criação do direito internacional encontra suporte no direito consuetudinário e nos princípios gerais de direito internacional, sendo, alguns destes princípios, comuns ao direito interno e dele extraíveis, como o princípio da igualdade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da boa fé e o princípio do *rebus sic stantibus*; enquanto outros são inerentes ao direito internacional, tais como o princípio da não-ingerência, o princípio da não-agressão e o princípio da autodeterminação. Também os Tratados, as decisões emanadas de Tribunais Internacionais, as decisões proferidas por Tribunais Nacionais e a Doutrina são fontes do direito internacional.

## **1.3 Recepção dos Tratados pelo ordenamento jurídico nacional – aspectos essenciais**

A recepção de tratados internacionais parece revelar a “*conjugação de duas vontades homogêneas*”, como bem reconheceu o Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>: de um lado, a do Congresso Nacional, representada na edição do decreto legislativo e, de outro, a do Presidente da República, que tem competência para promulgá-los, mediante decreto.

---

<sup>1</sup> Cabe referir, aqui, à observação de FIORATI, Jete Jane e GAMBARO, Carlos Maria, “*O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC*”, in Revista de Direito Constitucional e Internacional, RT, jul/set 2003, p. 8: “*A solução de disputas deixa de ser fundada em um pacto (contratual – como acontecia nos tempos do GATT) passando a fazer parte do quadro constitutivo de uma organização com personalidade jurídica internacional, isto é, passa a ser institucional...*”

<sup>2</sup> ADI 1.480/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO

Quanto ao *iter* procedimental da incorporação de tratados internacionais, algumas fases prévias se apresentam: em primeiro lugar, naturalmente, a própria celebração da convenção internacional, seguida de aprovação congressional (edição do decreto legislativo) e de ratificação pelo Chefe de Estado (edição do decreto presidencial).

Por outro lado, somente a edição do decreto presidencial de promulgação do ato congressional de aprovação da celebração do tratado internacional, com a conseqüente publicação oficial de seu texto, torna exequível o ato internacional recepcionado, desse modo, pelo ordenamento jurídico interno.

Neste ponto, cabe transcrever algumas considerações feitas pelo Ministro-Relator da ADI 1480/DF, perante o E. Plenário do Supremo Tribunal Federal:

“No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política...

.....  
*O exercício do ‘treaty-making power’, pelo Estado brasileiro (...) está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional”.*

Feitas essas considerações iniciais, passemos à análise do Organismo de Solução de Controvérsias e seu posicionamento na Organização Mundial de Comércio.

## **2. GATT x OMC**

### **2.1 Algumas diferenciações**

Enquanto o Acordo do GATT (*General Agreement on Tariff and Trade*) representava apenas uma carta de intenções, da qual constavam normas programáticas -ainda que seu alcance extrapolasse o simples compromisso em torno de tais normas programáticas, pois havia, claramente, resultados a serem alcançados, efetivamente -, é certo que, de outro lado, a OMC tem personalidade jurídica internacional, rege-se por um sistema de solução de conflitos e de produção de normas,

com participação de todos os membros em todos os acordos (à exceção, apenas, dos Acordos Plurilaterais):

*“Ao contrário do seu antecessor GATT, a OMC é uma organização dotada de personalidade internacional, de modo que, enquanto o primeiro era apenas uma carta de intenções, a segunda é um corpo institucionalizado. Muitas das deficiências apresentadas pelo sistema do GATT foram sanadas:*

- a) fim do “GATT à la carte”: na OMC todos os membros têm de participar de todos os acordos (com exceção dos Acordos Plurilaterais) – single undertaking(...)*
- b) normas deixaram de ser programáticas, ocasionando a diminuição do “fator político”, a nova instituição passou a ser regulada por normas mais precisas (rule oriented);*
- c) sistema de solução de conflitos mais rígido e sistematizado.”<sup>3</sup>*

## **2.2 Estrutura Jurídica da OMC**

O Acordo Constitutivo da OMC se compõe de quatro anexos assim constituídos:

Anexo 1 – Acordo Multilateral sobre Comércio de Mercadorias

Anexo 1a) GATT 1947 e 1994

Anexo 1b) Comércio de Serviços (GATS)

Anexo 1c) Direitos de Propriedade Intelectual relativos a comércio (TRIPS)

Anexo 2 – Entendimento sobre Solução de Controvérsias (DSU)

Anexo 3 – Mecanismo de Revisão das Políticas Comerciais

Anexo 4 – Acordos Plurilaterais (não se submetem à regra do *single undertaking*)

## **3. O Sistema de Solução de Controvérsias**

---

<sup>3</sup> FIORATI, Jete Jane e GAMBARO, Carlos Maria, “O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC”, in Revista de Direito Constitucional e Internacional, RT, jul/set 2003, p. 9

### **3.1 Estrutura Jurídica**

As regras orientadoras do sistema de solução de controvérsias constam do ESC – Entendimento sobre Solução de Controvérsias (*DSU - Dispute Settlement Understanding*), em conjunto de 27 artigos e 4 apêndices.

Os Apêndices versam os seguintes temas:

Apêndice 1 – Enumera, precisamente os acordos que se submetem às regras sobre o Entendimento sobre a solução de controvérsias (*Agreements covered by the Understandings*);

Apêndice 2 – Indica regras especiais aplicáveis aos casos em espécie, que afastam a aplicabilidade das regras específicas (*Special or Additional Rules and Procedures Contained in the Covered Agreements*);

Apêndice 3 – Estabelece os procedimentos para a instalação dos grupos especiais e os prazos pertinentes a cada situação, inclusive no que concerne aos recursos admissíveis (*Working Procedures*);

Apêndice 4 – Prevê regras para a formação de grupos de experts para fornecer subsídios aos ‘panels’, quando se tratar de questões técnicas especializadas (*Expert Review Group*).

É este o arcabouço normativo do Órgão de Solução de Controvérsias. Vejamos, agora, algumas de suas principais características.

### **3.2 Características do OSC**

Sublinhamos algumas especificidades quanto ao funcionamento do Órgão de Solução de Controvérsias: em primeiro lugar, é preciso ter claro que as regras em questão só se aplicam às consultas iniciadas após 01/01/1995 e alcançam apenas os acordos abrangidos pela OMC (Anexos 1, 2 e 4), com prevalência de uma eventual *lex specialis*.

Somente tem legitimidade ativa para provocar o OSC aqueles que já façam parte do acordo no âmbito do qual surgiu a controvérsia e estes estão obrigados a procederem a consultas amigáveis, tendo-se sempre em mente que qualquer país subdesenvolvido envolvido em controvérsias tem direito a tratamento especial, conforme prevê o art. 24 do ESC.

As regras inscritas no ESC se revestem de um caráter de jurisdição, submetendo as partes ao “*due process*” dos “*panels*” e do Órgão de Apelação. De um lado, o OSC é um elemento central da segurança e da previsibilidade (*security and predictability*) do sistema multilateral de comércio e, de outro, é o que lhe confere identidade institucional própria.

O OSC, no âmbito da OMS, é o que tem autoridade para estabelecer “*panels*”, adotar os relatórios dos “*panels*” e do Órgão de Apelação, manter a vigilância da implementação das decisões e recomendações e autorizar a suspensão das concessões e outras obrigações (art. 2º, § 1º)

Finalmente, cumpre destacar os valores processuais instrumentais: a precisão, a eficácia, a justiça e a eficiência da decisão e os valores processuais não instrumentais: o respeito da dignidade individual, da educação e da legitimidade institucional<sup>4</sup>.

### 3.3 Natureza Jurídica do OSC

Há grande discussão doutrinária acerca da verdadeira natureza jurídica do Órgão de Solução de Controvérsias. Alguns autores entendem que se trata de um método de solução política, outros entendem que tem natureza arbitral e poucos o vêem como revestido de natureza puramente jurídica:

Há, ainda, quem nele reconheça uma natureza híbrida<sup>5</sup> :

---

<sup>4</sup> Essa distinção é referida pelo Prof. FONTOURA, Jorge, “A imanência jurídica da OMC” in Revista de Informação Legislativa, Jan/Mar. 2002, p. 23-97.

