

série

GVlaw

O Brasil e o Contencioso na OMC

Tomo I

Coordenadoras

Maria Lúcia L. M. Padua Lima
Barbara Rosenberg

Autores

Adriana Dantas
Antônio Garbelini Júnior
Barbara Rosenberg
Carolina Saldanha
Christiane Aquino
Cynthia Kramer
Elaini Cristina Gonzaga da Silva
Geraldo Valentim Neto
Haroldo de Macedo Ribeiro
Leandro Rocha de Araújo
Leonardo Peres da Rocha e Silva
Maria Lúcia L. M. Padua Lima
Maria Pia Bastos-Tigre
Michelle Ratton Sanchez
Rabih A. Nasser
Renê Guilherme da Silva Medrado
Roberta Danelon Leonhardt
Roberto Carvalho de Azevedo
Roberto Kanitz
Robson de Moura Fernandes
Rodrigo C. A. Lima
Vera Sterman Kanas
Vera Thorstensen
William Filgueiras



**Editora
Saraiva**



DIREITO GV

SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.

série *GVlaw*

Maria Lúcia Labate Mantovanini Padua Lima
Barbara Rosenberg
Coordenadoras

SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

O Brasil e o Contencioso na OMC

Tomo I

Adriana Dantas	Maria Pia Bastos-Tigre
Antônio Garbelini Júnior	Michelle Ratton Sanchez
Barbara Rosenberg	Rabih A. Nasser
Carolina Saldanha	Renê Guilherme da Silva Medrado
Christiane Aquino	Roberta Danelon Leonhardt
Cynthia Kramer	Roberto Carvalho de Azevedo
Elaini Cristina Gonzaga da Silva	Roberto Kanitz
Geraldo Valentim Neto	Robson de Moura Fernandes
Haroldo de Macedo Ribeiro	Rodrigo C. A. Lima
Leandro Rocha de Araújo	Vera Sterman Kanas
Leonardo Peres da Rocha e Silva	Vera Thorstensen
Maria Lúcia L. M. Padua Lima	William Filgueiras

1ª edição
2ª tiragem
2009





Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30
às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 –
Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax:
(61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 –
Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 –
Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-15076-8

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Solução de controvérsias : O Brasil e o contencioso na OMC : tomo I /
Maria Lúcia Labate Mantovanini Padua Lima, Barbara Rosenberg, coordenadoras. —
São Paulo : Saraiva, 2009. — (Série GVlaw)

Vários autores.

1. Comércio internacional 2. Contenciosos 3. Organização Mundial do Comércio 4.
Solução pacífica de controvérsias internacionais 5. Subsídios I. Lima, Maria Lúcia
Labate Mantovanini Padua. II. Rosenberg, Barbara. III. Série.

08-03747 CDD-382.92

Índice para catálogo sistemático:

Solução de controvérsias : Brasil e solução de controvérsias na OMC : Comércio
internacional 382.92

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Gerente de produção editorial Lígia Alves
Editora Manuella Santos de Castro
Assistente editorial Aline Darcy Flôr de Souza
Assistente de produção editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Ana Cristina Garcia / Bernadete R. S. Maurício
Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Sônia de Paiva Lima
Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Rita de Cassia S. Pereira
Serviços editoriais Ana Paula Mazzoco / Carla Cristina Marques

Data de fechamento da edição: 25-8-2008

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Aos alunos do *GVlaw*.

APRESENTAÇÃO

A FGV é formada por diferentes centros de ensino e pesquisa com um único objetivo: ampliar as fronteiras do conhecimento, produzir e transmitir idéias, dados e informações, de modo a contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do país e sua inserção no cenário internacional.

Fundada em 2002, a Escola de Direito de São Paulo privilegiou um projeto diferenciado dos currículos tradicionais das faculdades de direito, com o intuito de ampliar as habilidades dos alunos para além da técnica jurídica. Trata-se de uma necessidade contemporânea para atuar em um mundo globalizado, que exige novos serviços e a interface de diversas disciplinas na resolução de problemas complexos.

Para tanto, a Escola de Direito de São Paulo optou pela dedicação do professor e do aluno em tempo integral, pela grade curricular interdisciplinar, pelas novas metodologias de ensino e pela ênfase em pesquisa e publicação. Essas são as propostas básicas indispensáveis à formação de um profissional e de uma ciência jurídica à altura das demandas contemporâneas.

No âmbito do programa de pós-graduação *lato sensu*, o *GVlaw*, programa de especialização em Direito da Escola de Direito de São Paulo, tem por finalidade estender a metodologia e a proposta inovadora da graduação para os profissionais já atuantes no mercado. Com pouco tempo de existência, a unidade já se impõe no cenário jurídico nacional através de duas dezenas de cursos de especialização, corporativos e de educação continuada. Com a presente *Série GVlaw*, o programa espera difundir seu magistério, conhecimento e suas conquistas.

Todos os livros da série são escritos por professores do *GVlaw*, profissionais de reconhecida competência acadêmica e prática, o que torna possível atender às demandas do mercado, tendo como suporte sólida fundamentação teórica.

O *GVlaw* espera, com essa iniciativa, oferecer a estudantes, advogados e demais profissionais interessados insumos que, agregados às suas práticas, possam contribuir para sua especialização, atualização e reflexão crítica.

Leandro Silveira Pereira
Coordenador do GVlaw

PREFÁCIO

A Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV) foi criada em 2002 com o objetivo de renovar o ensino do Direito no Brasil, formando profissionais que tenham tanto um sólido conhecimento do sistema jurídico brasileiro quanto uma visão abrangente de áreas correlatas. A preocupação de inovar da Direito GV não se limita ao conteúdo; estende-se à forma de transmissão desse conhecimento. Assim, têm sido desenvolvidas metodologias não usuais no ensino do Direito no Brasil, por exemplo o método do caso, as simulações e o *role-playing*. É preciso salientar que a renovação do ensino do Direito no Brasil, perseguida pela Direito GV, tem um propósito maior que é o de contribuir com o desenvolvimento brasileiro, seguindo, dessa forma, a tradição de mais de meio século da Fundação Getúlio Vargas.

Como parte dessa proposta da Direito GV pareceu-nos pertinente que nossos alunos e o público em geral pudessem ter acesso à análise dos principais contenciosos do Brasil no Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC). Portanto, o sentido da presente coletânea é colaborar com esse projeto mais amplo da Direito GV, além de promover um registro do esforço brasileiro de uma inserção internacional mais bem qualificada.

Faz-se necessário ressaltar que o Brasil, nos treze anos de existência do OSC, acumulou considerável experiência nesse importante foro internacional. Basta mencionar que o país participou como demandante, demandado e terceira parte em mais de 86 casos. Apesar de o Brasil ainda ter uma participação não muito expressiva no fluxo de comércio internacional, do ponto de vista do uso do mecanismo de solução de controvérsias da OMC, ocupa a quarta posição dentre os países membros dessa organização.

Para se ter uma idéia de como tem sido intensa essa utilização, basta mencionar que os EUA, pilares do sistema multilateral de comércio e principais participantes do OSC, tiveram no mesmo período 260 casos. Do nosso ponto de vista, relatar e discutir os principais casos do contencioso brasileiro nesses últimos treze anos tem também o papel de resgatar parte

da memória desse esforço coletivo de aprimorar a inserção e o posicionamento do Brasil no sistema multilateral de comércio.

Na presente coletânea, consideramos imprescindível fazer um registro das observações de alguns dos principais atores que conduziram a participação do Brasil no OSC no período em foco. Para tanto, pudemos contar com a disponibilidade e generosidade de algumas das figuras centrais desse processo, a saber, o Ministro Celso Amorim, o Ministro Celso Lafer, o Prof. Dr. Luiz Olavo Baptista, o Ministro Roberto Rodrigues e o Ministro Sérgio Amaral.

Na elaboração deste livro tivemos, desde o início, a colaboração crucial do Ministério das Relações Exteriores, especialmente do Subsecretário-Geral para Assuntos Econômicos e Tecnológicos Roberto Carvalho de Azevedo, figura central da participação do Brasil no contencioso do OSC, e do Conselheiro Haroldo de Macedo Ribeiro, que dedicaram tempo valioso na escolha dos casos a serem analisados. Cabe também mencionar o estímulo de Vera Thorstensen, assessora econômica da missão permanente do Brasil em Genebra, para que esse projeto fosse levado adiante. Posteriormente, com a contribuição fundamental do Prof. Dr. Umberto Celli Junior, pudemos avançar na estruturação deste trabalho.

Contudo, sem a participação entusiasmada dos autores dos artigos desta coletânea, essas idéias iniciais jamais teriam tomado o formato final deste livro. Esses excelentes especialistas participaram ativamente em todas as fases deste projeto, como: distribuição dos casos previamente selecionados; consolidação de uma estrutura mínima de análise; elaboração propriamente dita dos artigos; e sucessivas revisões dos textos.

Não menos importante foi a presença incansável da mestrandia Ieda Miyuki Koshi Dias de Lima, que com sua organização e paciência tornou este trabalho possível. Os estagiários Flávia Donadelli, João Pedro Caleiro e Marilia Jimenez Zanona cumpriram seu papel dando a assistência necessária para que pudéssemos levar adiante este projeto.

O tamanho do desafio de realizar este livro foi compatível com todo o apoio institucional da Direito GV que tivemos desde o início. Agradecemos o voto de confiança da Diretoria da Direito GV, em especial do Prof. Dr. Ary Oswaldo de Mattos Filho, que com seu espírito pioneiro foi o grande incentivador deste projeto. A coordenação do *GVlaw* acolheu com

entusiasmo a proposta de execução desta coletânea, como parte da série *GVlaw* da Editora Saraiva, o que muito facilitou este trabalho.

Optamos por organizar os casos de acordo com os principais temas de negociação na OMC, a saber: Agricultura, NAMA e Regras. Além do mais, tratou-se também da parte procedimental e de implementação das decisões do OSC. Por sugestão dos editores e com o objetivo de facilitar a consulta, dividimos esta publicação em dois tomos.

No tomo I estão incluídos os depoimentos dos principais atores desse processo; as análises sobre as questões procedimentais e os casos relativos à agricultura, bens não agrícolas, e meio ambiente. Por sua vez, o tomo II traz os casos relacionados a regras; a discussão sobre a relação entre a OMC e outras instituições multilaterais; a análise sobre a implementação das decisões do OSC e uma síntese de todos os casos do Brasil no OSC até dezembro de 2007.

Acreditamos que o esforço de todos os envolvidos neste livro possa contribuir, de alguma maneira, para o conhecimento e maior compreensão da participação do Brasil no OSC.

Estamos seguras de que os resultados positivos obtidos pelo Brasil nesse foro internacional tão relevante são decorrência do trabalho coletivo de brasileiros talentosos e dedicados ao desenvolvimento do país.

Maria Lúcia L. M. Padua Lima
Barbara Rosenberg
Coordenadoras

SUMÁRIO

[Apresentação](#)

[Prefácio](#)

[Parte I](#)

[1 O Brasil e o mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC](#)
[Roberto Carvalho de Azevedo e Haroldo de Macedo Ribeiro](#)

[1.1 Introdução](#)

[1.2 Participação do Brasil](#)

[2 Depoimentos dos principais atores](#)

[Maria Lúcia L. M. Padua Lima \(organizadora\)](#)

[2.1 Depoimento do Ministro Celso Amorim](#)

[2.2 Depoimento do Ministro Celso Lafer](#)

[2.3 Depoimento do Prof. Dr. Luiz Olavo Baptista](#)

[2.4 Depoimento do Ministro Roberto Rodrigues](#)

[2.5 Depoimento do Ministro Sérgio Amaral](#)

[3 O Programa de Formação da Missão do Brasil em Genebra](#)
[Vera Thorstensen](#)

[3.1 Histórico](#)

[3.2 O programa de formação de jovens especialistas em OMC](#)

[3.3 Os números do programa](#)

[3.4 Balanço da experiência adquirida](#)

[Parte II](#)

[1 Revisitando o escopo e a função do mecanismo de solução de controvérsias da OMC: segurança e previsibilidade no sistema multilateral de comércio](#)
[Barbara Rosenberg](#)

[1.1 Introdução](#)

[1.2 Garras e dentes para o Sistema Multilateral de Comércio: o sistema de solução de controvérsias da OMC](#)

[1.2.1 A criação do mecanismo de solução de controvérsias da OMC](#)

[1.2.2 O “adensamento jurídico” do OSC: os procedimentos](#)

1.2.3 Algumas considerações sobre a jurisdição e competência do OSC: revisitando o escopo e a função do OSC no sistema multilateral de comércio

1.3 Considerações finais

Referências

2 A Organização Mundial do Comércio e as regras de direito intertemporal

Carolina Saldanha

2.1 Introdução e histórico do caso

2.2 Marco regulatório da controvérsia

2.2.1 Do pleito relativo aos Artigos I e II do GATT 1994

2.2.2 Do pleito relativo ao Artigo VI do GATT 1994

2.2.3 Do pleito relativo ao Artigo 32 do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias

2.2.4 Da aplicabilidade à controvérsia do GATT 1994

2.2.5 Do pleito relativo ao Acordo sobre Agricultura da Rodada Uruguai

2.2.6 Das decisões transitórias do GATT 1947, do Código de Subsídios e Medidas Compensatórias da Rodada Tóquio e do Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC

2.2.7 Do princípio da não-retroatividade dos tratados

2.2.8 Da interpretação literal versus objeto e propósito da OMC

2.2.9 Da integração e indivisibilidade do sistema da OMC

2.2.10 Relacionamento entre o GATT 1994 e o ASMC

2.2.11 Recomendação do OSC

2.3 Principais contribuições para o sistema brasileiro

2.4 Conclusões

2.5 Principais precedentes mencionados nos relatórios do OSC

Referências

3 A figura do amicus curiae na OMC

Roberta Danelon Leonhardt e Maria Pia Bastos-Tigre

3.1 Introdução

3.2 Os amicus briefs e a jurisprudência da OMC

3.2.1 O caso European Communities – Asbestos

3.2.2 A posição brasileira

3.3 O desafio do amicus curiae

3.4 Conclusão

Referências

4 Informações confidenciais privadas

Michelle Ratton Sanchez

4.1 Introdução: confidencialidade e proteção das informações do setor privado

4.2 Os casos “Embraer-Bombardier”: os contenciosos e os procedimentos especiais

4.2.1 O contraditório sobre procedimentos especiais

4.2.2 Procedimentos especiais

4.3 A repercussão dos procedimentos adotados nos casos Embraer e Bombardier: controvérsias posteriores

4.4 Propostas para reforma do ESC

4.5 Considerações finais

Anexo I – Extratos dos artigos que dispõem sobre confidencialidade e possibilidades de sua regulamentação

Apêndice I – Linha do tempo dos casos “Embraer-Bombardier”

Apêndice II – Estrutura básica de procedimentos especiais para informações confidenciais do setor privado e da proposta de reforma do ESC

Referências

5 Soluções mutuamente acordadas: identificação e seleção de controvérsias passíveis de negociação

Roberto Kanitz

5.1 Introdução

5.2 Controvérsias brasileiras e soluções mutuamente acordadas

5.2.1 Comunidade Européia – Medidas Relativas ao Tratamento Diferenciado e Favorável do Café Solúvel (DS154) e Medidas Relativas ao Café Solúvel (DS209)

5.2.2 Estados Unidos – Imposto de equalização do Estado da Flórida sobre o Suco de Laranja (DS250)

5.2.3 Brasil - Medidas referentes à proteção patentária (DS199)

5.2.4 Argentina – Salvaguardas transitórias contra têxteis (DS190)

5.3 Soluções mutuamente acordadas: regras e limitações

5.3.1 Processo de consultas obrigatórias

5.3.2 Composição de interesses: critérios para a seleção de controvérsias

5.3.2.1 Objeto da controvérsia

5.3.2.2 Critério legal

5.3.2.3 Critério político

5.3.2.4 Critério econômico

5.3.2.5 Critério cultural

5.4 Soluções negociadas: principais vantagens

5.5 Conclusão

Anexo I – Demais casos com soluções negociadas

Referências

Parte III

1 Agricultura e subsídios: o “caso do algodão” (WT/DS267)

Leandro Rocha de Araújo, Geraldo Valentim Neto, Leonardo Peres da Rocha e Silva e Renê Guilherme da Silva Medrado

1.1 Introdução

1.2 Aspectos gerais do contencioso: mercado, posição do Brasil, peculiaridades da demanda

1.3 Os programas de apoio agrícola dos EUA para o algodão

1.3.1 Marketing Loan Programme (MLP)

1.3.2 User Marketing (Step 2) Payments

1.3.3 Production Flexibility Contract (PFC) Payments

1.3.4 Market Loss Assistance (MLA) Payments

1.3.5 Direct Payments (DP)

1.3.6 Counter-cyclical Payments (CCP)

1.3.7 Crop Insurance Payments (CIP)

1.3.8 Cottonseed Payments

1.3.9 General Sales Manager 102 (GSM 102)

1.3.10 General Sales Manager 103 (GSM 103)

1.3.11 Supplier Credit Guarantee Programme (SCGP)

1.3.12 O reflexo dos programas de subsídios norte-americanos para o algodão

1.4 Os principais argumentos e os mais importantes aspectos da decisão do OSC

1.4.1 Aspectos processuais

1.4.2 A Cláusula de Paz

1.4.3 Sérios prejuízos aos interesses brasileiros: significativa contenção do aumento de preços

1.4.4 A alegação de ameaça de grave prejuízo

1.4.5 A legalidade do programa Step 2

1.4.6 A legalidade dos programas de crédito à exportação

1.4.7 Os principais pontos da decisão, desenvolvimentos recentes e impactos para a Rodada Doha

1.5 Considerações finais

Referências

2 O contencioso entre Brasil e Comunidades Europeias sobre subsídios Ao açúcar (DS266)

Christiane Aquino, Adriana Dantas e Cynthia Kramer

2.1 Introdução

2.2 O regime açucareiro europeu e seus efeitos

2.2.1 Principais instrumentos

2.2.2 Efeitos dos subsídios europeus

2.2.2.1 Efeitos sobre os preços no mercado internacional

2.2.2.2 Efeitos sobre as exportações de açúcar do Brasil

2.2.2.3 Efeitos sobre as economias dos países ACP

2.3 O contencioso

2.3.1 Sensibilidade política

2.3.2 Principais demandas apresentadas pelo Brasil

2.3.3 Alegações das Comunidades Europeias

2.3.4 Relatório do painel

2.3.5 Recomendação final pelo Órgão de Apelação

2.4 A implementação da recomendação

2.4.1 Prazo para implementação – arbitragem

2.4.1.1 Projeto de reforma do regime açucareiro europeu

2.4.1.2 Desdobramentos no âmbito do OSC – Acordo de sequencing

2.4.2 A reforma do regime açucareiro europeu vis-à-vis recomendações do OSC

2.4.3 O novo regime europeu do açúcar

2.4.3.1 Controle de exportações

2.4.3.2 Controle do antigo açúcar “C” remanescente

2.4.3.3 Controle das quantidades de açúcar extraquota reportadas (*carried-forward*)

2.4.3.4 Retirada de açúcar do mercado

2.4.3.5 Programa de reestruturação

2.4.3.6 Estocagem do açúcar

2.4.3.7 Compras de intervenção

2.4.3.8 Apoio direto ao produtor

2.4.3.9 Controle de preços

2.4.3.10 Taxa ao açúcar excedente

2.4.4 Perspectivas quanto à implementação da recomendação

2.5 Conclusão

Referências

3 O contencioso entre as Comunidades Europeias e o Brasil: Classificação aduaneira do frango desossado congelado (DS269)

Antônio Garbelini Júnior

3.1 Introdução

3.2 O Caso WT/DS269: classificação aduaneira do frango desossado congelado

3.3 Conclusão

Referências

Parte IV

1 Subsídios a bens industriais

Rabih A. Nasser e Robson de Moura Fernandes

1.1 Introdução

1.2 Brasil – Programa de financiamento às exportações de aeronaves (WT/DS46)

1.2.1 PROEX

1.2.2 Questões principais

1.3 Canadá – Medidas relativas às exportações de aeronaves civis (WT/DS70)

1.4 Canadá – Créditos de exportação e garantias de empréstimos para aeronaves regionais (WT/DS222)

1.5 Proposta de revisão do ASMC

1.6 Conclusões

Referências

Parte V

1 EUA – padrões para gasolina Reformulada e convencional

Vera Sterman Kanas

1.1 Introdução e importância do caso

1.2 Questões procedimentais

1.3 Os fatos e as medidas questionadas

1.3.1 O Clean Air Act de 1990 e o impacto na criação de novas normas

1.3.2 A medida questionada: a Gasoline Rule

1.3.3 A proposta de maio de 1994

1.4 Questões jurídicas

1.4.1 Disposições da OMC alegadas pelas Partes

1.4.2 Questões relacionadas à violação de regras da OMC

1.4.2.1 Artigo III do GATT

1.4.2.1.1 Artigo III:4 do GATT

1.4.2.1.2 Artigo III:1 do GATT

1.4.2.2 Artigo I:1 do GATT

1.4.2.3 Artigo XXIII:1(b) do GATT

1.4.2.4 Acordo TBT

1.4.3 Questões relacionadas à defesa: Artigo XX do GATT

1.4.3.1 Natureza e metodologia de análise do Artigo XX do GATT

1.4.3.2 Artigo XX(b)

1.4.3.2.1 Adequação da política

1.4.3.2.2 Necessidade

1.4.3.3 Artigo XX(d)

1.4.3.4 Artigo XX(g): painel e Órgão de Apelação

1.4.3.4.1 Adequação da política

1.4.3.4.2 Requisito de a medida ser “relativa à” proteção do recurso natural

1.4.3.4.3 Requisito da tomada de medida “em conjunto” com restrições à produção ou consumo doméstico

1.4.3.5 O caput do Artigo XX

1.4.3.5.1 Objeto e função do caput do Artigo XX

1.4.3.5.2 Método de análise do caput do Artigo XX do GATT

1.4.3.6 Afirmação de que a OMC não está em “isolamento clínico” em relação ao Direito Internacional Público

1.5 Implementação da decisão do DSB

Referências

2 Comunidade Européia – medidas relativas ao amianto e produtos que contêm amianto (DS135)

Vera Sterman Kanas

2.1 Introdução e importância do caso

2.2 Questões procedimentais

2.3 Os fatos e a medida questionada

2.4 Questões jurídicas de ordem procedimental

2.4.1 O recurso a experts

2.4.2 Amicus curiae briefs

2.4.2.1 Fase de painel

2.4.2.2 Fase de apelação

2.4.3 A participação ativa ou passiva de terceira parte

2.4.4 Ordem de exame das reclamações

2.5 Questões jurídicas substantivas: disposições da OMC alegadas pelas Partes

2.5.1 Aplicabilidade do Acordo TBT

2.5.1.1 Fase de painel

2.5.1.2 Fase de apelação

2.5.2 Violação do Artigo III:4 do GATT: relação entre os Artigos XI e III do GATT

2.5.2.1 Similaridade entre produtos

2.5.3 A defesa baseada no Artigo XX do GATT

2.5.3.1 Artigo XX(b) do GATT

2.5.3.1.1 Adequação da política

2.5.3.1.2 Necessidade da medida

2.5.3.2 O caput do Artigo XX do GATT

2.5.3.2.1 Discriminação arbitrária ou injustificada

2.5.3.2.2 Restrição disfarçada ao comércio

2.6 Considerações finais

Referências

3 Comércio Internacional e biotecnologia: o caso EC – Biotech

Elaini Cristina Gonzaga da Silva, Rodrigo C. A. Lima e William Filgueiras

3.1 Introdução

3.2 Desenvolvimento da disputa

3.3 Demanda europeia por interpretação mais ampla das medidas questionadas

3.4 A decisão do painel sobre as medidas questionadas

3.5 Considerações finais acerca do caso e da participação do Brasil

Referências

PARTE I

1 O BRASIL E O MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC

Ministro Roberto Carvalho de Azevedo

Subsecretário-Geral para Assuntos Econômicos e Tecnológicos.

Conselheiro Haroldo de Macedo Ribeiro

Assessor do Subsecretário para Assuntos Econômicos e Tecnológicos.

1.1 Introdução

Transcorridos quase treze anos da entrada em vigência do *Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias*¹ (ESC), em janeiro de 1995, já é possível reunir elementos suficientes para avaliar com precisão a relevância desse instrumento jurídico para o sistema multilateral de comércio. Ainda que se admita a necessidade de aperfeiçoar o mecanismo de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC) em muitos aspectos, já é amplo o reconhecimento de que o ESC constitui avanço institucional de singular importância no campo das relações internacionais.

Não parece haver espaço para dúvidas quanto às vantagens do mecanismo de solução de controvérsias da OMC em relação a seu antecessor da era GATT² (*General Agreement on Tariffs and Trade*). A adoção do chamado “consenso reverso”, segundo o qual decisões importantes como o estabelecimento de painéis ou a adoção de relatórios são automaticamente tomadas caso não se verifique a oposição do conjunto dos membros da OMC, trouxe maior previsibilidade ao sistema. A criação de uma instância recursal, o Órgão de Apelação, por sua vez, atribuiu maior juridicidade à complexa tarefa de dirimir litígios comerciais entre Estados soberanos. Por fim, a admissão do direito de suspender concessões e obrigações na hipótese de descumprimento de suas decisões – ou seja, de “retaliar” – conferiu ao sistema grau de atratividade e confiança que não encontra paralelo em outras cortes internacionais.

O Brasil considera o mecanismo de solução de controvérsias da OMC uma das principais realizações da Rodada Uruguai do GATT. Além de dar cumprimento a sua função precípua de resolver conflitos comerciais entre membros da OMC, o mecanismo de solução de controvérsias revelou-se instrumento fundamental (i) na interpretação dos compromissos assumidos no âmbito dos acordos que conformam o sistema multilateral de comércio e (ii) na geração de jurisprudência que, na prática, preenche lacunas e equaciona ambigüidades que muitas vezes estão presentes nas disciplinas multilaterais de comércio.

A possibilidade de obter esclarecimentos sobre o verdadeiro sentido de regras estabelecidas nos acordos da OMC pela via de deliberações de painéis e do Órgão de Apelação configura certamente um dos principais benefícios oferecidos pelo mecanismo de solução de controvérsias da organização. A jurisprudência que se forma a partir das decisões sobre os mais diversos assuntos confere previsibilidade e segurança jurídica às ações que os membros venham a adotar com base nos referidos acordos.

A jurisprudência gerada pelo mecanismo de solução de controvérsias tem adicionalmente a capacidade de influenciar de maneira decisiva as negociações destinadas a alterar ou complementar o acervo das disciplinas multilaterais de comércio já acordadas. Ao esclarecer o alcance dos acordos da OMC adotados ao final da Rodada Uruguai do GATT, por exemplo, o mecanismo de solução de controvérsias oferece uma compreensão melhor a

respeito dos direitos e deveres já contraídos pelos membros no passado e, assim, contribui para definir o que devem ser os “pontos de partida” para a negociação de novas disciplinas. Com base em deliberações do sistema de solução de controvérsia da OMC, é possível evitar que os membros sejam chamados a negociar e a fazer concessões adicionais para obter direitos que na realidade já tenham sido obtidos no passado.

Outro aspecto relevante do papel exercido pelo mecanismo de solução de controvérsias da OMC diz respeito às decisões sobre temas que não estão disciplinados com clareza nos diversos acordos. A exemplo do que ocorre no direito interno, as disciplinas multilaterais de comércio não cobrem todo o universo de situações que podem afetar o relacionamento comercial entre os membros do sistema. Em caso de dúvida sobre a cobertura ou não de uma situação pela disciplina multilateral, compete aos painéis e ao Órgão de Apelação lançar mão dos instrumentos de hermenêutica de que dispõem para exercer suas funções e deliberar sobre os casos que lhes são submetidos. A medida da dificuldade de semelhante tarefa pode ser avaliada à luz do teor do Artigo 3.2 do ESC, segundo o qual “As recomendações e decisões do Órgão de Solução de Controvérsias não poderão promover o aumento ou a diminuição de direitos e obrigações definidos nos acordos abrangidos”.

Pode-se afirmar que, em certo sentido e a despeito do teor do Artigo 3.2 do ESC, as disciplinas multilaterais têm progredido muito mais rapidamente pela via da jurisprudência do mecanismo de solução de controvérsias da Organização do que por meio das negociações entre os membros. Nesse contexto, o papel desempenhado pelo Órgão de Apelação tem sido especialmente relevante. O mecanismo de solução de controvérsias da OMC conta hoje com uma instituição em grau recursal consolidada e eficiente, capaz de beneficiar o conjunto dos membros da organização, inclusive aqueles que nunca fizeram uso do mecanismo de solução de controvérsias, por meio do aumento da previsibilidade e da segurança jurídica que resulta de suas decisões.

1.2 Participação do Brasil

Ao longo dos anos, o Brasil firmou-se como um dos principais atores do sistema de solução de controvérsias da OMC. Trata-se do país em desenvolvimento que mais vezes participou de procedimentos de solução de controvérsias ao amparo do ESC. Se considerados todos os membros da OMC, o Brasil ocupa o quarto lugar dentre aqueles que mais vezes atuaram no âmbito do sistema, após os Estados Unidos, a União Européia e o Canadá.

Apesar de responder por pouco mais de 1% do comércio internacional de bens, o Brasil registra hoje participação – como demandante, demandado ou terceira parte interessada – em cerca de 23% do total das controvérsias conduzidas ao amparo das regras do ESC. Esse dado ilustra a relevância da atuação brasileira no mecanismo de solução de controvérsias e a importância que o país atribui a esse sistema.

A participação do Brasil no mecanismo de solução de controvérsias da OMC pauta-se, via de regra, pelo objetivo de suprimir barreiras à entrada de produtos brasileiros nos mercados de outros membros. No mais das vezes, as barreiras comerciais surgem em setores em que as exportações brasileiras desfrutam de grande competitividade. Um dos alvos preferenciais tem sido o setor agrícola. Um primeiro grupo de entraves ao comércio enfrentado por esse setor compreende medidas restritivas de acesso a mercados tais como a imposição de barreiras não-tarifárias (sanitárias, fitossanitárias ou barreiras técnicas ao comércio), ações de defesa comercial (salvaguardas e direitos antidumping) ou, ainda, medidas que ocasionam desvio de comércio em virtude de esquemas preferenciais contidos em acordos regionais de comércio ou, por exemplo, em Sistemas Gerais de Preferências (SGPs).

A jurisprudência do GATT e da OMC com relação a esse tipo de medidas é cada vez mais rica e serve de precedente para várias questões que envolvem interesses brasileiros. Alguns exemplos da participação do Brasil nesse tipo de disputa são os contenciosos a propósito de medidas antidumping sobre frangos com a Argentina, sobre graduação e “regime drogas” no âmbito do SGP europeu, sobre a taxa de equalização aplicada pelos Estados Unidos ao suco de laranja e, mais recentemente, o contencioso relativo à reclassificação aduaneira de cortes de frango salgado pela União Européia e a arbitragem sobre o novo regime europeu para bananas.

Um segundo conjunto de medidas que afetam interesses brasileiros poderia ser qualificado como de “concorrência desleal” e incluiria, por exemplo, a concessão por países desenvolvidos de subsídios à exportação ou à produção doméstica, os quais conferem competitividade artificial a seus produtos nos mercados domésticos ou globais. A atuação do Brasil em contenciosos como o do algodão, iniciado contra os Estados Unidos, ou do açúcar, iniciado conjuntamente com Austrália e Tailândia contra a União Européia, levou à formação de importante jurisprudência sobre a matéria, limitadora de condutas violatórias à regra multilateral por parte de certos membros desenvolvidos da OMC.

O resultado da participação do Brasil no mecanismo de solução de controvérsias da OMC tem sido bastante positivo. A análise dos diversos casos em que o Brasil atuou e que compõe o cerne desta publicação constitui testemunho do desempenho exitoso do país no sistema. Independentemente dos resultados alcançados, porém, a mera capacidade demonstrada pelo Brasil de participar ativamente do referido mecanismo já configura, por si só, um grande benefício. A imagem do país melhora na medida em que o Brasil demonstra capacidade de reação quando seus direitos são afetados. O compromisso do Brasil com o multilateralismo e contra o unilateralismo fica mais evidente quando o país submete suas disputas às regras do sistema multilateral.

Acionar o mecanismo de solução de controvérsias não é apenas um exercício de obter – ou perder – vantagens econômicas. Trata-se igualmente de mecanismo de pressão política e de legitimação de direitos. As disputas levadas à OMC colocam a descoberto comportamentos protecionistas, violações a compromissos assumidos no plano multilateral e aplicação incorreta de acordos negociados livremente por países soberanos. Em muitos casos, as controvérsias inspiram a revisão desses mesmos acordos ou ainda a discussão acerca da necessidade de preencher lacunas existentes nas disciplinas multilaterais.

O mecanismo de solução de controvérsias deve ser acionado de maneira extremamente cuidadosa e responsável, após avaliação detida sobre aspectos técnicos e políticos envolvidos na questão, bem como sobre os ganhos reais que poderão ser alcançados pelo país ao final do contencioso. Nem toda causa legítima é uma boa causa. Se por um lado a participação do

Brasil no mecanismo confere maior visibilidade ao sistema e amplia a confiança do setor privado e do próprio governo no seu uso como instrumento efetivo de solução de disputas comerciais e de fortalecimento do sistema multilateral, por outro lado essa participação envolve riscos. O maior deles, naturalmente, é o da derrota, que pode significar não apenas deixar de atender aos interesses do setor privado envolvido, mas também estabelecer precedente muitas vezes danoso ao conjunto dos interesses do país.

Participar ativamente do mecanismo de solução de controvérsias da OMC, porém, não constitui uma opção para o Brasil, mas uma necessidade, um imperativo. Por seus efeitos sistêmicos, os resultados de alguns contenciosos podem ser extremamente prejudiciais ao país. Assim, revela-se fundamental que o Brasil participe deles, sempre que possível, com o objetivo de opinar sobre aspectos de seu especial interesse sistêmico, mesmo que a disputa concreta não envolva interesses comerciais diretos do país. Nessa mesma linha atuam membros como os Estados Unidos e a União Européia, que participam como terceiras partes interessadas na grande maioria dos contenciosos, cientes da importância e da necessidade de influenciar a formação da jurisprudência multilateral.

A participação ativa do Brasil no mecanismo de solução de controvérsias da OMC tem também o objetivo de assegurar que os painéis e o Órgão de Apelação, ao interpretarem dispositivos dos acordos multilaterais, levem em consideração a visão e as peculiaridades do mundo em desenvolvimento, o que não acontecerá na hipótese em que os contenciosos se mantenham circunscritos a partes oriundas do mundo desenvolvido.

Para fazer frente aos desafios de atuar de forma ativa no âmbito do sistema de solução de controvérsias da OMC, o Ministério das Relações Exteriores criou, em outubro de 2001, a Coordenação-Geral de Contenciosos (CGC). A CGC foi criada com o objetivo de ser o ponto de convergência das ações do governo brasileiro, em geral, e do Itamaraty, em particular, nos assuntos relativos a contenciosos comerciais no âmbito da OMC. O papel da CGC tem-se revelado desde então de grande relevância nos esforços empreendidos com vistas à eliminação de entraves às

exportações brasileiras e à busca de definições e esclarecimentos sobre as regras vigentes do sistema multilateral de comércio.

No curso dos últimos treze anos, e em especial desde a criação da CGC, o governo brasileiro tem tido êxito no aprimoramento de seus canais de diálogo com o setor privado nacional, com vistas a ampliar a utilização do mecanismo de solução de controvérsias da OMC em defesa dos interesses exportadores do país. As controvérsias na OMC desenvolvem-se, de modo geral, em longa e complexa sucessão de etapas, as quais envolvem consultas, painéis, apelação, adoção de relatórios, procedimentos de implementação, negociações de compensação e retaliação³. O passo inicial do processo, ou seja, a identificação do potencial contencioso, depende em larga medida de participação eficiente do empresariado nacional, a quem incumbe, em primeiro lugar, a tarefa de chamar a atenção do governo para as dificuldades impostas por outros membros da OMC a sua atuação empresarial.

Para ser capaz de atuar com propriedade na defesa de seus interesses comerciais, o empresariado nacional necessita familiarizar-se com as regras da OMC, o que pode ser feito por meio da contratação de assessoria jurídica e técnica competente na matéria. O estudo da participação do Brasil como parte demandante, parte demandada ou terceira parte interessada em contenciosos da OMC constitui contribuição importante para a formação de quadros no país capazes de apoiar o empresariado nacional e o governo em suas disputas concernentes às disciplinas multilaterais de comércio. O conhecimento reunido na presente obra, que seleciona e analisa alguns dos mais importantes contenciosos de que o Brasil tomou parte na OMC, certamente representa um passo importante na formação desses quadros.

¹ Da sigla em inglês *Dispute Settlement Understanding* (DSU).

² Acordo Geral de Tarifas e Comércio.

³ Para informações mais aprofundadas, ver Parte VIII, tomo II, deste livro.

2 DEPOIMENTOS DOS PRINCIPAIS ATORES

O objetivo de apresentar os depoimentos desses importantes atores foi o de colher as impressões e observações de quem tem participado ativamente no processo de utilização do sistema de solução de controvérsias da OMC. Optou-se por trazer um depoimento informal com o intuito de poder captar as nuances e dúvidas que sempre acompanham situações desse tipo. Além do mais, acredita-se que esse registro tem um caráter histórico por ilustrar a evolução institucional do sistema multilateral de comércio bem como da crescente atuação do Brasil nessa organização. Os depoimentos a seguir foram baseados em entrevistas concedidas, e organizadas, a Maria Lúcia Labate Mantovanini Padua Lima¹ entre os meses de junho e agosto de 2007.

2.1 Depoimento do Ministro Celso Amorim²

Durante a Rodada Uruguai, havia certa ambigüidade em relação à criação de um sistema de solução de controvérsias mais estruturado. De um lado, estavam os países ricos, que queriam colocar “dentes” nas normas do que era então o GATT e, também, incluir vários novos temas na negociação. De outro lado, os países em desenvolvimento, que viam com desconfiança a posição dos países ricos e, particularmente, a alteração do sistema de solução de controvérsias. Do meu ponto de vista, esse era um aspecto realmente importante por ser uma maneira de tornar as retaliações críveis. Na realidade, o sistema de solução de controvérsias existente na época possibilitava que mesmo um país apenas pudesse vetar um procedimento, ainda que fosse o país demandado. Até o Brasil já tinha sido prejudicado em função dessa possibilidade. Dou um exemplo que me ocorre: uma demanda do setor calçadista brasileiro contra um direito compensatório norte-americano, que não teve prosseguimento em decorrência dessa prerrogativa de suspensão do procedimento com o veto de apenas um país.

Assim, nunca conseguimos fazer aprovar no Conselho do GATT nossas demandas, pois bastava um país vetar. E, naturalmente, o país demandado sempre vetava. De qualquer forma, a reformulação do sistema de solução de controvérsias fazia parte do conjunto de propostas dos países desenvolvidos

na Rodada Uruguai, o que suscitava um receio natural dos países em desenvolvimento.

Em relação à posição do Brasil sobre a reformulação do sistema de solução de controvérsias na Rodada Uruguai, gostaria de ressaltar dois aspectos. Por um lado, foi percebida uma oportunidade derivada da criação do Órgão de Solução de Controvérsias, qual seja, a possibilidade de barrar ou, pelo menos, limitar o unilateralismo, principalmente dos países desenvolvidos. Hoje está muito claro que as regras do Órgão de Solução de Controvérsias inibem o comportamento unilateral. Mas quero ressaltar que, na ocasião, já havíamos percebido essa vantagem, ainda que ela estivesse colocada de maneira indireta.

Na década de 80, vimos como o Brasil foi ameaçado, chegando mesmo a sofrer retaliações, como nos casos da informática e das patentes farmacêuticas, o que nos obrigava a agir praticamente sob coação.

Por outro lado, havia um preço a pagar, que era a proposta de serem criados “dentes” em relação a alguns pontos que podiam não interessar ao Brasil. A grande vantagem, porém, era que esse processo ocorreria em um sistema multilateral, que tem mais transparência e é mais equilibrado. Na prática, as questões relativas à defesa comercial acabavam ficando sujeitas ao arbítrio dos países, ou seja, eram resolvidas unilateralmente. Por essa razão, houve muito empenho do Brasil na discussão do novo mecanismo de solução de controvérsias, proposto na Rodada Uruguai.

No período entre o surgimento do Documento Dunkel³ em 1991 e a conclusão da Rodada, lutamos com muito empenho para que fosse criado o Órgão de Solução de Controvérsias. Eu estava em Genebra⁴ quando surgiu o Documento Dunkel e, quando da conclusão da Rodada⁵, era Ministro⁶ do Itamar Franco⁷. Portanto, durante todo esse período, estive bastante envolvido com a questão. Alcides Prates⁸, nosso atual Embaixador no Vietnã, cuidava especificamente desse tema e colaborou muito com o esforço do Brasil de criar o Órgão de Solução de Controvérsias. Tínhamos a percepção de que era uma oportunidade, uma possibilidade de criar uma organização multilateral mais sólida. Gostaria também de citar, entre outras pessoas, o Embaixador Paulo Nogueira Batista⁹ e o Embaixador Rubens Ricupero¹⁰, que partilhavam dessa convicção de que se tratava de uma oportunidade importante para o Brasil.

Portanto, a idéia da criação do Órgão de Solução de Controvérsias, se nasceu com objetivo mais limitado e que atendia mais aos interesses dos países ricos, acabou tendo o papel relevante de permitir o desenvolvimento do aspecto multilateral na solução de disputas e, portanto, de reforçar a nova Organização Mundial do Comércio. Os EUA resistiram muito a uma instituição multilateral de comércio. É importante lembrar que o próprio GATT era parte de um acordo mais amplo¹¹ – Organização do Comércio e Emprego, cuja essência refletia as preocupações de Keynes¹² – que não foi aprovado pelo Congresso norte-americano. Quero ressaltar que a criação do OSC era um aspecto importante na constituição da OMC, e nós trabalhamos muito nesse sentido. Juntamos, inclusive, nossos esforços aos dos europeus e, por essa razão, trabalhamos muito com a Delegação das Comunidades Européias, cujo chefe na época era um Embaixador de origem vietnamita¹³. Acredito que o fato de o Tran Van Thinh ser originário de um país menos desenvolvido facilitou bastante nossos entendimentos.

Um aspecto que nos preocupava muito – os “dentes” já mencionados – era a chamada retaliação cruzada. Era uma possibilidade que veio efetivamente a ser utilizada. Diria até que, em parte, em favor dos países em desenvolvimento ou, pelo menos, de maneira mais equilibrada do que se imaginava.

Havia um grande temor – em razão de como os “dentes” haviam sido pensados – de que um órgão de solução de controvérsias, que abarcasse os três principais acordos (o novo GATT, o Acordo de Serviços¹⁴ e o Acordo de Propriedade Intelectual¹⁵), com as características que tivesse, significava um alto risco para os países em desenvolvimento. É preciso dizer que o desenho do que viria a ser a OMC, em geral, e o OSC, em particular, só se consolidou na fase final da Rodada. Em 1991, quando cheguei a Genebra, falava-se de uma concepção geral sobre a criação do OSC, ou seja, de maneira ainda pouco específica. Portanto, a criação de um Órgão de Solução de Controvérsias, que abarcasse aquelas três vertentes, era muito temida pelos países em desenvolvimento. Deve-se acrescentar que a idéia da retaliação cruzada foi introduzida pelos países ricos, sobretudo pelos EUA. Penso que o objetivo não era tanto estabelecer punições para o comércio de bens, mas, sobretudo, para violações em propriedade intelectual e serviços. Os países ricos, e volto a insistir, principalmente os

EUA, consideravam que, dado o fato de os países em desenvolvimento não serem produtores importantes de patentes, caso houvesse uma violação na área de patentes, a retaliação mais adequada seria em bens.

Havia, assim, essa preocupação por parte de muitos países em desenvolvimento, inclusive o Brasil, em relação à possibilidade de retaliações cruzadas. Em 1991, pouco antes da apresentação do Documento Dunkel, ocorreu uma reunião na missão dos EUA, da qual participaram os EUA, obviamente, as Comunidades Européias (CE), a Índia e o Brasil, para discutir a questão da retaliação cruzada, sem ainda haver certeza se a OMC viria a ser concretizada. Estava claro que o objetivo era criar “dentes”, mas duas “impressões digitais” viriam a ser incorporadas: uma da Índia e outra do Brasil.

A colaboração da Índia foi, principalmente, a adição de uma salvaguarda para que a retaliação cruzada não fosse usada imediatamente, quer dizer, sem antes serem esgotados todos os outros meios para ver a decisão implementada dentro do próprio acordo. Assim, se o problema fosse em bens, seriam primeiro tentados os meios existentes no acordo para bens, de modo a obrigar a implementação da decisão. Caso não fosse possível fazer cumprir a decisão, seria utilizada a retaliação prevista no mesmo acordo. Apenas se nem com o uso dessa retaliação resultasse a implementação da decisão é que se passaria para outro campo. A impressão digital da Índia foi essa: assegurar que as etapas seriam seguidas, para evitar que se passasse muito rapidamente para uma retaliação cruzada. A retaliação cruzada seria uma espécie de recurso extremo. Dessa maneira, como a própria retaliação já era pensada como sendo um derradeiro recurso, a retaliação cruzada seria deixada como um recurso *in extremis*.

A impressão digital do Brasil acabou sendo outra: quando nós verificamos ser inevitável que houvesse a retaliação cruzada, fizemos uma proposta que surpreendeu a muitos, inclusive ao próprio indiano. A posição por mim defendida foi a seguinte: se a retaliação cruzada iria funcionar de serviços ou propriedade intelectual para bens, deveria também funcionar de bens para serviços ou propriedade intelectual. Ou seja, deveria haver uma reciprocidade no processo de retaliação cruzada. Criou-se uma situação curiosa: EUA e CE não tinham como rejeitar. E foi essa a posição que ficou no Documento e fez parte do acordo final.

O mais curioso é o seguinte: a primeira vez que uma retaliação cruzada foi autorizada na OMC foi justamente no caso das bananas do Equador contra as Comunidades Europeias¹⁶. O Equador pediu para retaliar em propriedade intelectual. Argumentava que, se retaliasse em bens, estaria causando prejuízo a seu próprio país. Ou seja, estaria dificultando ou impedindo a compra, por exemplo, de bens de capital e outros produtos de que o país necessitava.

Considero importante tecer esses comentários porque o Brasil teve uma atuação relevante na Rodada Uruguaí na constituição tanto da nova instituição multilateral, em geral, quanto do Órgão de Solução de Controvérsias, em particular, com o objetivo principalmente de substituir as retaliações unilaterais. Se for feita uma leitura atenta do acordo sobre o Órgão de Solução de Controvérsias¹⁷, há um parágrafo que garante a não-utilização de retaliações unilaterais por parte dos países signatários. É verdade que o texto foi redigido em uma linguagem não muito clara, ou seja, o princípio foi colocado de forma meio indireta para que os EUA pudessem aceitar. O fato é que o compromisso tem sido seguido. Desde então, ao que me consta, não houve nenhum caso ou, pelo menos, nenhum caso importante de retaliação unilateral.

O Brasil teve esse papel respeitável de reforçar o multilateralismo contra o unilateralismo como garantia de um maior equilíbrio, mesmo com a introdução da novidade das retaliações cruzadas. A interpretação brasileira da retaliação cruzada passou a fazer parte do Documento Dunkel, e não saiu mais. Uma idéia simples mas crucial, para a manutenção do equilíbrio entre os países-membros desenvolvidos e os menos desenvolvidos.

Desde o início do OSC, o Brasil tem sido muito ativo na utilização desse novo mecanismo para solução de disputas, o que vem tendo impacto muito grande nas atuais negociações da Rodada Doha. Digo isso baseado não apenas na minha própria avaliação, mas também tomando como base a posição de altos funcionários norte-americanos, até mesmo o Secretário de Agricultura¹⁸, que defende a necessidade de concluir a Rodada e, inclusive, fazer algumas concessões na parte de subsídios. Os representantes do Governo norte-americano referem-se sempre à necessidade de diminuir os contenciosos e entendem que o final da Rodada Doha poderia atender a esse objetivo.

Obviamente o caso mais notável que os EUA perderam foi o do algodão¹⁹. O caso do algodão é importante não apenas economicamente e como precedente dentro da OMC, mas também pela imensa repercussão na opinião pública norte-americana. Os subsídios beneficiam uma camada ínfima da população norte-americana, a qual tem *lobbies* poderosos mas prejudicam muitos consumidores, que são também contribuintes. Ou seja, os subsídios derivam de uma parte da arrecadação tributária, que é utilizada para o favorecimento de poucos. Assim, quando saiu o primeiro resultado do painel do algodão, jornais importantes, como *The New York Times*²⁰ e *Los Angeles Times*²¹, notaram o alto significado da decisão da OMC. O primeiro deles chegou a afirmar, em editorial, que se sabia, até então, que os subsídios eram imorais; com a decisão, passava-se a saber que eram também ilegais.

O custo político para o Governo norte-americano de manter esses subsídios ficou muito grande. Embora isso não nos dê uma segurança absoluta em relação à mudança de posição dos EUA, não tenho a menor dúvida de que o caso do algodão contribuiu para a atitude norte-americana tornar-se mais aberta à idéia da redução dos subsídios. No início da Rodada Doha, parecia ser impossível que houvesse essa mudança. O forte impacto negativo na opinião pública tem sido um argumento sempre usado pelo USTR²² em relação ao próprio Congresso norte-americano.

Em relação ao caso do açúcar, considero que foi também muito importante para a questão dos subsídios à exportação. Conseguimos demonstrar que, mesmo com as regras atuais da OMC, os subsídios concedidos não se sustentavam do ponto de vista jurídico, o que abriu uma trilha para outros casos. Há vários produtos em situação semelhante, como a soja, o arroz e o algodão.

De modo geral, diria que o caso do algodão foi útil para colocar o foco nos subsídios internos, que causam distorção ao comércio. Por outro lado, o caso do açúcar tratou dos subsídios à exportação, demonstrando ser possível, mesmo dentro das regras atuais, defender-se das práticas desleais de comércio nessa área. Os dois casos mostraram que pode ser preferível aos países desenvolvidos assumir compromissos mais claros de eliminação dos subsídios do que continuar a sofrer esses processos desgastantes.

Considero, assim, que os contenciosos tiveram um papel importante no andamento da atual Rodada de negociações. Lembro-me de que, em Cancun²³, a questão da eliminação dos subsídios à exportação não estava colocada de maneira clara. Muitos achavam, inclusive, que o açúcar seria um dos produtos que a União Européia procuraria incluir em uma lista de exceções. O desdobramento do caso entre o Brasil e a UE tornou inviável essa possível pretensão européia.

Em relação a resultados concretos para os setores específicos, devo lembrar que a justiça tem seu tempo, tanto no plano nacional quanto no internacional. É essa a sua natureza. Mesmo assim, voltando ao caso da União Européia em relação ao açúcar, já houve uma mudança bastante clara dos programas europeus, que apontam para uma direção que parece satisfatória para o Brasil. Nesse caso, consideramos que, pelo menos no momento, não há necessidade de pedir novo painel para implementação. Já no caso do algodão, o resultado é menos positivo: o Governo norte-americano eliminou os subsídios à exportação ligados ao algodão, mas não eliminou os subsídios internos, que foram considerados causadores de distorção. Por essa razão, o Brasil solicitou a abertura de um Painel de Implementação²⁴.

Mesmo com dificuldades na implementação dos resultados dos contenciosos, ocorreu um efeito positivo, como já comentei, na própria atitude dos países demandados, o que trará benefícios indiscutíveis para o Brasil. Não tenho a menor dúvida de que vamos concluir a Rodada Doha, talvez não alcançando os objetivos ideais, mas com data certa para a eliminação dos subsídios à exportação – certa e próxima. Vamos, também, terminar essa Rodada com os subsídios internos em um nível muito inferior ao que tem sido praticado e permitido.

Reitero que os contenciosos têm trazido benefícios concretos. Há avanços. Às vezes, não é exatamente como se tinha imaginado, mas melhoras ocorrem. Cito mais um exemplo: o caso dos produtos siderúrgicos e a Emenda Byrd da lei antidumping norte-americana²⁵. A decisão da OMC²⁶, autorizando oito parceiros comerciais a impor sanções aos EUA, levou a uma alteração na legislação norte-americana. Estamos acompanhando o assunto para ver se, de fato, ocorrerá o ajuste necessário.

Mesmo no rumoroso e tão moroso caso Embraer-Bombardier, se não nos tivéssemos aparelhado, estaríamos hoje em uma situação muito difícil. Quando cheguei a Genebra²⁷, esse jogo já vinha se desenvolvendo: diria que o primeiro tempo terminou, já após a minha chegada, com um resultado de 4 a 1 para a Bombardier. Mas, no segundo tempo, fizemos 3 gols e empatamos a partida. Resumidamente, houve um *gentlemen's agreement*, dando aos dois países autorização para retaliar. Sabe-se que ninguém retaliou. Mas, como resultado positivo desse longo processo, o Brasil está sendo convidado para conversar sobre um novo acordo em relação a aeronaves no âmbito da OCDE²⁸.

O que gostaria de enfatizar é que não há nada de retórico ou espalhafatoso na posição brasileira em relação à utilização do mecanismo de solução de controvérsias da OMC. Temos entrado nos casos que consideramos adequado ingressar com demandas, mantendo sempre uma atitude consistente ao longo do tempo. A propósito, reconheço o mérito do Governo anterior. Por exemplo, nos dois casos mais importantes, o do açúcar e o do algodão, o início, ou seja, a fase de consultas, deu-se no Governo anterior. Mas a decisão de abrir o *Panel* nesses dois casos foi tomada no Governo atual. Devo salientar que havia certa hesitação quanto à decisão de se abrir esses painéis: alguns temiam que, se abrissemos processos contra os EUA e a União Européia simultaneamente, teríamos uma repercussão negativa nas negociações da Rodada. Na realidade, tomadas as decisões de abertura dos painéis do açúcar e do algodão, ocorreu exatamente o oposto, como já mencionei.

Cabe fazer um comentário a respeito da dinâmica intragovernamental, que, do meu ponto de vista, tem em geral funcionado bem. Não senti nenhum problema ao longo desse período, em relação aos contenciosos na OMC. Diria que a tendência natural seria o Itamaraty ser mais cauteloso, uma vez que não está defendendo nenhum setor específico, mas, sim, vendo o conjunto das relações com o exterior. Quando da abertura dos painéis nos casos do açúcar e do algodão o Itamaraty teve todo o apoio de que precisava tanto da CAMEX²⁹ quanto do Ministério da Agricultura. Não houve nenhuma dificuldade. Ocorreram discussões técnicas, com posições nem sempre convergentes, mas prevaleceu o objetivo de defesa dos interesses brasileiros.

Penso que o contencioso é um recurso disponível, que todos sabem pode ser usado. Evidentemente, o ideal é que as pendências se resolvam sem a necessidade de sua utilização. Considero que nosso maior esforço, na atual Rodada, é conseguir um resultado que permita a redução das demandas, até porque o contencioso é lento e caro. Muitas vezes se inicia um processo com o setor interessado apoiando financeiramente, mas, depois de algum tempo, o Governo acaba tendo de levar o caso sozinho. Em suma, o contencioso é uma arma para poder negociar, mas tem seu custo. Por outro lado, temos também que seguir as regras internacionais, sob pena de sofrermos processos. O Brasil já foi demandado em vários casos. A posição deve ser de muita cautela. É o que sempre tenho conversado com meus colegas de outros Ministérios. Penso que só se deve entrar com uma demanda no OSC se houver uma razoável chance de ganhar.

No início do caso do algodão, quando eu era ainda Embaixador em Genebra, um grande economista me procurou³⁰, para dizer que se tratava de uma causa justa. Na ocasião, disse a ele que, além de ter uma causa justa, era necessário que tivesse uma causa no sentido jurídico do termo, que se pudesse ganhar na OMC. Para tanto, era preciso consultar advogados especializados no assunto. Caso esses advogados considerassem possível ganhar, deveria ir em frente. Do contrário, mesmo sendo justo, não seria prudente acionar os mecanismos da OMC.

Cabe mencionar que o Brasil fez um extraordinário trabalho técnico no caso Embraer-Bombardier, que muito contribuiu para os sucessos posteriores que o país obteve junto ao OSC. É preciso ter em conta que a OMC está muito baseada no Direito anglo-saxão, a chamada *Common Law*. Por essa razão, é dada grande importância aos precedentes relacionados com as várias questões. Há um espaço bastante expressivo para a interpretação das normas. Nesse caso da Embraer, conseguimos mostrar como as regras, ou uma certa interpretação que se dava às regras – porque as regras sempre permitem mais do que uma interpretação –, beneficiavam os países mais ricos. E foi uma *batalha* que se travou tanto no foro estritamente judicial, ou seja, no OSC, como também em outros foros dentro da própria OMC.

Deliberadamente, fizemos questão de mostrar que, no caso Embraer-Bombardier, tratava-se de uma empresa de um país em desenvolvimento,

que tinha podido competir e desafiar uma empresa de um país rico em uma área de alta tecnologia. As regras estabelecidas eram de tal ordem que o apoio que um país como o Brasil podia dar à empresa brasileira era proibido, mas todo o apoio que um país rico como o Canadá oferecia a sua empresa era permitido ou, pelo menos, assim era interpretado. Acredito, mas nunca poderei ter certeza, que a relativa politização que se estabeleceu nesse caso contribuiu para o resultado obtido pelo Brasil.

Finalmente, gostaria de comentar as perspectivas que se abrem para o Brasil com a bioenergia e eventuais acordos de cooperação tanto com os EUA quanto com a UE. Considero que a principal tarefa a curto prazo é transformar o etanol – o biodiesel também, mas o etanol já está mais maduro – em uma *commodity* energética. É fazer com que o etanol seja mais visto como um ingrediente do processo produtivo do que o resultado de uma produção agrícola. Da mesma forma que a maior parte dos países não impõe uma tarifa de importação para o petróleo, não discriminando o petróleo estrangeiro porque isso afetaria todo o processo produtivo, não deveria ser cobrada tarifa para importação de etanol ou qualquer outro biocombustível.

Acredito que o grande avanço, que de certa maneira já está colocado, seria a criação de um fórum mundial do biocombustíveis com a participação dos EUA e da União Européia. É essa a concepção mais adequada: o etanol e outros biocombustíveis são fontes de energia e, portanto, devem ter um comércio livre. Esse seria o grande ganho. Temos de trabalhar no sentido da normatização dos biocombustíveis com uma definição comum e clara desses produtos.

Nessa área, cabe ao Brasil continuar avançando. Não podemos dormir nos louros porque novas tecnologias virão, sobretudo quando os países ricos começarem a investir pesadamente. Aliás, essa é mais uma razão para estarmos aliados a esses países, garantindo mais recursos para investir no etanol e em outros biocombustíveis.

Diria que há possibilidade concreta de desenvolver uma cooperação triangular entre o Brasil, países ricos e outros países menos desenvolvidos. Veja, por exemplo, o caso dos investimentos brasileiros na Jamaica em usinas de desidratação de álcool para venda no mercado norte-americano. É importante o Brasil passar a produzir em outros lugares para poder atender

à demanda mundial de biocombustíveis, que deverá crescer muito nos próximos anos. Isso também ajudará a consolidar nossa estratégia de cooperação Sul-Sul.

Esse processo ainda está muito no início, mas temos realizado seminários sobre a questão do biocombustível com a União Africana, com os países da América Central e do Caribe, e outros. Há também grande interesse de países como a Itália, que quer colaborar conosco em Angola; a Inglaterra, que deseja cooperar na África do Sul e em Moçambique, e assim por diante. Isso não deixa de ser curioso: há quinze anos, quando começamos a levantar a idéia de cooperação técnica triangular – não só Sul-Sul, mas envolvendo o Brasil, um país rico e países pobres –, havia certa desconfiança. No entanto, somos hoje procurados para desenvolver iniciativas dessa natureza. Nos últimos tempos, nenhuma das altas autoridades de países desenvolvidos que recebi deixou de levantar a possibilidade de implementarmos projetos de cooperação triangular.

Acredito que esse interesse não seja devido apenas à nossa longa experiência com a utilização do etanol, ainda que isso seja, certamente, um elemento importante. Deve-se, também, à maior presença brasileira em países menos desenvolvidos, na África e em outras regiões do mundo, que ganhou grande impulso no Governo atual.

2.2 Depoimento do Ministro Celso Lafer³¹

Vou abordar o tema proposto, qual seja, da relevância do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC) a partir da perspectiva de minha experiência pessoal. Como se sabe, fui o primeiro embaixador do Brasil³², em Genebra, indicado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso³³, a ter contato direto com uma nova organização, ou seja, quando cheguei em Genebra, já não existia o GATT, mas sim a OMC. Portanto, presenciei o início da OMC, os quatro primeiros anos dessa organização e, conseqüentemente, o início do funcionamento do Sistema de Solução de Controvérsias.

Penso que cabe, antes de tudo, fazer uma observação sobre a minha própria experiência pessoal: não sou, como se sabe, um diplomata de

carreira. Venho da vida acadêmica e da vida empresarial. Na minha experiência acadêmica, um dos temas a que sempre me dediquei foi o do Direito Internacional Econômico; por essa razão, quando de minha nomeação já tinha vários trabalhos sobre essa área do Direito. Assim, havia escrito sobre o GATT e a Cláusula de Nação mais Favorecida; sobre o GATT à luz do que foi a Rodada Tóquio; minha tese de livre-docência tratou do convênio internacional do café e discutiu a reciprocidade na criação e na aplicação das normas de Direito Internacional Econômico.

Dessa forma, minha experiência acadêmica, felizmente, foi muito importante quando assumi as funções na Missão do Brasil em Genebra naquele momento: ou seja, do ponto de vista teórico, e do ponto de vista da informação e da reflexão, fui para Genebra com um conhecimento prévio significativo do que era o GATT, do que eram os modelos internacionais de disciplina do comércio internacional. Por outro lado, havia tido antes de ir para Genebra uma experiência empresarial bastante relevante. Fiz parte do corpo diretivo da Metal Leve³⁴ durante muitos anos, e, portanto, tinha também a experiência de quem lidou com a prática do comércio exterior: como é que se exporta, quais são as dificuldades, o que são as barreiras técnicas à exportação, o que significa tarifa, o que significam barreiras não-tarifárias.

Nunca havia imaginado ser o embaixador do Brasil em Genebra. Quem sugeriu, e teve essa iniciativa, foi o Presidente Fernando Henrique, de maneira que, não sendo um projeto, acabou sendo uma coincidência muito interessante, para a qual estava, vamos dizer assim, aparelhado.

Por conta desse meu interesse prévio à minha ida a Genebra, acompanhei, como todos aqueles que se interessavam pelo assunto, as diversas fases da Rodada Uruguaí: os problemas, as dificuldades, desde seu início em Punta Del Leste³⁵. A introdução de assuntos antes não previamente disciplinados pelo GATT, com medidas consideradas mais intrusivas, chamou minha atenção de forma particular. Na Rodada Uruguaí, o GATT saiu de sua atuação tradicional – processos de redução de tarifas – para lidar *ratione materiae* com uma série de assuntos que antes não eram disciplinados, ou eram disciplinados *à la carte*, como foram na Rodada Tóquio. Os assuntos disciplinados *ad hoc* compuseram os acordos plurilaterais, o que levou um autor a dizer que o GATT da Rodada Tóquio

era um GATT *à la carte*. Assim, os acordos plurilaterais valiam apenas para os países signatários, o que dava uma dimensão distinta dentro do GATT entre os países-membros, isto é, entre os países signatários e os que não haviam assinado os acordos plurilaterais.

Na Rodada Uruguai, sem dúvida nenhuma, dentro da perspectiva brasileira, um dos assuntos mais importantes era o tema da agricultura. Um tema clássico, porque o que se tinha obtido em matéria de desagravação tarifária na área industrial até então carecia de alguma compensação na área da agricultura.

Um dos fatos novos que viabilizaram a Rodada Uruguai foi o Grupo de Cairns³⁶, ou seja, aquele conjunto de países desenvolvidos e em desenvolvimento, que tinha interesse na liberalização agrícola e que introduziu um componente novo no processo negociador. Além disso, havia do lado brasileiro, à luz da experiência brasileira com o unilateralismo do *Trade Act*³⁷ norte-americano, uma grande preocupação com a forma de atuação dos EUA que nos afetou em diversos momentos e que, enfim, penalizou setores por conta de uma determinação unilateral dos EUA. Por exemplo, o papel, em determinado momento.

Portanto, a idéia de um Sistema de Solução de Controvérsias *law oriented*, como acabou sendo contemplada na Rodada Uruguai, era também um interesse nosso. Estava ligado à tradicional visão brasileira de que, enfim, é melhor um sistema multilateral regido por normas do que um sistema em que essas normas fossem frágeis.

Na negociação da Rodada Uruguai, o Brasil tinha uma grande experiência em matéria de GATT. Como se sabe, o Brasil é parte contratante originária do GATT e, portanto, tinha uma grande experiência nessa matéria. Além do mais, o país sempre teve, vamos dizer assim, embaixadores de qualidade que souberam, enfim, conduzir bem os interesses do Brasil na área.

Um dos mais notáveis embaixadores brasileiros que passaram pelo GATT foi o Embaixador George Maciel³⁸, que ficou por mais de dez anos, era um grande conhecedor do GATT, muito respeitado, e teve uma atuação bastante importante. Outros embaixadores que participaram da negociação da Rodada Uruguai, com distintas visões, foram muito relevantes também. Entre eles, destaque: o Embaixador Paulo Nogueira Batista³⁹, que tinha uma

visão mais defensiva nessa matéria; o Embaixador Ricupero⁴⁰, que foi um embaixador muito atuante na Rodada Uruguai e escreveu a respeito de maneira muito interessante; e o Embaixador Lampreia⁴¹, que foi quem, do lado brasileiro, fechou as negociações na primeira gestão do Embaixador Celso Amorim⁴² como Ministro das Relações Exteriores, que, por sua vez, tinha sido embaixador em Genebra.

O conjunto de acordos da Rodada Uruguai é muito expressivo. O domínio técnico das suas diversas características não é uma coisa simples, justamente porque, ao contrário do GATT, ele agregou muitos temas, por exemplo: o GATS, o Acordo de TRIMs⁴³ e o Acordo de TRIPs. De maneira que se tratava de um mundo novo.

Considero que o Brasil, entre os países médios em desenvolvimento que celebraram e aprovaram a Rodada Uruguai, era um dos que estavam bastante informados sobre o que significava aquilo tudo. Mas, naturalmente, nós, como muitos outros, não podíamos antecipar todos os desdobramentos que viriam a ocorrer após a conclusão da Rodada Uruguai e a criação da OMC.

Uma das características da OMC é a noção do *single undertaking*. O *single undertaking* dá ao conjunto de normas que hoje regem a OMC o predicado de ser um ordenamento jurídico, e essa propriedade é um dado importante na vida da OMC. Essa também é a regra no processo de negociação desde a Rodada Uruguai, ou seja, *nothing is agreed until everything is agreed*⁴⁴.

Na dinâmica que levou ao sucesso a Rodada Uruguai, cabe lembrar o papel que tiveram duas importantes figuras que foram diretores-gerais do GATT. O primeiro foi o Arthur Dunkel⁴⁵, um suíço diretor-geral do GATT durante muito tempo e que era um profundo conhecedor das technicalidades de todo o processo. Foi ele que fez o assim chamado *Dunkel Draft*, que teve, enfim, um papel muito importante naquilo que depois acabou sendo a Rodada Uruguai.

No entanto, havia alguns assuntos pendentes que não foram equacionados no *Dunkel Draft*. O fecho da Rodada Uruguai muito se deve a Peter Sutherland⁴⁶, diretor-geral que sucedeu Arthur Dunkel. Peter Sutherland tinha uma forte personalidade, não possuía o mesmo domínio técnico de Dunkel, mas, vamos dizer assim, tinha tato, liderança política e

imaginação. Como irlandês, é uma coisa que ele dizia sempre, sabia o que era ser um país subdesenvolvido dentro do sistema europeu; por essa razão, possuía também uma sensibilidade própria em relação aos países em desenvolvimento. E nesse sentido, essa sensibilidade o ajudou a trabalhar à procura desse consenso, que penso ser um dado interessante de lembrar. Do lado brasileiro, além dos embaixadores, quem teve um papel importante no início da Rodada Uruguai foi Olavo Setúbal⁴⁷. Na época, Setúbal era Ministro das Relações Exteriores e teve um papel importante em aceitar a idéia de uma visão mais abrangente do GATT. Nesse mesmo período, o Secretário-Geral do Itamaraty, Paulo Tarso⁴⁸, além de ter sido um Secretário-Geral forte, tinha muita experiência e domínio desta parte de comércio internacional. Subseqüentemente, já no Governo Collor⁴⁹, Marcos Azambuja⁵⁰, Secretário-Geral do Itamaraty, também teve uma atuação relevante. Contudo, houve vários momentos de crises, que não cabe agora lembrar, no processo de negociação da Rodada Uruguai, tanto que levou quase dez anos para ser concluído.

Com o final da Rodada Uruguai e a criação da OMC em 1995, o Brasil teve certa atuação na escolha do primeiro diretor-geral dessa instituição, que foi Ruggiero⁵¹. É bom lembrar que na ocasião ocorreu certa disputa eleitoral para a posição de diretor-geral da OMC. O ex-presidente do México, Salinas⁵², foi um dos candidatos. Contudo, como a situação política de Salinas complicou-se no México, sua candidatura ficou fragilizada. Houve também a candidatura do Embaixador Ricupero, que era uma candidatura forte, mas foi atropelada pelas circunstâncias políticas internas, que dificultaram a viabilização do seu nome. Foi nesse contexto que surgiu o nome de Ruggiero aprovado pelo Brasil, pois tínhamos uma relação muito boa com ele.

Dito isso, quando cheguei em Genebra, comecei a examinar, com toda a profundidade, os textos da Rodada Uruguai. Tenho ainda o meu exemplar, que pertenceu antes ao Lampreia e, como se vê, está bastante anotado. Ficaram umas anotações que o próprio Lampreia fez em relação ao capítulo de Sistema de Solução de Controvérsias.

Naquela ocasião, em Genebra havia uma atividade chamada *Gilberto Amado Memorial Lectures*⁵³, que era uma *lecture* dada no âmbito da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. Assim que cheguei

em Genebra, fui convidado para fazer uma conferência nessa série de seminários. E, justamente, por ser algo novo no campo do Direito Internacional, decidi apresentar no *Memorial Lecture Series* uma reflexão sobre o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC⁵⁴. É um texto bastante conhecido que foi publicado em 1996. Esse texto foi também publicado em português e está em meu livro sobre a OMC e a regulamentação do comércio internacional⁵⁵. Ainda foi publicado em um livro do Casella⁵⁶; enfim, é um texto de grande circulação. Naquele primeiro momento, em que parei para pensar no Sistema de Solução de Controvérsias, procurei identificar qual era a diferença existente entre o sistema do GATT e o da OMC. E, naturalmente, realcei alguns aspectos muito significativos que naquela época ainda não eram tão claros.

O sistema do GATT era uma jurisprudência mais diplomática do que jurídica, requeria o consenso para a aprovação das decisões do *panel*. Apesar disso, já havia um trabalho grande, dentro do GATT, de codificação do que viria a ser o Sistema de Solução de Controvérsias. Tanto que afirmo que o sistema é, em linguagem jurídica, fruto de codificação e desenvolvimento progressivo daquilo que havia anteriormente. O que caracteriza o novo sistema da OMC é um inequívoco adensamento da juridicidade. Esse adensamento da juridicidade é muito significativo, porque denotava antes de tudo a automaticidade da jurisdição tendo como critério o consenso invertido. Além do mais, porque além dos *panels* há a segunda instância, que é o Órgão de Apelação, com um duplo grau de jurisdição praticamente inexistente no sistema internacional. E indo mais além do que se chama um processo de conhecimento, com duplo grau de jurisdição, há também um mecanismo de execução.

Mesmo com todas as dificuldades de um mecanismo de execução no plano internacional, existe a avaliação se as decisões do *panel* estão sendo implementadas e a possibilidade da retaliação que no caso da OMC, como em geral no caso do Direito Internacional Econômico, a sanção é a sanção da não-participação nos resultados. O objetivo do sistema, como diz o *Dispute Settlement Understanding*, é *bring into conformity*, que é procurar manter a coerência e a consistência. Claro que o contencioso da OMC é mais um contencioso de interesses do que um contencioso de legalidade.

Ou seja, é um contencioso de interesses procurando manter o rumo de um contencioso de legalidade.

Ainda do ponto de vista de experiência, e não só reflexiva, mas uma experiência institucional, fui o presidente do OSC. Fui o segundo presidente do OSC, e coube-me na época tratar da instauração do Órgão de Apelação e do seu regimento interno. Naquela ocasião, mantive um estreito contato com os que tinham sido indicados para integrar o *Appellate Body* (Órgão de Apelação). O *Appellate Body* era formado por pessoas muito qualificadas, como o Julio Lacarte⁵⁷, do Uruguai. Lacarte tinha vasta experiência prévia, tendo sido um dos poucos que participaram de Havana⁵⁸ e, portanto, do início do GATT. Além disso, conhecia também muito bem os detalhes da negociação da Rodada Uruguai. Lacarte representou para o Órgão de Apelação a memória do que era a instituição, com as suas características e com as suas especificidades. Menciono isso para ressaltar a idéia da importância dos que haviam trabalhado no GATT, do ponto de vista jurídico e diplomático, e para enfatizar que aquele era um sistema *self-contained*. O *Dispute Settlement Understanding* é o primeiro passo de abertura para o Direito Internacional Público quando trata das regras de interpretação do Direito Internacional, que são as da Convenção de Viena⁵⁹, e assim sucessivamente.

Em interação consultiva com o Órgão de Apelação empenhei-me no trabalho que levou ao estabelecimento das regras de procedimento desse órgão, inclusive naquilo que foi uma inovação dessas regras em relação ao *Dispute Settlement Understanding*. Porque o *Dispute Settlement Understanding* menciona uma câmara de três e o regimento do Órgão de Apelação instaurou, com o meu apoio, algo novo: a idéia da colegialidade. Essa idéia significa que a responsabilidade pela decisão do Órgão de Apelação cabe aos três membros da câmara, mas implementou um mecanismo de discussão e consulta formalizado e com todos os membros. Essa foi uma sugestão vinda dos membros do Órgão de Apelação que considerei muito boa porque permitia, *à la longue*, trabalhar a uniformidade da jurisprudência. Ainda que a responsabilidade de decidir um caso continuasse a ser da câmara haveria a oportunidade de o colegiado trocar idéias, ou seja, de ir construindo um processo comum de reflexão sobre as normas.

Penso que essas são minhas observações e reflexões sobre a dimensão institucional. Passo, a seguir, a relatar um pouco da experiência com os casos concretos no âmbito de minha própria experiência em Genebra.

O primeiro caso que surgiu foi o da gasolina reformulada⁶⁰. Um caso muito interessante, mas menos complicado juridicamente do que outros que vieram depois, por exemplo, o da Embraer-Bombardier⁶¹. Os americanos tinham estabelecido, por meio da sua legislação interna, critérios de exigência para quem exportava a gasolina reformulada, que era o caso do Brasil e da Venezuela, mas as exigências para as refinarias americanas eram inferiores aos *standards* requeridos dos exportadores. Naturalmente, os americanos apresentaram aquilo como sendo uma questão de natureza ambiental. Há na legislação americana um capítulo importante sobre proteção ambiental. Quero fazer uma ressalva importante: nós também estamos a favor do meio ambiente. A nossa linha de raciocínio foi que não se tratava de um problema de natureza ambiental, e, sim, significava um tratamento discriminatório entre o produtor nacional e o exportador, o que não é compatível com as regras da OMC.

Como é usual nesses casos, para uma demanda chegar à OMC, é preciso que o governo considere o assunto importante e estenda ao interesse particular o que em Direito se chama proteção diplomática. Como se sabe, não há acesso dos particulares ao sistema da OMC. O *locus standi* para a atuação da OMC é do Estado. Quem conduz, primeiro, a decisão de levar o caso à OMC e, segundo, a maneira pela qual o caso será apresentado, é o Estado. É claro que existem os interesses dos particulares e as razões pelas quais tal ou qual assunto deva ser levado à OMC. No caso da gasolina reformulada, era a Petrobras que tinha interesse no assunto, e o governo brasileiro assumiu o patrocínio da demanda da Petrobras, que era comum à causa da Venezuela.

Nós, naturalmente, chamamos, como é usual nessa história, um escritório de advocacia americano, que foi contratado pela Petrobras. Era um escritório muito renomado, mas também estavam lidando pela primeira vez com o Sistema de Solução de Controvérsias. O advogado encarregado e sua equipe reuniram-se muitas e muitas vezes comigo e, evidentemente, pelo fato de também ter um domínio técnico dessa matéria, a decisão de argumentar de tal e qual maneira coube a mim, apoiado pela equipe que

estava na Missão em Genebra. Portanto, não foi uma delegação feita do governo ou do embaixador a um escritório de advocacia americano, e sim um trabalho realizado em parceria. Penso que nesse caso advoguei, efetivamente, em prol do Brasil, valendo-me dos meus conhecimentos prévios. Em certo sentido, minha experiência pessoal acrescentava ao conhecimento que todos os embaixadores da OMC têm das regras a capacidade de trabalhar juridicamente o assunto. Por essa razão, envolvi-me muito diretamente neste caso e depois no caso subsequente, do *Desiccated Coconut*⁶².

Ganhamos o caso da gasolina reformulada e o do *Desiccated Coconut*. Ganhamos este segundo caso porque nos valem de um bom recurso jurídico do direito internacional privado, que era a discussão da norma aplicável. No caso, a norma aplicável não deveria ter sido a da OMC, como alegaram as Filipinas, mas a norma da Rodada Tóquio, e por essa razão vencemos, dando um argumento juridicamente muito sólido, que foi aceito.

Claro que à medida que os fatos ocorriam fui-me dando conta de que era necessário aparelhar a Missão do Brasil em Genebra para lidar com competência com os assuntos relacionados ao OSC. Um dos meus primeiros colaboradores, um excelente colaborador, aliás, foi Victor do Prado⁶³. Victor havia sido meu aluno na Faculdade de Direito do Largo São Francisco⁶⁴. Também contei com o apoio de Fernando de Melo Barreto⁶⁵, hoje embaixador do Brasil na Austrália, que tinha sido professor de Direito Internacional na São Francisco durante certo tempo e advogado militante. Eram os dois que dentro da Missão me ajudavam a pensar juridicamente posições brasileiras. Além do que, levei Vera Thorstensen⁶⁶ para trabalhar em Genebra porque tinha a convicção de que, e o tempo mostrou ser muito mais significativa do que imaginava na época, no trato dessas questões e desses contenciosos, o domínio da economia, inclusive para efeito de prova, era muito significativo e, portanto, era preciso ter alguém com esse domínio aliado ao interesse pelos assuntos da OMC. Com essa equipe inicial fomos trabalhando o tema dos contenciosos na OMC.

Ainda acompanhei o início do caso da Embraer-Bombardier. Como se sabe, esse caso foi muito mais complicado do que os dois anteriores, porque envolvia a questão de subsídios e um domínio de informação muito grande, além de termos uma situação juridicamente mais difícil, que resultava

daquela nota que existe no Acordo sobre Subsídios sobre o conceito de juros subsidiados. A diferenciação do que é taxa de juros subsidiada ou não foi feita pela OCDE, organismo do qual o Brasil não participa, e que beneficiava, evidentemente, o Canadá e dificultava a nossa vida.

O caso da Embraer é um caso também emblemático, porque envolvia um problema que era específico do Brasil, mas está relacionado a outros países em desenvolvimento. Quero dizer, o acesso ao crédito internacional depende, naturalmente, do *investment grade* da sua economia. A Embraer é uma empresa extremamente bem-estruturada, no entanto, por ser uma empresa brasileira, vive a realidade da economia do país. Por essa razão, o tema da equalização de juros era para nós um tema crítico. Não se vende avião como se vende *commodities*; trata-se de uma operação de prazo longo, em que o tema do financiamento é muito importante. Nesse sentido, a oportunidade de gerar uma equalização entre aquilo que é o acesso ao crédito de uma empresa brasileira e aquilo que é o acesso ao crédito de uma empresa situada no Canadá é um item de fundamental importância. A mim me pareceu sempre, e essa é a minha convicção, que o produto da Embraer era um produto de qualidade, tecnicamente de qualidade e, por isso, competitivo com o da Bombardier. Portanto, não é que nós estávamos subsidiando um produto de qualidade inferior; nós estávamos fazendo o nivelamento necessário entre o acesso ao crédito de uma empresa situada no Brasil e o acesso ao crédito de uma empresa situada no Canadá.

Claro que esse era um tema político importante. O governo brasileiro, com toda a razão, patrocinou essa causa da Embraer e muita gente trabalhou nesse caso. Enquanto estive em Genebra, trabalhei muito neste caso, seja com os advogados, seja com a Embraer, seja com os integrantes do governo brasileiro que participavam, por exemplo, do BNDES⁶⁷ no processo de equalização de juros.

Quando voltei de Genebra fui nomeado Ministro do Desenvolvimento⁶⁸, durante um curto período em 1999. Naturalmente, mantive meu interesse e atenção em relação aos temas da OMC, além do mais, o ministro do MDIC integra a Câmara de Comércio Exterior, onde esses assuntos também eram discutidos e tratados.

Em 2001, quando voltei ao Ministério das Relações Exteriores, tinha a convicção de que era preciso avançar no aparelhamento do governo

brasileiro e da sociedade brasileira no trato desses assuntos. Criei, no âmbito do Itamaraty, a Coordenação dos Contenciosos, confiada a Roberto Azevedo⁶⁹, que tinha trabalhado comigo em Genebra e havia se tornado um aprofundado conhecedor dessas matérias. Procurei ainda reformular o Departamento Econômico do Itamaraty, instituindo uma estrutura matricial. Fiz essas alterações em decorrência de meu entendimento de que certos assuntos, ainda que se tratassem de negociações distintas, tinham uma convergência temática muito grande: tarifas, medidas não-tarifárias, medidas fitossanitárias, e assim sucessivamente.

Nessa minha atuação como Ministro das Relações Exteriores também dei a devida importância – uma convicção que sempre tivera – para a interação com o setor privado. Como ministro, estava convencido de que ninguém melhor do que o empresário para conhecer as dificuldades para exportar, onde está o dígito da tarifa aduaneira que o prejudica, onde está a complicação que acarreta ônus, e assim sucessivamente. Inclusive o caso da ABEF⁷⁰, que era um problema de administração de quota relacionado à Quota *Hilton*⁷¹ e estava baseado na discricionariedade da aplicação da quota que prejudicava o exportador brasileiro. Só quem está no ramo e conhece os detalhes operacionais é que pode tratar desses assuntos.

Dessa maneira, avançamos no preparo do Itamaraty para tratar de questões relativas ao contencioso e, ao mesmo tempo, dei um enorme apoio à Vera na implantação do programa de estágio para advogados brasileiros na Missão do Brasil em Genebra. É um pouco o óbvio. Um professor que conhece os escritórios de advocacia deseja ter para o seu país uma autonomia de conhecimento e de competência. Essa autonomia só é possível se as pessoas estão capacitadas no assunto. Um grupo de escritórios de advocacia⁷² com interesse em defesa comercial apoiou esse programa, o que possibilitou sua implantação, a qual, inclusive, tem tido continuidade. Considero que é um dado importante para nosso preparo.

Nessa minha segunda gestão no Itamaraty, uma das coisas importantes que funcionaram do ponto de vista de coordenação intragovernamental foi a Câmara de Comércio Exterior. E, justamente, na Câmara de Comércio Exterior é que nós discutíamos se tal ou qual caso deveria receber a proteção diplomática brasileira e ser levado à OMC. Em dois desses casos participei ativamente da decisão: o caso do algodão e o do açúcar. Nesse

jogo da defesa de interesses, cada Ministério tem a sua própria lógica. Na época, o Ministério da Agricultura era conduzido pelo Prati de Moraes⁷³, um ministro muito atuante e profundo conhecedor dos assuntos relacionados à pasta. Um dos seus colaboradores, Pedro Camargo, tinha a idéia de que valeria a pena acionar o Sistema de Solução de Controvérsias em todas as direções para lidar com o problema do protecionismo agrícola.

Na época, minha avaliação, compartilhada pela Câmara de Comércio Exterior, era a de que iríamos entrar em um terreno novo e difícil e, por essa razão, teríamos de selecionar dois casos emblemáticos. Como se tratava de protecionismo agrícola, deveríamos ter um caso importante com os EUA e um com a União Européia. São casos diferentes, como se sabe, com especificidades diferentes, mas com o denominador comum de serem casos muito representativos do protecionismo agrícola dos países desenvolvidos.

O Ministério da Agricultura também queria colocar a soja, mas ponderei: a soja não, porque no caso da soja teremos de provar lucros cessantes, o que é muito mais difícil que comprovar prejuízo. No caso do algodão, em princípio, achava eu que nós seríamos capazes de provar prejuízo. E que, portanto, era um caso em que tínhamos melhores chances de vencer. Em relação ao açúcar, era um assunto politicamente mais delicado, porque envolvia, de uma forma ou de outra, a rede de preferência da União Européia (UE) com países menos desenvolvidos. Em decorrência, havia a preocupação política de como seria a reação tanto da UE como dos países menos desenvolvidos.

Mas entendi, e os meus companheiros da Câmara de Comércio também, que cabia defender os interesses econômicos do Brasil no comércio de açúcar e, conseqüentemente, de álcool e demais produtos relacionados ao setor sucroalcooleiro. O assunto era de tal forma importante que não era adequado restringir nossa atuação por considerações políticas muito pouco precisas. Não tínhamos nenhuma aspiração nas Nações Unidas (ONU)⁷⁴ que nos obrigasse a buscar uma maioria; não estávamos nessa batalha do atual governo para conseguir um assento permanente no Conselho de Segurança da ONU. Dado o entendimento de qual era nosso interesse no caso do açúcar e de nossas possibilidades de argumentação, cabia defender o país.

Portanto, a decisão de levar os casos do algodão e do açúcar foi uma decisão que tomei, juntamente com os membros da Câmara de Comércio Exterior, e instrumentei do ponto de vista do processo decisório para encaminhamento no âmbito no Ministério das Relações Exteriores. Os resultados dessa estratégia são de conhecimento de todos, o que reforça a convicção de que estávamos certos.