*“Não se qualifica como sistema jurisdicional pleno porque nem as recomendações dos panels, nem as do Órgão de Apelação constituem de per se uma sentença arbitral ou judicial, pois só adquirem valor judicial a partir de sua adoção pelo OSC, que é órgão político”.*

### **3.4 Competência “ratione personae”**

São três os aspectos a determinar a competência “*ratione personae*” do OSC:

Em primeiro lugar, somente os membros da OMC possuem *locus standi*, somente eles têm legitimidade ativa para propor a instalação de grupos especiais. Em segundo lugar, todos os conflitos serão interestatais, podendo haver, em um mesmo processo, vários membros reclamantes, desde que as medidas contestadas sejam as mesmas e que todos os autores tenham iniciado consultas e requerido o estabelecimento do “*panel*” (art. 9.3)

Finalmente, não se admite a reconvenção. Revela-se possível, no entanto, a participação de terceiro interessado, podendo ser ouvido pelo “*panel*” e apresentar comunicações escritas, mas não podendo replicar, comentar relatórios, manifestar-se na apelação sobre questões não recorridas pelas partes, ou retaliar

### **3.5 Objeto da Controvérsia**

Um membro poderá reclamar contra outro Membro em duas hipóteses:

1) Quando entender que qualquer vantagem por ele obtida, direta ou indiretamente, no âmbito de um dos acordos da OMC, encontra-se anulada ou diminuída;

---

<sup>5</sup> PEREIRA, ANA CRISTINA PAULO, “Direito Internacional do Comércio”, p.11, Lumen Juris, 2003

2) Quando a realização de um dos objetivos de um dos acordos se encontra dificultada ou bloqueada<sup>6</sup>.

### 3.6 Ônus da Prova

#### 3.6.1 – Regra clássica

Aplica-se, no âmbito da OMC, a regra clássica que faz recair o ‘*onus probandi*’ sobre quem faz a alegação. Isso significa que, em princípio, todas as alegações apresentadas, seja perante o ‘*panel*’, seja perante o Órgão de Apelação, deverão ser provadas pela Parte que deu causa a tais alegações.

#### 3.6.2 - Inversão do ônus da prova:

Admite-se a inversão do ônus da prova em duas hipóteses:

a) quando a conduta de um Estado-Membro subsumir-se a qualquer das exceções previstas no Acordo, hipótese em que o ônus da prova caberá ao Membro que se beneficiar com tal exceção. Em outras palavras, qualquer das Partes poderá alegar que outra Parte beneficia-se de uma exceção prevista no Acordo, configurando-se, nesse caso, a chamada ‘defesa afirmativa’, que impõe o ônus da prova, não a quem alegou a ocorrência de tal hipótese (como seria natural), mas, isto sim, àquela Parte supostamente beneficiária da exceção prevista no âmbito do Acordo.

b) também há inversão do ônus da prova, quando as alegações sustentadas pela parte reclamante apoiaram-se em indícios tão sólidos e robustos que permitam, “*prima facie*”<sup>7</sup>, a verificação da evidência de tais alegações, situação que se aproxima, ‘*grosso modo*’, da noção de um ‘direito líquido e certo’. Nesse caso, caberá ao Estado reclamado refutar os

---

<sup>6</sup> *ibid*

<sup>7</sup> Nesse sentido, cumpre lembrar a noção de direito líquido e certo que em tudo se assemelha à noção de estabelecimento “*prima facie*” de um caso a ser apreciado, sendo esta última noção ainda mais firme, é dizer que a solidez das evidências e a clareza da situação de direito material evidenciada permite a apreciação, desde logo, do pedido, com alto grau de certeza. Já se disse que “*Un caso prima facie es uno que prevalecerá hasta que quede contradicho y superado por evidencia adicional*”, ou seja, dada a situação dos autos, evidencia-se o próprio direito.

argumentos que lhe tenham sido opostos, produzindo as provas necessárias para tanto, ainda que a alegação tenha derivado do Estado reclamante.

### 3.7 Regras orientadoras

As regras que orientam os procedimentos do OSC estão inscritas, sobretudo, no art. 3º do ESC, notadamente em seus §§ 4º, 5º e 7º.

Tais regras têm o condão de garantir o “*due process*”, fazendo prevalecer a “*rule of law*”, pois permitem introduzir a segurança jurídica e previsibilidade do sistema de solução de controvérsias. Isto significa, em suma, que os procedimentos adotados pelo “*panel*” e pelo Órgão de Apelação têm natureza jurídico-legal.

Essencialmente, as garantias inscritas no sistema adotado pelo OSC se consubstanciam (a) na possibilidade da adoção de um “*panel*” por qualquer Estado-membro, (b) com o direito de apelar da decisão que venha a ser proferidas e com (c) a automática adoção do Relatório final, que somente poderá ser afastado se houver consenso absoluto, em uma regra de inversão que estabiliza e fortalece o sistema de solução de controvérsias da OMC.

Como bem esclarece o art. 3º do ESC, “*As recomendações ou decisões formuladas pelo OSC terão por objetivo encontrar solução satisfatória para a matéria em questão(...)*” (§ 4º); “*Todas as soluções das questões formalmente pleiteadas ao amparo das disposições sobre consultas e solução de controvérsias, incluindo os laudos arbitrais, deverão ser compatíveis com aqueles acordos e não deverão anular ou prejudicar os benefícios de qualquer Membro(...)*” (§ 5º) e, finalmente, “*Antes de apresentar uma reclamação, os Membros avaliarão a utilidade de atuar com base nos presentes procedimentos (...)*” (§ 7º)

### 3.8 Eficácia das decisões

Também no que concerne à eficácia das decisões proferidas no âmbito do OSC, há grande discussão jurídica.

Alguns autores entendem que se trata de (a) mera recomendação. Neste ponto, cumpre rememorar que a prática da OMC, pelo contrário, impõe a obrigatoriedade da implementação de suas decisões

Outros argumentam que tais decisões possuem a força de (b) precedente, pois, embora não se trate de verdadeiro *stare decisis*<sup>8</sup>, têm eficácia operacional de precedente *de facto*, embora não rígido.

Há quem entenda que se trata, apenas, de uma (c) obrigação *inter partes*, pois impõem uma obrigação legal internacional para as partes em litígio de respeitá-la e implementá-la.

Argumenta-se, também, que as decisões proferidas pelo OSC seriam uma espécie de (d) interpretação definitiva. Vê-se, no entanto, que isto significaria uma inovação do próprio Tratado, a impor um efeito vinculante ainda mais poderoso do que o da “*stare decisis*”. Esta hipótese parece ser absolutamente inadequada.

Finalmente, tem-se que essas decisões do OSC representariam (e) um acordo entre partes relativo à interpretação (Convenção de Viena, art. 31, 3.b). Entendo – com John H. Jackson, que explicitou as considerações ora expostas - que esta é a abordagem mais maleável e realista da questão da eficácia das decisões do OSC, pois se o Relatório final é

---

<sup>8</sup> Cabe assinalar, neste ponto, que a regra do “*stare decisis*” no sistema do ‘*common law*’ implica em estabelecer como precedente, necessariamente aplicável, aquele de cuja situação fática idêntica à que se deve apreciar resultou determinada decisão, que, também, necessariamente, deverá aplicar-se ao caso posterior em exame, isto é: para aqueles casos de idêntica situação fática prevalece a decisão anteriormente proferida também para o caso posterior. A expressão “*stare decisis*” advém do latim “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa, em uma tradução livre, “ater-se ao que já decidido e não perturbar as questões já assentadas”

aprovado isto é suficiente demonstração de acordo entre partes relativo à interpretação, porque a ele se submeteram<sup>9</sup>

### 3.9 “*Standard of review*”

*Trata-se de uma mera constatação o fato de que as decisões emanadas do OSC podem, efetivamente, ter o condão de atingir decisões internas dos Estados-Membros. Para tanto, estabeleceu-se uma espécie de padrão de revisão das normas internas pertinentes à análise dos casos levados à apreciação do OSC.*

A esse poder de reforma de decisões nacionais, por parte do OSC, sobrepõe-se o chamado “*standard of review*”, que impõe certas diretrizes no exame das questões de direito relativas às decisões governamentais nacionais, que podem ser apreciadas pelo Órgão de Apelação.

Em outras palavras, por “*standard of review*”, devemos entender que essa noção se refere, efetivamente, “*à margem de apreciação que os ‘panels’ e o Órgão de Apelação deixam a critério das autoridades nacionais, quando da implementação das obrigações assumidas no âmbito da OMC*”<sup>10</sup>

Inicialmente, é preciso considerar que a jurisprudência nacional (local) pode ser utilizada analogicamente pelo OSC e que o conceito de razoabilidade das decisões, que se vêem submetidas à apreciação pelo OSC, deriva não de uma noção do que seria razoável na tomada de decisão por parte do Governo, mas remete, isto sim, à verificação do que um Governo razoável pode ou deve fazer. São estas as premissas na análise, pelo OSC, das questões de direito, relativas a decisões locais, que lhe são apresentadas.

---

<sup>9</sup> JACKSON, John H., “The Jurisprudence of GATT and the WTO”, Cambridge University Press, 2002, p. 125-129.

<sup>10</sup> OESCH, Matthias, “Standards of Review in WTO Dispute Resolution”, Oxford University Press, 2003, p.14

Para o deferimento, ou não, das decisões nacionais sob apreciação, o OSC deve verificar (a) se se trata, por parte das decisões governamentais locais, de uma interpretação **razoável** do estatuto ou de uma interpretação **permissível** sob o Estatuto e (b) se a cláusula do acordo em questão permite mais de uma interpretação (podendo valer-se, nessa análise, dos documentos relativos aos *travaux préparatoires*).

Ao determinar qual a interpretação permissível, o panel deve, finalmente concluir sobre se a interpretação dada pela decisão nacional se subsume à interpretação permissível dada à cláusula do acordo, em cujo hipótese haverá deferimento da decisão nacional em apreço.

### **3.10 Ações de prejuízo em não-violação**

Há hipóteses em que se torna possível o ajuizamento de “ações de prejuízo em não-violação” das normas do Acordo (“*non-violation*” ou “*supplementary-mode cases*”), quando, embora não havendo violação direta dos compromissos assumidos internacionalmente sob as normas do Acordo, a parte que apresenta a sua demanda veio, efetivamente, a sofrer prejuízo em decorrência das práticas comerciais do Estado reclamado.

Antes de mais nada, cumpre esclarecer que não se configura violação dos acordos da OMC se esta não decorreu (a) do não-cumprimento, por um Membro, das obrigações decorrentes dos acordos da OMC ou (b) da aplicação, por um Membro, de uma medida contrária, ou não, às disposições dos acordos da OMC<sup>11</sup>

Feitas essas considerações, verificamos que a jurisprudência<sup>12</sup> emanada das decisões proferidas pelos “*panels*” ou pelo Órgão de Apelação tem afirmado a necessidade de proteção de uma expectativa ‘razoável’, em face da imprevisibilidade da medida em análise. A causa de pedir, em tais casos, pois, remete às condutas que, embora não sendo

---

<sup>11</sup> PEREIRA, Ana Cristina Paulo (organizadora), “Direito Internacional do Comércio - Mecanismo de Solução de Controvérsias e Casos Concretos na OMC”, Lumen Juris, 2003, p. 1-62

<sup>12</sup> [http://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/analytic\\_index\\_e/gatt1994\\_08\\_e.htm](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/gatt1994_08_e.htm)

ilegais, poderiam “...alterar o equilíbrio de direitos e obrigações decorrentes do (...) acordo...” (art. 4.2).

No caso “*EC-Asbestos*”, por exemplo, o Canadá argumentou que a proibição de venda e importação de produtos contendo amianto por parte da França impedia ou reduzia (“*nullification*” ou “*impairment*”) a obtenção de benefícios, sendo aplicável, em tal caso, o art. XXIII. A Comunidade Européia, por sua vez, ofereceu contra-razões refutando a aplicabilidade do art. XXIII. Ao se pronunciar sobre o caso em espécie, o Órgão de Apelação teceu as seguintes e importantes considerações, quanto à relação entre o Art. XXIII:1(a) e o Art. XXIII:1(b):

*“O conteúdo do Art. XXIII:1(a) indica que a causa de pedir deve derivar do inadimplemento de uma ou mais obrigações por parte do Estado-Membro, nos termos do acordo GATT 1994, de tal modo que a demanda que se fundamenta na norma inscrita no Art. XXIII:1(a) deve ter suporte na alegação de que o Estado-Membro agiu de modo inconsistente com as normas constantes do GATT 1994. De outro lado, o Art. XXIII:1(b) indica uma outra causa de pedir derivada da alegação de que, a partir da aplicação de uma medida qualquer, o Estado-Membro reduziu ou impediu a obtenção de benefícios por parte de outro Estado-Membro, independentemente do fato de tal medida estar em conformidade, ou não, com as regras do Acordo GATT 1994. Sendo assim, não se revela necessário, sob a égide da norma inscrita no Art. XXIII:1(b), demonstrar que a medida em causa esteja em conformidade, ou, ao contrário, possa vir a transgredir as normas do Acordo GATT 1994. É por tal razão que, em tais casos, quando aplicável o Art. XXIII:1(b), tais situações são identificáveis como ‘prejuízo em não-violação’; observamos, no entanto, que a expressão “não-violação” não consta da norma em apreço. O objetivo desse remédio por assim dizer um pouco estranho foi descrito pelo Grupo Especial do caso ‘European Economic Community - Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins...’<sup>13</sup>, nos seguintes termos:*

“A idéia subjacente [ao Art. XXIII:1(b)] é a de que a melhoria no nível de competitividade das oportunidades que se apresentam e que podem ser legitimamente esperadas pelas Partes a partir da concessão de certa tarifa pode,

---

<sup>13</sup> **No original:** “Article XXIII:1(a) sets forth a cause of action for a claim that a Member has failed to carry out one or more of its obligations under the GATT 1994. A claim under Article XXIII:1(a), therefore, lies when a Member is alleged to have acted inconsistently with a provision of the GATT 1994. Article XXIII:1(b) sets forth a separate cause of action for a claim that, through the application of a measure, a Member has ‘nullified or impaired’ ‘benefits’ accruing to another Member, ‘whether or not that measure conflicts with the provisions’ of the GATT 1994. Thus, it is not necessary, under Article XXIII:1(b), to establish that the measure involved is inconsistent with, or violates, a provision of the GATT 1994. Cases under Article XXIII:1(b) are, for this reason, sometimes described as ‘non-violation’ cases; we note, though, that the word ‘non-violation’ does not appear in this provision. The purpose of this rather unusual remedy was described by the panel in *European Economic Community - Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins...*”

efetivamente, vir a ser frustrada não apenas pela transgressão das normas constantes do Acordo, mas também pela adoção de medidas que estão em absoluta conformidade com ele. E é justamente para que as Partes se sintam encorajadas a fazer concessões, é que se faz necessário dar-lhes o direito de compensação quando uma concessão recíproca venha a ser indevidamente reduzida ou anulada pela adoção de qualquer medida, esteja ela em conformidade, ou não, com as regras do Acordo em causa.<sup>14</sup>”

A excepcionalidade desse tipo de ação (de prejuízo em não-violação), no entanto, foi reafirmada pelo “*panel*”, quando do julgamento do Caso “*Japan-Film*”, a partir da alegação, por parte do Estados Unidos, de que certas medidas adotadas pelo Japão na distribuição de filme e papel fotográfico impediam ou reduziam a obtenção dos benefícios que deviam derivar das concessões aceitas pelo Japão após três rodadas de negociações multilaterais. Assim se pronunciou o “*panel*” naquele caso:

*“Embora a ação de prejuízo em não-violação seja um remédio importante e um instrumento aceito pelo sistema de solução de controvérsias do GATT/OMC e conste de suas “normas” há mais de 50 anos, sublinhamos o fato de que, em apenas oito casos, os “panels” ou as partes consideraram, seriamente, alegações fundadas o Art. XXIII:1(b). Tal situação sugere, claramente, que, tanto as partes contratantes sob o âmbito do GATT ou os Estados-Membros da OMC têm utilizado tal remédio com a devida precaução e, de fato, o têm tratado como um instrumento extraordinário de solução de controvérsias. Observamos, neste ponto, que tanto a Comunidade Européia quanto os Estados Unidos tiveram a oportunidade de reafirmar, no caso “EEC-Oilseeds” que a ação de prejuízo em não-violação deve ser utilizada e tratada como um instrumento de exceção. A razão para tal precaução é bastante clara: os Estados-Membros negociaram certas regras às quais se vinculam de comum acordo, e somente em casos realmente excepcionais podem aceitar ser objeto de demandas fundadas em situações que não revelam nenhuma hipótese de transgressão de tais regras”<sup>15</sup>.*

---

<sup>14</sup> **No original:** “The idea underlying [the provisions of Article XXIII:1(b)] is that the improved competitive opportunities that can legitimately be expected from a tariff concession can be frustrated not only by measures proscribed by the General Agreement but also by measures consistent with that Agreement. In order to encourage contracting parties to make tariff concessions they must therefore be given a right of redress when a reciprocal concession is impaired by another contracting party as a result of the application of any measure, whether or not it conflicts with the General Agreement.”