2.3 Depoimento do Prof. Dr. Luiz Olavo Baptista⁷⁵

A avaliação da participação do Brasil na Rodada do Uruguai pode partir de uma análise do que acontece com os países grandes. Eles tendem a uma certa auto-suficiência. Os EUA, por exemplo, até o advento da presidência Wilson⁷⁶, tinham muito pouca atuação internacional. Quando ocorria, a atuação era baseada no recurso à violência, para obter uma expansão territorial. Posso citar como exemplos marcantes a ocupação de territórios mexicanos e a abertura dos portos japoneses feita na boca da canhoneira. Ou seja, quase não havia uma atuação internacional dos EUA para expansão territorial que não fosse a do recurso à violência. Então, a mudança dessa atitude advém num momento em que a economia americana se internacionaliza mais. Antes era, vamos dizer, um movimento para obrigar a abertura de mercados, isto é, forçar o acesso aos mercados para os produtos americanos. Somente com a expansão dos investimentos no exterior e, conseqüentemente, com o aumento da presença do investidor americano em vários países houve mudança de posição, porque os EUA passaram a ter menos medo do mundo.

Uma reação de força no lugar de uma negociação é um sinal de imaturidade política e de incapacidade de negociar ou de medo de negociar.

O Brasil seguiu uma trajetória similar à dos EUA. O Brasil ainda é um país tímido. Ele é como aquele grandão, o bobo da escola, que todo mundo espanca e atormenta, e que demora muito para reagir. Se ele reagisse e desse um tapa no agressor, ele derrubaria o outro menino. No entanto, o Brasil aceita, por exemplo, situações que são até de humilhação, como foi o caso da refinaria da Petrobras na Bolívia. As instalações da Petrobras foram

cercadas e ocupadas militarmente, sem uma reação brasileira muito definida.

Ao mesmo tempo, o empresário brasileiro também tem medo de investir no exterior, isto é, de fazer coisas no exterior. Apenas mais recentemente é que começaram a aparecer algumas empresas que têm essa ousadia e, em poucos anos, independentemente da ação governamental, ou apesar das dificuldades colocadas pela burocracia, as empresas conseguiram acesso ao exterior. Hoje, o Brasil já tem três ou quatro multinacionais de peso atuando no exterior.

Esse medo de fazer coisas no exterior está relacionado a um sentimento de inferioridade brasileiro. Posso dar um exemplo desse sentimento de inferioridade. Apesar da participação importante do Brasil na Segunda Grande Guerra – com uma tropa aguerrida, que sem equipamentos e com inúmeras dificuldades conseguiu realizar ações importantes e vencer uma batalha crucial como foi a de Monte Cassino –, um senador brasileiro quando da visita ao Brasil de Eisenhower⁷⁷ botou-se de joelhos e beijou-lhe a mão. Aliás, esse senador era o avô desse Ministro Mangabeira Unger⁷⁸.

Esse sentimento de inferioridade faz com que qualquer coisa que aconteça no exterior seja vista como uma ameaça. Por exemplo, na Rodada Uruguai, durante as negociações, o Brasil repudiou e reagiu contra compromissos que, mais tarde, foi obrigado a engolir e, hoje, atuam em favor do Brasil. Um deles foi a criação do mecanismo de solução de disputas na OMC.

O Brasil tinha medo e dizia que apenas os grandes poderiam ter vantagem nesse mecanismo. O país era e, ainda é, incapaz de acreditar que tem talentos, ou seja, pessoas capazes de utilizar um sistema como aquele.

O que eu observei lá da mesa dos julgamentos é que a atuação do Roberto Azevedo⁷⁹ e dos diplomatas brasileiros foi melhor e mais importante que a atuação dos advogados estrangeiros que os assessoraram. E, inclusive, algo que eu tenho reiterado – não tenho qualquer interesse pessoal nisso –, há necessidade de treinamento de jovens advogados, para que eles possam assistir o Brasil. Não é só no contencioso da OMC, mas também na análise dos tratados, daquilo que está sendo discutido, das conseqüências para a defesa comercial no país, para a orientação das

empresas e do governo para que não infrinjam as normas e regras internacionais.

Agora mesmo tive a oportunidade de ver a instalação de uma empresa multinacional em um estado do Brasil cujos incentivos eram subsídios proibidos. E esses incentivos foram publicados oficialmente. Se houvesse uma assessoria adequada, isso não teria sido feito. O próprio Governo Federal, recentemente, tomou algumas medidas que poderiam ser qualificadas como subsídios. Há casos, inclusive, que chegaram à OMC, de infrações cometidas pelo Brasil por falta absoluta de informação. Recentemente está em andamento na OMC um caso em que, a meu ver, aconteceu isso: uma decisão errônea do governo que o obrigou a se explicar na OMC. No mínimo, o governo terá de se explicar por, provavelmente, uma decisão tomada sem a devida orientação.

É claro que o governo não vai contratar advogados estrangeiros para cada passo que tiver de ser dado. Não se contrata ninguém e nada se faz. Então é por isso que se teve medo da criação do mecanismo de solução de disputas. Mas esse é um medo difuso, congênito, contra o novo. E há também – tenho impressão de que é um ditado muito português – o fato de que ninguém é profeta na sua terra.

Os brasileiros por mais competentes e preparados que sejam sentem-se inferiores a qualquer sujeito que venha de fora. O fato de ser estrangeiro dá a ele um prestígio por causa desse sentimento de inferioridade. Devo confessar que talvez seja um defeito de caráter meu: não tenho esse sentimento de inferioridade. Não me senti inferior a nenhum dos membros do Órgão de Apelação. Eu me senti no mínimo igual a eles. Nos casos em que atuo internacionalmente como advogado, não relacionados à OMC, também não tenho a menor dificuldade. Aliás, o meu retrospecto de ações arbitrais conduzidas no exterior para empresas brasileiras não tem nenhuma derrota a registrar ou decisão de que deva arrepender-me. E enfrentei escritórios muito grandes e bons. Muito recentemente, representei uma empresa angolana contra o maior escritório de advocacia da Inglaterra, e não tive a menor dificuldade de enfrentar os ingleses com a minha pequena equipe. E consegui um resultado altamente positivo para o meu cliente.

Essa falta de medo de enfrentar o desconhecido é a mesma que se vê, por exemplo, em uma Gerdau, em uma Embraer, ou em uma Vale. Mas o

medo de enfrentar o estrangeiro ainda persiste. Para mim é representativo o modo como, ultimamente, o Brasil está agindo em relação ao Mercosul. O Brasil tem medo de se afirmar pelo que é na realidade. Tem um pouco de vergonha de assumir seu papel.

A idéia que me dá é de uma menina, adolescente, que tem vergonha dos próprios seios. A impressão é de que o país se envergonha do que é, do que tem, dos atributos que tem. E não devia ser assim.

O problema em relação ao mecanismo de solução de disputas foi cultural, não foi jurídico ou político. Até porque, para dizer bem a verdade, até hoje no Brasil dá para contar nos dedos de uma só mão as pessoas que conhecem profundamente a OMC. Pessoas capazes de entender e de avaliar os problemas da OMC. Há uma nova geração que está aprendendo, vai chegar lá, mas essa geração está aprendendo porque se faz um esforço grande para isso.

O estágio nas embaixadas foi uma idéia que me ocorreu quando Celso Amorim⁸⁰ representava o Brasil em Genebra. Conversei com o Embaixador Celso Amorim sobre minha idéia, ele achou boa a sugestão. Em seguida, fui falar com o Ministro de Relações Exteriores, que, na época, era o Embaixador Lampreia⁸¹. Como ele estava deixando o cargo também, fui conversar com Celso Lafer⁸², que seria o novo ministro, e obtive apoio dos dois para isso. A implementação do estágio nas embaixadas ocorreu pouco depois. O sucessor do Amorim em Genebra, o Seixas Correia⁸³, deu início ao programa de estágios. Esse estágio tem dado frutos muito positivos. Hoje os próprios advogados do governo (AGU) estão interessados e estão participando.

Em relação às vitórias obtidas pelo Brasil no Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), tenho a impressão de que houve diferentes tipos de conseqüências, talvez a mais importante de todas foi o resultado político delas. Essas vitórias foram uma afirmação do país e da capacidade brasileira de defender seus interesses numa área nova. E, tendo atuado com eficiência, o país ganhou o respeito dos outros países.

Esse exercício normal de um direito foi iniciado pelo Lampreia, continuado pelo Celso Lafer, que pegou alguns dos casos mais importantes, e mantido pelo governo atual. Inclusive é importante recordar que a utilização do mecanismo começou para atender a algumas necessidades

mais urgentes, de maneira não muito orgânica, e depois se tornou mais forte.

Durante a gestão do Celso Lafer, talvez fortalecido pela experiência que ele teve anteriormente no Ministério de Relações Exteriores e da Indústria e Comércio, foi criado um setor específico para atuar no contencioso da OMC, além de ter viabilizado os estágios em Genebra e em Bruxelas. Nesses estágios os jovens diplomatas puderam ter uma experiência prática. O que foi uma coisa muito importante. Eu acho que foi fundamental.

Um país que tem recursos escassos precisa concentrar seus esforços onde possam dar maiores e melhores resultados, e essa escolha que se fez, do ativismo judicial, foi acertada, porque acabou definindo normas que favorecem o Brasil. Portanto, o Brasil pôde usufruir daquilo que negociou, ou foi obrigado a aceitar na negociação, e ao mesmo tempo ganhou respeito dos outros países.

Não seria possível a iniciativa do Seixas Correia de criação do G-20⁸⁴, tão bem-sucedida, se não tivesse havido, antes, essa atuação do país no OSC. O Brasil estaria, ainda folcloricamente, ou fazendo aquele discurso tonto do “Brasil Nação” – do Severino e companhia – ou estaria fazendo uma diplomacia de punhos de renda. Aterrorizado. Penso que foi a primeira vez que o país teve uma atuação moderna, sincronizada com o mundo que está aí.

Sempre digo que temos de nos acostumar com a realidade do nosso mundo e nos adaptar. Isso, além de ser um sinal de inteligência, é uma condição inevitável para a sobrevivência. Tal como a velhice, da qual ninguém escapa.

Quanto à relação intragoverno no que diz respeito ao acesso por parte dos agentes privados desses mecanismos de defesa comercial, existe a questão da falta de transparência. O acesso das empresas ao seu direito, ou à proteção de seu direito, não se faz de maneira clara e transparente. Por exemplo, no Mercosul há uma regra que diz – a letra do tratado mostra muito claramente – que, quando demonstrada a ocorrência de conduta contrária às normas do Mercosul, qualquer empresa tem o direito de recorrer. A empresa só tem de provar essa ocorrência; é uma prova prima facie da infração. Isso é, apresentar o regulamento, a decisão, o decreto e a situação econômica. Entretanto, existem pareceres, opiniões contrárias,

dizendo que não, que é uma escolha política do governo aceitar ou não esse princípio. E não é disso que se trata. A intenção que está no acordo é justamente de não deixar para uma escolha política.

A proteção dos direitos individuais é importante. Acho até que o governo tem direito de dizer para alguém: não vou defender os seus direitos lá fora; mas aí o governo é obrigado a compensar a pessoa pelas perdas que essa renúncia acarreta. De certa maneira, o governo está expropriando o direito dessa empresa ou dessa pessoa de reivindicar. Se esse direito não for confirmado, a empresa ou pessoa irá perder o que busca. Por isso, se há a possibilidade de reivindicar um direito no exterior, o país tem de ajudar. Isso faz parte de uma política de internacionalização, e faz parte também de uma atitude política que deveria existir no Brasil, que é a do respeito pelas pessoas. São cidadãos: não são súditos.

Esse é o grande problema do país. Por exemplo, saiu nos jornais uma reportagem sobre a nova Receita⁸⁵. Nessa reportagem destacava-se o fato de terem sido feitas algumas coisas para favorecer o contribuinte, para poder atendê-lo melhor. Isso é necessário. Há casos em que se faz uma consulta à Receita e o contribuinte espera sete a oito anos para ter a resposta. Isso é ruim para o governo, isso é ruim para o contribuinte e tem um impacto psicológico negativo.

O fato de pagar o imposto já é algo que as pessoas ressentem, porque estão subtraindo algo de seu patrimônio para dividir com os outros, e nem todos são suficientemente generosos para querer fazer essa divisão. Quando ainda por cima a autoridade o desrespeita e trata mal, o contribuinte reage com hostilidade. Eu me lembro, perfeitamente, de que quando fui dar aula nos EUA fui descontado na fonte e informado pela universidade de que deveria apresentar uma declaração – isso foi em 1978. Perguntei como proceder. Fui informado de que deveria ir ao *Federal Building*. O *Federal Building* era um prédio do Governo Federal que existia na cidade, onde havia: uma sala do FBI⁸⁶, uma sala do *antitrust*⁸⁷, e uma do imposto de renda. Fui atendido lá por um inspetor fiscal que, de modo cortês e simpático, deu-me todas as informações necessárias para que eu pagasse o mínimo de impostos possível dentro do direito, e da razoabilidade. No fim, lembro-me de que quando voltei ao Brasil e apresentei a declaração, recebi, exatamente um mês depois, o valor acrescido de juros.

No Brasil durante anos e anos, quando havia uma restituição a receber não havia nem juros nem correção monetária. Tenho ainda restituições a receber e procuro não pensar nisso por higiene mental... A prática do pagamento de correção e juros começou durante o ministério do Malan⁸⁸. Talvez por ter vivido nos EUA, ele sabia que o contribuinte é uma pessoa importante. Ou seja, o respeito aos direitos do cidadão inclui também o acesso aos Tribunais para defender suas pretensões e direitos. Dentre esses Tribunais estão os internacionais, quando a questão não pode ser resolvida localmente.

A questão do respeito ao cidadão é uma coisa cultural também. Não há transparência e não há a quem reclamar. Fica-se na mão do *lobbista*. É uma coisa que todo mundo sabe. Se perguntado, o governo dirá que há transparência. Basta enviar um requerimento para determinada repartição para que seja dado o andamento ao processo. Mas, na verdade, não é o que ocorre. Isto é, necessita-se de “alguém” que faça o processo andar. Não deveria ser assim; deveria ser automático. E, mais, a pessoa deveria ser informada sobre o trâmite. Além disso, o governo deveria divulgar quais os procedimentos para enfrentar eventuais dificuldades. É a obrigação do governo, que a ignora. Por isso, tenho a impressão de que é uma coisa cultural essa de ver os cidadãos como se fossem súditos. Os governos do Brasil têm de descobrir que não estão lá para servir os políticos, em Brasília, ou em outro lugar, mas estão para servir o povo, os cidadãos.

Alguém disse outro dia que, além de apoiar os sem-teto, os sem-terra, o governo está agora querendo proteger os sem-vergonha. E é o que está acontecendo.

Também é cultural o senso de humor brasileiro... O senso de humor eu acho que é uma maneira civilizada de exprimir a revolta, sendo também confissão de impotência.

Do ponto de vista da formulação de política comercial, o contencioso é um elemento importante, mas não é único, tem de estar articulado com outros componentes.

O Brasil tem uma porção de singularidades. Uma delas, por exemplo, é ser um de quatro países que tem uma maioria penal tão elevada. E os outros três não são países muito desenvolvidos⁸⁹. Talvez o Brasil também seja o único país do mundo em que o Poder Judiciário fixa os próprios

salários. Além do mais, é o único país do mundo em que o Ministério Público escolhe seu dirigente. Há uma série de coisas em que o Brasil é singular. Dentre essas singularidades brasileiras, há também o hábito de querer misturar a política econômica com política. São duas coisas diferentes, por isso, por exemplo, na União Européia há dois diretórios, um que cuida da política externa e outro que cuida da política econômica.

Cada país da União Européia segue o mesmo modelo. Na França, por exemplo, a representação na OMC é do Ministério da Economia, e não do *Quai d'Orsay*⁹⁰. No entanto, o *Quai d'Orsay* coopera com o Ministério da Economia. Os consulados franceses têm uma seção econômica que depende do Ministério da Economia e uma voltada para a política externa. Por razões econômicas e de racionalidade, ocupam o mesmo imóvel, trabalham juntos, mas são entidades diferentes. Nos EUA há o USTR⁹¹ e Tribunal Internacional de Comércio, que são diferentes do Departamento de Estado. No Brasil ainda é tudo concentrado.

O problema político pode prejudicar a questão comercial. Seria melhor se fosse possível tratar as duas dimensões de maneira separada. Entendo que se pode ter comércio com país com o qual não há afinidade política. Por outro lado, é possível ter relações políticas excelentes com um país e nenhum interesse comercial.

Em relação à atual rodada de negociações da OMC⁹², alguns temas que se imaginava ser necessário negociar foram superados pelas decisões do OSC. Por exemplo, isso aconteceu em relação a certos aspectos da aplicação do acordo de agricultura (AARU)⁹³. As decisões que foram tomadas sobre casos em que o Brasil foi parte tornaram inútil discutir determinados pontos na negociação. Porque o Órgão de Solução de Controvérsias deu sua interpretação sobre o AARU. No momento em que o OSC deu o significado exato, e este foi considerado adequado pelas partes, tornou-se desnecessária a negociação⁹⁴. Em outros casos, o OSC deu uma interpretação não aceita pelos membros da OMC e a negociação está continuando para tentar modificar essa interpretação.

Dessa forma, considero muito importante o papel do OSC em dois sentidos. O primeiro é fazer com que o país cumpra os compromissos permitindo aos outros exercerem os seus direitos plenamente. O segundo é definir, na prática, o alcance e os efeitos das regras dos acordos da OMC.

Quanto aos procedimentos do OSC, tenho a impressão de que são adequados. Se ocorrer alguma modificação, será pequena, porque não há críticas quanto ao ritmo. Talvez fosse possível ser um pouco mais rápido no que concerne à instauração dos painéis. Mas, de fato, acho que não é de interesse dos países mudar esse ritmo, pois é um tempo em que as partes aproveitam para fazer uma negociação. Porque muitas vezes um governo não começa uma negociação se não estiver pressionado por uma demanda. Há um custo político para o país envolvido. Em uma negociação, o país sabe que terá de fazer alguma concessão, e essa concessão significa abrir mão de algo, o que é sempre indigesto. Portanto, esse tempo para a instauração do painel é necessário para a composição dos interesses internos das partes.

Em relação à implementação, o que é determinado pelos acordos é um tempo razoável. Se houver uma discussão em torno de qual é a razoabilidade, vai-se para uma arbitragem a fim de decidir qual é o tempo razoável. Assim, as regras são boas. Acho, inclusive, se tivesse o poder, jogaria fora nosso Código de Processo e colocaria em seu lugar as regras da OMC, que asseguram perfeitamente o exercício do direito de defesa, e não permitem a pletera de recursos que temos no país.

Imagine se tivéssemos uma regra pela qual todo tribunal fosse obrigado a decidir uma demanda em sessenta dias que só pudessem ser prorrogados para noventa se o caso fosse considerado complexo!

Então, pode-se tirar uma lição prática: a de que a precisão e a rapidez das decisões estão fazendo com que o número de casos diminua. A tendência estatística é de redução do número de casos. Por exemplo, quando cheguei à OMC, a média de casos por ano era em torno de onze a doze, e, hoje, estamos com uma média de quatro a cinco. A própria idéia de aumentar o número de membros do Órgão de Apelação, pois havia um temor de aumento do número de casos, especialmente com o fim das restrições em matéria agrícola, não se concretizou. Não vou para Genebra já faz dois meses e não há nenhum caso no horizonte. Se houver, será em fins de julho ou agosto de 2007⁹⁵.

Essa é outra coisa interessantíssima, o fato de os juízes só serem convocados para resolver os casos que surgem, e depois voltam a exercer a sua vida normalmente. Havia um exemplo desse tipo no Direito

Internacional, que era o do Benelux⁹⁶, no qual um tribunal resolvia os conflitos de jurisdição entre os tribunais dos países do Benelux. Esse tribunal funcionava da seguinte maneira: convocavam-se os juizes do Supremo Tribunal dos três países-membros para uma reunião que durava cerca de um dia, para que fossem resolvidos os casos de conflitos que tinham ocorrido naquele período. E a vantagem desse tribunal é que, como estavam presentes os membros da Corte Suprema de todos os países, a decisão era automaticamente válida nesses países por se tratar de uma decisão da Corte Suprema. Um mecanismo inteligente e bem-feito.

Propus que se fizesse isso no Mercosul, mas a idéia não prosperou. Criou-se um mecanismo muito mais complexo, que é o Protocolo de Olivos⁹⁷. Mas agora nós estamos falando de um cadáver insepulto: o próprio Mercosul.

2.4 Depoimento do Ministro Roberto Rodrigues⁹⁸

Em relação ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC), gostaria de iniciar falando a respeito do impacto desses contenciosos, principalmente o do açúcar e o do algodão, no rumo das negociações de Doha. Ainda que considere que as duas decisões favoráveis ao Brasil não tenham tido um impacto objetivo, mensurável, pelo menos por enquanto, essas decisões deram uma dimensão diferente ao próprio processo de negociação.

No caso do algodão, os americanos não estão cumprindo integralmente a determinação dada pelo OSC, isto é, estão cumprindo apenas parcialmente. De tal maneira que o resultado concreto para os produtores brasileiros para o comércio de algodão não tem um grande significado. Já no caso do açúcar, os europeus seguiram com muito mais empenho as determinações do OSC, e os horizontes para a produção de açúcar na Europa foram redefinidos. Isso cria uma nova expectativa aos produtores brasileiros de açúcar. Portanto, mesmo que ainda não tenha ocorrido um impacto muito significativo, houve uma evolução no encaminhamento das questões comerciais.

É claro que, concretamente, terão sido alcançados os objetivos dos contenciosos referidos quando forem plenamente adotadas as medidas emanadas das decisões da OMC, isto é, ocorra o rigoroso cumprimento dessas determinações pelos países condenados. Caso contrário, haverá o inverso do que se espera, haverá uma desmoralização do Mecanismo de Solução de Controvérsias e da própria OMC, levando a uma expectativa negativa quanto ao futuro. Potencialmente, considero muito positivo, muito interessante o que aconteceu nos painéis que tivemos, tanto do açúcar como do algodão, e de outros temas, por exemplo, do frango salgado.

Como já salientei, à medida que as condenações são executadas pelos países que perderam os painéis, a própria negociação em si ganha outra dimensão, porque as decisões tomadas na mesa do tribunal passam a ter outro modelo de acompanhamento.

Devo lembrar que existe a possibilidade de novos contenciosos na área agrícola. Há uma discussão permanente, por exemplo, quanto à questão da soja. O subsídio americano da soja realmente é muito grande, o que faz com que os produtores daquele país tenham um resultado positivo independentemente dos preços do mercado. No entanto, como os preços internacionais da soja estão acima do preço de referência norte-americano, não há, no momento, nenhum prejuízo aos concorrentes. Não há uma distorção no mercado por causa do subsídio americano. Mas, é potencialmente um tema recorrente porque sempre que os preços vêm abaixo do preço de referência norte-americano os países produtores sem subsídios levam desvantagem, uma vez que perdem mercado.

Há também uma dúvida quanto ao suco de laranja, e uma discussão em relação à carne bovina, ou seja, existe uma série de potenciais contenciosos que hoje não estão sendo implementados porque os preços no mercado internacional estão suficientemente elevados e os produtores brasileiros não estão tendo prejuízos decorrentes dos subsídios dos EUA ou da Europa. Além do mais, a produção agrícola brasileira é extremamente competitiva.

Por exemplo, o Brasil é o país mais competitivo na produção de açúcar no cenário internacional, e a abertura de novos mercados com a redução da produção europeia, decorrente da decisão favorável no OSC, abre potencialmente uma condição favorável ao nosso desenvolvimento quando comparado com a dos países mais pobres. Nesse tema, há pelo menos duas

questões relevantes. A primeira é que a cana-de-açúcar é um produto agrícola que demanda escala. É um produto com baixa rentabilidade, em termos de lucro por toneladas, e só um volume maior permite rentabilidade. Os países muito pequenos, com propriedades de tamanho reduzido, têm menor competitividade em relação ao Brasil, o qual tem grandes áreas agricultáveis de cana-de-açúcar. A segunda questão relaciona-se ao conjunto de condições de solo e de clima que permite o melhor desenvolvimento da agricultura. O Brasil tem uma vantagem comparativa e competitiva em relação aos outros países que é inegável, inclusive em irrigação: há muitos países que precisam irrigar seus canaviais, e nós, não.

Tenho conversado com amigos da América Central que informam que o custo de produção do açúcar nesses países fica próximo de US\$ 800 chegando até US\$ 1000 dólares/ton. O custo de produção no Brasil é sensivelmente menor, nossa produtividade é muito maior que a desses países caribenhos. Portanto, conclusivamente, o Brasil tem uma chance real de avançar sobre os mercados que venham a ser abertos com a redefinição da produção da União Européia.

No entanto, não está acontecendo essa ampliação do mercado europeu de açúcar devido às cotas especiais para países caribenhos. A questão deverá ser resolvida de maneira definitiva com a produção de etanol nesses países. Muitos países pequenos, principalmente do Caribe e da África, não podem parar de plantar cana-de-açúcar porque é uma cultura que gera muito emprego. O estímulo da cultura da cana-de-açúcar, reforçado pela produção de bioenergia, evitaria que muitos problemas sociais graves fossem gerados nesses países.

Por outro lado, quase todos esses países pequenos produtores de açúcar são importadores de petróleo e dos seus derivados, de modo que a minha expectativa – tenho trabalhado muito nesse sentido na própria comissão do hemisfério que foi criada, recentemente, entre Brasil e EUA – tem que ver com a transformação da produção de cana-de-açúcar de açúcar para etanol. De tal maneira que seriam resolvidos três problemas. Por um lado, diminuiria a necessidade desses países de importação de petróleo e seus derivados com uma vantagem importante do ponto de vista da balança comercial. Segundo, seria possível manter a atividade produtiva, podendo até ampliá-la com a possibilidade da utilização do bagaço de cana para

eletricidade. E terceiro, deixariam de produzir apenas um produto final, que é o açúcar, em relação ao qual não têm condições de competir, gerando distorções de mercado, por causa de protecionismo cruzado que existe de um país para outro. Penso, portanto, que a solução definitiva virá mesmo com a transformação da produção de açúcar para etanol.

Outra consequência interessante do painel do algodão diz respeito ao efeito do subsídio ao longo do tempo. O entendimento explicitado nesse painel, de que um subsídio pode ter efeito além do tempo em que ele é concedido, é muito relevante. De acordo com esse entendimento, tais subsídios teriam afetado de maneira estratégica os produtores de algodão brasileiros, ou seja, o subsídio dado num tempo t_1 continuaria afetando as condições de mercado no tempo t_2 , e assim por diante. Essa compreensão do efeito do subsídio ao longo do tempo é importante para o setor agrícola e para outros produtos, além do algodão, porque explicita que os efeitos nocivos do subsídio seriam permanentes.

O efeito do subsídio no tempo é o fluxo de comércio. Eventualmente, um país produtor de um bem não subsidiado não consegue entrar em mercados nos quais estejam atuando os produtores dos países que os produzem com subsídios – essa é a situação de distorção do comércio. E essa relação de comércio pode prolongar-se no tempo, seja o produto que for; mesmo que o subsídio venha a cair com o tempo, a cadeia de comércio, as pessoas que se conhecem, por exemplo, já têm um mecanismo montado, muitas vezes com contratos de longo prazo. Então, realmente isso pode afetar qualquer produto agrícola dos países que não subsidiam a agricultura.

De qualquer maneira, considero que o tema primordial da agricultura é o de estabelecer regras na OMC para eliminar o subsídio de maneira objetiva, abrindo assim condição de mercado de fato competitivo. Se a regra de comércio, do fluxo de comércio, ficar contaminada pelo efeito de subsídio não se alcançará uma eficiência real na agricultura.

Ainda em relação ao painel do açúcar contra a União Européia, que, diga-se de passagem, já tinha um problema em termos de recursos muito grandes que eram desembolsados para a proteção à produção de açúcar de beterraba, houve progressos notáveis. A vitória brasileira também tem que ver com a vontade, não manifesta, de alguns governos de países europeus de reduzir o alto custo do subsídio, *vis-à-vis* a competitividade imensa do

açúcar brasileiro, e de outros países produtores. O fato é que, rapidamente, vários países da União Européia adotaram a decisão tomada pela OMC, reduzindo a produção de açúcar subsidiado e abrindo, dessa maneira, mercado para o Brasil. Tanto que os preços do açúcar subiram no mercado internacional relativamente bem. Infelizmente, no entanto, o que aconteceu é que houve um crescimento da produção mundial maior do que era previsível inicialmente. A produção de açúcar explodiu e esse preço vem despencando fantasticamente desde o começo de 2007.

Ou seja, ocorreu uma melhoria dos preços do açúcar dada a expectativa de que o mercado ia ser mais comprador para países competitivos como Brasil, Austrália, Tailândia, Índia, entre outros, mas o crescimento da produção jogou o preço para baixo. Mas, agora é a regra de mercado, não tem mais mecanismos distorcivos de mercado: é simplesmente uma relação de oferta e de procura que tem de se adequar no espaço e no tempo de acordo com o crescimento do comércio.

Gostaria de mencionar que o trinômio da agricultura, que hoje já é uma realidade, de produção de alimentos, de energia e de fibras, dá especial capacidade ao Brasil do ponto de vista de atender a mercados diferentes, inclusive na venda de tecnologia. Recentemente, ocorreu um evento gigantesco no Brasil sobre esse tema. Nesse evento, organizado pela UNCTAD e que também contou com a colaboração do Congresso Brasileiro, estavam presentes mais de oitenta países do mundo inteiro. Houve um interesse muito grande por parte dos presentes, dos americanos em particular, de conhecer o modelo brasileiro de desenvolvimento rural e avaliar a aplicabilidade desse modelo em diferentes países.

O Brasil possui hoje 72 milhões de hectares agricultados e tem 190 milhões de hectares usados como pastagens, dos quais 90 milhões podem ser agricultados. O que significa que nós temos terras por usar equivalentes a mais de 100% em relação à área utilizada. Nenhum continente tem esse potencial que o Brasil possui. Ou seja, o crescimento horizontal da nossa área plantada é fantástico e o vertical também porque, embora tenhamos uma tecnologia moderníssima, é possível aumentar ainda mais a produtividade no Brasil. A média de produtividade ainda é baixa no Brasil. Portanto, temos um potencial enorme. Em outras palavras, imaginar que a produção de grãos no Brasil possa triplicar em quinze anos é perfeitamente

plausível, desde que haja essa condição de ocupar todas as áreas agricultáveis com tecnologia moderna e logística, através de políticas adequadas.

Naturalmente que essa vertente depende fundamentalmente da abertura de mercados. Caso contrário, aumentar a produção com que objetivo? Se não houver abertura de mercado, ocorreria o que chamo de *pororoca da agricultura*. É por isso que as negociações internacionais e a utilização do Mecanismo de Solução de Controvérsias têm uma dimensão extraordinária para o Brasil agrícola e para o Brasil como um todo, na medida em que o agronegócio é o maior negócio do Brasil, é um terço do PIB, um terço dos empregos e um terço do comércio exterior. Sempre é importante lembrar as vantagens comparativas reais que o Brasil têm em relação ao mundo inteiro e com outros setores da economia internamente.

Portanto, a vertente do crescimento da produção agrícola para suprir outros países é incomensurável. Vejo esse aspecto considerando que vamos ter mais 2 bilhões de pessoas nos próximos trinta anos no planeta, e imagino que o processo de urbanização irá acentuar-se em muitos países menos desenvolvidos, o que altera os modelos de alimentação, ou seja, a forma da produção dos alimentos. Considerando, ainda, que o aumento da expectativa de vida é formidável, nós vamos ter cada vez mais idosos, o que muda também os conceitos alimentares. Portanto, há todo um cenário novo do ponto de vista internacional. É sabido que os países em desenvolvimento terão condições econômicas melhores no futuro próximo, o que aumenta o fluxo de comércio para o sul. Enfim, temos um cenário mutante no planeta que oferece ao Brasil um potencial para o agronegócio inimaginável.

A outra vertente está relacionada com a aplicação de tecnologias brasileiras em outros países. O Brasil é um país tropical, e tem a melhor tecnologia tropical do planeta. Se for feita uma análise do mapa-múndi para verificar os locais em que nossa tecnologia agrícola poderia ser transplantada é possível afirmar com segurança que temos vantagens positivas em toda a América Latina, em parte considerável da África e no sul da Ásia. Em outras palavras, nos países tropicais o Brasil tem um grande potencial para introdução dessas tecnologias.

É verdade, porém, que a possibilidade de transplantar a experiência e o sucesso da agricultura do Brasil não depende só das condições de clima, de

topografia, de qualidade do solo; depende também, consideravelmente, de fatores institucionais. Um deles está relacionado à posse da terra e ao uso da terra, isto é, qual é a estrutura fundiária e forma de produção de determinado país. Tem muitos países na África, por exemplo, em que a terra pertence ao Estado, o que pode dificultar a transferência de experiência brasileira. Outra questão institucional diz respeito à logística. Hoje a agricultura é muito mais questão de clima e logística do que de qualidade do solo. Os problemas de solo podem ser resolvidos com a aplicação adequada de tecnologia.

Hoje os biocombustíveis estão ganhando uma dimensão muito maior e acredito que irão mudar o paradigma de produção mundial, ou seja, a própria distribuição geográfica da produção mundial. É possível que países e continentes inteiros que hoje são miseráveis, como a África, por exemplo, daqui a quinze ou vinte anos possam ser grandes produtores de etanol de celulose. O Brasil, a África e, também, a América Latina e a Ásia deverão ser esses grandes produtores de biocombustíveis enquanto os grandes consumidores estarão no Norte. Certamente, essa alteração irá criar uma nova relação de equilíbrio entre Sul e Norte. O aumento da produção de biocombustíveis favorecerá a criação de muitos empregos no Sul, propiciando maior inserção social de milhões de pessoas, o que favorecerá as democracias nesta parte do mundo. Considero que a água e a bioenergia têm esse condão de alterar até os processos democráticos, e de influir na estabilidade social no planeta. E o Brasil como líder mundial em tecnologia do etanol pode ser, digamos assim, o condutor de uma nova civilização, o que deverá ocorrer ainda no século XXI, mudando a geopolítica global.

2.5 Depoimento do Ministro Sérgio Amaral⁹⁹

Em relação ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), o comentário que considero mais interessante abrange duas dimensões diferentes. A primeira diz respeito à posição do Brasil na revisão das disposições sobre o Mecanismo de Solução de Controvérsias na Rodada do Uruguai, que definiu as regras atuais desse sistema. Outra dimensão é a do processo

negociador interno ao governo para a entrada de demanda junto à Organização Mundial do Comércio (OMC).

A primeira questão refere-se à posição do Brasil na Rodada Uruguai. Considero essa questão muito interessante e emblemática. O novo sistema de solução de controvérsias aprovado na Rodada Uruguai, que está hoje em vigor na OMC, é talvez, junto com a introdução da agricultura no sistema de regras da OMC, o aspecto mais relevante da Rodada Uruguai. Ainda que o problema da agricultura não tenha sido resolvido efetivamente naquela rodada, representou o reconhecimento da necessidade de resolver as muitas questões pendentes relativas ao tema.

O grande demandante de uma revisão das regras de solução de controvérsias da OMC eram os Estados Unidos, pois o governo norte-americano acreditava que o Mecanismo de Solução de Controvérsias existente no antigo GATT¹⁰⁰ tinha um caráter apenas de recomendação, na medida em que qualquer decisão estava subordinada ao consenso do Conselho das partes demandantes e, portanto, qualquer país, mesmo aquele que estava sendo objeto da reclamação, poderia simplesmente impedir que a decisão do Mecanismo de Solução de Controvérsias tivesse validade. Essa situação foi percebida pelos países em desenvolvimento, sobretudo pelo Brasil, como algo contrário aos seus interesses.

Os EUA tinham duas críticas em relação ao sistema de solução de disputas do antigo GATT. Primeiro, as regras do GATT e o Tratamento Especial e Diferenciado¹⁰¹ para países em desenvolvimento faziam com que esses países fossem *free riders* do processo, não assumindo compromissos efetivos. Segundo, o mecanismo de solução de controvérsias existente impedia que a OMC tivesse qualquer capacidade de *enforcement* das suas regras, isto é, a capacidade de a OMC fazer valer suas decisões.

A delegação brasileira, como a maior parte das delegações dos países em desenvolvimento, era contra a reformulação do mecanismo de solução de controvérsias nas linhas que os Estados Unidos propunham, ou seja, fazer com que o sistema tivesse efetividade ou, nas palavras do GATT, que o mecanismo tivesse “dentes”. Curiosamente, no entanto, uma vez aprovada a revisão do sistema de solução de controvérsias, o Brasil foi um dos maiores beneficiários do novo mecanismo.

Essa questão é emblemática de uma situação que não se deu apenas em relação ao Mecanismo de Solução de Controvérsias, mas que também ocorreu em relação a outros temas. É que, muitas vezes, negociamos sem ter uma idéia muito clara sobre quais são os nossos interesses. Naquele momento, o que predominava era a idéia de que a abertura comercial não era algo positivo para o país.

A realidade, no entanto, está mostrando que os países que estão tirando mais proveito da globalização e da abertura multilateral dos mercados são justamente alguns países em desenvolvimento, entre eles, a China e a Índia, e, de certa forma, o Brasil também. Existe, portanto, um problema de fundo, que diz respeito à política comercial e à forma como, por vezes, os interesses nacionais são percebidos.

Muitas vezes, o negociador intui ou supõe o que seja ou deva ser o interesse nacional de um setor específico, pois há casos em que o próprio setor não tem a capacidade ou a oportunidade de formular, com clareza, aquilo que considera importante. Evidentemente, há casos em que o setor sabe quais são seus interesses e propõe ações concretas. Porém, existem setores em que não se tem a capacidade de formular propostas e, então, seus representantes adotam postura meramente defensiva que impede qualquer negociação.

Tivemos um caso exemplar: o da indústria têxtil. Seus representantes foram a Genebra para manifestar grande preocupação com o resultado das negociações relativas a têxteis durante a Rodada Uruguai. O entendimento do setor era o de que as propostas em negociação poderiam trazer prejuízo para a indústria. No entanto, na década de noventa, a indústria têxtil se ajustou, tornou-se mais competitiva e passou a exportador. Hoje, com toda razão, a dificuldade real do setor está relacionada com a China.

Esse é um comentário sobre a postura negociadora brasileira, e de um grande número de países em desenvolvimento, que muitas vezes seguem a ferro e a fogo posições que, quando avaliadas *a posteriori*, não tinham fundamento.

Hoje, o Mecanismo de Solução de Controvérsias é muito utilizado pelo Brasil. O que não só tem trazido benefícios, como também é o único instrumento de que dispomos para fazer valer reclamações justas, por

exemplo, contra os subsídios americanos; o subsídio canadense no caso da Embraer; o subsídio europeu relativo ao açúcar; e outros mais.

O segundo aspecto é o fato de que a decisão no Mecanismo de Solução de Controvérsias cria a jurisprudência. Muitos dos pontos de negociação em matéria comercial, que estão na Rodada Doha, estão sendo discutidos levando em conta as decisões do Mecanismo de Solução de Controvérsias. Portanto, esse instrumento não apenas está ajudando em relação a demandas específicas, mas também está condicionando a decisão do processo negociador na Rodada Doha. E esse é um aspecto muito importante.

“Perdemos” na negociação da Rodada Uruguai. No entanto, hoje, temos nos beneficiado bastante do novo sistema de solução de disputas criado naquela rodada de negociação.

A segunda dimensão é o processo de negociação interna para recorrer ao Mecanismo de Solução de Controvérsias. Como é que isso funciona? O setor, quando vê violado o seu direito, consulta o ministério da área – Ministério da Agricultura, Ministério do Desenvolvimento, da Indústria e do Comércio –, que avalia a fundamentação e o interesse do país em entrar com uma reclamação na OMC. Na grande maioria das vezes, o setor envolvido busca um escritório de advocacia para substanciar a sua causa. Acolher essa reclamação ou pretensão da demanda do setor é uma decisão de governo. O setor privado não tem competência para recorrer diretamente à OMC. Como é sabido, a OMC é uma organização de Estados, só os Estados podem solicitar uma consulta. O demandante do setor privado tem, portanto, de ter a anuência do governo brasileiro para levar avante sua demanda.

Normalmente, há uma diferenciação no exame da solicitação. O ministério técnico está mais próximo do setor produtivo e tende a ser mais compreensivo e mais receptivo à idéia de uma demanda. O Itamaraty já é mais cauteloso, por duas razões: a primeira é a preocupação de que uma demanda possa interferir em outras pretensões brasileiras. Esse é o caso concreto da postulação dos produtores de café solúvel em relação ao novo SGP¹⁰² europeu, que recolocou em vigor uma tarifa de 9% sobre o café solúvel. O SGP europeu anterior havia estabelecido uma espécie de *waiver* para o Brasil, ou seja, que a tarifa de 9% sobre o café solúvel não se aplicaria ao Brasil por um período de dois anos. Posteriormente foi

renovado. No entanto, o novo SGP europeu simplesmente aplicou a tarifa que estava prevista e os europeus não quiseram mais conceder a isenção tarifária para o Brasil. Sendo assim, o setor quis entrar com uma demanda na OMC, o Ministério da Indústria e do Comércio apoiou esse pleito, mas o Itamaraty considerou que uma demanda desse tipo poderia vir a prejudicar outros produtos brasileiros que não foram atingidos pelo novo SGP. Essa é uma primeira preocupação.

A segunda preocupação está relacionada ao fato de que uma demanda na OMC pode não ter os fundamentos suficientes para vencer e, portanto, pode afetar a credibilidade do membro da OMC, no caso o Brasil, diante do Sistema de Solução de Controvérsias. É verdade que, se um país por qualquer assunto recorrer à OMC, poderá afetar sua credibilidade.

E a terceira preocupação que o Itamaraty muitas vezes tem está relacionada ao fato de que uma demanda na OMC pode afetar os entendimentos com um país, sobretudo se está ocorrendo um processo de negociação entre ambos. Tenho a impressão de que isso pode ter ocorrido no caso da soja. Uma das demandas que foram levadas à Camex foi a do setor de soja, um setor que era considerado sensível pelos EUA. O encarregado do USTR na época, Robert Zoellick¹⁰³, chegou a dizer que se o Brasil entrasse com uma demanda da soja os interesses brasileiros em outras áreas poderiam ser afetados. Penso que é o tipo de preocupação que, a meu ver, teria que ser afastada das questões de defesa comercial.

É preciso entender que as medidas de defesa comercial, incluída a possibilidade de recorrer ao Mecanismo de Solução de Controvérsias, são recursos legítimos, válidos e constituem o corolário da abertura comercial. Quando ocorre a abertura comercial e são eliminadas as barreiras, tem de haver o direito de defender-se contra a concorrência desleal. Esta é a essência da defesa comercial: o direito de defender-se contra um surto de importações que possa ameaçar, desorganizar o seu sistema produtivo (mecanismo de salvaguarda); direito de recorrer a uma instância jurisdicional (Mecanismo de Solução de Controvérsias).

Considero que a circunstância política não deva entrar nesse tipo de avaliação. A meu ver, o grande problema que estamos vivendo hoje em matéria de defesa comercial é não exercer plenamente o direito de defesa por considerações de ordem política. Por exemplo, com a China tem havido

muito receio em aplicar mecanismos de defesa comercial. Também com a Argentina há muita benevolência: têm sido criadas medidas como a do mecanismo de salvaguardas (MAC), sem sustentação jurídica. Há ainda outros casos em que não tem sido exercido o direito de defesa comercial por razões de ordem política. Considero que algumas decisões do governo em relação à opção de recorrer ou não ao Mecanismo de Solução de Controvérsias não são apropriadas.

Outro ponto também importante diz respeito às conseqüências dos contenciosos, por exemplo, o do açúcar para países mais pobres. Há um argumento recorrente de que o Brasil se tem valido do Mecanismo de Solução de Controvérsias, tendo sucesso, como o caso do açúcar, mas não tem considerado o efeito de suas reclamações sobre os países mais pobres. Primeiro, é preciso que se comprove o efetivo prejuízo para os países mais pobres. A questão que o Brasil levantou no caso do açúcar com a União Européia (UE) não diz respeito ao fato de comprar açúcar em situações preferenciais, mas sim de comprar açúcar subsidiado e reexportar.

Em outras palavras, o Brasil não tem nada contra o fato de a União Européia dar tratamento preferencial para suas ex-colônias. O Brasil se opôs à prática da UE de reexportar o açúcar subsidiado de suas ex-colônias. Essa é uma reivindicação que foi considerada inteiramente legítima pelo OSC. Se a União Européia quer favorecer suas ex-colônias pode comprar açúcar a qualquer preço, desde que o utilize dentro de seu espaço econômico. Mas a UE não pode simplesmente subsidiar e reexportar esse açúcar. Portanto, o argumento de que a vitória do Brasil no OSC no caso do açúcar prejudicou os países mais pobres não procede.

Segundo, existe outra questão que está associada à primeira, qual seja, a de respeitar o acordado. Pelas mesmas razões pelas quais considero que questões políticas não podem contaminar as decisões sobre defesa comercial e o recurso ao Mecanismo de Solução de Controvérsias, penso que questões que dizem respeito à política da União Européia em relação às suas ex-colônias também não devem ser usadas para o descumprimento das regras multilaterais de comércio. A União Européia tem múltiplas formas de ajudar suas ex-colônias que não impliquem desrespeito a uma regra de comércio.

Em relação aos resultados concretos advindos das decisões do OSC favoráveis ao Brasil, seria necessário examinar caso a caso. De maneira geral, o que acontece com o Mecanismo de Solução de Controvérsias é uma coisa curiosa, porque esse sistema tem a capacidade de decidir e de impor uma sanção, ou seja, conceder autorização ao país que sofreu as conseqüências de um desrespeito às regras do comércio para adotar represália. No entanto, o país tem o direito de exercer ou não esse direito, isto é, tem o direito de adotar ou não uma represália. Essa é uma prerrogativa do país, que pode avaliar as vantagens e as desvantagens da represália. De toda forma, mesmo que o país não adote essa medida, o fato é que passa a ter um instrumento de pressão, de persuasão, ou mesmo de coerção. Com esse instrumento é possível obter a mudança da política de concorrência desleal ou de desrespeito às regras de comércio que foi objeto da demanda. Portanto, muitas vezes não é preciso implementar um ato de reparação, pois a possibilidade de adotar medidas de represália é um instrumento de pressão suficientemente forte para alcançar o objetivo de correção de uma prática de comércio desleal.

No caso do açúcar, a decisão favorável à demanda brasileira teve um impacto muito grande, porque levou a União Européia a rever o volume de produção de açúcar. Ou seja, teve um impacto considerável. No caso da Embraer também, embora a decisão tenha indicado possíveis falhas ou violações no sistema de financiamento da Embraer, apontou falhas maiores do lado canadense, o que, evidentemente, tem um impacto sobre a continuação dessas práticas por parte do Canadá.

Quanto à Rodada Doha, considero que em relação ao Mecanismo de Solução de Controvérsias, não ocorrerão grandes transformações. A razão é que esse mecanismo está funcionando razoavelmente bem, e, por isso, se houver modificações, tenho a impressão, serão marginais. Não tenho conhecimento de queixas de fundo quanto ao funcionamento do Mecanismo de Solução de Controvérsias. Além do mais, os países que queriam que o Mecanismo fosse mais rigoroso são os que têm sofrido as maiores derrotas. Não acredito que esses países sejam, em linguagem da OMC, demandantes de mudanças do Sistema de Solução de Controvérsias.

Ainda em relação à Rodada Doha, penso que essa rodada, se comparada com as rodadas anteriores, tem uma grande diferença: os objetivos dos

países desenvolvidos e das potências comerciais são muito menos ambiciosos do que nas rodadas anteriores. Em alguns casos, o que esses países estão buscando é mais o enforcement, isto é, mais o cumprimento das normas estabelecidas do que grandes mudanças. A meu ver, os ganhos que esses países poderiam ter em algumas áreas como tarifas industriais e mesmo serviços têm um peso menor do que o custo de conceder o que os países em desenvolvimento estão buscando, notadamente em agricultura. Esta é uma grande diferença que explica a posição um pouco menos combativa, um pouco menos ativa, sobretudo dos países da União Européia e EUA na negociação. Essa é uma consideração de ordem geral: os países desenvolvidos têm menos a ganhar em relação às rodadas anteriores.

Há também um descompasso entre o calendário político e o calendário das negociações. O que é que se esperava? Que se pudesse chegar a um entendimento ainda em 2007 a tempo de se beneficiar do TPA¹⁰⁴ americano. O que está fora de questão. Além do mais, o cenário nos EUA não é muito favorável: na última votação no Congresso sobre questões comerciais, o CAFTA¹⁰⁵, a aprovação se deu por uma margem de dois votos. Há muitas dúvidas de que o Congresso, hoje predominantemente democrata, apóie os acordos de comércio celebrados com a Colômbia e o Peru. Considero muito difícil que um governo republicano, o governo Bush, concorde em fazer as concessões que seriam necessárias para vir a obter uma nova autorização do Congresso. Não acredito, por essa razão, que o atual governo americano tenha interesse em empenhar-se para resolver essas questões complicadas da Rodada Doha quase às vésperas das próximas eleições. Quanto ao novo governo francês, vejo também uma grande dificuldade, ainda que seja um pouco mais flexível em matéria de comércio exterior que o anterior, de fazer concessões em matéria de tarifas agrícolas maiores do que as feitas pelo governo anterior.

¹ Coordenadora e professora do programa de educação continuada e especialização em Direito GV*law*; professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas

– Direito GV; mestre e doutora em Economia pela Unicamp; coordenadora de Relações Inter0.75emnacionais da Direito GV.

2 Atual Ministro das Relações Exteriores, cargo que também ocupou no governo Itamar Franco, de 1993 a 1994. Embaixador da missão permanente em Genebra em 1991-1993 e 1999-2001. Doutor em Ciência Política, já foi secretário na Organização dos Estados Americanos (OEA), chefiou a equipe negociadora do Brasil do Tratado de Assunção, dentre vários outros cargos.

3 Documento Dunkel ou *Dunkel Draft*, de dezembro de 1991, que fez uma síntese dos resultados atingidos durante as negociações da Rodada Uruguai e trouxe sugestões para os impasses existentes até aquele momento. Consistiu em uma das principais bases para os acordos obtidos durante aquela Rodada, principalmente em termos de negociações agrícolas.

4 Em dezembro de 1991, o Ministro Celso Amorim era Embaixador e Representante Permanente do Brasil junto à ONU, GATT e Conferência do Desarmamento, em Genebra.

5 A Rodada Uruguai foi concluída em 15 de abril de 1994, na cidade de Marrakesch no Marrocos.

6 Em 1994, o Embaixador Celso Amorim era Ministro de Estado das Relações Exteriores do Governo Itamar Franco.

7 Itamar Franco: Presidente do Brasil entre outubro de 1992 e janeiro de 1995.

8 Embaixador Alcides Prates: diplomata de carreira; promovido a Ministro de Primeira Classe do Itamaraty em 2007; atualmente é Embaixador do Brasil no Vietnã (desde 2004).

9 Embaixador Paulo Nogueira Baptista: diplomata de carreira desde 1952; fez parte do Ministério do Planejamento (1962-1963); foi Subsecretário de Planejamento Político do Ministério das Relações Exteriores (1967-1969); Subsecretário de Assuntos Econômicos do Ministério das Relações Exteriores (1973-1975); Embaixador do Brasil junto ao GATT (1983); Presidente do Conselho de Segurança da ONU (1988-1989) e Embaixador do Brasil junto à Associação Latino-americana de Integração – ALADI (1993-1994). Faleceu em 1994.

10 Embaixador Rubens Ricupero: diplomata de carreira desde 1961; foi Representante Permanente do Brasil em Genebra (1987-1991); Ministro do Meio Ambiente e da Amazônia Legal (1993-1994); Ministro da Fazenda em 1994, Secretário-Geral da UNCTAD (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento) e Subsecretário-Geral da ONU de 1995 a 2004; aposentou-se da carreira diplomática e atualmente é diretor do departamento de economia da FAAP (Fundação Armando Álvares Penteado) e presidente do Instituto Fernand Braudel em São Paulo.

11 Refere-se à Carta de Havana, documento que resumia os resultados finais da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Emprego, ocorrida de novembro de 1947 a março de 1948. Dentre outras disposições relativas a empregos e política comercial, o documento previa a criação de uma Organização Internacional do Comércio.

12 John Maynard Keynes: um dos mais importantes economistas do século XX. Em 1944, chefiou a delegação britânica na Conferência de Bretton Woods, quando foram discutidos

os principais aspectos de uma Nova Ordem Econômica Internacional.

[13](#) Refere-se ao antigo Embaixador da Comunidade Européia junto ao GATT e Chefe da Delegação Permanente da Comunidade Européia em Genebra, Paul Tran Van Thinh, que ocupou o cargo de 1993 a 1995.

[14](#) GATS: *General Agreement on Trade in Services* ou Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços. Negociado durante a Rodada Uruguai, entrou em vigor em 1995, com o objetivo de regular o comércio de serviços entre os membros da OMC.

[15](#) TRIPS: *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* ou Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual. Negociado durante a Rodada Uruguai com o principal objetivo de estabelecer normas internacionais comuns de proteção aos direitos de propriedade intelectual.

[16](#) Caso Bananas: WT/DS27 – *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas* (Demandantes: Equador, Guatemala, Honduras, México, Estados Unidos).

[17](#) *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* ou *Dispute Settlement Understanding*: Decorrente do Ato Final da Rodada Uruguai (1994), o Entendimento estabelece em seu artigo 2, § 1º, o Órgão de Solução de Controvérsias com a finalidade de administrar regras e procedimentos dos processos de consulta e solução de controvérsias dos membros da OMC.

[18](#) Na época da entrevista, o Departamento de Agricultura norte-americano era chefiado por Mike Johann.

[19](#) Caso Algodão: WT/DS267 – *United States – Subsidies on Upland Cotton* (Demandante: Brasil). **Ver Parte III, Capítulo 1, deste livro.**

[20](#) *The New York Times*: periódico diário de grande influência mundial publicado em Nova York desde 1851. Editorial Desk. *Those illegal farm subsidies*. **The New York Times**, Nova York, 28 de abril de 2004.

[21](#) *Los Angeles Times*: um dos mais renomados periódicos norte-americanos; é publicado diariamente na cidade de *Los Angeles, Califórnia*, desde 1881. HIRSCH, Jerry; VRANA, Débora. *Subsidy ruling shakes state cotton farmers*. **Los Angeles Times**, Los Angeles, 28 de abril de 2004.

[22](#) *United States Trade Representative* – USTR: fundado em 1962, consiste no órgão governamental de negociação comercial dos Estados Unidos. Dentre suas atribuições estão: a negociação de acordos de comércio com outros países, a participação em organizações internacionais de comércio e, de uma forma geral, a articulação externa e interna de aspectos da política comercial norte-americana.

[23](#) Refere-se à 5ª Conferência Ministerial da OMC, realizada na cidade de Cancun, México, em setembro de 2003.

[24](#) Painel de Implementação (*Implementation Panel*): tipo de Painel estabelecido pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC a pedido de um membro demandante em determinada controvérsia, com a finalidade de verificar o cumprimento das medidas indicadas pelo OSC ao demandado em decisão anterior.

[25](#) Emenda *Byrd*: emenda da Lei Antidumping norte-americana que estabelecia que as arrecadações de medidas antidumping, cobradas pelo Governo norte-americano, pudessem ser divididas com as indústrias nacionais que solicitaram as investigações contra as concorrentes estrangeiras. A aprovação de sua revogação ocorreu em 2006, sendo aplicada a partir de outubro de 2007.

[26](#) Decisão de um processo de arbitragem da OMC de 31 de agosto de 2004, que autorizou retaliações aos EUA pelos demandantes do caso da Emenda Byrd em função do não-cumprimento das recomendações feitas àquele país.

[27](#) O caso Embraer-Bombardier teve início em 19 de junho de 1996, quando o Canadá realizou suas primeiras consultas ao Brasil a respeito do tema. **Casos WT/DS46 – Brazil – Export Financing Programme for Aircraft** (Demandante: Canadá); **WT/DS70 e WT/DS71 – Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft** (Demandante: Brasil); e **WT/DS222 – Canada – Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft** (Demandante: Brasil). **Parte II, Capítulo 4, e Parte IV** deste livro.

[28](#) OCDE – **Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico**: organização internacional integrada, em sua maioria, por países desenvolvidos, que tem como propósito a promoção do desenvolvimento econômico e social no mundo. O acordo a que o Ministro se refere foi concluído alguns meses após a realização deste depoimento.

[29](#) Câmara de Comércio Exterior – CAMEX: parte do Conselho de Governo, tem como principal atribuição a política comercial exterior do país, incluindo bens e serviços.

[30](#) Refere-se ao economista Pedro Camargo Neto: atual Presidente Executivo da Associação Brasileira da Indústria Produtora e Exportadora de Carne Suína (ABIPÉCS) desde 2005; foi Presidente da Sociedade Rural Brasileira (1990-1994) e Secretário de Produção e Comercialização do Ministério da Agricultura (2001-2002), além de ter participado da Rodada Doha como negociador, em 2001, e como representante do setor privado, em 2003.

[31](#) Ministro das Relações Exteriores em duas ocasiões (1992; 2001-2002). Também foi Chefe da Missão Permanente em Genebra de 1995 a 1998. Presidente do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC em 1996. Presidente do Conselho Geral da OMC em 1997. Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio em 1999. Atualmente é presidente da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Livre-docente em Direito Internacional Público, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

[32](#) Refere-se ao período de 1995 a 1998.

[33](#) Fernando Henrique Cardoso: Presidente do Brasil de 1995 a 2002 pelo PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira); Ministro das Relações Exteriores (1992); Ministro da Fazenda (1993-1994); idealizador do Plano Real; co-fundador do PSDB (1988).

[34](#) Metal Leve S. A.: importante empresa nacional do setor de autopeças, fundada em 1950.

[35](#) A Rodada Uruguai foi lançada na cidade de Punta del Leste em setembro de 1986.

[36](#) Grupo de *Cairns*: composto por África do Sul, Argentina, Austrália, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Filipinas, Guatemala, Indonésia, Malásia, Nova

Zelândia, Paquistão, Paraguai, Peru, Tailândia e Uruguai, foi criado em agosto de 1986, na Austrália.

[37](#) *Trade Act (1974)*: ato legislativo do Congresso norte-americano que, entre outras medidas de apoio ao comércio internacional dos EUA, instaurava procedimentos de investigação contra práticas desleais de comércio de outros países em relação aos EUA.

[38](#) Embaixador George Maciel: diplomata de carreira a partir de 1943; Secretário da delegação brasileira na Comissão Preparatória da ONU (1945); Representou o Brasil junto à Organização dos Estados Americanos (OEA) (1953-1957); fez parte da delegação do Brasil junto ao GATT (1960); foi Secretário-Geral-Adjunto para Assuntos Econômicos do Itamaraty (1967); Embaixador do Brasil na OEA (1970-1974); em 1974 torna-se embaixador permanente do Brasil junto aos organismos internacionais de Genebra; em 1987, já aposentado, presidiu a delegação brasileira na Rodada Uruguai; faleceu em 15 de março de 1999 no Rio de Janeiro.

[39](#) Ver nota 9.

[40](#) Ver nota 10.

[41](#) Embaixador Luiz Felipe Lampreia: diplomata brasileiro; Ministro de Estado das Relações Exteriores entre 1995 e 2001, representou o Brasil em Suriname, Portugal e junto à OMC; além de ter sido Secretário-Geral do Itamaraty entre os anos de 1992 e 1993.

[42](#) Embaixador Celso Amorim: diplomata brasileiro, Ministro de Estado das Relações Exteriores por duas vezes, entre 1993 e 1994 e atualmente, desde 2003, sob o governo Lula. Entre seus principais cargos estão: **Secretário para Assuntos Internacionais do Ministério da Ciência e Tecnologia** (1987-1989); Diretor-Geral para Assuntos Culturais no Ministério das Relações Exteriores (1989-1990); Diretor-Geral do Departamento Econômico do Ministério das Relações Exteriores (1993); Representante do Brasil na ONU (1999-2001); Embaixador do Reino Unido (2001-2002), entre outros (Embaixador em Genebra).

[43](#) TRIMs: *Trade Related Investment Measures* ou Acordo sobre Investimentos. Negociado durante a Rodada Uruguai. Tem como objetivo limitar a realização de investimentos que tenham efeitos distorcivos ou restritivos sobre o comércio.

[44](#) Nada está acordado até que tudo esteja acordado.

[45](#) Arthur Dunkel: Diretor-geral do GATT entre 1980 e 1993.

[46](#) Peter Sutherland: Diretor-Geral do GATT e da OMC entre 1993 e 1995.

[47](#) Olavo Egydio Setúbal: Ministro de Estado das Relações Exteriores em 1985; prefeito de São Paulo entre 1975 e 1979.

[48](#) Embaixador Paulo Tarso Flecha de Lima: diplomata brasileiro, Secretário-Geral do Itamaraty de 1985 a 1990. Foi embaixador do Brasil na Inglaterra, EUA e Itália.

[49](#) Fernando Collor de Mello: Presidente do Brasil de 1990 a 1992.

[50](#) Embaixador Marcos Azambuja: diplomata brasileiro, foi Secretário-Geral do Itamaraty de 1990 a 1992. Foi embaixador do Brasil na França.

[51](#) Renato Ruggiero: Diretor-Geral da OMC entre 1995 e 1999.

- [52](#) Carlos Salinas de Gortari: Presidente do México de 1988 a 1994.
- [53](#) *Gilberto Amado Memorial Lectures* – Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas
- [54](#) LAFER, Celso. The dispute settlement system in the World Trade Organization. **Gilberto Amado Memorial Lecture Series**, 18 June 1996.
- [55](#) LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional**: uma visão brasileira. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998.
- [56](#) CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. **Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil**. São Paulo: Editora LTr, 1998.
- [57](#) Julio Lacarte Muro: diplomata uruguaio; membro do Órgão de Apelação da OMC de 1995 a 2001, esteve ligado ao sistema GATT/OMC desde sua criação.
- [58](#) Refere-se à reunião realizada em Havana, de novembro de 1947 a março de 1948, para tratar do estabelecimento de regras relacionadas ao Comércio Internacional. No entanto, a Carta de Havana, documento que resumia os resultados finais dessa reunião, não foi ratificada pelo Congresso Americano. Só foi aprovada a parte operacional que resultou no Acordo Geral de Tarifas e Comércio, o GATT, que tratava de atribuições específicas previstas no Art. VI da Carta a respeito do comércio de produtos industrializados, e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948, com a assinatura de 23 países.
- [59](#) Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), que trata da interpretação dos Acordos de Direito Internacional Público. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é considerada uma importante afirmação do Direito Internacional Público. Por exemplo, em seu artigo 27 estabelece a supremacia do Direito Internacional dos Tratados sobre as disposições nacionais.
- [60](#) Gasolina Reformulada – Casos WT/DS4 – *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (Demandante: Brasil) e WT/DS2 – *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (Demandante: Venezuela). Parte V, Capítulo 1, deste livro.
- [61](#) Embraer-Bombardier – Casos WT/DS46 – *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft* (Demandante: Canadá); WT/DS70 e WT/DS71 – *Canada-Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft* (Demandante: Brasil) e WT/DS222 – *Canada – Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft* (Demandante: Brasil). Parte II, Capítulo 4, e Parte IV deste livro.
- [62](#) *Desiccated Coconut*: Casos WT/DS30 – *Brazil – Countervailing Duties on Imports of Desiccated Coconut and Coconut Milk Powder from Sri Lanka* (Demandante: Sri Lanka); WT/DS22 – *Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut* (Demandante: Filipinas). Parte II, Capítulo 2, deste livro.
- [63](#) Victor do Prado: diplomata brasileiro, fez parte da divisão de regras e do Comitê de Subsídios da OMC. Atualmente é Chefe-Adjunto do Gabinete do Diretor Geral da OMC Pascal Lamy (desde 2005).
- [64](#) Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo.

[65](#) Fernando de Melo Barreto: advogado e diplomata brasileiro, Conselheiro e Ministro Conselheiro da missão permanente do Brasil em Genebra (1995); Assessor Especial do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (1999). Foi Chefe de Gabinete do Ministro das Relações Exteriores na gestão Celso Lafer.

[66](#) Vera Thorstensen: atual Assessora Econômica da missão brasileira em Genebra (desde 1995); Professora de Política de Comércio Internacional em diversas instituições.

[67](#) Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES: empresa pública federal cujo principal objetivo é apoiar projetos que visem ao desenvolvimento do Brasil.

[68](#) Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – MDIC: Ministério do Governo Federal brasileiro vinculado a políticas de desenvolvimento industrial e comércio exterior.

[69](#) Ministro Roberto Carvalho de Azevedo: diplomata de carreira, ministro e chefe do Departamento Econômico do Itamaraty, atuou na missão do Brasil junto à OMC em Genebra de 1997 a 2001 e atualmente exerce a função de Coordenador-Geral de Contenciosos do Ministério das Relações Exteriores (desde 2001). Atualmente é Subsecretário-Geral de assuntos econômicos e tecnológicos.

[70](#) Associação Brasileira dos Exportadores de Frango – ABEF: associação representante dos interesses dos produtores exportadores de carne de aves no Brasil.

[71](#) Quota *Hilton*: consiste em uma quota tarifária de 58.100 toneladas de carne bovina (congelada, resfriada e sem osso) concedida pela Comunidade Européia a Argentina, Brasil, Uruguai, Paraguai, EUA, Canadá, Austrália e Nova Zelândia. O Brasil detém 5 mil toneladas dessa quota.

[72](#) Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA: associação civil de sociedades de advogados que tem como principal finalidade realizar estudos sobre temas jurídicos relevantes e representar os interesses dos associados.

[73](#) Marcus Vinicius Pratini de Moraes: atual Presidente do Conselho da Associação Brasileira das Indústrias Exportadoras de Carnes Industrializadas (ABIEC); já foi assessor-chefe da assessoria especial do Presidente da República (1967-1970); Ministro da Indústria e Comércio de 1970 a 1974; Deputado Federal (1983-1987 e 1991-1994); Ministro de Minas e Energia (1992) e Ministro da Agricultura e do Abastecimento (1999-2002).

[74](#) Organização das Nações Unidas (ONU): fundada em 1945, como substituta da antiga Liga das Nações, a ONU é uma das principais organizações multilaterais e tem como seus principais objetivos a manutenção da paz e segurança mundiais e a promoção da cooperação internacional.

[75](#) Professor titular de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado, é um dos sete juízes do Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio (OMC).

[76](#) Woodrow Wilson, Presidente dos EUA entre 1913 e 1921.

[77](#) Dwight David Eisenhower: Presidente dos EUA entre os anos de 1953 e 1961 pelo Partido Republicano. Eisenhower também obteve destaque como comandante das forças

aliadas durante a Segunda Guerra Mundial e como comandante das forças armadas da OTAN em 1950.

[78](#) Roberto Mangabeira Unger: Ministro-Chefe da Secretaria de Planejamento de Longo Prazo da Presidência da República desde 2007; professor de direito em Harvard desde meados de 1970.

[79](#) Ver nota 69.

[80](#) Ver nota 42.

[81](#) Ver nota 41.

[82](#) Ver nota 31.

[83](#) Embaixador Luiz Felipe de Seixas Corrêa: Secretário-Geral das Relações Exteriores (1992; 1999-2001); Embaixador do Brasil no México (1989-1992), na Espanha (1993-1997), em Buenos Aires (1997-1998), e Representante Permanente do Brasil em Genebra junto à Organização Mundial do Comércio e às Nações Unidas (2001-2005). Membro da delegação brasileira de negociações da Rodada de Doha e de Cancun; Presidente do Grupo de Trabalho sobre investimentos da OMC (2002-2003), entre outros cargos.

[84](#) Grupo de países em desenvolvimento criado em agosto de 2003, ao final da fase preparatória para a V Conferência Ministerial da OMC. O Grupo concentra sua atuação em agricultura. Atualmente, é composto por 23 países: África do Sul, Egito, Nigéria, Tanzânia, Zimbábue, China, Filipinas, Índia, Indonésia, Paquistão, Tailândia, Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Cuba, Equador, Guatemala, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela.

[85](#) Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda: órgão do governo federal responsável pela arrecadação tributária, controle aduaneiro e manutenção do Cadastro de Pessoa Física, bem como do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica.

[86](#) FBI: *Federal Bureau of Investigation*: organismo do governo federal norte-americano equivalente, em funções, à Polícia Federal brasileira.

[87](#) *Antitrust*: a divisão antitruste do Departamento de Justiça do governo federal norte-americano tem como principal atribuição a implementação de leis *antitruste* e, por conseguinte, a proteção do processo competitivo na economia norte-americana.

[88](#) Pedro Sampaio Malan: Ministro da Fazenda (1995-2002); Presidente do Banco Central do Brasil (1993-1994); Diretor Executivo junto ao Banco Mundial (1986-1990; 1992-1993); Diretor Executivo junto ao Banco Interamericano de Desenvolvimento (1990-1992), entre outros cargos.

[89](#) Colômbia, Equador e Venezuela

[90](#) Referência ao Ministério das Relações Exteriores da França.

[91](#) *United States Trade Representative* – USTR: órgão governamental de negociação comercial dos Estados Unidos criado em 1962. Dentre suas atribuições estão: a negociação de acordos de comércio com outros países, a participação em organizações internacionais de comércio e, de forma geral, a articulação externa e interna de aspectos da política comercial norte-americana.

[92](#) Rodada Doha: rodada de negociações multilaterais da OMC iniciada em novembro de 2001.

[93](#) Acordo de Agricultura da Rodada Uruguai (AARU): primeiro acordo multilateral de liberalização comercial dedicado ao setor agrícola. Está entre os vinte e nove textos incluídos na Ata Final do acordo geral constitutivo da OMC.

[94](#) Sobre o assunto ver Parte III deste livro.

[95](#) DS365 – Apoio doméstico e Garantias de Crédito à Exportação para Bens Agrícolas (EUA – Subsídios à Agricultura), cujas consultas tiveram início em 11 de julho de 2007, em que o Brasil é demandante e os EUA, demandado.

[96](#) BENELUX: bloco econômico europeu, criado em 1958, entre Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo, cujo objetivo era a remoção de barreiras alfandegárias entre os três países. Posteriormente, com a adesão de Itália, Alemanha e França, o Benelux deu origem à CEE – Comunidade Econômica Européia, que seria a precursora da atual Comunidade Européia.

[97](#) Protocolo de Olivos: firmado em fevereiro de 2002, o Protocolo de Olivos visava aumentar o grau de institucionalidade do Mercosul mediante a previsão de um novo mecanismo de solução de controvérsias: o Tribunal Permanente de Revisão.

[98](#) Ministro da Agricultura no primeiro mandato do governo Lula (2002-2005), foi Secretário de Agricultura e do Abastecimento do Estado de São Paulo e também vice-presidente da Associação Comercial de São Paulo, entre outros cargos.

[99](#) Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e Ministro-chefe da secretaria de comunicação do governo Fernando Henrique. Foi Embaixador em Londres, diplomata em Paris, Bonn e Washington e Secretário de Assuntos Internacionais do Ministério da Fazenda. Diretor internacional da Fundação Armando Álvares Penteado (Faap) e coordenador dos conselhos da Federação das Indústrias de São Paulo (Fiesp).

[100](#) *General Agreement on Trade and Tariffs* – GATT 1947: acordo de liberalização comercial que teve como principal objetivo combater práticas protecionistas e regulamentar provisoriamente as relações comerciais entre os países até que fosse criada a Organização Internacional do Comércio (OIC). Em função do fracasso na criação da OIC, o GATT 1947 foi o principal mecanismo de regulamentação das relações comerciais internacionais até 1994 quando foi incorporado pelo GATT 1994, na Rodada Uruguai de negociações na qual também foi criada a Organização Mundial do Comércio (OMC).

[101](#) Tratamento Especial e Diferenciado: conceito surgido nos primeiros anos de vigência do GATT relacionado à necessidade de integrar membros mais desfavorecidos às regras de liberalização comercial internacional. Por meio da concessão de tratamento especial e diferenciado, membros com capacidades distintas se comprometeriam de maneira diferenciada perante os demais. Entendido como modo de flexibilizar os termos dos acordos e de permitir espaços para políticas desenvolvimentistas até a Rodada Uruguai, o conceito adquiriu uma nova conotação a partir de então, passando a relacionar-se com a revogação parcial ou total de normas temporalmente limitadas e a limites tarifários e exigências mais brandas aos países em desenvolvimento ou de menor desenvolvimento relativo.

[102](#) Sistema Geral de Preferência (SGP): estabelecido em 1970, por meio de um acordo realizado entre os países desenvolvidos (membros da OCDE) no âmbito da UNCTAD, visa

conceder benefícios em relações comerciais para países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo. O mecanismo proposto pelo acordo consiste na concessão de acesso aos mercados dos países desenvolvidos, em termos não recíprocos, a alguns produtos de países em desenvolvimento com redução ou isenção total de tarifas de importação. Sua principal característica está na unilateralidade que deve ser concebida com vistas a superar a deterioração dos termos de troca entre países de diferente desenvolvimento relativo.

[103](#) Robert Zoellick: representante máximo do USTR entre fevereiro de 2001 e fevereiro de 2005 e atual Presidente do Banco Mundial desde 1º de julho de 2007, Zoellick já foi vice-secretário de Estado dos EUA. Durante a Rodada Doha foi um dos principais diplomatas norte-americanos a negociar com o Brasil.

[104](#) TPA – *Trade Promotion Authority*: consiste em um mecanismo legislativo aprovado pelo congresso norte-americano no *Trade Act* de 2002, por meio do qual o presidente ou representante executivo em negociações comerciais assume a prerrogativa de realizar a negociação de acordos que, ao passar pelo congresso, podem apenas ser aceitos ou recusados por este, não podendo dessa forma ser alterados. De acordo com o *Trade Act* 2002, o TPA teve vigência até 1º de julho de 2007, entretanto, continua válido para todos os acordos assinados antes de sua data de expiração. Também denominado *Fast Track Negotiating Authority*.

[105](#) CAFTA – *Central America Free Trade Agreement and Dominican Republic*.

3 O PROGRAMA DE FORMAÇÃO DA MISSÃO DO BRASIL EM GENEBRA

Vera Thorstensen

Assessora econômica da missão do Brasil em Genebra desde 1995.

3.1 Histórico

No Brasil, o interesse do grande público pelas regras do comércio internacional, pelo GATT – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio e, agora, pela OMC – Organização Mundial de Comércio é um fenômeno recente. Ainda na década de noventa, as discussões sobre o tema restringiam-se aos quadros do governo, especialmente diplomatas que acompanhavam as negociações comerciais, e a alguns acadêmicos que se interessavam pelo tema. Raros eram os artigos que analisavam as questões relativas a esse fórum internacional. O interesse dos empresários só era despertado no momento das negociações sobre tarifas industriais. Manchetes de jornais eram poucas. O tema era considerado muito complexo e difuso para chamar atenção. Também raras eram as faculdades de direito e economia que incluíam as regras do comércio em seus currículos. Quando tratados nos cursos de direito, GATT e OMC eram incluídos nos cursos de organizações internacionais. Nos cursos de economia, mesmo nos de comércio internacional, as teorias e os modelos raramente mencionavam a existência do GATT/OMC como fórum de negociação de regras para o comércio. Muitas vezes, pelo alto grau de desconhecimento do tema, as atividades do GATT e da OMC eram consideradas diplomacia, e não economia e muito menos direito internacional.

Com a transformação do GATT em OMC, em 1995, no âmbito da Rodada Uruguai (1986-1994), e com o adensamento das regras do

comércio, que passaram a incluir agricultura, medidas sanitárias, medidas sobre investimentos, propriedade intelectual e serviços, bem como o aprofundamento de regras sobre defesa comercial (antidumping, subsídios e salvaguardas) e barreiras técnicas, o interesse dos diversos atores da política econômica brasileira foi crescendo. Fato notório foi a criação do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) e do Órgão de Apelação com a função de julgar os conflitos do comércio internacional, e a transição do “tribunal” diplomático do GATT para um “tribunal” mais jurídico na OMC.

O fato que reverteu esse quadro de falta de interesse foi o contencioso das aeronaves¹, em que o Canadá (Bombardier) levou o Brasil (Embraer) ao OSC. O caso tinha tudo para despertar emoções fortes: um país desenvolvido com grande capacidade de subsidiar suas atividades industriais denuncia as medidas de apoio financeiro às exportações de um produto de alta densidade tecnológica produzido por um país em desenvolvimento, orgulho da indústria nacional. A evolução do caso, com a condenação do Brasil, a abertura de um painel do Brasil contra o Canadá, desta vez contra os subsídios do governo às atividades da empresa concorrente, a condenação do Canadá, bem como os sucessivos painéis de implementação, além das discussões sobre as retaliações possíveis de ser aplicadas, levaram o caso para as manchetes dos jornais. A OMC e o seu “Tribunal” viraram até notícias de televisão!

Apesar de o Brasil já ter participado de vários painéis na fase GATT, tanto como demandado quanto como demandante, e já ter ganhado vários painéis na fase OMC (gasolina², coco ralado³, frangos⁴), o caso das aeronaves despertou interesse geral para se entender o que era e o que fazia a OMC.

A partir de então, os casos foram se sucedendo – café (Brasil contra CE), que foi resolvido sem painel, algodão (Brasil contra EUA), açúcar (Brasil contra CE), e as análises de possíveis casos para serem levados a painéis também começaram a ser debatidas em artigos acadêmicos e na mídia.

No final dos anos noventa, alguns cursos de direito e administração passaram a contar com disciplinas específicas sobre as regras de comércio internacional e a OMC. A questão era circular: não havia cursos porque não

existiam especialistas na área, e não havia especialistas na área porque não se vislumbrava mercado para tal especialização!

Ainda no final dos anos noventa e início desta década, com as discussões sobre o lançamento de uma nova rodada de negociações, primeiro com o impasse em Seattle (1999) e depois com o início da Rodada Doha (2001), a OMC passou a despertar maior interesse, o que foi exacerbado pelo início dos contenciosos do algodão⁵ contra os EUA e do açúcar contra a CE.

Diversos cursos sobre negociações internacionais e solução de conflitos comerciais foram então criados para satisfazer o interesse sobre essa nova organização.

Com a maior participação do Brasil no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, outra série de questões foi levantada – quem eram os defensores do Brasil e quem estava auxiliando os diplomatas em Genebra? Como os casos envolviam setores empresariais, eram os próprios setores que contratavam advogados e economistas para assessorar o governo brasileiro na elaboração da acusação ou da defesa do Brasil. Com a constatação de que esses especialistas eram estrangeiros, surgiu o interesse de escritórios nacionais em também participar dos casos que envolviam o Brasil.

A questão que se colocava, então, era de como qualificar especialistas brasileiros na área. Um ponto era claro – raras eram as faculdades brasileiras que formavam quadros na especialização. O ensino amplo de direito e economia internacionais não permitia uma transição imediata para o direito e a economia da OMC. A dificuldade estava na linguagem, na interpretação e na aplicação dos tratados que derivavam das negociações do GATT/OMC. Isso ocorria porque tal linguagem era fruto de complexa busca por um possível consenso entre as muitas partes das negociações. Sendo assim, os textos apresentavam linguagem pouco clara ou explícita, o que permitia diferentes leituras. Na OMC, a interpretação de cada conceito só vai consolidar-se após inúmeras discussões nos comitês e, quando em caso de conflito, na decisão final dada pelos painelistas e pelos membros do Órgão de Solução de Controvérsias (*appellators*), no âmbito do mecanismo de solução de controvérsias.

Com o crescimento do interesse pelo tema, novos cursos de graduação e pós-graduação passaram a ser oferecidos. No entanto, apesar dos inúmeros seminários organizados para discutir as regras do comércio e o resultados dos painéis, ficava evidente que algo mais deveria ser criado.

Foi no contexto dessa nova demanda por maior especialização que representantes dos escritórios de advocacia e institutos de estudos das questões comerciais buscaram apoio na Missão do Brasil em Genebra para a criação de um programa de formação de especialistas em OMC.

3.2 O programa de formação de jovens especialistas em OMC

No final de 2002, dirigentes do CESA – Centro de Estudos dos Escritórios de Advocacia e do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência e Comércio Internacional foram a Genebra discutir com o então representante do Brasil, Embaixador Luiz Felipe de Seixas Corrêa⁶, a possibilidade de a Missão do Brasil receber jovens advogados para um programa intensivo sobre a OMC, incluindo não só regras de comércio, mas principalmente solução de controvérsias.

O desafio foi prontamente aceito, e a idéia foi transmitida ao Ministério de Relações Exteriores. Com a devida autorização, em poucos meses, um acordo foi assinado entre a Missão do Brasil, o CESA e o IBRAC. O programa foi lançado, e uma comissão de seleção composta por representantes das três entidades escolheu os candidatos para as primeiras turmas de 2003.

O programa inicial foi direcionado para jovens advogados de escritórios de advocacia, que, por sua vez, seriam os responsáveis pela manutenção de seus quadros pelo período de quatro meses. Um termo de compromisso sobre confidencialidade das informações recebidas é assinado pelos jovens advogados e pelos escritórios.

Logo no início do programa, alguns órgãos do governo também demonstraram interesse em enviar jovens funcionários, principalmente analistas de comércio exterior, para aprofundarem seus conhecimentos sobre a OMC e as negociações da Rodada.

Em 2005, a Missão passou a ser chefiada pelo Embaixador Clodoaldo Hugueney⁷, que apoiou o programa e o expandiu para incluir mais quadros do governo.

As atividades do programa de treinamento incluem intensa carga de leitura sobre as regras do comércio como dispostas nos acordos da OMC, bem como acompanhamento das reuniões dos diversos comitês. Com o desenrolar das negociações da Rodada de Doha, os participantes passaram a analisar as diversas propostas apresentadas pelos diferentes membros da OMC, com o objetivo de distinguir as diferenças dos conceitos discutidos. Especial atenção é dada ao funcionamento do OSC. Os integrantes do programa são incentivados à leitura de um número considerável de relatórios de painéis e do Órgão de Apelação. Também é obrigatória a participação em seminários na Missão com a apresentação e discussão de casos específicos, com a presença de diplomatas responsáveis pela área. Depois de uma visão global da OMC e do OSC, os jovens passam a dedicar-se aos temas de seu maior interesse.

No início, cada turma era composta por três estagiários. Com a experiência adquirida e o interesse despertado, as turmas foram ampliadas para cinco a oito participantes. O ambiente de estudos, a execução de tarefas designadas pelos diplomatas, os seminários e a participação em reuniões na OMC permitem que, em período reduzido de tempo, os participantes adquiram parcela significativa de conhecimento.

Quando regressam ao Brasil, os integrantes do programa são incentivados a participar de uma série de atividades que permitam o aprofundamento dos conhecimentos e o recebimento de novas informações. Foram criados em São Paulo, no Rio e em Belo Horizonte núcleos de estudos sobre solução de controvérsias – os NESCAs –, em que grupos de ex-integrantes se reúnem para analisar e discutir casos específicos do OSC. Em São Paulo foi organizado um grupo mais amplo, que trabalhou em diversos temas na área e publicou um livro intitulado *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*⁸. Outro grupo de professores e alunos interessados na OMC concentrou-se em pesquisar e analisar os casos do Brasil no OSC, trabalho que resultou no presente livro. Estão ainda programadas a elaboração de um glossário de termos da OMC e a organização de um novo livro.

Vários dos integrantes do programa puderam completar a experiência de Genebra com um estágio na CGC – Coordenação- Geral de Contenciosos do MRE em Brasília, onde tiveram a oportunidade de se aprofundar em casos específicos envolvendo o Brasil.

3.3 Os números do programa

No final de 2007, o programa completou cinco anos. Passaram por Genebra setenta e um jovens (trinta e oito moças e trinta e três rapazes).

Os escritórios de advocacia que enviaram representantes são trinta e oito, e vários deles enviaram a Genebra mais de um advogado. Associações industriais também participaram apoiando a formação de cinco jovens.

A representação regional do programa mostra um grande interesse por parte dos escritórios de advocacia de São Paulo, que enviaram trinta participantes. Rio de Janeiro segue com dez integrantes. Outras cidades também estão representadas: Brasília (três), Recife (dois), Salvador (dois), Curitiba (dois), Florianópolis (dois) e Belo Horizonte (dois).

A participação do governo foi crescendo e, em cinco anos, dezoito funcionários já integraram o programa, incluindo Ministério do Desenvolvimento, da Indústria e do Comércio Externo (DECOM⁹, DEINT¹⁰ e Assessoria Internacional), Ministério da Agricultura, Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e Advocacia-Geral da União – AGU.

3.4 Balanço da experiência adquirida

Com a primeira etapa vencida e a experiência adquirida, algumas lições podem ser tiradas após esses cinco anos de programa.

A primeira é que o objetivo de formar jovens quadros nas regras do comércio internacional foi plenamente atingido. Ao chegarem a Genebra esses jovens sabem apenas rudimentos da linguagem da OMC, o “gattês”. Com o passar das semanas e como resultado da imersão total, tal linguagem

vai evoluindo, e com a carga de leituras de tratados, propostas de negociação e painéis, esses jovens passam a falar um “gattês” fluente!

A segunda é que nada substitui uma visita a Genebra. A maioria dos jovens que estuda OMC acaba com um bom conhecimento das regras, em teoria, porque são absorvidas de livros e artigos de outros autores que muitas vezes nunca puseram os pés em Genebra. Mas uma boa percepção do que a OMC realmente encerra só pode ser obtida com muitas e infindáveis horas nas salas de reuniões e nos painéis, além de inúmeras pesquisas nos *sites* da OMC e na sua biblioteca.

A terceira é que, embora muitos jovens e seus escritórios tenham como meta representar os interesses de seus clientes nos painéis da OMC, é importante que tenham em mente que muitas outras oportunidades passam a ser abertas. Uma opção é a prestação de consultoria sobre negociações internacionais. A outra é de assessoria em casos não litigiosos envolvendo problemas ou barreiras comerciais, via bilateral ou no âmbito dos comitês da OMC, instruindo um bom caso e assessorando os diplomatas brasileiros no respectivo comitê responsável pelo acompanhamento do tema. Já há vários exemplos de “casos” que foram resolvidos em nível de comitês, sem que se tenha de levá-los a painéis. Como os custos são substancialmente menores, tal opção pode interessar as empresas e criar um importante nicho de mercado. Outra opção é explorar o fato de que todas as regras e os acordos da OMC foram internalizados na legislação brasileira pelo Decreto-Lei n. 1.355, de 1994. Resultado – importações por empresas brasileiras que firmam tais regras podem ser questionadas internamente por outras empresas.

A quarta é que a experiência de viver em Genebra, estudando, assistindo a reuniões e falando sobre a OMC, quase dezoito horas por dia, em companhia de um grupo heterogêneo de jovens advogados e funcionários de governo, além de oferecer uma boa troca de experiências, acaba criando uma rede de jovens com interesses comuns pelo resto das suas vidas, tanto no setor privado como no setor público.

A quinta e, talvez, a mais importante lição é que, a partir das salas de aula, esses jovens se especializaram em uma área que lhes será útil até o final de suas vidas. Dominar as regras do comércio internacional, aplicá-las e verificar se estão sendo cumpridas, não só pelas empresas no Brasil como também por outras empresas e governos no exterior, difundirá no Brasil o

conhecimento sobre a OMC não só no âmbito do governo mas também no da sociedade em geral, obrigando tanto os demandantes por novas legislações como os elaboradores de tais leis a criar legislação pelo menos compatível com as regras da OMC, sofisticando nossas leis e cobrando o mesmo de outros parceiros internacionais.