<sup>15</sup> **No original :** “Although the non-violation remedy is an important and accepted tool of WTO/GATT dispute settlement and has been ‘on the books’ for almost 50 years, we note that there have only been eight cases in which panels or working parties have substantively considered Article XXIII:1(b) claims. This suggests that both the GATT contracting parties and WTO Members have approached this remedy with caution and, indeed, have treated it as an exceptional instrument of dispute settlement. We note in this regard that both the European Communities and the United States in the *EEC - Oilseeds* case, and the two parties in this case, have confirmed that the non-violation nullification or impairment remedy should be approached with caution and treated as an exceptional concept. The reason for this caution is straightforward. Members negotiate the rules that they agree to follow and only exceptionally would expect to be challenged for actions not in contravention of those rules.”

Questão bastante interessante surgiu do Caso “*Korea-Procurement*”, em cuja oportunidade, e com referência às conclusões do Órgão de Apelação no Caso “*EC-Computer Equipment*”, discutiu-se a relevância do histórico das negociações quanto ao estabelecimento de quais seriam as expectativas razoáveis ou legítimas em casos de prejuízo em não-violação. O “*panel*” naquele caso, chegou, em suma, à seguinte conclusão:

*“(...) existe uma diferença de perspectiva quanto às expectativas razoáveis que uma determinada Parte possa ter, de um lado, e a compreensão mútua que se estabelece entre todas as Partes de um acordo, de outro lado. A informação disponível no momento das negociações talvez o seja apenas para algumas Partes, mas não para todas. Em outras palavras, a matéria de fato trazida à apreciação do Grupo Especial pode variar, efetivamente, em ambos os momentos em que apresentada e, portanto, o seu valor probatório e o seu peso poderão variar respectivamente.”<sup>16</sup>*

Apenas para exemplificar a especificidade da ação de prejuízo em não-violação, cumpre relembrar o Comunicado do Canadá – no que se refere ao Acordo TRIPS -, em que aquele Estado afirmou que “*a dificuldade da aplicação do conceito de não-violação torna-se ainda mais aparente quando se trata de definir o conceito de ‘benefício’, pois o remédio jurídico da ação de prejuízo em não-violação encontra fundamento nas ‘expectativas razoáveis’ quanto aos benefícios que possam derivar da medida adotada(...)*”. Isso significaria, segundo o Canadá que se mostra “*essencial que haja uma compreensão, compartilhada por todos os Membros, no momento da própria negociação, do sentido e do alcance dos benefícios esperados, e em que consistiriam(...)*”. Finalmente, concluiu, no mencionado Comunicado, que “*no caso da propriedade intelectual, há muitas visões diferentes entre si do significado do ‘benefício’ a ser atingido, sendo esta uma noção capaz de gerar muito debate e nenhum consenso(...)*”<sup>17</sup>

Como se vê, as ações de prejuízo em não-violação podem ser intentadas por qualquer membro que se sinta prejudicado, independentemente de ter negociado

---

<sup>16</sup> **No original:** “(...)there is a difference in perspectives of the reasonable expectations of one party as opposed to the mutual understanding of all the parties. The information available at the time of the negotiations may be available to some parties but not all. In other words, the evidence before the panel may be different in the two analyses and the weighting and probative value may also differ.”

<sup>17</sup> Communication from Canada -**IP/C/W/127** (10 February 1999 )(99-0498)

originariamente, ou não, a concessão, cabendo, ao reclamado, o ônus da prova de que a expectativa em causa não era razoável. Finalmente, as alegações apresentadas devem vir acompanhadas de sólidos indícios.

Em suma: o caso precisa ser estabelecido “*prima facie*”, ao qual se aplica a inversão do ônus da prova quanto à razoabilidade da expectativa da parte prejudicada.

## **4. Etapas do Mecanismo de Solução de Controvérsias**

### **4.1 Etapas propriamente ditas:**

#### **4.1.1 Consultas**

Em conformidade com as regras orientadoras do funcionamento do Órgão de Solução de Controvérsias, os Membros devem apresentar as suas demandas, inicialmente, por meio de uma consulta amigável ao Estado-Membro supostamente em violação das normas do Acordo pertinente ao caso.

O interesse em realizar essa consulta amigável deve ser informado ao OSC e aos Conselhos e Comitês respectivos, com a descrição dos motivos do pedido de consulta, as medidas que são objeto de investigação e os fundamentos legais que lhe dão suporte.

Em caso de a consulta vir a ser negada ou resultar infrutífera, em um prazo de 60 dias, o Estado-Membro consultante poderá solicitar à OSC a instalação de um *panel*. Cumpre rememorar, neste ponto, o fato de que os prazos aplicáveis poderão ser dilatadas se o país reclamado for um país em vias de desenvolvimento (PVD), nos termos do art. 12, § 10 do ESC.

#### **4.1.2 Estabelecimento do Grupo Especial (“Panel”)**

O estabelecimento de um Grupo Especial ou “Panel”, em havendo vencido o prazo das consultas sem resultado efetivo ou tendo estas sido expressamente negadas, poderá ser solicitado, por escrito, pelo Estado reclamante, ao OSC, com a devida descrição das consultas realizadas, a explicitação das medidas que foram questionadas e um relatório em que conste a fundamentação legal de seu pedido.

Essa requisição será apreciada na primeira reunião do OSC, com a respectiva instalação do *panel*, que somente não terá lugar em caso de haver consenso nesse sentido. A necessidade de consenso para o afastamento da instalação de um grupo especial, por sua vez, traduz uma maior estabilidade a todo o sistema de solução de controvérsias da OMC, porque dificulta as injunções meramente políticas, ampliando o acesso a tais mecanismos por parte de todos os Estados-Membros.

É preciso fazer referência, neste ponto, aos chamados “*standards terms of reference*”. Tais ‘Termos de Referência’ constituem uma apropriação da tradição anglo-saxã de definição detalhada, desde o primeiro momento, de todos os termos do contrato, que deverão ser interpretadas conforme essa expressão de vontade das partes. Assim é, também, no âmbito do OSC da OMC, quando da constituição de um Grupo Especial. Nesse caso, as Partes, em acordo, quando assim o desejarem, podem apresentar a sua própria descrição dos Termos de Referência (“*standard terms of reference*”), caso decidam eleger outros que não os termos-padrão do ESC.

Uma vez estabelecido o “*panel*”, ocorrerá a indicação dos juízes ou ‘panelistas’. O Grupo Especial é normalmente formado por três juízes, mas as partes poderão optar por escolher cinco. Por sua vez, o Secretariado indicará um panelista que poderá ser rejeitado pelas partes, desde que com fundamento em motivo relevante para tanto. Se não houver acordo quanto aos nomes dos panelistas, o Estado-Membro requisitará ao Diretor-Geral a indicação de novos juízes, em consulta com o Presidente do OSC e do Conselho ou Comitê concernente.

Qualquer Estado-Membro, na qualidade de terceiro interessado, pode requisitar a sua participação no GE, desde que demonstrado o seu “*substantial interest*”.

Instaurado o GE, os panelistas têm até uma semana para estabelecer uma agenda rígida, com prazos para razões e contra-razões e a apresentação de uma estimativa de prazo para a conclusão final da controvérsia. Como os prazos são rigorosos, eventuais dilações de prazo devem ser informadas ao OSC, não podendo ir além de nove (9) meses a partir da instalação do “*panel*”. Faculta-se à Parte reclamante, no entanto, pedir suspensão de até doze (12) meses dos trabalhos do “*panel*”.

Para usar uma terminologia que nos é familiar, podemos dizer que, antes da realização da primeira audiência, as Partes devem encaminhar as suas razões ao Grupo Especial, sendo que, durante a primeira audiência, é possível fazer sustentações orais e proceder-se à oitiva de terceiros interessados. Finalmente, as contra-razões escritas podem ser apresentadas até a realização da segunda audiência, em que se viabilizará a réplica do reclamado e tréplica do reclamante.

De outro lado, o “*Panel*” pode consultar qualquer *expert*, especificamente quanto à matéria em análise, por intermédio de um *expert review group*, que produzirá um relatório para o *panel*.

Chegamos, assim, ao final do que poderíamos chamar de “Fase de instrução”. Neste momento, o Relatório do “*panel*” será entregue às partes concernentes, que apresentarão, querendo, as suas considerações. Decorrido o prazo para recebimento de tais considerações, o Grupo Especial emitirá um Relatório Prévio (“*interim report*”), com o resumo dos fatos, as alegações das partes, os argumentos dos ‘panelistas’, as conclusões pertinentes e a respectiva sentença.

Não havendo impugnação, por qualquer das partes, ao “*interim report*” (Relatório Prévio), o “*panel*” fará circular o Relatório Final entre todos os membros da OMC. Tal Relatório, no entanto, somente poderá constar da agenda da OSC, no sentido de sua adoção, após haver circulado, entre todos os Membros, durante 20 dias.

Cabe assinalar que qualquer dos Membros da OMC poderá apresentar objeções ao relatório final. De outro lado, se nenhuma das partes envolvidas demonstrar o seu interesse em apelar da decisão do Grupo Especial, o Relatório Final será adotado pelo OSC na respectiva reunião de apreciação do Relatório.

#### **4.1.3 Recurso ao Órgão de Apelação**

O Órgão de Apelação é composto por sete membros indicados pelo OSC, com mandato de quatro (4) anos renováveis por mais quatro (4), sendo que a cada dois (2) anos renova-se três vagas (Art. 17.2 do “*working procedures for appellate review*”). Dentre os indicados, formam-se grupos de três membros chamados de “*divisions*”.

Em primeiro lugar, é preciso afirmar que a competência do Órgão de Apelação resume-se à apreciação das questões de direito e de eventuais interpretações normativas ventiladas durante o processo de apreciação do caso pelo Grupo Especial. Isto significa que a apelação no âmbito do OSC da OMC possui, como sabe, efeito suspensivo e efeito devolutivo (posto que o Órgão de Apelação poderá ter cognição de todos os fundamentos do pedido na apreciação das alegações concernentes às questões de direito), mas não se viabiliza, nessa instância, a reapreciação de matéria fática.

Somente tem legitimidade para interpor o recurso de apelação as próprias partes (terceiros interessados não podem fazê-lo), no prazo máximo de sessenta (60) dias. Se, no entanto, houver a devida comunicação ao OSC, esse prazo poderá ser dilatado para um máximo de noventa (90) dias.

Para apelar, a parte deverá informar sua intenção ao OSC, preenchendo um “*Notice of Appeal*” (Aviso de Apelação), do qual constará (a) título do relatório do panel, (b) nome do apelante, (c) endereço e telefone do apelante e (d) breves alegações acerca do relatório, de cujo decisão se interpõe o recurso de agrava, bem assim as questões de direito levantadas.

Dez dias após a apresentação da *Notice of Appeal*, as razões de apelação deverão ser arquivadas junto ao Secretariado com cópia para a(s) apelada(s). As contra-razões de apelação deverão ser apresentadas até vinte e cinco (25) dias a partir do Aviso de Apelação

Os procedimentos do Órgão de Apelação são sigilosos, os relatórios escritos na ausência das partes e os votos individuais mantidos no anonimato (*no-dissent rule*).

#### **4.1.4 Aprovação da Recomendação pelo OSC**

O relatório final do Órgão de Apelação deve ser aprovado pelo Órgão de Solução de Controvérsias e precisa ser acatado incondicionalmente, por todos os Estados Partes. Esse Relatório, que poderá manter, modificar ou mesmo reverter as conclusões e o veredicto do “panel” somente poderá ser rejeitado de forma consensual. Qualquer dessa deliberações ocorrerá em até 30 dias contados a partir da circulação do Relatório Final entre todos os Membros.

Havendo sido adotado o Relatório Final, pelo OSC, este deverá reunir-se-á, em até 30 dias, para ouvir da parte vencida suas intenções a respeito da obediência e implementação das recomendações feitas no relatório

#### **4.1.5 Implementação da recomendação**

Poderá haver acordo entre as partes acerca de um período de tempo razoável (“*reasonable period of time*”) para que as recomendações constantes do Relatório Final sejam implementadas. Tal proposta, no entanto, deverá ser aprovada pelo OSC (“*sequencing arrangement*”).

Se isto não ocorrer, em 90 dias a partir da adoção do relatório final, uma arbitragem, cuja decisão será compulsória e irrecorrível, deverá determinar o tempo que julgar necessário para que a parte modifique as medidas danosas. Este prazo da arbitragem não poderá ultrapassar 15 meses da adoção do relatório final. Seis meses após determinado o período razoável de tempo, o OSC deverá inserir em sua agenda de reuniões a questão da fiscalização da obediência e implementação das recomendações

A parte vencida deverá providenciar um relatório escrito, contendo os progressos da implementação em 10 dias antes de cada reunião do OSC. Caso a parte vencida não as implemente, a outra parte poderá requisitar ao OSC que antes do término daquele período razoável de tempo venha a ser chamada para oferecer compensações.

Se nada resultar de tais negociações, em até 20 dias após o período estabelecido como razoável (“*reasonable period of time*”), o reclamante poderá requisitar a suspensão de concessões e outras obrigações vinculadas ao acordo.

Cumpre assinalar, neste ponto, a possibilidade de reconvocação do “*panel*”, quando houver dúvidas ou desacordo, por parte do reclamante, quanto à existência, consistência ou propriedade das ações levadas a cabo pela parte vencida<sup>18</sup>, no sentido da implementação das recomendações do OSC.

---

<sup>18</sup> PEREIRA, Ana Cristina Paulo (organizadora), “Direito Internacional do Comércio - Mecanismo de Solução de Controvérsias e Casos Concretos na OMC”, Lumen Juris, 2003, p. 1-62

*Sendo assim, dever-se-á iniciar novo processo, de preferência com os mesmos membros do “panel” original, e cujo relatório deverá circular dentro de 90 dias a partir da data em que a questão foi levantada. Dessa nova decisão, também caberá apelação.*

Finalmente, denomina-se de “retaliação cruzada”, aquela circunstância em que a suspensão das concessões e outras obrigações venha a alcançar outro acordo (ou outro setor)

#### **4.1.6 Modelos de Implementação**

Os autores geralmente concordam em que a jurisprudência do OSC tem indicado três tipos de modelos de implementação das recomendações constantes de suas decisões:

1) O Modelo do Caso das Bananas, ou “*Banana Model*”:

- Os julgadores primeiramente determinam a consistência das medidas de implementação relativamente às regras da OMC (função do Grupo Especial - art. 21.5) antes de estabelecer o nível de suspensão das concessões (função da Arbitragem - art. 22)

2) O Modelo do Caso dos Salmões ou “*Salmon Model*”:

- Os membros acordam uma solução seqüencial (“*sequencing arrangement*” – ver item n. 4.1.5 acima)

3) O Modelo decorrente do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias ou “*SCM Agreement Model*” :

- Emprego de regra do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias - SMS que permite a extensão do período de retaliação com base no art. 22, o qual, de outra forma, seria imediatamente aplicável

#### 4.1.7 Arbitragem

O art. 25 do Entendimento sobre a Solução de Controvérsias (ESC) prevê a possibilidade da utilização de arbitragem, na solução das demandas das partes, em lugar do estabelecimento de um Grupo Especial ou “panel”.