[1](#) WT/DS46 – Brasil – Programa de financiamento à exportação de aeronaves, WT/DS70 – Canada – Medidas relativas à exportação de aeronaves civis, WT/DS71 – Medidas relativas à exportação de aeronaves civis WT/DS222-Créditos à exportação e garantias de empréstimos para aeronaves regionais. Ver Parte II, Capítulo 4, e Parte IV deste livro.

[2](#) WT/DS4 – Padrões para Gasolina Reformulada e Convencional – Ver Parte V, Capítulo 1, deste livro.

[3](#) WT/DS22 – Medidas Referentes a Coco Ralado. Ver Parte II, Capítulo 2, deste livro.

[4](#) WT/DS269 – Classificação Aduaneira do Frango Desossado Congelado. Ver Parte III, Capítulo 3, deste livro.

[5](#) DS267 – Subsídios ao Algodão. Ver Parte III, Capítulo 1, deste livro.

[6](#) Atualmente, é Embaixador junto à República Federal da Alemanha. Foi membro da delegação do Brasil na Rodada Doha (2001) e na Conferência Ministerial de Cancun (2003). Além disso, exerceu a presidência do Grupo de Trabalho da OMC sobre Investimento (2002-2003).

[7](#) Embaixador Clodoaldo Hugueneu Filho, diplomata de carreira, bacharel em Direito, tendo servido nas embaixadas de Londres e de Caracas. Foi chefe da Missão do Brasil junto à OEA e da Missão junto às Comunidades Européias. É o atual embaixador-chefe da Delegação Permanente do Brasil em Genebra.

[8](#) THORSTENSEN V. e JANK, M. S. **O Brasil e os grandes temas do comércio internacional**, São Paulo: Aduaneiras, 2005.

[9](#) Departamento de Defesa Comercial.

[10](#) Departamento de Negociações Internacionais.

PARTE II

1 REVISITANDO O ESCOPO E A FUNÇÃO DO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC: SEGURANÇA E PREVISIBILIDADE NO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO

Barbara Rosenberg

Coordenadora e professora do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw; mestre (LL.M.) pela University of California – Berkeley; doutora em Direito Econômico-Financeiro pela Universidade de São Paulo; advogada de Barbosa Müssnich e Aragão Advogados.

1.1 Introdução

Os tratados internacionais têm, via de regra, uma linguagem diplomática, portanto vaga e imprecisa. Este fato decorre da própria natureza dos tratados internacionais, uma vez que, em muitas situações, o consenso só é obtido justamente pelo fato de o texto ser dúbio, dando margem a interpretações distintas¹. Na prática, muitas vezes concorda-se sobre um *texto* possível de ser aceito pelos diversos Estados, sabendo-se de antemão que durante o processo de aplicação necessariamente surgirão controvérsias quanto ao seu significado e sentido. Como consequência, as controvérsias entre os Estados acabarão por fazer com que os acordos internacionais ganhem sentido e sejam criados não só durante a negociação, mas também no processo de aplicação e interpretação.

Não é diferente a situação com relação aos Acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC), aprovados na Ata Final da Rodada Uruguai em 1994². Daí a grande importância do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) estabelecido no âmbito da OMC pelo “Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias” (ESC) em dar sentido aos Acordos. Assim, além de ser *“útil para preservar direitos e obrigações dos Membros dentro dos parâmetros dos acordos abrangidos”*, o OSC desempenhará o fundamental papel de *“esclarecer as disposições vigentes dos referidos acordos em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público”*.

Após quase treze anos de existência e cerca de 350 casos levados à sua apreciação³, cabe refletir sobre o papel que tem sido desempenhado pelo OSC na construção de um sistema multilateral de comércio previsível e estável⁴. O caráter genuíno do OSC, que por sua mecânica e em decorrência da efetividade de suas decisões se constitui num verdadeiro “tribunal internacional” para temas de comércio, tem alargado a importância deste órgão, cuja atuação será ora revisitada. Não obstante se assuma, desde logo, que a atuação do OSC é fundamental para dar sentido ao Acordo, vago por natureza, deve-se ter em mente que nos termos do Artigo 3.2 do ESC *“as recomendações e decisões do OSC não poderão promover aumento ou diminuição dos direitos e obrigações definidos nos acordos abrangidos”*.

Assim, retomando-se o histórico da inclusão de um mecanismo para solução de controvérsias no âmbito da OMC, mediante a comparação deste novo ambiente com aquele vigente por mais de quarenta anos no âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (“GATT”⁵), buscaremos delinear o escopo e o papel fundamental do OSC na interpretação dos Acordos da OMC. Necessariamente, deveremos proceder à análise do mecanismo previsto para o OSC e os limites de sua competência e jurisdição. Ao analisar a inserção do OSC na mecânica da OMC, enfatizaremos como o Órgão tem sido capaz, em decorrência de sua eficácia, de internalizar no sistema multilateral de comércio os conflitos daí oriundos, expurgando os efeitos prejudiciais de sanções internacionais unilaterais.

Por um lado, portanto, é indubitável o mérito e a importância do OSC para dar sentido aos Acordos da OMC e promover a segurança, previsibilidade e estabilidade ao sistema. Por outro, a eficácia deste

mecanismo tem justamente incrementado seu uso na *construção* do sentido dos Acordos, razão pela qual nos propomos a refletir sobre como este Órgão tem atuado e atendido a tarefa para a qual foi designado. Mais oportuna se faz esta análise considerando que a Rodada Doha da OMC⁶ traz em sua agenda, entre tantas outras matérias, a revisão de aspectos atinentes ao mecanismo de solução de controvérsias⁷.

1.2 Garras e dentes para o Sistema Multilateral de Comércio: o sistema de solução de controvérsias da OMC

Desde a criação do GATT, em 1947, reconheceu-se a possibilidade de conflitos entre Estados em decorrência do choque de interesses econômicos e comerciais que se intensificariam em virtude do crescimento do comércio. Para tanto, já previa o artigo XXIII do GATT de 1947 (“GATT/47”) a possibilidade de um Estado que se sentisse prejudicado comercialmente por alguma medida adotada por outro Estado apresentar declarações ou propostas na tentativa de solucionar o problema, cabendo ao Estado consultado considerar com cuidado tais declarações ou propostas⁸.

Consistia o GATT em um conjunto de acordos multilaterais sobre comércio e tarifas, administrados por uma Secretaria, sendo certo que o GATT jamais se propôs a ser uma organização internacional, dotada de personalidade jurídica de direito internacional. No processo de reconstrução econômica do pós-guerra, simbolizada pelo acordo de Bretton Woods, chegou a ser proposta a criação da Organização Internacional do Comércio (“OIC”), cuja finalidade seria regular a ordem política e o fluxo comercial internacional. Contudo, não obstante o fato de que em Bretton Woods foram criadas outras instituições reguladoras da economia internacional – o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial/BIRD –, o projeto da OIC não se concretizou. O Partido Republicano americano, maioria à época no Congresso, não aprovou o ingresso dos Estados Unidos da América (“EUA”) na OIC. Considerado o peso dos EUA no comércio internacional,

sem sua participação esta organização não teria a força e hegemonia necessárias⁹.

Assim, o GATT, que estava sendo utilizado sob um Protocolo de Aplicação Provisória enquanto aguardava a criação da OIC, continuou a ser adotado pelos Estados signatários como um acordo multilateral mesmo após ser verificado que não haveria uma organização internacional encarregada de aplicá-lo¹⁰. As tarefas administrativas relacionadas à sua aplicação foram passadas a uma Secretaria, cujas funções jamais restaram de todo claras.

No tocante à solução de controvérsias, além de inexistir um órgão específico ao qual os Estados signatários pudessem recorrer para buscar a aplicabilidade do acordo, o próprio Artigo XXIII do GATT/47 era vago e indefinido quanto aos procedimentos que seriam adotados no caso de uma controvérsia, prevendo apenas a possibilidade de um Estado apresentar declarações e propostas a outro Estado quando verificasse danos comerciais oriundos de medidas adotadas. Ainda, o Artigo XXII do GATT determinava que preliminarmente as partes deveriam tentar proceder à conciliação.

Não havendo um mecanismo predefinido ou institucionalizado para a solução de controvérsias oriundas do GATT, começaram a desenvolver-se, na prática, procedimentos acordados entre os Estados que tomavam por base os Artigos XXII e XXIII do GATT/47. Em razão da inexistência de um órgão permanente encarregado de examinar os conflitos, durante muito tempo os procedimentos adotados foram fortemente cunhados de um caráter diplomático, mediante procedimentos de consultas bilaterais e grupos de trabalho formados por diplomatas dos países envolvidos na disputa. Da década de 50 em diante, na tentativa de neutralizar o caráter diplomático do mecanismo adotado, o tribunal arbitral passou a ser formado por árbitros não representantes dos Estados envolvidos, dando-se início ao que mais tarde veio a ser chamado de *panel*, ou Grupo Especial.

Notadamente a partir da década de 80 e, portanto, após a conclusão da Rodada de Tóquio em 1979, os procedimentos de solução de conflitos foram se sofisticando, bem como os temas que passaram a ser suscitados nas disputas. Se até a Rodada de Tóquio o GATT estava voltado à eliminação de barreiras tarifárias, a partir daí passaram a constar dispositivos também atinentes a barreiras não-tarifárias (tais como *dumping*,

subsídios e salvaguardas), as quais por sua natureza acabam por gerar conflitos mais complexos.

É interessante que

some persons felt that the purpose of the GATT dispute settlement was simply to facilitate the settlement by government contracting parties to the GATT, of disputes between them regarding GATT matters. On the other hand, there was another body of opinion that felt that the dispute settlement procedure played a much more significant role in providing an impartial third-party judgement on vital legal questions about implementation of the GATT obligations, and in that process the reports of panel proceedings would be effective in developing a “jurisprudence” and record of practice under the GATT agreement which would then become part of the material on which governments could base interpretations of the GATT and thus have available to them greater precision, predictability, and stability of the GATT rules¹¹.

Vê-se, assim, que foi a própria experiência consuetudinária do GATT que acabou definindo o mecanismo de solução de conflitos ali adotado, fazendo com que conversas diplomáticas evoluíssem para o processo arbitral e, posteriormente, para o sistema codificado da OMC.

Não obstante um grau razoável de formalização do mecanismo de solução de conflitos tenha sido desenvolvido ainda no âmbito do GATT ao longo de mais de quatro décadas¹², tal mecanismo padecia de uma característica de nascença que colocava em xeque sua própria eficácia. O Conselho de Representantes do GATT, composto pela *integralidade* dos Estados signatários do Acordo, deveria aprovar, por unanimidade, o início dos procedimentos para a solução de controvérsias, bem como a decisão proferida, a fim de que esta se tornasse obrigatória para o Estado reclamado. Vale ressaltar que o próprio Estado cuja conduta estava sendo questionada compunha o Conselho de Representantes e, portanto, se assim desejasse, poderia vetar a instalação da arbitragem ou a decisão proferida. Assim, já que do ponto de vista lógico os países optariam por não tomar medidas desfavoráveis às suas próprias práticas comerciais, natural era que número substancial de Relatórios não fosse adotado¹³.

Por esse motivo, a *cláusula da unanimidade positiva* constituía o maior óbice à efetividade e eficácia do mecanismo de solução de controvérsias do GATT. Mais do que isto, tal cláusula, no limite, punha em xeque a eficácia do sistema multilateral como um todo: uma vez que como as regras não se fazem valer por si¹⁴, é necessário um mecanismo que garanta seu cumprimento. Além disso, apontam-se também como falhas do sistema do GATT a linguagem extremamente vaga do Artigo XXIII do GATT/47, sem definição de objetivos e procedimentos, a falta de previsão quanto ao poder dos Estados de supervisionar as controvérsias, a falta de homogeneidade e “padronização” entre os relatórios e sua linguagem, a absoluta falta de jurisdição, o risco de pressão dos países envolvidos sobre os árbitros e a impossibilidade de revisão das decisões¹⁵. Em muitos casos, portanto, optavam os Estados que se sentiam lesados por adotar sanções unilaterais e embargos em vez de recorrer aos mecanismos do GATT¹⁶.

A adoção das medidas unilaterais implicava dois graves problemas para o sistema do GATT como um todo. O primeiro era que apenas os países com maior poder econômico e político teriam condições de impor tais sanções: o poder econômico era necessário para que o embargo surtisse algum efeito no outro Estado e o político fazia com que um Estado decidisse efetivamente assumir no cenário internacional tal medida. O segundo é que quando os conflitos nascidos no âmbito do GATT eram resolvidos bilateralmente o sistema acabava não internalizando os efeitos de tais conflitos, o que seria importante para a própria evolução do sistema do GATT, já que também por meio da aplicação é que os Acordos ganham sentido.

Vale notar que a inexistência de confiabilidade e previsibilidade no sistema do GATT era prejudicial aos diferentes Estados, por motivos diversos: no caso dos países desenvolvidos, por alegarem que não tinham como exigir dos países em desenvolvimento o cumprimento do acordo multilateral, quando isso ocorria; no caso dos países em desenvolvimento periférico por ficarem à mercê de sanções unilaterais dos países desenvolvidos.

As falhas identificadas, então, indicavam a necessidade da criação de um mecanismo de solução de controvérsias eficaz e eficiente, capaz de conferir segurança e previsibilidade ao sistema. Deve-se reconhecer que,

não obstante críticas sejam feitas ao sistema de solução de conflitos do GATT, tem ele grande importância na gênese do mecanismo para solução de controvérsias no âmbito da OMC, já que é resultado em grande parte da experiência angariada no âmbito do GATT, dos erros e acertos ali verificados. Com base na fundamentação de Lafer¹⁷, Barral denota precisamente que

apesar das significativas mudanças em relação ao modelo do GATT, não se constatou ruptura estrutural de suas concepções – prova disso é que o próprio ESC prevê a manutenção da jurisprudência do GATT na análise dos casos da OMC (art. 3:1)¹⁸.

1.2.1 A criação do mecanismo de solução de controvérsias da OMC

A Rodada Uruguai do GATT resultara, em 1994, na criação da OMC e em um acordo multilateral que cobria as áreas do comércio internacional de forma jamais vista e, por meio do qual, cerca de 40% das mercadorias comercializadas no mundo passavam a estar livres de tarifa de importação. Argumentava-se, com pertinência, que todo o esforço feito ao longo dos dez anos de negociação da Rodada poderia cair no vazio se o sistema não tivesse um mecanismo de *enforcement* adequado, que garantisse a eficácia do sistema multilateral de comércio.

A OMC, diferentemente do GATT, é uma organização com personalidade jurídica de direito internacional. Assim, o OSC¹⁹ da OMC, um órgão especializado para tratar da solução de controvérsias tem competência, especialização funcional e identidade institucional adequadas. Na concepção do OSC, era necessário definir regras e princípios para o procedimento de solução de controvérsias, em substituição à prática reiterada baseada em dois artigos do GATT/47. O Entendimento relativo à Solução de Controvérsias (ESC), que cria o OSC, é o diploma legal responsável por regular os procedimentos relativos à solução de controvérsias no âmbito da OMC.

A criação de um órgão especializado, bem como os termos do ESC, refletem a tendência de “adensamento da jurisdição”²⁰ no mecanismo de

solução de controvérsias, alegadamente imprescindível para conceder segurança e certeza ao sistema multilateral de comércio. Um sistema de solução de conflitos como o do GATT, extremamente político e diplomático, poderia fazer com que os Acordos da OMC deixassem de surtir os efeitos pretendidos: em outros termos, não podia esta organização prescindir de um adequado foro para a cobrança da implementação das obrigações assumidas.

Apesar de não ter havido completa eliminação de aspectos diplomáticos no sistema de solução de controvérsias, o caráter jurídico das práticas e decisões do OSC legitimou-se no sistema ao longo dos seus mais de treze anos de existência. Nas palavras de Jackson, o mecanismo de solução de disputas antes baseado no poder (“*power-oriented approach*”) tende a ser substituído por um procedimento preestabelecido, baseado em regras e procedimentos (“*law-oriented approach*”)²¹.

Ainda assim, a aplicação do OSC não está livre de questões relacionadas à sua implementação, como pode ser notado, por exemplo, no caso DS22 – Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut²², discutido por Carolina Saldanha neste trabalho.

Um outro elemento que contribuiu sobremaneira para este adensamento da jurisdição foi a criação de um Órgão de Apelação permanente, com poderes para revisar as *Recomendações*²³ dos Grupos Especiais, a pedido das partes envolvidas. Pela primeira vez, no âmbito do direito internacional, criou-se um verdadeiro “tribunal” para temas de comércio, com jurisdição e competência preliminarmente reconhecidas pelos Estados para examinar questões de direito suscitadas pelos Grupos Especiais e cujas decisões têm claro cunho jurídico. Pettersmann ressalta a importância do Órgão de Apelação para sanar eventuais erros ou corrigir imprecisões das decisões dos Grupos Especiais, mencionando, inclusive, que os Estados-membros somente aceitaram incluir um eficaz mecanismo de solução de controvérsias na OMC se este dispusesse de instrumentos de revisão²⁴.

Era imprescindível, ainda, expurgar a grande falha do sistema multilateral de comércio, qual seja, o *princípio do consenso positivo*, eliminando a necessidade de que todos os membros, inclusive o demandado, consentisse com a instalação da controvérsia e com a decisão proferida. Assim, pelo sistema da OMC os Estados devem aceitar, *a priori*,

sujeitar-se voluntariamente à jurisdição de um mecanismo uno e uniforme de solução de controvérsias no âmbito da OMC. Inverteu-se assim o procedimento de maneira que uma *Recomendação* do OSC somente deixaria de ser acolhida se houvesse consenso por parte dos membros da OMC. Com a adoção do *princípio do consenso negativo*, consubstanciado em tratado internacional, assumem os membros a obrigação de trazer à apreciação do OSC quaisquer conflitos oriundos do Acordo da OMC, reduzindo-se o unilateralismo nas represálias (o chamado “*self-help*”).

1.2.2 O “adensamento jurídico” do OSC: os procedimentos

Nos termos do ESC, como regra, todos os acordos da OMC²⁵ ficam sujeitos à solução de conflitos pelo OSC. Da mesma forma, pela primeira vez no sistema multilateral de comércio, garante-se a todos os membros da OMC o direito efetivo à formação de um Grupo Especial para examinar controvérsias suscitadas (art. 6º, § 1º do ESC), bem como a adoção da *Recomendação* proferida pelo Grupo Especial (art. 16, § 1º) e o direito de recorrer ao Órgão de Apelação (art. 16, § 4º). O princípio do *single undertaking* aparece refletido destas duas formas²⁶.

Nos termos do Artigo XXIII do GATT/47, três são as hipóteses para que um Estado possa levar um potencial conflito à apreciação do OSC, a saber: (a) a *violação* de um dispositivo legal previsto nos acordos da OMC; (b) a aplicação por um Estado de alguma medida que implique anulação ou prejuízo de vantagens comerciais auferidas em decorrência dos acordos da OMC, ainda que não haja violação de algum acordo específico (são as chamadas hipóteses de *não-violação*); ou (c) a existência de outra *situação*.

Assim, configurando-se uma das hipóteses supra, pode o membro interessado solicitar ao OSC que inicie o procedimento de consulta junto ao outro membro²⁷, a fim de que este explique os procedimentos ou regras adotados para a partir de então se extrair os elementos que determinarão se existe uma potencialidade de violação²⁸. Durante o procedimento de consulta, que pode durar no máximo sessenta dias, podem os Estados envolvidos proceder aos bons ofícios ou mediação, no intuito de evitar-se a efetiva instalação da controvérsia²⁹.

Não obstante o fato de que apenas os membros da OMC possam iniciar demandas junto ao OSC, deve-se destacar o interesse crescente da

sociedade civil representada pelas Organizações Não-Governamentais (ONGs) e por outras entidades de classe de submeter *amicus curiae briefs* ao OSC³⁰.

Não havendo acordo no contexto de consultas, determina o OSC o estabelecimento de um Grupo Especial, cujo procedimento, de alguma forma, aproxima-se do mecanismo adotado para a solução de conflitos por arbitragem. Dentre uma lista de nomes disponível junto ao OSC, este indica, após análise conjunta com as divisões da OMC que tenham interesse na solução da controvérsia específica, o nome de três árbitros que formarão o Grupo Especial competente para examinar a controvérsia. Não podem ser os árbitros originários dos países envolvidos na disputa, a não ser que as partes decidam em contrário e, sempre que um país em desenvolvimento for parte, deve-se assegurar que um dos árbitros será proveniente de um país em desenvolvimento.

Caberá aos árbitros reunirem-se e ouvir as partes e eventuais terceiros interessados que tenham sido admitidos como tal³¹. À luz dos Termos de Referência³², deverão analisar a questão, optando, inclusive, por não examinar aspectos que julguem não relevantes³³. Se entenderem necessário, poderão consultar os peritos que tiverem sido nomeados para auxiliar na resolução do litígio.

Uma vez tomada a decisão, o Grupo Especial passará suas conclusões para a Divisão Legal (*Legal Affairs' Division*) da OMC, que se encarregará de *redigir* o relatório (*report*) com a decisão e eventual *Recomendação* para o membro Reclamado. Naturalmente não cabe à Divisão Legal interferir de qualquer forma na decisão³⁴, mas, apenas, buscando aproveitar-se de sua capacidade e competência funcional, elaborar o relatório com base no que tiver sido resolvido pelo Grupo Especial. É interessante que, ao incumbir a Divisão Legal da OMC a redigir o relatório, buscar-se-ia homogeneizar a linguagem entre os documentos e conferir-lhes maior juridicidade. À diferença do que ocorre em arbitragens fora do âmbito da OMC, em que normalmente não se forma *jurisprudência*, neste contexto as decisões proferidas, ainda que não-vinculantes para outros casos, servirão de base para futuras análises; decorre desse fato a preocupação com a manutenção de certa coerência entre as decisões.

Proferido o relatório, será ele circulado inicialmente para as partes envolvidas, que terão direito de se manifestar, e somente depois de ser aceito um relatório final este será enviado a todos os membros da OMC.

Consoante comentado, da Recomendação proferida pelo Grupo Especial cabe recurso ao Órgão de Apelação³⁵. O Órgão de Apelação é um órgão permanente da OMC, formado por sete membros que atuam em cada caso em câmaras de três, tendo os membros mandato de quatro anos cada e permitida a reeleição. Deverão os membros ser pessoas de “autoridade reconhecida, notório saber jurídico, em comércio internacional e nas matérias cobertas pelos acordos em sua generalidade”³⁶. Por ter um caráter exclusivamente revisional, o Órgão de Apelação somente examinará questões de direito que tenham sido suscitadas pelo Grupo Especial, “não devendo o Órgão se ocupar dos aspectos factuais da controvérsia”³⁷. Para além disso, não tem o Órgão de Apelação poder de reenvio do caso ao Grupo Especial³⁸.

Não obstante as decisões do Órgão de Apelação terem cunho manifestamente jurídico, decorrente inclusive, da própria capacitação técnica requerida dos membros, é apenas quando o relatório é aprovado pelo OSC que este adquire “plenitude de efeitos jurídicos”³⁹. O mesmo ocorre para os relatórios dos Grupos Especiais. Daí a importância do Órgão de Solução de Controvérsias que, apesar de autônomo e desvinculado dos respectivos membros, conta com a participação de todos os Estados participantes, garante que estes possam acompanhar e verificar o trabalho desenvolvido pelos Grupos Especiais e pelo Órgão de Apelação.

Em relação ao conteúdo dos relatórios produzidos no âmbito do OSC cabe analisar o tratamento dado às informações confidenciais do setor privado⁴⁰. Assim, na Parte II, Capítulo 4, Michelle Ratton Sanchez discute esse aspecto particular do contencioso no OSC.

Uma vez aprovado o relatório pelo OSC e, em havendo *Recomendação* para que o Estado reclamado tome providências para que os danos causados deixem de surtir efeitos, cabe ao OSC monitorar a implementação da decisão. O Artigo 21 determina que as *Recomendações* devem ter “cumprimento imediato” (*prompt compliance*), sem que o significado de “imediato” esteja definido. Na prática, em trinta dias a contar da aprovação da *Recomendação* deve o país informar se implementará a *Recomendação*

e, se a implementação imediata não for possível, deverá fazê-lo “num período razoável de tempo” (*reasonable period of time*).

Se um Estado, por exemplo, for obrigado a modificar sua legislação, isso naturalmente levará certo tempo, que variará também de membro para membro; por outro lado, se a *Recomendação* implicar a eliminação de um subsídio ou salvaguarda, o período necessário será provavelmente inferior. Assim, sendo o termo “razoável” uma expressão de conteúdo variável, caberá ao OSC equilibrar os interesses dos Estados Reclamante e Reclamado e definir o período para a implementação. Esta análise ocorrerá ainda no âmbito do OSC, durante o processo denominado “arbitragem”, que contará com a participação de ambas as partes⁴¹.

Para os casos em que o membro reclamado não cumprir a *Recomendação*, o ESC estabelece sanções, com o intuito de atingir os benefícios desse membro. Assim, pode-se estabelecer tanto o dever de *compensar* o Estado Reclamante pelos danos sofridos quanto se autorizar o Reclamante a suspender concessões comerciais (como a redução de tarifas) que haviam sido fornecidas em decorrência dos acordos da OMC. “*Deve-se, todavia, destacar que o ESC não prevê o uso da força ou a exclusão de membro por descumprimento de decisão*”⁴².

A internalização do mecanismo sancionatório na OMC atribui substancial eficácia ao mecanismo de solução de controvérsias e do próprio sistema multilateral de comércio. No âmbito do direito internacional público, portanto, o mecanismo da OMC representa substancial avanço em termos de *enforcement*.

Ainda com o intuito de se buscar a efetividade da decisão implementada, o ESC autoriza as retaliações cruzadas (*cross-sectoral sanctions*), permitindo-se ao Reclamante estabelecer compensações ou suspensão de concessões com base em outro acordo que não aquele sob cuja conduta se baseou a controvérsia. Em decorrência da disparidade econômica dos membros, os efeitos das retaliações são diversos: o ônus de uma compensação para um país em desenvolvimento é bastante mais sentido do que para um país desenvolvido, que atua em diversos setores do comércio internacional.

Veja-se o exemplo do paradigmático caso *European Communities: Regime for the importation, sale and distribution of bananas*⁴³, em que o

Equador, os EUA e outros países do Caribe apresentaram reclamação ao OSC sob a alegação de que a União Européia estava violando o Acordo sobre Agricultura da OMC, adotando medidas que lhes impediam a exportação de bananas. O OSC considerou procedente a demanda dos Reclamantes, mas a União Européia não implementou a decisão. Contudo, de nada adiantaria aos Reclamantes imporem retaliações à União Européia com base no Acordo sobre Agricultura e, portanto, decidiu-se que, como compensação deixariam de pagar aos autores da União Européia *royalties* pelo uso de direitos autorais no montante em que estivessem sofrendo os prejuízos. Essa conduta, se não resultante de decisão do OSC, seria uma violação, à medida que implicaria a suspensão dos efeitos do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (TRIPs⁴⁴) no tocante aos direitos autorais. Cumpre notar que embora todos os reclamantes tivessem direito de adotar a retaliação, inicialmente, apenas os EUA optaram por fazê-lo.

O mecanismo de solução de controvérsias acima descrito tem portanto, como resume Prado, três características básicas: a abrangência (que, em decorrência do *single-undertaking*, sujeita todos os acordos ao OSC e é o único mecanismo da OMC); a automaticidade (que deriva da *cláusula do consenso negativo*); e a exeqüibilidade (capaz de impor sanções mediante compensações ou suspensão de concessões)⁴⁵. Pode-se acrescentar ainda, conforme mencionado, o “adensamento da jurisdição” do mecanismo de solução de controvérsias e, como consequência, do próprio sistema multilateral de comércio.

1.2.3 Algumas considerações sobre a jurisdição e competência do OSC: revisitando o escopo e a função do OSC no sistema multilateral de comércio

Sendo o OSC fundamental para “preservar direitos e obrigações dos Membros dentro dos parâmetros dos acordos abrangidos”⁴⁶ e em virtude da eficácia com que tem funcionado desde sua criação, este órgão acabou angariando papel central no sistema multilateral de comércio. Para além de solucionar conflitos específicos, o OSC tem contribuído para a formação de jurisprudência relevante em temas ligados a comércio, a qual, em última instância, cria regras dentro do sistema⁴⁷.

O artigo 3.2 dispõe que “as recomendações e decisões do OSC não poderão promover aumento ou diminuição dos direitos e obrigações definidos nos acordos abrangidos”. Assim, tomando estas duas características do mecanismo de solução de controvérsias como parâmetro, cabe analisar o papel que tem sido efetivamente desempenhado pelo OSC, a fim de verificar em que medida vem este atuando como fonte de direito na OMC e se tal poder lhe foi delegado pelos membros.

Dentro da noção da teoria evolutiva dos tratados, esse fenômeno teria duas causas diversas. Por um lado, poder-se-ia sugerir que os próprios membros têm utilizado o sistema de solução de controvérsias como mecanismo de “definição de conteúdo” dos acordos e, até, de sua revisão e modificação, particularmente considerando-se a dificuldade de alterações nas rodadas multilaterais de negociação⁴⁸. Por outro lado, considerando-se a linguagem vaga e imprecisa dos acordos da OMC, sua interpretação e aplicação necessariamente implica divergências e requer a atuação do OSC para dar-lhe significado e sentido.

Certo é que a aplicação do texto do acordo necessariamente implicará a definição de seu conteúdo. Aproveitando os ensinamentos de Grau, aceitamos que apenas com sua aplicação o texto legal torna-se norma⁴⁹. Em virtude disso, inevitavelmente o conteúdo da norma será preenchido pelo OSC no processo de implementação e interpretação do tratado e, portanto, criará norma, particularmente se considerado quão vagos e imprecisos são os tratados internacionais. Daí, portanto, a necessidade de contextualizar e compreender o significado de que “as recomendações e decisões do OSC não poderão promover aumento ou diminuição dos direitos e obrigações definidos nos acordos abrangidos”, uma vez que a própria prática do OSC de certa forma implica a criação de direitos e obrigações.

Trachtman, em profundo estudo sobre a relação entre o mecanismo de solução de controvérsias da OMC e os procedimentos de “criação” dos acordos neste foro, pressupõe de início que

to understand the role of dispute resolution one must recognize that dispute resolution is not simply a mechanism for neutral application of legislated rules but itself a

mechanism of legislation and of governance. (...) Moreover, legislatures, intentionally or unintentionally but often efficiently, delegate wide authority to dispute resolution.⁵⁰

Mesmo concordando que não há interpretação neutra e que, conforme comentado, a aplicação do acordo implica necessariamente criação de normas, a assertiva de Trachtman revela forte influência da *Common Law*, na qual não há dúvidas quanto ao poder legiferante do órgão jurisdicional.

No âmbito da OMC percebe-se que apesar de não haver reconhecimento dos membros neste sentido, o sistema de criação de normas tem se aproximado, cada vez mais, da construção consuetudinária do Direito. Apesar de que não necessariamente esta mecânica seria prejudicial à OMC, o importante é que os membros atentem para este fato, uma vez que o OSC pode acabar assumindo função com caráter *legiferante* sem que o impacto e os efeitos de sua atividade sejam devidamente sentidos e sem que os Estados possam intervir, dependendo do caso⁵¹.

Certo é que, nos termos do acordo da OMC, os precedentes constituem norma apenas entre as partes, não havendo qualquer obrigação do OSC de observar decisões anteriores em novas disputas. Contudo, sempre e quando os casos se assemelhem, o OSC naturalmente tenderá a considerar os precedentes⁵², percebendo-se grande semelhança com o sistema da *Common Law*. Palmeter e Mavroidis, inclusive, ressaltam a importância da continuidade e consistência das decisões do OSC para garantir a legitimidade e eficiência do sistema, uma vez que tais decisões geram expectativas legítimas quanto à aplicabilidade de determinadas normas ante fatos e condições semelhantes⁵³.

É verdade que quando os países aceitam entrar em tratados com linguagem vaga, de alguma forma aceitam *a priori* que parte de seu conteúdo deverá ser preenchida na solução de controvérsias, daí estar correto, como propõe Trachtman, que órgãos legiferantes – que no caso dos tratados internacionais são os próprios Estados – intencionalmente ou não acabam por delegar grande autoridade aos mecanismos de solução de disputas, ressaltando a eficiência desta delegação. Contudo, cuidadosa deve ser a análise dos limites desta *delegação* de poderes, a fim de que o poder jurisdicional não ultrapasse os limites da autoridade que lhe foi conferida.

Para tanto, pode-se citar como exemplo a discussão relativa à possibilidade de utilizar normas externas aos acordos da OMC para a solução dos conflitos. Como se pode observar, não são claras as regras nos acordos da OMC no tocante à matéria, de forma que o OSC tem exercido poder quase *legiferante* ao determinar o conteúdo da norma em suas decisões.

Dentre tantos outros exemplos que poderiam ser tomados, este é particularmente interessante porque ao ser tal discussão estritamente ligada à atividade do OSC, aparentemente não haveria discussão quanto à sua competência para decidir as normas que poderia utilizar na solução de conflitos. Contudo, uma vez que a definição das regras a serem utilizadas necessariamente implicará o aumento ou a diminuição de direitos ou obrigações, poder-se-ia alegar que caberia aos membros diretamente decidir a questão⁵⁴. A delegação desta atividade ao OSC poderia até implicar falta de legitimidade democrática direta se considerado que a *jurisprudência* oriunda da atuação do OSC cria normas, mas que estas não são refletidas em tratados e portanto não dependem da aprovação dos respectivos parlamentos dos Estados.

O OSC tem jurisdição para analisar pedidos apresentados pelos membros da OMC e que trate de disputas envolvendo apenas esses Estados. Ademais, nos termos do Artigo 1º do ESC, este se aplica exclusivamente a pedidos de consulta ou contenciosos em que se questionem dispositivos de normas vigentes no âmbito da OMC, portanto amparados nos acordos dessa organização. O Artigo 3.2 do ESC, contudo, prevê que cabe ao OSC “esclarecer as disposições vigentes dos referidos acordos em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público”. Esta sentença tem sido interpretada pelo Órgão de Apelação como referência às regras de interpretação da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969⁵⁵, particularmente aos Artigos 30 e 31.

Assim, ao utilizar *normas correntes de interpretação do direito internacional público*, tem-se a primeira conclusão do OSC no sentido de que não deve haver “isolamento clínico” dos acordos da OMC em relação aos demais acordos de direito internacional⁵⁶. Nesse sentido, já decidiu o Órgão de Apelação que acordos externos à OMC auxiliarão na definição de *standards* internacionais, tal como ocorre para as barreiras técnicas ao

comércio (*technical barriers to trade*, ou TBT) e para medidas sanitárias e fitossanitárias (*sanitary and phytosanitary measures*, ou SPS)⁵⁷.

Assim, apesar de a *jurisprudência* do OSC ainda não ser suficientemente clara no tocante ao assunto, percebe-se que não mais se discute a possibilidade de utilização da Convenção de Viena para a solução de conflitos, não obstante os membros jamais terem tomado tal decisão nos acordos da OMC e ainda que Estados não tenham ratificado tal Convenção. Em decorrência do disposto na Convenção de Viena, o OSC deve examinar acordos que não fazem parte da OMC quando impliquem obrigações a serem observadas no âmbito da OMC.

Marceau, a partir da análise da casuística da OMC até 1999, conclui, de forma semelhante, que o mandato jurisdicional concedido ao OSC não lhe permite levar em consideração direitos e obrigações não previstos nos acordos da OMC⁵⁸. Contudo, uma vez que não deve haver “isolamento clínico” entre as normas da OMC e demais normas de direito internacional, pode o OSC utilizar normas de direito internacional para interpretar os acordos da OMC⁵⁹.

Ao admitir que as regras de interpretação do Tratado de Viena devem ser levadas em consideração e que o artigo 31.3(c) desta Convenção determina que os acordos e tratados internacionais devem ser interpretados segundo as regras de direito internacional que possam ser relevantes e aplicáveis às relações entre as partes, admite-se que o objetivo da interpretação nos acordos internacionais é identificar a vontade das partes ao negociarem o acordo. Donde se conclui que se dois Estados estiverem envolvidos em um contencioso que trata de temas abordados em um acordo internacional do qual ambos sejam partes tal acordo deveria ser levado em consideração na interpretação. Contudo, como tal acordo não seria aplicável em eventuais outras disputas em que algum dos Estados não seja parte, pelo princípio do *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*⁶⁰, em última instância o fundamental princípio do *single undertaking* estaria sendo colocado em xeque.

É fundamental que o OSC proceda à uma interpretação coerente com a prática do direito internacional, até porque a OMC se insere no campo do direito internacional público, podendo seus acordos ser entendidos como *lex specialis* no tocante ao comércio. Assim, percebe-se a tendência nas decisões do OSC de que tratados internacionais podem ser utilizados na

interpretação dos acordos, sem considerar-se o mérito de tais acordos para as decisões. Cabe examinar, contudo, se ao definir o conteúdo da norma, está o OSC observando os limites da jurisdição que lhe foi conferida⁶¹. Consoante comentado, não se pretende aqui fazer qualquer análise conclusiva sobre o tema, mas apenas trazer à baila a importância da definição do escopo do OSC.

1.3 Considerações finais

A breve explanação sobre o funcionamento e escopo do OSC durante seus treze anos de existência permite identificar o papel central por ele desempenhado ao conferir previsibilidade, estabilidade e eficácia à OMC, auxiliar na evolução do sistema multilateral de comércio. Nota-se que para além de ser um efetivo mecanismo para a solução de conflitos, a *jurisprudência* criada no seio do OSC tem servido como fonte de direitos e obrigações, tanto porque da própria aplicação e interpretação das regras advém normas quanto pelo fato de o OSC ter desempenhado o papel de determinar o conteúdo de normas.

É importante lembrar que o Brasil, embora tenha críticas ao mecanismo de solução de controvérsias, tem sido importante ator nesse cenário. O Brasil, junto ao Canadá, é o terceiro país com mais contenciosos na OMC, posicionado atrás apenas dos EUA e da União Europeia. Além de numericamente presente, disputas nas quais o Brasil esteve envolvido tiveram impacto importante na própria *jurisprudência* da OMC⁶². A atuação constante do Ministério de Relações Exteriores do Brasil no OSC revelaria a percepção do Estado brasileiro quanto à importância deste mecanismo para salvaguardar interesses e contribuir para a interpretação evolutiva dos acordos da OMC.

Além disso, apesar de até este momento o OSC ter desempenhado a função para a qual foi concebido, à medida que vem conferindo previsibilidade, estabilidade e segurança ao sistema multilateral de comércio, há uma série de observações que podem e devem ser feitas ao funcionamento do mecanismo de solução de controvérsias⁶³. Veja-se, por exemplo, que mesmo o adensamento jurídico do sistema e a importância

aos aspectos procedimentais, visto como grande avanço do sistema em virtude da segurança que gera, tem sido criticado por países em desenvolvimento, por prejudicar aqueles menos preparados⁶⁴.

Um dos aspectos que, inclusive, têm sido objeto de discussão pelos Estados refere-se à relação entre os Acordos da OMC com outros acordos internacionais, tendo em mente a importância de buscar-se o equilíbrio entre o acesso a mercados negociados no âmbito da OMC com outras políticas públicas implementadas por governos nacionais⁶⁵.

Finalmente, deve-se destacar que a importância assumida pelo OSC e sua capacidade de criar jurisprudência podem levar a se afirmar que o OSC vem criando “regras” a partir das “normas” existentes, o que se supõe ser plenamente perceptível aos membros.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber. De Bretton Woods à Doha. In: BARRAL, Welber (org.). **O Brasil e a OMC**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 9-26.

BARRAL, Welber; PRAZERES, Tatiana. Solução de Controvérsias. In: BARRAL, Welber (org.). **O Brasil e a OMC**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 27-45.

BRUNER, Christopher M. Hemispheric Integration and the Politics of Regionalism: The Free Trade Area of the Americas (FTAA). **University of Miami Inter-American Law Review**, Miami, v. 33, p. 1-68, 2002.

CALLIARI, Marcelo. O mecanismo de solução de controvérsias da OMC: uma análise à luz da teoria dos jogos. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de (coord.). **Solução e prevenção de litígios internacionais**. Porto Alegre: NECIN/Livr. do Advogado, 1999, v. 2, p. 385-402.

CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta (coord.). **A guerra comercial ou integração mundial pelo comércio: a OMC e o Brasil**. São Paulo: LTr, 1998.

COSTA, Lígia Maura. **A “jurisprudência” da OMC e o entendimento relativo às normas e procedimentos sobre solução de controvérsias**.

Disponível no site da Sociedade de Estudos Jurídicos <<http://www.socejur.com.br/artigos/OMC.doc>>.

COTTIER, Thomas. PLUESS, Daniel. “WTO Law and Domestic Law: an Uneasy Relationship”. **Jusletter**, v. 9, out. 2000. Disponível em: <<http://www.weblaw.ch/jusletter/JusLetter.jsp?JusLetterNr=96/>>.

CRETELLA Neto, José. **Sistema processual de solução de controvérsias da OMC – Organização Mundial do Comércio**: Casuística de interesse para o Brasil. Tese de Doutorado preparada sob a orientação do Prof. Dr. José Carlos de Magalhães, defendida na Faculdade de Direito da USP em agosto de 2002. São Paulo, 2002.

CROOME, John. **Reshaping the World Trading System**. Geneva: World Trade Organization, 1995.

GRAU, Eros. **La doble desestructuración y la interpretación del derecho**. Barcelona: Bosch, 1998.

HUDEC, Robert Emil. **Developing Countries in the GATT Legal System**. Hampshire: Gower Publishing Company, 1987.

JACKSON, John. Dispute Settlement and the WTO Emerging Problems. **Journal of International Economic Law**, v. 1, n. 3, p. 329-351, set. 1998.

_____. **Dispute Settlement and the WTO. Background note for conference on developing countries and the new round multilateral of trade negotiations**. Cambridge: Harvard University Press, preparado em 22 de setembro de 1999 para ser apresentado em 5 e 6 de novembro de 1999. Disponível em:

<http://www.ksg.harvard.edu/Trade_Workshop/jackson.pdf>.

_____. **The World Trading System: law and policy of international economic relations**. 2. ed. Cambridge: MIT Press, 1997.

KUFUOR, Kofi Oteng. From GATT to the WTO – The developing Countries and the Reform of Procedures for the Settlement of International Trade Disputes. **Journal of World Trade**, Genebra: Werner Publishing, v. 31, n. 5, p. 117-145, 1997.

KUIJPER, Pieter Jan. The new WTO dispute settlement: the impact on the European Community. **Journal of World Trade**, Genebra: Werner Publishing, v. 29, n. 6, p. 49-71, dez. 1995.

LAFER, Celso. O sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta. **Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil**. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, Ed., 1998. p. 101-139.

_____. A OMC face à globalização e à regionalização. In: **Política externa**. São Paulo, v. 6, n. 1, set. 1997.

MARCEAU, Gabrielle. A call for coherence in international law: praises for the prohibition against “clinical isolation” in WTO dispute settlement. **Journal of World Trade**, v. 33, n. 5, p. 87-152, out. 1999.

OMC. **Dispute Settlement**, comentários e link para relatórios dos casos no site <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm>.

_____. **The Legal Texts: The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations**. World Trade Organization. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

PALMETER, David. The WTO appellate body needs remand authority. **Journal of World Trade**, Genebra: Werner Publishing, v. 32, p. 41-63, 1998.

PALMETER, David; MAVROIDIS, Petros C. **Dispute Settlement in the World Trade Organization: practice and procedure**. Haia Londres Boston: Kluwer Law International, 1999.

PAUWELYN, Joost. The role of public international law in the WTO: how far can we go? **The American Journal of International Law**, v. 95, p. 535-578, jul. 2001.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. **International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System**. Haia: Kluwer Law International, 1999.

_____. **The GATT/WTO Dispute Settlement System: international law, international organizations and dispute settlement**. Haia: Kluwer Law International, 1998.

PRADO, Victor Luiz do. Mecanismo de solução de controvérsias: fonte de poder e de problemas na OMC. In: AMARAL JR., Alberto do. **OMC e o comércio internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

SILVA NETO, Orlando Celso. O mecanismo de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio: análise de caso – contencioso Brasil e Venezuela x Estados Unidos. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de. (coords.). **Solução e prevenção de litígios internacionais**. NECIN/Projeto Capes, 1998. p. 195-221.

SOUTH CENTRE. **Issues regarding the review of the WTO dispute settlement mechanism**, Working paper n. 1, fev. 1999. Disponível em: <http://www.southcentre.org/publications/trade/trade-06.htm#P659_81674>.

STEGER, Debra. **The Appellate Body. The World Trade Brief**. WTO Ministerial Conference, Seattle, 30 novembro a 3 de dezembro de 1999. Londres: Agenda Publishing Limited, 1999.

TAXIL, Bélangère. **L'OMC et le pays en developpement**. Centre de Droit International de Paris I. Paris: Montchrestien. 1999.

TRACHTMAN, Joel P. The domain of WTO dispute resolution. **Harvard International Law Journal**, Cambridge: Harvard University Press, v. 40, p. 336-377, 1999.

Documentos oficiais

ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC

- *Brazil: Measures affecting desiccated coconut (WT/DS22)*
- *European Communities: Importation, sale and distribution of bananas (WT/DS158, 105, 27, 16)*
 - *European Communities: Measures affecting importation of certain poultry products (WT/DS69)*
 - *European Communities: Measures affecting the importation of certain poultry products (WT/DS69)*
 - *India: Quantitative restrictions on imports of agricultural, textile and industrial products (WT/DS90)*
 - *Japan: Measures affecting agricultural products (WT/DS76)*
 - *Japan: Taxes on alcoholic beverages (WT/DS8, 10, 11)*
 - *United States: Measures affecting imports of woven wool shirts and blouses (WT/DS33)*
 - *United States: Quantitative restrictions on Costa Rican underwear (WT/DS24)*

- *United States: Sections 301-310 of the Trade Act of 1974 (WT/DS 152)*
- *United States: Standards for reformulated and conventional gasoline (WT/DS2)*
- *United States: Measure affecting imports of woven wool shirts and blouses from India (WT/DS33)*

1 TRACHTMAN, Joel P. The Domain of WTO Dispute Resolution. In: **Harvard International Law Journal**, Cambridge: Harvard University, v. 40, p. 334, 1999 (“*the incomplete contracts literature considers the reasons for, and implications of, the fact that all contracts (like all treaties) are necessarily incomplete in their capacity to specify the norms that will be applied to particular conduct*”).

2 O texto dos Acordos da OMC foi aprovado na Ata Final da Rodada Uruguai do *General Trade and Tariff Agreements*, aprovado em 15 de abril de 1994 em Marrakesh, Marrocos. O Acordo foi promulgado no Brasil por meio do Decreto n. 1.355/94, publicado no *Diário Oficial da União* de 31 de dezembro de 1994, tendo sua vigência iniciado em 1^a de janeiro de 1995.

3 Os documentos oficiais da OMC relativos aos casos trazidos à apreciação do OSC podem ser localizados no site http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm.

4 “*Of all WTO disciplines, the DSU is one of the most important instruments to protect the security and predictability of the multilateral trading system and through it that of the market-place and its different operators. DSU provisions must, thus, be interpreted in the light of this object and purpose and in a manner which would most effectively enhance it*” (*United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974 (WT/DS152/R)*).

5 *General Agreement on Tariffs and Trade*.

6 Como se sabe, a nona Rodada OMC (doravante referida como a “Rodada Doha”) foi lançada em Doha, Catar, em novembro de 2001.

7 Vale lembrar que pelas decisões finais da Rodada Uruguai o mecanismo de solução de controvérsias deveria ser revisto quatro anos após sua entrada em vigor. A revisão foi iniciada no OSC em 1997, tendo sido o prazo estendido até 31 de julho de 1999, mas não houve consenso. Os aspectos relativos à negociação da nova Rodada estão disponíveis em http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm#negotiations.

8 Estabelece o Artigo XXIII do GATT/47, *in verbis*: “*If any contracting party should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being*

impeded as the result of (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, the contracting party may, with a view to the satisfactory adjustment of the matter, make written representations or proposals to the other contracting party or parties which it considers to be concerned. Any contracting party thus approached shall give sympathetic consideration to the representations or proposals made to it”.

9 BARRAL, Welber. De Bretton Woods a Doha. *In*: BARRAL, Welber (org.). **O Brasil e a OMC**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 12-13.

10 JACKSON, John. [Dispute Settlement and the WTO: Emerging Problems](#). **Journal of International Economic Law**, v. 1, n. 3, set. 1998, p. 329-351.

11 JACKSON, John. **Dispute Settlement and the WTO. Background note for conference on developing countries and the new round multilateral of trade negotiations**. Cambridge: Harvard University Press, preparado em 22 de setembro de 1999 para ser apresentado em 5 e 6 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.ksg.harvard.edu/Trade_Workshop/jackson.pdf>, p. 2.

12 Sobre disputas resolvidas no âmbito do GATT/47, veja-se CANAL-FORGUES, E.; FLORY, T. **GATT/OMC Recueil des contentieux – du 1er janvier 1948 au 31 décembre 1999**. Bruxelles: Bruylant, 2001, p. 3-520, *apud* COSTA, Lígia Maura. A “jurisprudência” da OMC e o entendimento relativo às normas e procedimentos sobre solução de controvérsias. Disponível em: <<http://www.socejur.com.br/artigos/OMC.doc>>, São Paulo, 2002.

13 Note-se que durante os mais de quarenta anos do GATT, 196 casos foram solucionados pelo mecanismo de solução de controvérsias, número bastante pequeno se pensarmos que em menos de treze anos cerca de 350 casos já foram trazidos à apreciação do OSC.

14 PETERSMANN, Ernst-Ulrich. **The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement**. Londres: Kluwer Law International, 1998, p. xiii.

15 *Vide*, por exemplo, JACKSON (1999), p. 10-13. BARRAL, Welber; PRAZERES, Tatiana. Solução de controvérsias. *In*: BARRAL, Welber (org.). **O Brasil e a OMC**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 32.

16 Os EUA foram o país que mais adotou medidas unilaterais por meio da *Section 301 of the Trade Act of 1974*.

17 LAFER, Celso. O sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. *In*: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta. **Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil**. São Paulo: LTr, 1998, p. 744.

18 BARRAL e PRAZERES (2002), p. 35.

19 Não obstante o OSC esteja subordinado ao Conselho Geral, ele tem autonomia absoluta no exercício de suas funções.

20 LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional**: uma visão brasileira. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1998, p. 122.

21 JACKSON, John (1997), p. 109-111.

22 Caso apresentado no Capítulo 2 desta Parte.

23 As decisões do OSC são denominadas *Recomendações*. Revela-se, portanto, que não obstante o sistema tenha sido fortemente jurisdicizado e os Estados tenham se sujeitado voluntariamente à jurisdição obrigatória *ab initio*, ainda é muito presente a idéia de que a coatividade das decisões está limitada à soberania dos Estados no âmbito internacional, onde inexistente uma autoridade superior.

24 PETTERSMANN (1998), p. 186-191.

25 Alguns acordos estabelecem procedimentos especiais sobre solução de controvérsias (*vide* Anexo 2 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias da OMC).

26 O princípio do *single undertaking*, um dos importantes pilares da OMC, consiste em que todos os acordos da OMC devem ser aceitos em conjunto. Isso porque “*before the Uruguay Round, some agreements related to GATT 1947 had been negotiated during previous negotiating rounds. In particular, a number of agreements were negotiated during the Tokyo Round, in the area of non-tariff barriers. These agreements, however, were not adopted by all the contracting parties to the GATT and only applied to those countries who accepted to be bound by them. In the Uruguay Round, a different approach was adopted: it was decided that the bulk of the multilateral agreements negotiated was to be accepted as a whole. The GATT, the Agreement on Agriculture, the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, the GATS, as well as most of the other agreements negotiated during the Uruguay Round are part of this “single undertaking”. Four specific agreements are binding only on those Members who have accepted them. These agreements, referred to as the “plurilateral trade agreements”, are the Agreement on Trade in Civil Aircraft, the Agreement on Government Procurement, the International Dairy Agreement and the International Bovine Meat Agreement, the latter two of which were terminated at the end of 1997*” (OMC, <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/eol/e/wto01/wto1_52.htm#note3>).

27 Apenas os membros da OMC podem ser reclamantes junto ao OSC, não tendo os particulares o direito de acesso a este mecanismo. Tampouco pode a OMC, *ex officio*, acionar o procedimento de solução de controvérsias.

28 O termo *consulta* também, tal como comentado em relação ao termo *recomendação* (nota 23, *supra*), tem forte cunho diplomático e, como precisamente explica LAFER (1998, p. 112-114), representa importante técnica do Direito Internacional Econômico. Por meio da consulta atribui-se ao Estado, antes de ser demandado, a possibilidade de explicitar a conduta que vem sendo adotada e que estaria sendo questionada pelo outro Estado, funcionando como uma “oportunidade para as partes embasarem as avaliações jurídicas de suas posições através de um processo de ‘intelligence gathering’, na dupla acepção que a palavra ‘intelligence’ comporta: a da organização e seleção de informações pertinentes e a da possibilidade de aprender o relevante, para a compreensão de uma situação que está ensejando um potencial contencioso econômico” (*idem*, p. 113).

[29](#) Sobre a possibilidade de soluções mutuamente acordadas no âmbito da OMC, ver Parte II, Capítulo 5, deste livro.

[30](#) Roberta Danelon Leonhardt e Maria Pia Bastos-Tigre discutem, na Parte II, Capítulo 3, deste livro, a figura do *amicus curiae* no sistema de solução de controvérsias da OMC.

[31](#) Terceiras partes, que tenham a intenção de resguardar interesses comerciais atingidos pela disputa, podem solicitar autorização para participação oficial no caso, nos termos do Artigo 4.11 do ESC. Caberá ao OSC proceder à análise, sendo que cabe ao Reclamado aceitar ou não o ingresso de terceiras partes, mediante avaliação da substancialidade da participação do país no setor em que se insere a disputa (*substantial trade interest*). Críticas podem ser feitas a este critério, já que, por vezes, apesar de o país não ter uma substancial participação na “fatia do mercado” afetada pela disputa, há interesses comerciais indiretos. *Vide* LAFER (1998), p. 134-135.

[32](#) Com base no pedido formulado pelo Reclamante são estabelecidos os termos de referência para o painel. O Órgão de Apelação já decidiu que os “*terms of reference fulfill 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*” (*Brazil: Measures Affecting Desiccated Coconut* (WT/DS22/R), parag. 22-23).

[33](#) Conforme examina em detalhes COSTA (2002), p. 7-8, este entendimento foi pacificado nos casos *United States – Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, *European Communities – Measures Affecting the Importation of Certain Poultry Products* (WT/DS69/AB/R) (“*European Union – Poultry Products*”) e *Japan – Measures Affecting Agricultural Products* (WT/DS76/AB/R).

[34](#) Comenta-se que, informalmente, a Divisão Legal acaba contribuindo de alguma maneira com a decisão, ao subsidiar os peritos com jurisprudência anterior.

[35](#) Explica COSTA (2002), p. 120, que “cabe ao Órgão de Apelação dar seguimento ou não ao recurso dentro de um prazo de trinta dias a contar da data de seu recebimento. Note-se que o não seguimento de um recurso somente poderá ser obtido por consenso entre os integrantes do Órgão de Apelação. Logo, a quase totalidade dos casos são examinados por esse Órgão”. Esclarece também a autora que se entende que há consenso quando nenhum dos presentes na reunião se opuser formalmente à adoção de determinada matéria.

[36](#) Nos termos do regimento do Órgão de Apelação não fica vedada a participação de membros de um país em apelações em que seu país esteja envolvido, dentro da noção de que o Órgão de Apelação é representante dos *membros*, independentemente de seu país de origem. Note-se, ainda, que não obstante serem formadas câmaras de três para resolver os conflitos, há colegialidade entre os membros e está prevista a possibilidade de consultas entre eles.

[37](#) STEGER, Debra. **The Appellate Body. The World Trade Brief.** WTO Ministerial Conference, Seattle, 30 novembro a 3 de dezembro de 1999. London: Agenda Publishing Limited, 1999, p. 46, *apud* PRADO, Victor Luiz do. “Mecanismo de solução de controvérsias: fonte de poder e de problemas na OMC”. *In: OMC e o comércio internacional.* São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 268.

[38](#) Veja-se, sobre o assunto, PALMETER, David. “The WTO Appellate Body Needs Remand Authority”, **Journal of World Trade**, Genebra: Werner Publishing, v. 32, p. 41-63, 1998.

[39](#) LAFER (1998), p. 125.

[40](#) Tais informações são conhecidas no âmbito da OMC por *business confidential information* ou *business proprietary information*.

[41](#) Ver Parte VIII, tomo II, deste livro.

[42](#) BARRAL e PRAZERES (2002), p. 34.

[43](#) WT/DS27 (“*European Union – Bananas*”). Veja-se também WT/DS 158,105,16.

[44](#) *Trade Related Intellectual Property Rights Agreement*, Anexo 1C da Ata Final da Rodada Uruguai, firmada em Marrakesh em 15 de abril de 1994 e aprovada, no Brasil, pelo Decreto n. 1.355/94.

[45](#) PRADO (2002), p. 264-266.

[46](#) Art. 3.2 do entendimento.

[47](#) Sobre a “jurisprudência” da OMC, veja-se CRETELLA Neto, José. **Sistema processual de solução de controvérsias da OMC – Organização Mundial do Comércio**: Casuística de interesse para o Brasil. Tese de Doutorado preparada sob a orientação do Prof. Dr. José Carlos de Magalhães, defendida na Faculdade de Direito da USP em 15 agosto de 2002 (a ser publicada em 2003) e COSTA (2002).

[48](#) Considerando-se que é cada vez mais complexo modificar termos do Acordo nas Rodadas da OMC, há tendência de buscar mudanças na atuação do OSC, por meio da aplicação e definição do significado de seus artigos. Veja-se, sobre estratégias em negociações multilaterais, BRUNER, Christopher M. *Hemispheric Integration and the Politics of Regionalism: The Free Trade Area of the Americas (FTAA)*. **University of Miami Inter-American Law Review**, Miami, v. 33, p. 1-68, 2002.

[49](#) GRAU, Eros. **La doble desestructuración y la interpretación del derecho**. Barcelona: Bosch, 1998.

[50](#) TRACHTMAN, Joel P. (1999), p. 336.

[51](#) Se considerarmos que cabe ao próprio OSC definir se Estados podem participar de controvérsias como terceiros interessados (*vide* nota 31, *supra*), com base na substancialidade do seu interesse comercial. Assim, pode ocorrer que um Estado acabe sendo impedido de discutir determinado tema por não ter uma substancial participação no mercado afetado pela disputa, mas de cuja disputa poderão resultar outras normas (sejam procedimentais ou materiais) que indiretamente poderão afetar seus direitos ou obrigações.

[52](#) *Japan – Alcoholic beverages, op. cit.*

[53](#) PALMETER, David, MAVROIDIS, Petros C. **Dispute Settlement in the World Trade Organization**: practice and procedure. Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999.

[54](#) A aceitação de conduta adotada por um Estado com base em tratado internacional sobre o meio ambiente poderá implicar a redução de direitos para outro Estado nos termos do

Acordo da OMC.

[55](#) Vide *Japan – Taxes on alcoholic beverages* (WT/DS 8, 10, 11/AB/R) (“*Japan – Alcoholic beverages*”) e *United States – Standards for reformulated and conventional gasoline* (WT/DS 2/AB/R) (“*United States – Gasoline*”).

[56](#) *United States – Gasoline, op. cit.*

[57](#) No caso *European Union – Bananas, op. cit.*, o Órgão de Apelação examinou a Convenção de Lomé com a finalidade de verificar o limite em que tal convenção interfere nas obrigações assumidas pela União Europeia no GATT. Por outro lado, no caso *European Union – Poultry Products, op. cit.*, o Órgão de Apelação entendeu não haver necessidade de examinar o *Oilseeds Agreement* firmado entre o Brasil e a União Europeia, uma vez que tal acordo não interferia nas obrigações assumidas pelas partes na OMC.

[58](#) MARCEAU, Gabrielle. A call for coherence in international law: praises for the prohibition against ‘clinical isolation’ in WTO dispute settlement. **Journal of World Trade**, v. 33, n. 5 p. 87-152, outubro 1999.

[59](#) *Idem*, p. 150.

[60](#) Um tratado vincula as partes que a ele aderiram e somente estas partes. Portanto, com base neste princípio, não se pode vincular um Estado a tratados que não foram por ele ratificados, uma vez que a noção de soberania implica que não há acordo sem livre consentimento.

[61](#) Joost PAUWELYN (The role of public international law in the WTO: how far can we go? **The American Journal of International Law**, v. 95, p. 561, julho 2001) faz interessante distinção entre competência e jurisdição no âmbito da OMC. Explica que o ESC limita a jurisdição do Grupo Especial e do Órgão de Apelação ao definir os Acordos sobre os quais poderão examinar a controvérsia, por outro lado, argumenta que não há limitação de competência quanto à legislação aplicável na *solução* do caso.

[62](#) Ver, por exemplo, a Parte III deste livro.

[63](#) Sobre críticas ao mecanismo de solução de controvérsias, vide BARRAL e PRAZERES (2002), p. 36-44, e SOUTH CENTRE. **Issues regarding the review of the WTO dispute settlement mechanism, Working paper**, n. 1, fev. 1999. Disponível em: <http://www.southcentre.org/publications/trade/trade-06.htm#P659_81674>.

[64](#) BARRAL e PRAZERES (2002), *op. cit.*, p. 43. Aprofundando a questão, BARRAL e PRAZERES citam ainda comentário da SOUTH CENTRE no tocante ao caso *Brazil: measures affecting desiccated coconut* (WT/DS 22), mencionando como um contencioso importante pode ser perdido em virtude de technicalidades, uma vez que o Grupo Especial e o Órgão de Apelação deixaram de examinar o mérito do caso por razões meramente técnicas (SOUTH CENTRE (1999), p. 30).

[65](#) Thomas COTTIER and Daniel PLUESS ensinam que “overall, the goal of liberalizing trade relations and combating trade barriers has been pursued with great and remarkable success and culminated – fifty years later than the IMF and the World Bank – in the creation of the WTO. Today, however, the task is wider than this. It is no longer a matter of functionally reducing trade barriers, but to provide an overall framework of trade

regulation which is fully capable of absorbing other, but equally legitimate policy goals” (WTO Law and Domestic Law: an Uneasy Relationship. **Jusletter**, v. 9, out. 2000. Disponível em: <<http://www.weblaw.ch/jusletter/JusLetter.jsp?JusLetterNr=96>>, 2000).

2 A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO E AS REGRAS DE DIREITO INTERTEMPORAL

Carolina Saldanha

Especialista em Direito Internacional das Relações Econômicas e do Comércio pelo programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw; advogada.

2.1 Introdução e histórico do caso

A importância do caso “Brasil – Coco Ralado”¹, como será designado ao longo deste trabalho, se dá principalmente em função de uma particularidade temporal: o caso desenvolveu-se exatamente no limbo de substituição do GATT pela Organização Mundial do Comércio (OMC). Assim, a questão relativa ao momento exato do surgimento das obrigações e direitos negociados na Rodada Uruguai foi esclarecida pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) a partir do caso “Brasil – Coco Ralado”. Foi também o relatório do OSC sobre o caso em tela que definiu o marco regulatório aplicável à disputa e estabeleceu o critério para a eficácia dos novos Acordos da OMC.

A controvérsia gira em torno de medidas compensatórias de 121,5%, impostas pelo Brasil em 18-8-1995, sobre as importações de coco ralado e leite de coco importados das Filipinas e de outras origens asiáticas, com base em um procedimento de investigação administrativa, iniciado em 21-6-1994, sobre programas de subsídios acionáveis². A investigação administrativa para fins de adoção de possível medida compensatória ocorreu durante o final da negociação da Rodada Uruguai; antes, portanto, que os Acordos tivessem força. As Autoridades brasileiras, entretanto, chegaram à decisão de que aplicariam os direitos após o início da vigência do então novo Acordo Constitutivo da OMC e seus Anexos.

Por essa razão, as Filipinas questionaram perante o OSC por que as obrigações advindas dos Acordos da OMC, incluindo o GATT 1994 e o Acordo sobre Agricultura da Rodada do Uruguai (AARU), já não seriam vinculantes no momento da imposição das medidas de subsídio pelo Brasil. Segundo a argumentação filipina, o Brasil não poderia aplicar, ainda que com base no regulamento brasileiro sobre subsídios, medidas compensatórias excedentes à tarifa consolidada acordada segundo o princípio da Nação Mais Favorecida (NMF), pois isso resultaria na anulação das vantagens derivadas da negociação recém-finalizada, e estaria em desacordo com os Artigos I, II e VI do GATT 1994. Além disso, alegava que o Brasil não teria observado pré-requisitos basilares para a imposição de tais medidas ao calcular de maneira equivocada e inconsistente o grau de subsídios, em oposição aos critérios da OMC.

Como se pode deduzir pela observação das datas, o entendimento da cronologia é particularmente essencial para a compreensão do caso, e não por coincidência a temporalidade foi escolhida como tema central deste capítulo, ainda que outras matérias importantes, como os “termos de referência”, tenham sido igualmente debatidas e esclarecidas pelo OSC nesta disputa. Considera-se que a questão da temporalidade é um assunto bastante relevante, uma vez que diversos casos levados ao OSC envolvem esse aspecto.

Tanto o relatório do painel, circulado em 17-10-1996, quanto o do Órgão de Apelação, circulado em 21-2-1997, declararam que o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) excluía expressamente a regulação das medidas compensatórias aplicadas com base em investigações iniciadas antes da entrada em vigor do ASMC; esta exclusão se estenderia para outros dispositivos aplicáveis do GATT 1994, ainda que, em outro contexto, esses viessem a coibir a aplicação pelo Brasil de tais medidas compensatórias.

O principal ponto que se depreende dessa decisão do OSC é a natureza *integral e consolidada* do Acordo Constitutivo da OMC e seus Anexos: resta claro que cada um dos acordos não pode ser considerado de maneira isolada, contrariamente ao sistema legal precedente, o GATT 1947. Esta interpretação é fundamental para a observância e implementação das obrigações contraídas na Rodada Uruguai pelos membros da OMC.

2.2 Marco regulatório da controvérsia

Ao tratar da questão trazida pelas Filipinas, o OSC examinou: (i) os dispositivos; (ii) o objeto e propósito dos dispositivos relevantes do ASMC e o Artigo VI do GATT 1994; (iii) os precedentes do GATT 1947; e (iv) as conseqüências da conclusão de que o Artigo VI do GATT 1994 não poderia ser aplicado independentemente do Acordo sobre Subsídios.

2.2.1 Do pleito relativo aos Artigos I e II do GATT 1994

A queixa central das Filipinas baseava-se na suposta violação dos Artigos I e II do GATT 1994, referentes ao Princípio da Nação Mais Favorecida.

Os artigos dispõem que:

1. **Qualquer vantagem, favor, imunidade ou privilégio concedido por [um membro]³, em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produtor similar, originário do território de cada [um dos outros membros] ou ao mesmo destinado.** Este dispositivo se refere aos direitos aduaneiros e encargos de toda a natureza que gravem a importação ou a exportação, ou a elas se relacionem, aos que recaiam sobre as transferências internacionais de fundos para pagamento de importações e exportações, digam respeito ao método de arrecadação desses direitos e encargos ou ao conjunto de regulamentos ou formalidades estabelecidos em conexão com a importação e exportação, bem como aos assuntos incluídos nos §§ 2 e 4 do art. III.

2. As disposições do parágrafo primeiro do presente artigo não importarão na eliminação de quaisquer preferências com respeito a direitos aduaneiros ou encargos que não ultrapassem os limites fixados no § 4 deste artigo e que se enquadrem nas seguintes descrições:

(a) preferências em vigor exclusivamente entre dois ou mais dos territórios enumerados no Anexo A, subordinadas às condições nele estipuladas;

(b) preferências em vigor exclusivamente entre dois ou mais territórios que, em 1º de julho de 1939, estavam sujeitos a uma soberania comum ou unidos por laços de proteção ou suserania, os quais são enumerados nos Anexos B, C e D, dentro das condições nos mesmos estipulados;

(c) preferências em vigor exclusivamente entre os Estados Unidos da América e a República de Cuba;

(d) preferências em vigor exclusivamente entre países vizinhos mencionados nos Anexos E e F. (g.n.)

2.2.2 Do pleito relativo ao Artigo VI do GATT 1994

A segunda queixa filipina referia-se à alegação de que as medidas compensatórias impostas pelo Brasil não eram justificadas pelos itens 3 e 6(a) do Artigo VI do GATT, que dispõem:

3. **Nenhum direito de compensação será cobrado** de qualquer produto proveniente do território de [um membro] importado por [outro membro], que **exceda a importância estimada do prêmio ou subsídio** que, segundo se sabe, foi concedido direta ou indiretamente à manufatura, produção ou exportação desse produto no país de origem ou de exportação, inclusive qualquer subsídio especial para o transporte de um produto determinado. A expressão ‘direito de compensação’ significa um direito especial cobrado com o fim de neutralizar qualquer prêmio ou subvenção concedidos, direta ou indiretamente, à manufatura, produção ou exportação de qualquer mercadoria. (g.n.)

6. (a) [Nenhum membro] perceberá direitos ‘antidumping’ ou direitos de compensação à importação de um produto do território de [um outro Membro], a menos que [ele] determine que os efeitos do ‘dumping’ ou da subvenção, segundo o caso, é tal que cause ou ameace causar um prejuízo importante a uma produção nacional estabelecida, ou que retarde sensivelmente a criação de um ramo da produção nacional.

A imposição de medidas compensatórias pelo Brasil acabou também afetando outros países, como a Malásia, a Indonésia, a Costa do Marfim e o Sri Lanka, com direitos de quase 200%, calculados com base na melhor informação disponível. Tal medida foi adotada, pois, apesar de os países terem respondido aos questionários que lhes foram encaminhados, a informação não foi considerada por não ter sido apresentada em português, de acordo com o regulamento brasileiro. Todas as partes afetadas

contestaram veementemente as metodologias de cálculo empregadas pelas autoridades brasileiras para a determinação do valor a ser aplicado a título de medidas compensatórias.

2.2.3 Do pleito relativo ao Artigo 32 do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias

O Artigo 32 do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) foi absolutamente determinante no caso, uma vez que dispõe claramente que:

De acordo com o parágrafo 4, os dispositivos deste Acordo se aplicarão a investigações e revisões das medidas existentes iniciadas de acordo com petições formuladas tanto na data quanto depois da data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC para um determinado membro.

Apesar de as Filipinas não terem baseado suas queixas no ASMC, o Brasil recorreu a este artigo para se proteger das reclamações no tocante ao GATT 1994 e ao Acordo sobre Agricultura.

O OSC interpretou, portanto, que a redação deste Artigo restringiria quaisquer ações com base no ASMC com respeito a medidas originadas de investigações cujas petições de abertura fossem datadas de antes de 1-1-1995.

Como o próprio Órgão de Apelação bem explica no extrato abaixo:

O Órgão de Apelação vê no Artigo 32.3 do ASMC uma evidente declaração de que, para investigações ou revisões de medidas compensatórias, a linha divisória entre a aplicação do sistema de Acordos do GATT 1947 e o Acordo Constitutivo da OMC é determinada pela data em que a petição foi apresentada para a investigação ou revisão da medida compensatória. O Artigo 32.3 tem aplicação limitada apenas nas circunstâncias específicas em que um procedimento de medida compensatória, em investigação ou revisão, estava em desenvolvimento no momento da entrada em vigor do Acordo da OMC. Isto não significa que o Acordo Constitutivo da OMC não se aplica após 1º de janeiro de 1995 para todos os outros atos, fatos e situações que se enquadram nos dispositivos do ASMC e Artigo VI do GATT 1994. Entretanto, os negociadores da Rodada Uruguai manifestaram uma intenção explícita de delimitar a aplicação do novo Acordo da OMC a investigações e revisões de medidas compensatórias em um momento diferente das demais medidas gerais (...) ⁴

A questão seguinte a ser analisada referia-se à aplicabilidade de medidas compensatórias nas hipóteses em que o Acordo sobre Subsídios não fosse aplicável.

Um dos primeiros argumentos filipinos era de que o Artigo 32.3 do ASMC somente trata da aplicabilidade daquele acordo (*of this Agreement*), referindo-se somente ao próprio Acordo sobre Subsídios. Entretanto, o Painel ampliou essa interpretação restrita, justificando-se pela intenção dos membros de criar um sistema único e integrado, isto é, os membros não poderiam optar por um ou outro Acordo, mas somente se submeter a todos ou a nenhum – baseado no princípio do *single undertaking*. Neste sentido, não haveria qualquer cabimento aplicar determinados dispositivos do GATT em situações em que o ASMC não tivesse vigência. Novamente esclareceu o Órgão de Apelação:

A relação entre o GATT 1994 e os demais Acordos sobre o comércio de bens incluídos no Anexo 1A é complexa e deve ser examinada caso a caso. Ainda que os dispositivos do GATT 1947 tenham se incorporado ao GATT 1994, convertendo-se em uma parte do mesmo, não constituem a soma total de direitos e obrigações dos membros da OMC com respeito a determinado assunto. Por exemplo, com respeito aos subsídios a produtos agropecuários, os Artigos II, VI e XVI do GATT 1994 por si sós não representam o total dos direitos e obrigações dos membros da OMC. O Acordo sobre Agricultura e o Acordo sobre Subsídios refletem a manifestação mais recente dos membros da OMC quanto ao seu direito de obrigações concernentes aos subsídios à agricultura.

Dessa maneira, o OSC interpretou que o Acordo sobre Subsídios não teria como simples objetivo a imposição de obrigações adicionais de conteúdo e forma nos procedimentos de aplicação de medidas compensatórias. O sentido do ASMC seria, precipuamente, em leitura conjunta com o Artigo VI do GATT, definir, esclarecer e em alguns casos até modificar o conjunto global de direitos e obrigações daquele que recorresse à aplicação dessas medidas de defesa comercial, que, por terem

sido negociadas mais recentemente e serem mais específicas, deveriam prevalecer e, sempre que necessário, orientar a interpretação da redação do conteúdo do antigo GATT 1947.

Considerando que o próprio Acordo de Subsídios deveria interpretar e implementar o artigo do GATT trazido pelas Filipinas, e que este excluía de seu escopo as investigações iniciadas antes do nascimento da OMC – exatamente o caso do procedimento levado a cabo pelas autoridades brasileiras –, havia pouco ou nenhum espaço para debater a legitimidade dos procedimentos conduzidos pelos técnicos do Departamento de Defesa Comercial.

2.2.4 Da aplicabilidade à controvérsia do GATT 1994

No que dizia respeito às demandas relativas ao GATT 1994, o OSC examinou seus artigos I, II e VI e analisou a possibilidade de sua aplicação em circunstâncias nas quais o Acordo sobre Subsídios fosse ineficaz. O Órgão concluiu que nenhum dos artigos do GATT mencionados poderia ser empregado para examinar a denúncia trazida, pelo fato de que a interpretação simplista de inaplicabilidade restrita do Acordo de Subsídios, e não do restante dos Acordos, geraria um absurdo jurídico: por esse entendimento, em circunstâncias em que o ASMC fosse inválido, algumas definições contidas no ASMC criadas para interpretar termos no Artigo VI do GATT 1994 permaneceriam disponíveis.

2.2.5 Do pleito relativo ao Acordo sobre Agricultura da Rodada Uruguai

Finalmente, as Filipinas requereram que a imposição das medidas compensatórias e sua não-revogação fossem consideradas inconsistentes com o Artigo 13(b)(i) do AARU, a chamada Cláusula da Paz. Segundo esse dispositivo, não deveria haver a imposição de medidas compensatórias exceto quando a determinação de dano, ou ameaça de dano, fosse feita em consonância com o Artigo VI do GATT 1994 e Parte V do Acordo de Subsídios.

Da mesma maneira que os demais artigos identificados pelas Filipinas como tendo sido violados, o OSC nem chegou a analisar a inconsistência da Cláusula da Paz com as medidas compensatórias impostas, já que, antes mesmo de sua análise, foi descartada a sua aplicabilidade. A redação do

dispositivo referia-se a medidas compensatórias “cobertas pelo Artigo VI do GATT 1994 e Parte V do Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias”, e esse não era o caso das medidas em questão.

2.2.6 Das Decisões Transitórias do GATT 1947⁵, do Código de Subsídios e Medidas Compensatórias da Rodada Tóquio e do Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC

Em função das chamadas Decisões Transitórias, o OSC refutou o argumento filipino de que seu país estaria descoberto de proteção da OMC com respeito a investigações iniciadas no período pré-OMC.

A realidade é que os membros tomaram precauções para evitar a “contaminação” da OMC com assuntos do GATT e, nesse sentido, seria mais apropriado que as Filipinas tivessem recorrido, segundo o OSC, ao Código sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da Rodada Tóquio, do qual ambos os países eram signatários, e que seguiria em vigor para a solução de diferenças em casos transitórios por mais dois anos, i.e., até o final de 1996.

Além disso, o OSC remeteu ao Artigo 21 do Acordo sobre Subsídios, pelo qual seria permitida a revisão de medidas compensatórias se requerida pelas partes envolvidas na investigação, ainda que estas tivessem sido impostas antes da entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC e seus Anexos.

O contexto de transição, portanto, afirmou o relatório do OSC, não justificaria a aplicação independente do Artigo VI do GATT 1994, em detrimento da natureza integral do Acordo Constitutivo da OMC e seus Anexos.

2.2.7 Do princípio da não-retroatividade dos tratados

Com a singular exceção do caso “Austrália – Couro Automotivo”, considerado uma aberração jurídica na história da OMC, sempre foi amplamente entendido e aceito pelos Membros da OMC que não haveria previsão de medidas retrospectivas em seus dispositivos.

O sistema multilateral de comércio sempre teve por princípio basilar e *raison d'être* um equilíbrio de direitos e obrigações das partes, concomitantes a determinadas ferramentas que teriam por função preservar

oportunidades futuras de comércio, e não tratar ou remediar prejuízos passados.

Nesse sentido, uma decisão por parte do Órgão de Apelação que apontasse na direção de retroagir e rever determinações alcançadas de maneira absolutamente legal, e em observância à legislação então aplicável, justificaria um questionamento legítimo, previsto na faculdade que os membros têm de rever direitos garantidos legalmente e pela boa-fé por suas normas internas, válidas à época do fato protestado.

O Artigo 28 [da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados]⁶ dispõe o princípio geral que um tratado não será aplicado retroativamente “exceto um propósito diferente decorra daquele tratado ou é diferentemente estabelecido”. Na ausência de um propósito contrário, um tratado não pode ser aplicável a atos ou fatos que ocorreram, ou a situações que deixaram de existir, antes da data de sua entrada em vigor⁷.

Dessa forma, o pedido das Filipinas para que o OSC requeresse a revogação pelo Brasil das medidas compensatórias e reembolso dos direitos recolhidos, aplicados em inconsistência com as obrigações sob o Artigo VI:3 e 6(a) do GATT 1994, acarretaria a retroação de ações, na contramão do que instrui o Artigo 28 da Convenção de Viena.

2.2.8 Da interpretação literal versus objeto e propósito da OMC

A interpretação literal do Artigo 32.3 do ASMC determinava que o Acordo seria inaplicável a investigações e revisões anteriores à vigência do Acordo da OMC. Esse fato, analisado em conjunto com as regras costumeiras de interpretação de acordos internacionais e, especificamente, ao Artigo 28 da Convenção de Viena, levaram à conclusão de que o ASMC não seria aplicável à presente disputa.

O OSC examinou ainda se a linguagem do ASMC permitiria a conclusão de que o Artigo VI poderia ser invocado independentemente para uma reclamação, seguindo parâmetros do Artigo 31 da Convenção de Viena.

Contrariamente ao regime do GATT 1947, em que as partes-contratantes poderiam escolher se adeririam ou não ao Código sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da Rodada Tóquio, a escolha de determinados Acordos, e não da totalidade deles, não é possível no novo contexto da OMC (*single undertaking*). Caso o OSC definisse que seria admissível a vigência dos Artigos do GATT 1994 apesar da inaplicabilidade do Acordo de Subsídios, a fragmentação do sistema, que tanto se procurou extinguir, de certa forma perduraria, ainda que parcialmente.

O OSC afirmou ainda que, caso declarasse que o Artigo VI do GATT 1994 poderia ser empregado em disputas sob o marco regulatório do Código sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da Rodada Tóquio, estaria não apenas favorecendo o risco de interpretações conflitantes do Artigo VI, mas também sujeitando os membros a um pacote de obrigações e direitos muito mais oneroso do que o que eles acordaram e que vigeria no princípio do procedimento de investigação de subsídios.

2.2.9 Da integração e indivisibilidade do sistema da OMC

Critérios de interpretação e outras ferramentas legais normalmente empregadas na interpretação de tratados internacionais nem sempre são suficientes ou mesmo apropriados para resolver questões relativas ao relacionamento entre os diversos acordos da OMC. Pelo fato de os diversos textos constantes dos Anexos 1A – relativos a bens – não poderem ser individualizados ou descontextualizados, formando um conjunto único, muitas vezes surgem dificuldades quase incontornáveis para a sua aplicação.

A natureza integral do sistema da OMC é mencionada já em seu Acordo Constitutivo, no preâmbulo (§ 1.122) e Artigo II:2, tendo sido confirmada e ratificada diversas vezes pelo OSC. O Órgão de Apelação distinguiu, então, diversas maneiras de tratar os eventuais dispositivos conflitantes, observadas nos comentários das decisões concernentes à matéria: *conflito*, *derrogação expressa*, *sobreposição* e *complementaridade*.

Precisamente no caso “Brasil – Coco Ralado”, o OSC examinou a questão de se os Artigos I, II e VI do GATT 1994 seriam aplicáveis a medidas compensatórias em circunstâncias em que o ASMC não o era, e afirmou:

(...) O significado regular desses dispositivos, considerando seus conteúdos, nos leva à conclusão de que os negociadores do Acordo de Subsídios claramente pretendiam, sob o Acordo integrado da OMC, que medidas compensatórias fossem apenas impostas de acordo com a Parte V do Acordo de Subsídios e o Artigo VI do GATT 1994 tomados conjuntamente. Se há um conflito entre os dispositivos do ASMC e o Artigo VI do GATT 1994, adicionalmente, os dispositivos do ASMC prevaleceriam, como resultado da nota geral interpretativa ao Anexo 1A⁸.

Sobretudo, a leitura do Acordo Constitutivo da OMC e seus anexos, dentre os quais o GATT 1947, deve ser feita de forma consolidada, encarando-o como um conjunto indivisível de direitos e disciplinas, que devem ser aplicados de maneira inseparável. Os anexos do Acordo Constitutivo da OMC seriam sofisticações e elaborações do próprio GATT, contrariamente aos Códigos da Rodada Tóquio e seus antecessores, cujas interpretações vigoravam apenas às suas partes-contratantes. Esse é um conceito significativamente diferente do que regia no sistema anterior sob a égide do GATT.

2.2.10 Relacionamento entre o GATT 1994 e o ASMC

O OSC apontou que o fato de o Artigo VI do GATT 1947 poder ser invocado independentemente do Código da Rodada Tóquio, no contexto pré-OMC, não significava que o Artigo VI do GATT 1994 também poderia ser aplicado independentemente do ASMC no novo cenário da OMC. Os direitos e obrigações do Acordo sobre Subsídios estariam intrinsecamente vinculados aos direitos e obrigações do GATT 1994, em todos os seus dispositivos, inclusive o Artigo VI.

Os autores do novo sistema da OMC deliberadamente puseram um fim à fragmentação que caracterizava o sistema anterior e isso pode ser verificado no preâmbulo do Acordo Constitutivo da OMC, que declara:

Resolveram, portanto, desenvolver um sistema de comércio multilateral integrado, mais viável e durável, refletindo o Acordo Geral de Tarifas e Comércio, os resultados dos esforços de liberalização passados, e todos os resultados da Rodada Uruguai de Negociações Multilaterais de Comércio.

O Artigo II:2 do Acordo Constitutivo da OMC igualmente dispõe que os Acordos Multilaterais de Comércio são “partes integrantes” do Acordo da OMC, obrigando a todos os membros incondicionalmente. O “compromisso único” ou “comprometimento integral”, o chamado *single undertaking*, é princípio ainda refletido nos Artigos do Acordo da OMC sobre associação original, acesso, não-aplicação, aceitação e retirada dos países-membros.

Adicionalmente, o Entendimento de Solução de Controvérsias (ESC), regulamento que rege o OSC, estabelece um sistema único de solução de controvérsias que se aplica a todos os acordos incluídos em seu escopo, permitindo que todos os dispositivos dos Acordos da OMC que forem concernentes a determinada disputa sejam examinados em um único procedimento de solução de controvérsias.

Afinal, o papel do Acordo ASMC é transpor, refletir e refinar as condições essenciais de aplicação de medidas compensatórias que figuram no Artigo VI do GATT 1994.

2.2.11 Recomendação do OSC

O OSC considerou que o Acordo de Subsídios, em função da linguagem de seu Artigo 32.3, não seria aplicável à disputa. Conseqüentemente, os demais anexos do Acordo Constitutivo da OMC, inclusive o Entendimento de Solução de Controvérsias que concederia jurisdição ao próprio OSC para regular o caso, tampouco o seriam, uma vez que a Organização possui um sistema integrado e indivisível.

2.3 Principais contribuições para o sistema brasileiro

Como resumo das principais determinações do OSC no tocante ao presente caso, devem ser destacados os seguintes pontos:

(i) Os Artigos I, II e VI do GATT 1994 não se aplicariam às referidas medidas compensatórias brasileiras porque sua imposição teve fundamentação em um procedimento administrativo de investigação iniciado antes da data de entrada em vigor dos Acordos da OMC no Brasil.

(ii) As regras sobre subsídios e medidas compensatórias do GATT 1994 não poderiam ser aplicadas independentemente do Acordo sobre Subsídios,

e vice-versa. Em outras palavras, a não-aplicação do ASMC tornaria as regras sobre subsídios do GATT 1994 automaticamente não-aplicáveis.

(iii) Os Artigos I e II do GATT 1994 não poderiam ser aplicados à disputa porque suas demandas seriam intrinsecamente vinculadas e decorrentes das reclamações de inconsistência com o Artigo VI que, como já dito, não era aplicável.

(iv) A isenção da Cláusula da Paz (Art. 13 do AA) tampouco se aplicaria a medidas compensatórias impostas em função de investigações iniciadas antes da entrada em vigor dos Acordos da OMC.

(v) De uma maneira geral, o OSC declarou que os Acordos da OMC não eram lei aplicável para a disputa em questão.