Para que uma arbitragem seja estabelecida, no entanto, as partes envolvidas na disputa deverão pactuar a esse respeito, definindo, previamente, os procedimentos a serem utilizados, e assumindo o compromisso formal de se submeterem à autoridade da decisão que venha a ser proferida. Todos os membros da OMC deverão ser notificados com suficiente anterioridade ao real início do processo arbitral. Terceiros podem participar com anuência das partes e assumindo a obrigação de se submeter à decisão arbitral

#### 4.2 Cronograma dos prazos para o processo de solução de controvérsias (“Panel”):

Eis uma visão geral dos prazos concernentes ao processo de solução de controvérsias:

Consultas, mediação etc.....	60 dias
<b>ESTABELECIMENTO DO “PANEL” E ESCOLHA DE SEUS</b>	
<b>MEMBROS.....</b>	
<b>45 DIAS</b>	
Relatório final para as partes .....	6 meses
<b>E PARA OS DEMAIS MEMBROS.....</b>	
<b>3</b>	
<b>SEMANAS</b>	
OSC adota o relatório final do “panel” (caso não haja apelação).....	60 dias
<b>Total sem apelação.....</b>	<b>1 ano</b>

#### 4.3 Cronograma do Processo de Apelação

Quanto ao Processo perante o Órgão de Apelação, são estes os prazos aplicáveis:

Total sem apelação.....	1 ano
-------------------------	-------

**RELATÓRIO DO ÓRGÃO DE APELAÇÃO.....60 A**

**90 DIAS**

OSC adota relatório final do Órgão de Apelação.....30 dias

*Total com apelação.....1 ano e 3 meses*

## **5. O “amicus curiae” na OMC**

### **5.1 Considerações acerca do papel do “amicus curiae” perante os Tribunais em geral**

Antes de nos depararmos com o papel do “*amicus curiae*” perante a OMC, cumpre verificar algumas considerações assentadas pela jurisprudência da Suprema Corte brasileira<sup>19</sup>:

São estas, segundo o Supremo Tribunal Federal, algumas características do “*amicus curiae*”:

- “1) Objetiva pluralizar o debate constitucional;
- 2) Permite dispor de todos os elementos informativos possíveis à resolução da controvérsia;
- 3) Leva ao pleno conhecimento de todas as implicações ou repercussões da causa;
- 4) Qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal;
- 5) Viabiliza a abertura democrática do processo;
- 6) Fortalece uma perspectiva eminentemente pluralista, compatível com a natureza política de que se acha impregnado.”

No que tange à “*relevância da matéria em exame e (à) representatividade adequada da entidade postulante*”, entendeu o Ministro Relator da ADI 2321-MC, que o “*amicus curiae*”:

---

<sup>19</sup> ADI 2321-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO

- “1) Deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação na causa;
- 2) Deve proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio;
- 3) Não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação de informações que lhe venham a ser solicitadas;
- 4) Deve proceder à sustentação oral”

Feitas essas considerações, analisemos a participação do “*amicus curiae*” no âmbito da OMC.

## **5.2 Participação do “*amicus curiae*” na OMC**

### **5.2.1 Evolução**

A questão da participação do “*amicus curiae*” foi inicialmente suscitada, perante o OSC, no âmbito do Caso dos Camarões e Tartarugas, no qual Organizações não-governamentais (ONGs) submeteram seus memoriais ao “*panel*” que veio a recusá-los, alegando não os haver requisitado, e para tanto invocando a norma inscrita no art. 13 do ESC (Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias), de seguinte teor:

*“Todo grupo especial terá direito de recorrer à informação e ao assessoramento técnico de qualquer pessoa ou entidade que considere conveniente(...)”*

Vê-se, portanto, que, diante do problema da participação do “*amicus curiae*” no âmbito da OMC, o seu primeiro pronunciamento, por decisão emanda do Grupo Especial no Caso dos Camarões e Tartarugas, se deu no sentido do reconhecimento da exclusividade de iniciativa do Grupo Especial, para tanto, inviabilizando-se, desse modo, no caso concreto, a apresentação de memoriais não solicitados.

Houve recurso ao Órgão de Apelação, que assim se pronunciou:

“a interpretação, por parte do Grupo Especial, do seu ‘direito de recorrer à informação e ao assessoramento técnico de qualquer pessoa ou entidade que considere conveniente’ (nos termos do art. 13 do ESC – inclusão nossa), como sendo exclusivo, revela-se desnecessariamente formal e demasiadamente técnica, pois parece claro que se qualquer indivíduo viesse a formular pedido de juntada de memoriais ou outras declarações, o Grupo Especial poderia, naturalmente, indeferir tal pleito. Isto também significa, no entanto, que, se ao exercer a sua discricionariedade em um caso concreto, entendesse, de outro lado, da possibilidade de deferimento de tal pedido, sem impor dilações indevidas ao processo em apreço, resta claro que poderia fazê-lo, nos termos em que considerasse apropriado”<sup>20</sup>

Aberta a possibilidade, como se vê, da apresentação de memoriais por parte de “*amici curiae*”, ou, ao menos, afastada a exclusividade de iniciativa do próprio Grupo Especial, em tais questões, o Órgão de Apelação concluiu, com a seguinte recomendação:

“O Grupo Especial, no entanto, no exercício de sua discricionariedade, deveria, também, consultar as partes envolvidas na controvérsia. Nesse tipo de situação, do ponto de vista absolutamente prático, desaparece qualquer tendência de diferenciação entre ‘informações solicitadas’ e ‘informações não-solicitadas’” (§ 107 do caso em exame)<sup>21</sup>

Essa interpretação permitiu, na prática, a introdução da possibilidade de participação de “*amicus curiae*”, por meio de uma interpretação do art. 13 do ESC, sob críticas de que essa circunstância teria criado uma espécie de assimetria entre atores institucionais e atores não-institucionais. Seguiram-se outros desdobramentos jurisprudenciais.

Posteriormente, em um momento um tanto confuso da construção jurisprudencial quanto ao tema da participação do “*amicus curiae*” na OMC, o Órgão de Apelação, no Caso do Aço Americano (“*US-CVD on Steel*”) estabeleceu uma diferenciação entre direito, por parte do OA de receber memoriais, de um lado, e inexistência da obrigação de fazê-lo,

---

<sup>20</sup> **No original:** “That the panel’s reading of the word ‘seek’ is unnecessarily formal and technical in nature becomes clear should an individual or body first ask permission to file a statement or a brief. In such an event, a panel may decline to grant the leave requested. If, in the exercise of sound discretion in a particular case, a panel concluded *inter alia* that it could do so without unduly delaying the panel process, it could grant permission to file a statement or a brief, subject to such conditions as it deems appropriate.” Na tradução, constam adições, com o propósito de clarificação do sentido original

<sup>21</sup> **No original:** “ (...) The exercise of the panel’s discretion could, of course, and perhaps, should, include consultation with the parties to the dispute. In this kind of situation, for all practical and pertinent purposes, the distinction between ‘requested’ and ‘non-requested’ information vanishes”

de outro lado, polarizando a interpretação, desse modo, entre direito e obrigação de receber memoriais de “*amici curiae*”, sempre no âmbito do que dispõe o art. 13 do ESC.

Eis o teor, no ponto, desse entendimento jurisprudencial:

“Indivíduos e organizações, que não são membros da OMC, não possuem o direito de submeter memoriais ou de serem ouvidos perante o Órgão de Apelação. O OA não tem a obrigação legal de aceitar ou de levar em consideração memoriais não solicitados submetidos por ‘*amici curiae*’, sejam indivíduos ou organizações, que não são membros da OMC. O Órgão de Apelação tem o dever legal de receber, apenas, memoriais e documentos que lhe sejam submetidos por membros da OMC, seja na qualidade de partes da controvérsia ou de terceiros”. (§ 41 do caso em análise)<sup>22</sup>.

Essa posterior interpretação traz a marca clara da oposição, por membros da OMC, à abertura jurisprudencial à participação do “*amicus curiae*”, sobretudo por entenderem, como acima afirmado, que tal circunstância criaria uma assimetria entre atores institucionais e não-institucionais.