2.4 Conclusões

Toda a problemática relativa a essa disputa foi ocasionada por uma redação dúbia e imprecisa do tão comentado Artigo 32.3 do Acordo de Subsídios, cuja falha pode ter ocorrido deliberada ou inadvertidamente. O resultado prático dessa lacuna, entretanto, foi a desconsideração, por parte do OSC, de toda e qualquer argumentação de mérito das Filipinas, uma vez que o Órgão concluiu que não teria jurisdição para se pronunciar sobre tal matéria.

O OSC não discorreu sobre as demandas de conteúdo apresentadas pelas Filipinas e algumas das terceiras partes por razões de formalidade técnica, apesar de o caso ter se prolongado até a etapa de apelação. Essa decisão – ou mesmo omissão – do Órgão ilustra a ênfase crescente no “positivismo jurídico” do regime da OMC, em detrimento de soluções pragmáticas, que prevaleciam no regime anterior do GATT 1947⁹.

Embora a coexistência dos regimes GATT *versus* OMC não venham a se repetir, por motivos óbvios e, portanto, não haverá caso análogo ao ora analisado, é certo que novos dispositivos e Acordos poderão ser assinados e incorporados às normas ora vigentes sob a OMC em função das novas Rodadas de Negociação, sejam elas Doha e/ou futuras. Por essa razão, a discussão e a análise das regras relativas ao direito intertemporal no âmbito

da OMC se fazem fundamentais no contexto da compreensão das regras processuais aplicáveis às disputas submetidas ao OSC.

Em consideração ao exemplo da disputa do “Coco Ralado”, portanto, é fundamental que o Brasil tenha bem definidos os interesses que deseja resguardar quando da incorporação de novos dispositivos às regras multilaterais de comércio, e também ainda que atente para que a linguagem dos textos reflita os entendimentos alcançados nas negociações. Mesmo que os delegados possam, em diversas ocasiões, decidir por deixar margem à dubiedade saudável de interpretação, a chamada “ambigüidade construtiva”, que permite que se alcance um entendimento em momentos cruciais de assinatura de acordos, o ideal é que os interesses – presentes ou futuros, reais ou potenciais – sejam vislumbrados e protegidos por nossos negociadores, inclusive no que se refere ao direito intertemporal de transição de um marco regulatório a outro.

Além das conclusões que se podem obter da análise apresentada acima, vale destacar a lição apreendida do resultado desfavorável às Filipinas nesse caso: ter clara a consciência de que, no mecanismo de solução de controvérsias da OMC, apesar de este se caracterizar como um dos institutos mais evoluídos em termos de aplicação eficaz das regras, é possível, sim, um membro perder um caso forte e materialmente bem fundamentado em razão de uma technicalidade menor ou, no mínimo, comparativamente menos importante. Idealmente, a busca e reafirmação das prioridades pelo OSC deveriam levar em conta não os interesses individuais de um ou outro país, como vemos nesse e em outros casos emblemáticos, mas sim da coletividade e de um ambiente multilateral sólido, mais saudável e, acima de tudo, justo.

2.5 Principais precedentes mencionados nos relatórios do OSC

(i) *Canadian Countervailing Duties on Grain Corn from the United States*, BISD 39S/411, adotado em 26-3-1992.

(ii) *United States – Definition of Industry Concerning Wine and Grape Products*, BISD 39S/436, adotado em 28-4-1992.

(iii) *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (“US – Reformulated Gasoline”, WT/DS2, adotado em 20-5-1996.

(iv) *United States – Countervailing Duties on Non-Rubber Footwear from Brazil* (“US – Non-Rubber Footwear”), SCM/94, adotado em 13-6-1995.

(v) *United States – Imposition of Countervailing Duties on Imports of Fresh and Chilled Atlantic Salmon from Norway* (“US – Salmon”), SCM/153, adotado em 28-4-1994.

(vi) *United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages* (“US – Beverages”), DS 23, adotado em 19-6-1992

(vii) *United States – Denial of Most-Favored Nation Treatment as to Non-Rubber Footwear from Brazil* (“US – Non-Rubber Footwear MFN”), DS18, BISD 39S/128, adotado em 19-6-1992.

(viii) *EC – Imposition of Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton Yarn from Brazil*, ADP/137, adotado em 30-10-1995.

(ix) *United States – Measures Affecting Imports of Softwood Lumber from Canada*, SCM/162, adotado em 27/28-10-1993.

(x) *Brazil – Imposition of Provisional and Definitive Countervailing Duties on Milk Powder and Certain Types of Milk from the European Economic Community*, SCM/179, adotado em 28-4-1994.

REFERÊNCIAS

BROWNLIE, Ian. **Principles of public international law**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

BUSCH, Marc L.; REINHARDT, Eric. **Testing international trade law: empirical studies of GATT/WTO dispute settlement**.

GOH, Gavin; ZIEGLER, Andreas R. Retrospective Remedies in the WTO after Automotive Leather. **Journal of International Economic Law**, Oxford: Oxford University Press, v. 6, n. 3, p. 545-564.

HORN, Henrik; MAVROIDIS, Petros C. Which WTO provisions are invoked by and against developing countries?, 15-4-2003. Disponível em:

<<http://www.ycsg.yale.edu/documents/papers/Mavroidis.doc>>. Acesso em: 16 jan. 2007.

JACKSON, John H. **The jurisprudence of GATT & the WTO: insights on treaty law and economic relations**. Cambridge: University Press, 2003.

JACKSON, John. H. **The World Trade Organisation: constitution and jurisprudence**. London: Pinter, 1998.

MCGOVERN, Edmond. **International trade regulation**. Exeter-Inglaterra: Exeter Globefield Press.

PALMETER, David; MAVROIDIS, Petros. **Dispute settlement in the WTO: practice and procedure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

THORSTENSEN, Vera. **Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova Rodada Doha de Negociações Multilaterais**. 2. ed. São Paulo: Ed. Aduaneiras, 2001.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **WTO Appellate Body Repertory of Reports and Awards 1995-2004 compiled by the Appellate Body Secretariat**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

1 DS 22: “Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut”.

2 Originalmente, a investigação era de antidumping, mas foi substituída por um procedimento de averiguação de subsídios.

3 Para facilitar a compreensão do contexto atual, a expressão “parte contratante” foi substituída na transcrição por “membro”, de acordo com instrução constante das Notas Explicativas do GATT 1994.

4 “*The Appellate Body sees Article 32.3 of the SCM Agreement as a clear statement that for countervailing duty investigations or reviews, the dividing line between the application of the GATT 1947 system of Agreements and the WTO Agreement is to be determined by the date on which the application was made for the countervailing duty or review. Article 32.3 has limited application only in specific circumstances where a countervailing duty proceeding, either an investigation or a review, was underway at the time of entry into force of the WTO Agreement. This does not mean that the WTO Agreement does not apply as of 1 January 1995 to all other acts, facts and situations which come within the provisions of the SCM Agreement and Article VI of the GATT 1994. However, the Uruguay*

Round negotiators expressed an explicit intention to draw the line of application of the new WTO Agreement to countervailing duty investigations and reviews at a different point in time from for other general measures...” em *Brazil – Desiccated Coconut*, par. 182-183.

5 Por “dispositivos transicionais” faz-se referência a (i) “Decisão sobre a Coexistência Transicional do GATT 1947 e o Acordo Constitutivo da OMC”, PC/12-L/7583, de 13-12-1994; (ii) “Decisão sobre a Coexistência Transicional do Acordo sobre a Interpretação e Aplicação dos Artigos VI, XVI e XXIII do Acordo Geral de Bens e Tarifas e o Acordo de Marraqueche estabelecendo a Organização Mundial do Comércio” (“Decisão sobre a Coexistência Transicional do Código de Subsídios e Medidas Compensatórias da Rodada Tóquio e o Acordo Constitutivo da OMC”), SCM/186, de 16-12-1994, e a Decisão sobre as Conseqüências da Retirada ou Término do Acordo sobre Interpretação e Aplicação dos Artigos VI, XVI e XXIII do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (“Decisão sobre as Conseqüências da Retirada ou Término do Código de Subsídios e Medidas Compensatórias da Rodada Tóquio e o Acordo da OMC”), SCM/187, de 16-12-1994.

6 Convenção de Viena sobre Direito Internacional dos Tratados, feita em Viena, em 23 de maio de 1969.

7 *Brazil – Desiccated Coconut*, par. 179-180.

8 “...*The ordinary meaning of these provisions taken into their content leads us to the conclusion that the negotiators of the SCM Agreement clearly intended that, under the integrated WTO Agreement, countervailing duties may only be imposed in accordance with the provisions of Part V of the SCM Agreement and Article VI of the GATT 1994, taken together. If there is a conflict between the provisions of the SCM Agreement and Article VI of the GATT 1994, furthermore, the provisions of the SCM Agreement would prevail as a result of the general interpretative note to Annex 1A*”, em *Brazil – Desiccated Coconut*, par. 167-181.

9 Sobre o assunto ver Capítulo 1 desta Parte.

3 A FIGURA DO AMICUS CURIAE NA OMC

Roberta Danelon Leonhardt

Especialista em Direito Ambiental pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo; mestre em Direito Internacional Público (LL.M.) pela London School of Economics and Political Science, Londres, Reino Unido; advogada associada de Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados.

Maria Pia Bastos-Tigre

Advogada sócia da Bastos-Tigre, Coelho da Rocha e Lopes Advogados.

3.1 Introdução

De origem latina, a expressão *amicus curiae* significa “amigo da cúria”, comumente traduzido como “amigo da corte” na doutrina da Organização Mundial do Comércio (OMC). Seria, então, um aliado da justiça em sentido amplo. O conceito de *amicus curiae brief* consubstancia-se na apresentação, por um indivíduo ou entidade, de um relatório (*brief*) que não tenha sido solicitado por integrantes de uma determinada corte.

Mediante documento escrito, o interessado, na maioria das vezes Organizações Não-Governamentais (ONGs), articula sua visão particular sobre questões legais e/ou informa a corte quanto a circunstâncias de fato, no intuito de auxiliá-la no processo decisório de um determinado caso¹.

Entretanto, muitos dos *amici* são guiados por interesses próprios e tentam influenciar os árbitros ou juízes naquilo que lhes seja mais benéfico,

o que pode ser oposto ao interesse de outro indivíduo ou entidade.

Essa realidade difere da origem do instituto, na Roma antiga, seguindo a visão, de certo modo romântica, de que os *amici curiae* davam simplesmente assistência à corte no uso de precedentes ou no esclarecimento de algum fato controvertido².

Vale observar que a expressão *amicus curiae* não é um termo recorrente na legislação brasileira, tampouco em nossa doutrina. Na verdade, a expressão aparece apenas uma vez em texto de direito positivo brasileiro.

A Resolução n. 390, de 17 de setembro de 2004, do Conselho da Justiça Federal, permite que eventuais interessados, entidades de classe, associações ou ONGs na função de *amicus curiae* apresentem memoriais e façam sustentação oral nos julgamentos perante a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais³.

No direito doméstico não há consenso quanto à natureza jurídica do instituto. Usada como uma figura interventiva ou de assistência no processo civil, o *amicus curiae brief* é analisado principalmente no procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Lei federal n. 9.868, de 10-11-1999), que admite a manifestação de outros órgãos ou entidades, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Entre os estudiosos do direito internacional, por sua vez, não há uma preocupação concreta quanto à figura jurídica do *amicus curiae brief*. O maior interesse, conforme será demonstrado neste artigo, resta na evolução da jurisprudência quanto à aceitação ou não dos *briefs* pelos painéis ou pelo Órgão de Apelação do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, bem como quanto à necessidade de serem criadas normas para a sua utilização.

Tendo em vista que nem as regras e procedimentos de solução de controvérsias da OMC, consubstanciados no Anexo II do Acordo que instituiu a Organização, nem a Revisão de Apelação (*Appellate Review*) tratam do instituto *amicus briefs*, debates acalorados vêm sendo travados na esperança de ser encontrada uma solução comum à maioria dos membros da OMC no que tange à aceitação dos relatórios apresentados por ONGs.

O interesse nas discussões quanto à aceitação ou não de *amicus curiae brief* está diretamente relacionado à crescente busca da sociedade pela participação direta no sistema de solução de controvérsias da OMC.

O esforço das ONGs e associações em se fazerem ouvir em um organismo multilateral do porte e importância da OMC não pode ser considerado descabido ou nascido do acaso. Hoje, a sociedade é bombardeada com informações relevantes sobre o cenário mundial e o comércio internacional.

Pessoas responsáveis querem ter acesso e participar ativamente dos acontecimentos globais e querem se manter informadas de como seus governantes estão respondendo a tais acontecimentos. Esse processo faz parte do que se entende por democracia. Na medida em que a globalização conecta diferentes povos e culturas, o alcance à informação no cenário internacional ganha ainda mais importância. Com o acesso à informação massivamente à disposição, mais e mais cidadãos sentem que deveriam participar, de alguma forma, dos eventos que, cada vez mais, percebem moldar suas vidas⁴.

O contínuo desenvolvimento e busca por maior transparência da OMC, sem dúvida, levou a sociedade civil a sentir-se diretamente impactada pelo sistema do comércio internacional. O amplo alcance dos Acordos da OMC, a sua verdadeira natureza multilateral, o sistema de solução de controvérsias e a possibilidade de serem impostas sanções econômicas no caso do descumprimento de suas decisões reforçam o interesse das ONGs nos temas ligados ao comércio internacional.

Nesse contexto, muitas ONGs começaram a externar o ponto de vista de que os direitos e interesses dos cidadãos e da sociedade civil são refletidos de maneira inadequada nas decisões da OMC. O argumento recorrente é de que há necessidade de maior acesso das ONGs aos processos perante a OMC para assegurar a representação de todas as pessoas afetadas direta e indiretamente pela Organização. Buscando esse fim, ONGs com os mais diversos objetivos e com diferentes características vêm requerendo o direito de apresentar *amicus curiae briefs* aos órgãos de adjudicação da OMC⁵.

Entretanto, o sistema de solução de controvérsias da OMC possui uma áurea secreta. A OMC herdou do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*) o princípio de que o andamento de seus litígios deveria ser confidencial e restrito às partes envolvidas na disputa.

Essa herança gerou uma importante consequência: o acesso aos contenciosos da OMC só é admitido aos membros que estejam formalmente atuando como parte ou terceira parte da disputa.

Se o membro da OMC não tem o interesse de ser parte de um processo, mas tem o interesse de apresentar petições ao painel ou ao Órgão de Apelação, ou, ainda, tem o interesse em participar das audiências, ele, necessariamente, deverá formalizar sua intervenção na qualidade de terceira parte⁶. Daí compreende-se parte da insatisfação de alguns membros de verem *amicus curiae* briefs serem submetidos e aceitos pelos painéis ou pelo Órgão de Apelação.

Vale observar que a crescente participação das ONGs não se baseia no simples pedido de maior transparência⁷ no sistema (o que vem ocorrendo com a publicação das decisões do OSC simultaneamente à sociedade civil e aos membros da OMC, bem como com a divulgação, por alguns membros, de suas petições), mas baseia-se no efetivo envolvimento no resultado dos contenciosos⁸.

3.2 Os *amicus* briefs e a jurisprudência da OMC

O interesse das ONGs, entidades de classe ou professores universitários de submeter *amicus briefs* ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC nasceu baseado na percepção de que os painéis e o Órgão de Apelação da OMC e, de alguma forma, os seus próprios membros, eram inábeis para lidar com questões relacionadas à proteção do meio ambiente e demais temas relacionados ao comércio⁹.

Na primeira fase do caso *United States – Shrimp/Turtles*¹⁰, que envolvia a proteção das tartarugas marinhas – ameaçadas de extinção – na pesca de camarões, os painelistas e as partes envolvidas receberam dois *amicus briefs*¹¹.

Tendo em vista que o painel não havia requerido as informações constantes dos *briefs*, seus integrantes entenderam que, segundo o artigo 13 dos Entendimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC) ou *Dispute Settlement Understandings* (DSU), a iniciativa de buscar¹² informações e

selecionar as fontes de informação a serem usadas é privativa do painel. Somente as partes e terceiras partes seriam autorizadas a submeter informações diretamente ao painel. Alegando incompatibilidade com as regras do ESC, as partes foram informadas de que o painel não levaria os *amicus briefs* em consideração. Entretanto, caso alguma parte do contencioso tivesse se manifestado no sentido de incluir os *amicus briefs*, ou parte deles, em suas próprias submissões, ela estaria autorizada a assim agir.

Vale observar que os Estados Unidos da América (EUA), diferentemente da Malásia, Índia, Paquistão e Tailândia, manifestaram-se a favor da admissão dos *amicus briefs* e anexaram à sua segunda submissão parte do *brief* elaborado pelo Centro de Conservação Marinha (*Center for Marine Conservation*) e Centro de Direito Ambiental Internacional (*Center for International Environmental Law – CIEL*).

Em segunda instância, o Órgão de Apelação decidiu que o painel havia errado em sua interpretação de que aceitar informação não requisitada de fontes não-governamentais era incompatível com as regras do ESC. Entretanto, manteve a decisão do Painel de que, sob os artigos 12 e 13 do ESC, qualquer parte da disputa estaria autorizada a anexar *briefs* de ONGs às suas submissões¹³.

Os EUA juntaram à sua apelação três anexos contendo *amicus curiae briefs*. Por sua vez, em sua resposta conjunta, os apelados requereram ao Órgão de Apelação que não considerasse tais *briefs*. Contudo, é importante observar que os EUA não adotaram os argumentos das ONGs como assuntos separados aos quais o Órgão de Apelação deveria responder. Os EUA concordaram com os argumentos apresentados nos *briefs* somente na medida em que eles estavam em linha com os seus próprios argumentos.

O Órgão de Apelação ponderou que, ao anexar qualquer *amicus curiae brief* em suas petições, o material apresentado deveria ser considerado *prima facie* parte integral da submissão daquele membro e o requerente deveria assumir total responsabilidade por seu conteúdo. Entretanto, considerando que os EUA haviam aceitado os *brief* com restrições, os árbitros somente analisaram os argumentos do corpo da submissão americana, e não os argumentos dos *briefs* em seus anexos.

Justificando sua decisão de que o painel errara em não aceitar os *amicus briefs*, o Órgão de Apelação indicou que a análise e interpretação dos artigos 11, 12 e 13 do ESC levariam à conclusão de que a leitura do termo “buscar” não deve ser feita de maneira literal. No contexto apresentado, a competência para “buscar” informação não deveria ser igualada à proibição de aceitar informação não solicitada. O painel tem a competência discricionária tanto para analisar e aceitar quanto para rejeitar informação submetida, seja requerida ou não pelo painel.

O segundo caso que lidou com o tema ora em discussão foi o *United States – Carbon Steel*¹⁴. O Brasil, na qualidade de terceira parte, manifestou-se contrariamente à aceitação de *amicus briefs*, posição que vem sendo mantida consistentemente até o momento.

Na fase de painel, cientes de que tinham competência discricionária para aceitar o único *amicus brief* apresentado, os painelistas optaram por não exercer sua competência, tendo em vista a apresentação tardia do documento. O atraso no envio do *brief* impediria que as partes se manifestassem em tempo hábil, prejudicando a obediência ao princípio do devido processo legal.

Na fase seguinte, o Órgão de Apelação recebeu dois *amicus briefs*. Por um lado, a Comunidade Européia manifestou-se contrariamente à sua aceitação, alegando que os *briefs* eram inadmissíveis na fase de apelação e externou que não iria responder ao seu conteúdo¹⁵. O Brasil e o México concordaram com a Comunidade Européia no sentido de que o Órgão de Apelação não teria competência para aceitar *amicus curiae briefs*. Foi enfatizado que, nem o ESC, nem os Procedimentos de Trabalho (*Working Procedures*) admitem que o Órgão de Apelação receba informação fática nos termos do artigo 13 do ESC, muito menos *briefs* de entes privados contendo argumentos legais relacionados às questões que estão sendo apeladas. O Brasil ainda indicou que os membros da OMC e, particularmente, partes e terceiras partes de uma disputa, são competentes com exclusividade a tecerem argumentos legais quanto aos relatórios dos painéis e quanto aos parâmetros das obrigações da OMC.

Por outro lado, os EUA argüiram que o Órgão de Apelação tem autoridade para aceitar os *amicus curiae briefs* e solicitou aos seus árbitros

que aceitassem os documentos apresentados pelas associações da indústria do aço.

Em sua análise, o Órgão de Apelação externou que, mesmo silente quanto ao assunto, nem o ESC, nem os Procedimentos de Trabalho proibiam a aceitação e discussão dos *briefs*. Ademais, foi chamada a atenção para o fato de que o artigo 17.9 do ESC claramente indica que o Órgão de Apelação tem competência ampla para adotar regras procedimentais que não conflitem com o ESC ou com os Acordos de Marraqueche. Nesse sentido, desde que de forma consistente com as regras da OMC, os árbitros teriam competência legal para decidir se aceitam e analisam qualquer informação que julguem pertinentes e úteis em uma apelação.

A despeito dos argumentos acima, o Órgão de Apelação deixou claro que aos indivíduos e às organizações que não são membros da OMC não foi conferido o direito de encaminhar petições ou de serem ouvidos pelos árbitros. Ainda, o Órgão de Apelação não teria o dever legal de aceitar e analisar *amicus curiae briefs* não solicitados. Não obstante sua interpretação, o Órgão de Apelação optou por não aceitar, no caso *United States – Carbon Steel*, os *briefs* apresentados, sob alegação de que eles não seriam necessários para ser alcançada a decisão no caso concreto.

3.2.1 O caso European Communities – Asbestos¹⁶

O caso mais emblemático aos *amici curiae*, contudo, foi o *European Communities – Asbestos*¹⁷, no qual o Brasil participou como terceira parte interessada¹⁸. O julgamento do caso, em 2000, serviu de alerta aos membros sobre os efeitos negativos que a admissão irrestrita de *amici curiae* poderia causar ao sistema.

O caso *European Communities – Asbestos* foi levado à OMC pelo Canadá por força da proibição estabelecida pelo governo francês, no intuito de proteger seus trabalhadores da produção, venda, importação ou qualquer transferência entre partes de todas as variedades de asbestos, independentemente de os asbestos estarem contidos em materiais, produtos ou equipamentos. Ainda, para proteger os consumidores, qualquer produção, importação, venda doméstica, exportação, posse para venda, oferta, venda ou transferência de variedades de asbestos ou produtos

contendo fibras de asbestos restou proibida. Observadas certas condições, somente alguns materiais, produtos ou equipamentos contendo fibras de Crisotila foram poupados da proibição.

O painel instituído recebeu cinco *amicus curiae briefs*. Dois deles, incorporados à petição europeia, foram, por esse motivo, e com base na decisão de *United States – Shrimp/Turtle*, aceitos como parte do processo pelos painelistas. Os outros três foram negados, um deles por atraso em sua apresentação.

Em fase de apelação, os árbitros reconheceram a possibilidade de receber petições de pessoas que não fossem parte ou terceira parte envolvida. Ainda, foi admitido que, no intuito de facilitar a justa e ordenada condução da apelação, poderiam ser adotados procedimentos próprios/apropriados (*appropriate procedures*) de acordo com a regra 16 (1) dos Procedimentos de Trabalho para lidar com os *amicus curiae briefs*¹⁹.

O Canadá, a Comunidade Europeia e o Brasil consideraram que quaisquer questões quanto ao novo procedimento deveriam ser previamente discutidas pelos membros da OMC. Os EUA, contudo, elogiaram a adoção de um procedimento de autorização de *amicus curiae briefs*. O Zimbábue, por sua vez, manifestou-se no sentido de não ter nenhuma objeção a tal procedimento de autorização.

Após a consulta aos setes membros do Órgão de Apelação, foi adotado um Procedimento Adicional (*Additional Procedure*) para utilização exclusivamente no caso em análise quanto aos documentos recebidos de pessoas que não eram partes ou terceiras partes interessadas. Vale observar que foi destacado que o Procedimento Adicional não era um novo Procedimento de Trabalho nos termos do artigo 17.9 do ESC.

As principais regras do Procedimento Adicional criado determinavam que:

(i) Qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, que não seja parte ou terceira parte na disputa, que deseje submeter um *brief* escrito ao Órgão de Apelação, deve requerer sua autorização dentro de prazo estipulado.

(ii) O pedido de autorização para *brief* escrito, para ser adequadamente submetido, deve:

– não exceder o limite máximo de três laudas datilografadas;

- conter a qualificação do requerente, incluindo atestado de sua filiação junto à organização em questão, descrição de suas atividades e fontes de renda, além de esclarecimento dos objetivos que possui com seu *brief*;
- especificar a natureza dos interesses do requerente em seu *brief*;
- identificar a legislação específica abrangida pelo Relatório do Painel e interpretações que se relacionem com o *brief*;
- ter atestada sua pertinência em relação à matéria envolvida na disputa, indicando as razões pelas quais o Órgão de Apelação deve conceder o direito de o requerente manifestar-se, indicando, em particular, de que maneira sua participação contribuirá para a solução da lide de uma forma não antes procedida pelas partes ou por terceiras partes; e
- conter declaração expressa que indique se o requerente possui, direta ou indiretamente, qualquer espécie de relação com as partes ou terceiras partes envolvidas na disputa, assim como se goza, ou gozará, de qualquer benefício provido por essas, resultante de seu *brief*.

(iii) Qualquer pessoa, que não seja parte ou terceira parte envolvida na disputa, que tenha sido autorizada a submeter um *brief* ao Órgão de Apelação, deve, dentro do prazo estipulado, submeter seu *brief* ao Secretariado do Órgão de Apelação.

(iv) O sumário do *brief*, dirigido ao Órgão de Apelação, deve:

- ser sucinto e não exceder o limite máximo de 20 laudas, incluindo anexos; e
- firmar, de forma clara e objetiva, o posicionamento do requerente em relação às interpretações legais contidas no Relatório do Painel, utilizando-se para tal argumentos exclusivamente jurídicos.

(v) O requerente deve, além de submeter seu requerimento ao Secretariado do Órgão de Apelação, prover uma cópia integral de seu *brief* às partes e terceiras partes envolvidas na disputa.

(vi) Às partes e às terceiras partes envolvidas na disputa será concedida, pelo Órgão de Apelação, ampla oportunidade para se manifestarem ou responderem a *briefs* submetidos ao Órgão de Apelação por requerentes com permissão outorgada sob este procedimento.

O Órgão de Apelação recebeu onze *amicus briefs* dentro do prazo estabelecido no Procedimento Adicional. Entretanto, sem apontar maiores explicações em seu relatório, os árbitros decidiram por negar a possibilidade de serem apresentados e analisados quaisquer relatórios

escritos. A falta de fundamentação deixou uma lacuna na interpretação do instituto na OMC, o que alimenta discussões sobre o tema até os dias atuais.

3.2.2 A posição brasileira

Em 22 de novembro de 2000, a pedido do Grupo Informal dos Países em Desenvolvimento (liderado à época pelo Egito), foi realizada Reunião Especial do Conselho Geral²⁰ para avaliar a decisão do Órgão de Apelação de adotar regras de procedimento para receber e analisar *amicus briefs*. Presentes na reunião estavam Brasil, Uruguai, Estados Unidos, Comunidade Européia, Austrália, Hong Kong (China), Índia, Egito, México, entre outros países.

O documento passou a ser uma das poucas referências sobre os *amicus briefs* no âmbito da OMC. Na ocasião, o Brasil, expressou, pela primeira vez, sua opinião oficial sobre a questão²¹.

Manifestando-se acerca do que já havia sido discutido na reunião, o Brasil iniciou seu discurso indicando que o cerne da discussão não era a transparência dos procedimentos e, muito menos, a participação das ONGs e da sociedade civil na OMC. Frisou, ainda, que os debates não deveriam ficar restritos às diferenças Norte-Sul existentes, embora o assunto possa ter repercussão na relação Norte-Sul. A discussão enfrentada pelo Conselho Geral seria essencialmente legal, com implicações no próprio Sistema de Solução de Controvérsias da OMC.

Uma das preocupações brasileiras girava em torno da interpretação da expressão “Procedimentos de Trabalho” (*Working Procedures*) e da palavra “buscar” (*seek*), além da elaboração pelo Órgão de Apelação de Procedimentos Adicionais (*Additional Procedures*) com o objetivo de regulamentar a participação das ONGs. Era preciso atenção para não permitir que os painéis e o Órgão de Apelação adicionassem ou subtraíssem direitos e obrigações dos membros da OMC.

Ademais, após o julgamento do caso *European Communities – Asbestos*, não só o Órgão de Solução de Controvérsias estava aceitando a presença de *amici curiae*, como estava praticamente convidando as ONGs a participarem ativamente das discussões.

A posição brasileira continua sendo a de que os Painéis e Órgão de Apelação não devam aceitar documentos não-solicitados de partes alheias à

controvérsia.

Segundo o Brasil, ao Conselho Geral estaria sendo submetida uma questão essencialmente legal, passível de gerar implicações nos princípios fundamentais do sistema. As conclusões do Órgão de Apelação em relação à figura do *amicus curiae* foram fortemente baseadas na autoridade concedida aos Painéis e ao Órgão de Apelação pelos membros de delinearem suas próprias regras procedimentais. Entretanto, o Brasil sustenta que o Órgão de Apelação leu no mandato mais do que nele realmente havia.

O Brasil apontou, ainda, que a questão sobre quem poderia ser ouvido pelos painéis e pelo Órgão de Apelação não se trata apenas de uma regra procedimental, e sim de matéria fundamental contida nas normas do ESC, que afeta toda a forma pela qual o sistema de soluções de controvérsias opera, alterando profundamente os direitos e obrigações que os membros negociaram durante a Rodada Uruguai. As obrigações de um membro, por exemplo, com a mudança avençada, incluiriam a necessidade de examinar e de se manifestar quanto aos *briefs* apresentados por qualquer pessoa física ou jurídica que fossem admitidos por um painel ou pelo Órgão de Apelação em uma dada disputa. Além disso, os membros assumiriam a obrigação de assegurar que seus próprios cidadãos e entidades jurídicas, que protocolam *briefs*, tenham seus direitos devidamente apreciados pelos painéis e pelo Órgão de Apelação. Ainda, cada membro deveria envidar esforços no sentido de fiscalizar para que o sistema não seja operado de forma a privilegiar membros cujos representantes tenham maior capacidade financeira ou exerçam maior influência na comunidade internacional, o que não ocorreria por legítimas razões.

Finalmente, o Brasil mencionou que a integridade do sistema também depende da habilidade do Órgão de Apelação em agir com imparcialidade, mesmo sendo influenciado pelos membros. O Órgão de Apelação pode ter entendido que havia suficiente embasamento no ESC sobre como proceder em relação aos *amicus curiae briefs* que foram submetidos e que sua interpretação do ESC foi correta. Embora o Brasil não concorde com essa posição, não pode culpar o Órgão de Apelação por haver entendido desta forma. No entanto, o Brasil esperava que, quando fosse exercida a discricionariedade prevista no artigo 17.9 do ESC, o Órgão de Apelação utilizar-se-ia da orientação de consulta²² prevista no mesmo artigo sempre

quando estivesse diante de uma questão de relevância ou que tivesse maiores impactos no sistema como um todo, especialmente aquelas que fossem reputadamente controversas entre os membros. O Brasil pode ter discordado no passado com a forma pela qual o Órgão de Apelação havia interpretado algumas previsões dos Acordos da OMC, mas sempre exaltou a alta qualidade dos relatórios emitidos pelo Órgão de Apelação e respeitou os esforços de seus membros em manter a imparcialidade em suas atividades. No entanto, no caso dos *amici curiae*, o assunto deveria ser decidido pelos próprios membros. O Brasil estaria pronto para iniciar qualquer ação nesse sentido.

Posteriormente à reunião, conforme já mencionado neste artigo, o Brasil vem seguindo sua posição nos casos em que participou e participa no âmbito da OMC. No contencioso European Communities – Chicken Cuts²³, por exemplo, no qual Brasil e Tailândia questionaram a classificação tarifária imposta pela Comunidade Européia ao frango salgado e congelado, a Associação de Comércio e Processadores de Frango (Association of Poultry Processors and Poultry Trade in European Communities Countries – AVEC) apresentou um brief em defesa dos produtores europeus.

A posição brasileira foi no sentido de reiterar a postura contrária do país a esse tipo de contribuição e, ao mesmo tempo, tentar garantir que as partes tivessem a oportunidade de fazer comentários sobre o documento, caso entendessem pertinente. Assim, em correspondência datada de 18 de julho de 2005, o Brasil solicitou que o Órgão de Apelação desconsiderasse a petição apresentada pela AVEC.

Como o *amicus curiae brief* não representava ameaça aos argumentos brasileiros (ou mesmo tailandeses), a participação da AVEC não mereceu maior interesse das partes envolvidas naquela disputa comercial.

Em 2005, no contencioso *Brazil – Tyres*²⁴, no qual a Comunidade Européia alegou que a proibição brasileira de importação de pneus usados era inconsistente com as regras da OMC, foram apresentados dois *briefs*, um da Sociedade Internacional do Homem (*Human Society International* – HSI) e outro de um conjunto de ONGs, dentre elas, o CIEL. Os dois documentos defendem o direito do Brasil de determinar o nível de proteção que julga apropriado para a defesa da vida e saúde humana, animal e

vegetal, trazendo ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) embasamento técnico necessário ao reforço dos argumentos brasileiros.

Diante do seu conteúdo favorável à defesa do meio ambiente, ambos foram incorporados à petição do Brasil²⁵. Dessa forma, não foi necessário enfrentar a discussão sobre se o painel poderia ou não examiná-los. Uma vez incorporados à petição de uma das partes envolvidas na disputa (normalmente sob a forma de anexo), os *briefs* deixam de ser considerados individualmente.

Apesar de o relatório do painel²⁶, publicado em 12 de junho de 2007, concluir que a proibição da importação de pneus usados não é justificada nos termos do *caput* do artigo XX do GATT, o Brasil, nos meios de comunicação²⁷, mostrou-se satisfeito com a análise dos painelistas, os quais deram a importância devida à defesa do meio ambiente – na ausência de certas discriminações injustificadas e restrições disfarçadas ao comércio internacional, a proibição de pneus remodelados seria justificada pela alínea (b) do artigo XX, que excepciona medidas necessárias à proteção da vida e saúde humana, animal e vegetal.

3.3 O desafio do *amicus curiae*

Apesar das diversas manifestações dos painéis e do Órgão de Apelação sobre o tema dos *amici curiae*²⁸, seguindo a jurisprudência analisada neste artigo, há ainda aqueles que defendem argumentos contrários a esse instituto peculiar.

O mais recorrente vem de países em desenvolvimento, que argumentam que a sociedade civil dos países desenvolvidos é mais organizada, possui mais recursos financeiros e conta com capital humano mais bem qualificado para defender os interesses dos países industrializados. Essa vantagem comparativa causaria um desequilíbrio nos contenciosos da OMC, prejudicando os países em desenvolvimento. Outro argumento contrário aos *amici curiae* baseia-se no fato de que as diversas discussões que cercam o tema inibem o debate para outros assuntos de maior relevância no âmbito da OMC, como *sequencing*, que, sem dúvida, merece especial atenção dos membros da OMC, ou a falta de transparência na tomada de decisões.

Entretanto, apesar dos argumentos acima e outros de cunho legal – que não se alinham com a atual jurisprudência –, é possível detectar, ainda hoje, o esforço de vários autores, professores e profissionais da área de comércio internacional no sentido de serem criados mecanismos que possam preencher as lacunas das regras quanto aos *amicus briefs*.

Existe uma série de mecanismos que podem ser utilizados no intuito de solucionar os problemas enfrentados. Os membros da OMC, por meio do Órgão de Solução de Controvérsias ou do Conselho Geral, têm legitimidade para normatizar o assunto. Ademais, os painéis ou o Órgão de Apelação também detêm competência e legitimidade para pacificar os entendimentos quanto à sua aceitação e apresentar critérios definitivos para sua análise.

Critérios materiais e procedimentais podem ser apontados²⁹. Exemplos de critérios materiais que devem ser analisados para a aceitação e utilização efetiva dos *amicus briefs* são: a) as características dos *amici* (tratando-se de ONGs, por exemplo, seria importante analisar o seu objeto, sua representatividade, a quem presta contas, quem são seus financiadores ou peritos e *experts* na matéria discutida nos contenciosos em questão); b) natureza, qualidade e relevância do *amicus brief* (a fim de não tomar tempo precioso dos painelistas ou árbitros, é necessário provar que o documento contém informações ou argumentos que agreguem valor à discussão); e c) circunstâncias do caso, tais como sua sensibilidade política ou importância socioeconômica.

Por sua vez, exemplos de critérios procedimentais relacionados aos *amicus brief* que podem ser implementados são: a) prazos para sua apresentação e publicação do cronograma dos casos com a antecedência necessária; b) forma e tamanho dos *amicus brief* preestabelecidos; e c) regras de notificação às partes e terceiras partes envolvidas; e d) normas quanto à sua tradução e versão para os idiomas oficiais da Organização.

Ademais, é possível identificar propostas específicas para a aceitação dos *amicus briefs* pelos painéis ou pelo Órgão de Apelação. De fato, uma série de possíveis normas é frequentemente discutida no meio acadêmico ou entre os membros da OMC, muitas delas com fundamento e pertinência.

É também possível apontar como uma proposta interessante para tentar estabelecer regras ao uso dos *amicus brief*, a criação de um comitê de consultoria econômica e social (*advisor economic and social committee*), o

qual seria responsável por organizar as ONGs que lidam com o sistema multilateral de comércio, que, apesar de tratarem do mesmo tema, possuem os mais diversos interesses e objetivos, e fazer a ponte com a OMC. Suas decisões e recomendações seriam levadas ao conhecimento dos membros da OMC, os quais, contudo, poderiam optar por analisá-las ou não, a fim de não desperdiçar esforços que poderiam ser alocados para uma real liberalização do comércio³⁰.

3.4 Conclusão

Muito embora o OSC já tenha enfrentado a questão por diversas vezes e formas, o assunto ainda é controvertido e de extremo interesse dos membros da OMC, em face de sua natureza sistêmica.

Os países temem que a interferência de terceiros, estranhos à Organização, afete o funcionamento do órgão, uma das principais conquistas da Rodada Uruguai e um dos pilares da estrutura da OMC.

As atividades e decisões da Organização Mundial do Comércio têm chamado a atenção das ONGs internacionais, que enxergam no *amicus curiae brief* uma oportunidade clara e única de participação nesse importante foro de discussão.

Hoje, apesar de não haver disposição específica sobre a matéria, com base nas decisões do Órgão de Solução de Controvérsias, é possível afirmar que, tanto os painéis, quanto o Órgão de Apelação, estão autorizados a aceitar petições de terceiros (ONGs, em sua maioria), pela via do *amicus curiae*.

Não obstante, o Comitê Especial de Revisão do ESC, dentre as diversas propostas que foram encaminhadas pelos membros, que, em sua maioria tiveram por objetivo mudanças estruturais no procedimento de solução de controvérsias, incluiu a questão do *amicus curiae* como sendo um dos temas que devem ser revistos pelos países-membros. Mencionado Comitê recebeu proposta de alguns membros, em especial de países em desenvolvimento³¹, no sentido de reformar o artigo 13, seja por meio de emenda ou nota de rodapé, de forma a melhor definir a expressão “buscar informação” (*to seek information*) contida naquele dispositivo legal. Até

hoje, diversas propostas vêm sendo discutidas, seja em reuniões formais na OMC, seja em reuniões informais nas missões dos membros dessa Organização. Os debates indicam, ainda, muitas discussões no futuro da OMC.

REFERÊNCIAS

APPLETON, Arthur E. Amicus curiae submissions in the carbon steel case; another rabbit from the appellate body's hat? **Journal of International Economic Law**, Oxford: Oxford University Press, v. 3, n. 4, p. 691-699, 2000.

_____. Issues of amicus curiae submissions: note by the editors. **Journal of International Economic Law**, Oxford: Oxford University Press, v. 3, n. 4, p. 701-706, 2000.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOODE, Walter. **Dictionary of trade policy terms**. Forth Edition. Cambridge. 2003.

ICTSD, Brazil calls WTO Ruling in Retreaded Tyres Dispute "Favourable". **Bridges Weekly Trade News Digest**, v. 11, n. 15, 2 maio 2007.

LACARTE, Julio A. Transparency, public debate and participation by NGOs in the WTO: a WTO perspective. **Journal of International Economic Law**, Oxford: Oxford University Press, v. 7, n. 3, p. 683-686, 2004.

LEO, Sergio; MOREIRA, Assis. Para proibir pneu usado, Brasil tem de cassar liminares, diz OMC. **Valor Econômico**, 13 junho 2007.

MARCEAU, Gabrielle; STILWELL, Matthew. Practical suggestions for amicus curiae briefs before WTO adjudicating bodies. **Journal of International Economic Law**, Oxford: Oxford University Press, v. 4, n. 1, p. 155-187, 2001.

MAVROIDIS, Petros C. **Amicus curiae briefs before the WTO. Much ado about nothing**. Kluwer, 2002.

McRAE, Donald. What is the future of WTO dispute settlement? **Journal of International Economic Law**, Oxford: Oxford University Press, v. 4, n. 1, p. 3-21, 2004.

PALMETER, David; MAVROIDIS, Petros C. **Dispute settlement in the World Trade Organization: practice and procedure**. Second Edition. Cambridge, 2004.

THORSTENSEN, Vera; JANK, Marcos Sawaya. **O Brasil e os grandes temas do comércio internacional**. São Paulo: Lex, 2005.

UMBRICHT, Georg C. An amicus curiae brief on amicus curiae briefs at the WTO. **Journal of International Economic Law**, Oxford: Oxford University Press, v. 4, n. 4, p. 773-794, 2001.

UNCTAD, Dispute settlement. World Trade Organization (WTO). 3.2. Panels. United Nations Conference on Trade and Development. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add12_en.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2007.

UNCTAD, Dispute Settlement. World Trade Organization (WTO). 3.3. Appellate Review. United Nations Conference on Trade and Development. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add17_en.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2007.

WTO, WTO Appellate Body Repertory of Reports and Awards. 1995-2004. Compiled by the Appellate Body Secretariat, Cambridge University Press, 2005.

1 UMBRICHT, Georg C. An “amicus curiae brief” on amicus curiae brief at the WTO. **Journal of International Economic Law**, Oxford: Oxford University Press, v. 4. n. 4. p. 773-794, 2001.

2 *Ibid.*

3 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

4 LACARTE, Julio A. Transparency, public debate and participation by NGOs in the WTO: a WTO perspective. **Journal of International Economic Law**, Oxford: Oxford

University Press, v. 7, n. 3, p. 683-686, 2004.

[5](#) MARCEAU, Gabrielle; STILWELL, Matthew. Practical suggestions for amicus curiae briefs before WTO adjudicating bodies. **Journal of International Economic Law**, Oxford: Oxford University Press, v. 4, n. 1, p. 155-187, 2001.

[6](#) McRAE, Donald. What is the future of WTO dispute settlement?. **Journal of International Economic Law**, Oxford: Oxford University Press, v. 7, n. 4, p. 3-21, 2004.

[7](#) Há quem afirme que “transparência”, no contexto dos atuais debates da OMC, é entendida amplamente como “abertura” e “participação”. Abertura no que tange ao fluxo de informações entre os Membros da OMC, a OMC e a sociedade. Participação no sentido da demanda da sociedade civil em poder ativamente contribuir nos processos de tomada de decisão da OMC (UMBRICHT, Georg C. An “amicus curiae brief” on amicus curiae briefs at the WTO. **Journal of International Economic Law**, Oxford: Oxford University Press, v. 4, n. 4, p. 773-794, 2001.

[8](#) McRAE, Donald. What is the future of WTO dispute settlement? **Journal of International Economic Law**, Oxford: Oxford University Press, v. 7, n. 1, p. 3-21, 2001.

[9](#) McRAE, Donald. What is the future of WTO dispute settlement? **Journal of International Economic Law**, cit., p. 3-21.

[10](#) *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/R.

[11](#) WT/DS58/R, parágrafos 7.7 – 10.

[12](#) A definição do termo “seek” em inglês foi e vem sendo amplamente discutida nas questões envolvendo *amicus briefs*. Neste artigo, o termo é utilizado no sentido do verbo “buscar”, a busca de.

[13](#) *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, parágrafos 79-110.

[14](#) *United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, WT/DS138/R, parágrafo 6.9.

[15](#) *United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, WT/DS138/AB/R, parágrafos 36-42.

[16](#) Para mais informações sobre esse caso, ver Parte V, Capítulo 2, deste livro.

[17](#) *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products*, WT/DS135/R, parágrafos 8.12-14.

[18](#) O caso *European Communities – Asbestos* foi o quarto a tratar do assunto, antecedido por *United States – Shrimp/Turtles*, *United States – Carbon Steel* e *Austrália – Salmon (Australia – Measures Affecting Importation of Salmon – Recourse to Article 21.5 by Canada – WT/DS18/RW*, parágrafos 7.8-9), no qual o Painel, recorrendo à decisão de *United States – Shrimp/Turtles*, considerou que a informação submetida por meio de carta por pescadores do sul australiano (*concerned fisherman and processors*) era relevante ao processo e admitiu tal informação como parte dos autos.

[19](#) *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products*, WT/DS135/AB/R, parágrafos 50-57.

[20](#) WT/GC/M/60, 23 de janeiro de 2001.

[21](#) WT/GC/M/60, parágrafos 41-47.

[22](#) A consulta a que se refere o artigo 17.9 do ESC diz respeito à consulta ao presidente do Órgão de Solução de Controvérsias e ao Diretor-Geral e à comunicação aos membros para sua devida informação.

[23](#) *European Communities – Chichen Cuts*, WT/DS269/AB/R e WT/DS286/AB/R, de 12 de setembro de 2005.

[24](#) *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332.

[25](#) *Exhibit BRA-98*.

[26](#) *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/R, de 12 de junho de 2007.

[27](#) ICTSD, *Brazil calls WTO Ruling in Retreaded Tyres Dispute “Favourable”*. **Bridges Weekly Trade News Digest**, v. 11, n. 15, 2 maio 2007; e LEO, Sergio; MOREIRA, Assis. Para proibir pneu usado, Brasil tem de cassar liminares, diz OMC. **Valor Econômico**, 13 jun. 2007.

[28](#) É possível indicar mais de vinte casos em que o Órgão de Solução de Controvérsias pronunciou-se quanto à sua validade e aceitação.

[29](#) MARCEAU, Gabrielle; STILWELL, Matthew. Practical suggestions for amicus curiae briefs before WTO adjudicating bodies. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 155-187.

[30](#) LACARTE, Julio A. Transparency, public debate and participation by NGOs in the WTO: a WTO perspective. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 683-686.

[31](#) WT/DS/W/18, de 7 de outubro de 2002.

4 INFORMAÇÕES CONFIDENCIAIS PRIVADAS

Michelle Rattton Sanchez

Coordenadora e professora do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw; professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – Direito GV; doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo.

4.1 Introdução: confidencialidade e proteção das informações do setor privado

Este artigo se propõe a apresentar a contribuição dos contenciosos conhecidos por “Embraer-Bombardier”¹ sobre a temática do tratamento das informações confidenciais do setor privado², no âmbito do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC). Assim, o artigo assume uma perspectiva estritamente descritiva, com o objetivo de sistematizar as informações constantes no histórico do caso e apontar para a sua inter-relação com trabalhos posteriores na OMC – tanto nos procedimentos de outros contenciosos como nas negociações para a reforma do “Entendimento Relativo a Normas e Procedimentos para Solução de Controvérsias” (ESC)³.

A confidencialidade dos procedimentos do sistema de solução de controvérsias da OMC é algo que integra e caracteriza esse mecanismo. Para todas as fases e formas de solução de controvérsia admitidas no ESC está prevista a confidencialidade⁴. Outras previsões sobre confidencialidade que atingem as informações para o sistema de solução de controvérsias também podem ser encontradas em acordos específicos da OMC⁵ e mesmo nas regras de procedimento do sistema de solução de controvérsias⁶.

Nos últimos doze anos de funcionamento do sistema da OMC, diferentes abordagens foram trazidas ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) quanto à confidencialidade, especialmente sobre suas formas de controle. Dentre os temas contrapostos à proteção da confidencialidade dos procedimentos, encontram-se a restrição de circulação de documentos apresentados em um determinado procedimento e o acesso a momentos confidenciais do sistema de solução de controvérsias. No primeiro caso, há, por exemplo, os questionamentos sobre: o acesso a documentos apresentados por uma das partes a terceiros não parte da controvérsia⁷; sobre a circulação antecipada, sem autorização ou acordo entre as partes, do relatório interino⁸; e mesmo sobre a divulgação no relatório final, destinado ao público, de informações dos governos apresentadas como confidenciais pelos membros⁹. No caso do acesso, um dos pontos é a possibilidade de assessores comuns para mais de uma das partes¹⁰ e de assessores privados como parte integrante das delegações, presentes nas audiências e com acesso às informações confidenciais nos procedimentos de solução de controvérsias¹¹.

Os casos indicados acima dizem, no entanto, respeito a informações que são dos governos e apresentadas pelo próprio membro no sistema de solução de controvérsias ou são documentos originados do processo de solução de controvérsias. O caso de informações confidenciais do setor privado coloca um novo dilema diante do sistema de solução de controvérsias da OMC: como proteger as informações comercialmente relevantes de determinados setores ou empresas de seus competidores internacionais quando essas informações são importantes para a análise e decisão do contencioso levado ao OSC?

A esse respeito, os contenciosos “Embraer-Bombardier” podem ser considerados os casos mais relevantes para a definição de conceitos e procedimentos relevantes para a proteção de informações confidenciais do setor privado – com importante influência nos trabalhos posteriores da OMC. No contencioso EC-Bananas III, em momento quase que coincidente com o dos contenciosos “Embraer-Bombardier”, durante a arbitragem do art. 22.6 do ESC, as partes também reivindicaram proteção às informações confidenciais do setor privado e indicaram algumas linhas que posteriormente se refletiram nos contenciosos aqui em análise¹². Um marco distintivo, porém, dos contenciosos “Embraer-Bombardier” foi o rol de procedimentos especiais definidos para o tratamento de informações confidenciais do setor privado. Isso demarcou uma fase de possíveis procedimentos adicionais para o tema, como será indicado a seguir.

Os próximos itens analisarão, assim, a criação desses procedimentos especiais nos contenciosos “Embraer-Bombardier” e, em seguida, a sua influência no sistema de solução de controvérsias da OMC e nas negociações do ESC. Breves considerações finais encerram o trabalho com o apontamento de algumas questões sobre o tema ainda a serem exploradas.

4.2 Os casos “Embraer-Bombardier”: os contenciosos e os procedimentos especiais

Certamente, os contenciosos “Embraer-Bombardier” constituem um marco da atuação do Brasil no OSC e para o desenvolvimento da cultura nacional diplomática e jurídica sobre o mecanismo de solução de controvérsias da OMC¹³. À parte essa importância singular para o Brasil, estes contenciosos suscitaram interpretações relevantes sobre os compromissos assumidos nos acordos da OMC, com influências para o sistema multilateral de comércio como um todo.

Os contenciosos questionaram o quanto determinados programas dos governos brasileiro (WT/DS46) e canadense (WT/DS70 e WT/DS222) configuravam-se como subsídios proibidos, nos termos do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) da OMC. Esses subsídios seriam garantidos às duas grandes fabricantes de aeronaves civis regionais, Embraer (Brasil) e Bombardier (Canadá) – daí contenciosos “Embraer-Bombardier”. A relação entre os interesses comerciais dos países, membros da OMC, e das empresas envolvidas é tênue e isso fica evidenciado justamente na relação entre o setor privado e os governos no levantamento das informações e na elaboração dos documentos para um contencioso na OMC. Muitas vezes, justamente, porque é conjunto o trabalho técnico dos representantes oficiais do governo e de seus consultores e o dos representantes das empresas e seus consultores¹⁴. Como, então, controlar o fluxo de informações entre essas pessoas e seus representantes?

De acordo com o Canadá, um procedimento especial deveria ser desenvolvido pelas partes para a proteção de informações confidenciais do setor privado, de forma que o concorrente não pudesse ter acesso àquelas informações apresentadas ao painel relacionadas a transações comerciais específicas – passíveis, no ambiente doméstico, de proteção jurídica por sigilo¹⁵. O Canadá apresentou, então, alguns dos requisitos que deveriam constar desse procedimento a fim de garantir segurança às informações do setor privado prestadas pelo membro junto ao OSC. O Brasil comentou e complementou a proposta apresentada e, então, o painel trabalhou numa nota minuta submetida aos comentários das partes.

Apesar de os casos terem sido iniciados junto ao OSC em momentos distintos (WT/DS46, em 18-6-1996; WT/DS70, em 10 de março de 1997), a partir do estabelecimento dos painéis, os momentos desses contenciosos coincidem, como pode ser observado no Apêndice I – Linha do tempo dos casos “Embraer-Bombardier”. Com base na redação dos relatórios dos painéis, é possível observar que, no tocante a informações confidenciais do setor privado, a dinâmica estabelecida a partir do WT/DS70 – em que Canadá é demandado e, portanto, teria informações a prestar – influencia aquela do WT/DS46¹⁶.

Foi, contudo, apenas a partir do recurso ao Órgão de Apelação (OA) que esse abriu a oportunidade, ao ser provocado pelas partes, para o estabelecimento de procedimentos especiais, para manifestação de todas as partes envolvidas¹⁷. Nesta fase dos contenciosos três pontos são dignos de nota: (i) a designação de um momento para o contraditório sobre esse tema, (ii) a possibilidade de manifestação das terceiras partes (Comunidades Européias e Estados Unidos da América) e (iii) a comunicação entre os dois contenciosos – WT/DS46 e WT/DS70 – que é evidenciada inclusive com a audiência comum sobre a temática das informações confidenciais do setor privado (v. Apêndice I). O OA, entretanto, entendeu que não seria necessária a adoção de procedimentos especiais para o tratamento das informações confidenciais do setor privado na fase da apelação.

A temática esteve presente na continuidade dos contenciosos, nos painéis de implementação, porém apenas nas menções às informações classificadas conforme os procedimentos anteriormente adotados (não como demanda por novos procedimentos).

4.2.1 O contraditório sobre procedimentos especiais

A partir do exposto acima, é possível diferenciar dois momentos relevantes para análise do contraditório sobre informações confidenciais do setor privado: (i) no painel do WT/DS70, quando Brasil e Canadá apontam suas perspectivas sobre o tema, e (ii) nos procedimentos do Órgão de Apelação para os casos WT/DS46 e WT/DS70, que inclui, além das manifestações das partes, as posições das terceiras partes.

Na instância do painel (WT/DS70), a provocação para o estabelecimento de procedimentos partiu do Canadá, que fundamentou sua necessidade para que fosse possível ter um equilíbrio entre o acesso adequado às informações pelo painel e a proteção dos interesses privados¹⁸. A proposta original do Canadá definia, basicamente, quanto a: (i) autorizados a ter acesso aos documentos – apenas os painelistas e seus assessores, o Secretariado da OMC, membros do grupo de especialistas do ASMC¹⁹ e representantes das partes (funcionários ou agentes das partes, excluindo aqueles envolvidos na indústria de aeronaves civis); (ii) forma de acesso aos documentos – depósito na sede da OMC, com acesso restrito, sem direito de cópia ou retirada; (iii) acesso às audiências: restrito àqueles previamente autorizados; (iv) registros das audiências: depósito na sede da OMC, com acesso restrito; (v) ao final do painel, o material deveria retornar à parte que o apresentou ou ser destruído²⁰. Além dessas demandas, o Canadá também apresentou a necessidade de as pessoas autorizadas assinarem um termo de compromisso de não-divulgação das informações – denominado, em inglês, *Declaration of non-disclosure*.

O Brasil contestou a proposta inicial nos seguintes termos: (i) quanto ao acesso, deveriam ser incluídos no rol os conselheiros privados e também as terceiras partes; (ii) quanto à forma de acesso, depósito não restrito à sede da OMC, outros locais seguros previamente definidos pelas partes poderiam ser definidos, como forma de facilitar a dinâmica de trabalhos das partes e destas para com o painel²¹; (iii) quanto às audiências, garantir o acesso das terceiras partes às audiências, como de praxe²² e, por fim (iv) necessidade de serem mantidos os arquivos, em caso de recurso pelas partes²³. Essas propostas foram contestadas pelo Canadá por não garantirem “proteção suficiente” aos interesses privados.

O painel, a partir da manifestação das partes, adotou os procedimentos especiais – *Procedures for the protection of business confidential information* –, que refletem a combinação das propostas canadenses e as sugestões brasileiras²⁴. Os procedimentos foram registrados e publicados no relatório final do painel²⁵ (v. sistematização no Apêndice II a este capítulo). Lembra-se que estes vieram a ser os mesmos procedimentos adotados pelo painel no WT/DS46.

Na instância do Órgão de Apelação (OA), em ambos os contenciosos, Brasil e Canadá apresentaram a demanda conjunta para que os mesmos procedimentos do painel, *mutatis mutandis*, fossem aplicados pelo OA. Na medida em que o OA abriu a possibilidade de contraditório, o Brasil enfatizou que o interesse desses procedimentos era do Canadá que contava com o apoio do Brasil, para que se sentisse confortável com o comprometimento de confidencialidade nos procedimentos. Ademais, o Brasil reforçou que os procedimentos deveriam ser aplicados exclusivamente para informações do setor privado e que não deveriam limitar indevidamente o acesso aos documentos, tal como ocorrera durante os procedimentos do painel.

O mais relevante foi, neste momento das controvérsias, a manifestação das terceiras partes, Comunidades Europeias (CE) e Estados Unidos da América (EUA) – que assumiram posições divergentes sobre a adoção dos procedimentos especiais. As CE alegaram, primeiramente, que esse tipo de procedimento seria característico de processos administrativos internos para a aplicação de medidas de defesa comercial²⁶ e não poderia ser simplesmente transplantado para o sistema de solução de controvérsias da OMC. Em segundo lugar, quanto às limitações aos direitos das terceiras partes, a proposta, na opinião das CE violaria os arts. 18.1 e 18.2 do ESC, que prescrevem que não podem ser realizadas comunicações *ex parte* com os membros do painel ou do OA e, ainda, que todos os documentos apresentados por uma das partes deve ser acessível a todas as partes, inclusive às terceiras partes. Por fim, se implementados os procedimentos especiais, as CE assumiriam que esses teriam criado novos direitos e obrigações para os membros da OMC, em violação ao art. 3.2 do ESC, e ainda, que, neste caso, seus oficiais não poderiam se comprometer com esses compromissos porque assim violariam os códigos de conduta a que se vinculam no âmbito interno.

As CE insistiram em que o fato de contestarem os procedimentos especiais não significava desconsideração à proteção de informações confidenciais do setor privado, mas, no seu entender, tal proteção já estaria assegurada pelos arts. 14 e 18.2 do ESC.

Os EUA, por sua vez, apoiaram a iniciativa de procedimentos especiais para proteção de informações confidenciais no OSC, ao relacioná-la com o papel do OSC de preservação dos direitos e obrigações dos membros da OMC. Três foram os fundamentos básicos para a posição dos EUA: (i) no seu entender, tanto o painel quanto o OA podem criar procedimentos especiais (arts. 12.1 e 17.9 do ESC); (ii) novos procedimentos poderiam fortalecer o devido processo legal, já que sem essa proteção adicional uma das partes não se sentiria confortável em prestar todas as informações necessárias para o contraditório; e, ainda, (iii) em contraponto ao argumento das CE, escusas com base em compromissos internos não podem ser oponíveis a outros membros da OMC.

O interessante de analisar o contraditório reproduzido nos relatórios do OA é o quanto, apesar de posterior aos procedimentos especiais adotados pelos painéis, os argumentos das partes e das terceiras partes se refletem nesses procedimentos.

4.2.2 Procedimentos especiais

A adoção dos procedimentos especiais *per se* reforçou a competência do painel para adotar outros procedimentos adicionais para a solução de uma controvérsia, sempre que entenda necessário. Tal competência, que inclui inclusive aquela para criar procedimentos adicionais para a proteção de informações confidenciais, foi baseada no artigo 12.1 do ESC e parágrafo 11 dos seus Procedimentos de Trabalho (Apêndice 3 ao ESC)²⁷.

Como mencionado anteriormente, os procedimentos estabelecidos pelos painéis do WT/DS46 e do WT/DS70 apresentam conteúdo praticamente idêntico. A estrutura básica inclui: (i) princípios gerais; (ii) definições; (iii) objetivo; (iv) obrigações das partes; (v) documentos apresentados pelas partes; (vi) guarda dos documentos; (vii) obrigações de não divulgação; (viii) formas de divulgação; (ix) divulgação em audiência do painel; (x) divulgação a terceiras partes; (xi) gravações e transcrições; e (x) devolução e eliminação dos documentos. Esse documento segue acompanhado da Declaração de não-divulgação, assinado pelos representantes das partes.

A parte relativa aos princípios gerais reafirma o princípio da boa-fé entre as partes para invocarem os procedimentos para proteção de informações confidenciais – tendo-se em conta as limitações e complicações que os procedimentos especiais podem trazer para os trabalhos do painel e das partes – e na aplicação dos procedimentos durante uma controvérsia. Esse dispositivo vai de encontro às afirmações reiteradas do Brasil e apoiadas pelas CE de que a confidencialidade de informações que circulam no sistema de solução de controvérsias depende do compromisso dos membros com o sistema e a boa-fé na sua utilização. Nesse sentido, críticas foram apresentadas, pelo Brasil ao Canadá, na aplicação dos procedimentos especiais durante a fase de painel. O Brasil alegou que o Canadá teria invocado os procedimentos especiais para casos em que não se tratava exatamente de informações confidenciais do setor privado²⁸.

Tal argumento tem uma relação direta com a própria definição de “informações confidenciais do setor privado” (“BCI”). No rol de definições apresentadas nos procedimentos especiais a indicação é extremamente vaga:

“Business confidential information” means any information that has been designated as Business Confidential by the party submitting the information, and that is not otherwise available in the public domain.

Em princípio, essa definição ambígua soaria como favorável à proposta inicial do Canadá de que a parte interessada é quem deve definitivamente classificar a informação como passível de proteção, não fosse a disposição do item V.2 dos procedimentos especiais (relativo aos documentos apresentados pelas partes). Neste item, resguarda-se ao painel o poder de decisão se uma decisão deve ou não ser classificada como “informação confidencial do setor privado”, que o decidirá tendo em conta a sua indicação pela parte interessada e os princípios gerais do procedimento.

Observa-se, ainda, que as disposições relativas à guarda dos documentos incorporaram as preocupações apresentadas pelo Brasil quanto à dificuldade de centralizar os documentos fisicamente apenas em um local (sede da OMC). Esse é um ponto muito relevante para uma grande parte das delegações – senão todas. Considerando-se (i) a complexidade dos casos junto ao OSC, tanto quanto a sua estratégia política como em

relação a sua fundamentação técnica, (ii) a busca por celeridade no processo, e (iii) o fato de que a atuação dos membros neste sistema de solução de controvérsias tem promovido uma intrincada dinâmica entre, de um lado, as missões em Genebra e os órgãos do governo localizados nas capitais dos membros e, de outro, assessorias privadas especializadas e o setor interessado²⁹. Isso acaba por mobilizar pessoas localizadas em diferentes lugares para uma mesma defesa junto ao OSC e, assim, o acesso aos documentos relativos à controvérsia torna-se essencial.

Nos procedimentos especiais para os casos “Embraer-Bombardier”, o dispositivo sobre guarda dos documentos, ao permitir que os documentos confidenciais circulassem em escritórios da contraparte, previu a possibilidade de mútua fiscalização desses locais, a fim de assegurar o controle da circulação dos documentos.

Apesar dessa concessão, o Canadá insistiu em que constasse dentre as obrigações a de não-reprodução por cópia dos documentos entregues, estivessem estes na sede da OMC ou em posse pela contraparte. Nesses casos, ainda, o número de cópias dos documentos entregues estava *a priori* limitado a duas. Os direitos das terceiras partes nesse sentido também foram resguardados, tal como sustentado pelo Brasil. Nesse caso, o acesso às informações confidenciais seria apenas na sede da OMC ou se uma das partes as disponibilizasse em seus escritórios.

Outro ponto proposto pelo Brasil e acatado no procedimento foi o reconhecimento de consultores privados como representantes das partes, desde que fossem previamente notificados ao presidente do painel. Nesses casos, por exemplo, estariam autorizados a participar das audiências do painel que tratassem de informações confidenciais apenas os representantes das partes e das terceiras partes vinculados ao compromisso de não-divulgação e previamente identificados como representantes.

Mantiveram-se na redação final dos procedimentos as disposições sobre gravação e degravação propostas pelo Canadá, mas aquelas relativas à devolução e à eliminação dos documentos confidenciais foram alteradas conforme sugestões do Brasil, para preservar as informações confidenciais em caso de recurso ao OA.

Destaca-se que, com exceção da aplicação dos princípios gerais pelo Canadá, não foi registrada nos relatórios dos painéis nem do OA nenhuma outra denúncia de não supervisão dos compromissos dos procedimentos especiais nessas instâncias³⁰. Os demais procedimentos do sistema de solução de controvérsias, especificamente para a implementação dos relatórios aprovados para os casos WT/DS46 e WT/DS70 não invocaram a aplicação de princípios sobre informações confidenciais do setor privado.

Esse debate foi retomado apenas nos procedimentos do segundo caso Bombardier (WT/DS222). Quando por uma comunicação *ex parte* do Canadá ao painel, esse subentendeu que haveria uma demanda por proteção de informações confidenciais do setor privado pelo Canadá. Esse – novamente demandado pelo Brasil – esclareceu que não haveria tal demanda por procedimentos especiais e nem mesmo a intenção de comunicação *ex parte*³¹. Apesar disso, o painel aplicou as disposições gerais do ESC sobre confidencialidade e elaborou duas versões do seu relatório: uma para as partes e outra disponível para acesso público (sem informações confidenciais).

Dessa forma, a experiência dos contenciosos “Embraer-Bombardier” deixou rastros para futuras demandas por proteção de informações confidenciais do setor privado perante o OSC e, ainda, propostas para a adoção de procedimentos padrões dentre as propostas de reforma do ESC, como será indicado a seguir.

4.3 A repercussão dos procedimentos adotados nos casos Embraer e Bombardier: controvérsias posteriores

Como antecipado na introdução, os casos “Embraer-Bombardier” influenciaram as interpretações em controvérsias posteriores que suscitaram a necessidade de procedimentos adicionais para a proteção das informações confidenciais do setor privado. Há um rol de casos na OMC que fazem referência a tal tipo de informações confidenciais.

É possível classificar esses casos em quatro categorias genéricas: (i) casos em que o tema é abordado, mas nenhum procedimento é reconhecido ou adotado, simplesmente pelo fato de não ter havido uma posição proativa nem das partes nem do painel para a determinação de procedimentos específicos³²; (ii) casos em que o tema é abordado e há demanda de uma ou ambas as partes, mas o painel recusa a adoção de procedimentos específicos, com a indicação da proteção com base no artigo 18.2 do ESC³³; (iii) casos em que o tema é

abordado, há demanda das partes e reconhecimento da necessidade de procedimentos específicos pelo painel, mas, no relatório disponibilizado ao público, não é possível identificar quais foram os procedimentos adotados³⁴; e (iv) casos em que o tema é abordado, há demanda das partes, reconhecimento da necessidade de procedimentos específicos pelo painel e identificação dos procedimentos adotados. As análises deste item recaem apenas sobre este último grupo de casos, cujos procedimentos estão sistematizados no Apêndice II – Estrutura básica de procedimentos especiais para informações confidenciais do setor privado e da proposta de reforma do ESC.

No quarto grupo identificado, encontram-se, além dos casos “Embraer-Bombardiers”, outras cinco situações – correspondentes a quatro casos. Em dois desses casos, os procedimentos especiais não foram muito detalhados: WT/DS122/R e WT/D211/R. Ambos são casos sobre medidas antidumping e as informações confidenciais do setor privado seriam aquelas fornecidas à autoridade nacional durante o processo de investigação, as quais estão protegidas por dispositivos específicos no Acordo Antidumping (ADA)³⁵. Essas informações, conforme previsto no ADA, só podem ser disponibilizadas quando houver aprovação prévia da parte envolvida.

Dentre as particularidades desses procedimentos, destacam-se, no caso entre Polônia e Tailândia (WT/DS122): a indicação exaustiva dos documentos sujeitos a proteção especial e o caráter não muito detalhado e preciso da sua redação³⁶. O procedimento faz referência expressa ao art. 18.2 do ESC e, nesse sentido, pode ser comparado às decisões do OA para os casos “Embraer-Bombardier” que entendem que as previsões deste artigo asseguram a confidencialidade inclusive das informações do setor privado – ou seja, nem mesmo haveria necessidade de uma regulamentação específica. Vale destacar que, na instância do OA, a Tailândia apontou que certos documentos entregues como confidenciais tinham sido abertos ao público³⁷. Isso poderia sugerir alguma deficiência desse procedimento tal como redigido.

O procedimento especial para o caso entre Egito e Turquia (WT/DS211) foi um pouco mais detalhado. Com alguns detalhes diferenciados, assim como os procedimentos previstos nos casos “Embraer-Bombardier”, neste caso também regulamentou-se: (i) o número de cópias entregues, (ii) como são classificadas as informações como confidenciais, (iii) como podem ser usadas as informações pelas partes e pelo painel no seu relatório final, e (iv) a preservação das informações em caso de recurso ao OA. Interessante notar que, como se trata de um caso de medidas antidumping, regulamentou-se ainda o impedimento total no acesso aos documentos por quaisquer especialistas do setor privado ou consultores que tivessem trabalhado na investigação em âmbito doméstico³⁸.

Os demais casos, curiosamente, são contenciosos que tratam de questões sobre subsídios e a aplicação do ASMC: WT/DS126 e WT/DS273. Em ambos os casos as previsões são quase idênticas àquelas dos contenciosos “Embraer-Bombardier”. Destaca-se apenas o maior grau de flexibilidade dos procedimentos do WT/D273, como detalhado abaixo.

No caso WT/DS126, procedimentos especiais foram adotados tanto na instância do painel quanto do painel de implementação. No relatório do painel – WT/DS126/R, esse indica alguns pontos que constariam dos procedimentos especiais no corpo do relatório³⁹. Suspeita-se que tenham sido adotados os mesmos procedimentos dos casos Embraer-Bombardier, por duas razões principais: pela nomenclatura utilizada pelo painel ao indicar a adoção de procedimentos específicos – *Procedures governing business confidential information* (par. 4.1) – e pelo fato de o painel de implementação – que conta com os mesmos membros do painel original – ter adotado aquele procedimento. O painel de implementação do WT/DS126 (WT/DS126/RW), por sua vez, reproduziu o contraditório entre as partes no seu relatório e anexou o conteúdo dos procedimentos, que praticamente reproduzem aqueles dos contenciosos WT/DS46 e WT/DS70.

No caso WT/DS273, observa-se que os procedimentos adotados pelo painel partem daqueles previstos nos contenciosos “Embraer-Bombardier”. Genericamente, contudo, esses procedimentos garantem maior protagonismo e flexibilidade ao painel e fundam-se mais na boa-fé entre as partes (por exemplo, não há restrições tão severas quanto às cópias, ao local do armazenamento e à destruição ou retorno dos documentos).

A partir do descrito acima, pode-se inferir o seguinte sobre as contribuições dos contenciosos “Embraer-Bombardier” para definição de procedimentos especiais para proteção de informações confidenciais do setor privado:

- **Introduziu a temática no sistema de solução de controvérsias da OMC**, i.e., identificou-se de forma mais precisa que algumas informações apresentadas pelos membros junto ao OSC estão diretamente relacionadas a transações específicas do setor privado e que apresentá-las poderia aumentar o risco de essas informações se tornarem acessíveis aos seus concorrentes diretos.

- **Permitiu o reconhecimento de que procedimentos adicionais podem ser adotados para proteger tais informações**, desde que seja uma demanda das partes e que seja entendido como necessária pelo painel ou pelo OA.

- **Introduziu procedimentos que foram reconhecidos e adotados em contenciosos posteriores**, em menor grau nos casos que a temática não coincide, mas com influência quase que absoluta nos casos que invocam questões de subsídios (ASMC).

Além da influência nos contenciosos levados ao OSC, pode-se observar que a experiência “Embraer-Bombardier” também influenciou as negociações, como no caso daquelas para a reforma do ESC, apontadas a seguir.

4.4 Propostas para reforma do ESC

Há um conjunto de propostas para reforma do ESC que tratam especificamente de questões de transparência no sistema de solução de controvérsias da OMC⁴⁰. Dentre essas, incluem-se aquelas que tratam da proteção de informações confidenciais do setor privado. Em geral, as propostas por maior transparência interna e externa, ou seja, aos membros ou ao público em geral, procuram propor regras específicas para um tratamento diferenciado às informações identificadas como confidenciais – inclusive aquelas de interesse do setor privado.

A única proposta que trata especificamente de procedimentos especiais para o tratamento de informações confidenciais, contudo, é a proposta do Canadá⁴¹. O principal objetivo dessa proposta é definir um procedimento padrão mínimo para ser adotado no sistema de solução de controvérsias da OMC. Nesta proposta, o Canadá retoma as suas sugestões de procedimentos especiais, apresentadas nas controvérsias de que participou e que tocaram na temática, e incorpora algumas outras desenvolvidas ao longo das práticas do sistema quanto à temática (v. detalhes no Apêndice II).

A proposta retoma os princípios gerais sobre o caráter restritivo dos procedimentos e sua aplicação com boa-fé, como parte essencial de um procedimento adicional. Retoma, dentre outros, a forma de indicação das informações como confidenciais, a sua forma de circulação entre as partes, os procedimentos para audiências e o retorno e destruição dos registros, depois de encerrado o processo. Incorpora, ainda, a possibilidade de serem reconhecidos como representantes os conselheiros de escritórios privados e de definição de procedimentos alternativos pelo painel, quando esse entenda necessário.

Outros temas que foram complementados na aplicação desses procedimentos de forma *ad hoc* nesses últimos dez anos, tais como aqueles do caso Embraer-Bombardier para terceiras partes e de manutenção e encaminhamento dos arquivos ao OA, em caso de apelação, não são, no entanto, mencionados na proposta.

A proposta do Canadá não é uma proposta consensual entre os membros nem mesmo identificada como prioritária nas negociações para a reforma do ESC, essa é sempre uma proposta indicada como necessária para mais detalhamento e discussão entre as partes⁴².

4.5 Considerações finais

A partir do exposto acima, pode-se observar que o caso “Embraer-Bombardier” é um caso-chave na questão dos procedimentos especiais para proteção de informações confidenciais do setor privado. Algumas características específicas deste caso – tratar do tema de subsídios, envolver empresas de um setor de comércio internacional oligopolizado, contar com uma parceria público-privada na defesa junto à OMC – atentam para algumas pesquisas adicionais que podem ser desenvolvidas a partir deste caso.

Uma primeira pauta pode ser identificada justamente na relação do tema de informações confidenciais do setor privado com as propostas para revisão do conceito de subsídios proibidos e os tipos de programas que

envolvem. O que isso pode gerar nas discussões desses programas no OSC? Será possível obter as informações do setor privado protegidas por sigilo no âmbito nacional? Quais seriam os procedimentos adequados? Será necessário definir procedimentos adicionais padrões para proteção de informações confidenciais do setor privado? Em caso positivo, será que os procedimentos adotados até o momento podem ser um modelo?

Essas questões já nos encaminham para a questão da parceria público-privada desenvolvida entre os governos e o setor privado para defesa dos casos junto ao OSC, sobretudo quando se trata de setores oligopolizados que acabam por trazer uma importância econômica maior para os países envolvidos – em relação às suas estratégias de desenvolvimento quanto a investimento e comércio. Como será possível preservar a relação diplomática e ao mesmo tempo garantir a segurança comercial?

Nesses casos especificamente, atenta-se também para a relação com os escritórios privados contratados que mantêm uma relação tanto com o governo como com o setor privado. Como garantir o comprometimento deste último com a confidencialidade? A contratação desses consultores ocorre, em geral, em países em desenvolvimento que não detêm capacitação técnica ou recursos humanos e financeiros na sua estrutura diplomática para apresentar os interesses e a defesa dos países envolvidos. Seria interessante que se desenvolvessem pesquisas empíricas com entrevistas às delegações desses países, para identificar a relevância e a garantia trazida pelos procedimentos atuais para esse tipo de parceria, também para identificar como isso influencia na dinâmica do contraditório no sistema de solução de controvérsias da OMC.

Por fim, vale apenas deixar a nota final de que uma outra pauta sugerida pelo exemplo analisado neste artigo é que mesmo num tema em que não haveria um interesse direto do Brasil – como demandante pela proteção das informações confidenciais do setor privado – os argumentos e propostas apresentados pelo Brasil em relação à proposta inicial do Canadá nos contenciosos “Embraer-Bombardier” influenciaram significativamente a redação dos dispositivos finais dos procedimentos especiais. Isso evidencia que as contribuições apresentadas foram importantes não apenas para a dinâmica estabelecida no caso, mas também para um dimensionamento mais amplo do tema e sua influência no sistema – tal como refletido na influência em outras interpretações desenvolvidas no âmbito do OSC e nas propostas para reforma do ESC. Outros exemplos deste tipo de contribuição do Brasil como membro ativo na OMC poderão ser encontrados em outros artigos deste livro e, muitos outros, ainda carecem de pesquisas.

Anexo I

EXTRATOS DOS ARTIGOS QUE DISPÕEM SOBRECONFIDENCIALIDADE E POSSIBILIDADES DE SUAREGULAMENTAÇÃO

1) Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994 (e Anexo). *Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada do Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.*

Anexo 2 ao Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio, Entendimento Relativo a Normas e Procedimentos para Solução de Controvérsias (ESC):

a) Artigo 4 – Consultas: “6. As consultas deverão ser confidenciais e sem prejuízo dos direitos de qualquer Membro em quaisquer procedimento posteriores”.

b) Artigo 14 – Confidencialidade:

“1. As deliberações do grupo especial [painel] serão confidenciais.

2. Os relatórios dos grupos especiais [painéis] serão redigidos sem a presença das partes em controvérsia, à luz das informações fornecidas e das argumentações apresentadas.

3. As opiniões individuais dos integrantes do grupo especial [painel] consignadas em seu relatório serão anônimas”.

c) Artigo 17 – Procedimentos do Órgão de Apelação: “10. Os trabalhos do Órgão de Apelação serão confidenciais. Os relatórios do Órgão de Apelação serão redigidos sem a presença das partes em controvérsia e à luz das informações recebidas e das declarações apresentadas”.

d) Artigo 18 – Comunicações com o painel ou o Órgão de Apelação: “2. As comunicações escritas com o grupo especial [painel] ou com o Órgão de Apelação deverão ser tratadas com confidencialidade, mas deverão estar à disposição das partes em controvérsia. Nenhuma das disposições do presente Entendimento deverá impedir uma das partes em controvérsia de publicar suas próprias posições. Os Membros deverão considerar confidenciais as informações fornecidas por outro Membro ao grupo especial [painel] ou ao Órgão de Apelação para as quais o referido Membro tenha dado a classificação de confidencial. Uma parte em

controvérsia deverá, a pedido de um Membro, fornecer um resumo não-confidencial das informações contidas em sua comunicação escrita que possa ser tornado público”.

2) Working Procedures for Appellate Review (WT/AB/WP/5, 4 de janeiro de 2005).

a) Parágrafo 16(1): “In the interests 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 purposes of that appeal only, provided that it is not inconsistent with the DSU, the other covered agreements and these Rules. Where such a procedure is adopted, the division shall immediately notify the parties to the dispute, participants, third parties and third participants as well as the other Members of the Appellate Body”.

3) Rules of Conduct for the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (WT/DSB/RC/1, 11 de dezembro de 1996).

a) Regra VII.1: “Each covered person shall at all times maintain the confidentiality of dispute settlement deliberations and proceedings together with any information identified by a party as confidential. No covered person shall at any time use such information acquired during such deliberations and proceedings to gain personal advantage or advantage for others”.

Apêndice I

LINHA DO TEMPO DOS CASOS “EMBRAER-BOMBARDIER”

“Embraer” - WT/DS46 - Brazil - Export Financing Programme for Aircraft(Demandante: Canadá)/ “Bombardier” - WT/DS70 - Canada - Measures Affectingthe Export of Civilian Aircraft e WT/DS222 - Canada - ExportCredits and Loan Guarantees for Regional Airca

Caso “Embraer” - WT/DS46			Caso “Bombardier” - WT/DS70	
18.06.1996	Solicitação de consultas pelo Canadá	
22-25.07.1996	Consultas Brasil-Canadá	
16.09.1996	1a. Solicitação de estabelecimento de Painel (Canadá)	
23.09.1996	Reunião OSC- Brasil invoca art. 27 ESC: não estabelecimento do Painel	
03.10.1996	2a. Solicitação de estabelecimento de Painel (Canadá)			
...
?	Retirada do pedido, por comum acordo entre as partes - retomada das negociações bilaterais		10.03.1997	Solicitação de consultas pelo Brasil
10.07.1998	3a. Solicitação de estabelecimento de Painel (Canadá)		30.04.1997	Consultas Brasil-Canadá
23.07.1998	Estabelecimento do Painel		23.07.1998	Estabelecimento do Painel
? .1998	Procedimentos especiais BCI	BCI BCI	04.08.1998	Painel apresenta 1a. Versão de procedimentos especiais para BCI

23- 24.11.1998	Audiência do Painel com as Partes		26-27.11.1998	Audiência do Painel com as Partes
24.11.1998	Audiência do Painel com Terceiras Partes		12-13.12.1998	Audiência do Painel com Terceiras Partes
17.02.1999	Relatório interino do Painel		17.02.1999	Relatório interino do Painel
12.03.1999	Relatório final do Painel às partes		12.03.1999	Relatório final do Painel às partes
12.04.1999	Publicado o relatório final do Painel - WT/DS46/R		14.04.1999	Publicado o relatório final do Painel - WT/DS70/R
03.05.1999	Brasil notifica interesse em apelar		03.05.1999	Canadá notifica interesse em apelar
13.05.1999	Brasil apresenta recurso		13.05.1999	Canadá apresenta recurso
18.05.1999	Canadá apresenta recurso		18.05.1999	Brasil apresenta recurso
28.05.1999	Brasil e Canadá apresentam respostas aos recursos/ EUA e CE apresentam documentos como Terceiras Partes		28.05.1999	Brasil e Canadá apresentam respostas aos recursos/ EUA e CE apresentam documentos como Terceiras Partes
27.05.1999	Brasil e Canadá apresentam demanda conjunta para aplicação dos Procedures Governing Business Confidential Information adotados pelo Painel mutatis mutandis	BCI BCI	27.05.1999	Brasil e Canadá apresentam demanda conjunta para aplicação dos Procedures Governing Business Confidential Information adotados pelo Painel mutatis mutandis
31.05.1999- 04.06.1999	Contraditório sobre BCI		31.05.1999- 04.06.1999	Contraditório sobre BCI
10.06.1999	Audiência conjunta WT/DS46 e WT/DS70		10.06.1999	Audiência conjunta WT/DS46 e WT/DS70 sobre BCI
11.06.1999	Decisão do OA sobre BCI		11.06.1999	Decisão do OA sobre BCI
17.06.1999	Audiência do OA com Partes e Terceiras Partes	
02.08.1999	Relatório do OA - WT/DS46/AB/R		02.08.1999	Relatório do AO - WT/DS70/AB/R
20.08.1999	Adotados os relatórios pelo OSC		20.08.1999	Adotados os relatórios pelo OSC
19.11.1999	Comunicação do Brasil ao OSC, status report implementação (art. 21.6 ESC)		18.11.1999	Comunicação do Canadá ao OSC, status report implementação (art. 21.6 ESC)
23.11.1999	Solicitação de estabelecimento de painel de implementação pelo		23.11.1999	Solicitação de estabelecimento de painel de implementação pelo Brasil

	Canadá (art. 21.5 ESC)		(art. 21.5 ESC)
09.12.1999	Estabelecido o Painel de implementação	09.12.1999	Estabelecido o Painel de implementação
09.05.2000	Circulação do relatório do Painel de implementação - WT/DS46/RW	09.05.2000	Circulação do relatório do Painel de implementação - WT/DS70/RW
10.05.2000	Canadá solicita autorização OSC para contramedidas (retaliação)
22.05.2000	Brasil solicita arbitragem com base no art. 22.6 do ESC	22.05.2000	Brasil notifica intenção de recorrer do relatório de implementação do painel
21.07.2000	Circulação do relatório do OA de implementação - WT/DS46/AB/RW	21.07.2000	Circulação do relatório do OA de implementação - WT/DS70/AB/RW
04.08.2000	Adotados os relatórios de implementação pelo OSC	04.08.2000	Adotados os relatórios de implementação pelo OSC
28.08.2000	Publicada a decisão do árbitro do recurso ao art. 22.6 do ESC final - WT/DS46/ARB		
12.12.2000	OSC autoriza retaliação		
12.12.2000	Brasil comunica novas medidas para implementação		
22.01.2001	Novo recurso do Canadá ao art. 21.5 do ESC		
16.02.2001	Estabelecido o 2.º Painel de implementação		
...	...		
...	...		
4-5.04.2001	Audiência do Painel com as Partes		
05.04.2001	Audiência do Painel com as Terceiras Partes		
20.06.2001	Relatório interino do 2.º Painel de implementação		
10.07.2001	Relatório final do 2.º Painel de implementação aos membros - WT/DS46/RW2		

Princípios gerais	Advertência sobre o ônus das informações confidenciais e de seu potencial impacto no contraditório e nos trabalhos interpretativos do Painel	X	X			
	Reconhecimento da legitimidade e confiança de que as partes recorrerão a esse mecanismo de forma restrita e necessária	X	X			X

Definições	Pessoas autorizadas (membros do Painel; representantes oficiais; funcionários do Secretariado da OMC; especialistas contratados pelo Painel) e suas definições (sendo que conceito de representante oficial inclui funcionários de governo; agentes do Estado)	X		X	X		X*	X
-------------------	--	---	--	---	---	--	----	---

	Conceito de informações comerciais confidenciais, exemplos de formatos e tipos de informações, forma para sua indicação como confidencial e de sua apresentação no sistema de solução de controvérsias	X			X		X*	X
	ESC, Painel e seus procedimentos	X			X		X*	
	Definição de partes e terceiras partes	X			X		X*	
	Endereços e locais em que as informações confidenciais podem circular	X			X		X*	
	Declaração de não-divulgação	X			X			
Objetivos	Indicação objetiva dos procedimentos especiais: aplicável às informações confidenciais comerciais apresentadas pelas Partes no	X			X	X		X

	procedimento que é adotado							
Obrigações das partes	Assegurar que seus representantes cumprirão o previsto no procedimento	X		X	X	X*	X	
Documentos apresentados pelas partes	Forma para indicar o que deve ser tratado como BCI	X	X*		X	X	X*	X
	Número limitado de cópias e indicação de onde ficarão (Secretariado e cópia das partes)	X			X*	X	X*	X
	BCI de uma parte incorporada em documentos apresentados por outra parte devem ser discriminadas	X	X		X	X		

Guarda dos documentos	Controle do local	X			X		X*	X
	Controle das pessoas que podem ter acesso	X		X	X		X*	X
	Controle da forma como é guardada a informação (a chaves)	X						X
	Poder de fiscalização das condições de armazenamento pela contraparte	X						
Obrigações de não-divulgação	Obrigações dos representantes das partes e do Painel de não comentar e não divulgar	X		X	X	X	X	X
Formas de divulgação	Divulgação restrita aos membros aprovados; procedimentos de acesso junto ao Secretariado, dever de não copiar nem circular	X			X	X*		X
Divulgação em audiência do Painel	Parte que divulgará BCI em audiência deve informar previamente o	X			X		X	X

	Painel, pessoas não-autorizadas devem se retirar da sala de audiência							
Divulgação a 3as partes	Terceiras partes podem ter acesso às BCI	X	X		X		X*	
Procedimentos alternativos ou complementares	A pedido das partes, o Painel pode alterar o conteúdo do procedimento. O Painel também pode dispensar as previsões do procedimento quando entender necessário						X	X
Gravações e transcrições	Registros das audiências em que forem mencionadas BCI devem estar sujeitos às mesmas proteções	X			X			X
Devolução e eliminação dos documentos	As cópias das BCI devem retornar à parte que as entregou, as gravações devem ser destruídas (exceto se as partes decidirem de outra forma). Se houver	X			X*	X	X*	X

	recurso, as informações devem seguir para o OA						
Declaração de não-divulgação	Reconhecimento dos procedimentos e assinatura do representante da parte	X		X	X		

Legenda:

?	Não foi possível identificar o procedimento com base no relatório
X	Procedimento adotado
BCI	Business confidential information/ Informações confidenciais do setor privado
O.A.	Órgão de Apelação
X	Procedimento adotado
X*	Procedimento adotado, com alterações

REFERÊNCIAS

- AMARAL JUNIOR, A. *et al.* **A reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC e os países em desenvolvimento.** São Paulo: IDCID/Ford Foundation, cap. IV, 2006.
- BRASIL. Decreto n. 1.488, de 11 de maio de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/1995/D1488.htm>>. Acesso em: 31 out. 2007.
- _____. Decreto n. 1.602, de 23 de agosto de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/decreto/1995/D1602.htm>>. Acesso em: 31 out. 2007.
- _____. Decreto n. 1.751, de 19 de dezembro de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/1995/D1751.htm>>. Acesso em: 31 out. 2007.
- _____. Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/Antigos/D1355.htm>>. Acesso em: 31 out. 2007.
- LEÃO, V. C. O contencioso comercial Brasil-Canadá – impasses e trajetória diplomática. In: AMARAL JUNIOR, A. **OMC e o comércio internacional.** São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 275-299.
- OMC. Dispute Settlement, comentários e *link* para relatórios dos casos. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm>. Acesso em: 31 out. 2007.
- _____. Textos legais e entendimentos. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm>. Acesso em: 31 out. 2007.
- SHAFFER, G. **Defending interests: public-private partnership in WTO litigation.** Washington: Brookings Institution, 2003.