De todo modo, ela parece inadequada, porque o art. 13 da ESC não impõe nenhuma consulta prévia aos membros da OMC quanto ao direito, do Grupo Especial, de recorrer às informações que entender conveniente. Teria o Órgão de Apelação agido “*ultra vires*” ?

Em outro momento de sua atuação, durante o julgamento do Caso do Amianto, após os procedimentos do Painel, o Órgão de Apelação decidiu, pela primeira vez na história da OMC, convidar à participação todos e quaisquer interessados (“*public invitation*”), por uma interpretação do art. 16(1) das Normas relativas aos Procedimentos do Órgão de Apelação que prevê:

“Art. 16 (1) - No interesse da equidade e da manutenção da ordem relativamente à atuação em face dos procedimentos de apelação, e sempre que se apresentar uma questão procedimental não prevista no presente documento, a Seção (‘*divison*’) poderá adotar, apenas quanto ao caso em apreço, apenas, o procedimento que entender conveniente, desde que não se revele incompatível com o ESC, os demais Acordos e as regras aqui previstas”.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> **No original:** “Individuals and organizations, which are not members of the WTO, have no legal right to make submission or to be heard by the Appellate Body. The AB has no **duty** to accept or consider unsolicited *amicus curiae* briefs submitted by individuals or organizations, not Members of the WTO. The Appellate Body has a legal duty to accept and consider only submissions from WTO Members, which are parties or third parties in a particular dispute”.

<sup>23</sup> “In the interest of fairness and orderly procedure in the conduct of an appeal , **where a procedural question arises** that is not covered by these rules, a Division may adopt an appropriate procedure for the purpose of that appeal only provided that it is not inconsistent with the DSU, the other covered agreements and these rules.”

Vê-se que essa interpretação ampliou o alcance da norma inscrita no art. 16(1) das Regras de Procedimento do Órgão de Apelação para permitir a consulta pública.

Se, por um lado, reconhecemos a norma autorizadora do recebimento de memoriais de “*amici curiae*” (art. 13 do ESC) quando solicitados pelo Grupo Especial, e, de outro lado, a norma que permite a consulta pública, ainda que por uma ampliação indevida do dispositivo constante do art. 16(1) das Regras de Procedimento relativas ao Órgão de Apelação, ainda não sabemos, realmente, que norma ou normas autorizariam, expressamente, o recebimento de memoriais ou documentos não solicitadas.

Quando do julgamento do Caso dos Varietais japoneses (“*Japan Varietals*”), finalmente, assim decidiu o Órgão de Apelação:

“O Grupo Especial tem o ‘direito de recorrer à informação e ao assessoramento técnico de qualquer pessoa ou entidade que considere conveniente’, nos termos do art. 13 do ESC, e, nos termos do art. 11.2 do Acordo SPS, nos casos a este submetido, no sentido de melhor compreender e avaliar as provas e os argumentos trazidos pelas partes, mas não poderá utilizar tais informações como razão de decidir em favor do demandante”<sup>24</sup>

Finalmente, pois, apesar da abertura da OMC para a participação do “*amicus curiae*”, resta claro que essa contribuição tem sido limitada jurisprudencialmente, como faz prova a decisão mencionada que impediu a adoção – como ‘*ratio decidendi*’ - dos argumentos constantes dos memoriais solicitados ou dos pareceres de ‘experts’ requisitados pelo Grupo Especial, se tais argumentos não tiverem sido, também, levantados por qualquer das Partes.

### 5.2.2 Diretrizes jurisprudenciais

Podemos afirmar, então, que se estabeleceram as seguintes diretrizes jurisprudenciais:

Quanto aos Grupos Especiais ou “panels”:

---

<sup>24</sup> **No original:** “A panel is entitled to seek information and advice from experts and from any other relevant source it chooses, pursuant to Article 13 of the DSU and, in an SPS case, Article 11.2 of the SPS Agreement to help it to understand and evaluate the evidence submitted and the arguments made by the parties, **but not to make the case for a complaining party.**”

- 1) Os Painéis podem aceitar memoriais não solicitados (DSU, art. 13);
- 2) Os Painéis não têm a obrigação legal de responder ao *amicus curiae*, nem de fazer referência, em suas decisões, às informações trazidas pelo *amicus curiae*;
- 3) Os Painéis podem (não se trata de um dever) consultar as Partes sobre se desejam aceitar os memoriais não solicitados trazidos pelo *amicus curiae*;
- 4) Podem recusar os argumentos constantes dos memoriais, mas não podem rejeitar o seu recebimento sob a alegação de que não foram solicitados.

Quanto ao Órgão de Apelação:

- 1) O OA tem autoridade para receber memoriais de “*amici curiae*” (art. 16 das Regras Procedimentos do Órgão de Apelação)
- 2) A participação do “*amicus curiae*” pode ser solicitada pelo OA (art. 16(1) - convite público à participação de *amici curiae*).
- 3) O convite se dá *ad hoc* (para o caso concreto apenas).

Resta, no entanto, em aberto, a seguinte indagação: de onde derivaria uma eventual autorização normativa a permitir, ao OA, receber memoriais não solicitados ? Pois o art. 13 do ESC refere-se apenas aos Grupos Especiais ou “*panels*” e o art. 16 (1) das Regras de Procedimentos do Órgão de Apelação inscreve-se no âmbito de uma autorização “*ad hoc*”, isto é, para o caso concreto, sem caráter de generalidade.

Estaríamos diante de uma interpretação do art. 16(1) das Regras de Procedimentos do Órgão de Apelação, por analogia ao art. 13 do ESC (que se refere apenas aos “*panels*”) ? Isto seria, como afirmou Petros Mavroidis<sup>25</sup> o reconhecimento da aplicabilidade da teoria dos poderes implícitos (“*implied powers*”) no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio ?

---

<sup>25</sup> MAVROIDIS, Petros C., “Amicus Curiae Briefs Before the WTO: Much Ado About Nothing”, in Festschrift für Claus-Dieter Ehlermann, eds. Armin von Bogdandy, Petros C. Mavroidis e Yves Meny, Kluwer, 2002.

### 5.2.3 Reações às diretrizes jurisprudenciais firmadas pela OMC quanto à participação do “amicus curiae”

Inicialmente, cumpre relembrar que os Estados Unidos da América propuseram uma maior abertura e transparência da OMC no documento apresentado àquela instituição, denominado “*Contribution of the United States to the Improvement of the Dispute Settlement Understanding of the WTO Related to Transparency*”<sup>26</sup>, no qual aquele país propôs (a) a publicidade das reuniões e dos documentos apresentados perante os órgãos da OMC (exceto quando houvesse necessidade de confidencialidade), (b) a publicidade das decisões dos Grupos Especiais e do Órgão de Apelação e (c) a possibilidade de participação de “*amici curiae*”.

Aparte essa situação específica, a construção jurisprudencial que veio a permitir uma gradual abertura à participação do “*amicus curiae*” suscitou as mais variadas reações de diversos membros, inclusive do Brasil, que argumentavam, dentre outras razões, o fato de que tal abertura estaria a conceder a atores não-institucionais mais poderes do que dispõem os próprios membros, que teria ido contra o opinião geral dos membros quanto a tais questões, que essa atitude abriria a OMC à politicagem intensa, sobrecarregando o sistema desnecessariamente e prejudicando o interesse dos países em desenvolvimento. Finalmente, muitos argumentaram que o Órgão de Apelação teria agido muito além de sua própria competência e do mandato que lhe foi outorgado

## 6. Caráter jurisdicional das decisões da OMC

### Evolução da jurisprudência do GATT<sup>27</sup>:

A prática, no âmbito do GATT, ainda distante de um sistema orientado por regras pré-concebidas e cogentes (rule-oriented), que repousava sobretudo na necessidade do sucesso de uma negociação, iniciou por qualificar o desrespeito às regras constantes do Acordo como “*nullification*” ou “*impairment*” (GATT 1947 – art. XXIII), que remetia a três situações: (a) a incapacidade de qualquer das Partes de cumprir as suas obrigações, (b)

---

<sup>26</sup> “Contribuição dos Estados Unidos ao Aprimoramento do Entendimento sobre Solução de Controvérsias da OMC com relação à Transparência”

<sup>27</sup> Para melhor compreensão desse tema, ver JACKSON, John H., “The Jurisprudence of GATT and the WTO”, Cambridge University Press, 2002.

a aplicação, por qualquer das partes, de uma medida em confronto com as disposições do Acordo e (c) a existência de qualquer outra situação<sup>28</sup>.