SHAFFER, G.; SANCHEZ, M. R.; ROSENBERG, B. **Brazil's Response to the Judicialised WTO Regime: Strengthening the State through Diffusing Expertise** Disponível em: <<http://www.ictsd.org>>. Acesso em: maio 2007.

1 As referências aos casos “Embraer-Bombardier” compreendem as seguintes controvérsias: WT/DS46 – *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft* (Demandante: Canadá); WT/DS70 – *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft* (Demandante: Brasil); e WT/DS222 – *Canada – Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft* (Demandante: Brasil). Para detalhes sobre os procedimentos de cada uma dessas controvérsias, v. Apêndice I.

2 No jargão da Organização Mundial do Comércio (OMC), essas informações são conhecidas por *business confidential information* (BCI) ou *business proprietary information*. Outra tradução possível para o português seria informações confidenciais comerciais. A opção neste texto pela expressão “setor privado” tem duas razões: (i) enfatiza o elemento de tensão dos contenciosos Embraer-Bombardier – empresas privadas que concorrem pelo mesmo mercado, e (ii) também é aplicado na OMC, ainda que com menor frequência, a expressão *private confidential information* (por exemplo, no caso do relatório do painel WT/DS166/R – *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the European Communities*, Demandante: Comunidades Europeias, 31-7- 2000).

3 Anexo 2 ao Acordo Constitutivo da OMC, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994 (e Anexo), *Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada do Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT*.

4 Verifica-se esse compromisso dos membros a partir das disposições do ESC, por exemplo: art. 4.6, para consultas; art. 14, para procedimentos do painel; art. 17.10, para procedimentos do Órgão de Apelação; e art. 18.2, sobre os documentos apresentados pelas partes de uma controvérsia ao painel e ao Órgão de Apelação. A íntegra desses artigos está reproduzida no Anexo I a este capítulo.

5 A respeito, por exemplo, da garantia de proteção dos dados fornecidos em procedimentos administrativos domésticos como informação confidencial comercialmente relevante, cf. art. 2.9 do Acordo de Inspeção Pré-Embarque, art. 3.2 do Acordo sobre Salvaguardas, art. 6.5 do Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do GATT-1994 (Acordo Antidumping – ADA) e art. 12 do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias – ASCM. Há, ainda, o exemplo do art. 63.4 do Acordo sobre Assuntos Relacionados aos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS), que garante a proteção das informações no próprio sistema de solução de controvérsias da OMC.

6 Sobre as regras de procedimento para o painel e o Órgão de Apelação, v. *Rules of Conduct for the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* – WT/DSB/RC/1, 11 de dezembro de 1996: Preâmbulo e Regras II.1, III.2, VI.6, VII.1 e VIII.1. A íntegra da Regra VII.1 está reproduzida no Anexo I a este capítulo.

7 V., por exemplo, os relatórios dos painéis dos casos WT/DS265-WT/DS266-WT/DS283 – *European Communities – Export Subsidies on Sugar*, datados de 15 de outubro de 2004.

8 V., por exemplo, a circulação dos relatórios interinos dos casos WT/DS291-WT/DS292 – WT/DS293 – *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products* e do caso WT/DS285 – *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*.

9 Informações essas denominadas *Government Confidential Information*. Nesse sentido, v. procedimentos especiais adotados no WT/DS18/RW – *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon – Recourse to article 21.5 by Canada, Report of the Panel*, 18 de outubro de 2000, par. 7.7, e Annex 2 (Revised Working Procedures), par. 19-20.

10 V., a respeito, o questionamento da representação conjunta de Índia e Paraguai pelo Advisory Centre on WTO Law, WT/DS246/R – *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries – Report of the Panel*, 1º de dezembro de 2003 (par. 4.105-4.108).

11 Sobre a representação por advogados privados contratados pelos membros e seu questionamento no OSC, v. WT/DS27/R – *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Report of the Panel*, 22 de maio de 1997 (par. 7.10-7.12) e WT/DS46/RW2 – *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft, Second Recourse by Canada to Article 21.5 of the DSU, Report of the Panel*, 26 de julho de 2001 (par. 3.1 e s.). E, ainda, sobre a presença de representantes do setor privado na delegação dos membros, durante as audiências do painel, cf. WT/DS312/R – *Korea – Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonésia, Report of the Panel*, 28 de outubro de 2005 (par. 7.10 e s.).

12 WT/DS27/ARB – *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Recourse to Article 22.6, Arbitration Report*, 9 de abril de 1999 (par. 2.1 e s.).

13 A respeito dos contenciosos “Embraer-Bombardier”, sob uma perspectiva diplomática, v. LEÃO, V. C., O contencioso comercial Brasil-Canadá – impasses e trajetória diplomática. In: AMARAL JUNIOR, A. **OMC e o comércio internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 275-299.

14 Para uma análise sobre parcerias público-privadas para atuação no OSC, v. SHAFFER, G. **Defending interests: public-private partnership in WTO litigation**. Washington: Brookings Institution Press, 2003; e, sobre esse tema no caso do Brasil, v. SHAFFER, G.,

SANCHEZ, M. R., ROSENBERG, B. **Brazil's Response to the Judicialised WTO Regime**: Strengthening the State through Diffusing Expertise (disponível em: <<http://www.ictsd.org>>, última consulta em maio de 2007).

15 Nesse sentido, v. afirmação do Canadá, em WT/DS70/R, par. 4.113: “As to the alleged secrecy of EDC and the Canada Account, which Canada states are the principal targets of Brazil’s allegations of secrecy, Canada notes that these are financial institutions, essentially export banks, and questions what bank or financial institution willingly releases legally protected transaction-specific, confidential business information (...)”.

16 Conforme WT/DS46/R – *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft, Report of the Panel*, 14 de abril de 1999, a proposta para procedimentos especiais teria sido conjunta de Brasil e Canadá (par. 1.10). Mas, no WT/DS70/R – *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft, Report of the Panel*, 14 de abril de 1999, é possível constatar que a proposta inicial partiu do Canadá e contou com algumas objeções por parte do Brasil (par. 4.152 e s.).

17 Cf. WT/DS46/R – *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft, Report of the Appellate Body*, 2 de agosto de 1999 (par. 103 e s.) e WT/DS70/R – *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft, Report of the Appellate Body*, 2 de agosto de 1999 (par. 125 e s.). Observa-se que o conteúdo destas partes dos relatórios coincidem, o que evidencia o quanto as deliberações sobre essa temática das informações confidenciais foram adotadas conjuntamente nesses casos.

18 WT/DS70/R, par. 4.160.

19 Cf. art. 4.5 e art. 24 do ASMC.

20 WT/DS70/R, par. 4.161.

21 Neste ponto, o Brasil invoca as obrigações de confidencialidade já previstas pelas partes no art. 18.2 do ESC e o princípio da boa-fé entre as partes, com base na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

22 Cf. art. 10.3 do ESC e par. 27.3 do WT/AB/WP/5 – *Working Procedures for Appellate Review*, 4 de janeiro de 2005.

23 WT/DS70/R, par. 4.162 e s.

24 A não-adoção da proposta integral inicial do Canadá passou a ser justificativa deste membro para não fornecer algumas informações ao painel, v., por exemplo, WT/DS70/R, par. 4.145: “Finally, Canada states that it has been placed in a very difficult position because the Panel’s questions ask Canada to produce business confidential information, recalling its position (see paras. 4.173- 4.183) that the Procedures Governing Business Confidential Information do not provide the requisite level of protection for such information”. Especificamente, o recurso a este fundamento para não fornecer certas informações a respeito de determinados programas de financiamento, v. WT/DS70/R, par. 6.78-6.80 (Programa EDC), 6.259-6.260 (contribuições TPC), 6.280 (venda Havilland), 6.305 (Acordos Canadá-Quebec) e 6.328 (SDT).

25 WT/DS70/R, par. 133-136.

26 Por exemplo, no caso do Brasil, Decreto n. 1.488, de 11 de maio de 1995 (medidas de salvaguarda), Decreto n. 1.602, de 23 de agosto de 1995 (medidas antidumping), Decreto n. 1.751, de 19 de dezembro de 1995 (medidas compensatórias). Interessante notar que boa parte dos casos que tratam da temática sobre “informações confidenciais do setor privado”, ou BCI, trata das informações confidenciais prestadas durante os procedimentos administrativos relativos à aplicação de determinadas medidas de defesa comercial. A título de exemplo, os casos WT/DS122 e WT/DS211, conforme comentários no texto relativo à nota de rodapé 34 *infra*. V. também nota de rodapé 5 *supra*.

27 O OA, em ambos os relatórios, WT/DS46/AB/R e WT/DS70/AB/R, indicou que, apesar de não identificar como necessários os procedimentos adicionais, entende que teria competência para fazê-lo, caso fosse adequado. Seu argumento funda-se nos arts. 17.9 do ESC e na Regra 16(1) do WP. V. a respeito WT/DS46/AB/R (par. 119) e WT/DS70/AB/R (par. 141).

28 WT/DS46/AB/R (par. 131) e WT/DS70/AB/R (par. 109). Sob esse argumento o Brasil justificou a indicação nos documentos apresentados ao OA dessas informações, sem discriminar que seriam informações confidenciais, tal como previsto no procedimento especial.

29 A respeito SHAFFER, G., *op. cit.*; e, sobre o caso do Brasil, SHAFFER, G., SANCHEZ, M. R., ROSENBERG, B., *op. cit.* Tal relação é denominada nesses trabalhos estrutura de “3 pilares” para atuação no sistema de solução de controvérsias da OMC.

30 Ainda que no segundo recurso de implementação do caso Embraer (WT/DS46/RW2) tenha sido abordada uma questão de confidencialidade geral, com base nos dispositivos do ESC, e não em procedimentos específicos para informações confidenciais do setor privado. V. WT/DS46/RW2, par. 3.1 e s.

31 V. WT/DS222/R, par. 7.135.

32 Tal qual no WT/DS222 (nota de rodapé 31 e texto correspondente), nos casos WT/DS54-WT/DS55-WT/DS59-WT/DS64, o painel abriu a possibilidade para que a parte interessada pudesse requerer a definição de procedimentos especiais, mas a parte não o fez. Cf. WT/DS54/R-WT/DS55/R-WT/DS59/R-WT/DS64/R, a Indonésia solicitou algumas informações classificadas como confidenciais do setor privado pelos EUA e que o painel então requisitasse tais informações. Os EUA não solicitaram procedimentos especiais (par. 14.5-14.8).

33 Assim como nos relatórios WT/DS46/AB/R e WT/DS70/AB/R (v. nota de rodapé 27 e texto correspondente), no WT/DS103/R-WT/DS113/R e no WT/DS160/ARB/1, o painel entendeu que não seria necessário regular além do já previsto no ESC (par. 2.1-2.30). No caso WT/DS103/R-WT/DS113, o Canadá solicitou procedimentos especiais, porém não esclarece a razão de sua necessidade; Nova Zelândia e EUA colocam-se contrários à regulamentação. De acordo com o painel, caso o Canadá conseguisse evidenciar a necessidade, reveria sua posição – já que no seu entender teria competência para determinar os procedimentos adicionais, quando necessário (par. 2.21).

34 Cf. WT/DS27/ARB, par. 2.1-2.7, faz referência aos procedimentos adotados no WT/DS70, mas não indica em que termos os adota. No caso WT/DS166/R, o painel chegou a indicar para as partes que seria adequada a adoção de procedimentos adicionais para a

proteção de BCI – os quais foram acatados pelas partes. Assim como em outros casos, novamente neste caso não foram anexados os procedimentos identificados como *Procedures Governing Private Confidential Information* (cf. WT/DS166/R, par. 8.7). Como não há qualquer referência no relatório ao conteúdo desses procedimentos, optou-se por não relacioná-los no Apêndice II. Há ainda casos em que a redação do relatório indica de forma genérica os dispositivos dos procedimentos para informações confidenciais, mas não deixa claro como foram aplicados para o caso (WT/DS126/R, par. 4.1; WT/DS276/R, par. 10).

[35](#) V. notas de rodapé 5 e 26 *supra*.

[36](#) Neste caso, por exemplo, os procedimentos foram emendados para que novos documentos fossem incluídos no rol. V. WT/DS122/R, Annex 5-1 (*Supplemental working procedures of the panel concerning certain confidential information*) e Annex 5-2 (*Supplemental working procedures of the panel concerning certain confidential information – Addendum*).

[37](#) Sugeriu-se que talvez por alguma outra parte, mas as demais partes se defenderam, cf. WT/DS122/AB/R, par. 73.

[38](#) Cf. WT/DS211/R, Annex 13 – *Supplemental working procedures of the panel concerning certain business confidential information*, par. 3.

[39](#) Cf. WT/DS126/RW, par. 3.2 e s. e Annex 4.

[40](#) A respeito, v. TN/DS/W/1; TN/DS/W/5; TN/DS/W/7; TN/DS/W/13; TN/DS/W/41; TN/DS/W/46; TN/DS/W/79; TN/DS/W/86. Para uma análise detalhada das propostas de reforma do ESC relativas a transparência no sistema de solução de controvérsias da OMC, v. AMARAL JUNIOR *et al.* **A reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC e os países em desenvolvimento**. São Paulo: IDCID/Ford Foundation, 2006, Capítulo 4.

[41](#) TN/DS/W/41 – *Contribution of Canada to the improvement of the WTO dispute settlement understanding*, 24 de janeiro de 2003.

[42](#) Por exemplo, TN/DS/M/12 – *Special Session of the Dispute Settlement Body, 20, 21 and 23 May 2003*, de 19 de janeiro de 2004, par. 41: “(...) the Chairman recalled that in the introductory note to the text, he had stated that some of the proposals required further technical work and that it might not be possible to complete this work by the end of May. (...) He said that among the issues which required further clarificatory and technical work were those on business confidential information and litigation costs”.

5 SOLUÇÕES MUTUAMENTE ACORDADAS: IDENTIFICAÇÃO E SELEÇÃO DE CONTROVÉRSIAS PASSÍVEIS DE NEGOCIAÇÃO

Roberto Kanitz

Advogado especialista na área de comércio e negociações internacionais de Felsberg e Associados.

5.1 Introdução

O Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (OSC) comemorou, em 2008, treze anos de existência, consagrando-se como um dos maiores foros de resolução de conflitos internacionais. Durante todo esse tempo, curiosamente, pouco se estudou sobre a sua forma de solução de controvérsias mais apropriada, inteligente e certamente mais efetiva, apesar de ainda subutilizada: a negociação.

A maioria dos casos levados à OMC, mais especificamente 58% deles, não necessitou de uma recomendação do OSC. Até 2007, ocorreram 335 controvérsias, envolvendo 249 temas¹, dos quais apenas 105 (42%) foram resolvidos por decisão de painéis e/ou do Órgão de Apelação, enquanto 144 (58%) solucionados de uma *forma alternativa*², consequência do sucesso de uma negociação ou da simples desistência de prosseguir com a disputa. Além desses casos mencionados, há ainda outros que foram solucionados antes mesmo de serem levados à OMC, fenômeno que impede a sua quantificação, mas não descarta a sua relevância.

Especificamente quanto às *negociações* travadas no âmbito do OSC, Davey (2005), ao fazer uma análise profunda do sistema de solução de disputas³, observou que a negociação representa uma grande parcela dentre as vias alternativas de solução de conflitos comerciais, contribuindo para

solucionar 35% das controvérsias apresentadas ao OSC⁴, das quais 25% foram solucionadas na fase de consultas e 10% apaziguadas logo após a instalação do painel⁵.

Dentre as várias maneiras de solucionar controvérsias, essa seção busca aprofundar o estudo das soluções mutuamente acordadas (*mutually agreed solutions*), com foco na avaliação dos casos brasileiros, de forma a perquirir as causas que impedem uma solução satisfatória mediante negociação e que acabam se transformando em um pedido de abertura de um painel. Ao final, ficará evidente que existem certos tipos de disputas que efetivamente apresentam maior probabilidade de serem solucionadas pela via negocial.

Esta seção, portanto, propõe-se a estabelecer critérios para auxiliar na *seleção das disputas* que poderiam ser levadas a questionamento na OMC, mas que normalmente não são perseguidas ao se inferir que haverá altos custos envolvidos – políticos e/ou financeiros – em um processo diante do OSC. Pretende-se questionar este estigma e evidenciar um caminho eficiente, mas nem sempre perseguido, de solução de controvérsias, demonstrando-se que existem situações que seriam mais eficazmente solucionadas por meio de negociações diretas entre as partes.

Com essa nova abordagem, questões muitas vezes consideradas irrelevantes ou não prioritárias pelo Brasil – pois não se imaginavam facilmente solucionáveis – entram novamente no radar das potenciais controvérsias brasileiras, abrindo possibilidades para outros setores empresariais terem seus conflitos comerciais internacionais solucionados.

5.2 Controvérsias brasileiras e soluções mutuamente acordadas

Para iniciar a discussão sobre as soluções mutuamente acordadas e facilitar a concretização de alguns conceitos, faz-se interessante apresentar um breve resumo dos cinco casos brasileiros que obtiveram esse tipo de resultado, analisando suas semelhanças e seus resultados positivos obtidos mediante a negociação. Construindo essa base fática, abre-se a possibilidade de se identificar um padrão e descobrir outras controvérsias que poderiam vir a obter o mesmo tipo de resultado.

5.2.1 Comunidade Européia – Medidas Relativas ao Tratamento Diferenciado e Favorável do Café Solúvel (DS 154) e Medidas Relativas ao Café Solúvel (DS 209)⁶

Dois pedidos de consultas iniciados pelo Brasil envolveram o café solúvel; o primeiro em 7 de dezembro de 1998 (DS154), e o segundo em 12 de outubro de 2000 (DS209). Ambos os pedidos contestavam o Sistema Geral de Preferências (SGP) da Comunidade Européia (CE), instituído pelos Regulamentos CE n. 1256/96 e o posterior n. 2820/98, os quais, de acordo com o Brasil, eram inconsistentes com a Cláusula de Habilitação (*Enabling Clause*) e com o Princípio da Nação Mais Favorecida (NMF), disposto no Artigo I do GATT.

Contestavam-se as perdas às exportações brasileiras em decorrência do tratamento diferenciado e preferencial concedido aos produtos originários de países andinos e centro-americanos mediante a criação do Regime Drogas e do mecanismo de graduação dos bens. O “regime drogas” estipulava preferências para países específicos que adotavam políticas de combate às drogas, cujos produtos eram beneficiados com isenção de tarifas de importação; já o mecanismo de graduação, ao progressiva e seletivamente reduzir ou eliminar as preferências tarifárias anteriormente concedidas a certos bens e países, prejudicava as exportações de café solúvel, dentre outros produtos.

Nesse cenário de discriminação, o Brasil, país que idealmente deveria ter o direito a receber as mesmas preferências para seu desenvolvimento, questionou a CE com um pedido de consultas, mas não obteve sucesso em sua primeira tentativa de negociação e, na segunda, teve de ameaçar a instalação de um painel para receber uma proposta concreta da CE. Assim, negociações bilaterais foram conduzidas, permitindo a conclusão de uma solução mutuamente satisfatória. O Regulamento CE n. 2165/2001, de 5 de novembro de 2001, foi, então, editado, instituindo um regime de quotas para o café solúvel, sendo que boa parcela destas, 87,4% do volume anual, ficaria designada para as exportações do Brasil, enquanto o restante, 12,6%, seria destinado às importações provenientes dos demais países.

5.2.2 Estados Unidos – Imposto de Equalização do Estado da Flórida sobre o Suco de Laranja (DS250)

Esse caso traz outra tentativa de negociação promovida com sucesso pelo Brasil, desta vez contra os EUA, por discriminarem e concederem tratamento menos favorável ao suco de laranja brasileiro em benefício dos produtos similares nacionais.

A controvérsia gira em torno do tratamento diferenciado concedido às frutas cítricas *in natura* – dos EUA – em detrimento dos produtos processados derivados da laranja e do pomelo – estrangeiros. A *Seção 601.15*⁷ sobretaxa cada caixa de fruta cítrica vendida no Estado da Flórida. Supostamente, com a intenção de contrabalancear e “equalizar” a imposição desse imposto, a *Seção 601.155*⁸ criou o “imposto especial de equiparação” (*Equalizing Excise Tax – EET*), com a intenção de tributar todos os produtos processados à base de frutas cítricas. Em vez de a *Seção 601.155* tratar igualmente todos os produtos processados, exige de taxaço as mercadorias se fabricadas, no todo ou em parte, com frutas norte-americanas. Adicionalmente, designa boa parte da receita arrecadada com o pagamento desse tributo ao *Florida Citrus Advertising Trust Fund* e à promoção publicitária única e exclusiva do suco de laranja da Flórida.

Ao isentar as mercadorias feitas com base em produtos norte-americanos, criou-se uma barreira tarifária a todos os produtos importados, intensificada pela promoção e constante *marketing* dos produtos da Flórida.

Pela clara – ao menos para o Brasil, maior produtor de suco de laranja do mundo – violação ao Princípio do Tratamento Nacional, Artigo III do GATT, o Brasil, em 20 de março de 2002, apresentou um pedido de consultas para discutir o EET criado pelo Estado da Flórida, alegando inconsistência das medidas diante dos Artigos II.2, III.1, III.2 e III.4 do GATT.

Sem sucesso na fase das consultas, o Brasil prosseguiu com o pedido de abertura de painel. Porém, em virtude de dificuldades na escolha dos painelistas, criou-se tempo adicional para as discussões amigáveis.

Concomitantemente ao processo perante o OSC, também se discutia judicialmente nos Estados Unidos a cobrança da EET, questionando-se as mesmas partes (o Estado da Flórida e o *Florida Department of Citrus*). As cortes norte-americanas declararam a cobrança desse tributo inconstitucional, o que acabou por auxiliar o pleito brasileiro em sua disputa internacional.

Finalmente, em maio de 2004, o Poder Legislativo da Flórida alterou a *Seção 601.155*, criando a possibilidade de os contribuintes negarem o pagamento de dois terços do tributo aplicado aos produtos processados, proibindo a alocação das receitas em promoção e *marketing* do suco da Flórida, além de criar um sistema de auditoria interna⁹.

5.2.3 Brasil – Medidas Referentes à Proteção Patentária (DS 199)

Poucos casos são tão interessantes quanto este no que diz respeito à publicidade do processo negocial travado entre os embaixadores de cada país e, por isso, mostra-se interessante apresentar a transcrição de trechos das cartas que solucionaram de forma amigável esse conflito.

O pleito americano baseava-se no receio de que patentes fossem licenciadas compulsoriamente a terceiros, na hipótese de os titulares das patentes não fabricarem o produto no Brasil, mas importar pronto para venda no território nacional.

O art. 68 da Lei n. 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial), entre outros, permite o licenciamento compulsório da patente, o que significa que, obedecidas determinadas condições, a autoridade pública pode permitir que qualquer interessado passe a utilizar o objeto da patente (que perde temporariamente a exclusividade), desde que remunere seu titular por tal utilização. Nos termos do *caput* do art. 68, essa possibilidade é prevista para diversas situações nas quais o titular da patente exerce seus direitos de forma abusiva. Além disso, o § 1º deste mesmo artigo abre a possibilidade de licenciamento compulsório nos casos de ausência de *local work*, ou seja, na inexistência de exploração do objeto da patente *no território brasileiro*, seja por falta de fabricação total ou parcial do produto no território.

A preocupação dos Estados Unidos era de que empresas americanas perdessem a exclusividade de suas patentes na hipótese de os titulares das patentes não iniciarem a fabricação de um produto no Brasil, optando por importá-lo já pronto do exterior. Em outras palavras, ainda que haja certo consenso entre as jurisdições de que a não-utilização de uma patente registrada configuraria um abuso, temiam os EUA que a exigência de *local work* se referisse à obrigação de *fabricar* o produto *no Brasil*, não sendo suficiente a comercialização do produto importado.

Nesse cenário, os EUA requisitaram a abertura de consultas em face do Brasil, as quais foram realizadas ao longo do ano de 2000 e, tendo resultado sem efeito, acarretaram na instalação de um painel no início de 2001. As tratativas para o acordo, finalizado em julho de 2001, sob uma crescente pressão pública, foram delimitadas pela negociação entre os Embaixadores José Alfredo Graça Lima e Peter Allgeier, tendo início com a proposta brasileira:

I refer to the panel initiated by your Government questioning the compatibility of Article 68 of Brazil's Industrial Property Law (Law 9.279/96) with the TRIPS Agreement. In the view of Brazil, as you are aware, Article 68 is fully compatible with the TRIPS Agreement.

Nevertheless, in the spirit of the proposal made by Ambassador Robert Zoellick to Minister Celso Lafer in their recent meeting in Geneva for a common endeavor to find a mutually satisfactory solution (...), I would like to convey to you the following proposal.

Should the U.S. withdraw the WTO panel against Brazil concerning the interpretation of Article 68, the Brazilian Government would agree, in the event it deems necessary to apply Article 68 to grant compulsory license on patents held by the U.S. companies, to hold prior talks on the matter with the U.S. Government. These talks would be held within the scope of the U.S. – Brazil Consultative Mechanism, in a special session scheduled to discuss the subject¹⁰.

A carta brasileira foi precisa em oferecer um mecanismo de consultas prévias para toda a eventualidade de o art. 68 vir a ser aplicado e, portanto, foi ratificada de forma conclusiva pela resposta do embaixador americano ao brasileiro:

Thank you for your letter, which referred to the panel initiated by the United States regarding the consistency of Article 68 of Brazil's Industrial Property Law (Law 9.279/96) with the TRIPS Agreement.

(...) we are interested in finding a mutually satisfactory solution to this dispute (...). I am pleased to report that my government will agree to terminate the WTO panel

proceeding without prejudice concerning the interpretation of Article 68, based on your government's commitment to hold prior talks with the United States with sufficient advance notice to permit constructive discussions in the context of a special session of the US – Brazil Consultative Mechanism, should Brazil deem it necessary to apply Article 68 to grant a compulsory license on patents held by U.S. companies. While we had real concerns regarding the potential use of Article 68 of Brazil's Industrial Property Law, we note that this provision has never been used to grant a compulsory license. In addition, we would expect Brazil not to proceed with further dispute settlement action regarding sections 204 and 209 of the U.S. patent law¹¹.

A disputa – que em verdade discutia um problema meramente potencial – foi solucionada pela criação de um Mecanismo de Consultas Bilaterais Brasil – Estados Unidos sobre Comércio e Investimentos, pelo qual se acordou notificar antecipadamente a intenção de se utilizarem as prerrogativas legais de concessão de uma licença compulsória. Com essa decisão, o Brasil não seria levado a pôr em xeque a legalidade do dispositivo da Lei de Propriedade Industrial e os EUA colocariam fim a uma controvérsia que já vinha lhes rendendo problemas internos, trazendo má repercussão pública dessa disputa, argumentando que assim os EUA estariam impedindo o Brasil de adotar medidas para proteger a saúde pública.

5.2.4 Argentina – Salvaguardas transitórias contra têxteis (DS 190)

Por determinação da “Resolución MEyOSP 861/99”, a Argentina impôs salvaguardas contra as exportações brasileiras de tecidos e mesclas de algodão¹², medida esta considerada totalmente contrária às normativas do Mercosul, da OMC e de seu Acordo Têxtil e de Vestuário (ATV)¹³ e ¹⁴.

As salvaguardas entraram em vigor em julho de 1999 e logo foram questionadas pelo Brasil judicialmente, levando essa matéria para resolução diante do Tribunal Arbitral do Mercosul¹⁵; além disso, o Brasil preventivamente solicitou ao Órgão de Monitoramento de Têxteis (*Textile Monitoring Body* – TMB) da OMC que este por duas vezes se manifestasse acerca da conformidade da medida aplicada com as normas multilaterais do comércio internacional. Em todas as oportunidades, tanto o laudo arbitral como as decisões do TMB demonstraram a necessidade de a Argentina

retirar as medidas aplicadas, o que ela resistia em fazer, continuando a descumprir as recomendações dos órgãos internacionais.

Já cético de qualquer possibilidade de retração do país vizinho, em 11 de fevereiro de 2000, o Brasil pediu a formação de um painel que foi instalado no mês seguinte e, posteriormente, apoiado por UE, Paquistão, Paraguai e EUA como terceiros países.

O tempo de um mês após a instalação do painel foi suficiente para que a Argentina desistisse da imposição de sua medida de defesa comercial¹⁶, obtendo a suspensão do painel por um ano e, finalmente, fazendo com que o Brasil desistisse definitivamente do contencioso.

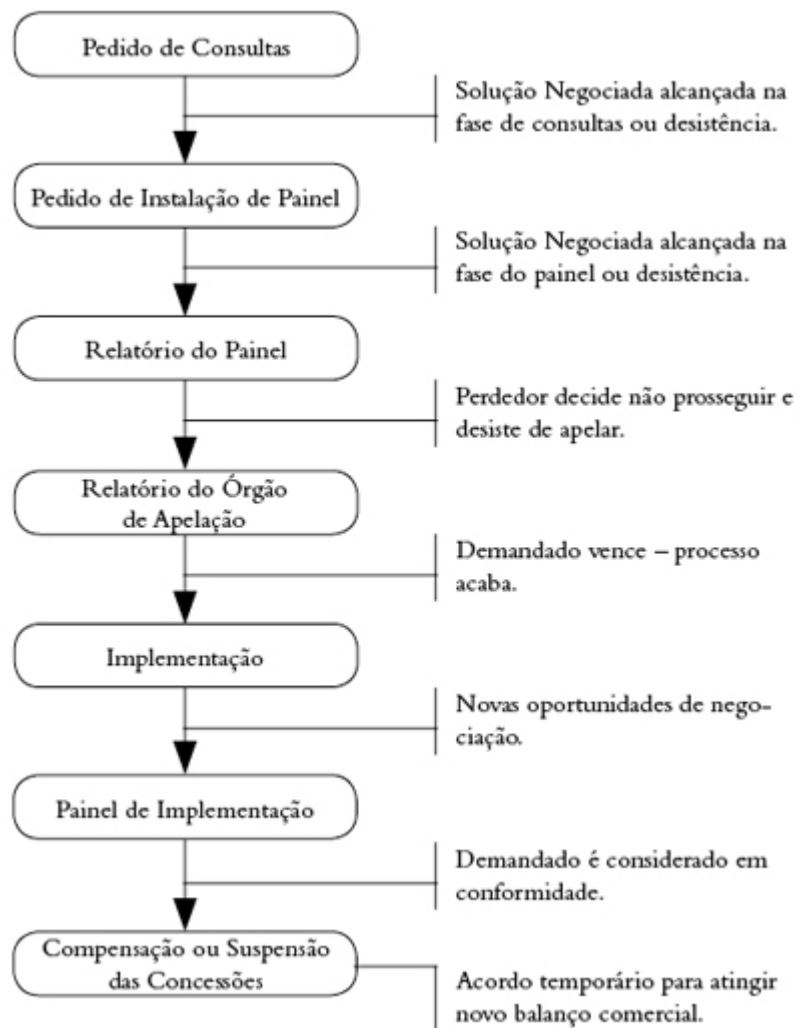
5.3 Soluções mutuamente acordadas: regras e limitações

Acima foram descritos sucintamente os casos nos quais o Brasil, como demandante ou demandado, obteve uma solução satisfatória pela via alternativa da *negociação*, sem a necessidade de percorrer todo o caminho litigioso perante o OSC.

Como uma organização internacional fundada na cooperação pelo fortalecimento do comércio, regras para a solução de controvérsias entre os seus membros foram criadas, de maneira que as vias para a negociação fossem facilitadas e ampliadas e a solução contenciosa deixada, realmente, como *ultima ratio*. Nesse sentido, a OMC solidificou em suas regras, como um dos seus princípios, a preferência da negociação em oposição ao litígio: “A solution mutually acceptable to the parties to a dispute and consistent with the covered agreements is clearly to be preferred”¹⁷.

5.3.1 Processo de consultas obrigatórias

Para de fato priorizar a solução negociada, criou-se a fase compulsória de consultas, que deve ser instaurada previamente a todas as controvérsias iniciadas no âmbito do OSC. Esta fase é preliminar a todo o restante dos procedimentos, e se configura como um dos inúmeros momentos em que se pode negociar com a outra parte, assim como ilustrado abaixo¹⁸:



O artigo XXII do GATT trouxe a obrigatoriedade de as partes-contratantes consultarem-se, de maneira a garantir a oportunidade de solucionar e esclarecer as suas queixas. O Entendimento Sobre Solução de Controvérsias (ESC) veio, então, para confirmar esta preferência do GATT, positivando, em seus Artigos 3º e 4º, a necessidade da fase de consultas¹⁹; concede-se força à negociação na fase preliminar ao caracterizá-la como pré-requisito imprescindível para a continuação da controvérsia e instalação formal de um painel²⁰.

O processo de consultas foi criado e existe justamente para exaltar e assegurar a implementação do objetivo central da OMC: priorizar as

soluções satisfatórias para os membros, alcançadas pelo mútuo entendimento²¹.

Tal é a importância dada à oportunidade de negociação que se fez a fase de consultas imperativa, sendo uma condição incontornável para a instalação de um painel, caracterizada como um direito absoluto e incondicional de todos os membros²²; tal faculdade não pode ser suprimida, exceto quando haja consentimento comprovado de ambas as partes²³.

Members can choose where and when they wish to consult. Davey and Porges set out the typical style of consultations. They note that they normally last no longer than two to three hours. They are usually held in a meeting room at WTO headquarters or at a Geneva mission. They are usually conducted in English with no interpreters. No transcripts or taped records are kept²⁴.

Iniciadas as consultas, as partes são *obrigadas* a negociar e tentar um acordo amigável por no mínimo sessenta dias antes de pedirem a instalação de um painel. Porém, mesmo tendo de esperar por dois meses, as negociações em si, assim como posto por Waincymer (2002), tendem a ter uma duração mais breve²⁵.

Fora do âmbito da OMC, não existe, obviamente, um limite temporal para o término das consultas informais. Porém, uma vez feito o pedido formal de consultas, o OSC, ao ser notificado, deve repassar a comunicação do pedido de consultas à parte demandada e aos outros membros. A parte demandada tem dez dias para atender a este pedido e, outros países, caso tenham interesse na pauta, podem, no mesmo período, reservar seu direito de se tornarem terceiras partes nas consultas. Porém, nem sempre este pedido é aceito pelo demandante, ficando o terceiro país alheio às consultas, apesar da possibilidade de requisitar seu próprio pedido de consultas.

Estabelecido o contato entre as partes, estas têm mais trinta dias para efetivamente iniciar, de boa-fé, a fase de consultas obrigatórias, com o objetivo de atingir uma solução mutuamente satisfatória²⁶.

Apenas na impossibilidade de resposta da demandada no prazo de dez dias, do início das consultas em trinta dias, da conclusão de uma solução

negociada nos sessenta dias decorrentes ou no caso de mútuo consentimento é que podem as partes prosseguir e oferecer diretamente o pedido de instalação de um painel²⁷.

As consultas obrigatórias servem a um duplo objetivo, formal e material. O *formal*, como já observado acima, tem a intenção de oferecer, ainda que não espontaneamente, o tempo, o espaço e a oportunidade às partes de solucionarem amigavelmente seu conflito de interesses. Do outro lado, estas também contêm seu objetivo *material*, possibilitando o conhecimento da reclamação propriamente dita e a identificação dos pontos controversos. Somente com o conhecimento material da controvérsia e de posse das queixas, faz-se possível o estabelecimento dos Termos de Referência (*Terms of Reference*) e, por sua vez, a delimitação de eventual painel.

O pedido de consulta requer certas formalidades²⁸ que devem ser cumpridas antes de a questão ser formalmente submetida ao OSC, e deve ser feito formalmente, mediante um pedido escrito, indicando as bases legais para sua fundamentação e delimitando as medidas que talvez estejam em desconformidade com as regras do comércio internacional. Explica Waincymer (2002):

*It is important that the request should be sufficiently clear to ensure that the consultations are meaningful and the responding party is fully able to prepare for and respond to the request. If the ambit of the request is not sufficiently broad, there may be an argument that a Panel would be limited in its jurisdiction if issues are raised before it that were not subject of the consultation phase*²⁹.

Os elementos “forma” e “conteúdo” do pedido de consultas são essenciais não somente para a aceitação do pedido de consultas, mas para todo o processo contencioso, devendo nele constar as razões, a identificação das medidas que supostamente violam a normativa internacional e a base legal para a controvérsia. Tal documento delimita a posterior instalação de um painel, vincula os Termos de Referência que, por sua vez, circunscrevem a amplitude da decisão final.

Todas as fases estão relacionadas entre si e o planejamento estratégico do pedido de consultas deve ser feito com muita cautela e estratégia. Um painel não estaria habilitado ou autorizado a apreciar uma questão não discutida em fase de consultas; caso contrário, ficaria desprovida de significado a regra referente às consultas obrigatórias como condição³⁰.

Sabendo que o documento que contém o pedido de consultas irá condicionar a instalação de um painel e o possível âmbito de atuação e decisão deste, resta saber quanto de informação deve ser oferecida à outra parte no pedido e ao longo do processo de consultas. Neste sentido, caberia questionar se não seria mais interessante reservar certos fatos e dados para serem apresentados somente durante o contencioso, aumentando o “elemento surpresa” e, assim as chances de ganho da causa. Resta ainda avaliar o grau de privacidade e confidencialidade das informações a serem transmitidas na fase de consultas.

É bastante complicado e sensível definir quais informações podem e devem ser divulgadas, quais as perguntas a serem apresentadas e o respectivo grau de sinceridade das respostas, pois todos estes dados potencialmente serão usados na eventualidade de um painel para a preparação de uma melhor defesa e contestação dos argumentos; as sensibilidades e fragilidades ficariam evidenciadas desde o início.

Por um lado, as negociações deveriam ser conduzidas de boa-fé, de maneira que as partes envidassem os seus melhores esforços para uma solução satisfatória. Por outro, entretanto, abrir informações e dados e oferecer argumentos na fase de consultas pode ser prejudicial, ao possibilitar que a parte contrária prepare de antemão seus contra-argumentos e uma resposta ofensiva em um futuro contencioso, criando assim um dos problemas que fazem com que essa fase muitas vezes seja subaproveitada.

A obrigatoriedade de consultas é certamente um avanço no sentido de priorizar as soluções negociadas, além de criar uma oportunidade para as partes discutirem de forma amigável seus conflitos comerciais.

Esse recurso ainda é claramente mal utilizado e não surte, necessariamente, os efeitos desejados, sendo limitados os benefícios que poderia gerar. Como pôde ser observado nos casos brasileiros, dentre os quais nenhum foi apaziguado nesta fase, o pedido de consultas muitas vezes

se mostra insuficiente para motivar a negociação e o acordo, necessitando a concretização da ameaça e a instauração de um painel para apresentar resultados.

Essa é uma falha que pode, felizmente, ser solucionada nas negociações relativas às regras do ESC. Atualmente, a fase de consultas é baseada inteiramente no posicionamento do demandante, sem haver a necessidade de a outra parte expor seus pontos de vista e interesses. Dessa maneira, não se cria uma zona de possível acordo (ZOPA), que serviria para limitar as pretensões, balizar as concessões, facilitar a negociação e possibilitar a concretização de um acordo. Por isso, seria necessário que a parte demandada fosse obrigada a, pelo menos, rebater o pleito das consultas por escrito.

Adicionalmente, idéias inovadoras são necessárias para se melhor aproveitar a fase de consultas. Nesse sentido, tudo indica que as soluções negociadas teriam ainda maior sucesso se houvesse uma oportunidade para a negociação após a abertura do painel e posterior ao oferecimento dos documentos principais de ambos os países, além do estabelecimento de outras ocasiões, voluntárias ou obrigatórias, para debates amigáveis visando à composição do conflito durante os procedimentos perante o OSC.

5.3.2 Composição de interesses: critérios para a seleção de controvérsias

É importante não confundir as *consultas informais* com a *fase obrigatória de consultas*, que deve preceder a instalação de qualquer painel, nos termos do ESC da OMC. As partes costumam realizar consultas informalmente antes de formalizar o pedido de consultas e é certo que, em grande parte dos casos, continuam a travar conversas bilaterais e informais mesmo depois de iniciada a controvérsia. Assim, o processo de consultas obrigatórias não é – nem deve ser – o único momento para se chegar a uma solução negociada; muito pelo contrário, é somente uma das etapas previstas pela OMC para estimular este tipo de solução.

Mesmo finda a fase de consultas, ainda há incentivo para a ocorrência de negociações durante o painel. O ESC pretende estimular esse tipo de decisão a qualquer momento e deixa a cargo dos painéis, como uma de suas funções principais, a perseguição de soluções negociadas: “(...) Panels

should consult regularly with the parties to the dispute and give them adequate opportunity to develop a mutually satisfactory solution”³¹.

A OMC impulsiona as negociações e, pelo conteúdo de suas regras, é possível observar que prefere patentemente as soluções negociadas ao contencioso.

Além do impulso normativo, as estatísticas também demonstram forte inclinação dos membros para solucionar controvérsias por meio de negociações, chegando a resultados mutuamente acordados. Como se verificou acima, a maioria das controvérsias apresentadas ao OSC para discussão é solucionada por meios outros que não a decisão final dos painelistas ou do Órgão de Apelação.

Dessa forma, conhecendo as características típicas das questões que apresentam maior probabilidade de resultar em soluções mutuamente acordadas, padrões podem ser estabelecidos e perseguidos nas futuras disputas comerciais brasileiras.

Sempre existirá uma oportunidade, obrigatória ou não, para as partes sentarem à mesa e negociarem amigavelmente. Nesse sentido, a fase de negociação deve ser fomentada e extremamente bem aproveitada – e, ao que tudo indica, com grandes possibilidades de êxito ao se ter ciência dos tipos de conflitos que apresentam maior probabilidade de serem solucionados por meio da negociação.

*[I]n the absence of transaction costs and with symmetric information, all cases will settle. This represents a simple application of the Coase theorem – as long as there are gains from settlement, the parties will reach an agreement to maximize their joint gains*³².

Guzman e Simmons (2002), com esta simples equação, pretendem demonstrar sua hipótese e criar uma metodologia que evidenciaria as controvérsias propensas a atingirem um resultado amigável.

Abaixo, portanto, são analisados alguns pontos desta metodologia, enfocando no objeto da controvérsia e nos critérios legais, políticos,

econômicos e culturais que devem ser levados em conta ao montar a estratégia negociadora.

O cenário político internacional nunca foi, nem será, simples de ser examinado, e não se pretende neste estudo uma abordagem simplista e superficial. Por isso, reconhece-se a necessidade de identificar e ponderar os diversos interesses e custos de oportunidade que compõem o universo das variáveis que necessariamente devem ser levadas em conta na hora de verificar a probabilidade de um acordo negociado.

Importante ressaltar que estratégias de negociação requerem em sua elaboração o exame de outros fatores que não serão analisados nessa seção, dentre estes: a quantidade de informação disponível para cada lado, as diferentes percepções do mesmo problema, os riscos e incertezas, os custos políticos internos, a existência de uma possibilidade de barganhar e fazer concessões, os limites legais internos, o tempo disponível para receber uma solução adequada, as relações políticas entre as nações, entre outros.

5.3.2.1 Objeto da controvérsia

As cinco controvérsias descritas acima, sem dúvida, são uma amostra muito pequena para permitir conclusões definitivas sobre o que leva um caso a ser resolvido por mútuo acordo entre as partes, mas já se observam pontos em comum entre elas. As disputas envolvendo o café solúvel referiam-se a uma discriminação tarifária, assim como o caso das laranjas da Flórida, que envolvia também outros fatores similares; já a controvérsia contra a Argentina questionava a perda transitória das preferências alfandegárias por meio das salvaguardas impostas contra o Brasil e, por fim, o último caso tratava da letra inoperante da lei de propriedade intelectual brasileira na questão das licenças compulsórias por falta de fabricação local do produto patenteado.

Percebe-se, assim, que a maioria dos conflitos brasileiros solucionados mediante negociações envolvia essencialmente questionamentos tarifários, sendo certo que somente um referia-se a um artigo de lei que nunca havia sido aplicado.

Semelhante conclusão pode ser observada em pesquisa comandada por Guzman e Simmons (2002) que, investigando com maior profundidade as controvérsias da totalidade dos membros da OMC, puderam perceber certos

tipos de conflitos que apresentam maior tendência a serem solucionados pela via negocial:

*If the subject matter of the dispute features an **easily adjustable policy** (for example, a tariff), and there are no additional transaction costs, the parties will be able to reach a negotiated settlement rather than proceed to a panel. By adjusting the relevant policy appropriately, the parties can construct a transfer payment that makes both parties better off than they would be if they proceeded to a panel. On the other hand, if the subject matter of the dispute features a relatively discontinuous policy (for example, a ban on genetically modified foods), it may be impossible to use that policy to make the necessary transfer. As a result, the theory indicates that disputes over a relatively discontinuous policy are less likely to settle³³. (g.n.)*

As controvérsias foram, portanto, divididas em duas categorias:

- a) políticas governamentais ajustáveis e “contínuas”, que permitem maior grau de flexibilidade, e
- b) normativas “descontínuas”, mais rígidas e complicadas de serem modificadas.

Na primeira categoria, encontram-se as disputas acerca de questões tarifárias, quotas, subsídios acionáveis, direitos antidumping, salvaguardas, entre outros temas. Já no segundo grupo, estão incluídas as controvérsias relativas à legislação interna sobre saúde e biossegurança, restrições baseadas em normas sanitárias e fitossanitárias (e.g., a exclusão de certos alimentos modificados geneticamente) e inexistência de regulação sobre algum tema (e.g., ausência de leis para ampliar o respeito aos princípios estipulados pelo TRIPS)³⁴.

Mediante o estudo do universo de casos dos quais se tomou conhecimento, observou-se a existência de uma maior tendência de questões envolvendo políticas ajustáveis serem solucionadas por meio de negociações bilaterais, restando às demais controvérsias a trajetória “tudo-ou-nada”, isto é, a imposição de uma solução por um painel ou Órgão de Apelação que determina o ganho ou a perda total de uma parte em detrimento da outra.

Este é o ponto central dessa seção. A percepção de que existem disputas mais favoráveis a um desfecho consensual faz possível repensar e romper o estigma do elevado custo econômico e desgaste político das controvérsias perante a OMC, além de encurtar a distância entre o OSC e o cotidiano dos diversos setores empresariais. Ao compreender que certas demandas podem ser solucionadas de formas alternativas, frentes de batalha mais econômicas e viáveis abrem-se como opções para solucionar os conflitos de comércio internacional.

Outro dogma que se coloca em xeque é a necessidade de os membros escolherem criteriosamente os casos a serem levados para a apreciação da OMC, todos sempre com enorme repercussão internacional que, via de regra, combatam os mais interesses centrais do comércio daquele país.

Concretamente, o Brasil, com maestria, perseguiu poucas, mas certas, controvérsias, quase todas questionando os subsídios agrícolas e industriais dos EUA e da Comunidade Européia³⁵. Longe de querer desacreditar essa tática, que vem ajudando a consagrar a reputação e prestígio do Brasil nos foros da OMC como líder dos países em desenvolvimento, a negociação poderia começar a complementar essa prática contenciosa, alargando as possibilidades de atuação efetiva do Brasil e atendendo outros setores produtivos tidos, às vezes, como menos relevantes.

Com a identificação de problemas que possam ser solucionados já na etapa de negociações, vê-se que o Brasil poderia perseguir outras disputas que tratem de temas nos quais o país demandado tenha flexibilidade em sua tomada de decisão, com margem de manobra para propor e aceitar soluções alternativas, e sem incorrer em altos custos financeiros para os países e setores envolvidos.

5.3.2.2 Critério Legal

Este critério, que, em verdade, parece mais uma limitação, estipula as possibilidades de cada negociação. Mesmo que o ESC confira total preferência às soluções negociadas, não significa que estas podem adotar qualquer forma ou que seu conteúdo trate de qualquer concessão comercial.

Agreed solutions must nor nullify or impair benefits accruing to other Members. Such solutions must be notified to the DSB and relevant Councils and must allow for

*other Members to raise points of concern. While that is an express obligation, one problem is that countries do settle but do not notify, believing that they thereby retain the right to trigger a Panel*³⁶. (g.n.)

Este é o entendimento do Artigo 3.5 do ESC, impondo às soluções negociadas a conformidade com as regras da OMC.

A principal restrição que merece atenção dos membros ao firmarem uma solução bilateral é o Princípio da Nação Mais Favorecida. Não se pode favorecer um membro em detrimento dos outros, mesmo que seja para dirimir uma controvérsia. Caso fosse permitido violar o NMF mediante soluções mutuamente acordadas, a OMC tornar-se-ia um foro de negociações bilaterais e de concessões mútuas, retirando a função das rodadas de negociação e erodindo esse princípio basilar da OMC, abrindo espaço para conceitos como o de *least favoured nation*, nos dizeres do Relatório Sutherland³⁷.

Referente a esta restrição legal, há uma discussão que à primeira vista pode parecer contraditória, mas que deve ser levada em consideração no momento de se iniciar uma negociação envolvendo uma disputa comercial. Soluções e acordos amigáveis não negociados nem ratificados pelos governos não precisam necessariamente estar sob a regência do GATT, assim como pode ser extraído analogicamente dos ensinamentos do Professor John Jackson:

*If governments do not participate in an export-restraint arrangement there is very little exposure to a claim of inconsistency with GATT obligations. (...) The GATT does not normally purport to regulate non-government behavior or the behavior of private firms. The general purpose and thrust of the GATT is to retrain government interference in international trade, so as to leave private firms the maximum freedom of choice about business matters, thus conforming to market-oriented principles*³⁸. (g.n.)

Impossível explicar com melhor clareza, mas este é um preceito muitas vezes esquecido: a OMC foi criada pelos Estados e para os Estados. As

ações entre entes privados ainda não estão sob a jurisdição dessa Organização, e estes continuam livres para estipular suas regras comerciais pela via da negociação fora do âmbito governamental.

Para os futuros conflitos de comércio internacional, uma ótima alternativa, portanto, seria iniciar e conduzir consultas bilaterais travadas estritamente entre as partes privadas. Claramente, pode-se fazer o pedido de consulta obrigatória com o suporte do governo brasileiro. Entretanto, caso as negociações sejam mantidas somente entre as associações comerciais e/ou as empresas privadas de ambos os lados, e estas cheguem a um acordo amigável, este acordo, se não ratificado pelos governos, poderia até não respeitar princípios como o NMF e outras regras da OMC, pois estaria fora do alcance das garras do OSC.

5.3.2.3 Critério político

Política é a arte de fazer escolhas, tomar decisões e saber conciliar todos os interesses envolvidos em uma questão. No jogo político internacional, a ponderação política agrava-se proporcionalmente à quantidade de partes envolvidas e à complexidade das negociações.

As negociações bilaterais ocorrem em dois níveis: um *externo*, muitas vezes nos meandros de Genebra, entre os diplomatas dos membros, e outro *interno*, dentro de cada país, entre esses mesmos representantes governamentais e a sociedade civil, devendo-se observar os mais heterogêneos interesses existentes. Entender este processo é crucial para compreender as restrições de cada delegado e a possibilidade de criar propostas passíveis de aceitação pela outra parte.

Neste sentido, as decisões conferidas pelo painel e Órgão de Apelação são muitas vezes preferíveis, pois oferecem aos países uma solução externa que os permite dirimir seus conflitos internos. Nem sempre, ou melhor, quase nunca, as soluções dos conflitos comerciais são tão evidentes e fáceis de serem atingidas. A multiplicidade de interesses envolvidos e grupos de pressão existentes não possibilitam a existência de uma solução direta. Por isso, a modificação de uma política pública, mesmo que em clara violação às regras da OMC, é custosa. Com a existência de muitos interesses e a impossibilidade de coordenar todos os grupos políticos, muitos países realmente precisam de uma solução externa conferida por um terceiro, nesse caso, uma organização internacional com força jurídica impositiva.

Esse aspecto tem maior repercussão em países democráticos do que em países menos democráticos:

The decision to escalate to panels might also be affected by the degree of democracy of the disputants. **First, highly democratic polities potentially involve a high degree of input from interest groups with a stake in the outcome of the dispute.** Much of the literature on the political economy of trade shows that producers are much more likely to be organized to protect their interests than are consumers. Highly democratic societies are likely to be besieged by import-competing producers when they are defendants and exporters when they are claimants, and these demands ratchet up the political costs associated with making concessions in consultations. **For these reasons, one would expect democracies to face larger transaction costs generated by interest group demands. In that case, democracies may be more willing to “delegate up” to a WTO panel to resolve the trade dispute – and disperse the political heat the government would have to endure for making a concession³⁹.** (g.n.)

Permanece a questão de quais seriam os critérios para caracterizar um país como democrático, mas, ainda assim, é intrigante a conclusão trazida acima. A racionalidade por trás desta questão torna-se evidente diante da consideração de que países democráticos, normalmente, são mais pressionados a prestar contas aos diversos grupos de interesses envolvidos nas questões nacionais e a ser mais transparentes, estando obrigados a motivar todas as suas decisões, bem como eventualmente serem responsabilizados por suas ações. Este cenário nem sempre ocorre em regimes menos democráticos, que, com menor influência dos grupos de interesse, têm maiores possibilidades na hora de oferecer e aceitar propostas, e concluir barganhas comerciais.

Juntamente com a forma de governo, o regime político adotado pelo país pode estimular ou refrear soluções amigáveis:

*Two kinds of constraints – the nature of the governmental system and the regime type – may have important implications for the ability to settle in consultations. **Whether a government is parliamentary or presidential can have a significant***

impact on the ability of the negotiator (usually part of the executive branch of government) to offer concessions in a trade dispute. Parliamentary governments do not face the same degree of independent legislative input into trade policy that presidential governments potentially do. In presidential systems, on the other hand, the executive may wish to concede for the sake of settlement but face a far more protectionist domestic legislature that has the ultimate authority to veto such concessions. A binding panel decision is an attractive solution for such governments. (...) Parliamentary systems certainly do not involve the same dynamics of potential legislative obstruction. Concessions should be easier in the absence of such a constraint. Executives under presidential systems, however, may have incentives to delegate up to an authoritative third party for a binding ruling rather than risk making a political concession that the legislature might oppose or obstruct⁴⁰. (g.n.).

O OSC, portanto, desempenha relevante função social ao amenizar os ânimos dos grupos de poder e evitar o desgaste institucional.

Temas tradicionais de comércio internacional, como apoio interno ou acesso ao mercado agrícola, dificilmente serão negociados bilateralmente em um eventual contencioso, mesmo que, por exemplo, muitos grupos internos sejam favoráveis à eliminação dos subsídios à exportação concedidos em favor da indústria açucareira da CE. Neste caso, é mais fácil responsabilizar uma entidade neutra do que enfrentar um conflito interno e, ainda assim, finalizar a disputa com a modificação e implementação de uma nova política pública para a agricultura, bem como negociar, na Rodada Doha, o fim dos subsídios para as exportações agrícolas até 2013.

A possibilidade de delegar a um terceiro a tomada de decisão para uma questão sensível é, enfim, muitas vezes preferível no sentido de evitar conflitos internos. O governo acaba conseguindo o resultado desejado por muitos, e ainda refreia os ânimos dos outros grupos de pressão que desaprovam a alteração da política governamental ao culpar e justificar sua decisão no ente externo.

Aliando o critério político ao discutido acima, conclui-se que, se uma controvérsia tratar de *políticas ajustáveis* e tiver como partes países democráticos ou não-democráticos, são altas as chances de se concluir uma solução amigável. Se o conflito for referente a uma *normativa*

“*descontínua*”, este também pode encontrar uma solução adequada caso a parte demandada não adote o regime democrático.

5.3.2.4 Critério econômico

Além do fator institucional, o comercial pode influir bastante na mesa de negociação. “Where the policies are relatively continuous, the parties are able to negotiate transfers in a fine-tuned way”⁴¹.

Nos preceitos estipulados por Axelrod (2006)⁴², em seu livro sobre a evolução da cooperação, países com relações comerciais repetitivas tendem a preferir preservar o seu comércio no longo prazo a obter um ganho de mercado no curto prazo.

Nessa mesma linha, a cooperação econômica também auxilia as partes a atingirem consenso:

Several of the control variables were statistically significant as well and bear some discussion. There is some evidence to suggest that as the complainant’s exports to the defendant increase, there is a greater tendency to settle in the consultation phase, as we expected⁴³. (g.n.)

Não se pode confundir, porém, o aumento de exportações e fortalecimento do comércio com dependência econômica. Normalmente dependência econômica leva ao contencioso, enquanto o aumento na cooperação comercial, ao consenso.

O ganho no longo prazo prevalece sobre os benefícios no curto prazo. O aumento das exportações faz as partes conflitantes solucionarem amigavelmente seus conflitos.

Além desse ponto, a negociação entre países em iguais condições de desenvolvimento parece resultar em sucesso: “Interestingly, when developing countries have a trade dispute with one another, they are less likely to escalate to panels than is the case with all other combinations”⁴⁴.

A solidariedade entre países em desenvolvimento surte efeitos positivos no processo contencioso da OMC; ironicamente, esse parece ser um dos únicos casos de real sucesso na aliança Sul-Sul.

Esses fatores econômicos tendem a impulsionar soluções mutuamente acordadas, caso não encontrem limites, assimetrias de informação e custos de oportunidade elevados.

Failure to settle is normally attributed to some combination of informational asymmetries and transaction costs⁴⁵.

Infelizmente, diversos são os custos econômicos envolvidos em uma controvérsia, e muitas vezes estes impedem alguns membros de recorrerem a um painel. Entre os custos puramente econômicos, pode-se pensar nos honorários advocatícios, custo do tempo, falta de recursos humanos, custo de oportunidade, entre outros.

Porém, muitas vezes esses custos são superestimados. Acima de tudo, este capítulo pretende mudar este estigma e demonstrar que muitos conflitos poderiam ser levados ao OSC, buscando com empenho uma solução mutuamente acordada, e evitando, assim, o pagamento dos altos custos que se incorreria em todas as fases enfrentadas nas controvérsias da OMC.

5.3.2.5 Critério cultural

Por fim, existe um último critério que deve ser levado em conta ao se ponderar a possibilidade de sucesso nas negociações bilaterais: a cultura litigiosa. Costuma-se preferir caminhar por trajetos já conhecidos; assim, há a necessidade de se analisar a preferência e os potenciais benefícios de um país seguir pelo processo regular pelo OSC ou pela via da negociação, uma vez que esta nem sempre apresenta um caminho linear, previsível, cujas soluções podem ser as mais variadas possíveis.

O custo de aprendizagem é muito grande ao se utilizar um sistema de solução de controvérsias novo, e, por isso, muitas vezes, pode ser preferível continuar o litígio em um sistema ao qual se tenha a previsibilidade do porvir. O desconhecimento favorece uma controvérsia junto ao painel onde, ao menos, as regras e o caminho processual estão descritos pelo ESC, além de a jurisprudência estar em constante construção, sendo possível, assim, estimar o que esperar.

Para dirimir a dificuldade de aprendizagem, os países procuram advogar nos sistemas jurídicos que lhes são mais familiares. Países que adotam o sistema *inquisitivo*, vigente, por exemplo, na América Latina, não têm o hábito de negociar, optando por esperar por uma solução judicial. Por outro lado, o sistema *adversarial*, adotado nos EUA, por exemplo, espera maior iniciativa vinda dos advogados acostumados a buscar a resolução de seus conflitos mediante a negociação.

As experiências e vivências em seus respectivos sistemas judiciais tendem a ser transportadas para o cenário internacional e, uma vez familiarizado com o sistema inquisitivo e litigioso, é difícil sentir-se confortável e aceitar a proposta de sentar-se a uma mesa de negociação.

Segundo a análise desse critério cultural, o Brasil e outros países familiarizados com o sistema inquisitivo tenderiam a fugir das negociações e seguir com um contencioso. Porém, essa problemática é contornável com o estímulo e o aumento da prática negocial, algo que nosso país já vem, de certa forma, incentivando nos contenciosos nacionais.

5.4 Soluções negociadas: principais vantagens

Ao tratar de questões de soberania, a imposição de decisões sempre é um assunto sensível. Nenhum Estado pode ser obrigado a alterar suas políticas internas, senão mediante o uso da força.

Com esse cenário em mente, a OMC criou um engenhoso e eficiente mecanismo de solução de controvérsias que se estrutura de forma a respeitar a soberania estatal ao prever três tipos de soluções: a *não-solução*; a *mutuamente acordada* e a *recomendação do painel ou Órgão de Apelação*, todas com suas peculiaridades, seus prós e contras, sendo imprescindível analisar uma por uma, para identificar o lugar e as vantagens das soluções negociadas.

É de supor que não se almeja a não-solução que é, em verdade, simplesmente uma tentativa de negociação frustrada no decorrer do processo de consultas ou durante o painel. Porém, conhecer o pior dos cenários de qualquer negociação, ou melhor, saber o seu WATNA (*Worst*

Alternative to a Negotiated Agreement) é essencial para ponderar os dois lados de uma negociação, seu sucesso ou fracasso.

O custo de solicitar consultas obrigatórias ou pedir a instalação de um painel, com a única intenção de obter um acordo negociado, como se sabe, é menor se contraposto ao potencial de ganho de uma negociação. É importante analisar as conseqüências da não-solução para demonstrar às partes privadas que, uma vez iniciados os procedimentos, há meios de desistir do conflito, sem grandes conseqüências, caso se perceba durante o processo o surgimento de um custo muito alto, seja ele econômico ou político.

Os custos da não-solução assemelham-se aos da solução mutuamente acordada, conservando os mesmos custos de preparação inicial: os honorários advocatícios restringem-se a um memorando de análise e preparação dos argumentos para as futuras negociações; o custo político também é reduzido, pois, quando das tratativas iniciais, todos os procedimentos correm em confidencialidade, com pouca ou nenhuma repercussão na mídia internacional, diferenciando-se nos gastos adicionais, que variam de acordo com a extensão das negociações.

Mesmo sem trazer qualquer resultado para as partes, a não-solução não é totalmente desprovida de significado, uma vez que, pelo menos, traz à tona os vícios legais que estão sendo cometidos pela outra parte e promove a consciência em torno da necessidade de mudança.

Conhecendo o *bottom line* e os custos de uma tentativa de negociação frustrada, a solução mutuamente negociada permanece sendo excelente alternativa. Começando pelas negativas, o tempo para a conclusão das soluções mutuamente acordadas, mesmo podendo ser extremamente reduzido, é imprevisível. A exemplo das rodadas multilaterais, não há uma data demarcada para finalizar uma negociação; a Rodada Uruguai foi planejada para ser finalizada cinco anos antes de seu fim e a atual Rodada Doha estava prevista para durar somente cinco anos, mas seu término ainda é incerto. Isso porque, iniciada uma negociação, não há um prazo ou uma obrigação de finalizá-la. Assim, aceitar uma proposta de entrar em uma negociação pode ser uma maneira de a parte demandada ganhar tempo, mas sem o compromisso e a real boa-fé de chegar a um consenso.

Em contrapartida, dentre todos os prós, talvez o ponto mais favorável das soluções negociadas seja o fato de que estas conferem às partes maior *flexibilidade e previsibilidade*.

Primeiramente, nas negociações costuma haver mais espaço de manobra. Neste caso, existe a possibilidade de discutir de uma forma mais integral os conflitos, alargar o escopo da discussão, fazer propostas e concessões, bem como barganhar para solucionar problemas existentes entre as partes. Ademais, se a negociação for feita sem a ingerência dos membros, mas somente entre partes privadas, como já mencionado acima, a resolução do conflito pode até deixar de respeitar algumas regras da OMC.

Além da flexibilidade, outro ponto essencial é a previsibilidade. Na negociação, a tomada de decisão está nas mãos das partes. Nos outros tipos de solução, a apreciação da matéria é delegada ao OSC, que emitirá um relatório de análise dos vícios legais, oferecendo recomendações e sugerindo a cessação das práticas comerciais ilegais. Mas a implementação do painel ficará a cargo do membro perdedor, que resolverá se e como entrará em conformidade com as regras internacionais.

Nos casos envolvendo o *café solúvel*, por exemplo, observa-se, na prática, a questão da previsibilidade ao contrapor as disputas brasileiras, mencionadas acima, e a controvérsia promovida pela Índia, *EC – Tariff Preferences*⁴⁶. Ambas as controvérsias questionavam o mesmo tema: a perda de preferência tarifária na exportação de seus produtos. Contestavam o regime geral de preferências (SGP) estabelecido pela Comunidade Européia⁴⁷ que, ao criar um regime especial de luta contra a produção e o tráfico de drogas (Regime Drogas), beneficiava, de forma discriminatória, uma lista fechada de países latino-americanos, desrespeitando a Cláusula de Habilitação e o Artigo I.1 do GATT.

Como demonstrado na descrição do caso, a indústria brasileira do café solúvel negociou seu interesse e obteve um acordo⁴⁸, o qual instituiu um regime de quotas para o café solúvel. Ao negociar seu interesse, o Brasil teve certeza do que receberia, optando por não questionar todo o esquema de preferências tarifárias, mas obter um meio de garantir ao menos as suas exportações de café solúvel.

A Índia adotou diferente estratégia e, sentindo-se prejudicada pelo SGP europeu, contestou esse sistema de forma integral, por conceder benefícios

de forma discriminatória e não generalizada. O contencioso escalou até o Órgão de Apelação, que confirmou a discriminação do Regime Drogas e recomendou a modificação do Regulamento (CE) n. 2.501/2001.

Esse conflito, portanto, resultou na vitória indiana e na conseqüente edição do Regulamento (CE) n. 980/2005, de 27 de junho de 2005, com novas regras para o SGP da UE. Foram eliminados os regimes drogas, de incentivo à proteção do meio ambiente e de incentivo à proteção dos direitos dos trabalhadores, mas se preservou o regime geral e o “tudo menos armas” (*Everything But Arms*) e se criou o regime especial.

Pergunta-se, então, o que a Índia ganhou com o contencioso e se foi incluída no regime mais benéfico, o regime especial. O único ganho, e ainda indireto, foi a exclusão do Paquistão dos favorecidos por um regime mais diferenciado, enquanto o regime especial continuou a tratar de forma mais benéfica outros onze países. A Índia acabou não obtendo o que realmente desejava, deixando nas mãos da Comunidade Européia solucionar a questão de forma a entrar em conformidade com as regras internacionais, mas procedendo da maneira que mais lhe convinha.

A previsibilidade e o conhecimento do exato resultado final são fatores que tornam a negociação infinitamente mais proveitosa para aqueles que financiam a controvérsia do que a incerteza dos resultados de eventuais esforços diante do OSC. Obtendo sucesso nas negociações, os membros terão a garantia do que receberão ao finalizar um acordo bilateral. Diante de um contencioso, porém, são pequenas as chances de se observar uma total e irrestrita alteração da política comercial do membro demandado. Ainda assim, é possível a eventual aquisição do direito de retaliação, mas o uso deste é reservado aos interesses dos governos e não dos setores privados diretamente envolvidos.

Pensa-se que a força das decisões emitidas pelo OSC é mais poderosa do que um acordo negocial, pela possibilidade de uma organização internacional impor suas recomendações. Porém, o acordo negociado não é tão frágil como se pensa, e seu cumprimento depende da natureza do contrato firmado ou da obrigação internacional aceita. Tendo natureza contratual, rege-se pela normativa do Direito Internacional Privado e pelas diretrizes contratuais de cada acordo firmado. Descumprindo a solução negociada e prevista cláusula arbitral, por exemplo, os foros arbitrais terão a

capacidade de resolver a disputa, assim como qualquer outro contrato internacional. E, se a violação às normas do comércio internacional ainda persistirem, as portas do OSC continuam abertas.

Ao comparar a solução negociada com a decisão de um painel ou Órgão de Apelação, é interessante lembrar que o OSC prevê três tipos de decisões litigiosas: *implementação*, *compensação* e *suspensão das concessões*. Porém, em nenhum desses casos o membro é obrigado a adotar certa conduta; no máximo recomenda-se a modificação das políticas que violam as regras internacionais ou, no outro extremo, permite-se ao país vencedor da disputa parar de oferecer concessões comerciais no mesmo grau ao cedido para outros membros da OMC.

Percebe-se que, em um contencioso diante do OSC, caso o país ganhe a disputa comercial, o outro membro deve ajustar sua conduta, mas se este permanecer inerte, surge o direito de retaliar, retirando concessões e, por exemplo, aumentando as tarifas de importação de qualquer bem da pauta de importação originário do membro demandado. De outro lado, caso as suas manifestações não sejam aceitas, o país perdedor sai do conflito arcando com os honorários advocatícios e dos demais consultores, entre outros gastos. Em ambos os casos, com sucesso ou fracasso, os setores industriais que financiam os contenciosos incorrem em altos custos econômicos e políticos para não saber ao certo o que receberão ao final.

Precisa-se esclarecer que a perspectiva acima é um pouco fatalista e extremada, representando talvez a posição de algumas partes privadas que se envolveram em contenciosos comerciais. Os benefícios ao comércio internacional que foram trazidos pelo OSC são indubitáveis, criando um foro para a solução de conflitos internacionais, com regras e procedimentos claros, solucionando as controvérsias de forma razoavelmente rápida, trazendo força impositiva para as recomendações, além de, continuamente, esclarecer as regras comerciais, construindo uma forte base jurisprudencial.

5.5 Conclusão

Existem diversas formas de solucionar conflitos; porém, reconhecer e saber selecionar aqueles com potencial de solução pela via negocial pode

ser de extrema valia para o governo brasileiro e para as associações comerciais no momento de optar ou não por um pedido de instalação de um painel na OMC.

Como demandante ou demandado, o Brasil sempre deverá passar por uma fase obrigatória de negociação, assim como demonstrado ao descrever as formalidades dos procedimentos de consulta.

Sabendo que sempre existirá uma oportunidade obrigatória para negociar, deve-se, portanto, buscar tirar o máximo proveito dessa ocasião e buscar solucionar o conflito de forma a melhor atender aos interesses nacionais.

Ao longo desta seção, procurou-se demonstrar que as soluções negociadas são uma excelente alternativa, principalmente quando os *fatores que aumentam as probabilidades de êxito* de uma negociação estão combinados. Portanto, ao se deparar com uma controvérsia sobre *políticas governamentais ajustáveis ou flexíveis* entre Estados, *democráticos ou não*, sendo *ambos os membros países em desenvolvimento* ou, no caso de o demandado ser um país desenvolvido e ter aumentado as importações do demandante e, ainda, apresentem uma *cultura jurídica e advocatícia familiarizada com a forma negocial*, pode-se apostar que são altas as chances de se obter sucesso em uma negociação bilateral.

Nos mesmos moldes, ainda que a controvérsia trate de *políticas descontínuas e mais rígidas*, também poderá obter sucesso a negociação que encontrar, de um ou ambos os lados, um *país não democrático*.

Após investigar as combinações dos fatores que tendem a levar ao consenso, pretendeu-se aprofundar o estudo das negociações em disputas comerciais internacionais e demonstrar que esse tipo de solução fornece às partes *previsibilidade e flexibilidade*. Redigindo um acordo que colocará fim ao conflito comercial entre as partes, é possível visualizar exatamente quais deverão ser os comportamentos futuros das partes e estipular quais atribuições estarão a cargo de cada membro. Ainda há a possibilidade de se beneficiar de soluções que escapem das normativas da OMC, caso as partes privadas negociem bilateralmente sem o envolvimento do(s) governo(s) para ajudar a resolver o conflito.

As soluções negociadas abrem as portas do OSC aos conflitos menores. Mesmo que um conflito não tenha tanta repercussão internacional ou viole

uma legislação eminentemente contrária às normas da OMC, é possível reivindicar, por exemplo, o direito de pequenos produtores agrícolas que sofrem discriminação no tratamento tarifário de suas exportações. Existe a necessidade de quebrar o estereótipo de que todos os casos devem, necessariamente, estar sujeitos ao custo integral de um contencioso diante do OSC. A consciência da viabilidade e possibilidade de solucionar um conflito por meio da negociação pode implicar uma considerável redução de custos, tornando mais viável contestar prejuízos comerciais menores decorrentes de uma prática internacional irregular.

Finalmente, a utilização do processo de negociação entre as partes já ocupa a preferência da normativa da OMC e também de seus membros, resultando na enorme quantidade de controvérsias apresentadas ao OSC que é finalizada com uma solução mutuamente acordada. Com essa perspectiva, e diante de todos os benefícios que a negociação pode trazer, empresas e associações brasileiras precisam começar a pensar nas negociações como um meio eficaz e até preferível para solucionar os seus conflitos comerciais.

Anexo I

DEMAIS CASOS COM SOLUÇÕES NEGOCIADAS

<i>DS329 – Panama – Tariff Classification of Certain Milk Products</i>
<i>DS327 – Egypt – Anti-Dumping Duties on Matches from Pakistan</i>
<i>DS323 – Japan – Import Quotas on Dried Laver and Seasoned Laver</i>
<i>DS313 – European Communities – Anti-Dumping Duties on Certain Flat Rolled Iron or Non-Alloy Steel Products from India</i>
<i>DS309 – China – Value-Added Tax on Integrated Circuits</i>
<i>DS305 – Egypt – Measures Affecting Imports of Textile and Apparel Products</i>
<i>DS261 – Uruguay – Tax Treatment on Certain Products</i>

<i>DS245 – Japan – Measures Affecting the Importation of Apples</i>
<i>DS237 – Turkey – Certain Import Procedures for Fresh Fruit</i>
<i>DS235 – Slovakia – Safeguard Measure on Imports of Sugar</i>
<i>DS210 – Belgium – Administration of Measures Establishing Customs Duties for Rice</i>
<i>DS198 – Romania – Measures on Minimum Import Prices</i>
<i>DS196 – Argentina – Certain Measures on the Protection of Patents and Test Data</i>
<i>DS171 – Argentina – Patent Protection for Pharmaceuticals and Test Data Protection for Agricultural Chemicals</i>
<i>DS151 – United States – Measures Affecting Textiles and Apparel Products (II)</i>
<i>DS125 – Greece – Enforcement of Intellectual Property Rights for Motion Pictures and Television Programs</i>
<i>DS124 – European Communities – Enforcement of Intellectual Property Rights for motion pictures and television programs</i>
<i>DS119 – Australia – Anti-Dumping Measures on Imports of Coated Woodfree Paper Sheets</i>
<i>DS115 – European Communities – Measures Affecting the Grant of Copyright and Neighbouring Rights</i>
<i>DS103, DS113 – Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products</i>
<i>DS102 – Philippines – Measures Affecting Pork and Poultry</i>
<i>DS99 – United States – Anti-Dumping Duty on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMs) of One Megabit or Above from Korea</i>
<i>DS96 – India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Goods</i>

<i>DS94 – India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products</i>
<i>DS93 – India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products</i>
<i>DS92 – India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products</i>
<i>DS91 – India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products</i>
<i>DS86 – Sweden – Measures Affecting the Enforcement of Intellectual Property Rights</i>
<i>DS85 – United States – Measures Affecting Textiles and Apparel Products</i>
<i>DS83 – Denmark – Measures Affecting the Enforcement of Intellectual Property Rights</i>
<i>DS82 – Ireland – Measures Affecting the Grant of Copyright and Neighbouring Rights</i>
<i>DS74 – Philippines – Measures Affecting Pork and Poultry</i>
<i>DS73 – Japan – Procurement of a Navigation Satellite</i>
<i>DS72 – European Communities – Measures Affecting Butter Products</i>
<i>DS43 – Turkey – Taxation of Foreign Film Revenues</i>
<i>DS42 – Japan – Measures Concerning Sound Recordings</i>
<i>DS40 – Korea – Laws, Regulations and Practices in the Telecommunications Procurement Sector</i>
<i>DS37 – Portugal – Patent Protection under the Industrial Property Act</i>
<i>DS36 – Pakistan – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products</i>
<i>DS35 – Hungary – Export Subsidies in Respect of Agricultural</i>

<i>Products</i>
DS28 – <i>Japan – Measures Concerning Sound Recordings</i>
DS21 – <i>Australia – Measures Affecting the Importation of Salmonids</i>
DS20 – <i>Korea – Measures Concerning Bottled Water</i>
DS19 – <i>Poland – Import Regime for Automobiles</i>
DS7, DS12, DS14 – <i>European Communities – Trade Description of Scallops</i>
DS6 – <i>United States – Imposition of Import Duties on Automobiles from Japan under Sections 301 and 304 of the Trade Act of 1974</i>
DS5 – <i>Korea – Measures Concerning the Shelf-Life of Products</i>

REFERÊNCIAS

- AXELROD, Robert. **The evolution of cooperation**. Perseus Books Group, 2006.
- Davey, William. The WTO dispute settlement system: the first ten years. **Journal of International Economic Law**, v. 8, n. 1, p. 17-50, 2005.
- GOULD, John. The economics of legal conflicts. **The Journal of Legal Studies**, v. 2, n. 2, p. 279-300, jun. 1973.
- GUZMAN, Andrew; SIMMONS, Beth. To settle or empanel? An empirical analysis of litigation and settlement at the World Trade Organization. **The Journal of Legal Studies**, The University of Chicago, 2002.
- HYLTON, Keith. Asymmetric information and the selection of disputes for litigation. **The Journal of Legal Studies**, v. 22, n. 1, p. 187-210, jan. 1993.
- JACKSON, John H. **The Jurisprudence of GATT & the WTO**. 2. ed. Cambridge, 2002.
- LACARTE-MURÓ, Julio; GAPPAH, Petina. Developing Countries and the WTO Legal and Dispute Settlement System: a view from the bench. **Journal of International Economic Law**, p. 395-401, 2000.

Leitner, Kara; LESTER, Simon. WTO Dispute Settlement from 1995 to 2005 – a statistical analysis. **Journal of International Economic Law**, 2006.

PARK, Young Duk; PANIZZON, Marion. WTO Dispute Settlement from 1995 to 2001 – a statistical analysis. **Journal of International Economic Law**, p. 221-244, 2002.

PRIEST, George; KLEIN, Benjamin. The Selection of Disputes for Litigation. **The Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 1, p. 1-55, jan. 1984.

SUTHERLAND, Peter (Coord.). **The Future of WTO: Addressing Institutional challenges in the new millennium**. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/10anniv_e/future_wto_e.pdf>.

Acesso em 3 jan. 2007.

WAINCYMER, Jeff. **WTO Litigation**: procedural aspects of formal dispute settlement. Cameron May. 2002.

ZIMMERMANN, Thomas A. WTO Dispute Settlement at Ten: Evolution, Experiences, and Evaluation. **The Swiss Review of International Economic Relations**, v. 60, n. I, p. 27-61, 2005.

1 O número de controvérsias não demonstra o verdadeiro número de disputas que efetivamente existiram. Ocorre que muitas dessas controvérsias envolviam a mesma matéria, porém, foram impulsionadas por países diferentes, dentre os quais alguns abdicaram de seus pedidos de consulta para entrarem como terceiros países nas disputas iniciadas por outros países. Em outras ocasiões, referem-se a um mesmo conflito que teve seu primeiro pedido de abertura de painel rejeitado e depois tentado novamente em outro período. Considerando este cenário, William Davey analisou todos os casos apresentados ao OSC, observando que, das 335 controvérsias, em verdade somente 249 eram essencialmente diferentes, tratando-se de disputas únicas.

2 LEITNER, Kara; LESTER, Simon. WTO Dispute Settlement from 1995 to 2005 – a statistical analysis. **Journal of International Economic Law**, p. 220, 2006.

3 A análise teve como base os primeiros dez anos de atuação do Órgão de Solução de Controvérsias, desde seu início em 1995 até 30 de junho de 2004.

4 DAVEY, William. The WTO Dispute Settlement System: the first ten years. **Journal of International Economic Law**, p. 48, 2005.

5 O anexo I traz todas as controvérsias que obtiveram sua solução de forma mutuamente acordada.

6 Para todas as controvérsias, tomou-se como base seu pedido de consultas e notificação de solução mutuamente acordada disponível em <www.wto.org, bem como informativo oficial do Ministério das Relações Exteriores, Contenciosos do Brasil na OMC, disponível em <http://www.mre.gov.br/portugues/ministerio/sitios_secretaria/cgc/contenciosos.doc>. Acesso em: 20 jan. 2007.

7 Title XXXV – AGRICULTURE, HORTICULTURE, AND ANIMAL INDUSTRY – Chapter 601 – FLORIDA CITRUS CODE – 601.15 – Advertising campaign; methods of conducting; excise tax; emergency reserve fund; citrus research: (3)(a) “*There is hereby levied and imposed upon each **standard-packed box of citrus fruit grown and placed into the primary channel of trade in this state an excise tax at maximum annual rates for each citrus season as determined from the tables in this paragraph and based upon the previous season’s actual statewide production as reported in the United States Department of Agriculture Citrus Crop Production Forecast as of June 1. The rates may be set at any lower rate in any year pursuant to paragraph (e)***”.

8 Title XXXV – AGRICULTURE, HORTICULTURE, AND ANIMAL INDUSTRY – Chapter 601 – FLORIDA CITRUS CODE – 601.155 – Equalizing excise tax; credit; exemption: “(1) *The first person who exercises in this state the privilege of **processing, reprocessing, blending, or mixing processed orange products or processed grapefruit products or the privilege of packaging or repackaging processed orange products or processed grapefruit products** into retail or institutional size containers or, except as provided in subsection (9) or except if a tax is levied and collected on the exercise of one of the foregoing privileges, the first person having title to or possession of any processed orange product or any processed grapefruit product who exercises the privilege in this state of storing such product or removing any portion of such product from the original container in which it arrived in this state for purposes other than official inspection or direct consumption by the consumer and not for resale shall be assessed and shall pay an excise tax upon the exercise of such privilege at the rate described in subsection (2)*”.

9 Committee Substitute for Committee Substitute for Senate Bill n. 96: (10) “*Notwithstanding any other provision of law, the Department of Citrus **shall develop a process by which any person liable for the excise tax imposed under this section may annually object to payment of the tax.** Any such objection must be allowed without discretion as to the validity thereof and that person shall be granted the immediate right to elect not to pay two-thirds of the applicable tax rate. **The Department of Citrus may not expend any of the remaining one-third of the applicable tax rate on any advertising, marketing, or public-relations activities** to which any person liable for the excise tax imposed under this section objects; however, such funds may be used for research, administrative, and regulatory activities. Effective July 1, 2004, upon any necessary legislative appropriation of moneys due under the settlement agreement of Consolidated Case No. 2002-CA-4686 in the Circuit Court of the Tenth Judicial Circuit in Polk County,*

the plaintiffs shall agree to the dismissal of their claim under the foreign commerce clause with prejudice”.

10 WT/DS199.

11 WT/DS199.

12 Imposição de salvaguardas transitórias aos produtos têxteis classificados nas seguintes categorias 218, 219/220, 224, 313/317 e 613/617/627.

13 Violação dos artigos 2.4, 6.1, 6.2, 6.3, 6.4, 6.7, 6.8, 6.11, 8.9 e 8.10 do ATV.

14 Sobre o mérito deste caso, *vide* Parte VII deste livro.

15 LAUDO III – Laudo do tribunal arbitral *ad hoc* do Mercosul constituído para decidir sobre a reclamação feita pela República Federativa do Brasil à República Argentina, sobre a “aplicação de medidas de salvaguarda sobre produtos têxteis (res. 861/99) do ministério de economia e obras e serviços públicos”. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb/porta1%20intermediario/pt/controversias/III%20LAUDO.pdf>>. Acesso em: 3-1-2007.

16 A Regulación 265/2000 de 13 de abril 2000 renunciou às salvaguardas transitórias.

17 Artigo 3.7 do ESC.

18 ZIMMERMANN, Thomas A. WTO Dispute Settlement at Ten: Evolution, Experiences, and Evaluation. **The Swiss Review of International Economic Relations**, v. 60, n. I, p. 30, 2005.

19 Além dos Artigos XXII do GATT e 3^o e 4^o do DSU, podem-se observar diversas referências à oportunidade, necessidade ou possibilidade da promoção de negociações e consultas; dentre estas podem-se ressaltar as seguintes: II:5, VI:7, IX:6, XII:4, XIII:4, XVIII:7, 12, 16, 21 e 22, XIX:2, XXIV:7, XXVII, XXVIII:1 e 4 do GATT, além do Artigo XXII do GATS, entre outros.

20 Artigo 4.5 do ESC: “*In the course of consultations in accordance with the provisions of a covered agreement, before resorting to further action under this Understanding, Members should attempt to obtain satisfactory adjustment of the matter*”.

21 Assim está disposto explicitamente nos dizeres do ESC: “*Prompt settlement (...) is essential*” (Artigo 3.3) e “[r]ecommendations or rulings made by the DSB shall be aimed at achieving a satisfactory settlement” (Artigo 3.4).

22 WAINCYMER, Jeff. **WTO Litigation: Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement**. Cameron May, 2002, p. 215.

23 *Brasil – Desiccated Coconut*.

24 WAINCYMER, Jeff. **WTO litigation**, cit., p. 217.

25 *Idem*.

26 Artigo 4.3 do ESC.

27 WAINCYMER, **WTO litigation**, cit., p. 217.

28 Artigo 4.4 do ESC: “*All such requests for consultations shall be notified to the DSB and the relevant Councils and Committees by the Member which requests consultations. Any request for consultations shall be submitted in writing and shall give the reasons for the*

request, including identification of the measures at issue and an indication of the legal basis for the complaint”.

[29](#) WAINCYMER, **WTO Litigation**, cit., p. 220.

[30](#) *Japan – Alcoholic Beverages*, par. 6.5 – WT/DS8/R, WT/DS10/R e WT/DS11/R.

[31](#) Artigo 11 do ESC.

[32](#) GUZMAN, Andrew; SIMMONS, Beth. To Settle or Empanel? An empirical analysis of litigation and settlement at the World Trade Organization. **The Journal of Legal Studies**, The University of Chicago. 2002, p. 3.

[33](#) GUZMAN, Andrew; SIMMONS, Beth. To Settle or Empanel..., **The Journal of Studies**, cit., p. 4.

[34](#) GUZMAN, Andrew; SIMMONS, Beth. To Settle or Empanel..., **The Journal of Studies**, cit., p. 6.

[35](#) Sobre as controvérsias na área agrícola, *vide* Parte III deste livro.

[36](#) WAINCYMER, Jeff. **WTO litigation**, cit., p. 210.

[37](#) SUTHERLAND, Peter (coord.). **The future of WTO: addressing institutional challenges in the new millennium**. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/10anniv_e/future_wto_e.pdf>. Acesso em: 3-1-2007.

[38](#) JACKSON, John H. **The jurisprudence of GATT & the WTO**. 2. ed. Cambridge, 2002, p. 72.

[39](#) GUZMAN, Andrew; SIMMONS, Beth. To Settle or Empanel? **The Journal of Studies**, cit., p. 8.

[40](#) GUZMAN, Andrew; SIMMONS, Beth. To Settle or Empanel..., **The Journal of Studies**, cit., p. 2.

[41](#) GUZMAN, Andrew; SIMMONS, Beth. To settle or empanel? **The Journal of Studies**, cit., p. 4.

[42](#) AXELROD, Robert. **The evolution of cooperation**. Perseus Books Group, 2006.

[43](#) AXELROD, 2006.

[44](#) GUZMAN, Andrew; SIMMONS, Beth. To Settle or Empanel? **The Journal of Studies**, cit., p. 11.

[45](#) GUZMAN, Andrew; SIMMONS, Beth. To Settle or Empanel? **The Journal of Studies**, cit., p. 3.

[46](#) DS 246: *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*.

[47](#) O Brasil questionou o Regulamento (CE) n. 1.256/96 e o posterior, n. 2.820/98, enquanto a Índia levou o Regulamento (CE) n. 2501/2001 ao OSC.

[48](#) Regulamento (CE) n. 2.165/2001, de 5 de novembro de 2001.

PARTE III

1 AGRICULTURA E SUBSÍDIOS: O “CASODO ALGODÃO” (WT/DS267)

Leandro Rocha de Araújo

Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo; advogado associado de Pinheiro Neto Advogados, especialista em Comércio Internacional.

Geraldo Valentim Neto

Mestre em Direito Empresarial (LL.M.) pela London School of Economics and Political Science, Londres, Reino Unido; Pós-graduado em Direito Tributário pelo COGEAE da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Advogado associado de Pinheiro Neto Advogados, especialista em Direito Tributário, Aduaneiro e Comércio Internacional.

Leonardo Peres da Rocha e Silva

Pós-graduado em Direito Econômico e das Empresas pela Fundação Getúlio Vargas; mestre em Direito Econômico Internacional (LL.M.) pela Universidade de Warwick,

Reino Unido; sócio de Pinheiro Neto Advogados.

Renê Guilherme da Silva Medrado

Mestre em Direito (LL.M.) pela Columbia University School of Law (Harlen Fiske Stone scholar); doutorando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo; advogado do escritório Pinheiro Neto, especializado em Comércio Internacional e

Defesa Comercial.

1.1 Introdução

A disputa comercial iniciada pelo Brasil perante o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC) contra os subsídios norte-americanos ao algodão, denominada *United States – Subsidies on Upland Cotton (WT/DS267)*, foi uma das mais relevantes e complexas já julgadas até o momento no âmbito da referida organização internacional.

Se por um lado o “Caso do Algodão” permitiu a utilização do mecanismo de solução de controvérsias da OMC por um país em desenvolvimento (PED) para o questionamento a respeito da adequação das políticas agrícolas de subsídios de um dos principais *players* do comércio internacional, os EUA, por outro demonstrou a importância do mecanismo para a determinação do complexo significado das disciplinas jurídicas dos acordos firmados na Rodada Uruguai, com destaque para o Acordo sobre Agricultura da Rodada Uruguai (AA), o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC), o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1994 (GATT 1994), bem como para a uniformização e efetividade do sistema multilateral de comércio.

Este contencioso foi iniciado em 27 de setembro de 2002, com o pedido de consultas apresentado pelo Brasil aos EUA e ao presidente do OSC da OMC em relação à compatibilidade dos programas questionados com os Acordos da OMC e aos efeitos dos subsídios norte-americanos ao algodão. A decisão do painel foi proferida em 8 de setembro de 2004, enquanto a do Órgão de Apelação em 3 de março de 2005. O caso se desenvolve até o momento em relação à implementação das recomendações apresentadas pelo OSC.

O “Caso do Algodão” tornou-se um importante precedente para o sistema multilateral de comércio, tendo em vista que as disciplinas nele estabelecidas passaram a servir para fundamentar outras demandas relacionadas às distorções causadas pelos subsídios agrícolas no comércio internacional¹. Não se pode deixar também de considerar os reflexos que este contencioso já trouxe e continua trazendo para o desenvolvimento das negociações da Rodada de Doha, atualmente em curso na OMC.

Este capítulo aborda o contexto internacional em que foi iniciada a demanda, sobretudo no que se refere à participação norte-americana no mercado de algodão e aos principais programas adotados pelos EUA para esta *commodity*, bem como as disciplinas estabelecidas pelos acordos em vigor no âmbito da OMC relacionadas a subsídios agrícolas e à interpretação de suas disciplinas pelo painel/Órgão de Apelação. Por fim, serão analisados os impactos deste precedente para o sistema multilateral de comércio e para as negociações da Rodada de Doha.

1.2 Aspectos gerais do contencioso: mercado, posição do Brasil, peculiaridades da demanda

Os EUA são o segundo maior produtor e o maior exportador mundial de algodão, tendo sido responsáveis por cerca de 40% das exportações mundiais em 2002. Entre 1999 e 2002, a produção norte-americana de algodão foi, respectivamente, de 19,2, 19,3, 20,6 e 19,6% da produção mundial. No mesmo período, as exportações norte-americanas de algodão atingiram, respectivamente, 23,5, 24,5, 37,3 e 39,9% das exportações mundiais do produto², o que confere ao setor algodoeiro norte-americano

papel de destaque no equilíbrio dos fatores que compõem o mercado internacional de algodão³.

Comparativamente, a produção brasileira de algodão cresceu, no período de 1998 a 2002, de 3,8% para 5% da produção mundial, enquanto as exportações brasileiras nunca superaram a parcela de 2,4% das exportações mundiais no mesmo período.

O crescimento da produção e da exportação norte-americana de algodão ocorreu em um período em que os preços internacionais estavam em queda, como se verá adiante, o que levantou suspeitas de outros membros da OMC – em especial do Brasil – de que tal participação dos EUA estaria ocorrendo graças ao auxílio de subsídios agrícolas concedidos aos seus produtores, distorcendo assim o mercado internacional⁴ de algodão.

Na visão brasileira, esses subsídios agrícolas estariam sendo concedidos em desacordo com os compromissos firmados pelos EUA durante a Rodada Uruguai, bem como em violação às disciplinas do AA, do ASMC e do GATT 1994, em vigor desde 1º de janeiro de 1995.

Foram justamente os impactos causados pelas políticas agrícolas norte-americanas para o algodão⁵, bem como as regras em vigor para os subsídios agrícolas, que motivaram o Brasil a apresentar pedido de consultas aos EUA, perante o OSC da OMC, a respeito dos mencionados programas norte-americanos e seus reflexos para o mercado internacional de algodão⁶.

No referido pedido, o Brasil alegou que diversos dos programas de subsídios para o algodão violavam os acordos multilaterais da OMC, bem como os compromissos firmados pelos EUA durante a Rodada Uruguai do GATT⁷, causando efeitos distorcivos ao comércio internacional⁸.

Tendo em vista que não foi obtido o resultado desejado a partir da consulta apresentada pelo Brasil, foi estabelecido um painel, com base no artigo 6.2 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC)⁹. De acordo com as alegações do Brasil, as medidas em questão a serem examinadas pelo painel eram os subsídios proibidos ou acionáveis conferidos aos produtores, bem como a legislação, os regulamentos e os instrumentos legais que conferissem o referido apoio aos produtores e exportadores de algodão.

Ressalte-se que, diferentemente do ocorrido no caso *European Communities – Export Subsidies on Sugar* (WT/DS266)¹⁰, houve um grande apoio dos PEDs e de países de menor desenvolvimento relativo (PMDR) ao Brasil no contencioso do algodão. Destacam-se os países africanos Benin e Chade, que participaram como terceiras partes¹¹ no Caso do Algodão. Hilton E. Zunckel apresenta os seguintes dados para questionar a adoção de tais políticas agrícolas pelos EUA:

Com referência específica ao algodão, os subsídios de quase US\$ 4 bilhões pagos pelos Estados Unidos a um grupo de 25.000 fazendeiros ricos do algodão excedem as rendas nacionais brutas de Benin e do Chade, e de seus vizinhos africanos ocidentais, Burkina Faso, a República Centro-Africana, Mali e Togo.

(...)

De acordo com a Oxfam (2002), os exportadores subsaarianos de algodão perderam US\$ 302 milhões como uma consequência direta dos subsídios norte-americanos ao algodão em 2001. A Oxfam mostra que o valor da exportação do algodão do Benin em 2001 era de US\$ 124 milhões. Entretanto, se os subsídios dos EUA fossem removidos, o valor estimado da exportação do Benin seria de US\$ 157 milhões. Esta é uma perda de US\$ 33 milhões e significa que os ganhos poderiam ter sido 26,6% mais elevados.

(...)

Isto serve para responder à pergunta a respeito da razão pela qual os países africanos estariam preocupados em participar da disputa do algodão e indica seu interesse direto em um resultado positivo para os demandantes, no caso, o Brasil¹².

1.3 Os programas de apoio agrícola dos EUA para o algodão

O painel examinou os seguintes programas de subsídios norte-americanos ao algodão questionados pelo Brasil: (i) *Marketing Loan Programme Payments*; (ii) *User Marketing (Step 2) Payments*; (iii) *Production Flexibility Contract Payments*; (iv) *Market Loss Assistance Payments*; (v) *Direct Payments*; (vi) *Counter-cyclical Payments*; (vii) *Crop Insurance Payments*; e (viii) *Cottonseed Payments*¹³.

Além disso, foram também apreciados pelo painel os programas de garantia de crédito à exportação *General Sales Manager 102* (GSM 102), *General Sales Manager 103* (GSM 103) e *Supplier Credit Guarantee Programme* (SCGP)¹⁴, bem como o programa de subsídios à exportação fundado no *ETI Act of 2000*¹⁵. Esses programas serão examinados a seguir.

1.3.1 *Marketing Loan Programme (MLP)*

O *MLP* para o algodão começou a ser concedido em 1986 e continuou a sê-lo durante as legislações posteriores, incluindo o *FAIR Act 1996*¹⁶ e a *FSRIA 2002*¹⁷. Este programa tem por objetivo minimizar potenciais perdas aos produtores ao fornecer financiamento temporário aos produtores elegíveis em relação à produção elegível e facilitar a distribuição das referidas *commodities* ao longo do ano. Desse modo, em vez de vender sua produção durante a colheita quando os preços tendem a ser mais baixos, o financiamento temporário permite aos produtores pagarem suas dívidas no vencimento e promover a estocagem da sua produção para, em momento mais favorável, pagar o respectivo financiamento. O *MLP* é composto pelos *marketing loan gains*, *loan deficiency payments* e *commodity certificate exchange gains*.

1.3.2 *User Marketing (Step 2) Payments*

O programa *Step 2* é um programa especial para o algodão e foi criado em 1990, tendo sido mantido pelo *FAIR Act 1996* e pelo *FSRIA 2002*. Por meio deste programa, são emitidos certificados de comercialização ou conferidos pagamentos em dinheiro para usuários domésticos de algodão ou exportadores de algodão elegíveis quando certas condições de mercado são verificadas.

No *FAIR Act 1996* os pagamentos foram conferidos aos usuários domésticos e/ou exportadores (nesta segunda opção, existe um componente diretamente relacionado à exportação) de algodão em razão de aquisições por usuários domésticos e vendas para exportação feitas em uma semana seguinte a um período consecutivo de quatro semanas quando a cotação mais baixa de preços para o algodão norte-americano remetido ao norte da Europa tivesse excedido a cotação de preços do norte da Europa em mais de 1.25 centavos por libra e o preço mundial ajustado não tivesse excedido a

margem de 130% do *marketing loan rate* para o algodão (no *FSRIA 2002*, os valores foram ajustados para 1 centavo por libra e 134% do *marketing loan rate*). Os seus gastos alcançaram os picos em 1999, com pagamentos de cerca de US\$ 446 milhões¹⁸.

1.3.3 *Production Flexibility Contract (PFC) Payments*

Os pagamentos *PFC* somente foram utilizados durante a vigência do *FAIR Act 1996*, tendo sido o último pagamento feito em 30 de setembro de 2002. O programa conferiu apoio aos produtores baseado na área e produção históricas para sete *commodities*, sendo elas o algodão, o trigo, milho, sorgo, aveia, arroz e cevada.

Os pagamentos *PFC* não dependiam dos preços correntes das *commodities*, tendo sido conferidos durante o *FAIR Act 1996* de acordo com a área – considerada a média das plantações para cada *commodity* para os anos de mercado de 1993 a 1995 – e a produção das *commodities* específicas que estavam cobertas pelos contratos *PFC*. Assim, os produtores poderiam plantar qualquer *commodity* – exceto por algumas limitações e exceções relacionadas à plantação de frutas e vegetais – e ainda assim estariam aptos a receber os pagamentos *PFC*.

1.3.4 *Market Loss Assistance (MLA) Payments*

Os pagamentos *MLA* foram pagamentos emergenciais realizados de 1998 a 2001 e foram concedidos aos mesmos produtores elegíveis para o recebimento dos pagamentos *PFC*, a fim de permitir a sua recuperação em relação aos prejuízos decorrentes da queda dos preços das *commodities*. Esses pagamentos foram realizados como um pagamento adicional de 50% aos pagamentos *PFC* conferidos aos produtores agrícolas norte-americanos.

1.3.5 *Direct Payments (DP)*

Os *DPs* ou pagamentos diretos foram estabelecidos pela *FSRIA 2002* e conferem apoio aos produtores com base na área e produção históricas para nove *commodities*, compreendendo aquelas que já eram beneficiadas pelos pagamentos *PFC*, mais soja e amendoim. O produtor elegível deverá firmar um acordo anual a fim de receber os referidos pagamentos. Os pagamentos diretos independem dos preços correntes das *commodities*, sendo que o *FSRIA 2002* estabelece uma taxa de pagamento fixa em bases unitárias para

os anos de 2002 a 2007, de modo que os pagamentos não são feitos em relação à área plantada. Os pagamentos são realizados para 85% da área base para cada *commodity* multiplicada pela produção aplicável (que foi a produção estabelecida para a colheita de 1995, caso tenha ocorrido). Também neste caso, assim como nos pagamentos *PFC*, os produtores podem plantar qualquer *commodity* na área base – exceto por algumas limitações e exceções relacionadas à plantação de frutas e vegetais – e ainda assim estarão aptos a receber os pagamentos diretos.

1.3.6 *Counter-cyclical Payments (CCP)*

Os pagamentos *CCP*, também denominados pagamentos contracíclicos, foram estabelecidos pelo *FSRIA 2002* e são concedidos a produtores com base na área e produção históricas para as mesmas *commodities* elegíveis para receber os pagamentos diretos (algodão, amendoim, arroz, aveia, cevada, milho, soja, sorgo e trigo). Um produtor elegível deverá entrar em acordos anuais para receber pagamentos *CCP* para um determinado ano. Os critérios e requisitos de elegibilidade e flexibilidade quanto à plantação são os mesmos dos indicados para os pagamentos diretos. Por outro lado, os pagamentos *CCP* estão relacionados aos preços correntes das *commodities*, diferentemente dos pagamentos diretos.

Os pagamentos concedidos aos produtores agrícolas são calculados pela diferença entre os preços-alvo (*target-prices*) dos nove produtos mencionados acima e os preços mínimos¹⁹ ou os preços de mercado (o que for maior).

1.3.7 *Crop Insurance Payments (CIP)*

Os pagamentos *CIP* são anuais e fornecem aos produtores de algodão e de outras *commodities* proteção por meio de seguro de renda em razão de desastres naturais e flutuações de mercado e oferece resseguro aos fornecedores desses seguros por meio do *Federal Crop Insurance Act*. Um dos objetivos deste programa é promover o bem-estar nacional ao aumentar a estabilidade da economia agrícola. Para se qualificar para a cobertura oferecida por um dos planos de seguro, os prejuízos à *commodity* segurada devem estar relacionados à seca, inundação e a outros desastres naturais.

1.3.8 *Cottonseed Payments*

Os *Cottonseed Payments* são feitos aos produtores que separam o algodão das sementes de algodão, bem como aos produtores de semente de algodão. O *ARP Act 2000* conferiu uma quantia específica de recursos para os produtores de algodão para o ano de 2000, sendo que a taxa de pagamento para este programa foi calculada pela divisão do total de fundos disponíveis pelo total da quantidade de produtores elegíveis que se inscreveram no programa.

1.3.9 *General Sales Manager 102 (GSM 102)*

O *GSM 102* é um programa de garantia de crédito à exportação que permite a garantia do pagamento do crédito disponibilizado para financiar exportações de *commodities* agrícolas de estoques privados em períodos de crédito entre 90 dias e 3 anos. O programa cobre cerca de 98% do principal e uma parte dos juros. As *commodities* agrícolas são selecionadas de acordo com o seu potencial de mercado. Antes da data da exportação, o exportador norte-americano pode se cadastrar no programa para assegurar a garantia de pagamento, pagando uma taxa calculada com base na quantia segurada e no período de tempo requerido, com uma limitação legal no valor de 1% do valor da transação.

1.3.10 *General Sales Manager 103 (GSM 103)*

O *GSM 103* é um programa bastante semelhante ao *GSM 102*, com a diferença de que ele pode ser utilizado para períodos de 3 a 10 anos e não há a limitação legal de 1% prevista para o *GSM 102*.

1.3.11 *Supplier Credit Guarantee Programme (SCGP)*

O *SCGP* é um programa de crédito agrícola disponível para transações comerciais com períodos não superiores a 180 dias. Nesse caso, o órgão governamental norte-americano (a *Commodity Credit Corporation – CCC*) confere garantias para o pagamento do crédito disponibilizado pelo exportador dos EUA a um adquirente em um país estrangeiro. Esses créditos deverão ser segurados por notas promissórias do importador. Normalmente, a *CCC* confere uma parte (65%) do valor da exportação (inclui somente o principal e não os juros). Antes da data da exportação, o exportador norte-americano pode se cadastrar no programa para assegurar a garantia de pagamento, pagando uma taxa calculada com base na quantia

segurada e no período de tempo requerido, com uma limitação legal estabelecida para o patamar de 1% do valor da transação.

1.3.12 O reflexo dos programas de subsídios norte-americanos para o algodão

Como alegado pelo Brasil, o setor algodoeiro nos EUA se beneficia de uma ampla rede de programas de apoio doméstico e também à exportação. Marcos Jank, Leandro Araújo e José Diaz, no estudo denominado “*The WTO Dispute Settlement System in Perspective: Challenging Trade-Distorting Agricultural Subsidies*”, afirmam que durante o período de 1995-2001 os produtores de algodão nos EUA receberam mais de US\$ 14 bilhões em transferências do governo, o que promoveu elevação da produção e das vendas externas da *commodity*, embora no mesmo período tenha ocorrido uma queda nos preços internacionais²⁰, como se verá a seguir.

No mesmo estudo, destaca-se que os tipos de programas e seu valor total mudaram significativamente com o tempo. Em 1996 (primeiro ano de implementação do *FAIR Act*), os produtores de algodão receberam cerca de US\$ 700 milhões de fundos públicos. Em 2001 (o último ano de implementação do *FAIR Act 1996*), o setor algodoeiro recebeu mais de US\$ 3,8 bilhões do governo federal, a maior parte na forma de *Certificate Exchange Gains* (CEG) e *Loan Deficiency Payments* (LDP), os quais faziam parte dos pagamentos *MLP*.

Enquanto em 1996 os gastos públicos com o apoio ao setor representavam 9,6% do valor total da produção doméstica, em 2001, excediam 100%, o que demonstra a magnitude dos programas de apoio ao produtor norte-americano e seus possíveis efeitos distorcivos ao comércio mundial.

O governo dos EUA conferiu apoio doméstico aos produtores de algodão por meio de uma combinação dos pagamentos de caixa amarela, caixa azul e caixa verde²¹. Na realidade, foi a combinação de todos eles que acarretou um apoio gigantesco ao setor nos últimos anos da década passada e nos primeiros desta.

Antes da entrada em vigor do *FAIR Act 1996*, a maior parte do apoio era conferida na forma de pagamentos da caixa azul vinculados a programas de limitação da produção²². Na tentativa de criar novos programas agrícolas

que, em tese, tivessem um caráter minimamente distorcivo ao comércio internacional, os EUA buscaram reestruturar a assistência governamental na direção dos pagamentos *PFC* a partir do *FAIR Act 1996*.

Nesse sentido, tinham por objetivo utilizar programas desvinculados do preço e da produção para conferir pagamentos aos seus produtores agrícolas que, em princípio, não violassem seus compromissos de limitação e redução dos subsídios agrícolas, embora os exames do painel e do Órgão de Apelação no “Caso do Algodão” tenham demonstrado que esses pagamentos não eram exatamente desvinculados da produção, como alegaram os EUA, como se verá a seguir.

1.4 Os principais argumentos e os mais importantes aspectos da decisão do OSC

A seguir, serão analisados os principais argumentos utilizados pelo Brasil para questionar os subsídios norte-americanos em face dos acordos multilaterais em vigor e a sua interpretação pelo painel/Órgão de Apelação da OMC no “Caso do Algodão”. Assim, será examinado o entendimento do painel/Órgão de Apelação acerca dos seguintes pontos: (i) principais aspectos processuais; (ii) violação da Cláusula de Paz; (iii) enquadramento dos programas *PFC* e *DP* às disciplinas do Anexo 2 do AA; (iv) conformidade do programa *Step 2* aos acordos em vigor da OMC; (v) enquadramento dos programas de garantias de crédito à exportação aos acordos em vigor da OMC; (vi) o grave prejuízo aos interesses brasileiros; e (vii) a ameaça de grave prejuízo aos interesses brasileiros.

1.4.1 Aspectos processuais

Na esfera processual, as discussões versaram sobre a interpretação de determinados artigos do ESC e do AA. Entre os pontos relevantes abordados estão: (a) as medidas norte-americanas cuja fundamentação legal expirou anteriormente ao pedido de consultas; (b) a abrangência dos Termos de Referência; e (c) o artigo 4.2 do ASMC – *Statement of Available Evidence*.

a) As medidas norte-americanas cuja fundamentação legal expirou antes do pedido de consultas

O painel entendeu que duas medidas de subsídios, os pagamentos *PFC* e os pagamentos *MLA*, realizados com fundamento em uma legislação já extinta à época em que o Brasil apresentou o pedido de consultas, deveriam fazer parte dos seus Termos de Referência²³. Segundo o painel, o artigo 4.2 do ESC²⁴ não sustentava a interpretação de que um pedido de consultas estava impedido de tratar de medidas extintas ou pagamentos feitos em decorrência de programas que não estão mais em vigor, já que os efeitos de tais medidas ou pagamentos poderiam ainda estar prejudicando eventuais direitos de outros membros²⁵.

Diante desse fato, os EUA recorreram sob o argumento de que o painel havia cometido um erro ao entender que os artigos 4.2 e 6.2²⁶ do ESC não excluíam medidas extintas do escopo potencial das consultas ou de um pedido de estabelecimento de painel. Já o Órgão de Apelação, ao examinar a argumentação norte-americana, acabou por confirmar o entendimento do painel de que o artigo 4.2 do ESC não impediria um membro de fazer representações sobre medidas cuja base legal tivesse expirado se o membro tivesse razões para acreditar que tais medidas estariam ainda “afetando” a operação de um dos acordos abrangidos²⁷.

Esse entendimento é extremamente relevante, na medida em que servirá de referência para novos casos quanto à possibilidade de os efeitos de medidas já revogadas, se existentes, poderem ser considerados suficientes para fundamentar pedido de consultas ou estabelecimento de um painel.

b) Abrangência dos Termos de Referência

Diversas foram as tentativas norte-americanas de restringir as medidas que comporiam os Termos de Referência do caso (artigo 7.2 do ESC²⁸) e que, portanto, seriam submetidas à análise do painel. Confirmam-se os principais argumentos dos EUA e o entendimento do painel e do Órgão de Apelação a respeito:

- (i) as garantias de crédito à exportação para outras *commodities* agrícolas distintas do algodão (*upland cotton*) não deveriam integrar os Termos de Referência, já que não

foram tratadas pelo Brasil no seu pedido de consultas. Este argumento foi recusado pelo painel e também pelo Órgão de Apelação;

(ii) o pedido de estabelecimento do painel não identificou nominalmente os pagamentos feitos pelo *MLA*, o que criaria preocupações quanto a sua efetiva inclusão nos Termos de Referência, o que também não foi aceito pelo painel nem pelo Órgão de Apelação;

(iii) os *Cottonseed Payments*, feitos para as plantações de 1999 e 2000 sob as *Public Laws* 106-113, 106-224 e 107-25, não foram identificados como medidas a serem discutidas nos pedidos de consultas e estabelecimento de painel e, portanto, não estariam nos Termos de Referência. O painel entendeu que apenas os pagamentos para a plantação de 1999 (*Public Law* 106-113) não foram devidamente identificados e, portanto, não integravam os Termos de Referência;

(iv) as medidas tomadas com fundamento no *Agricultural Assistance Act of 2003* não deveriam integrar os Termos de Referência, já que não foram objeto de consulta e esta legislação somente foi aprovada após o Brasil ter apresentado seu pedido de estabelecimento do painel. Este argumento foi aceito pelo painel;

(v) as medidas adotadas após o estabelecimento do painel não deveriam integrar os Termos de Referência, o que foi recusado pelo painel, que observou que tais medidas não deveriam ser excluídas, pois foram – e são – aplicadas com fundamento na mesma legislação e regulamentação que as adotadas anteriormente, que por sua vez entraram em vigor antes do seu estabelecimento.

c) Artigo 4.2 do ASMC – Statement of Available Evidence

Os EUA defenderam que não deveriam prosperar as reclamações brasileiras feitas com base nos artigos 4 e 7 do ASMC com relação às garantias de crédito à exportação para outras *commodities* agrícolas distintas do algodão, já que o Brasil não havia apresentado um *Statement of Available Evidence*, isto é, uma declaração em que constassem as provas disponíveis, sobre tais garantias, como exigido pelo artigo 4.2 do ASMC²⁹ para os subsídios alegadamente proibidos.

Referido argumento foi recusado pelo painel³⁰, que entendeu que o *Statement of Available Evidence* apresentado abrangeu as provas que o Brasil tinha disponíveis sobre as garantias de crédito à exportação. Ademais, o painel considerou que o referido artigo 4.2 não exigia que o Brasil indicasse explicitamente ou especificamente quais produtos estavam sujeitos aos programas de garantia de crédito à exportação ou que eles eram

aplicáveis para outros produtos distintos do algodão, como argumentaram os norte-americanos, e observou, inclusive, que o *Statement of Available Evidence* não precisaria abranger todos os fatos e provas que o demandante viria a utilizar no decorrer do processo para demonstrar as suas afirmações.

O Órgão de Apelação confirmou este entendimento, ao ressaltar que o artigo 4.2 do ASMC se referiria aos programas de “maneira geral”, sugerindo que a referência é ao programa como um todo e não somente a uma só *commodity*³¹.

1.4.2 A Cláusula de Paz

O artigo 13 do AA estabeleceu uma proteção aos diversos tipos de subsídios agrícolas, conhecida como Cláusula de Paz. A proteção, que se extinguiu em 31 de dezembro de 2003, estabelecia uma restrição ao questionamento dos diversos tipos de subsídios agrícolas perante o OSC da OMC³². De acordo com a sua classificação (caixa verde, amarela, azul e à exportação), o subsídio recebia um grau diferente de proteção. As restrições impostas pela Cláusula de Paz em relação a cada um desses tipos de subsídios foram as seguintes:

(a) Caixa verde (artigos 13(a)(i), 13(a)(ii) e 13(a)(iii) do AA): impedia demandas perante o OSC da OMC fundadas nos Artigos XVI e XXIII.1(b) do GATT 1994 e na Parte III do ASMC, bem como a aplicação de medidas compensatórias contra os subsídios domésticos considerados não distorcivos ou que distorçam minimamente o comércio agrícola (subsídios de caixa verde), desde que seus elementos constitutivos estejam totalmente em conformidade com o Anexo 2 do AA;

(b) Caixas amarela e azul (artigos 13(b)(i), 13(b)(ii) e 13(b)(iii) do AA):

(b.1) isenta as medidas de caixa amarela e azul da imposição de medidas compensatórias, a menos que a existência de uma determinação de dano ou ameaça de dano seja estabelecida, de acordo com o Artigo VI do GATT 1994 e da Parte V do Acordo sobre Subsídios, devendo ser utilizada a devida moderação para a abertura de quaisquer investigações em matéria de direitos compensatórios;

(b.2) isenta as medidas de caixa amarela e azul de ações (contenciosos) baseadas no parágrafo 1 do Artigo XVI do GATT 1994 ou nos artigos 5 e 6 do ASMC, desde que tais medidas não concedessem apoio a um produto de base específico além do apoio fixado durante o ano comercial de 1992; e

(b.3) isenta medidas de caixa amarela e azul de ações (contenciosos) baseadas na anulação ou prejuízo, em situação de não-violação, dos benefícios advindos de concessões tarifárias resultantes, para um outro membro, do Artigo II do GATT 1994, no sentido do parágrafo 1(b) do artigo XXIII do GATT 1994, desde que tais medidas não concedessem apoio a um produto de base específico além do apoio fixado durante o ano comercial de 1992;

(c) Subsídios à Exportação (artigos 13(c)(i) e 13(c)(ii) do AA): impedia demandas perante o OSC da OMC fundadas no Artigo XVI do GATT 1994 ou nos artigos 3, 5 e 6 do ASMC, bem como restringia a imposição de medidas compensatórias à determinação da existência de dano ou ameaça de dano baseada no volume, efeito em preços, ou conseqüente impacto, de acordo com o Artigo VI do GATT 1994 e com a Parte V do ASMC, utilizando-se a devida moderação para a abertura de quaisquer investigações em matéria de medidas compensatórias relacionadas a subsídios à exportação.

Tabela 1 – Cláusula de Paz: tipos de subsídios e as restrições estabelecidas

Tipo de subsídio	Contestação na OMC (Art. XVI do GATT e parte 3 do Acordo ASMC)	Medidas Compensatórias	Anulação ou prejuízo
Caixa verde	Não contestável	Não contestável	Não contestável
Caixa amarela	Somente se superiores aos níveis de 1992	Somente nos casos de dano/ameaça de dano	Somente se superiores aos níveis de 1992

Caixa azul	Somente se superiores aos níveis de 1992	Somente nos casos de dano/ameaça de dano	Somente se superiores aos níveis de 1992
Subsídios à exportação	Somente se superiores aos níveis declarados nos <i>Schedules</i>	Somente no caso de dano ou ameaça baseados no volume e efeitos no preço	Não se aplica

Fonte: AA (Artigo 13).

Conforme estabelecido pelo AA, o período de vigência desta cláusula seria de 1995 a 2003. Tendo o pedido de consultas brasileiro sido apresentado em 2002, houve grandes discussões sobre a aplicação dessa cláusula ao “Caso do Algodão”. A questão estava relacionada à alegação do Brasil de que os EUA haviam superado, para o algodão, os limites acordados para o ano de 1992, razão pela qual esses subsídios não estariam abrangidos pela Cláusula de Paz.

(d) O ônus da prova em relação à Cláusula de Paz: no “Caso do Algodão”, houve uma discussão considerável a respeito da inversão do ônus da prova no que se refere à Cláusula de Paz. Um dos assuntos-chave deste contencioso foi a determinação da natureza do artigo 13 do AA, isto é, se ele teria (ou não) a natureza de uma *affirmative defence* conforme alegado pelo Brasil, o que implicaria impor o ônus da prova da sua aplicação àquele que a invocasse, no caso, os EUA.

Ao tratar do assunto, o painel afirmou que aplicaria a regra usualmente utilizada nos procedimentos da OMC relativamente ao ônus da prova, exceto se o texto dos acordos sob análise indicasse outra forma³³. Assim, em princípio, o ônus da prova estaria com a parte (demandante ou demandada) que afirmasse a existência de determinado fato ou direito³⁴.

O painel entendeu que caberia ao demandante demonstrar que determinada medida adotada pela outra parte estaria dentro do alcance das obrigações supostamente desrespeitadas para então provar que estas medidas desrespeitaram tais obrigações, como expresso na passagem abaixo:

Na visão do painel, fazer valer a afirmativa de uma reivindicação requer primeiramente que o denunciante mostre que uma medida se enquadra no escopo de uma obrigação positiva, isto é, que a obrigação é aplicável à medida, para então mostrar que a medida é inconsistente com essa obrigação³⁵.

Ao retornar ao artigo 13 do AA, o painel observou que os textos dos acordos sob análise não continham qualquer regra especial sobre o ônus da prova e, portanto, concluiu que o artigo 13 não teria a natureza de uma *affirmative defence*. Assim, deixou claro que era o Brasil o responsável por provar que as medidas norte-americanas sob análise não satisfaziam as regras do artigo 13 do AA e, portanto, não estavam sob a proteção da Cláusula de Paz:

De acordo com a regra usual a respeito do ônus da prova, o autor, Brasil, carrega o ônus inicial de demonstrar que as medidas em questão se enquadram no escopo de obrigações com que alega que as medidas são inconsistentes. Isso inclui o ônus de demonstrar que tais medidas não satisfazem as condições do artigo 13 do Acordo sobre Agricultura³⁶.

É importante lembrar que o artigo 13 do AA estabelece três situações em que determinadas medidas não poderão ser questionadas e declara que tais situações se aplicam *não obstante as disposições do GATT 1994 e do ASMC*. No entanto, o painel concluiu³⁷ que o mero uso (*the mere use*) da palavra *não obstante* não é suficiente para determinar a inversão do ônus da prova.

O Brasil destacou que os EUA haviam violado a Cláusula de Paz ao conceder a seus produtores de algodão subsídios de caixa amarela e azul em valor superior aos níveis verificados em 1992. Enquanto os EUA gastaram em 1992 cerca de US\$ 2,012 bilhões de subsídios para o algodão, este valor subiu para US\$ 3,404 bilhões em 1999 e US\$ 3,140 bilhões em 2002.

Para chegar a esse valor, o Brasil buscou demonstrar que os EUA haviam notificado como sendo de caixa verde subsídios que, na realidade, deveriam ter sido notificados na caixa amarela, uma vez que eles não respeitavam todos os requisitos previstos no Anexo 2 do AA para serem considerados não distorcivos. Tal alegação decorria do disposto no Anexo 2, parágrafo 6(b) do AA, que estabelecia como um dos critérios para que o apoio desvinculado da renda fosse considerado não-distorcivo a sua não-correlação com o tipo de produção, conforme se verifica a seguir:

6. Apoio desvinculado de renda

a) (...);

b) O montante de tais pagamentos em um determinado ano não usará como base nem estará relacionado com o tipo ou o volume da produção (incluindo-se o número de cabeças de gado) realizada pelo produtor em qualquer ano após o período base.

Questionando a interpretação da cláusula, os EUA apontaram para o fato de que os seus subsídios não haviam ultrapassado os limites impostos, estando imunes a qualquer tipo de ação. Alegaram que o erro dizia respeito à interpretação inadequada dos programas de subsídios e, especialmente, da aplicação da expressão “produto de base específico” presente no artigo 13(b)(ii) do AA, *in verbis*:

Artigo 13

Devida Moderação

Durante o período de implementação, não obstante as disposições do GATT 1994 e do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (“Acordo sobre Subsídios”):

(...)

b) As medidas de apoio interno consubstanciadas na Lista de cada membro, que estejam totalmente em conformidade com as disposições do Artigo 6 do presente Acordo, incluindo os pagamentos diretos que atendam aos critérios enunciados no parágrafo 5 de tal Artigo, assim como o apoio interno dentro dos limites dos níveis de *de minimis* e em conformidade com as disposições do parágrafo 2 do Artigo 6:

(...)

ii) estarão isentas de ações baseadas no parágrafo 1 do Artigo XVI do GATT 1994 ou nos Artigos 5 e 6 do Acordo sobre Subsídios, *desde que tais medidas não concedam apoio a um produto de base específico além do apoio comercial fixado durante o ano de 1992*". (g.n.)

Conforme se verifica, a interpretação da conformidade ou não dos programas *PFC* e *DP* aos requisitos do Anexo 2 do AA é que definiu a questão. Se por um lado esses programas foram conferidos para diversas *commodities*, por outro traziam limitações quanto à flexibilidade para a escolha das culturas a serem produzidas, sobretudo com restrições à plantação de frutas e vegetais, conforme visto anteriormente³⁸. Com isso, acabaram por permitir uma correlação do apoio ao tipo da produção e assim violaram o disposto no Anexo 2, parágrafo 6(b) do AA³⁹.

Foi esse o entendimento do painel, posteriormente confirmado pelo Órgão de Apelação. De acordo com o Órgão de Apelação, a desvinculação dos pagamentos da produção sob a égide do parágrafo 6 do Anexo 2 do AA não estaria relacionada ou baseada em requisitos positivos para a produção de certas culturas ou negativos para deixar de produzir certas culturas ou uma combinação de ambos.

Assim, os programas *PFC* e *DP* foram considerados não desvinculados no sentido das disciplinas do parágrafo 6 do Anexo 2 do AA⁴⁰ e por isso foram desconsiderados como subsídios de caixa verde excetuados dos compromissos de redução e, portanto, não estariam protegidos de questionamento em razão do artigo 13(b)(ii) do AA. Com isso, o Órgão de Apelação também confirmou que as medidas norte-americanas de apoio doméstico questionadas pelo Brasil não estariam amparadas pela exceção da Cláusula de Paz contra ações (contenciosos) fundadas no Artigo XVI.1 do GATT e nos artigos 5 e 6 do ASMC⁴¹.

1.4.3 Sérios prejuízos aos interesses brasileiros: significativa contenção do aumento de preços⁴²

De acordo com o artigo 5(c) do ASMC, “nenhum membro deverá causar, por meio da aplicação de qualquer subsídio mencionado nos parágrafos 1 e 2 do artigo 1, efeitos danosos aos interesses de outros membros, isto é, (c) grave dano (ou prejuízo) aos interesses de outro membro”. O artigo 6 do ASMC, por sua vez, determina em quais hipóteses ocorrerá o grave dano ou prejuízo, como se verifica a seguir:

Artigo 6

Grave Dano

1. Ocorrerá grave dano no sentido do parágrafo (c) do Artigo 5 quando:

(a) o subsídio total, calculado *ad valorem*, ultrapassar 5 por cento;

(b) os subsídios destinarem-se a cobrir prejuízos operacionais incorridos por uma indústria;

(c) os subsídios destinarem-se a cobrir prejuízos operacionais incorridos por uma empresa, salvo se se tratar de medida isolada, não recorrente, que não possa ser repetida para aquela empresa e que seja concedida apenas para dar-lhe o tempo necessário para desenvolver soluções de longo prazo e evitar graves problemas sociais;

(d) ocorra perdão direto de dívida, isto é, perdão de dívida existente com o governo, ou ocorra doação para cobrir o reembolso de dívidas.

2. Em que pese o disposto no parágrafo 1, não ocorrerá grave dano se o membro outorgante do subsídio demonstrar que o mesmo não produziu nenhum dos efeitos enumerados no parágrafo 3.

3. Ocorrerá grave dano no sentido do parágrafo (c) do Artigo 5 sempre que ocorra um ou a combinação de vários dos seguintes efeitos:

(a) deslocar ou impedir a importação de produto similar produzido por outro membro no mercado do membro outorgante do subsídio;

(b) deslocar ou impedir a exportação de produto similar produzido por um membro no mercado de terceiro país;

(c) provocar significativa redução do preço do produto subsidiado em relação ao preço do produto similar de outro membro no mesmo mercado, ou significativa contenção de aumento de preços, redução de preços ou perda de vendas no mesmo mercado;

(d) aumentar a participação no mercado mundial de determinado produto primário ou de base subsidiado pelo membro outorgante, quando se compara com a participação média que o membro detinha no período de três anos anteriores e quando tal aumento se mantém como firme tendência durante algum tempo após a concessão dos subsídios.

Com base nessas hipóteses, o Brasil alegou que os EUA haviam causado e continuavam causando graves prejuízos aos interesses brasileiros em razão, sobretudo:

(a) da significativa redução dos preços do algodão no mercado norte-americano, mundial e brasileiro, bem como da significativa contenção de aumento de preços, redução de preços ou perda de vendas no mesmo mercado, causada pelos subsídios concedidos pelo governo dos EUA, violando os artigos 5(c) e 6.3(c) do ASMC;

(b) do aumento substancial da participação do algodão norte-americano subsidiado no mercado mundial, violando os artigos 5(c) e 6.3(d) do ASMC, bem como os Artigos XIV.1 e XVI.3 do GATT 1994.

Assim, foi em torno da interpretação desse artigo que versaram as argumentações de ambas as partes. Nesse contexto, o Brasil alegou que os programas norte-americanos para o algodão contribuíram para uma significativa superprodução e resultaram em um aumento das exportações de algodão dos EUA, particularmente durante os anos de 1999-2002.

Já os EUA afirmaram que os subsídios conferidos aos seus produtores de algodão estavam dentro dos limites permitidos pela OMC. Segundo os EUA, o declínio no uso doméstico contribuiu para um aumento nas exportações de algodão bruto, além de fatores relacionados ao mercado (concorrência, fibras sintéticas de baixo preço, baixo crescimento econômico mundial), o que contribuiu para reduzir o nível dos preços durante o período em questão.

O painel, ao analisar os subsídios quanto ao preenchimento dos requisitos necessários para o seu questionamento perante as regras da OMC, afirmou que os programas *Step 2*, *MLP*, *PFC*, *DP*, *MLA*, *CCP*, *CIP* e *Cottonseed payments* constituíam contribuições financeiras no sentido do artigo 1 do ASMC e por isso poderiam ser considerados subsídios. No que se refere à sua especificidade (artigo 2 do ASMC⁴³), o painel também

entendeu que todos os subsídios em questão preenchiam o requisito da especificidade.

Na análise da ocorrência de “grave prejuízo”, foi considerada em primeiro lugar a demanda fundada na significativa contenção de aumento de preços (*price suppression*) no mercado mundial, destacada no item 6.3(c) do ASMC. Nesse contexto, três elementos foram considerados na verificação da ocorrência da referida contenção, sendo eles: (i) a relativa magnitude da produção e exportação dos EUA no mercado mundial de algodão; (ii) as tendências gerais de preços; e (iii) a natureza dos subsídios conferidos para o algodão, se vinculados ou não aos preços de mercado⁴⁴.

Quanto ao primeiro ponto, o painel considerou que devido à enorme proporção da produção e exportação norte-americana de algodão, os EUA exerceram influência significativa nos preços de algodão no mercado mundial. Em relação à produção no período de 1999 a 2002, os EUA foram o segundo maior produtor do mundo, tendo sua porcentagem chegado a, aproximadamente, 19,2% (1999), 19,3% (2000), 20,6% (2001) e 19,6% (2002). Em relação às exportações, os EUA foram o maior exportador de algodão do mundo no período referido, chegando a 23,5% (1999), 24,5% (2000), 37,3% (2001) e 39,9% (2002).

Em relação ao item concernente às tendências de preço, o painel entendeu que não bastava uma simples verificação de queda e elevação dos preços mundiais em um dado período⁴⁵. Para se ter uma definição a respeito das tendências de preço, seria necessário o exame da ocorrência da contenção do aumento de preços, ou seja, se os preços estariam inferiores se comparados sem que houvesse a concessão de subsídios.

O painel entendeu que deveria se utilizado, para a análise da contenção de preços no caso, o índice denominado *A-Index*⁴⁶, por reconhecer que referido índice poderia refletir o preço mundial no mercado internacional de algodão. Desse modo, a queda dos preços internacionais de algodão, de 1996 a 2001, analisada a partir do índice supramencionado, foi relacionada pelo painel à concessão dos subsídios norte-americanos vinculados ao preço de mercado.

Para ilustrar essa relação com o *A-index*, o painel mencionou que, além da vinculação do *Step 2* com o preço, eles dependiam da relação entre o *A-*

Index e o *United States Adjusted World Price (AWP)*, afetando, portanto, as cotações mundiais do algodão.

Relativamente aos programas *PFC* e *DP*, o painel entendeu que tendo em vista não serem dependentes dos preços de mercado, e sim da produção, seus efeitos no preço mundial do algodão não eram facilmente verificáveis, o que minimizava os efeitos entre esses subsídios, o produto subsidiado e as variações de preços de mercado, afastando esses programas do enquadramento na definição de contenção de preços.

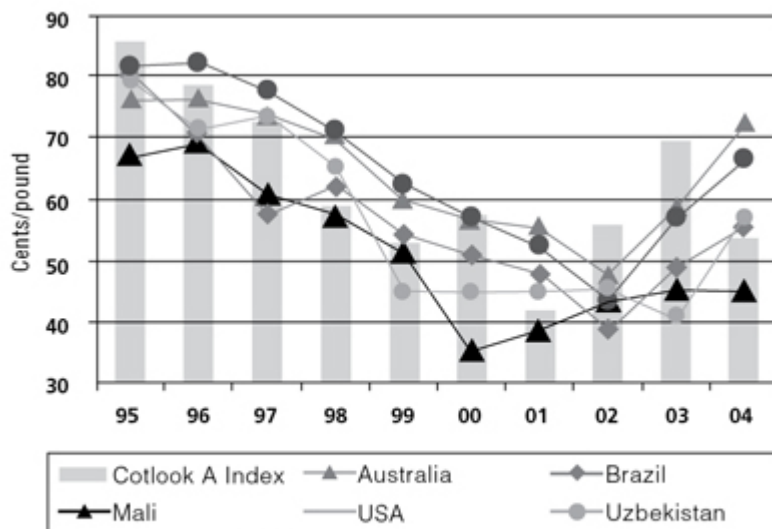
Por outro lado, o painel fez um levantamento dos programas de subsídios para o algodão que estariam diretamente vinculados aos níveis de preço de mercado, chegando aos seguintes programas: *MLP*, *Step 2*, *MLA* e *CCP*. Ao definir esses programas, destacou que eles envolviam uma quantia muito elevada de recursos do governo norte-americano para o algodão e, além disso, estavam vinculados à flutuação de preços de mercado, por meio de um nexo de causalidade⁴⁷.

Esse entendimento do painel em relação ao nexo de causalidade teve quatro fundamentos⁴⁸: (i) os EUA exerciam uma influência substancial no mercado mundial de algodão; (ii) os subsídios vinculados a preço estavam diretamente relacionados aos preços mundiais para o algodão, isolando os produtores norte-americanos dos preços baixos; (iii) existia uma coincidência temporal verificável entre a contenção dos preços no mercado mundial e os subsídios vinculados a preços nos EUA; e (iv) evidência confiável relacionada à divergência entre os custos totais de produção dos produtores norte-americanos e as receitas das vendas de algodão desde 1997 que permitia a afirmação de que os produtores norte-americanos de algodão não teriam sido economicamente capazes de permanecer na produção de algodão se não fosse pelos subsídios em questão e que o efeito dos subsídios seria permitir aos produtores norte-americanos vender algodão a um preço inferior àquele que de outra forma teria sido necessário para cobrir os seus custos totais. Nesse sentido, segundo André Meloni Nassar:

Os preços mundiais do algodão diminuíram entre 1995 e 2002 em razão de dois fatores principais. Um foi a estabilização das importações mundiais devido a uma

redução da demanda de importação da China. O outro foi a expansão das exportações dos EUA iniciada em 1999. Os subsídios norte-americanos ao algodão ajudaram os produtores de algodão dos EUA a aumentar sua produção apesar da falta de dinamismo do mercado mundial. Isto exacerbou a queda do preço internacional e foi o principal motivo para o caso do algodão na OMC e para a iniciativa africana com relação ao algodão⁴⁹.

Gráfico 1 — Preços internacionais de algodão x Valores Unitários de Exportação



Fonte: ICAC, FAOSTAT.

Elaboração: André Nassar.

Os EUA, em sua apelação, afirmaram que a expressão “no mesmo mercado” (artigo 6.3(c) do ASMC) não poderia ser entendida como mercado mundial, mas sim um mercado doméstico de um membro. O Órgão de Apelação rejeitou este argumento para confirmar o entendimento do painel de que a expressão “no mesmo mercado” pode sim ser entendida como “mercado mundial”, uma vez que a única limitação contida no referido dispositivo está no termo “mesmo” e não no termo “mercado”.

Além disso, os EUA alegaram que o painel havia errado ao entender que o efeito dos subsídios vinculados aos preços é uma significativa contenção

de preços, uma vez que o painel deixou de analisar (i) um importante aspecto relacionado à decisão dos produtores a respeito de qual *commodity* produzir; (ii) dados indicando que a produção norte-americana de algodão respondia a estímulos de mercado; e (iii) em que medida a alegada redução na produção de algodão decorrente da ausência dos subsídios norte-americanos iria aumentar o fornecimento por outros países.

O Órgão de Apelação, ao examinar o argumento norte-americano supramencionado, afirmou que o exame do painel a respeito do nexo de causalidade estava correto e com isso confirmou também esta parte do relatório do painel, analisando detalhadamente cada um dos pontos já decididos. Assim, o painel entendeu que esses pagamentos estimulavam a produção e as exportações de algodão dos EUA e resultavam em preços inferiores aos que a *commodity* poderia alcançar no mercado mundial, caso eles não existissem.

Em relação ao efeito dos subsídios no tempo, o Órgão de Apelação teve um importante entendimento, ao afirmar que o efeito de um subsídio pode continuar após o ano em que é concedido, não acolhendo assim a alegação dos EUA de que os subsídios somente deveriam ser considerados para o período para o qual fossem concedidos.

1.4.4 A alegação de ameaça de grave prejuízo

O Brasil entendeu que os seguintes programas norte-americanos constituíam subsídios acionáveis: (a) garantia de crédito à exportação sob o programa *GSM 102*; (b) pagamentos a exportadores e a usuários domésticos, por meio do *Step 2*; (c) pagamentos *MLP*; (d) *DPs*; (e) pagamentos *CCP*; (f) pagamentos de seguro agrícola.

O Brasil alegou que tais medidas traziam a ameaça de sérios prejuízos de acordo com os artigos 5(c), 6.3(c) e 6.3(d) do ASMC e Artigos XVI.1 e XVI.3 do GATT 1994, pois:

(i) havia a ameaça de diminuir os preços do algodão nos EUA, no mundo e, conseqüentemente, no Brasil, em violação aos artigos 5(c) e 6.3(c) do ASMC;

(ii) havia a ameaça de aumentar a parcela do algodão norte-americano no mercado mundial, em violação aos artigos 5(c) e 6.3(d) do ASMC; e

(iii) havia a ameaça de permitir que os EUA continuassem a ter mais que a parcela eqüitativa de mercado.

O painel entendeu que a argumentação brasileira estaria exclusivamente focada na interpretação errônea da frase *world market share* no artigo 6.3(d) do ASMC. Como o Brasil também se baseou na mesma interpretação nessa ameaça, o painel entendeu que o Brasil não estabeleceu um caso de violação *prima facie* do artigo 6.3(d). O Órgão de Apelação deixou de se pronunciar a este respeito, tendo em vista que a alegação de ameaça de grave prejuízo nos termos do ASMC não fez parte da apelação brasileira⁵⁰.

Não resta sem conseqüência a ausência de manifestação do painel e do Órgão de Apelação no caso do Algodão acerca do padrão de análise da “ameaça de grave prejuízo”, na medida em que tal indefinição pode inibir a apresentação de contenciosos sob tal fundamento. Isso porque, como se sabe, a aplicação e interpretação dos acordos da OMC por parte dos Painéis e do Órgão de Apelação têm impacto determinante sobre a atuação dos membros naquele foro. Este artigo procura apresentar, portanto, sugestão de interpretação do conceito de “ameaça de prejuízo grave”.

Como mencionado anteriormente, o artigo 5.1 do ASMC prevê que “nenhum membro deverá causar, por meio da aplicação de qualquer subsídio mencionado nos parágrafos 1 e 2 do artigo 1, efeitos danosos aos interesses de outros membros, isto é: (...) (c) grave dano aos interesses de outro membro”⁵¹. Nesse sentido, a nota de rodapé 13 do ASMC dispõe que “o termo ‘grave dano aos interesses de outro membro’ é usado neste Acordo no mesmo sentido em se encontra no parágrafo 1 do artigo XVI do GATT 1994, e inclui a ameaça de grave dano”⁵².

Diante da ausência até o momento de critérios claros a respeito da forma como se deve provar um caso de ameaça de prejuízo grave, quer-se crer que critérios interpretativos utilizados pelo Órgão de Apelação em relação a termos semelhantes constantes em outros contextos possam servir de alguma referência. Ao se assim fazer, não se ignora o fato de as mesmas expressões em um determinado acordo internacional terem significado diferente em outro acordo. Todavia, pelas razões expostas abaixo, parece que os conceitos utilizados pelo Órgão de Apelação em outros contextos

possam servir, ao menos, de ponto de partida para a interpretação ora sugerida.

Em um caso envolvendo a aplicação de medidas de salvaguardas (*US – Line Pipe*⁵³), o Órgão de Apelação considerou que a análise da “ameaça de grave dano” (“*threat of serious injury*”) deve ser entendida como um antecedente à geração de um “grave dano” (“*serious injury*”). Segundo aquele relatório, a “ameaça de dano grave” deve ser analisada como se fosse um “grave dano”, mas em um grau menor (“*lower threshold*”):

167. Por estas razões, nós concordamos com o painel no sentido de que as respectivas definições de “grave dano” e de “ameaça de grave dano” são dois conceitos distintos aos quais devem ser conferidos sentidos distintos ao interpretar o Acordo sobre Salvaguardas. Não obstante, embora nós concordemos com o painel que o Acordo sobre Salvaguardas estabelece uma distinção entre “grave dano” e “ameaça de grave dano”, nós não concordamos com o painel que uma exigência segue tal distinção para se diferenciar “grave dano” ou “ameaça de grave dano” ao fazer uma determinação que se relaciona à aplicação de uma medida de salvaguarda.

168. Em nossa opinião, estas duas definições refletem a realidade de como o dano ocorre a uma indústria doméstica. Na seqüência de eventos que enfrenta determinada indústria doméstica, é justo assumir que, freqüentemente, há uma progressão contínua dos efeitos prejudiciais que culminam no que pode ser determinado como “grave dano”. Grave dano geralmente não ocorre de repente. O grave dano presente é freqüentemente precedido por um dano que ameaça clara e iminentemente se transformar em grave dano, como nós indicamos no caso “US – Lamb”. Grave dano é, em outras palavras, a realização de uma ameaça de grave dano. Embora, em cada caso, a autoridade investigadora chegará à conclusão em conformidade com Artigo 3 do Acordo sobre Salvaguardas, o ponto preciso onde uma “ameaça de grave dano” se transforma em “grave dano” pode às vezes ser difícil de discernir. Mas, claramente, “grave dano” é algo além de uma “ameaça de grave dano”.

169. Em nosso entendimento, definir a “ameaça de grave dano” separadamente de “grave dano” serve à finalidade de ajustar um grau menor para estabelecer o direito de aplicar uma medida de salvaguarda. Nossa leitura do Acordo sobre Salvaguardas conduz-nos a concluir que esta foi a intenção utilizada pelos membros no Acordo para que um membro importador possa agir mais rápido para ter uma ação preventiva quando o aumento das importações impuser uma “ameaça” de “grave dano” a uma indústria doméstica, mas que não causou ainda “grave dano”. E, desde que uma “ameaça” de “grave dano” seja definida como “grave dano” “claramente iminente”,

segue logicamente, o entendimento de que “grave dano” é uma circunstância que esteja acima do grau menor de uma “ameaça”. Um “grave dano” está além do que pode ser considerado uma “ameaça”, e, conseqüentemente, está acima do grau menor de uma “ameaça” que seja necessária para estabelecer o direito de aplicar uma medida de salvaguarda⁵⁴.

O desenvolvimento de um padrão de análise claro a respeito do estabelecimento de casos baseados em “ameaça de prejuízo grave”, no contexto do artigo 6 do ASMC, não apresenta apenas interesse acadêmico. Tal desenvolvimento poderá ter importância mais relevante em relação a subsídios cuja concessão esteja atrelada a critérios relativamente objetivos, permitindo uma aferição precisa, assim que determinadas condições sejam atingidas. É o caso dos pagamentos *CCP*, os quais são conferidos sempre que o preço efetivo (soma dos pagamentos diretos mais o maior dos preços médios nacionais para um ano de mercado ou o *loan rate*) caia a um patamar inferior ao preço-alvo.

Por exemplo, por meio de estudos econômicos, poder-se-ia aferir o volume de subsídios a ser conferido uma vez que o preço do produto caia abaixo do patamar determinado em lei. Conseqüentemente, com o cálculo do volume de subsídios a ser concedido, poder-se-á aferir o potencial de penetração das exportações subsidiadas em determinado mercado, por meio da determinação do provável preço a que o produto subsidiado deverá ser exportado, comparado com os preços dos demais países concorrentes.

Para tanto, poder-se-á utilizar um teste comum de elasticidade-cruzada, de forma a determinar a quantidade de produto do membro demandante que deixaria de ser adquirida caso o produto subsidiado pelo membro demandado seja comercializado a um determinado patamar de preços (somente atingível por efeito dos subsídios futuros). Com isso, chegar-se-ia a uma situação provável de retirada (*displacement*) em um terceiro mercado, prevista no artigo 6.3.“b” do ASMC.

Para fins de determinação da probabilidade do potencial prejuízo grave, o cálculo poderá ser realizado em relação aos principais mercados de exportação do produto subsidiado nos últimos anos ou em relação aos quais poderiam auferir maior rentabilidade (aqui, a teoria dos jogos poderia ser de valia, para fins de antecipação do comportamento racional das exportações

subsidiadas, em caso de concessão futura de subsídios em determinado patamar).

Em uma situação extrema, se existirem apenas dois produtores de um determinado produto no mercado mundial, o impacto da queda dos preços do produto subsidiado terá por efeito direto a retirada (*displacement*) de vendas realizadas pelo membro demandante. Uma queda de $X\%$ poderá causar a perda de vendas de Y toneladas, enquanto a queda em $2X\%$ poderá levar à perda de vendas de $5Y$ toneladas e assim por diante. Caso os subsídios venham a implicar a possibilidade de se reduzir os preços a um patamar de $3X\%$, poderá ser relativamente fácil para um economista calcular o potencial de perda de vendas das exportações do membro demandante.

O fato de o Órgão de Apelação ter classificado a análise da ameaça de dano grave (no caso de salvaguardas) como um exercício “prospectivo” dá base à utilização de modelos probabilísticos e econômicos na determinação dos efeitos futuros da concessão futura de subsídios, caso determinado patamar de preço seja atingido.

(...) um exame apropriado se uma ameaça de grave dano foi causada por importações necessitou de uma análise prospectiva da situação atual com vista a determinar se uma “mudança nas circunstâncias” foi “iminente”. ... [tal] determinação ... requereu uma análise de desenvolvimentos futuros no que diz respeito ao volume, efeitos do preço das importações e de seu conseqüente impacto na indústria doméstica⁵⁵.

O painel em *US – Lamb* utilizou-se da mesma orientação e interpretação prospectiva (“*future-oriented analysis*”) em relação aos fatores de determinação da “ameaça” a que se referia:

Entretanto, nós acreditamos que a indicação acima do painel do caso *México – Syrup* fornece orientação útil também para disputas sobre salvaguardas, e além de confirmar nosso entendimento de que um exame da existência da ameaça de grave

dano implica uma análise da condição da indústria doméstica, considerando-se o futuro, de que é distinto de um exame se existe grave dano atual.

(...)

Veja, também o caso *Argentina – Footwear*, no parágrafo 8.284, em que o painel entendeu que uma análise da ameaça de grave dano no contexto das salvaguardas é separada de uma análise de grave dano real: “o quesito da ameaça, ao invés ou além do entendimento de grave dano atual, deve ser explicitamente examinado em uma investigação e ser suportado pela evidência de acordo com o Artigo 4.2 (a-c)”⁵⁶.

Com isso, ao invés de se esperar que o prejuízo grave se concretize, poder-se-ia, com base em estudos econômicos fundamentados, antecipar-se a tais efeitos, evitando-se a dispersão de comércio (*trade diversion*) causada pelos subsídios.

O ponto crucial reside no eventual convencimento de Painéis e do Órgão de Apelação no tocante à demonstração da “ameaça de prejuízo grave” tomando por base apenas estudos econômico-probabilísticos. Por isso que se faz premente a necessidade de o Órgão de Apelação julgar algum caso em que tal prova seja produzida, pois poderá fornecer elementos adicionais do padrão de análise a ser empregado, em especial, sobre a necessidade de apresentação de provas adicionais⁵⁷.

A aplicação das conclusões do relatório do caso *US – Pipe Line* no âmbito do ASMC não é desarrazoada, devendo ser considerada como *useful guidance*. O Órgão de Apelação tem aplicado intercambialmente decisões referentes aos acordos sobre regras (*antidumping*, subsídios e salvaguardas). Ademais, a nota de rodapé 13 do ASMC prevê que o termo “ameaça” mencionado no ASMC será interpretado da mesma forma que o artigo XVI do GATT 1994. Ao assim definir, a nota de rodapé 13 atribui o mesmo significado ao termo “ameaça” a todas as vezes em que tal termo aparece no ASMC.

O termo “ameaça” consta de outras disposições do ASMC, em especial na Parte IV, que trata das medidas compensatórias (artigo 15.7), com redação bastante próxima àquela prevista no artigo 3.7 do Acordo *Antidumping*⁵⁸ (isso por terem sido negociados simultaneamente⁵⁹). A redação do artigo 3.7 do Acordo *Antidumping*, por sua vez, é basicamente a

mesma daquela constante no artigo 4.1.(b) do *Acordo sobre Salvaguardas*⁶⁰, o qual foi interpretado pelo Órgão de Apelação no caso *US – Pipe Line*.

É interessante notar que o Órgão de Apelação não exclui a possibilidade de, no âmbito de uma investigação para aplicação de medidas de salvaguardas, se fazer um pedido cumulado de “dano grave” e de “ameaça de dano grave”. De fato, para o Órgão de Apelação o fato de existir uma “ameaça de dano grave” não exclui a possibilidade de se demonstrar que a mesma indústria doméstica também sofreu “dano grave”:

170. Nós enfatizamos que estamos tratando aqui da primeira de duas questões que mencionamos previamente e que devem ser conduzidas por um intérprete do Acordo sobre Salvaguardas: se há um direito em um caso particular de aplicar uma medida de salvaguarda. A pergunta em questão é se há um direito em um caso particular de aplicar uma medida de proteção. A pergunta em questão é se há um direito neste caso particular. Assim, uma vez que exista o direito, se entendido pelas autoridades competentes pela existência de uma “ameaça de grave dano” ou – algo além – “grave dano”, então parece-nos que é irrelevante determinar se existe um direito, se houver “grave dano” ou somente uma “ameaça de grave dano” – mesmo que haja um entendimento de que há pelo menos uma “ameaça”. Com relação à condição de prejuízo de uma indústria doméstica que ascende de uma “ameaça de grave dano” até “grave dano”, nós verificamos “grave dano” – porque é algo além de uma “ameaça” – como necessariamente inclui o conceito de uma “ameaça” e excede a presença de uma “ameaça” para finalidade de responder à questão: há um direito de aplicar uma medida de salvaguarda?

171. Baseado nesta análise do contexto mais relevante da frase “causa ou ameaça de causar” do Artigo 2.1, nós não vemos essa frase necessariamente com o significado de um ou outro, e também não de ambos. Essa cláusula poderia também significar um ou o outro, ou ambos na combinação. Conseqüentemente, para as razões que nós definimos, nós entendemos que isso não importa – para a finalidade de determinar se há um direito de aplicar uma medida de salvaguarda sob o Acordo sobre Salvaguardas – se uma autoridade doméstica entende que há “grave dano”, “ameaça de grave dano”, ou, como o USITC entendeu aqui, “grave dano ou ameaça de grave dano”. Em alguns daqueles eventos, o direito de aplicar salvaguardas está estabelecido em nosso entendimento.

172. Nós discordamos do painel que a exigência de uma determinação de grave dano ou de ameaça de graves danos resulta da redação do Artigo 5.1. O entendimento do painel é baseado na suposição de que a extensão permissível da medida depende de

um de dois objetivos: prevenir a ameaça de grave dano ou de remediar dano atual. Como nós explicaremos mais tarde neste relatório, a extensão permissível de uma medida de salvaguardas é definida pela parte de grave dano que é atribuído ao aumento das importações, não pela caracterização que a autoridade competente atribui à situação da indústria. Por esta razão, nós acreditamos que o raciocínio do painel no Artigo 5.1 não resolve ou, de fato, pertence ao assunto levantado nesta apelação relacionado à interpretação textual do artigo 2.1⁶¹.

Será interessante verificar como o painel e, talvez, o Órgão de Apelação deverão se pronunciar sobre o tema, caso se estabeleça um painel em decorrência do pedido de consultas recentemente apresentado pelo Canadá contra os EUA, também referente a subsídios de milho, o qual inclui alegação de ameaça de dano⁶².

1.4.5 A legalidade do programa *Step 2*

Conforme descrito anteriormente, o programa de subsídios *Step 2* possui duas vertentes, sendo uma para usuários domésticos e a outra para a exportação. O painel apreciou o programa sob ambos os aspectos. O Brasil sustentou que o *Step 2* para usuários domésticos seria um subsídio para a substituição das importações, o qual estaria vinculado ao uso de produtos nacionais em detrimento de produtos importados e, portanto, incompatível com o artigo 3.1(b) e 3.2 do ASMC⁶³. Os EUA alegaram que este programa estaria compreendido em seus compromissos de redução de subsídios domésticos, de acordo com o disposto no artigo 6.3 do AA, razão pela qual ele não poderia violar o artigo 3.1(b) do ASMC. O painel rejeitou esta alegação por não verificar qualquer conflito entre as disciplinas do AA e do ASMC.

Ao analisar a apelação dos EUA, na qual ele levantou o mesmo ponto destacado no parágrafo anterior, o Órgão de Apelação afirmou que o AA prevalece sobre o artigo 3 do ASMC somente quando ele contiver uma exceção⁶⁴. Ao entender que o artigo 6.3 do AA não tinha qualquer relação com os subsídios vinculados ao uso preferencial de produtos nacionais, com isso rejeitou o argumento norte-americano de que o artigo 3.1(b) não se aplicaria ao caso. Assim, o Órgão de Apelação sustentou o entendimento do painel de que o programa *Step 2* para usuários domésticos de algodão norte-

americano seriam subsídios vinculados ao uso preferencial de produtos nacionais em detrimento de produtos estrangeiros e então seriam inconsistentes com os artigos 3.1(b) e 3.2 do ASMC.

Por outro lado, o programa *Step 2* destinado às exportações norte-americanas de algodão foi considerado, pelo Brasil, como um subsídio à exportação *per se*, listado no artigo 9.1(a)⁶⁵ do AA, e inconsistente com os artigos 3.3⁶⁶ e/ou 8⁶⁷ do AA, bem como com os artigos 3.1(a) e 3.2 do ASMC. Embora os EUA mantivessem a posição de que este subsídio estaria disponível para usuários domésticos e por isso não violaria os dispositivos supramencionados do ASMC, o painel entendeu que eles se enquadrariam nas disposições do artigo 9.1(a) do AA e assim estariam em violação aos artigos 3.3 e 8 do AA e 3.1(a) e 3.2 do ASMC. Com isso, recomendou que os EUA deveriam extinguir tais programas em, no máximo, seis meses da data de adoção do relatório do painel pelo OSC ou no dia 1º de julho de 2005 (a data que chegasse primeiro)⁶⁸.

O Órgão de Apelação, em sua análise, afirmou que os pagamentos *Step 2* devem ser requeridos pelos exportadores com a apresentação de documentos que comprovem a exportação de algodão elegível, o que confirma que o pagamento é vinculado à exportação, isto é, vinculado ao desempenho exportador.

Com isso, o Órgão de Apelação confirmou o entendimento do painel em relação ao programa *Step 2* para exportadores de algodão, no sentido de que eles constituem subsídios vinculados ao desempenho exportador no sentido do artigo 9.1(a) do AA e, portanto, ao conceder tais subsídios os EUA agiram de maneira incompatível com suas obrigações relativas aos artigos 3.3 e 8 do AA e ao artigo 3.1(a) do ASMC.

1.4.6 A legalidade dos programas de crédito à exportação

O Brasil questionou três tipos de programas de garantia de crédito à exportação dos EUA, sendo eles o *GSM 102*, o *GSM 103* e o *SCGP*. Nesse sentido, o Brasil alegou que esses programas violavam os artigos 10.1 e 8 do AA, e portanto não estariam excetuados, com base no artigo 13(c)(ii), de ações fundadas nos artigos 3.1(a) e 3.2 do ASMC. Em resposta, os EUA afirmaram que o artigo 10.2 do AA dispunha que as disciplinas de subsídio à exportação do AA e ASMC não seriam aplicáveis aos programas de

garantia de crédito à exportação, uma vez que o referido dispositivo afirmava que os membros se comprometeriam a elaborar normas para reger a concessão de créditos à exportação, em tese, ainda inexistentes:

Artigo 10.

Prevenção contra Tentativas de Eludir os Compromissos de Subsídios à Exportação

1. Os subsídios à exportação não arrolados no parágrafo 1 do Artigo 9 não serão aplicados de maneira a resultar ou a ameacem resultar em tentativa de eludir (circumvent) os compromissos em matéria de subsídios à exportação; nem tampouco as transações não comerciais serão utilizadas para eludir tais compromissos.

2. Os membros se comprometem a esforçar-se pela elaboração de disciplinas internacionalmente acordadas para reger a concessão de créditos à exportação, garantias de créditos à exportação ou programas de seguro e, após acordo tais disciplinas, a conceder os créditos à exportação, as garantias de créditos à exportação ou os programas de seguro em conformidade unicamente com as mesmas.

3. Qualquer membro que alegue que uma quantidade exportada acima do nível de compromisso de redução não está subsidiada deverá demonstrar que para a quantidade exportada em questão não se concedeu qualquer subsídio à exportação, esteja ele ou não arrolado no Artigo 9.

O painel e posteriormente o Órgão de Apelação entenderam que os programas em questão estavam compreendidos nas disciplinas do item (j) da Lista Ilustrativa de Subsídios à Exportação prevista no Anexo I do ASMC⁶⁹ e ⁷⁰, constituindo assim subsídios à exportação nos termos do ASMC. Ressalte-se que o ônus de provar que as referidas medidas eram de fato subsídios à exportação recaiu sobre o Brasil, o qual conseguiu descaracterizar os programas *GSM 102*, *GSM 103* e *SCGP* como programas de garantia de crédito à exportação. Tendo em vista que esses “subsídios à exportação” eram conferidos para produtos agrícolas não listados e para um produto agrícola listado – o arroz – eludiram os compromissos de subsídio à exportação dos EUA, em violação ao artigo 10.1 do AA.

Com base nisso, o Órgão de Apelação confirmou o entendimento do painel ao destacar que os programas de garantia de crédito à exportação são

subsídios proibidos em face do artigo 3.1(a) do ASMC e são, conseqüentemente, incompatíveis com o artigo 3.2 do ASMC.

Ao afirmar que o artigo 10.2 não exclui expressamente as garantias de crédito à exportação das disciplinas de subsídios à exportação do artigo 10.1 do AA⁷¹, o que está em contraste com as disciplinas de outros acordos da OMC que claramente excetua certos produtos ou medidas que de outra forma se aplicariam enquanto não são criadas novas disciplinas multilaterais, o Órgão de Apelação confirmou a decisão do painel no sentido de que os programas de garantia de crédito à exportação não estão excetuados das disciplinas de subsídios à exportação do AA⁷², embora tenha havido opinião divergente por parte de um dos membros do Órgão de Apelação em relação a este ponto⁷³.

Por fim, o Brasil apelou também do entendimento do painel que estabeleceu que, por meio de seus programas de garantia de crédito à exportação considerados subsídios à exportação nos termos do artigo 10.1 do AA, os EUA tinham eludido seus compromissos de subsídio à exportação em relação ao arroz, excluindo o frango e a carne de porco deste entendimento.

Em sua apreciação, o Órgão de Apelação afirmou que o painel havia rejeitado o pedido do Brasil quanto às outras doze *commodities* listadas na lista de compromissos dos EUA e apoiadas pelos referidos programas sem qualquer justificativa, razão pela qual ele não confirmou o entendimento do painel. Entretanto, o Órgão de Apelação entendeu que existiam fatos insuficientemente contestados, o que impediria uma análise completa em relação aos produtos relacionados à carne de frango e de porco.

1.4.7 Os principais pontos da decisão, desenvolvimentos recentes e impactos para a Rodada Doha

O quadro abaixo, que é uma livre versão para o português daquele preparado por Josling, Zhao, Carcelen e Arha⁷⁴, resume os programas norte-americanos relacionados à produção de algodão e os principais elementos da decisão do painel no caso, elementos esses que não foram alterados substancialmente pelo Órgão de Apelação. Confira-se:

Programa	Decisão do painel	Providência
<i>Direct Payments (DP)</i>	<p>Não incluídos na caixa verde em função das restrições ao uso da terra</p> <p>Não causa significativa contenção ao aumento de preços no mercado mundial</p>	Como consequência, renotificar medidas de apoio doméstico dos anos anteriores
<i>Production Flexibility Contract payments (PFC)</i>	<p>Não incluídos na caixa verde em função das restrições ao uso da terra</p> <p>Não causa significativa contenção ao aumento de preços no mercado mundial</p>	Como consequência, renotificar medidas de apoio doméstico dos anos anteriores
<i>Market Loss Assistance payments (MLA)</i>	Causou significativa contenção ao aumento de preços no mercado mundial	Tomar medidas para remover os efeitos adversos ou extinguir o subsídio
<i>Counter-Cyclical Payments (CCP)</i>	Causou significativa contenção ao aumento de preços no mercado mundial	Tomar medidas para remover os efeitos adversos ou extinguir o subsídio
<i>Marketing Loan payments (MLP)</i>	Causou significativa contenção ao aumento de preços no mercado mundial	Tomar medidas para remover os efeitos adversos ou extinguir o subsídio

<p><i>Step 2 payments</i></p>	<p>Causou significativa contenção ao aumento de preços no mercado mundial</p> <p>Para os usuários domésticos, os pagamentos eram subsídios para substituição de importações</p> <p>Para exportadores, pagamentos eram subsídios à exportação não incluídos nas listas (schedules) dos EUA</p>	<p>Tomar medidas para remover os efeitos adversos ou extinguir o subsídio</p> <p>Remover substituições de importação e subsídios à exportação proibidos até julho de 2005</p>
<p><i>Cottonseed payments</i></p>	<p>Não causa significativa contenção ao aumento de preços no mercado mundial</p>	<p>Nenhuma ação devida</p>
<p><i>Crop Insurance</i></p>	<p>Não causa significativa contenção ao aumento de preços no mercado mundial</p>	<p>Nenhuma ação devida</p>
<p><i>Export Credit guarantees</i></p>	<p>Garantias de crédito para o algodão (e vários outros produtos) eram subsídios à exportação e não foram incluídos nas listas (schedules) dos EUA. (O subsídio à exportação de arroz excedeu o nível indicado na lista.)</p>	<p>Remover subsídios à exportação proibidos até julho de 2005</p>

Apesar dos termos dos relatórios do painel e do Órgão de Apelação, resumidos no quadro acima, o Brasil ainda vem encontrando dificuldades em relação à implementação da decisão. Até janeiro de 2007, os EUA ainda não haviam tomado medidas concretas para a eliminação de importantes programas relacionados, por exemplo, a medidas de apoio interno (MLP e CCP), que afetam, e muito, as exportações brasileiras. Mudanças administrativas na operação dos programas de garantias de crédito à exportação foram feitas pelos EUA, onde o governo também encaminhou propostas ao Congresso para redução de algumas das distorções apontadas pelo painel e Órgão de Apelação.

A revogação do programa *Step 2* pode ser considerada uma vitória por alguns, mas obviamente que com os termos dos relatórios esperava-se muito mais por parte dos EUA, apesar das dificuldades inerentes ao processo de implementação das decisões do OSC.

A despeito disso, é certo que o “Caso do Algodão” gerou e ainda gera repercussões importantes em relação às negociações levadas a cabo no âmbito da Rodada de Doha. Certamente que posições negociadoras dos EUA foram e são influenciadas pelos termos da decisão tomada no contencioso. A pressão interna por força das conclusões do OSC no “Caso do Algodão” foi e continua sendo bastante significativa. Dificilmente os EUA e até as Comunidades Europeias sinalizariam com a possibilidade de fazer mudanças em suas políticas agrícolas se os contenciosos não tivessem evidenciado as distorções que ocorrem a despeito dos termos do AA. Os profundos cortes nos pagamentos de caixa amarela que se espera sejam resultado da Rodada Doha também têm relação direta com o “Caso do Algodão”.

Obviamente que faz sentido ao Brasil defender que, no âmbito da Rodada de Doha, os PEDs deveriam obter muito mais concessões dos PDs do que apenas aquilo que já foi garantido na Rodada Uruguai e confirmado em função dos contenciosos levados à frente pelo Brasil e outros. A tarefa do Brasil e dos demais PEDs nesse sentido não é fácil, mas não há dúvida de que as interpretações dadas aos dispositivos dos Acordos da OMC pelo Órgão de Apelação e até mesmo a falta de clareza em relação a determinados termos da decisão têm influenciado – e muito – o rumo e também o ritmo das negociações iniciadas em 2001.

O “Caso do Algodão” é certamente uma das principais provas de que *“negotiations and litigation are complementary rather than alternative ways towards the objectives of a more open and more functional trade system for agricultural products”*⁷⁵. De fato, verifica-se que o OSC pode servir de instrumento adicional à tentativa de PEDs em obter mudanças em políticas de subsídios de países desenvolvidos, por introduzir um fator externo facilitador da mudança. Muitas vezes, os custos políticos da mudança são deveras elevados, impedindo que o membro a promova em razão de pressão doméstica. Uma decisão de uma instituição independente, como no “Caso do Algodão”, que afirme, no plano internacional, que determinada política é contrária a determinados compromissos, pode servir de apoio ao membro demandado, auxiliando o processo de mudança no plano doméstico⁷⁶.

1.5 Considerações finais

O sistema multilateral de comércio vem se desenvolvendo desde 1947, com a criação do GATT e realização de diversas rodadas de negociação nos anos posteriores para a liberalização comercial. Entretanto, tais instrumentos não foram suficientes para eliminar ou mesmo reduzir de maneira substancial as barreiras ao comércio agrícola, em especial no que se refere aos subsídios agrícolas.

Somente em 1995, com a criação da OMC e a entrada em vigor dos diversos acordos negociados durante a Rodada Uruguai, como o AA, o ASMC, o GATT 1994 e o ESC, é que novas disciplinas foram estabelecidas para regular o comércio agrícola e assim buscar a eliminação das distorções existentes. Em relação aos subsídios agrícolas, foram criados limites e compromissos de redução para os membros da OMC. Além disso, também foi neste ano que passou a funcionar o OSC, que permitiu o questionamento por parte dos membros da referida organização internacional de eventuais violações aos acordos em vigor.

Entretanto, a Cláusula de Paz foi um mecanismo restritivo que, por muitos anos, impediu que os membros da OMC iniciassem demandas comerciais relacionadas a subsídios agrícolas no OSC da referida

organização. Nesse contexto, o “Caso do Algodão” foi o primeiro a questionar, de forma sistêmica, as políticas agrícolas norte-americanas para o algodão em face dos acordos internacionais em vigor e dos compromissos firmados pelos EUA na OMC.

O precedente criado com este caso é de suma importância para todo o sistema multilateral, na medida em que traz a interpretação do painel e do Órgão de Apelação a respeito de um dos assuntos mais sensíveis da OMC: a regulamentação dos subsídios agrícolas. Possibilita também o exame da forma como os acordos, disciplinas e compromissos assumidos pelos países na OMC deverão ser interpretados no que se refere aos subsídios agrícolas. Nesse sentido, cumpre destacar alguns dos principais pontos analisados pelo painel/Órgão de Apelação no contencioso e os respectivos entendimentos apresentados.

Entre os principais pontos analisados neste trabalho, destacamos em primeiro lugar a abrangência dos Termos de Referência. Merece atenção a tentativa norte-americana de restringir os Termos de Referência, de forma a eliminar de sua abrangência o exame dos programas que já não estavam mais em vigor, como o *PFC* e o *MLA*. Contudo, tanto o painel quanto o Órgão de Apelação entenderam que tais programas deveriam ser considerados, uma vez que continuavam produzindo seus efeitos para o comércio internacional. Esse entendimento é extremamente relevante, na medida em que poderá ser utilizado em novos casos em que haja medidas já revogadas, mas que continuam produzindo efeitos.

Outro ponto relevante foi a constatação da violação da Cláusula de Paz, mecanismo até então considerado quase intransponível pelos membros da OMC para o início de demandas relacionadas a subsídios agrícolas. Essa interpretação foi importante na medida em que a conclusão da Rodada Doha traz novamente a indagação sobre o retorno da Cláusula de Paz. Este contencioso demonstrou que mesmo com a Cláusula de Paz os subsídios poderão vir a ser questionados com sucesso pelos membros da OMC perante o OSC.

Também merece destaque a consideração de que programas de subsídios agrícolas desvinculados dos preços de mercado não necessariamente podem ser qualificados na caixa verde, uma vez que não preenchem os requisitos do Anexo 2 do AA. Isso demonstra que nem sempre as classificações

realizadas pelos membros da OMC em relação às diversas caixas de subsídios foram feitas de maneira correta. Poderá haver necessidade de reacomodação dos diversos programas de subsídios dos EUA, de modo que não ultrapassem seus compromissos em caixa amarela. Isso ficará mais evidente com o início das negociações da *Farm Bill 2007*.

Vale chamar atenção ainda para o entendimento de que o programa *Step 2* violava os acordos da OMC e por isso deveria ser eliminado, conferindo-se um prazo até 1º de julho de 2005 para tanto. Demonstrou-se que mesmo em matéria de subsídios agrícolas, tema ainda inexplorado no OSC da OMC, já se começa a firmar a posição de que os subsídios proibidos no sentido do artigo 3 do ASMC não devem ser tolerados no sistema multilateral de comércio, em razão do seu efeito distorcivo.

Outro ponto de destaque do “Caso do Algodão” está relacionado à consideração de que os programas de garantia de crédito à exportação são, na realidade, subsídios à exportação e desse modo devem ser considerados. Com isso, os programas de créditos utilizados pelos EUA para outras *commodities* também passam a ficar na mira dos membros da OMC, que podem se utilizar do entendimento já esposado para o algodão para tentar obter provimento favorável para o seu pleito.

A esse respeito, cabe ressaltar o recente pedido de consultas formulado pelo Canadá em relação aos subsídios norte-americanos para o milho⁷⁷. Um dos pleitos do Canadá refere-se justamente aos programas *GSM 102* e *SCGP*, os quais, no entender dos canadenses, devem ser entendidos como programas de subsídios à exportação (e, portanto, sujeitos a limites e compromissos de redução) e não créditos à exportação.

Por outro lado, o grave prejuízo aos interesses brasileiros foi um dos principais argumentos utilizados pelo Brasil, na medida em que foi alegado que os programas norte-americanos para o algodão contribuíram para uma significativa superprodução e resultaram em um aumento das exportações de algodão dos EUA, particularmente durante os anos de 1999-2002, com um impacto direto nos preços internacionais.

Na análise da ocorrência de “grave prejuízo”, foi considerada em primeiro lugar a demanda fundada na significativa contenção de aumento de preços (*price suppression*) no mercado mundial, hipótese essa confirmada pelo painel e pelo Órgão de Apelação da OMC. Nesse sentido,

foram considerados para esta análise os programas de subsídios para o algodão que estariam diretamente vinculados aos níveis de preço de mercado, sendo eles o *MLP*, o *Step 2*, o *MLA* e o *CCP*. Ao definir esses programas, destacou-se que eles envolviam uma quantia muito elevada de recursos do governo norte-americano para o algodão e, além disso, estavam vinculados à flutuação de preços de mercado, por meio de um nexo de causalidade.

Os relatórios do painel e do Órgão de Apelação possibilitaram o entendimento de que os programas vinculados a preço, dependendo das circunstâncias em que são conferidos, possuem um caráter distorcivo ao comércio internacional e por isso devem ser modificados. Este entendimento força ainda mais os programas de caixa amarela e de caixa azul a migrarem para a caixa verde, a fim de que não mais estejam expostos a questionamentos deste tipo.

Também a ameaça de grave prejuízo é um argumento de grande relevância no contexto dos subsídios agrícolas. Embora não tenha havido um pronunciamento do painel/Órgão de Apelação sobre este ponto neste caso, será inevitavelmente debatido em futuros contenciosos, na medida em que os programas de subsídios são normalmente perenes e se estendem para o futuro.