Esse simples noção de impedimento de implementação de regras do acordo (“*impairment*”) ou de anulação das regras (“*nullification*”), quando ocorrente qualquer desrespeito às suas disposições – e sempre na esteira de evolução da força de cogência das normas em questão - evoluiu para a noção de “*breach of obligation*” (inadimplemento da obrigação), constituída a partir do reconhecimento de uma situação de “*nullification*” ou “*impairment*” que pode ser estabelecida “*prima facie*”, isto é, de modo evidente e indiscutível.

Essa noção de inadimplemento da obrigação é muito importante, porque a ausência do seu reconhecimento não afasta, imediatamente, a possibilidade de ajuizamento de ações em não-violação do acordo, naqueles casos em que, ainda que não ocorrente qualquer situação de “*breach of obligation*”, reconhecível “*prima facie*”, a parte cause evidente prejuízo a outra parte, a partir da adoção de medidas aparentemente em conformidade com as regras do acordo.

As decisões proferidas no âmbito da OMC podem, finalmente, quanto à sua eficácia ser compreendidas e analisadas à luz do quanto discutido no item 3.8 acima.

## **7. Posicionamento do OSC da OMC em relação a outros Tribunais internacionais**

O Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OSC) situa-se entre os Tribunais Internacionais propriamente ditos, dentre os quais a CIJ (Corte Internacional de Justiça) e o ITLOS (Tribunal Internacional para os Direitos do Mar)

Dentre os Tribunais Internacionais, encontram-se Tribunais Criminais: TPI (Tribunal Penal Internacional), o TPII (Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia) e o TPIR (Tribunal Penal Internacional para Rwanda) e Tribunais de Arbitragem como a CPA (Corte Permanente de Arbitragem), o Tribunal de Arbitragem no âmbito do NAFTA e o ICSID (International Center for the Settlement of Investment Disputes).

---

<sup>28</sup>“ (...) (a) the failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement, or (b) the application by another contracting party of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement, or (c) the existence of any other situation,”

Finalmente, inúmeros Tribunais Regionais têm sido estabelecidos, como por exemplo, na Europa (ECHR, ECJ/CFI, EFTA, Benelux CJ), nas Américas (IACHR, TJAC, CACJ, CCJ) e na África (OHADA, COMESA, ACHPR)

## **8. Considerações finais acerca da importância do OSC como órgão de construção do direito internacional**

O fato de os interesses envolvidos nas controvérsias surgidas no âmbito da OMC atingirem, muitas vezes, um grande número de Estados Partes, com múltiplas repercussões, seja no que diz respeito aos compromissos internacionais assumidos sob a égide dos Acordos firmados, seja internamente, como causa imediata a refletir a interação entre Partes em um contexto tão amplo, como o do comércio internacional, e o fato dessa interação atingir áreas tão vitais da atividade estatal e da atividade privada humanas realçou, ao longo do tempo, a importância capital do mecanismo de solução de controvérsias como ativo construtor do próprio direito internacional.

Essa esfera normativa que se fundamentou, inicialmente, sob a égide do GATT, em um conjunto de regras marcado pela prevalência da chamada “*soft law*”<sup>29</sup> atingiu certa maturidade com a fundação da OMC e com a criação do OSC, cuja atuação, a partir de um ordenamento bem definido consubstanciado em normas cogentes e em órgãos verdadeiramente jurisdicionais, como o são o Grupo Especial e o Órgão de Apelação, tem permitido o desenvolvimento de um sistema de produção normativa, com características híbridas, pois, ao mesmo tempo em que suas instituições revelam muito da tradição romano-germânica (ao se verificar uma sistematização das normas em vários “*understandings*” e “*working procedures*”, por exemplo), a construção jurisprudencial remete à tradição do “*common law*” (que também se expressa em um sistema de formulários e petições bem definido). Essa recepção de dois sistemas parece permitir, de um lado, uma normatização mais estável e, de outro, uma possibilidade de atuação mais eficaz e de maior adaptabilidade.

---

<sup>29</sup> Quanto à discussão acerca da ‘soft law’ internacional, ver a *classificação de Christine Chinkin que inclui a chamada ‘soft law’ entre as normas que (1) foram articuladas de modo não-vinculante; (2) contêm termos vagos e imprecisos; (3) emanam de órgãos internacionais cujas decisões não são cogentes; (4) se dirigem a atores não-institucionais, cujas ações não têm o condão de constituir prática consuetudinária internacional; (5) que não se vinculam a qualquer tipo de teoria da responsabilidade; ou (6) se baseiam apenas na adesão voluntária a seus termos (...)* ‘

O Órgão de Solução de Controvérsias, que representa a inteligência de um sistema normativo de direito internacional derivado do exercício da soberania externa dos Estados não se limitou, no entanto, a apenas isso. Constitui-se, efetivamente, como um Tribunal internacional da maior importância, sobretudo se considerar que as suas decisões, talvez mais do que as de qualquer outro Tribunal internacional têm o condão de atingir e mesmo reformar a produção normativa interna e as decisões administrativas nacionais e influenciar os decisores, proativamente, em suas considerações na formação de políticas públicas.

A impossibilidade de oposição de reservas aos Acordos da OMC, a regra do “*single undertaking*”, a possibilidade do ajuizamento de ações em não-violação (porque possível diferenciar entre “*breach of obligation*” e prejuízo efetivo causado sem violação das regras), a cogência das normas aplicáveis e a jurisprudência emanada do OSC, a se constituir como um “*quase-stare decisis*”<sup>30</sup>, confrontadas todas essas características com a importância vital do comércio internacional em um mundo cada vez mais interdependente realçam a originalidade e a essencialidade da Organização Mundial do Comércio e de seu Tribunal, o Órgão de Solução de Controvérsias.

## REFERÊNCIAS:

1. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo, “*O Controle Legislativo dos atos internacionais*” in Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Jan/Mar.1985, p. 205-232
10. SCHWARZENBERGER, G. “*The principles of International Economic Law*” Recueil des Cours de l’Académie de Droit International, 1966, 117(I), p. 5-98
11. TREBILCOCK, M. e HOWSE, R. “*The Regulation of International Trade*”, Londres: Routledge, 2001, p. 25-50
12. VARELLA, Marcelo Dias, “*Direito Internacional Econômico Ambiental*”, Del Rey, 2004, p. 161-184
13. WTO. [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/tif\\_e/disp1\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/tif_e/disp1_e.htm)
2. CRETILLA NETO, J., “*Mecanismo Processual de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio - OMC: um sistema jurídico em construção na ordem internacional*” in Revista Forense, Jan/Fev. 200, p. 43-71

---

<sup>30</sup> Ver nota de rodapé nº 7

3. FIORATI, Jete Jane e GAMBARO, Carlos Maria, “*O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC - Organização Mundial do Comércio*” in *Revista de Direito Constitucional e Internacional do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional*, Jul/Set. 2003, p. 7-39
4. FONTOURA, Jorge, “*A imanência jurídica da OMC*” in *Revista de Informação Legislativa*, Jan/Mar. 2002, p. 23-97
5. HOEKMAN, Bernard M., e KOSTECKI, Michel M., “*The Political Economy of the World Trading System: the WTO and beyond*”, 2ª ed., Oxford University Press, 2001, p. 49-142
6. JACKSON, John H., “*The Jurisprudence of GATT and the WTO*”, Cambridge University Press, 2002, p. 113-192 e 399-413
7. MAVROIDIS, Petros C., “*Amicus Curiae Briefs Before the WTO: Much Ado About Nothing*”, in *Festschrift für Claus-Dieter Ehlermann*, eds. Armin von Bogdandy, Petros C. Mavroidis e Yves Meny, Kluwer, 2002.
8. OESCH, Matthias, “*Standards of Review in WTO Dispute Resolution*” Oxford University Press, 2003
9. PEREIRA, Ana Cristina Paulo (organizadora), “*Direito Internacional do Comércio - Mecanismo de Solução de Controvérsias e Casos Concretos na OMC*”, Lumen Juris, 2003, p. 1-62