Considerando a falta de precedentes sobre este ponto, merecem exame cuidadoso os conceitos extraídos de decisões de painéis e do Órgão de Apelação acerca do tema com base em outros acordos da OMC, como o acordo de salvaguardas e o *antidumping*. O desenvolvimento de um padrão de análise claro a respeito do estabelecimento de casos baseados em ameaça de prejuízo grave poderá ter mais importância em relação a subsídios cuja concessão esteja atrelada a critérios relativamente objetivos, permitindo uma aferição precisa, assim que determinadas condições sejam atingidas. Assim, por meio de estudos econômicos, poder-se-ia apurar o volume de subsídios a ser conferido uma vez que o preço do produto caia abaixo do patamar determinado em lei.

Conseqüentemente, com o cálculo do volume de subsídios a ser concedido, poder-se-á determinar o potencial de penetração das exportações subsidiadas em determinado mercado, por meio da determinação do provável preço a que o produto subsidiado deverá ser exportado, comparado

com os preços dos demais países concorrentes. Será interessante verificar como o painel e, talvez, o Órgão de Apelação deverão se pronunciar sobre o tema, caso se estabeleça um painel em decorrência do pedido de consultas recentemente apresentado pelo Canadá contra os EUA, também referente a subsídios de milho, o qual inclui alegação de ameaça de grave prejuízo.

Por fim, certamente se pode concluir que o “Caso do Algodão” constituiu importante precedente no questionamento de subsídios agrícolas no OSC da OMC, tendo se tornado um modelo a ser seguido por outros membros, principalmente se a Rodada de Doha não avançar a contento.

Se os cortes em subsídios agrícolas não forem aqueles desejados pela maioria dos países, o OSC poderá se firmar como alternativa para a busca da redução das distorções ao comércio internacional decorrentes dos subsídios agrícolas⁷⁸. Por isso, nesse momento, a implementação dos resultados do “Caso do Algodão” está profundamente relacionada aos resultados da Rodada Doha e poderá servir como instrumento de pressão por parte do Brasil em relação aos EUA, tendo em vista os interesses divergentes de ambos os países no que se refere às negociações de subsídios agrícolas na OMC.

REFERÊNCIAS

Livros e artigos

ARAÚJO, Leandro Rocha de. **Da regulamentação dos subsídios agrícolas no comércio internacional**. Dissertação de Mestrado (UFMG). 2005.

Athukorala, Prema-Chandra. Agricultural trade reforms in the Doha Round: a Developing Country Perspective. **Journal of World Trade**, v. 38, n. 5, October 2004.

BALTHAZAR, Ricardo. Canadá pede consultas na OMC contra subsídio dos EUA ao milho. **Jornal Valor Econômico**, Seção Agronegócio, 9-1-2007, p. B-10.

CHAMBOVEY, Didier. How the expiry of the peace clause (Article 13 of the WTO agreement on agriculture) Might Alter Disciplines on Agricultural

Subsidies in the WTO Framework. **Journal of World Trade**, v. 39, n. 6, December 2005.

DESTA, Melaku Geboye. **The law of international trade in agricultural products: from GATT 1947 to the WTO agreement on agriculture**. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

JACKSON, John. **The world trading system: Law and policy of international economic relations**. 2.ed. London: MIT Press, 1997.

JANK, Marcos Sawaya; ARAÚJO, Leandro Rocha de; DIAZ, José Setti. The WTO dispute settlement system in perspective: challenging trade-distorting agricultural subsidies. In: LACARTE, Julio; GRANADOS, Jaime. **Inter-governmental trade disputes settlement: multilateral and regional approaches**. London: Cameron May, 2004.

Josling, Tim; Zhao, Longyue; Carcelen, Jeronimo; Arha, Kaush. [Implications of WTO litigation for the WTO agricultural Negotiations](#). In: [International Food & Agricultural Trade Policy Council](#). **Issue Brief 19**, March 2006.

Magnus, John R. WTO Subsidy discipline: is this the “retrenchment round”? **Journal of World Trade**, v. 38, n. 6, December 2004.

MEDRADO, Renê Guilherme da Silva. Os contenciosos na OMC como instrumento de abertura de mercados agrícolas – reflexão e provocação. **Revista de Direito Mercantil, Financeiro e Econômico**. São Paulo: Malheiros, v. 137, jan./mar. 2005.

NASSAR, André Meloni. Trade liberalization in cotton and sugar: impacts on developing countries. In: KONING, Niek e Pinstup-Andersen, Per (eds.). **Agricultural Trade Liberalization and the Least-Developed Countries**, 2007.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Agricultural support: how is it measured and what does it mean?** Policy Brief, June 2004.

OXFAM. **Truth or consequences: Why the EU and the USA must reform their subsidies, or pay the price**. Oxfam Briefing Paper. November 2005.

RUDE, James. Under the green box: the WTO and farm subsidies. **Journal of World Trade**, v. 35, n. 6, October 2001.

SCHNEPF, Randy. U.S.-Brazil WTO cotton subsidy dispute. In: **CRS Report for Congress**. Washington: The Library of Congress, 2004.

Steinberg, R. H.; Josling, T. E. When the peace ends: the vulnerability of EC and US agricultural subsidies to WTO legal challenge. **Journal of International Economic Law**, v. 6, n. 2, July 2003.

THOMAS, Jeffrey S.; MEYER, Michael A. **The new rules of global trade: a guide to the world trade organization**. Toronto: Carswell, 1997.

ZUNCKEL, Hilton E. The African Awakening in United States – Upland Cotton. **Journal of World Trade**, v. 39, n. 6, December 2005.

Documentos

WT/DS357/1, G/L/812, G/SCM/D73/1, G/AG/GEN/74, 11 January 2007.

WT/DS267/AB, 3 March 2005.

WT/DS267/R, 8 September 2004.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Decreto n. 1.355, de 30-12-1994, Anexo.

¹ Nesse sentido, foi apresentado, no dia 8-1-2007, pelo Canadá, um pedido de consultas aos EUA e também ao presidente do OSC da OMC a respeito dos subsídios norte-americanos ao milho e seus impactos econômicos para os produtores canadenses (United States – Subsidies and Other Domestic Support for Corn and Other Agricultural Products, WT/DS357/1, G/L/812, G/SCM/D73/1, G/AG/GEN/74, 11 January 2007). De acordo com Ricardo Balthazar, do jornal *Valor Econômico*, “a cultura do milho é a maior beneficiária dos programas agrícolas americanos. Nos últimos cinco anos, os produtores do grão ficaram com cerca de um quinto de tudo que o governo dos EUA distribuiu para ajudar seus agricultores” (**Valor Econômico**, Canadá pede consultas na OMC contra subsídio dos EUA ao milho, Seção Agronegócio, 9-1-2007, p. B-10).

² WT/DS267/R, p. 300, parágrafos 7.1282 e 7.1283.

³ WT/DS267/R, p. 300, parágrafo 7.1284.

⁴ Ao analisar o efeito distorcivo dos subsídios agrícolas, a OXFAM ressaltou que “existem três maneiras pelas quais estes subsídios – que conduzem à superprodução – prejudicam fazendeiros de países pobres. Primeiramente, eles diminuem os preços globais, fazendo

com que os fazendeiros de países pobres ganhem menos por seus produtos. Em segundo lugar, prejudicam os meios de subsistência e a segurança dos alimentos por meio da competição desleal em mercados locais. Em terceiro lugar, os países em desenvolvimento perdem parte do mercado ao exportar para outros mercados, uma vez que não podem competir com os preços de bens que sofreram processo de ‘dumping’” (tradução livre para o português). No original, em inglês: *there are three ways in which these subsidies, which lead to overproduction, hurt farmers in poor countries. Firstly, they depress global prices, meaning that poor country farmers earn less for their products. Secondly, they undermine rural livelihoods and food security through unfair competition in local markets. Thirdly, they mean that developing countries lose market share when exporting to other markets, as they cannot compete with the prices of dumped goods* (OXFAM. Truth or consequences: Why the EU and the USA must reform their subsidies, or pay the price. Oxfam Briefing Paper. November 2005, p. 4).

5 De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), são as formas como os países utilizam as diferentes medidas de proteção agrícola que determinam o seu impacto na produção, consumo, renda, entre outros, conforme se verifica a seguir: “Os países perseguem uma variedade de objetivos por meio de suas políticas. Embora usem diferentes tipos de políticas, é a maneira que as medidas são executadas no contexto das condições em cada país que determina os impactos na produção, consumo, renda, comércio e ambiente” (tradução livre para o português). No original, em inglês: *Countries pursue a variety of goals with their policies. Although they use different mixes of policy measures to do so, it is the way in which the measures are implemented in the context of the conditions in each country that determines the impacts on production, consumption, income, trade and environment* (Organisation for Economic Co-operation and Development. **Agricultural Support: How is it measured and what does it mean?** Policy Brief, June 2004).

6 WT/DS267/1, G/L/571, G/SCM/D49/1, G/AG/GEN/54, 3 October 2002.

7 O GATT não foi somente um acordo de liberalização comercial firmado em 1947, uma vez que acabou também recebendo esse nome a estrutura administrativa criada para a administração das regras do acordo. Nas palavras de John Jackson, “ele efetivamente se tornou uma organização de fato, ao menos para consulta, negociação e aplicação de regras concernentes ao comércio internacional” (*it effectively became a de facto organization, at least for consultation, negotiation, and application of rules regarding international trade*) (JACKSON, John. **The World Trading System: law and policy of international economic relations**. 2.ed. London: MIT Press, 1997, p. 287).

8 Segundo o pedido de consultas apresentado pelo Brasil, “o efeito dos subsídios dos EUA durante o período de 1999-2001 foi o aumento da produção e das exportações do algodão norte-americano, bem como uma diminuição significativa nos preços brasileiro, mundial e norte-americano de algodão” (*The effect of the US subsidies over the period of marketing years 1999-2001 was an increase in production of US upland cotton, an increase in US exports, and a corresponding significant decrease in Brazilian, world, and US prices of*

upland cotton) (WT/DS267/1, G/L/571, G/SCM/D49/1, G/AG/GEN/54, 3 October 2002, p. 6).

9 Decreto n. 1.355, de 30-12-1994, Anexo, ESC, artigo 6.2:

“Artigo 6.2. Os pedidos de estabelecimento de grupo especial deverão ser formulados por escrito. Deverão indicar se foram realizadas consultas, identificar as medidas em controvérsia e fornecer uma breve exposição do embasamento legal da reclamação, suficiente para apresentar o problema com clareza. Caso a parte reclamante solicite o estabelecimento do grupo especial com termos de referência diferentes dos termos padrão, o pedido escrito deverá incluir sugestão de texto para os termos de referência especiais”.

10 Neste caso, diversas ex-colônias que possuíam preferências comerciais com as Comunidades Européias acabaram se posicionando contrariamente aos interesses brasileiros, a fim de evitar a erosão das referidas preferências para o açúcar produzido em tais países e exportado para a Europa.

11 Segundo Hilton E. Zunckel, “As vozes de países menos desenvolvidos raramente são ouvidas nas soluções de controvérsias da OMC. Infelizmente, nos quase dez anos de Painéis e de processos no Órgão de Apelação da OMC, os países menos desenvolvidos estiveram virtualmente ausentes. Há muitos obstáculos que impedem os países menos desenvolvidos de participarem de disputas na OMC. Esta apelação é diferente. O impacto extraordinário dos subsídios dos EUA na África compeliu o Benin e o Chade a participarem deste caso. Para o Benin e o Chade – e certamente para muitos dos países menos desenvolvidos da África – esta apelação é inegavelmente a disputa mais importante trazida à OMC”. No original: *The voices of least-developed countries are rarely heard in WTO dispute settlement. Unfortunately, in the nearly ten years of WTO Panel and Appellate Body proceedings, least-developed countries have been virtually absent. There are many obstacles that deter least-developed countries from participating in WTO disputes. This appeal is different. The extraordinarily damaging impact of US subsidies in Africa has compelled Benin and Chad to participate in this case. For Benin and Chad – and indeed for many of the least-developed countries of Africa – this appeal is unquestionably the most important dispute ever brought to the WTO* (Third Party Submission of Benin and Chad to the WTO Appellate Body, 16 November 2004).

12 A citação *supra* é uma tradução livre para o português do seguinte trecho original, em inglês: *With specific reference to upland cotton, the subsidies of almost US\$ 4 billion paid by the United States to a group of 25,000 wealthy cotton farmers exceed the respective gross national incomes of Benin and Chad, and their West African neighbors, Burkina Faso, the Central African Republic, Mali and Togo. (...) According to Oxfam (2002), sub-Saharan cotton exporters lost US\$ 302 million as a direct consequence of US cotton subsidies in 2001. Oxfam shows that Benin’s cotton export earnings in 2001 were US\$ 124 million. However, had the US subsidies been withdrawn, Benin’s estimated export earnings would have been US\$ 157 million. This is a loss of US\$ 33 million and means that earnings could have been 26.6 percent higher. (...) This serves to answer the question as to why African countries would be concerned about participating in the Upland Cotton dispute and indicates their direct interest in a positive outcome for the plaintiffs, Brazil.*

ZUNCKEL, Hilton E. The African Awakening in United States – upland cotton, **Journal of World Trade**, v. 39, n. 6, p. 1076, dez. 2005.

[13](#) WT/DS267/R, parágrafos 7.204 a 7.235, p. 70-78.

[14](#) WT/DS267/R, parágrafos 7.242 a 7.244, p. 79-80.

[15](#) WT/DS267/R, parágrafos 7.245 a 7.249, p. 80-81.

[16](#) As políticas norte-americanas para agricultura e alimentação são orientadas por diversas leis, muitas das quais são revistas e eventualmente renovadas por meio de um denominado *Farm Act*. Essa legislação inclui regulamentos sobre a renda agrícola e programas de sustentação de preço, bem como auxílio para a comercialização, conservação e proteção ao meio ambiente, ajuda alimentar, desenvolvimento rural, pesquisa e educação, entre outros. O *Federal Agricultural Improvement and Reform Act*, conhecido como *FAIR Act 1996*, foi aprovado em 1996 e extinto em 2002. Essa legislação modificou a estrutura de concessão dos subsídios aos produtores norte-americanos, estabelecendo os *Production Flexibility Contracts (PFC) Payments*, desvinculados da produção ou dos preços internacionais.

[17](#) A última lei agrícola, conhecida como *Farm Security and Rural Investment Act of 2002 (FSRIA Act)*, foi aprovada em 2002 e expirou em 2007, sendo substituída por um novo *Farm Act*.

[18](#) “(...) Além destes pagamentos que são direta ou indiretamente ligados à produção, o *FAIR Act* de 1996 introduziu também um outro instrumento de auxílio para o setor do algodão que foi ligado mais especificamente às exportações. Este foi o *User Marketing Payment (UMP)* ou *Step 2*. Este pagamento é notificado sob a Caixa Amarela. As despesas nele alcançaram seu pico em 1999 (US\$ 446 milhões). No original: (...) *In addition to these payments that are directly or indirectly linked to production, the 1996 FAIR Act also introduced another support instrument for the cotton sector that was more specifically linked to exports. This was the User Marketing Payment (UMP) or Step 2 payment. This payment is notified under the Amber Box. Expenditures on it reached their peak in 1999 (US\$ 446 millions)*” (NASSAR, André Meloni. Trade liberalization in cotton and sugar: impacts on developing countries. In: KONING, Niek; PINSTRUP-ANDERSEN, Per (eds.). **Agricultural trade liberalization and the least-developed countries**, 2007, p. 11).

[19](#) Os preços mínimos (*loan rate*) são preços fixados pelo United States Department of Agriculture (USDA) como base de pagamento ao produtor e abrangem os seguintes produtos: trigo, milho, sorgo, aveia, cevada, algodão, arroz e soja.

[20](#) De acordo com Jank, Araújo e Diaz, “no período de 1995 a 2001, os produtores de algodão receberam mais de US\$ 14,2 bilhões em transferências do governo federal. Os tipos de programas e de seus valores totais mudaram significativamente com o passar do tempo. (...) Enquanto em 1996 a despesa pública na sustentação do setor algodoeiro representou 9,6% do valor total da produção doméstica, em 2001 excedeu 100%. As transferências do governo protegeram os produtores de algodão dos EUA das forças de mercado e contribuíram para um declínio significativo dos preços no mundo” (tradução livre para o português). No original: *in the 1995-2001 period, cotton producers received over US\$14.2 billion in transfers from the federal government. The types of programs and their total value changed significantly over time. (...) While in 1996 public expenditure in*

support of the cotton sector represented 9.6% of the total value of domestic production, in 2001 it exceeded 100%. Government transfers shielded US cotton producers from market forces and contributed to a significant decline in world prices (JANK, Marcos Sawaya; ARAÚJO, Leandro Rocha de; DIAZ, José Setti. *The WTO dispute settlement system in perspective: challenging trade-distorting agricultural subsidies*. In: LACARTE, Julio; GRANADOS, Jaime. **Inter-governmental trade disputes settlement: multilateral and regional approaches**. London: Cameron May, 2004, p. 579).

21 Em relação às disciplinas estabelecidas pela OMC, “os subsídios domésticos são classificados em três categorias ou ‘caixas’. A primeira delas corresponde às políticas consideradas altamente distorcivas e estão sujeitas a compromissos de redução (chamadas de medidas de ‘caixa amarela’, que incluem políticas de preços mínimos, créditos subsidiados de custeio, investimento e comercialização, isenções fiscais, entre outros). Já a segunda se refere àquelas que estabelecem o requisito de limitação de produção para serem conferidas e que por isso estão excetuadas dos compromissos de redução (chamadas de medidas de ‘caixa azul’, que incluem pagamentos diretos condicionadas à limitação de produção). A terceira é a categoria daquelas que são consideradas minimamente distorcivas ao comércio e não estão sujeitas a qualquer disciplina (chamadas de medidas de ‘caixa verde’, que incluem gastos com infra-estrutura, pesquisa, meio ambiente, pagamentos diretos desvinculados da produção)” (ARAÚJO, Leandro Rocha de. **Da regulamentação dos subsídios agrícolas no comércio internacional**. Dissertação de Mestrado (UFMG), 2005, p. 66).

22 De acordo com, Jank, Araújo e Diaz, “antes da promulgação do *FAIR Act*, a maioria dos subsídios eram oferecidos na forma de pagamentos de ‘Caixa Azul’ ligados aos programas de limitação de produção. O *FAIR Act* reestruturou o auxílio do governo no sentido dos *Production Flexibility Contracts*, que são pagamentos diretos desvinculados dos preços atuais de produção e de mercado” (tradução livre para o português). No original: *prior to the enactment of the FAIR Act, most support was given in the form of Blue Box payments linked to production-limiting programs. The FAIR Act restructured government assistance in the direction of PFCs, which are direct payments untied to current production and market prices* (JANK, Marcos Sawaya; ARAÚJO, Leandro Rocha de; DIAZ, José Setti. *The WTO dispute settlement system in perspective: challenging trade-distorting agricultural subsidies*. In: LACARTE, Julio, GRANADOS, Jaime. **Inter-governmental trade disputes settlement: multilateral and regional approaches**. London: Cameron May, 2004, p. 582).

23 WT/DS267/R, parágrafos 7.121 e 7.122, p. 51-52.

24 Decreto n. 1.355, de 30-12-1994, Anexo, ESC, artigo 4.2:

Artigo 4 **Consultas**

“(....)

2. Cada membro se compromete a examinar com compreensão a argumentação apresentada por outro membro e a conceder oportunidade adequada para consulta com relação a

medidas adotadas dentro de seu território que afetem o funcionamento de qualquer acordo abrangido”.

[25](#) WT/DS267/R, parágrafo 7.118, p. 51.

[26](#) Decreto n. 1.355, de 30-12-1994, Anexo, ESC, artigo 6.2:

Artigo 6

Estabelecimento de Grupos Especiais

“(....)

2. Os pedidos de estabelecimento de grupo especial deverão ser formulados por escrito. Deverão indicar se foram realizadas consultas, identificar as medidas em controvérsia e fornecer uma breve exposição do embasamento legal da reclamação, suficiente para apresentar o problema com clareza. Caso a parte reclamante solicite o estabelecimento do grupo especial com termos de referência diferentes dos termos padrão, o pedido escrito deverá incluir sugestão de texto para os termos de referência especiais”.

[27](#) O Órgão de Apelação concluiu, a respeito do artigo 4.2 do ESC, que: [ele] não impossibilita um membro de fazer representações sobre medidas cuja base legislativa tenha expirado quando esse membro tiver motivos para acreditar que tais medidas ainda “afetam” o funcionamento de qualquer acordo abrangido. ([it] does not preclud[e] a Member from making representations on measures whose legislative basis has expired where that Member has reason to believe that such measures are still “affecting” the operation of a covered agreement) (WT/DS267/AB, parágrafo 263, p. 96).

[28](#) Decreto n. 1.355, de 30-12-1994, Anexo, ESC, artigo 7.2:

Artigo 7

Termos de referência dos Grupos Especiais,

“(....)

2. Os grupos especiais deverão considerar as disposições relevantes de todo acordo ou acordos abrangidos invocados pelas partes envolvidas na controvérsia”.

[29](#) Vide nota de rodapé n. 27.

[30](#) WT/DS267/R, parágrafo 7.118, p. 51.

[31](#) WT/DS267/AB, parágrafo 304, p. 113.

[32](#) Segundo Jeffrey Thomas e Michael Meyer, enquanto intitulado “devida moderação”, o artigo 13 tornou-se conhecido como “Cláusula da Paz”, pois estabelece um acordo de paz relacionado aos desafios domésticos e internacionais aos programas de subsídios agrícolas dos membros, o qual vigorará durante o período de implementação. Por exemplo, os programas de caixa verde não podem ser compensados (ou seja, estão isentos das ações sob a Parte III do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias), e são também isentos das ações baseadas em anulação e prejuízo das vantagens resultantes, nos termos do Artigo XXIII.1(b) do GATT 1994 (*While entitled “Due Restraint”, Article 13 has become widely-known as the “Peace Clause”, as it sets out a peace agreement relating to domestic and international challenges to Members’ agricultural subsidy programmes which will remain in force during the implementation period. For example, green-box programmes cannot be*

countervailed (that is to say, they are exempted from actions under Part III of the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures), and are also exempt from actions based on nullification and impairment under GATT 1994 Article XXIII:1(b)) (THOMAS, Jeffrey S.; MEYER, Michael A. **The new rules of global trade: a guide to the World Trade Organization.** Toronto: Carswell, 1997, p. 83-84).

[33](#) O painel aplicará a regra usual a respeito do ônus da prova em contenciosos da OMC, a menos que o texto dos acordos abrangidos indique outra maneira (**The panel will apply the usual rule regarding the burden of proof in WTO proceedings, unless the text of the covered agreements indicates otherwise**) (WT/DS267/R, parágrafo 7.270, p. 85).

[34](#) O ônus da prova inicial recai sobre a parte, seja autora, seja ré, que faz valer a afirmativa de uma reivindicação ou de uma defesa particular (*The initial burden of proof rests upon the party, whether complaining or defending, who asserts the affirmative of a particular claim or defence*) (WT/DS267/R, parágrafo 7.270, p. 85).

[35](#) *In the Panel's view, asserting the affirmative of a claim requires the complainant first to show that a measure falls within the scope of a positive obligation, that is, that the obligation is applicable to the measure, and then to show that the measure is inconsistent with that obligation* (WT/DS267/R, parágrafo 7.270, p. 85).

[36](#) *According to the usual rule regarding the burden of proof, the complainant, Brazil, bears the initial burden to show that the measures at issue fall within the scope of the obligations with which it alleges that the measures are inconsistent. That includes the burden to show that they do not satisfy the conditions in Article 13 of the Agreement on Agriculture* (WT/DS267/R, parágrafo 7.285, p. 89).

[37](#) WT/DS267/R, parágrafo 7.279, p. 87.

[38](#) Segundo Melaku Geboye Desta, “(...) a pergunta de quem é elegível para uma sustentação da renda deve ser determinada por critérios claramente definidos, tais como a renda, *status* de um produtor ou um latifundiário, uso do fator ou nível de produção em um período definido e fixo. Estes critérios, uma vez usados para determinar a elegibilidade, desaparecem de cena. Em segundo lugar, o pagamento tem que ser separado do comércio e da produção no sentido de que a quantidade de tais pagamentos diretos em qualquer ano não deve ser relacionada ao tipo ou ao volume da produção, aos preços domésticos ou internacionais dos produtos, ou ao emprego dos fatores da produção empreendidos pelo produtor. Também não deve a produção ser requerida a fim receber tais pagamentos” (tradução livre para o português). No original: *(...) the question of who is eligible for an income support should be determined by clearly-defined criteria such as income, status as a producer or landowner, factor use or production level in a defined and fixed base period. These criteria, once used to determine the eligibility, disappear from the scene. Secondly, the payment has to be 'decoupled' from trade and production in the sense that the amount of such direct payments in any given year should not be related to the type or volume of production, the domestic or international prices of products, or the employment of factors of production undertaken by the producer. Neither should production be required in order to receive such payments* (Desta, *The law of international trade in agricultural products:*

from GATT 1947 to the WTO agreement on agriculture. The Hague? Kluwer Law International, 2002, 417).

[39](#) WT/DS267/AB, parágrafo 324, p. 122.

[40](#) Segundo Rude, “sabendo-se que há um número de maneiras pelas quais os pagamentos podem distorcer decisões de produção, e embora individualmente os efeitos de cada uma destas maneiras possam ser mínimos, na combinação os efeitos associados com transferências grandes podem distorcer decisões da produção. Assim, limitar valores anuais, e talvez mesmo a duração dos subsídios com os pagamentos separados, devem ser aplicados. Os limites ao subsídio poderiam ser ajustados à necessidade do produtor e os critérios, tais como testados, poderiam também ser aplicados” (tradução livre para o português). No original, em inglês: *Given that there are a number of avenues where decoupled payments may distort production decisions, and although individually the effects of each of these avenues may be minimal, in combination the effects associated with exceptionally large transfers may very well distort production decisions. So limiting both the annual amounts and perhaps even the duration of support through decoupled payments should be introduced. The limits on support could be adjusted to producer need and criteria such as means tests might be applied* (RUDE, James. Under the green box: the WTO and farm subsidies. **Journal of World Trade**, v. 39, n. 6, p. 1029, 2005).

[41](#) WT/DS267/AB, parágrafo 394, p. 146.

[42](#) Um agradecimento especial cabe a André Meloni Nassar, Diretor-Executivo do Instituto de Estudos do Comércio e Negociações Internacionais (ICONE), que contribuiu de maneira relevante com discussões e sugestões de bibliografia a respeito dos efeitos adversos dos subsídios no comércio internacional.

[43](#) Decreto n. 1.355, de 30-12-1994, Anexo, ASMC, artigo 2.1(a):

**Artigo 2,
Especificidade,**

“1. Com vistas a determinar se um subsídio, tal como definido no parágrafo 1 do artigo 1, destina-se especificamente a uma empresa ou produção, ou a um grupo de empresas ou produções (denominadas neste Acordo de ‘determinadas empresas’) dentro da jurisdição da autoridade outorgante, serão aplicados os seguintes princípios:

(a) o subsídio será considerado específico quando a autoridade outorgante ou a legislação pela qual essa autoridade deve reger-se explicitamente limitar o acesso ao subsídio a apenas determinadas empresas”.

[44](#) WT/DS267/R, parágrafo 7.1280, p. 303-304.

[45](#) De acordo com o painel (WT/DS267/R), parágrafo 7.1288 (p. 301), é relevante o fato de que os preços caíram de 1996 ao início de 2002. Entretanto, não é conclusivo para a determinação da contenção do aumento de preços. Nem o aumento de 2002 é conclusivo para determinar que toda a contenção do aumento de preços necessariamente cessou naquele ponto. No original: *The fact that the prices dropped from 1996 to the beginning of 2002 is relevant. However, it is not, in and of itself, conclusive for a determination of price*

suppression. Nor is the increase from 2002 conclusive that a determination that any price suppression necessarily ceased at that point.

[46](#) O “A-Index” é um componente da média das cinco menores quotas de preços dos principais algodões comercializados no mercado mundial, obtidos por Cotlook, uma organização privada do Reino Unido.

[47](#) Segundo Chambovey, como para todas as regras definidas em termos de efeitos de mercado, o Artigo 6.3 do ASMC coloca um grande ônus sobre a parte reclamante ao obrigar sustentar sua reivindicação de sério prejuízo com evidência sólida e positiva. Se um padrão elevado e persuasivo não for encontrado, o painel seria muito provavelmente relutante em prover uma decisão inequívoca sobre sério prejuízo. No original, em inglês: *As for all rules defined in terms of market effects, Article 6.3 of the SCM Agreement places a big burden on the complaining party to sustain its serious prejudice claim with solid and positive evidence. Should a high and persuasive evidentiary standard not be met, Panel would most probably be very reluctant to give an unequivocal ruling of serious prejudice* (CHAMBOVEY, Didier. How the expiry of the peace clause (Article 13 of the WTO agreement on agriculture) Might Alter Disciplines on Agricultural Subsidies in the WTO Framework, **Journal of World Trade**, v. 39, n. 6, p. 324, dez. 2005).

[48](#) WT/DS267/R, parágrafos 7.1347-7.1356, p. 318-321.

[49](#) A citação *supra* é uma tradução livre para o português do seguinte trecho original, em inglês: *World cotton prices fell between 1995 and 2002 because of two major factors. One was the stabilization of world imports, due to a reduction of import demand from China. The other was the expansion of U.S. exports started in 1999. The American subsidies for cotton helped U.S. cotton producers to increase their production despite the non-dynamic world market. This exacerbated the international price fall and was the main motivation for the WTO cotton case and the African cotton initiative.* NASSAR, André Meloni. Trade Liberalization in Cotton and Sugar: Impacts on Developing Countries, in KONING, Niek e Pinstrup-Andersen, Per (eds.). **Agricultural trade liberalization and the least-developed countries**, no prelo).

[50](#) WT/DS267/AB, nota de rodapé n. 661, p. 182.

[51](#) Decreto n. 1.355, de 30-12-1994, Anexo, ASMC, artigo 6.1.

[52](#) Decreto n. 1.355, de 30-12-1994, Anexo, ASMC, nota de rodapé 13.

[53](#) Appellate body report, United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea, WT/DS202/AB/R, adopted 8 March 2002, [“US – Line Pipe”], §§ 144-172.

[54](#) A citação *supra* é uma tradução livre para o português do seguinte trecho original, em inglês: 167. *For these reasons, we agree with the Panel that the respective definitions of “serious injury” and “threat of serious injury” are two distinct concepts that must be given distinctive meanings in interpreting the Agreement on Safeguards. Yet, although we agree with the Panel that the Agreement on Safeguards establishes a distinction between “serious injury” and “threat of serious injury”, we do not agree with the Panel that a requirement follows from such a distinction to make a discrete finding either of “serious injury” or of “threat of serious injury” when making a determination relating to the application of a*

safeguard measure. 168. As we see it, these two definitions reflect the reality of how injury occurs to a domestic industry. In the sequence of events facing a domestic industry, it is fair to assume that, often, there is a continuous progression of injurious effects eventually rising and culminating in what can be determined to be “serious injury”. Serious injury does not generally occur suddenly. Present serious injury is often preceded in time by an injury that threatens clearly and imminently to become serious injury, as we indicated in US – Lamb.¹⁶⁴ Serious injury is, in other words, often the realization of a threat of serious injury. Although, in each case, the investigating authority will come to the conclusion that follows from the investigation carried out in compliance with Article 3 of the Agreement on Safeguards, the precise point where a “threat of serious injury” becomes “serious injury” may sometimes be difficult to discern. But, clearly, “serious injury” is something beyond a “threat of serious injury”. 169. In our view, defining “threat of serious injury” separately from “serious injury” serves the purpose of setting a lower threshold for establishing the right to apply a safeguard measure. Our reading of the balance struck in the Agreement on Safeguards leads us to conclude that this was done by the Members in concluding the Agreement so that an importing Member may act sooner to take preventive action when increased imports pose a “threat” of “serious injury” to a domestic industry, but have not yet caused “serious injury”.¹⁶⁵ And, since a “threat” of “serious injury” is defined as “serious injury” that is “clearly imminent”, it logically follows, to us, that “serious injury” is a condition that is above that lower threshold of a “threat”. A “serious injury” is beyond a “threat”, and, therefore, is above the threshold of a “threat” that is required to establish a right to apply a safeguard measure. (WT/DS202/AB/R, parágrafos 167-169, p. 53-54).

55 A citação *supra* é uma tradução livre para o português do Relatório do Panel no caso Korea – Resins, parágrafo 271: ... a proper examination of whether a threat of material injury was caused by dumped imports necessitated a prospective analysis of a present situation with a view to determining whether a ‘change in circumstances’ was ‘clearly foreseen and imminent’. ... [such] determination ... required an analysis of relevant future developments with regard to the volume, and price effects of the dumped imports and their consequent impact on the domestic industry.

56 A citação *supra* é uma tradução livre para o português de trecho do Relatório do Panel no caso US – Lamb: However, we believe that the above statement of the Mexico – Syrup panel provides useful guidance also for safeguards disputes, and note that it confirms our view that an examination of the existence of threat of serious injury implies a future-oriented analysis of the domestic industry’s condition which is distinct from an examination of whether actual serious injury exists. 176 See, also Argentina – Footwear, *op. cit.*, at paragraph 8.284, in which the Panel found that an analysis of threat of serious injury in the safeguards context is separate from an analysis of actual serious injury: “the question of threat, whether instead of or in addition to a finding of present serious injury, must be explicitly examined in an investigation and supported by the evidence in accordance with Article 4.2(a-c)”.

[57](#) O recente pedido de consultas formulado pelo Canadá em face dos subsídios norte-americanos ao milho (WT/DS357) envolve também a alegação de ameaça de grave prejuízo e, caso haja o estabelecimento de painel, haverá a oportunidade de que ele examine e se pronuncie sobre este tópico.

[58](#) O artigo 3.7 do Acordo *Antidumping* define “ameaça de dano material” (threat of material injury) da seguinte forma (tradução livre): “Uma determinação de uma ameaça de prejuízo material deverá ser baseada em fatos e não meramente em alegação, conjectura ou possibilidade remota. A mudança nas circunstâncias que criariam uma situação em que o dumping causaria prejuízo deve ser prevista claramente e iminente. (...)”. No original: *A determination of a threat of material injury shall be based on facts and not merely on allegation, conjecture or remote possibility. The change in circumstances which would create a situation in which the dumping would cause injury must be clearly foreseen and imminent. (...)*.

[59](#) *Vide* genericamente: Panel Report, Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R and Corr.1, 2, 3, and 4, adopted 23 July 1998, DSR 1998:VI, 2201 (“Indonésia – Automóveis”), que trata do desenvolvimento das negociações do Código Antidumping na Rodada Kennedy.

[60](#) O artigo 4.1(b) do Acordo de Salvaguardas define ameaça de prejuízo grave (“threat of serious injury”) da seguinte forma (tradução livre): a “ameaça de sério prejuízo” deve ser entendida com um sério prejuízo que é claramente iminente, de acordo com as provisões do parágrafo 2. A determinação da existência de uma ameaça de sério prejuízo será baseada em fatos e não meramente em alegação, conjectura ou possibilidade remota”. No original, em inglês: “*threat of serious injury*” shall be understood to mean serious injury that is clearly imminent, in accordance with the provisions of paragraph 2. A determination of the existence of a threat of serious injury shall be based on facts and not merely on allegation, conjecture or remote possibility.

[61](#) A citação *supra* é uma tradução livre para o português de trecho do Relatório do Panel no caso US – Pipe Line: 170. *We emphasize that we are dealing here with the first of two inquiries we have previously mentioned that must be conducted by an interpreter of the Agreement on Safeguards: 166 whether there is a right in a particular case to apply a safeguard measure. The question at issue is whether there is a right in a particular case to apply a safeguard measure. The question at issue is whether the right exists in this particular case. And, as the right exists if there is a finding by the competent authorities of a “threat of serious injury” or – something beyond – “serious injury”, then it seems to us that it is irrelevant, in determining whether the right exists, if there is “serious injury” or only “threat of serious injury” – so long as there is a determination that there is at least a “threat”. In terms of the rising continuum of an injurious condition of a domestic industry that ascends from a “threat of serious injury” up to “serious injury”, we see “serious injury” – because it is something beyond a “threat” – as necessarily including the concept of a “threat” and exceeding the presence of a “threat” for purposes of answering the relevant inquiry: is there a right to apply a safeguard measure? 171. Based on this analysis of the most relevant context of the phrase “cause or threaten to cause” in Article 2.1, we*

do not see that phrase as necessarily meaning one or the other; but not both. Rather, that clause could also mean either one or the other, or both in combination. Therefore, for the reasons we have set out, we do not see that it matters – for the purpose of determining whether there is a right to apply a safeguard measure under the Agreement on Safeguards – whether a domestic authority finds that there is “serious injury”, “threat of serious injury”, or, as the USITC found here, “serious injury or threat of serious injury”. In any of those events, the right to apply a safeguard is, in our view, established. 172. We disagree with the Panel that a requirement of a discrete determination of serious injury or threat of serious injury results from the language of Article 5.1.167 The Panel’s finding is based on the assumption that the permissible extent of the measure depends upon one of two objectives: either of preventing the threat of future injury, or of remedying present injury. As we explain later in this Report, the permissible extent of a safeguard measure is defined by the share of serious injury that is attributed to increased imports, not by the characterization the competent authority ascribes to the situation of the industry. For this reason, we believe the Panel’s reasoning on Article 5.1 does not resolve or, in fact, pertain to the issue raised in this appeal relating to the textual interpretation of Article 2.1.

[62](#) WT/DS357/1, 11 January 2007.

[63](#) Decreto n. 1.355, de 30-8-1994, Anexo, ASMC,

Artigos 3.1 e 3.2: Artigo 3

Proibição

1. Com exceção do disposto no Acordo sobre Agricultura, serão proibidos os seguintes subsídios, conforme definidos no artigo 1:

(a) subsídios vinculados, de fato ou de direito, ao desempenho exportador, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições, inclusive aqueles indicados a título de exemplo no Anexo I;

(b) subsídios vinculados, de fato ou de direito, ao uso preferencial de produtos nacionais em detrimento de produtos estrangeiros, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições.

2. O membro deste Acordo não concederá ou manterá os subsídios mencionados no parágrafo 1.

[64](#) WT/DS267/AB, parágrafos 530-533. Para fundamentar este entendimento, o Órgão de Apelação citou o relatório do Órgão de Apelação, parágrafo 155, no caso *European Communities – Bananas*, que trouxe o seguinte entendimento: “(...) as provisões do GATT 1994 e de outros acordos de comércio multilaterais no Anexo 1A aplicam-se, exceto até o ponto em que o Acordo sobre Agricultura apresenta provisões específicas que tratam especificamente da mesma matéria”. No original: *(...) the provisions of the GATT 1994 and of other Multilateral Trade Agreements in Annex 1A apply, except to the extent that the Agreement on Agriculture contains specific provisions dealing specifically with the same matter.*

[65](#) Decreto n. 1.355, de 30-8-1994, Anexo, AA, artigo 9.1.

“AA, artigo 9.1:

9.1. Os seguintes subsídios à exportação estão sujeitos aos compromissos de redução assumidos em virtude do presente Acordo:

a) a concessão, pelos governos ou por organismos públicos, a uma empresa, a uma indústria, a produtores de um produto agrícola, a uma cooperativa ou outra associação de tais produtores, ou a entidade de comercialização, de subsídios diretos, incluindo pagamentos em espécie, subordinada ao desempenho de suas exportações”.

[66](#) Decreto n. 1.355, de 30-8-1994, Anexo, AA, artigo 3.3.

“Artigo 3.3. Sujeito às disposições dos parágrafos 2 (b) e 4 do artigo 9, nenhum membro concederá os subsídios à exportação listados no parágrafo 1 do artigo 9 aos produtos agrícolas ou grupos de produtos especificados na Seção II da Parte IV de sua Lista, além dos níveis de compromisso para desembolsos orçamentários e quantidades ali especificados e não concederá tais subsídios a qualquer produto agrícola que não esteja especificado naquela Seção de sua Lista”.

[67](#) AA, artigo 8:

“Artigo 8. Cada membro se compromete a não conceder subsídios à exportação que não estejam em conformidade com o presente Acordo e com os compromissos especificados em sua Lista”.

[68](#) O trecho a seguir é uma tradução livre do documento WT/DS267/R, parágrafos 8.3(b) e 8.3(c), p. 355:

Na luz daquelas conclusões: (...) (b) como requerido pelo artigo 4.7 do ASMC, nós recomendamos que os Estados Unidos retirem, sem atraso, os subsídios proibidos contidos nos parágrafos 8.1 (d)(i) e 8.1 (e) acima. O período especificado deve ser consistente com a exigência de que o subsídio seja retirado “sem atraso”. Isto será dentro de seis meses da data de adoção do relatório do painel pelo Órgão de Solução de Controvérsias ou em 1^a de julho 2005 (o que ocorrer primeiro); (c) conforme o artigo 4.7 do ASMC, nós recomendamos que os Estados Unidos retirem, sem atraso, e, no máximo, dentro de seis meses da data de adoção do relatório do painel pelo Órgão de Solução de Controvérsias ou em 1^a de julho 2005 (o que ocorrer primeiro), o subsídio proibido contido no parágrafo 8.1(f) acima. No original, em inglês: *In light of those conclusions:(...)(b) as required by Article 4.7 of the SCM Agreement, we recommend that the United States withdraw the prohibited subsidies in paragraphs 8.1(d)(i) and 8.1(e) above without delay. The time-period we specify must be consistent with the requirement that the subsidy be withdrawn “without delay”. In any event, this is at the latest within six months of the date of adoption of the Panel report by the Dispute Settlement Body or 1 July 2005 (whichever is earlier); (c) pursuant to Article 4.7 of the SCM Agreement, we recommend that the United States withdraw the prohibited subsidy in paragraph 8.1(f) above without delay and, in any event, at the latest within six months of the date of adoption of the Panel report by the Dispute Settlement Body or 1 July 2005 (whichever is earlier).*

[69](#) Decreto n. 1.355, de 30-8-1994, Anexo, AA, Anexo I, item (j)

ASMC, Anexo I, item (j):

ANEXO I

LISTA ILUSTRATIVA DE SUBSÍDIOS À EXPORTAÇÃO

“(j) A criação pelo governo (ou por instituições especiais controladas pelo governo) de programas de garantias de crédito à exportação ou programas de seguros à exportação, de programas de seguro ou garantias contra aumentos no custo de produtos exportados ou programas de proteção contra riscos de flutuação nas taxas de câmbio, cujos prêmios sejam insuficientes para cobrir os custos de longo prazo e as perdas dos programas.”

[70](#) No presente caso, o painel se utilizou de três métodos para verificar se os prêmios seriam insuficientes para cobrir os custos de longo prazo e as perdas dos programas. Examinando os três métodos, o Órgão de Apelação afirmou que o painel havia procedido a um exame detalhado do desempenho financeiro dos programas e que a sua análise mostrara que nenhum dos métodos propostos pelas partes havia indicado que os prêmios cobrados para os programas de garantias de crédito à exportação dos EUA eram adequados para cobrir os custos de longo prazo e as perdas dos programas. O Órgão de Apelação concordou ainda com o painel no sentido de que não seria necessário escolher um método particular nem determinar a quantidade específica pela qual os custos de longo prazo e as perdas excederiam os prêmios.

[71](#) Nesse sentido, cumpre também destacar a posição de Melaku Geboye Desta, que afirma que o artigo 10 do Acordo sobre Agricultura é uma provisão que busca impedir que os compromissos sobre subsídios à exportação sejam evitados. Após ter estipulado o princípio de que os subsídios à exportação (não listados no artigo 9.1) não podem ser evitados, o parágrafo 2 dispõe sobre três práticas específicas da seguinte forma: os membros se comprometem a trabalhar para o desenvolvimento de disciplinas internacionais acordadas para governar a provisão de créditos para a exportação, garantias de crédito para a exportação ou programas de seguro e, depois de acordo em tais disciplinas, para fornecer créditos para a exportação, garantias de crédito para a exportação ou programas do seguro somente em conformidade com o acordado. Como já reiterado, o argumento teórico de que as práticas listadas sob o artigo 9.1 estão sempre cobertas igualmente aplica-se a estas três práticas, não obstante nossa definição do termo “subsídio” sob o artigo 1 (e) do Acordo sobre Agricultura. Seus *status* como subsídios à exportação já foi determinado. Além disso, a conclusão alcançada mais cedo sobre o objetivo dos subsídios listados perante o objetivo dos subsídios à exportação sob o ASMC aplica-se igualmente bem a estas três práticas. Isto se depreende das provisões dos parágrafos (j) e (k) da Lista Ilustrativa de Subsídios à Exportação do ASMC. Estes parágrafos dirigem-se especificamente a todas as três práticas e indicam, inequivocadamente, que são subsídios à exportação. Conseqüentemente, não parece haver espaço para levantar a questão se as práticas especificadas sob o artigo 10 do Acordo sobre Agricultura podem ter um objetivo diferente do que aquelas cobertas pelo ASMC. No original, em inglês: *Article 10 of the Agreement on Agriculture is an anti-circumvention provision with respect to the commitments on export subsidies. After stipulating the principle that export subsidies not listed in Article 9.1 may not be applied in a circumventory manner, paragraph 2 singles out three specific practices and provides the following: “Members undertake to work toward the development of internationally agreed disciplines to govern the provision of export credits, export credit guarantees or insurance*

*programmes and, after agreement on such disciplines, to provide export credits, export credit guarantees or insurance programmes only in conformity therewith". As reiterated already, the theoretical argument that the listed practices under Article 9.1 are always covered regardless of our definition of the term 'subsidy' under Article 1(e) of the Agreement on Agriculture equally applies to these three practices. For, their status as export subsidies has already been determined. Moreover, the conclusion reached earlier on the scope of the listed subsidies vis-à-vis the scope of export subsidies under the SCM Agreement applies equally well for these three practices. This flows from the provisions of paragraphs (j) and (k) of the Illustrative List of Export Subsidies in the SCM Agreement. These paragraphs specifically address all three practices and unequivocally state that they are export subsidies. Consequently, there appears to be no room to raise the issue of whether the practices specified under Article 10 of the Agreement on Agriculture may be of a different scope than those covered by the SCM Agreement (DESTA, Melaku Geboye. **The law of international trade in agricultural products**, cit., p. 223-224).*

[72](#) WT/DS267/AB, parágrafo 610, p. 228.

[73](#) Um membro do Órgão de Apelação apresentou opinião divergente em relação à interpretação do artigo 10.2 do AA, ao afirmar que os programas de garantias de créditos à exportação, os programas de crédito à exportação e os programas de seguro à exportação não estariam sujeitos às disciplinas de subsídios à exportação previstas no AA, bem como que esses programas não estariam sujeitos à proibição estabelecida no artigo 3.1(a) do ASMC (WT/DS267/AB, parágrafo 639, p. 241).

[74](#) JOSLING, Tim; ZHAO, Longyue; CARCELEN, Jerônimo e ARHA, Kaush. [Implications of WTO Litigation for the WTO Agricultural Negotiations](#). In: [International Food & Agricultural Trade Policy Council – Issue Brief 19](#), March 2006.

[75](#) JOSLING, Tim; ZHAO, Longyue; CARCELEN, Jerônimo; ARHA. Implication of WTO..., **Issue Brief**, cit.

[76](#) MEDRADO, Renê Guilherme da Silva. Os contenciosos na OMC como instrumento de abertura de mercados agrícolas – uma reflexão. **Revista de Direito Mercantil, Financeiro e Econômico**, São Paulo: Malheiros, v. 137, jan./mar. 2005.

[77](#) WT/DS357/1, 11 January 2007.

[78](#) Para uma análise acerca da estratégia de utilizar o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC para promover a abertura de mercados agrícolas, *vide* MEDRADO, Renê Guilherme S. Os contenciosos..., **Revista de Direito Mercantil Financeiro e Econômico**, cit.

2 O CONTENCIOSO ENTRE BRASIL E COMUNIDADES EUROPEIAS SOBRE SUBSÍDIOS AO AÇÚCAR (DS266)

Christiane Aquino

Diplomata, mestre em diplomacia pelo Instituto Rio Branco e mestre em Administração de Empresas (MBA) pela University of Bridgeport, Connecticut, EUA; atuou na Coordenação-Geral de Contenciosos (CGC) do Ministério das Relações Exteriores em Brasília e trabalha atualmente na área de política comercial da Embaixada do Brasil em Washington.

Adriana Dantas

Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo e mestre em Direito Internacional Econômico pela Universidade de Londres; research fellow do Instituto de Direito Internacional Econômico da Universidade de Georgetown entre 2006 e 2007; advogada de King & Spalding LLP, Washington – D.C., EUA.

Cynthia Kramer

Especialista em Comércio Exterior pela Aduaneiras; pós-graduanda em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo; pesquisadora do Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento (IDCID); advogada de L. O. Baptista Advogados.

2.1 Introdução¹

O presente capítulo tem por objetivo analisar o contencioso em que o Brasil questionou, no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), o sistema de subsídios do regime açucareiro europeu. A controvérsia foi iniciada em setembro de 2002, com base em pedido de consultas apresentado por Brasil (DS266) e Austrália (DS265). Em março de 2003, a Tailândia (DS283)² entrou com pedido de consultas sobre o mesmo objeto, razão pela qual os três membros figuraram como co-demandantes contra a Comunidade Européia (CE)³.

A parte inicial deste artigo será dedicada aos antecedentes do contencioso, examinando os principais elementos do regime e seus efeitos distorcivos sobre o mercado internacional de açúcar, com destaque para os impactos sobre as exportações brasileiras.

Em seguida, os aspectos jurídicos da disputa serão tratados com base na análise dos relatórios emanados pelo painel e pelo Órgão de Apelação (OA).

A parte final do artigo será dedicada à fase de implementação da recomendação proferida pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC, com base no relatório do OA. Os desafios dessa fase e as perspectivas quanto ao cumprimento da decisão serão considerados à luz do novo regime europeu de açúcar, que entrou em vigor no dia 1º de julho de 2006.

2.2 O regime açucareiro europeu e seus efeitos

A Organização Comum do Mercado de Açúcar (OCM)⁴ entrou em vigor em 1968 e previa diversos instrumentos de apoio, como o mecanismo de preço mínimo (garantido) para o açúcar e a beterraba⁵, mecanismo de quotas que impõe limites à produção, sistema interventor de compras⁶, altas alíquotas de importação para proteção do mercado interno e reembolso à exportação⁷.

Trata-se de regime extremamente controverso, alvo de questionamentos no âmbito do próprio bloco europeu. Em 1991, auditoria abrangente do Tribunal de Contas da CE identificou diversos problemas na OCM do açúcar, com destaque para a situação de superabastecimento estrutural e para os elevados custos do regime⁸.

Nesse contexto, o Brasil não questionou na OMC todo o regime açucareiro europeu, mas, essencialmente, o fato de que a exportação subsidiada anual de açúcar pela CE ultrapassava os compromissos de redução assumidos pelo bloco perante a OMC e acarretava danos ao Brasil por meio da redução dos preços mundiais e do deslocamento das suas exportações em terceiros mercados. Mais especificamente, a CE não incluía, no cômputo dos seus compromissos de redução de subsídios junto à OMC, a exportação de “açúcar C” e a reexportação do açúcar originário de países ACP⁹. A questão será analisada mais detidamente no item 3 do presente capítulo.

2.2.1 Principais instrumentos

A OCM do açúcar questionada pelo Brasil era formada por conjunto de mecanismos de fomento à produção, os quais transformaram a posição do bloco de importador para a de maior exportador de açúcar refinado do mundo até a safra 2000-2001¹⁰.

Um dos mecanismos fundamentais de proteção existentes era o chamado preço de intervenção do açúcar que correspondia a cerca do triplo da cotação do produto no mercado internacional, oferecido para quantidades específicas e limitadas por quotas nacionais de produção. Cada membro tinha a obrigação de produzir açúcar dentro dos limites das quotas A e B, que compunham a chamada “quota máxima”. O preço indicativo de compra para o produto sob essas quotas era o “preço de intervenção”, que representava, na prática, uma garantia de preço mínimo ao produtor. A CE alocava as quotas de produção aos membros que, por sua vez, alocavam sua quota nacional a produtores individuais.

Essas quantidades correspondiam a uma quota de produção por região para a qual a garantia de preço era quase total (quota A) e a uma outra quota para a qual a garantia de preço era parcial (quota B). Dessa maneira, o

açúcar da quota A recebia preço de garantia mais alto que o açúcar da quota B.

Denominava-se açúcar “C” a produção que excedia as quantidades destinadas às quotas “A” e “B”. Esse excedente não poderia ser consumido no mercado interno europeu, devendo ser automaticamente exportado sem subsídio direto ou armazenado para ser computado na quota “A” do ano seguinte – no limite de 20%¹¹. Apesar de não receber subsídios diretos para exportação, a produção de açúcar “C” tinha seus custos cobertos pelos subsídios concedidos ao açúcar produzido sob as quotas “A” e “B”, beneficiando-se pelo chamado efeito *spill-over*. O efeito *spill-over* fazia com que os benefícios concedidos ao açúcar dos tipos “A” e “B” fossem suficientes para cobrir os custos fixos de produção do açúcar “C”, tornando-o rentável para exportação¹².

Além das quotas de açúcar “A” e “B”, claramente protecionistas, e dos efeitos de *spill-over* para o açúcar “C”, havia, ainda, a figura do açúcar “ACP”. O açúcar ACP corresponde ao açúcar bruto importado das ex-colônias europeias sob acordos preferenciais e ao preço garantido do mercado comunitário. Em território europeu, esse açúcar era refinado, acompanhando o padrão do comércio colonial. Como o açúcar dos tipos “A” e “B” era mais do que suficiente para abastecer o mercado interno europeu, o açúcar “ACP” era processado e exportado com subsídios. Vale ressaltar que os benefícios auferidos pelo açúcar “ACP”, assim como o apoio indireto dado ao açúcar “C”, não estavam sendo computados pelo bloco europeu no seu quadro de redução de subsídios à exportação acordado ao fim da Rodada Uruguai (RU).

Dessa maneira, cada um dos tipos de açúcar descritos (“A”, “B”, “C” e “ACP”) beneficiava-se de alguns dos mecanismos de apoio da OCM de açúcar¹³. Os principais instrumentos do regime eram:

- (a) quotas nacionais de produção intransferíveis (quotas “A” e “B”), cujos objetivos eram: regular a quantidade da produção de açúcar em cada membro e no mercado comunitário como um todo; limitar o custo (potencial) das compras de intervenção e garantir a cada membro uma certa participação no mercado comunitário;

(b) sistema de preços mínimos garantidos, que incluía três tipos de preços com funções distintas: preço de intervenção, preço básico de beterraba e preço mínimo de beterraba, garantindo renda básica para os agricultores e para a indústria açucareira como um todo – refino e processamento;

(c) reembolsos à exportação para cobrir a diferença entre o preço doméstico (mais alto) e o preço internacional¹⁴. Pagos, majoritariamente, com fundos do orçamento comunitário, sendo uma parte arrecadada com as contribuições (levies) dos produtores e agricultores;

(d) tarifas de importação, para proteger o mercado e os preços internos, compostas por um valor fixo por tonelada e um adicional variável conforme a cotação internacional do açúcar¹⁵;

(e) reembolsos à produção para a indústria química, farmacêutica e alimentícia que eram praticamente constrangidas a comprar o açúcar europeu, em decorrência das altas taxas de importação que inviabilizavam a compra do açúcar estrangeiro mais barato. Dessa maneira, recebiam compensação pecuniária para cobrir a diferença entre o alto preço do açúcar no mercado doméstico e o do mercado internacional e, assim, manter a competitividade;

(f) tarifas ou contribuições (levies) pagas pelos próprios agricultores e produtores de açúcar para financiar tanto o reembolso à exportação quanto o reembolso à produção;

(g) Importações preferenciais de açúcar bruto das ex-colônias dos países membros da CE, os países ACP; e

(h) Ajuda às refinarias de \$29,20 euros por tonelada de açúcar refinado com base no açúcar bruto, da Guiana ou dos países ACP. A intenção desse mecanismo, criado em 1986, era igualar as condições de competição entre as refinarias de açúcar de cana bruto e as fábricas que produzem açúcar refinado de beterraba.

Com todo esse aparato legal, formou-se um regime extremamente distorcivo para o comércio de açúcar, e, como consequência, o bloco europeu tornou-se o maior exportador de açúcar refinado do mundo.

2.2.2 Efeitos dos subsídios europeus¹⁶

Subsídios representam alocação de recursos públicos que visa a privilegiar grupos ou setores específicos. Produzem efeitos sobre a alocação de recursos no âmbito nacional que podem atingir proporções internacionais, conforme o tamanho: 1) do país cujo governo concede os

subsídios; e 2) do setor da economia subsidiado. Subsídios distorcem preços, realocam recursos, alteram a quantidade de produtos e serviços produzidos e consumidos em uma economia, com efeitos prejudiciais, muitas vezes, inclusive para o meio ambiente. Por exemplo, subsídios agrícolas costumam acarretar uso excessivo de pesticidas e fertilizantes para aumentar a produção. Outro efeito comum é a depreciação artificial dos preços internacionais, o que prejudica sobremaneira os interesses dos competidores estrangeiros.

Os efeitos internacionais dos subsídios são, portanto, proporcionais ao tamanho da economia do país que os concede. Nessa linha, as políticas agrícolas norte-americanas e européias têm o potencial de ser muito mais distorcivas, tanto em decorrência da dotação orçamentária dos respectivos governos como devido ao tamanho dos seus mercados. Vários são os estudos no sentido de demonstrar que os subsídios concedidos pelos países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁷ têm causado dano significativo às economias dos países em desenvolvimento (PEDs), os quais seriam os maiores beneficiados com a sua redução¹⁸.

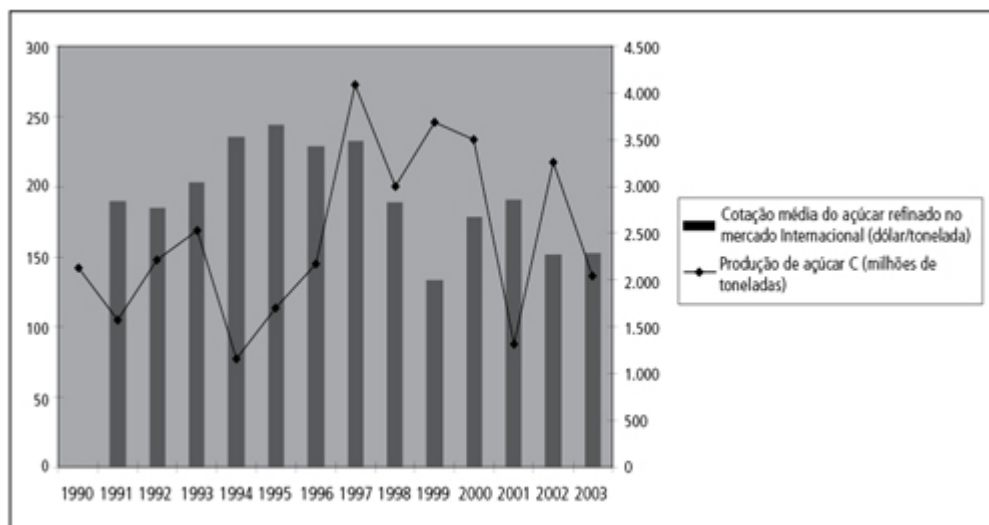
Assim sendo, tendo em vista o tamanho da economia da CE, bem como o volume dos subsídios concedidos no âmbito da OCM de açúcar, pode-se inferir que os efeitos do regime foram consideráveis. Cumpre destacar três efeitos principais: (i) sobre os preços no mercado internacional; (ii) sobre as exportações de açúcar do Brasil; e (iii) sobre as economias dos países ACP.

2.2.2.1 Efeitos sobre os preços no mercado internacional

Há uma série de fatores que influenciam a cotação de uma *commodity* no mercado internacional. O açúcar é uma das *commodities* mais protegidas do mundo¹⁹, cujo comércio envolve grandes quantidades de subsídios à exportação, altas tarifas, importações preferenciais e contratos de longa duração, tornando seu preço extremamente volátil²⁰.

No contexto dos efeitos do regime europeu, estudos demonstram a existência de forte relação entre a quantidade produzida de açúcar “C” e o preço do açúcar no mercado internacional. Quando as exportações de açúcar “C” aumentam, o preço no mercado internacional tende a cair com o excesso de oferta. A própria Corte de Auditores (*Court of Auditors*)

européia²¹ observou que o aumento da exportação de açúcar “C” influenciava negativamente a cotação do açúcar no mercado internacional. Essa relação pode ser observada no gráfico²² abaixo, onde fica clara a queda de preços no mercado internacional em face do aumento da produção de açúcar “C”, sobretudo nos anos de 1997 a 2001 e o aumento da cotação diante da diminuição na produção de açúcar “C”, em especial nos anos de 1993 a 1996.



Da mesma maneira, o aumento, ao longo dos anos, do preço de intervenção do açúcar de quota europeu (“A” e “B”) – que também era exportado²³ quando ultrapassava os níveis de consumo do país-membro produtor – guarda relação com os preços do açúcar no mercado internacional. O aumento dos subsídios gera um ciclo vicioso e perverso com conseqüências negativas para o mercado. Com a concessão de subsídios, a produção aumenta, gerando excesso de oferta. O excedente era exportado, o que, por sua vez, deprimia os preços. Esses efeitos sobre o mercado de açúcar foram reconhecidos pela Comissão Européia²⁴. Além disso, quanto maior o retorno do agricultor europeu com o cultivo de açúcar dos tipos “A” e “B”, maior era o seu incentivo para produzir açúcar “C” (excedente), que era despejado no mercado externo, já que esse tipo de

açúcar não podia ser consumido no mercado doméstico por força da legislação então em vigor.

O fato de que um produtor de altos custos como as CE²⁵ fosse capaz não só de produzir para o seu consumo doméstico, mas também de exportar grandes quantidades de açúcar subsidiado (diretamente, 1,5 milhão de toneladas de açúcar “A” e “B” e 1,6 milhão de toneladas de açúcar “ACP” e, indiretamente, 3 milhões de toneladas de açúcar “C” em média) teve efeito negativo na cotação de açúcar no mercado internacional. O relatório encomendado pela própria Comissão Europeia sobre os efeitos da OCM de açúcar concluiu que sua estrutura de subsídios provocava instabilidade de preços e diminuía o número de parceiros comerciais no mercado internacional²⁶. Além disso, o relatório concluiu que, na ausência do regime europeu de sustentação de preços, a cotação do açúcar do mercado internacional seria mais alta porque as CE não exportariam o produto, mas comprariam a maior parte da sua necessidade de consumo doméstico no mercado mundial²⁷.

Estudos desenvolvidos por organizações internacionais demonstram que, sem os subsídios europeus ao açúcar, os preços internacionais do produto cresceriam significativamente. Para o Banco Mundial, a elevação dos preços seria da ordem de 40%²⁸. A UNCTAD calculou que a cotação do açúcar se deprecia entre 5% e 17% em consequência das distorções introduzidas pelo regime das CE²⁹. A Organização Não Governamental (ONG) *Oxfam* também elaborou relatório que demonstra os efeitos negativos do regime de açúcar comunitário para os PEDs. Segundo o relatório, os subsídios europeus não só depreciam o valor que esses países poderiam ganhar com suas exportações correntes, mas também diminui as chances de expansão para terceiros mercados, que compram o açúcar subsidiado europeu³⁰.

2.2.2.2 Efeitos sobre as exportações de açúcar do Brasil

Por meio da proteção do mercado interno com altas tarifas e do mecanismo de sustentação de preços para estimular a produção, a CE, sem vantagem comparativa na fabricação de açúcar³¹, transformou-se de importadora de açúcar à grande produtora da *commodity*. Em seguida, com o aporte dos subsídios à exportação, o bloco europeu tornou-se o maior

exportador de açúcar refinado do mundo até a safra 2000-2001³². Bastaram menos de dez anos de funcionamento, para que a OCM do Açúcar elevasse a CE da condição de importadora à categoria de exportadora de açúcar. Esse resultado foi obtido mesmo com custos de produção estimados em cerca de US\$ 660 por tonelada de açúcar refinado, em um mercado internacional cuja cotação raramente passava de US\$ 240 a tonelada. Trata-se de política que prejudica os interesses dos países mais competitivos, como o Brasil³³, que apresenta custo de produção inferior a US\$ 180 a tonelada³⁴ e poderia ocupar maior espaço no mercado internacional.

O regime europeu acarreta perdas para os exportadores brasileiros tanto no que concerne ao acesso a terceiros mercados como ao mercado europeu, restrito por elevada proteção tarifária.

Os preços artificialmente elevados dos produtos agrícolas no mercado europeu geram excedentes e exportações subsidiadas retiram mercados de exportação de países competitivos³⁵. No caso do açúcar, a CE vende, anualmente, cerca de 6 milhões de toneladas de açúcar³⁶. Essa quantidade corresponde ao somatório das exportações dos quatro tipos de açúcar. As quotas “A” e “B” que ultrapassam o consumo interno são exportadas com subsídios (reembolso à exportação). É o chamado *surplus sugar*. O bloco exporta também cerca de 3 milhões de toneladas de açúcar “C”. Conforme explicado anteriormente, este é o açúcar que excede as quantidades predeterminadas das quotas “A” e “B” e que recebe subsídios indiretos (efeito de transbordamento dos subsídios destinados às quotas “A” e “B”). Além disso, a CE exporta uma quantidade equivalente a do açúcar importado pelos países ACP, cuja média tem sido de 1,6 milhão de toneladas também com subsídios à exportação. Dessa maneira, são, em média, 6 milhões de toneladas de açúcar subsidiado ao ano, quantidade que poderia ser exportada por produtores mais eficientes. No entanto, é despejada no mercado mundial, concorrendo, de forma desleal, com o açúcar brasileiro nos principais mercados compradores, particularmente: o Oriente Médio, o Norte da África e a Ásia.

Nessa linha, vários estudos demonstram que o fim dos subsídios europeus (ou a liberalização mundial do comércio de açúcar como um todo) aumentaria a cotação do açúcar no mercado internacional, diminuiria ou extingiria as exportações européias e elevaria as exportações brasileiras.

Os resultados diferem quanto ao montante, mas todos apontam na mesma direção.

2.2.2.3 Efeitos sobre as economias dos países ACP

As informações prestadas nas seções anteriores demonstraram os impactos dos subsídios europeus sobre o mercado internacional de açúcar e os interesses brasileiros. O objetivo desta seção é avaliar a extensão em que as exportações subsidiadas de açúcar europeu afetam os países de menor desenvolvimento relativo (PMDRs) e outros PEDs, particularmente os ACP. Isso porque diminuem a renda dos produtores desses países não apenas por meio da depreciação da cotação do produto, mas também devido ao deslocamento das exportações de países competitivos em terceiros mercados. Trata-se de países que têm na indústria açucareira um dos principais setores da economia, fonte significativa de renda e empregos.

Na opinião de países competitivos na produção de açúcar e de ONGs, como a *Oxfam International*, a OCM de açúcar prejudica os países pobres de quatro modos:

(a) Restringe o acesso ao mercado europeu por meio de altas tarifas de importação ao açúcar refinado. Mesmo os acordos preferenciais com os países ACP para importação do açúcar bruto são uma farsa, pois apenas 15³⁷ das 77 ex-colônias beneficiam-se com os altos preços do mercado europeu e desses 15, apenas 3 são PMDRs (Madagascar, Malawi e Tanzânia);

(b) Subtrai terceiros mercados dos países pobres, e mais competitivos, exportadores de açúcar, ao promover artificialmente as exportações européias por intermédio de subsídios. A quantidade de açúcar exportada pela CE para os PMDRs é cerca de 12 (doze) vezes maior que a quantidade importada dessa mesma categoria de países. Foram importadas 72 mil toneladas de 4 PMDRs (Madagascar, Malawi, Tanzânia e Zâmbia³⁸) e exportadas 854 mil toneladas para 39 diferentes PMDRs em 2001³⁹. Dessa maneira, países competitivos na produção de açúcar, sejam PEDs como o Brasil, ou PMDRs, como o Moçambique⁴⁰, poderiam ocupar o espaço das cinco milhões de toneladas anuais de açúcar, exportadas pela CE acima dos seus compromissos na OMC. Países africanos, como Mauritânia, Algéria e Nigéria, que juntos importaram 1,04 milhão de toneladas de açúcar europeu em 2001⁴¹, poderiam ter comprado essa quantidade de vizinhos africanos cuja economia depende, significativamente, do setor açucareiro. Vale ressaltar que a produção de açúcar de

beterraba nos países industrializados é altamente capital-intensiva. Dessa maneira, se a quantidade de açúcar que a CE exporta com subsídios fosse produzida em PED, seria a custos mais baixos e com maior uso de mão-de-obra. Em média, a agricultura representa 34% do PIB e 69% dos empregos em países pobres, na CE, corresponde a apenas 5,3% e 1,7% respectivamente⁴²;

(c) Impede que os próprios países ACP agreguem valor ao seu açúcar, porque a CE não importa açúcar refinado, apenas na forma bruta⁴³. Ao importar exclusivamente açúcar bruto das ex-colônias e bloquear as importações de açúcar refinado, a CE frustra as tentativas de desenvolvimento da indústria de refino em países pobres. A experiência em Moçambique é bom exemplo⁴⁴. Esse prejuízo torna-se injustificável quando se verifica que o mercado internacional de açúcar para os países europeus é considerado residual pela própria Comissão Européia, ou seja, de nenhuma importância para a economia dos Estados-membros⁴⁵;

(d) Deprecia os preços internacionais do produto⁴⁶ e, como consequência, diminui a renda e a fonte de divisas geradas pelas exportações de açúcar dos países pobres e em desenvolvimento. Já em 1986, o Banco Mundial alertava que “as políticas açucareiras européias causaram aos PEDs uma perda de receitas da ordem de US\$ 7,4 bilhões e aumentaram, em cerca de 25%, a instabilidade dos preços⁴⁷”.

Constata-se que a liberalização total do mercado de açúcar seria benéfica até mesmo para os países ACP que mais exportam para a CE, como as Ilhas Maurício ou Suazilândia. À primeira vista, com a diferença entre os altos preços do mercado europeu e os baixos preços do mercado internacional, a liberalização pareceria abater as economias desses países. Contudo, como a liberalização elevaria os preços do açúcar em até 40%, compensaria as perdas em cerca de US\$ 450 milhões para países com acesso preferencial⁴⁸. Além disso, com a saída da média de seis milhões de toneladas exportadas anualmente pela CE à custa de subsídios, sobraria mais espaço no mercado internacional para o açúcar dos países ACP.

2.3 O contencioso

2.3.1 Sensibilidade política

Antes do início da disputa na OMC, representantes dos países ACP encaminharam uma série de documentos para Embaixadas brasileiras na Europa, na África e no Caribe que revelavam seu receio de que o questionamento do Brasil ao regime europeu de açúcar ameaçasse, de alguma maneira, as exportações de açúcar dos países ACP para o mercado comunitário. Esse temor foi potencializado pelas declarações do então Comissário de Comércio europeu, Pascal Lamy, que, na ocasião, declarou: “(...) se o Brasil e a Austrália desestabilizarem o sistema europeu de subvenções, eles desestabilizarão o Protocolo de Açúcar⁴⁹”.

Ciente da repercussão política do contencioso, a chancelaria brasileira⁵⁰ enviou instruções aos embaixadores brasileiros sediados nos países ACP para que fizessem gestão de esclarecimento junto às autoridades locais sobre o teor da demanda brasileira na OMC. Na oportunidade, o Governo brasileiro ressaltou que sua ação na OMC não buscava acesso ao mercado europeu, mas tão-somente demandar o cumprimento das obrigações comunitárias para o setor açucareiro acordadas na RU e, conseqüentemente, não ameaçava os acordos preferenciais entre os países ACP e a CE.

Salientou também que reconhecia a importância da produção de açúcar para os países ACP, pois assinou na OMC o *waiver* (renúncia de direitos) que autorizava o regime de preferências européias em favor das ex-colônias européias, abrindo exceção à regra de Nação Mais Favorecida (NMF)⁵¹. Ainda que contrariando parte dos interesses do setor sucroalcooleiro no Brasil, o Governo brasileiro considerou fundamental e estratégica, em termos políticos, a decisão de abrir mão da regra de NMF para possibilitar o acesso preferencial dos países ACP ao mercado europeu.

O Brasil notou, contudo, que, se a CE desejasse realmente promover um programa de ajuda ao desenvolvimento, devia fazê-lo com dinheiro do contribuinte europeu e não com o prejuízo causado pelo deslocamento de exportações competitivas de terceiros mercados, como as brasileiras. A CE poderia importar o montante de açúcar que desejassem dos países ACP, refiná-lo e até mesmo exportá-lo com subsídios, mas deveriam computá-los nos compromissos de redução assumidos na OMC. Dessa maneira, os compromissos europeus com o desenvolvimento de suas ex-colônias (assumidos por meio da Convenção de Lomé) estariam limitados às quantidades estabelecidas previamente no âmbito multilateral, deixando

fatia do mercado aberta às exportações de países com maior competitividade na produção de açúcar, como o Brasil.

Passemos, então, aos argumentos levantados no contencioso.

2.3.2 Principais demandas apresentadas pelo Brasil

O Regulamento do Conselho Europeu n. 1.260/2001, que estabelece as regras do regime europeu de açúcar, foi a principal medida sob análise no contencioso na OMC. Além desse regulamento, foram também questionados regulamentos e políticas administrativas em relação ao setor açucareiro europeu.

Questionava-se, especificamente, a não-inclusão da quantidade e do valor de duas “categorias” de açúcar no cômputo dos compromissos comunitários de redução de subsídios à exportação acordados ao fim da RU: o “açúcar C” e a quantidade equivalente de açúcar importado dos países ACP. No que concerne especificamente ao açúcar, o compromisso de redução de subsídios à exportação da CE ficou acordado em 499,1 milhões de euros e 1.273.500 toneladas de açúcar, conforme tabela abaixo.

Volume (1.000 toneladas de açúcar refinado)/Valor (milhões de euros)

Ano	Compromisso Anual em termos de Volume	Compromisso Anual em Valor
1995/96	1.555.6	733.1
1996/97	1.499.2	686.3
1997/98	1.442.7	639.5
1998/99	1.386.3	592.7
1999/2000	1.329.9	545.9
2000/2001	1.273.5	499.1

Fonte: Schedule CXL: European Communities, Section II, Part IV Agricultural Products apud GAIN Report #E22037 Foreign Agricultural Service/USDAO Regulamento n. 1260.

Quanto ao açúcar ACP, a CE mantém quota anual de importação de 1.304.700 toneladas de açúcar bruto no âmbito do Protocolo de Açúcar/Convenção de Lomé. Esse açúcar entrava no mercado europeu sem incidência de tarifas e ao preço garantido de \$523,7 euros por tonelada. Passava, então, pelo beneficiamento em refinarias européias e era, finalmente, reexportado com subsídios. Esse montante de açúcar, contudo, não era computado pelas CE para efeito de redução dos subsídios à exportação, compromisso incorporado ao Acordo sobre Agricultura (AA), em decorrência da interpretação da seguinte nota de rodapé inserida ao fim da sua tabela de compromisso de redução de subsídios: *does not include exports of sugar of ACP and Indian origin on which the Community is not making any reduction commitments The average of export in the period 1986 to 1990 amounted to 1.6 mio t.*

O Brasil considerou, na sua petição inicial, que a CE estaria violando os Artigos 3 e 8 do AA ao ultrapassar seu compromisso de limite de subsídios à exportação. Citou que o AA restringe a concessão de subsídios aos limites notificados e aos produtos que sejam objeto de compromissos de redução. Também questionou a legitimidade da referida nota de rodapé para isentar a CE de contabilizar os subsídios concedidos à exportação do açúcar ACP. Argumentou que um membro da OMC não pode se eximir de suas obrigações por meio de artifício jurídico que contraria a própria finalidade do documento em que está inserido. Ilustrou seu argumento com jurisprudência⁵² na qual o OSC concluiu que um membro, ao estabelecer seu quadro de compromissos e concessões, poderia incorporar “only acts yielding rights, not acts diminishing obligations”.

Quanto ao açúcar “C”, o Brasil, a fim de sustentar seu argumento, teve que comprovar a existência de subsídio (pagamento, benefício e nexo causal). Para tanto, a tarefa mais difícil foi com relação à existência de pagamento. No caso *Canada-Dairy*⁵³, ficou estabelecido que a palavra “pagamento” disposta no Artigo 9.1 (c) do AA contempla não só remuneração monetária, mas também outras formas de pagamento

(*payment-in-kind*), como, por exemplo, uma “receita descartada” (*revenue forgone*).

No caso das vendas abaixo do custo de produção de beterraba “C” (que não possuía preço mínimo garantido) aos produtores/exportadores de açúcar “C”, por exemplo, o *revenue forgone* ocorria quando os produtores de beterraba “C” descartavam receita, ou transferiam renda, ao vendê-la para os produtores/exportadores de açúcar “C” abaixo dos custos de produção.

Os estudos econométricos⁵⁴ apresentados por Brasil, Austrália e Tailândia não deixaram dúvidas aos painelistas de que “there is uncontested evidence that C beet is sold to C sugar producers at prices well below its cost of production”⁵⁵. Segundo o levantamento dos relatórios, nos últimos onze anos, agricultores europeus de beterraba “C” teriam vendido o seu produto aos refinadores numa faixa entre 24% e 56% do seu custo médio de produção.

Além disso, Brasil, Austrália e Tailândia alegaram que, como o açúcar “C” não poderia ser consumido no mercado europeu e deveria ser exportado (ou no máximo estocado), qualquer forma de pagamento que beneficiasse os produtores/exportadores de açúcar “C” seria destinada à exportação de um produto agrícola, ou seja, o açúcar “C”.

Brasil, Austrália e Tailândia argumentaram ainda que o apoio governamental destinado ao açúcar dos tipos “A” e “B” é que viabilizava o fornecimento de beterraba “C” abaixo dos custos de produção para os produtores de açúcar “C” e para o mercado internacional.

Por fim, os demandantes observaram que não havia produção exclusiva ou isolada de açúcar “C” nem cultivo avulso de beterraba “C”. O açúcar “C” só era produzido por empresas que recebiam alocação para produção do açúcar dos tipos “A” e “B” e a beterraba “C” só era cultivada pelo agricultor que tinha contrato de fornecimento das beterrabas “A” e “B” para a indústria de açúcar. Dessa maneira, alegaram que não seria rentável produzir açúcar “C” dissociado da produção e do sistema de apoio do açúcar dos tipos “A” e “B”, assim como parecia não ser lucrativo cultivar beterraba “C” sem a produção concomitante de beterrabas “A” e “B”. Essa relação sugeria que uma parte dos custos de produção do açúcar “C” era coberta pelo apoio governamental auferido pelo açúcar de quota, tornando lucrativa a exportação de açúcar “C” ao preço do mercado internacional

(em média três vezes mais baixo que o preço do mercado europeu), mesmo sem sistema de reembolso.

Haveria mais uma vez, portanto, com o sistema de subsídios cruzados, a conjunção dos três elementos necessários para aplicação do Artigo 9.1 (c) do AA: a) que um pagamento seja feito (sustentação de preços, reembolso à exportação e todos os outros mecanismos de apoio auferidos pelo açúcar dos tipos “A” e “B”); b) para exportação de um produto agrícola (açúcar “C” que deve ser exportado); c) e que esse pagamento seja financiado “by virtue of governmental action” (regulamentação estabelecida pela própria Comissão Europeia, como o Regulamento do Conselho Europeu n. 1.260/2001).

Na construção da argumentação, estudo econométrico preparado pela empresa brasileira de consultoria Datagro concluiu que: (i) a renda recebida pelos produtores de açúcar “A” e “B” era suficiente para cobrir todos os custos fixos da produção de açúcar “C”; e (ii) o preço do açúcar “C”, mesmo não cobrindo todos os custos da sua produção, foi capaz de gerar contribuição marginal para a renda líquida dos produtores.

Em resumo, as reivindicações dos demandantes, entre eles o Brasil, foram as seguintes:

(a) O sistema europeu de subsídios ao açúcar garantia um preço elevado para a produção dentro das quotas (açúcar “A” e “B”). Contudo, o excedente de produção – o açúcar “C” – não podia ser vendido no mercado interno (por força da própria legislação europeia), devendo, por conseguinte, ser exportado ou utilizado para completar a quota do ano seguinte. Por esse mecanismo, os exportadores do açúcar “C” poderiam exportá-lo a preços abaixo do custo;

(b) As CE concediam subsídio cruzado (tal como condenado pelo OA no caso *Canadá – Dairy*), também conhecido como transbordamento do apoio do açúcar dos tipos “A” e “B” para o açúcar “C” (*spill-over effect*)⁵⁶. O transbordamento seria caracterizado, na opinião do Brasil, como subsídio à exportação ou, mais especificamente, como um pagamento governamental nos termos do Artigo 9.1 (c) do AA;

(c) As CE concediam subsídios diretos à exportação de açúcar “ACP” acima dos níveis acordados, em aproximadamente 1,6 milhão de toneladas de açúcar por ano. Esses subsídios, denominados no Regulamento n. 1260/2001 de “reembolso à

exportação”, cobriam a diferença entre o preço do mercado mundial e os elevados preços dos produtos em questão na CE; e

(d) A CE violava o princípio do Tratamento Nacional (menos favorável ao açúcar importado em relação ao açúcar nacional), além de problemas referentes à licença de importação.

Grosso modo, os co-demandantes alegavam violações, por parte da CE, das seguintes regras de comércio internacional vigentes:

- Artigos 3.3, 8, 9.1, 9.2, 10 e 11 do AA;
- Artigos 3.1 e 3.2 do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC);
- Artigos III, 4 e XVI do GATT 1994.

2.3.3 Alegações das Comunidades Europeias

Preliminarmente, a CE tentou sustentar que os pedidos não poderiam ser acatados pelo painel porque extrapolavam os termos de referência estabelecidos para a demanda.

Em seguida, argumentaram que os demandantes estariam impedidos, pelo princípio de *Estoppel*, de levar essa demanda adiante. Isso porque a CE sustentava que, durante a RU, os demandantes tiveram condições suficientes para impugnar a lista de compromissos negociada.

A CE não negou que o açúcar “ACP” era exportado com subsídios e avaliavam que tinham o direito de fazê-lo. Justificaram essa postura pela existência da nota de rodapé ao fim do seu quadro de compromissos. Segundo os europeus, essa nota de rodapé exclui o açúcar proveniente dos países ACP/Índia do âmbito geral de compromisso de redução de subsídios.

Na opinião da CE, a nota de rodapé confirmava que uma quantidade de açúcar exportado, equivalente ao montante importado pelos países ACP, não foi incluída nas quantidades e nos valores relatados pela CE para o período-base (1986-1990) utilizado no cálculo do compromisso de redução de subsídios à exportação na RU. Além disso, argumentavam que, como essas exportações não foram incluídas no período base, também não deveriam ser computadas para efeito de cumprimento dos compromissos assumidos ao fim da RU no AA.

Dessa maneira, para a CE, a nota de rodapé dividiu seus compromissos em duas partes: (i) estabelecia limite em quantidade e em valor para o uso de subsídios à exportação, no caso os \$499,1 milhões de euros e as 1.273,5 toneladas de açúcar e (ii) estabelecia um teto de 1.600.000 toneladas de açúcar equivalente à quantidade importada de açúcar dos países ACP que não fazia parte dos compromissos de redução de subsídios.

Com relação ao argumento de que qualquer forma de pagamento que beneficiasse os produtores/exportadores de açúcar “C” seria destinado à exportação (uma vez que o açúcar “C” não podia ser consumido no mercado europeu e deveria ser exportado, ou no máximo estocado), a CE se defendeu explicando que nenhum produtor era obrigado a exportar o açúcar “C”, pois poderia estocá-lo para entrar na quota “A” do ano posterior. Portanto, alegaram que se havia algum benefício das quotas “A” e “B” auferido pelos produtores de açúcar “C”, ele não dependia das exportações do açúcar “C” (“is not contingent upon the export of C sugar”).

Os resultados apresentados pelos estudos econométricos dos demandantes não foram refutados pelos europeus, que se restringiram a declarar que os custos de produção não eram importantes para a defesa da CE.

2.3.4 Relatório do painel

Com relação a questões procedimentais, o painel decidiu que não se tratava de um caso no qual as informações confidenciais exigiam tratamento diferenciado, mas deparou-se com a apresentação de uma petição de *amicus curiae* por parte da Associação de Produtores de Açúcar alemães – WVZ – a qual se baseava em informações confidenciais. Desta forma, o painel entendeu que esse fato desqualificava o *amicus* e optou por não levar em consideração o *amicus brief*.

Quanto ao mérito, diante dos argumentos dos demandantes, o painel decidiu investigar primeiro se seria possível interpretar de maneira harmoniosa os termos do AA com o teor da nota de rodapé. Para tanto, decidiu analisar a questão em quatro etapas: primeiro, o painel considerou ser necessário estabelecer quais seriam as obrigações da CE em relação aos Artigos 3, 8 e 9 do AA; em seguida, procurou buscar o que cada membro da OMC poderia fazer em seu quadro de compromissos e como seu teor deveria ser interpretado; a terceira tarefa foi discutir a relação existente

entre as obrigações da CE no que se refere aos Artigos 3, 8 e 9 do AA e à nota de rodapé, com particular atenção para a possibilidade de conflito ou de interpretação harmoniosa entre ambas, e, finalmente, o painel examinou a natureza do compromisso, se existisse algum, no tocante à referida nota de rodapé.

Na primeira etapa, ao interpretar os Artigos 3 e 8 do AA, o painel considerou que um membro da OMC não poderia conceder subsídios à exportação que não estivessem em conformidade com o AA e com seu próprio quadro de compromissos de redução de subsídios. Além disso, um membro que decidisse exportar um produto elencado no seu quadro de reduções deveria observar os seguintes critérios: (i) os subsídios à exportação devem ser concedidos dentro da quantidade limitada pelo quadro de compromissos e (ii) a sua correspondente despesa deve estar dentro dos limites orçamentários impostos pela previsão de redução de subsídios estipulada em seu quadro de compromissos.

Portanto, todo e qualquer compromisso deveria estar expresso em termos de quantidade exportada e de dispêndio orçamentário, e um membro não poderia fornecer subsídios à exportação que excedesse a previsão orçamentária ou a quantidade especificada em seu compromisso de redução de subsídios. Como a nota de rodapé apenas prevê uma limitação quantitativa (1,6 milhão de toneladas), a ausência do elemento orçamentário levaria a um conflito com as disposições do AA.

Dessa maneira, o painel concluiu que, para o AA, subsídios à exportação são apenas permitidos para produtos listados na Seção II, Parte IV do quadro de compromissos de cada membro da OMC na quantidade e no valor especificados ou abaixo destes.

Na segunda parte da análise, o painel considerou fundamental interpretar o sentido da nota de rodapé inserida pela CE em seu quadro de compromissos com base no Artigo 3.1 do AA, que prescreve que o quadro de compromissos de cada membro deve ser interpretado como parte integral do GATT 1994, e no princípio da efetiva interpretação do tratado (*principle of effective treaty interpretation*⁵⁷). Decidiu, então, analisar o AA e o quadro de compromissos em conjunto com a nota de rodapé.

Na etapa seguinte do exame da questão, o painel se debruçou sobre a compatibilidade entre as provisões do quadro de compromissos de redução

de subsídios e o AA, tendo por base a jurisprudência de Direito Internacional absorvida pela OMC no que diz respeito a conflito de normas. Citou relatórios do OA⁵⁸ para ilustrar que o entendimento da OMC é o de que só há conflito quando as normas são *mutually exclusive*. Assim, segundo a jurisprudência, membros podem inserir notas para “esclarecer ou qualificar” uma concessão, mas não poderão reduzir obrigações assumidas, o que causaria um conflito de normas.

Com base nessa premissa, o painel decidiu que analisaria se a nota de rodapé inserida no quadro de compromissos assumidos pela CE poderia ser lida em conformidade com os dispositivos do AA, em especial, com os Artigos 3, 8 e 9 ou se a sua inserção estaria inconsistente com as obrigações assumidas pelas CE e, dessa maneira, não teria qualquer efeito legal.

A última fase do exame da questão voltou-se para a natureza do compromisso da nota de rodapé. Para tanto, o painel estabeleceu como ponto de partida os argumentos da própria CE quanto ao significado da referida nota. Na sua defesa, a CE alegou que a referência à nota de rodapé foi inserida ao lado da palavra “sugar” no seu quadro de compromissos, por isso deveria ser aplicada a todo o conteúdo relacionado ao produto.

Com base no exame da própria defesa da CE, o painel observou que, durante o período de implementação do AA, a CE não relatou, em suas notificações obrigatórias ao Comitê de Agricultura da OMC⁵⁹, nem as quantidades nem os valores das exportações de açúcar “ACP”. Essa omissão de informações sugeriu para o painel que a prática da CE foi, na verdade, a de não tratar o açúcar “ACP” como um compromisso, o que contrariou suas próprias alegações. Se o açúcar “ACP” fazia parte do compromisso assumido, por que suas informações em termos de quantidade e valor não eram relatadas nas notificações? O painel concluiu que a nota de rodapé nunca havia sido tratada pela CE, nem pelos outros membros da OMC, nem pelo próprio Comitê de Agricultura como um efetivo compromisso. A nota de rodapé seria, na verdade, uma tentativa de reduzir e modificar as obrigações da CE materializadas nos Artigos 3, 8, 9.1 e 9.2 (b) (iv) do AA. Em decorrência disso, os painelistas declararam que a nota de rodapé e as disposições do AA sobre subsídios à exportação são *mutually inconsistent*.

Dessa forma, o painel concluiu que o conteúdo da nota de rodapé não tinha efeito legal e que seu teor não autorizava que uma quantidade adicional de 1,6 milhão de toneladas de açúcar subsidiado fosse exportada fora dos limites expressos nos compromissos. A nota tampouco modifica ou amplia os compromissos especificados na Seção II, Parte IV do quadro de compromissos das CE na quantidade de 1.273.500 toneladas de açúcar e no valor de \$499,1 milhões de euros por ano.

O painel ainda constatou que as vendas abaixo do custo de produção constituíam *revenue foregone* e, portanto, eram uma forma de pagamento condenada pelo AA. Em seguida, o painel passou a analisar se o pagamento feito por meio da venda de beterraba “C” abaixo dos custos de produção se destinava à exportação de um produto agrícola.

O painel afirmou que o pagamento não precisaria depender da exportação (*be contingent on the export*), mas simplesmente, ser “on the export”, ou seja, destinar-se à exportação. Assim, como a beterraba “C” destinava-se à produção de açúcar “C” que, por sua vez, destinava-se à exportação, o pagamento feito pela transferência de renda dos agricultores de beterraba “C” aos produtores/exportadores de açúcar “C” era feito para exportação de um produto agrícola nos termos do Artigo 9.1 (c) do AA .

Para o exame desse ponto, o painel, mais uma vez, valeu-se da interpretação do OA no caso *Canada-Dairy*, no qual houve necessidade de se demonstrar relação clara entre o financiamento dos pagamentos e a ação governamental para que ficasse estabelecido que o pagamento era realmente financiado por uma ação governamental. Ao examinar os elementos do sistema europeu de sustentação de preços e de quotas, os painelistas entenderam que havia tanto incentivos legais para que o agricultor e o produtor excedessem suas quotas quanto controle governamental da oferta e dos preços no mercado interno. Esse esquema seria, portanto, “indispensável” para a transferência de recursos do consumidor europeu (que paga o triplo da cotação no mercado internacional) e do contribuinte europeu para a produção de açúcar dos tipos “A” e “B”, a qual também transfere renda para os produtores de beterraba. A conclusão do painel, portanto, foi a de que os produtores de açúcar “C” recebem pagamentos para exportação financiados por várias ações governamentais, nos termos do Artigo 9.1 (c) do AA.

Como a CE, que tinha o ônus da prova com relação a esse questionamento, não demonstrou que as exportações de açúcar “C” não recebiam subsídios⁶⁰ e todos os elementos do Artigo 9.1 (c) estavam presentes, ficou evidente que o açúcar “C” recebia subsídios à exportação, apoio que não era computado nos compromissos de redução de subsídios no valor de \$499,1 milhões de euros e na quantidade de 1.273,5 toneladas anualmente. Conseqüentemente, o painel decidiu que a CE também violou os Artigos 3 e 8 do AA ao exportar cerca de 3 milhões de toneladas anuais de açúcar C.

O painel, de acordo com o Artigo 19.1 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC), recomendou que exportações comunitárias de açúcar passassem a respeitar as obrigações dos Artigos 3.3 e 8 do AA e que a CE considerasse promover a diminuição da produção de açúcar, obedecendo à demanda doméstica e respeitando os compromissos internacionais relacionados à importação de açúcar, sobretudo com PEDs – em uma expressa referência aos acordos preferenciais com os países ACP.

Em linhas gerais, quanto ao mérito, o painel decidiu que:

(i) O Artigo 10.3 do AA estabelece que, se um membro da OMC exporta um produto agropecuário em quantidades que excedam o nível de compromisso, esse membro será tratado como se tivesse outorgado subsídios às exportações incompatíveis com o regime da OMC, a menos que apresente provas adequadas que demonstrem o contrário. No caso em questão, a CE não havia demonstrado que as exportações de açúcar “C” e açúcar advindo dos países ACP estavam nos níveis de compromisso anuais acordados. Tampouco demonstraram que não estavam sendo subsidiados;

(ii) A nota de rodapé não tem efeito legal. O painel entendeu que os demandantes provaram, *prima facie*, que desde 1995 os europeus vinham exportando açúcar em quantidades acima do nível de compromisso;

(iii) A CE, através do seu regime de açúcar, haviam atuado de maneira incompatível com as suas obrigações, constantes do Artigo 3.3 e do Artigo 8 do AA, ao outorgar subsídios à exportação (parágrafos 1(a) e 1(c) do Artigo 9 do AA); e

(iv) Não se fazia necessário analisar a medida à luz do ASMC, pois a CE já estava sendo condenada à luz do AA. Assim, o painel exerceu economia judicial em relação a esse aspecto.

2.3.5 Recomendação final pelo Órgão de Apelação

Preliminarmente, o OA entendeu que os demandantes agiram de boa-fé e não estavam impedidos, pelo princípio de Estoppel, de levar a demanda adiante. O OA recebeu o *amicus curiae brief* da Associação das Indústrias de Açúcar centro-americanas, mas tampouco o levou em consideração.

Quanto ao mérito, o OA também concluiu que a nota de rodapé contrariava o AA. Deixou claro que ela não aumenta ou modifica o compromisso assumido pelos europeus durante a RU. Portanto, a CE não poderia subsidiar o montante que estava sendo subsidiado.

Com relação aos subsídios à exportação, a discussão girou em torno da definição de pagamento. Em circunstâncias particulares da disputa, concluiu-se que havia o pagamento em forma de transferência financeira de recursos de receita mais alta, resultante de vendas do açúcar “A” e “B”, para a exportação do açúcar “C”. E isso contrariava os Artigos 9.1 (c), 3.3 e 8 do AA.

Por fim, o OA afirmou não estar em posição de completar a análise com relação ao Artigo 3 do ASMC (subsídios proibidos) para o qual o painel havia exercido economia processual. Com relação a esse ponto, na opinião das autoras, caberia uma crítica. O Órgão de Apelação errou em não ter apreciado as questões conforme as normas do acordo sobre subsídios porque eventual condenação com base no ASMC permitiria que o painel fixasse prazo para a implementação da decisão.

Apesar de o AA ser um acordo específico para tratar de produto agrícola, o ASMC, em seu Artigo 4.7, traz menção específica sobre a necessidade de retirada dos subsídios proibidos (Artigo 3) “sem demora”. Caso não ocorra a retirada imediata dos subsídios proibidos, e não haja acordo sobre compensação, os demandantes poderiam pedir autorização para retaliar. Assim, uma condenação à luz do ASMC seria mais vantajosa para os demandantes.

2.4 A implementação da recomendação

Após a adoção dos relatórios de apelação e do painel em 19 de maio de 2005, começou a contar o prazo razoável de tempo para a CE implementar as recomendações do OSC. Assim, as partes do contencioso iniciaram negociações com vistas a acordar a extensão de tal prazo. Como não houve acordo, as partes lançaram mão da arbitragem prevista no Artigo 21.3 do ESC. O árbitro escolhido, A. V. Ganesan⁶¹, reuniu-se com as partes em 10 de outubro de 2005.

2.4.1 Prazo para implementação – arbitragem

As CE pleitearam prazo de dezenove meses e doze dias⁶² para a plena implementação. Os europeus entendiam que havia a necessidade de uma reforma profunda que levasse em conta a necessidade de diminuir a produção interna e, como consequência, as exportações. Argumentavam, ainda, que haveria necessidade de estabelecer período de transição de seis meses para acomodar as expectativas de direito dos agricultores que já haviam plantado beterraba para a safra 2005/2006. No total, a CE estimava que necessitaria de quase dois anos para implementar a decisão do OSC. O “prazo razoável” proposto pela CE expiraria, assim, em 1^o de janeiro de 2007.

O Brasil e os outros co-demandantes sustentaram que a legislação europeia atual permitia o pleno cumprimento das recomendações do OSC em questão de semanas e pleiteou prazo razoável de seis meses e seis dias, ou seja, até 25 de novembro de 2005. Adicionalmente, o Brasil ponderou que, se o árbitro julgasse que seriam necessários ajustes na legislação comunitária, o prazo razoável não deveria ser superior a sete meses e oito dias, ou seja, até 27 de dezembro de 2005.

O laudo arbitral foi emitido em 28 de outubro de 2005 e concedeu doze meses e três dias, contados a partir da adoção do relatório de apelação, para que a CE implementasse as recomendações do OSC. Dessa maneira, ficou estipulado que a CE deveria acomodar sua legislação com o fito de respeitar os limites quantitativos e orçamentários de subsídios à exportação de açúcar até 22 de maio de 2006.

2.4.1.1 Projeto de reforma do regime açucareiro europeu

Em 22 de junho de 2005, portanto algum tempo antes da expiração do prazo razoável para implementação, a Comissária de Agricultura da CE,

Mariann Fischer-Boel, apresentou projeto de reforma do regime açucareiro, cujas principais propostas incluíam:

- (i) Transformação do preço de intervenção em preço de referência, patamar que acionaria mecanismos de estocagem, *carry-forward*, retirada de açúcar do mercado, etc; esse preço de referência sofreria redução gradual (39% em quatro anos);
- (ii) Unificação das quotas “A” e “B” nos volumes atuais, acrescidas de um milhão de toneladas divididas entre os países produtores de açúcar “C”;
- (iii) Incentivos (decrecentes ao longo de quatro anos) para abandono de contratos e de produção, e desestímulo (taxação adicional) à produção de excedentes;
- (iv) Redução de quotas, em caráter voluntário nos primeiros quatro anos; e
- (v) Fim da proibição da venda de açúcar “C” no mercado interno.

Em 24 de novembro de 2004, os Ministros de Agricultura dos vinte e cinco Estados membros da CE anunciaram a aprovação da reforma do regime europeu de açúcar com algumas modificações, como a redução de 36% no preço de intervenção do açúcar no mercado doméstico em quatro anos (e não 39%), além de novos instrumentos de controle dos níveis de exportação. A entrada em vigor do novo regime, contudo, dependeria da publicação e entrada em vigor de uma série de regulamentos.

2.4.1.2 Desdobramentos no âmbito do OSC – Acordo de sequencing

Na reunião do OSC de 19 de junho de 2006, a CE reafirmou que, com a aprovação da reforma do regime europeu de açúcar e a conseqüente entrada em vigor dos novos regulamentos que reestruturariam o mercado europeu a partir de julho de 2006, as recomendações do OSC seriam implementadas e a CE deixaria de ser exportadora líquida e passaria a ser importadora líquida de açúcar nos próximos anos. Adicionalmente, a CE declarou que entraria em vigor no dia seguinte àquela reunião do OSC, em 23 de maio de 2006, o Regulamento n. 769/2006, que suspendeu a apresentação de pedidos de licença à exportação de açúcar “C”.

Essa medida, tomada em conjunto com a reforma do regime açucareiro europeu, daria conta, na visão da CE, das recomendações do OSC. Como os co-demandantes dispunham apenas de previsões do funcionamento do

regime e do comportamento do mercado europeu diante das novas regras aprovadas pela CE, sobretudo no que diz respeito ao controle das exportações subsidiadas, preferiram resguardar seus direitos de retaliação por intermédio de um acordo de *sequencing*, adotado pelo OSC também em 19 de junho de 2006. Esse acordo assegurou que as partes envolvidas na disputa só passariam à eventual fase de retaliação após conclusão de painel de revisão (Artigo 21.5 do ESC).

2.4.2 A reforma do regime açucareiro europeu vis-à-vis recomendações do OSC

A reforma do regime açucareiro europeu entrou em vigor no dia 1º de julho de 2006. No primeiro ano, o novo regime terá “marketing year” (campanha) de quinze meses, ou seja, terá vigência até 30 de setembro de 2007. Nos anos seguintes até 2010, as campanhas se iniciarão em 1º de outubro e se findarão em 30 de setembro.

A regulamentação adotada pela CE menciona apenas indiretamente a necessidade de respeitar as recomendações do OSC no contencioso do açúcar, ao tratar dos limites quantitativos/orçamentários de subsídios nos seguintes termos:

taking into account the commitments of the Community resulting from agreements concluded in accordance with Article 300 of the Treaty”⁶³, “within the limits set by the EC’s commitments in the WTO”⁶⁴; “in order to ensure compliance by the Community with its international commitments with regard to C sugar⁶⁵; taking into account the commitments subscribed by Community within the WTO framework⁶⁶.

2.4.3 O novo regime europeu de açúcar

A nova estrutura do regime açucareiro europeu foi moldada, sobretudo, pela edição de uma nova OCM de Açúcar – Regulamento n. 318/2006, em substituição à anterior (Regulamento n. 1.260/2001). Trata-se do principal Regulamento aprovado pela CE sobre a reforma do regime açucareiro europeu. A medida contém vários dispositivos que dão forma aos principais

instrumentos de gestão da produção, importação e exportação de açúcar, entre os quais:

(a) Transformação do “preço de intervenção” em “preço de referência” – Trata-se de gatilho que aciona mecanismos de: a) estocagem; b) *carry-forward*; e c) retirada do açúcar do mercado doméstico europeu. Esse preço ainda será o atual de 631,9 euros/tonelada até a safra 2007/2008. Após este período, haverá então corte gradual de 36% em 4 anos até 2009/2010, quando o preço passará a 404,4 euros/tonelada (Artigo 3.1 do Regulamento n. 318/2006). Atualmente, a cotação da tonelada de açúcar refinado no mercado internacional está em torno de 347,50 euros/tonelada⁶⁷;

(b) Diminuição das quotas em 2,5 milhões de toneladas.

(c) Unificação das quotas “A” e “B” (Artigo 7 do Regulamento n. 318/2006).

(d) “quota adicional de 1 milhão de toneladas distribuídas entre países produtores de açúcar C. Para produzir a quota adicional, as unidades produtoras deverão pagar 730 Euros/tonelada (Artigo 8.3 do Regulamento n. 318/2006).

(e) Fim da obrigação de exportar o açúcar excedente, antigo açúcar C⁶⁸; e

(f) Taxação à produção de açúcar de quota a partir da safra 2007/2008 de 12 euros/tonelada (Artigo 16 do Regulamento n. 318/2006).

Da análise geral do Regulamento n. 318/2006, a impressão é de que o espírito do novo regime açucareiro europeu seria o de buscar equilíbrio de mercado no qual a soma da produção interna e das importações (ACP+EBA⁶⁹) igualar-se-ia à demanda interna sob o preço de referência.

Com relação ao “controle” das exportações, os pontos mais importantes identificados para a implementação das recomendações do OSC são os seguintes:

- foi eliminada a proibição de vendas no mercado interno do açúcar excedente (antigo açúcar “C” – Artigo 13 do regulamento anterior 1.260/2001);

- foram criadas novas medidas para gerir esse açúcar excedente, agora chamado de açúcar extraquota (“out-of-quota sugar”), conforme estabelecidas pelo Regulamento n. 493/2006; e

- o novo regime prevê que o que excede a quota nacional será “out-of-quota production” (Artigo 12 do Regulamento n. 318/2006).

A destinação do açúcar extraquota (Artigo 12 do Regulamento n. 318/2006) seria a seguinte:

- uso para processamento de certos produtos industriais (açúcar industrial – Artigo 13 do Regulamento n. 318/2006);
- “carry-forward” sem limite de quantidade, no todo ou em parte, para o ano seguinte (Artigo 14 do Regulamento n. 318/2006); e
- abastecimento de regiões periféricas (*outermost regions*), conforme prevê o Regulamento n. 247/2006).

No que respeita ao montante excedente (*surplus amount*) previsto no Artigo 15 do Regulamento n. 318/2006:

(i) ficou estabelecida taxa adicional sobre açúcar extra-cota que não cabe nas 3 categorias acima referidas porque não foi utilizado pela indústria, não foi *carried-forward* para o ano seguinte, mas foi retirado do mercado ou estocado pelo próprio produtor;

(ii) essa taxa deve ser suficientemente alta para impedir acumulação (Artigo 15.2 do Regulamento n. 318/2006); e

(iii) montante da taxa dependia de regra de implementação (Artigo 40.c e d), a qual foi adotada pelo Regulamento n. 967/2006, que fixou a taxa em 500 dólares por tonelada⁷⁰.

2.4.3.1 Controle de exportações

Com relação ao controle das exportações, o Regulamento n. 318/2006 estabelece:

(i) em seu Artigo 32, reembolsos (*refunds*) dentro dos limites acordados; e

(ii) em seu Artigo 34, observância dos limites de volume assegurados com base nas licenças de exportação emitidas para os períodos de referência (*ensured on the basis of the export licences issued for the reference periods*).

O Regulamento n. 951/2006 também dispõe sobre o controle das exportações e, em seu Artigo 9º, limita a emissão de licenças à exportação à quantidade e compromisso orçamentário máximos estipulados nos compromissos de redução de subsídios assumidos pela CE perante a OMC. Porém, o mecanismo escolhido para tanto não é nem automático, nem uno. O referido Artigo outorga à Comissão Europeia a discricionariedade de: a) fixar uma porcentagem de aceitação dos pedidos; b) rejeitar os pedidos para os quais ainda não foram emitidos certificados de exportação; ou c) suspender a apresentação de pedidos por cinco dias úteis; ou, ainda, em caso de necessidade, d) suspender por mais tempo, de acordo com o procedimento previsto na Decisão n. 199/468/EC, que envolve o Comitê de Gestão do Açúcar, o Conselho Europeu e a Comissão Europeia. As três hipóteses só poderiam ser tomadas em caso de “risco de superação dos compromissos orçamentários ou quantitativos de exportação de açúcar”.

Ademais, o Artigo 19 do Regulamento n. 967/2006 trata dos certificados de exportação para açúcar extraquota. Há referência aos “limites quantitativos à exportação sem restituições”, mas em vez de estipulá-lo em 1.273.500 toneladas/ano e em 499,1 milhões de euros/ano, o Artigo faz referência ao procedimento do Artigo 39 do Regulamento n. 318/2006, o que demanda decisão do Comitê de Gestão do Açúcar, do Conselho Europeu e da própria Comissão para aprovação.

Cada Estado-membro deverá comunicar à Comissão até o dia 15 de cada mês as quantidades de certificados de licença à exportação, o montante de açúcar a ser exportado em cada pedido e o montante da restituição à exportação (subsídios) correspondente.

2.4.3.2 Controle do antigo açúcar “C” remanescente

Com o fim da obrigação de exportar o açúcar excedente, antigo açúcar “C”, toda empresa que decidiu fazer *carry-forward* do açúcar “C” produzido na campanha 2005/2006 para a campanha 2006/2007 deveria comunicar sua decisão ao Estado-membro correspondente, até o dia 31 de outubro de 2006. Todos os Estados-membros, por sua vez, deveriam comunicar à Comissão Europeia as quantidades de açúcar “B” e “C” *carried-forward* até 30 de novembro de 2006⁷¹.

Todo o açúcar “C” da campanha 2005/2006 que não foi exportado até 23 de maio de 2006 passou a ser considerado açúcar extraquota, nos termos do Artigo 12 do Regulamento n. 318/2006, ou seja, pôde ter três destinações: uso industrial; abastecimento de regiões periféricas ou exportado dentro dos limites da OMC.

De acordo com o Regulamento n. 769/2006, houve suspensão da apresentação de pedidos de licença à exportação de açúcar “C” a partir de 23 de maio de 2006. No considerando (1) do referido Regulamento⁷², há menção explícita às conclusões do OSC e ao fato de que o açúcar “C” deve ser computado nos limites de quantidade e de valor das exportações de açúcar com subsídios estabelecidos ao fim da RU.

O açúcar “C” da campanha 2005/2006 que não recebeu licença à exportação até 22 de maio de 2006 está sendo considerado açúcar extraquota nos termos do Artigo 12 do Regulamento n. 318/2006.

2.4.3.3 Controle das quantidades de açúcar extraquota reportadas (carried-forward)

Em caso de a empresa decidir fazer *carry-forward* do açúcar extraquota a partir da campanha 2006/2007 para 2007/2008, deverá comunicar a sua decisão ao Estado-membro e este deverá reportar à Comissão Européia, no mais tardar até 1º de maio, a quantidade de açúcar a ser transferida para a campanha seguinte (Artigo 17 do Regulamento n. 967/2006).

2.4.3.4 Retirada de açúcar do mercado

Retirada de parte do açúcar do mercado doméstico em caso de desequilíbrio⁷³/*overproduction* (quantidade limiar determinada pela multiplicação da quota de cada empresa por um coeficiente por Estado-membro – Artigo 3 do Regulamento n. 493/2006; o coeficiente da França, por exemplo, é de 0,8393). Devem-se levar em consideração os compromissos do bloco e: a) cada unidade produtora deverá estocar a estipulada porcentagem do açúcar produzido em excesso “at its own expense” (Artigo 19.3 do Regulamento n. 318/2006); b) a quantidade estocada será tratada como açúcar de quota do ano seguinte; c) as CE podem decidir pela diminuição das importações preferenciais (parágrafo 2º do Artigo 19.1 do Regulamento n. 318/2006 – conseqüências para os países ACP); d) a CE poderá estabelecer que o açúcar estocado será *surplus sugar*

disponível para tornar-se açúcar de uso industrial ou quota temporária, da qual parte poderá ser exportada “respeitados os compromissos da Comunidade”.

2.4.3.5 Programa de reestruturação

Os incentivos para abandono de contratos e de produção fazem parte do esquema de reestruturação temporária (Regulamento n. 320/2006), medida que se enquadraria na caixa azul, que deverá ser reportada ao Comitê de Agricultura da OMC. Estabelece ajuda decrescente nos primeiros quatro anos do novo regime – combinados à redução de quotas voluntária no mesmo período.

A ajuda será financiada pelo EAGF (*European Agricultural Guidance and Guarantee Fund*)⁷⁴ e terá três vertentes: a) unidades que renunciarem quotas e fecharem uma ou mais fábricas terão ajuda que vai de 730 euros/tonelada não produzida (2006/2007) até 520 euros/tonelada (2009/2010); b) unidades que renunciarem quotas e fecharem parte da fábrica terão ajuda de 547 euros/tonelada (2006/2007) a 390 euros/tonelada (2009/2010); e c) unidades que renunciarem quotas e deixarem de usar o maquinário da fábrica terão ajuda de 255,50 euros/tonelada a 182 euros/tonelada. Pelo menos 10% dessa ajuda será destinada aos plantadores de beterraba e aos donos do maquinário sublocado (sejam indivíduos ou empresas).

Para a campanha 2007/2008, a Comissão anunciou que não recebeu pedidos de abandono voluntário da produção na quantidade esperada e decidiu encaminhar proposta ao Comitê de Administração do regime para a retirada de 2 milhões de toneladas de açúcar do mercado⁷⁵. Dessa forma, parte da produção de açúcar para a safra 2007/2008 deverá ser *carried-forward* para a safra seguinte ou destinada para uso industrial, conforme explicado no item 2.4.3.4.

Como parte do Programa de reestruturação, cada Estado-membro poderá conceder uma “ajuda à diversificação” no montante inicialmente de 109,50 euros (campanha 2006/2007) até 78 Euros (campanha 2009/2010) por tonelada de açúcar que o produtor deixe de fabricar. Em troca, o Estado-membro deverá implementar medidas de diversificação das atividades produtivas, em conformidade com os Axis 1 e 3 do Regulamento n.

1698/2005. No caso da campanha 2006/2007, cada Estado-membro deveria haver comunicado à Comissão se iria conceder tal ajuda até o dia 31 de dezembro de 2006⁷⁶.

Permanecem em vigor as ajudas ao açúcar produzido nos departamentos franceses ultramarinos e à refinação de açúcar bruto importado ao amparo do protocolo de açúcar (açúcar ACP). A quantidade importada, contudo, deverá ser limitada “às necessidades básicas de abastecimento” das refinarias. Será cobrado o direito pleno de importação aumentado de 115,40 euros/tonelada ao açúcar importado além do referido limite.

2.4.3.6. Estocagem do açúcar

A CE prevê ainda ajuda à estocagem em caso de o preço doméstico do açúcar ficar abaixo do preço de referência (Artigo 18 do Regulamento n. 318/2006).

Cada Estado-membro também está obrigado a comunicar à Comissão a quantidade de açúcar armazenada no fim de cada mês pelas empresas sediadas em seu território de acordo com o Artigo 21.2 do Regulamento n. 952/2006.

2.4.3.7 Compras de intervenção

Permanece a possibilidade de compra de intervenção de açúcar, ou seja, se o preço de compra do açúcar no mercado comunitário ficar abaixo do preço de referência⁷⁷, o produtor pode pedir à sua agência de intervenção nacional que compre o açúcar produzido e não vendido no mercado. O preço da tonelada do açúcar em caso de compra de intervenção será de 505,52 euros/tonelada para a campanha 2006/2007 com queda gradual até 323,52 euros/tonelada para a campanha 2009/2010, de acordo com o Artigo 32 do Regulamento n. 952/2006. Ressalte-se que foi estabelecido limite quantitativo anual para cada agência nacional de intervenção⁷⁸. Os montantes nacionais somados totalizam 600 mil toneladas por ano. É fundamental ressaltar também que o açúcar a ser comprado deve ser de quota, nunca excedente, tudo de acordo com os Artigos 18 do Regulamento n. 318/2006 e 25 do Regulamento n. 952/2006.

O açúcar comprado pela Agência de Intervenção poderá ser exportado dentro dos limites estabelecidos pelas regras multilaterais (Artigo 18.3 do

Regulamento n. 318/2006) ou vendido no mercado interno (Regulamento n. 1.039/2006). Não obstante, essa possibilidade é juridicamente factível em apenas onze dos vinte e cinco Estados-membros⁷⁹.

2.4.3.8 Apoio direto ao produtor

Transição de uma política de apoio aos preços e à produção para uma política de apoio ao rendimento dos agricultores – Regulamento n. 319/2006. Nova tabela com limites máximos nacionais de apoio aos agricultores. Montantes suplementares para Espanha, Irlanda, Portugal, Finlândia e Reino Unido.

Os Regulamentos n. 658, 659 e 660, todos de 2006, prevêm regras para a aplicação do regime de apoio direto ao agricultor no âmbito da PAC. São mecanismos de pagamento único, sistema integrado de gestão, sistema de utilização de terras, etc. Tudo, aparentemente, dentro do espírito de transição de uma política de apoio aos preços e à produção para uma política de apoio ao rendimento dos agricultores. Alguns dos mecanismos incluem a concessão de direitos por retirada da produção (Caixa azul – Artigo 6.5 do AA). Ainda é importante ressaltar que poderá ser autorizada a plantação de beterraba em terras retiradas da produção desde que não seja utilizada para fabricação de açúcar (produto intermediário, co-produto ou subproduto), conforme estabelece o Artigo 1º, 18) do Regulamento n. 660/2006, que dá nova redação ao Artigo 143 do Regulamento n. 1782/2003.

2.4.3.9 Controle de preços

Em junho e em dezembro de cada ano, a Comissão deverá informar ao Comitê de Gestão do Açúcar o preço médio do açúcar branco no primeiro e no segundo semestre da campanha anterior (Artigo 14 do Regulamento n. 952/2006). É importante, portanto, monitorar esses preços.

2.4.3.10 Taxa ao açúcar excedente

Importa salientar que foi estipulada uma taxa ao açúcar excedente que não for retirado do mercado, usado como açúcar industrial, exportado, destinado às regiões periféricas, ou *carried-forward* para a campanha seguinte. Conforme mencionado anteriormente, de acordo com o Artigo 3

do Regulamento n. 967/2006, a taxa é de 500 euros/tonelada. O objetivo da taxa é evitar a acumulação de quantidades produzidas além das quotas.

O montante a ser pago pelos fabricantes a cada ano será comunicado antes de 1º de maio e pago antes de 1º de junho. Todos os anos, cada fabricante de açúcar que produzir além da sua quota deverá comunicar a quantidade excedente ao organismo competente de cada Estado-membro antes de 1º de fevereiro. Cada Estado-membro, por sua vez, comunicará a quantidade total de açúcar extraquota produzido até 30 de junho.

2.4.4 Perspectivas quanto à implementação da recomendação

Para o Brasil e os outros co-demandantes, no contexto da disputa, o aspecto mais importante da reforma do regime europeu de açúcar é o controle das exportações da CE em níveis compatíveis com seus compromissos. Nesse contexto, é de notória importância o funcionamento dos instrumentos elencados nos Artigos 9º do Regulamento n. 951/2006 e 19 do Regulamento n. 967/2006, que tratam, respectivamente, do controle quantitativo e orçamentário das exportações europeias de açúcar, descritos acima no item 2.4.3.1 – Controle das exportações.

Em 20 de outubro de 2006, representantes dos três países co-demandantes e da CE reuniram-se na sede da Comissão Europeia, em Bruxelas, para discutir os principais elementos do novo regime açucareiro europeu. As diferenças mais significativas apontadas pela Comissão em comparação ao regime anterior foram: (a) o fim do açúcar “C” e da obrigatoriedade de que o açúcar fora de quota seja exportado; (b) a redução da produção de açúcar fora da quota (designado como *out-of-quota* ou *non quota sugar*); (c) a destinação do açúcar fora da quota prioritariamente ao mercado interno; e (d) a possibilidade de exportação desse açúcar fora da quota somente dentro dos limites da OMC e apenas após decisão formal da Comissão que fixe os volumes passíveis de exportação (Decisão n. 1999/468/EC, referida nos Artigos 12.d e 39 do Regulamento n. 318/2006).

Esse mecanismo é bastante distinto do adotado para as exportações de *quota sugar*, que se mantém inalterado na nova legislação. Pelo sistema vigente para o açúcar dentro da quota, a Comissão realiza licitações quinzenais (*tendering system*), após discussão, no âmbito do Comitê de Administração do regime, dos volumes de pedidos de exportação com subsídios (*refunds*) que serão aceitos. Um sistema complementar permite a

emissão de licenças fora do mecanismo de licitações, mas com vantagens inferiores para os exportadores, sendo, por isso, muito menos utilizado (seriam cerca de 10% das licenças). Assim, a Comissão insistiu em que, atingidos os limites da OMC, poderia facilmente controlar as exportações subsidiadas por meio da não-abertura de novas licitações e, se necessário, suspensão da emissão de licenças para evitar um redirecionamento dos pedidos para o mecanismo complementar. Os representantes europeus declararam que o açúcar excedente será destinado prioritariamente ao mercado interno (uso industrial, *outermost regions* – cerca de 70 mil toneladas anuais – ou *carry forward* voluntário para a quota do ano seguinte) e a possibilidade de exportá-lo só poderá ser utilizada em caso de decisão da Comissão autorizando a exportação dentro de limites quantitativos que respeitem os compromissos comunitários assumidos na OMC. Ou seja, a Comissão declarou explicitamente que essa exportação, conforme determinado pelo OSC, será contada no limite de subsídios consolidado na OMC.

Não haveria previsão de autorizar exportações de açúcar fora da quota este ano. O açúcar fora de quota que não fosse objeto de uma das opções mencionadas (uso industrial, *outermost regions*, *carry forward* ou exportação, se autorizada), será considerado açúcar excedente (*surplus sugar*) e estará sujeito a pagamento de taxa proibitiva de 500 euros por tonelada, item 2.4.3.10.

Como ao fim de cada mês cada Estado-membro deverá comunicar a quantidade de açúcar efetivamente exportado em conformidade com os Artigos 18 do Regulamento n. 951/2006 e 8 do Regulamento n. 1291/2000, a Comissão não poderá alegar não saber quanto açúcar foi exportado e quantas licenças à exportação já foram emitidas⁸⁰. De fato, de 23 de maio (data da entrada em vigor do Regulamento que suspende a exportação de açúcar “C”⁸¹) a setembro de 2006, segundo dados apresentados pela Comissão Europeia por ocasião da reunião de outubro de 2006, a CE exportou 440 mil toneladas de açúcar. A julgar pela manutenção dessa média mensal, a CE poderá efetivamente respeitar o limite de 1.273.500 toneladas/ano.

2.5 Conclusão

Este capítulo apresentou os principais elementos do regime europeu de açúcar questionado pelo Brasil em contencioso submetido ao Sistema de Solução de Controvérsias da OMC. O volume de subsídios concedidos, aliado ao tamanho do mercado europeu, acarretaram efeitos distorcivos diversos no setor açucareiro internacional, em detrimento dos interesses dos PEDs, muitos dos quais têm na exportação de açúcar importante fonte de geração de divisas.

Ante esse contexto de ilegalidade e injustiça, o curso de ação decidido por Brasil e os demais co-demandantes, Austrália e Tailândia, foi a abertura de contencioso na OMC. A disputa impôs desafios políticos consideráveis tendo em vista possíveis impactos sobre as relações diplomáticas com a CE, importante parceira comercial do Brasil; o peso político e econômico do bloco; bem como a reação dos países ACP. Não obstante, a recomendação do OSC, favorável à demanda brasileira, veio a corroborar entendimento de que o referido Sistema é instrumento hábil para minimizar as assimetrias que imperam na OMC e na sociedade internacional como um todo. Nessa linha, a reforma da OCM do açúcar é notícia alvissareira no âmbito do OSC da OMC e apresenta perspectivas positivas.

Para os co-demandantes importa que a reforma seja encaminhada de maneira satisfatória, ou seja, que respeite a observância dos limites à exportação; caso contrário, o Brasil, ouvido o setor privado, poderia vir a pedir futuramente eventual painel de revisão (com possibilidade de posterior retaliação em caso de falta de cumprimento, conforme previsto no acordo de *sequencing* assinado entre as partes).

As reuniões periódicas entre co-demandantes e representantes da Comissão Europeia (DG-Agri e DG-comércio) deverão continuar a ocorrer com o fito de coletar informações mais detalhadas sobre os estoques europeus de açúcar e o funcionamento do novo regime. Os co-demandantes seguirão monitorando a produção, os estoques e sobretudo as exportações europeias de açúcar a fim de identificar se, de fato, a nova legislação europeia responde às recomendações do OSC, ou seja, se efetivamente limita as exportações anuais de açúcar das CE a 1.273.500 toneladas.

Nesse contexto, importa ressaltar que as exportações europeias já começam a recuar e, como conseqüência, as exportações brasileiras estão

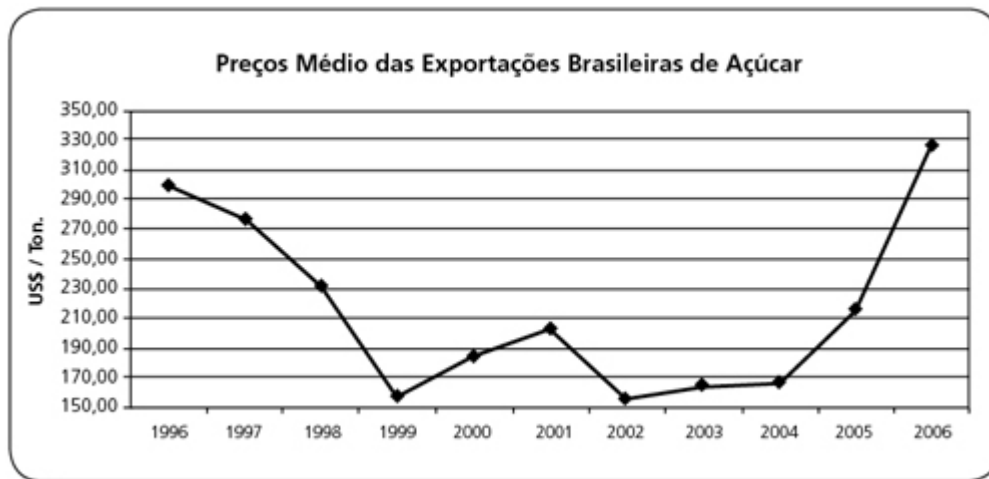
em processo de expansão, sobretudo para os países do Oriente Médio, para os quais houve aumento de 170% em termos de valor exportado em outubro de 2006 (US\$ 325,5 milhões), se comparado ao mesmo mês do ano anterior⁸².

Como se pode notar da análise da tabela e dos gráficos abaixo, obtidos no endereço eletrônico do Departamento de Cana-de-Açúcar e Agroenergia do Ministério da Agricultura⁸³, as exportações brasileiras de açúcar e o preço médio do produto no mercado internacional têm subido consideravelmente:

EXPORTAÇÕES BRASILEIRAS DE AÇÚCAR

ANOS	US\$ milhões F.O.B.	Toneladas (Milhões)	Preço Médio
1992	599	2.413	248,24
1993	787	3.058	257,36
1994	992	3.433	288,96
1995	1.919	6.239	307,58
1996	1.611	5.379	299,50
1997	1.771	6.372	277,93
1998	1.943	8.371	232,15
1999	1.911	12.100	157,91
2000	1.199	6.502	184,41
2001	2.278	11.168	203,92
2002	2.090	13.344	156,65
2003	2.140	12.914	165,71
2004	2.640	15.764	167,49
2005	3.919	18.147	215,95
2006	6.167	18.870	326,81
2006 - Jan.			
2007 - Jan.			

Fonte: Secex (Sistema Alice)



Diante das novas circunstâncias e da retirada de parte do açúcar europeu do mercado internacional, pode-se dizer que o setor açucareiro brasileiro está se beneficiando de preços mais altos no mercado internacional⁸⁴ e de acesso a novos mercados.

Referências

AQUINO, Christiane. **O regime de açúcar das comunidades europeias e seus efeitos sobre o setor açucareiro brasileiro.** Dissertação apresentada no Mestrado em Diplomacia do Instituto Rio Branco, 2005 (ainda não publicada).

[Banco Mundial](#), **Relatório sobre o desenvolvimento mundial 1986 – Crescimento e políticas agrícolas**, 1986.

BENITAH, Mark. **The law of subsidies under the GATT/WTO system.** Kluwer Law International, 2001.

COURT OF AUDITORS, **Special Report n. 20/2000**, fev. 2001.

DADUSH, Uri B. **Toward a Pro-Poor Trade Agenda. World Bank: development outreach.** Disponível em: <<http://www1.worldbank.org/devoutreach/july03/article.asp?id=203>>.

Acesso em: 20 out. 2006.

DANTAS, Adriana. **A regulação internacional dos subsídios agrícolas.** São Paulo: Saraiva, no prelo.

DESTA, Melaku Geboye. **The Law of International Trade in Agricultural Products. From GATT 1947 to the WTO Agreement on Agriculture.** Klumer Law International. Haia, Holanda, 2002.

DURAIAPPAH, Anantha K. **Trade-Related Subsidies – Bridging the North-South Divide.** International Institute for Sustainable Development, set. 2003.

EUROSTEP. **Eurostep Dossier on CAP & Coherence, European Solidarity Towards Equal Participation of People.** 1999.

F. O. Licht International. **Sugar and Sweetener Report, the changing face of the EU sugar industry**, v. 135, n.16, maio 2003.

LIFFE. Disponível em: <<http://www.sugartech.co.za/sugarprice/index.php>>.
Acesso em: 20 jan. 2007.

MITCHELL, Donald. Sugar policies opportunity for change, **The World Bank Policy Research Working Paper**, n. WPS 3222, 2004.

MOSSE, M. **Interviews with sugar cane workers in Mozambique.** Oxfam International, 2002.

NASTARI, Plínio, **Considerations over C sugar production and exports in the European Communities.** São Paulo: Datagro, jan. 2004 (documento confidencial).

NETHERLANDS ECONOMIC INSTITUTE (NEI). **Evaluation of the common organisation of the market in the sugar sector**. 2000.

OCDE. Disponível em: <http://www.oecd.org/document/58/0,2340,en_2649_201185_1889402_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 3 nov. 2006.

OXFAM INTERNATIONAL. **The great EU sugar scam**: How Europe's sugar regime is devastating livelihoods in the developing world. 2002.

WORLD BANK. **Trade, the Doha Round and Poverty Reduction**. <<http://www.worldbank.org/ieg/trade/>>. Acesso em: 20 out. 2006.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **World Trade Report 2006. Exploring the links between subsidies, trade and the WTO**. WTO, 2006.

Regulamentos Europeus:

- (i) Regulamento da Comissão Europeia n. 65/1982;
- (ii) Regulamento da Comissão Europeia n. 1.291/2000;
- (iii) Regulamento do Conselho Europeu n. 1.260/2001;
- (iv) Regulamento do Conselho Europeu n. 1.782/2003;
- (v) Regulamento do Conselho Europeu n. 1.698/2005;
- (vi) Regulamento do Conselho Europeu n. 247/2006;
- (vii) Regulamento do Conselho Europeu n. 318/2006;
- (viii) Regulamento do Conselho Europeu n. 319/2006;
- (ix) Regulamento do Conselho Europeu n. 320/2006;
- (x) Regulamento da Comissão Europeia n. 493/2006;
- (xi) Regulamento da Comissão Europeia n. 658/2006;
- (xii) Regulamento da Comissão Europeia n. 659/2006;
- (xiii) Regulamento da Comissão Europeia n. 660/2006;
- (xiv) Regulamento da Comissão Europeia n. 769/2006;
- (xv) Regulamento da Comissão Europeia n. 951/2006;
- (xvi) Regulamento da Comissão Europeia n. 952/2006;
- (xvii) Regulamento da Comissão Europeia n. 967/2006;
- (xviii) Regulamento da Comissão Europeia n. 968/2006;

(XIX) Regulamento da Comissão Europeia n. 1.039/2006.

1 Este texto é baseado em AQUINO, Christiane. **O regime de açúcar das comunidades Europeias e seus efeitos sobre o setor açucareiro brasileiro**. Dissertação apresentada no Mestrado em Diplomacia do Instituto Rio Branco, 2005 (não publicada).

2 Foram instaurados três contenciosos separados, com três números de casos distintos. No entanto, apenas um painel foi constituído para analisar as três demandas, com a emissão de três relatórios. A instauração de casos separados é conveniente para possibilitar que cada co-demandante tome o rumo desejado durante as etapas do contencioso, como por exemplo, retaliar, fazer acordo, etc.

3 Por razões jurídicas, a União Europeia (UE) atua perante a OMC na qualidade de Comunidade Europeia (CE). A UE é a entidade política que corresponde geograficamente às regiões dos 25 países que a compõem atualmente. A CE tem personalidade jurídica para representar estes 25 países na OMC, que também são membros da referida organização internacional individualmente. Enquanto cada país-membro articula sua posição junto às instituições da UE em Bruxelas, a Comissão Europeia representa a UE e seus Estados-membros em quase todas as reuniões e contenciosos na OMC. Na maior parte das questões, o material emitido pela OMC refere-se à “UE” pelo nome oficial de “CE”. Nessa linha, ver: http://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/european_communities_e.htm. Para efeitos do presente artigo, também utilizamos CE para se referir tanto à Comunidade Europeia como à União Europeia.

4 As Organizações Comuns de Mercado (OCMs) foram instituídas no âmbito da Política Agrícola Comum (PAC). Constituem conjunto de políticas setoriais específicas, financiadas pelo Fundo Europeu de Orientação e de Garantia Agrícola, que rege a produção e a comercialização de produtos agrícolas, abrangendo setores como açúcar, cereais, ovos, carne de frango, frutas, vinho e produtos lácteos, entre outros. O objetivo central de cada OCM é intervir no mercado para conseguir determinados objetivos, como preços mínimos para adequar a produção à demanda ou assegurar os rendimentos dos agricultores europeus.

5 Regulamento (CE) 1785/81, JOCE L 177 de 1º de julho de 1981, *apud* AQUINO, Christiane. **O regime de açúcar das Comunidades Europeias e seus efeitos sobre o setor açucareiro brasileiro**, cit., p. 32.

6 Regulamento n. 1262/2001 *apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 32.

7 Regulamento n. 1430/2001 *apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 32.

8 JOC 290 de 7 de novembro de 1991.

9 Ex-colônias europeias na África, Caribe e Pacífico.

10 “Thirty years ago, the European Community was a net importer of sugar. Now, thanks to Europe’s Common Agricultural Policy (CAP), the European Union is the world’s largest sugar exporter” (GROSSO, M. G. **Reforming the EU sugar regime**, Association of Sweets’ Industries of the EU, 2001, *apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 82.

11 Regulamento da Comissão Europeia n. 65/82, Artigo 2º.

12 A própria Corte de Auditores europeia reconheceu em seu relatório n. 20/2000 que: “EU sugar is clearly not competitive on the world market. Subsidies of the order of 75% of the EU intervention price are currently needed to enable the quota surplus to be sold. C sugar (production in excess of quotas), which receives no export refunds, can only be sold profitably at world market prices because the prices obtained for sales of quota sugar are sufficient to cover all fixed costs of the processing companies” (**Court of Auditors Special Report** n. 20/2000, fev. 2001, *apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 33.

13 O Regulamento do Conselho n. 1.260/2001 é a principal fonte jurídica da OCM de açúcar. Ele regula a aplicação de preços mínimos, quotas, reembolsos e outras regulamentações. Esteve em vigor até 30 de junho de 2006.

14 “(...) The Union established a rebate on export sales, where in order to encourage disposal of the surpluses on world markets, the Union pays exporters the difference between the high Union price and the world price” (TREBILCOCK, Michael; HOWSE, Robert. **The regulation of international Trade**. second edition, Routledge, 2000, *apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 37.

15 Tarifa fixa de \$419 euros por tonelada de açúcar e tarifa adicional de \$115 euros por tonelada em 2003.

16 DANTAS, Adriana. **A regulação internacional dos subsídios agrícolas**. São Paulo: Saraiva, no prelo, capítulo 1.

17 A OCDE tem, atualmente, 30 membros, os quais são, em grande maioria, países desenvolvidos. São membros da OCDE Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Coréia, Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Nova Zelândia, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Tcheca, Suécia, Suíça e Turquia. V.: <http://www.oecd.org/document/58/0,2340,en_2649_201185_1889402_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 3 nov. 2006.

18 DURAIAPPAH, Anantha. **Trade-related subsidies**: bridging the North-South divide. International Institute for Sustainable Development, p. 6, set. 2003.

19 VAUGHAN, Alexis. **Sugar, trade and Europe**: A discussion paper on the impact of European sugar policies on poor countries, Sustain, The alliance for better food and farming, 2000; PINAZZA; ALIMANDRO, Cana-de-açúcar alimento bom e **doce**, **Agroanalysis** – A revista de agronegócios da FGV, v. 23, abr. 2003; BORRELL; PEARCE, **Sugar**: the taste test of trade liberalization, Centre for International Economics, 1999, *apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 64.

[20](#) Um estudo da UNCTAD revelou que o açúcar é a *commodity* cujos preços no mercado internacional eram mais voláteis. “(...) between 1980 and 1989 the price of sugar was the most volatile of all soft commodities.” UNCTAD – **Commodity Year Book 1995**, Netherlands Economic Institute (NEI), **Evaluation of the common organisation of the market in the sugar sector**, 2000, p. 30, *apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 76.

[21](#) “(...)and the world market price has been influenced by subsidised EU exports and high production of C sugar.” **Court of Auditors Special Report**, n. 20/2000, concerning the management of the common organisation of the market for sugar, together with the Commission’s replies (pursuant to Article 248(4), second subparagraph, of the EC Treaty) (2001/C 50/01). *Apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 76.

[22](#) AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 78, com dados dos estudos NEI e Eurostat.

[23](#) Cerca de 20% do açúcar de quota (“A” e “B”) é exportado com subsídios para países fora das CE. Netherlands Economic Institute – NEI. **Evaluation of the common organisation of the market in the sugar sector**, 2000, p.115.

[24](#) “For some products (e.g. cereals 10%, butter 20%, whole milk powder 40%, beef 17%, **sugar 17%**, tobacco 9%) the EU export share in world trade is significant and increased exports due to price support puts downward pressure on world price levels.” RAINER, W. **Economics of the common agricultural policy**, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, European Commission, Economic Papers, August, 2004, *apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 79. (grifo nosso)

[25](#) “(...) sugar prices within the EC since 1984 have been two to three times higher than the world market price.” “When compared with refined cane sugar the EC is not competitive, with EC average production costs a factor 1.8 to 2.3 higher than major exporters of cane sugar.” Netherlands Economic Institute, **Evaluation of the common organisation of the market in the sugar sector**, 2000, p. 85 e p. 121. *Apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 79.

[26](#) Netherlands Economic Institute, **Evaluation of the common organisation of the market in the sugar sector**, 2000, *apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 80.

[27](#) “In the absence of the CMO Sugar (all other things equal), the world market price would be higher, because the EC would not export but buy most of its domestic consumption needs on the world market” (Ibid, p. 81). (grifo nosso)

[28](#) “(...) the global welfare gains of removal of all trade protection are estimated to total as much as \$4.7 billion a year. World sugar prices would increase by as much as 40 percent, while sugar prices in countries that heavily protect their markets would decline” (MITCHELL, Donald. Sugar policies opportunity for change, **The World Bank Policy Research Working Paper**, n. WPS 3222, 2004, p. 2, *apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 81.

[29](#) UNCTAD, Prospects for the world sugar economy in the light of the Uruguay Round Agreements, 1996, *apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 81.

[30](#) “If there were no protectionist sugar regime in Europe, they [Brazil, Thailand and Australia] would meet a substantial part of the additional sugar demand in international

markets. (...) The EU regime reduces the export opportunities for these countries and depresses the prices they could get – resulting in diminished earnings of much-needed foreign exchange” (OXFAM INTERNATIONAL, **The great EU sugar scam. How Europe’s Sugar Regime is devastating livelihoods in the developing world.** August 2002, p. 23. *Apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 80).

[31](#) “(...) the production costs in the EC were around 4 to 6 times higher than in Brazil in 1999” (grifo nosso) (Agra-Europe Report, October 29, 1999:M/11-12 *apud* Netherlands Economic Institute, **Evaluation of the common organisation of the market in the sugar sector**, 2000, p. 114). *Apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 81).

[32](#) “Thirty years ago, the European Community was a net importer of sugar. Now, thanks to Europe’s Common Agricultural Policy (CAP), the European Union is the world’s largest sugar exporter” (GROSSO, M. G. **Reforming the EU sugar regime**, Association of Sweets’ Industries of the EU, 2001, p. 1. *Apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 81).

[33](#) “Brazil is the world’s largest sugar exporter and it is generally considered to be the world’s lowest cost producer” (grifo nosso) (MITCHELL, Donald. Sugar policies opportunity for change, **The World Bank Policy Research Working Paper** n. WPS 3222, 2004, p. 20, *apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 82).

[34](#) Esses números diferem um pouco. Para a UNICA (União Brasileira da Indústria de Cana-de-Açúcar), o custo médio de produção do açúcar de cana na região sudeste do Brasil gira em torno de US\$ 130 a tonelada, já o relatório do Netherlands Economic Institute, **Evaluation of the common organisation of the markets in the sugar sector**, encomendado pela Comissão Européia, concluiu, na p. 30, que “(...) the most efficient producers, such as Brazil, are able to produce raw sugar at US\$150-200 per tonne”. O relatório do Agra-Europe, de outubro de 1999 (October 29, 1999: M/11-12) considerou que “Brazilian sugar producers (...) have an estimated production costs of 95-110US\$/t” (*apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 82).

[35](#) SALVATORE, Dominick. **Economia internacional**, LTC, 2000, p. 157. *Apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 83.

[36](#) Foram quase 7 milhões de toneladas na safra 2001-2002, correspondendo a 40% das exportações mundiais do produto (Fonte: F.O. Licht International, World Sugar Yearbook, 2003. *Apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 83).

[37](#) Dentre os 77 países ACP, 19, em tese, poderiam beneficiar-se do sistema de preferências comunitário, a saber: Barbados, Belize, Congo, Costa do Marfim, Fiji, Guiana, Jamaica, Madagascar, Malauí, Ilhas Maurício, São Cristóvão e Nevis, Quênia, [Suazilândia](#), Suriname, Tanzânia, [Trinidad e Tobago](#), Zâmbia, Zimbábue. Apesar de terem assinado o Protocolo inicial, Uganda, Quênia, Zâmbia e Suriname não obtiveram ou não renovaram quotas ao longo dos anos, ou ainda perderam o direito de tê-las por não conseguirem preenchê-las em algum momento. Por isso, os efetivos beneficiários do Protocolo de açúcar são, em verdade, apenas 15 (MITCHELL, Donald. *Sugar policies opportunity for change*, **The World Bank Policy Research Working Paper**, n. WPS 3222, 2004, p. 22, *apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 51).

[38](#) A Zâmbia fez, inicialmente, parte do Protocolo de Açúcar, quando da assinatura da Convenção de Lomé em 1975, mas ao longo das sucessivas renovações não conseguiu preencher sua quota, perdendo-a, mas conseguiu fazer parte do Special Preference Sugar (SPS), exportando 13.876 toneladas ao ano (valor de 2001/2002). Dados da LMC, Review of Sugar Policies in Major Sugar Industries, Transparent and Non-Transparent or Indirect Policies, prepared for American Sugar Alliance, jan. 2003, p. 30. *Apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 91.

[39](#) Oxfam International, **The great EU sugar scam. How Europe's Sugar Regime is devastating livelihoods in the developing world**. August 2002, p. 24, F. O. Licht's International Sugar and Sweetener Report, 2002. *Apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 91.

[40](#) “Several LDCs, such as Mozambique, Malawi and Zambia, are among the lowest cost producers of sugar in the world but Europe's regime destroys their ability to reap much of the potential benefits of that advantage” (OXFAM INTERNATIONAL, **The great EU sugar scam. How Europe's Sugar Regime is devastating livelihoods in the developing world**. August 2002, p. 23. *Apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 91).

[41](#) F. O. Licht International, World Sugar Yearbook, 2001. *Apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 91.

[42](#) Eurostep Dossier on CAP & Coherence, European Solidarity Towards Equal Participation of People, 1999, p. 16. *Apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 91.

[43](#) Alguns países ACP tentaram desenvolver unidades para refino de açúcar para agregar valor ao produto final a ser exportado; contudo, essas iniciativas não obtiveram resultado satisfatório em decorrência, entre outros fatores, das altas tarifas de proteção ao mercado comunitário e do deslocamento das exportações das ex-colônias em terceiros mercados “inundados” pelo excedente comunitário (Oxfam International, **The great EU sugar scam**, 2002, p. 20. *Apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 92).

[44](#) MOSSE, M. **Interviews with sugar cane workers in Mozambique**, Oxfam International, 2002, *apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 92. Moçambique possuía infraestrutura para refino de açúcar antes da guerra civil, terminada em 1992. Sua reabilitação, contudo, tem sido difícil em decorrência, entre outros fatores, da impossibilidade de exportar açúcar refinado para o mercado europeu, que só importa açúcar bruto. Mesmo se quisesse exportar na forma bruta, não poderia porque, apesar de ser um país ACP, não faz parte do Protocolo de Açúcar nem de qualquer outro esquema de exportação preferencial para as CE, única maneira de penetrar no mercado europeu, já que as tarifas consolidadas são muito altas. O setor açucareiro é o que mais emprega mão-de-obra em Moçambique. São 23 mil empregos diretos e de 8 a 10 mil indiretos. Se a indústria de açúcar refinado conseguisse se reabilitar, calcula-se que o número de empregos subiria para 40 mil (cf. AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 92).

[45](#) “(...) despite the relatively large percentage of exports, EC appears to treat the world sugar market as a residual market” (Netherlands Economic Institute — NEI, Evaluation of the common organisation of the market in the sugar sector, 2000, p. 36. *Apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 92).

[46](#) Com a retirada dos subsídios à exportação, o aumento do preço do açúcar no mercado internacional seria de 3.3% e com a retirada do apoio doméstico, de 1.6%. (DIOA, X.; SOMWARU, A.; ROE, T. A global analysis of agricultural trade reform in WTO member countries, Economic Development Center, **Bulletin** n. 01-1, University of Minnesota, 2001. *Apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 93).

[47](#) [BANCO MUNDIAL](#), **Relatório sobre o desenvolvimento mundial 1986**: crescimento e políticas agrícolas, 1986. *Apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 93.

[48](#) MITCHELL, Donald. Sugar policies opportunity for change. **The World Bank Policy Research Working Paper** n. WPS 3222, 2004, p. 2. *Apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 93.

[49](#) Boletim Europeu de 8 de outubro de 2002. *Apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 126.

[50](#) O Governo brasileiro tratou de esclarecer o teor da sua demanda na OMC em pelo menos duas oportunidades antes da abertura do painel. Primeiro em uma reunião realizada a convite do Secretariado dos países ACP em outubro de 2002 em Bruxelas e, em seguida, em um encontro em Brasília dos Ministros dos países ACP com o Ministro das Relações Exteriores do Brasil, Celso Amorim, em fevereiro de 2003 (cf. AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 128).

[51](#) O princípio da Nação Mais Favorecida (ou *Most Favorable Nation*) foi proposto para assegurar comércio não-discriminatório entre os países e é um dos pilares do sistema GATT/OMC. Com base nele, qualquer vantagem atribuída a determinado Membro da OMC deve ser automaticamente atribuída aos outros membros.

[52](#) Caso *EC – Bananas*, em que o OA citou o caso *US – Sugar Headnote*, ocorrido no âmbito do GATT (*apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 122).

[53](#) *Canada – Measures affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products* (WT/DS103/33 e WT/DS113/33).

[54](#) NASTARI, P. **Considerations over C sugar production and exports in the European Communities**. Datagro; ROGER, Rose. **Sugar in the European Union – Sugar production costs and cross-subsidies to C sugar exports**; NEI – Netherlands, Economics Institute, **Evaluation of the common organization of the markets in the sugar sector**; Oxfam, **The Great EU Sugar Scam**: how Europe’s sugar regime is devastating livelihoods in the developing world. Os dois primeiros foram preparados a pedido da chancelaria brasileira e australiana, respectivamente, para comprovação das alegações das partes e não foram publicados. Seu conteúdo é confidencial (*apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 130-131).

[55](#) Parágrafo 7.265 do relatório do painel WT/DS266/R.

[56](#) Relembramos que o efeito de *spill-over* significa que os benefícios concedidos ao açúcar dos tipos “A” e “B” eram suficientes para cobrir os custos fixos de produção do açúcar “C”, tornando-o rentável para exportação.

[57](#) O “*ut res magis valeat quam pereat*” ou princípio da efetiva interpretação do tratado foi analisado no painel *Japan-Alcoholic Beverage* (DS8/DS10/DS11) da seguinte maneira: “a principle whereby all provisions of a treaty must be, to the extent possible, given their full

meaning so that parties to such a treaty can enforce their rights and obligations effectively” (grifo nosso) (*apud* AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 122).

58 Relatório do OA nos contenciosos EC-Bananas III, parágrafo 154; EC-poultry, parágrafo 98, e Chile-Price Band System, parágrafo 272 (cf. AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 122).

59 Nas notificações G/AG/R/15 e G/AG/R/17 à OMC, as CE declararam que “As indicated in footnote 1 (...) the EC is not undertaking any reduction commitment on exports of ACP or Indian sugar. Consequently, any financial assistance is not reported to the WTO” (cf. AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p.124).

60 Vale lembrar que nesse caso eram as CEs que deveriam provar que não concediam subsídios porque o Artigo 10.3 do AA reverte o ônus da prova. Em vez de o demandante provar o que alega, cabe ao demandado (país exportador) comprovar que a quantidade exportada não recebia subsídios, ou seja, que cumpria suas obrigações e que não estava violando o acordo (cf. AQUINO, Christiane, *op. cit.*, p. 133).

61 Presidente da divisão do OA que examinou o caso.

62 Todos os prazos contam a partir de 19 de maio de 2005, data da adoção pelo OSC dos relatórios do contencioso.

63 Artigos 19.1; 19.3; 32 e 34 do Regulamento n. 318/2006.

64 Considerando 31 do Regulamento n. 318/2006.

65 Considerando 43 e Artigo 44 (b) do Regulamento n. 318/2006.

66 Considerando 13 do Regulamento n. 967/2006.

67 LIFFE. Disponível em: <<http://www.sugartech.co.za/sugarprice/index.php>>. Acesso em: 20-1-2007.

68 Artigo 13 do Regulamento n. 1.260/2001, objeto de contestação na OMC.

69 Importações preferenciais no âmbito do Protocolo de açúcar (Acordo de Cotonou) e da iniciativa “Everything But Arms”, que busca liberalizar o acesso (livre de quotas e tarifas) dos produtos oriundos de PMDRs ao mercado europeu até 2010.

70 Artigo 3.1 do Regulamento da Comissão n. 967/2006.

71 Artigo 1 do Regulamento n. 493/2006.

72 “O Acordo sobre a Agricultura concluído no âmbito das negociações comerciais multilaterais da Rodada Uruguai, em conformidade com o Artigo 300.o do Tratado, comporta limites de quantidade e valor das exportações subsidiadas da Comunidade. Em consequência das conclusões de 19 de maio de 2005 do Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio (OMC), as exportações de açúcar “C” devem ser abrangidas pelos referidos limites. Foi concedido à Comunidade um prazo para dar cumprimento às obrigações que lhe incumbem no âmbito da OMC, o qual termina em 22 de Maio de 2006”.

73 “...to preserve the structural balance of the market”, Artigo 19 do Regulamento n. 318/2006.

74 Artigo 1 do Regulamento n. 320/2006.

75 Comunicado de Imprensa da Comissão Europeia de 29 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/103&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>>. Acesso em 30-1-2007.

76 Artigo 14 do Regulamento n. 968/2006.

77 Artigo 18 do Regulamento n. 318/2006.

78 A agência de Intervenção do Reino Unido, por exemplo, só poderá comprar, no máximo, 39.172 toneladas, de acordo com o Anexo do Regulamento n. 952/2006.

79 Alemanha, Bélgica, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Hungria, Irlanda, Itália, Polônia, República Tcheca e Suécia são países que têm açúcar de intervenção já armazenado.

80 Ver adicionalmente Artigo 17 do Regulamento n. 951/2006, que deve ser lido em conjunto com o Artigo 33 do Regulamento n. 318/2006.

81 Regulamento da Comissão Europeia n. 769/2006.

82 Fonte: Câmara de Comércio Árabe-brasileira e MDIC-SECEX. Disponível em: <<http://www.anba.com.br/noticia.php?id=12902>>. Acesso em: 20 jan. 2007; <http://www.agricultura.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/MAPA/ESTATISTICAS/COMERCIO_EXTERIOR_BRASILEIRO/EXP_ACUCAR_PAISES_2006.PDF>. Acesso em: 20 jan. 2007.

83 Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/MAPA/ESTATISTICAS/COMERCIO_EXTERIOR_BRASILEIRO/EXP_ANUAL_ACUCAR.PDF>. Último acesso em: 31 jan. 2007.

84 Agregue-se que parte do aumento dos preços do açúcar no mercado internacional decorre da sua vinculação aos mercados de etanol (conseqüentemente petróleo) e outras *commodities* energéticas utilizadas para a elaboração do produto, como o milho.

3 O CONTENCIOSO ENTRE AS COMUNIDADES EUROPÉIAS E O BRASIL: CLASSIFICAÇÃO ADUANEIRADO FRANGO DESOSSADO CONGELADO (DS269)

Antônio Garbelini Júnior

Graduado e pós-graduado em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas; especialista em Contratos Internacionais pela San Diego University, EUA; advogado sócio de Siqueira Castro.

3.1 Introdução

A crescente participação do Brasil no comércio internacional tem feito que, cada vez mais, o País esteja envolvido em procedimentos de solução de controvérsias na OMC. Muito embora, em termos percentuais, a participação brasileira no comércio internacional seja de aproximadamente 1%, a relevância dos produtos envolvidos nas disputas para o comércio internacional tornou o Brasil o quarto maior usuário do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC.

Nesse sentido, é possível argumentar que o aumento da exportação de um determinado produto certamente poderá acarretar na imposição de barreiras ao mesmo, sejam elas de caráter técnico, fitossanitário, ou mesmo relacionadas à interpretação dos Acordos que compõem a Organização Mundial do Comércio.

Foi o que ocorreu na questão envolvendo as exportações brasileiras (e também as tailandesas) de cortes de frango salgado congelados para a Comunidade Européia, que sofreram a imposição de elevadas tarifas de importação, em função de reclassificação tarifária do produto.

3.2 O Caso WT/DS269: classificação aduaneira do frango desossado congelado

Os cortes de frango salgado congelados eram classificados no subitem 0210.90.20 (outras carnes salgadas) da Lista de Concessões das Comunidades Europeias e estavam sujeitos a uma tarifa de importação *ad valorem* de 15,4%.

Ocorre que a Comissão Europeia, pressionada por produtores de carne de frango europeus, descontentes com o aumento da importação de produtos brasileiros e tailandeses, por meio do Regulamento n. 1.223/2002 e da Decisão de 31 de janeiro de 2003, passaram a classificar os cortes de frango salgados congelados no subitem 0207.41.10, da mencionada Lista de Concessões comunitária, que englobava os cortes congelados de frango¹, sujeitos à incidência de um tributo específico de 1,024 euros por tonelada.

Tal alteração significou elevar o imposto de importação incidente sobre o produto em questão de 15,4% *ad valorem* para aproximadamente 70% *ad valorem*, acarretando a diminuição das exportações brasileiras de cortes de frango salgado congelados para a Europa em aproximadamente 80%².

Ou seja, a reclassificação em questão praticamente impossibilitou a exportação do produto, uma vez que, como forma de proteger os produtores europeus, tal reclassificação tornou seu preço não competitivo.

Inconformado com tal conduta, e por entender que ela violava normas da OMC, o Brasil iniciou consultas junto ao mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC alegando, em síntese, que as medidas que determinaram a reclassificação tarifária adotada pela Comunidade Europeia eram incompatíveis com os Artigos II (a) e (b) do GATT 1994³, uma vez que importava em tratamento menos favorável que aquele conferido na Lista de Compromissos das Comunidades Europeias.

Ao longo da controvérsia, o Brasil demonstrou que os cortes de frango salgado possuíam características especiais que o distinguem dos cortes sem sal, entre elas, a utilização apenas pela indústria de alimentos, já que tais cortes não poderiam ser dessalgados para a venda para o consumidor de varejo, e a sua propriedade de reduzir a perda de líquidos (*drip loss*) que

ocorre no congelamento dos cortes de frango não-salgados, o que representa maior vantagem para a indústria de alimentos.

O Painel concluiu pela procedência do pleito feito pelo Brasil⁴ (e, igualmente, pelo mesmo pleito feito pela Tailândia, nos termos do DS285), por considerar que os cortes de frango salgado deveriam ser classificados na posição 0210, pelo que entendeu que as medidas adotadas pela Comunidade Européia eram realmente incompatíveis com os Artigos II (a) e II (b) do GATT 1994. Muito embora tenha havido modificação em alguns pontos do Relatório do Painel, tal conclusão foi mantida pelo Órgão de Apelação da OMC, nos seguintes termos:

(i) Cortes de frango desossado congelados que estiveram impregnados de sal, com índice de sal de 1.2 a 3 por cento (os produtos analisados) estão cobertos pelo compromisso tarifário estabelecido na posição 02.10 da Lista de Concessões EC.

(ii) O Regulamento EC 1223/2002 e a Decisão EC 2003/97 resultaram na imposição de tarifas aduaneiras nos produtos relacionados que excedem a tarifas estabelecida na posição 02.10 da Lista de Concessões EC; e

(iii) Conseqüentemente, a Comunidade Européia agiu de forma incompatível com os requisitos do Artigo II: 1(a) e II: 1(b) do GATT 1994 e, desta maneira, anulando ou prejudicando os benefícios conferidos ao Brasil e a Tailândia.

Não obstante, mesmo após a adoção dos relatórios favoráveis ao Brasil pelo OSC, as Comunidades Européias, na tentativa de postergar a implementação da decisão, solicitaram, na Arbitragem realizada nos termos do Artigo 21.3 do ESC, que a contagem de período razoável de tempo para tal implementação somente começasse depois que a Organização Mundial de Aduanas (OMA) reapreciasse a questão, o que foi indeferido pelo Árbitro⁵, que estabeleceu o dia 27 de junho de 2006 como data final para tal implementação.

As Comunidades Européias, no último dia do período razoável de tempo estipulado para cumprimento da decisão do Órgão de Solução de Controvérsias, editou o Regulamento n. 949/2006, pelo qual entendia ter cumprido integralmente com as recomendações do OSC.

Entretanto, como o Brasil tinha dúvidas se tal Regulamentação tinha mesmo cumprido o que fora decidido pelo Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, as partes chegaram a um acordo em 26 de julho de 2006 (WT/DS269/16). Segundo esse acordo, foram estabelecidos prazos para a análise da questão, para a solicitação de painel de implementação, regulado pelo Artigo 21.5 do ESC, bem como para a aplicação das penalidades previstas no Artigo 22 do ESC, caso necessário.

Assim, o Brasil e as Comunidades Europeias firmaram acordo regulamentando a questão do *sequencing*, ou seja, a ordem em que iriam ocorrer, caso aplicáveis, os procedimentos previstos no Artigo 21.5 do ESC, que têm por finalidade verificar se as recomendações do ESC foram realmente implementadas, e do Artigo 22, que possibilita suspensão de concessões e direitos enquanto não ocorrer a devida implementação, também conhecida como “retaliações”.

Ocorre que, paralelamente, as Comunidades Europeias haviam notificado a OMC acerca da sua intenção de modificar as concessões relativas ao frango salgado (bem como de carne de peru e de carne de frango cozida), conforme possibilita o Artigo XXVIII do GATT⁶.

Nesse sentido, o Brasil está negociando com as CE a alteração da tarifa aplicada ao produto em questão, bem como o estabelecimento de quotas tarifárias para o frango salgado. A proposta ora em discussão estabelece um teto de 170.807 toneladas, que serão importadas pela alíquota de 15,4% *ad valorem*, sendo que, para quantidades superiores a tarifa fora de quota será de 1.300E/ton.

3.3 Conclusão

Pelo exposto, é possível concluir que o caso em questão é importante sob dois aspectos. Em primeiro lugar, pelo fato de demonstrar que o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC pode ser um importante instrumento para permitir ao Brasil eliminar barreiras às exportações de seus produtos não relacionadas apenas à aplicação dos mecanismos de Defesa Comercial, como antidumping e subsídios. Casos dessa natureza acabam tendo o condão de fortalecer a posição do Brasil nas negociações

em andamento, já que demonstram que o País é capaz de fazer respeitar as concessões que está negociando.

Em segundo lugar, por permitir constatar que, nos moldes como foi redigido o GATT 1994, é possível que um membro seja vitorioso em uma demanda perante o OSC, mas acabe não conseguindo o resultado pretendido, mesmo na hipótese de ocorrer a implementação da decisão adotada pelo OSC da OMC.

No caso em questão, os membros envolvidos buscaram chegar a um acordo que envolvesse o produto envolvido, no caso, o frango salgado congelado. Entretanto, a renegociação de compromissos previstas no Artigo XXVIII poderia envolver a concessão de compensações em relação a outros produtos. Em tal hipótese, o setor afetado pela violação ocorrida seria duplamente penalizado, primeiro por ter sofrido a imposição de barreira indevida, que afetou suas exportações, segundo, pelo fato de que outro setor seria beneficiado com as compensações a serem feitas pelo membro infrator.

Dessa forma, tal questão merece séria reflexão, principalmente pelo Brasil, em que os setores econômicos envolvidos nos casos de violação de Acordos da OMC por outros membros acabam, por vezes, arcando com parte substancial dos custos envolvidos em um procedimento de solução de controvérsias na OMC.

REFERÊNCIAS

Sítio da OMC: <<http://www.wto.org>>.

Sítio do Ministério das Relações Exteriores (MRE): <<http://www.mre.gov.br>>.

1 0207 (CARNES E MIUDEZAS, COMESTÍVEIS, FRESCAS, REFRIGERADAS OU CONGELADAS).

2 Segundo a Associação Brasileira dos Produtores e Exportadores de Frango (ABEF).

3 Article II – Schedules of Concessions

1. (a) Each contracting party shall accord to the commerce of the other contracting parties treatment no less favourable than that provided for in the appropriate Part of the appropriate Schedule annexed to this Agreement.

(b) The products described in Part I of the Schedule relating to any contracting party, which are the products of territories of other contracting parties, shall, on their importation into the territory to which the Schedule relates, and subject to the terms, conditions or qualifications set forth in that Schedule, be exempt from ordinary customs duties in excess of those set forth and provided therein. Such products shall also be exempt from all other duties or charges of any kind imposed on or in connection with the importation in excess of those imposed on the date of this Agreement or those directly and mandatorily required to be imposed thereafter by legislation in force in the importing territory on that date.

4 WT/DS269/R – 30-5-2005.

5 (WT/DS269/13) “In the light of the considerations outlined above, I determine that the “reasonable period of time” for the European Communities to implement the recommendations and rulings of the DSB in this dispute is nine months from 27 September 2005, which was the date on which the DSB adopted the Panel and Appellate Body Reports. The reasonable period of time will therefore expire on 27 June 2006”.

6 “1. On the first day of each three-year period, the first period beginning on 1 January 1958 (or on the first day of any other period* that may be specified by the CONTRACTING PARTIES by two-thirds of the votes cast) a contracting party (hereafter in this Article referred to as the ‘applicant contracting party’) may, by negotiation and agreement with any contracting party with which such concession was initially negotiated and with any other contracting party determined by the CONTRACTING PARTIES to have a principal supplying interest* (which two preceding categories of contracting parties, together with the applicant contracting party, are in this Article hereinafter referred to as the ‘contracting parties primarily concerned’), and subject to consultation with any other contracting party determined by the CONTRACTING PARTIES to have a substantial interest* in such concession, modify or withdraw a concession* included in the appropriate schedule annexed to this Agreement.

2. In such negotiations and agreement, which may include provision for compensatory adjustment with respect to other products, the contracting parties concerned shall endeavour to maintain a general level of reciprocal and mutually advantageous concessions not less favourable to trade than that provided for in this Agreement prior to such negotiations.”

PARTE IV

1 SUBSÍDIOS A BENS INDUSTRIAIS

Rabih A. Nasser

Coordenador e professor do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw; mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo; sócio de Nasser Sociedade de Advogados.

Robson de Moura Fernandes

Funcionário da Organização Mundial do Comércio – OMC, mestre em Direito Internacional e Economia pelo World Trade Institute, Berna, Suíça.

1.1 Introdução

Este capítulo trata de três disputas (WT/DS46, WT/DS70, e WT/DS222) que estão relacionadas a um mesmo contencioso: o que opôs o Brasil ao Canadá e tratou de programas de subsídios à indústria de aeronaves regionais oferecidos pelos dois países. A origem da disputa está na rivalidade entre as empresas Bombardier, canadense e líder mundial desse mercado até 1998, e a brasileira Embraer, que a partir de 1996 passou a ocupar cada vez mais espaço, até tirar a liderança da Bombardier¹.

Obviamente, em se tratando de produtos com tecnologia de ponta, alto valor agregado, importantes na geração de emprego e na atração de divisas

para os dois países, é fácil compreender por que Brasil e Canadá consideraram que apoiar suas indústrias era uma questão de interesse nacional, a ponto de protagonizarem uma das disputas mais acirradas do sistema de solução de controvérsias da OMC.

Esse apoio incisivo manifestou-se de três formas. Em primeiro lugar, na própria concepção e implementação de medidas de apoio a essas indústrias estratégicas, de forma a tornar mais competitivas suas exportações. Isso foi o que, em última análise, deu origem à disputa na OMC. Em segundo lugar, na ausência de concessões na fase de consultas que precedeu o início da disputa e na abertura de painéis por ambos os lados, com o objetivo de verificar a legalidade, à luz do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC (ASMC), dos programas de apoio. Por fim, na recusa de ambos os governos de voltar atrás em relação a compromissos de apoio firmados com base em programas que foram considerados ilegais, e que deu a ambos os países o direito a retaliações que nunca foram implementadas².

Pode-se dizer que para o Brasil a disputa teve dois efeitos principais. O primeiro foi o de demonstrar, na prática, a extensão das limitações impostas pelo ASMC à adoção de políticas industriais, em especial de estímulos à exportação, pelos países membros da OMC. O segundo foi o de ressaltar as assimetrias existentes no acordo em detrimento de países em desenvolvimento (PED). Ficou claro que o acordo dificulta a adoção de instrumentos que possibilitem ao governo de um PED a colocar seus exportadores em condições de igualdade, no mercado internacional, em relação a exportadores de países desenvolvidos. O que demonstrou ter sido dada exígua atenção durante a elaboração do acordo à condição de desvantagem em que se encontram países nos quais o custo de capital é mais alto, os índices de risco-país mais elevados e que são, portanto, obrigados a pagar taxas de juros mais elevadas pelos recursos que captam. Essa falta de atenção resultou em tratamento especial e diferenciado muito modesto para os PED no ASMC.

Quanto à pergunta que surge naturalmente a partir dessa constatação sobre as razões que levaram o Brasil e outros PED a aceitarem firmar o ASMC, é válido supor que no início dos anos 1990 havia certa unanimidade em relação ao fato de que políticas industriais ativas estavam ultrapassadas

e, além disso, o país não tinha recursos para promover tais políticas³. Assim, não faria falta o espaço para promoção de política industrial do qual se estava abrindo mão e tampouco era necessário um tratamento substancialmente diferenciado para os PED.

Por mais que a disputa contra o Canadá tenha demonstrado que dispositivos do ASMC eram prejudiciais aos PED em geral, e ao Brasil em particular, como demonstrado nas decisões desfavoráveis em relação ao PROEX – Programa de Apoio às Exportações colhidas na disputa WT/DS46, essa percepção negativa foi relativizada por vitórias posteriores que o Brasil obteve com base no mesmo ASMC⁴. Entre estas estão as obtidas nas outras duas disputas contra o Canadá aqui analisadas, o que fez com que a avaliação por parte dos PED acerca do acordo melhorasse. Além disso, percebeu-se o pouco espaço disponível para propor ou defender uma revisão abrangente do ASMC em favor dos PED. Mesmo entre este grupo de países é difícil angariar apoio para as propostas de mudança. Assim, acaba por prevalecer a visão de que o acordo não é tão desfavorável, no final das contas, e não se justificam alterações profundas, mesmo porque o custo a pagar por elas em termos de concessões seria muito elevado.

Portanto, a partir do aprendizado que acumulou com as disputas em que se envolveu, o Brasil tem se concentrado no âmbito da Rodada Doha em procurar corrigir o que são vistas como as distorções mais graves do Acordo. O Canadá também tem tido uma participação destacada. Os dois países estão entre os principais proponentes nas atuais negociações sobre a revisão do Acordo.

Dessa forma, será feita uma síntese das questões analisadas em cada um dos casos aqui tratados. A seguir, será analisada a proposta apresentada pelo Brasil para corrigir algumas das distorções do acordo. Por fim, algumas conclusões serão apresentadas, com ênfase no aprendizado que se pode extrair dessas disputas no que se refere ao Brasil.

1.2 Brasil – Programa de Financiamento às Exportações de Aeronaves (WT/DS46)⁵

O painel para analisar este caso foi estabelecido em 23 de julho de 1998. No entanto, as discussões sobre o tema no âmbito da OMC iniciaram-se muito antes, em 18 de junho de 1996, data em que o governo canadense solicitou a realização de consultas sobre “certain export subsidies granted under the Brazilian Programa de Financiamento às Exportações (PROEX) to foreign purchasers of Brazil’s EMBRAER aircraft”⁶.

Durante dois anos, Brasil e Canadá mantiveram reuniões para alcançar uma solução por vias de negociações, sendo que nesse período o Canadá pediu por duas vezes o estabelecimento de painéis, mas desistiu em seguida para prosseguir com as negociações. Não tendo sido possível alcançarem um acordo, o Canadá apresentou o pedido definitivo em 10 de julho de 1998.

Após manter reuniões com as partes e com terceiros interessados, o painel emitiu Relatório Preliminar em 17 de fevereiro de 1999. Após analisar as manifestações das partes sobre o documento, emitiu o Relatório Final, com suas conclusões, em 12 de março de 1999.

Tanto o Brasil quanto o Canadá recorreram ao Órgão de Apelação, questionando certos aspectos do Relatório Final. O relatório do Órgão de Apelação, juntamente com o relatório do painel, tal como modificado, foram adotados em caráter definitivo pelo OSC em 20 de agosto de 1999.

Após breve análise do funcionamento do PROEX à época, serão tratadas as principais questões discutidas no processo, bem como as conclusões a que se chegou em relação a cada uma.

1.2.1 PROEX

Os financiamentos do PROEX ocorriam basicamente de duas formas: empréstimos diretos ou pagamentos para equalização de taxas de juros. No primeiro caso, o governo contribuía diretamente com uma parte dos recursos necessários para o financiamento da exportação. Com isso, o exportador recebia antecipadamente do governo, ou de um agente governamental, uma parte dos recursos que aceitou receber a prazo do comprador.

No segundo caso, e que era o mais utilizado nos financiamentos às vendas da Embraer, esta organizava junto a instituições financeiras (no Brasil ou no exterior) um pacote de financiamento para suas vendas. O

governo brasileiro, caso aceitasse beneficiar a operação por via do PROEX, comprometia-se a pagar à instituição financiadora, a título de equalização de taxas de juros, uma parte dos juros que a instituição cobrava do comprador das aeronaves, com a finalidade de permitir que o financiamento ao comprador fosse concedido a taxas compatíveis com as aplicadas no mercado internacional.

Os termos do financiamento variavam conforme o produto que estava sendo exportado e as condições da operação (valor e prazo de financiamento principalmente). O financiamento podia ser concedido por um período de um a dez anos. Especificamente no caso de aeronaves, o prazo máximo foi estendido para quinze anos.

Após a aceitação do governo de financiar a operação com recursos do PROEX, realizava-se a operação entre exportador e comprador no exterior, nos termos da proposta apresentada. Nessa mesma etapa, eram definidos os termos do financiamento da operação com uma instituição financeira.

Os pagamentos pelo governo brasileiro só começavam a ser realizados quando as aeronaves eram entregues e o seu pagamento era feito pela instituição financeira. Os pagamentos eram realizados da seguinte forma: o Tesouro Nacional emitia Notas do Tesouro Nacional (NTN), cujos títulos estavam vinculados à variação cambial, à instituição financiadora da operação. Os títulos cobriam uma parte dos juros cobrados no financiamento e tinham amortizações semestrais. A instituição pode optar entre manter os títulos em carteira por todo o período do financiamento ou descontá-los antecipadamente.

1.2.2 Questões principais

O Canadá alegou que o mecanismo de equalização de taxa de juros no financiamento das aquisições de aviões da Embraer, por meio do PROEX, constituía subsídios à exportação proibidos pelo ASMC. Dessa forma, o Brasil estaria violando determinados dispositivos do acordo, em especial o artigo 3, que estabelece:

Parte II – Subsídios Proibidos

Art. 3 – Proibição

1 – Com exceção do disposto no Acordo sobre Agricultura, serão proibidos os seguintes subsídios, conforme definidos no art. 1:

a) subsídios vinculados, de fato ou de direito, ao desempenho exportador, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições, inclusive aqueles indicados a título de exemplo no Anexo I;

b) subsídios vinculados, de fato ou de direito, ao uso preferencial de produtos nacionais em detrimento de produtos estrangeiros, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições.

2 – O Membro deste Acordo não concederá ou manterá os subsídios mencionados no parágrafo 1º.

As principais questões discutidas foram:

1) Se os pagamentos realizados pelo governo brasileiro no âmbito do PROEX, com o objetivo de equalizar as taxas de juros nas exportações de aviões da Embraer, constituíam “subsídios”, de acordo com a definição contida no artigo 1 do ASMC;

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, se os subsídios concedidos por meio do PROEX eram subsídios vinculados à exportação proibidos pelo artigo 3 do ASCM;

3) Em caso de respostas afirmativas às duas primeiras perguntas, se podia considerar que os subsídios à exportação concedidos pelo Brasil beneficiavam-se das exceções previstas no item (k) da lista ilustrativa de subsídios à exportação contida no Anexo I ao ASCM; e

4) Em caso de resposta negativa à terceira questão, o Brasil poderia pleitear o tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento previsto no artigo 27 do ASCM, consistente na autorização para manterem subsídios à exportação por um período de 8 anos a partir de 1º de janeiro de 1995.

A caracterização de um subsídio nos termos do ASCM está condicionada à existência de três elementos: contribuição financeira por um governo ou órgão público dentro do território de um membro; percepção de um benefício em decorrência da contribuição financeira; e especificidade. Quanto a este último requisito, no entanto, ele é irrelevante no caso dos subsídios à exportação. Estes serão sempre considerados específicos, por força do disposto no artigo 2.3 do acordo.

Ambas as partes reconheceram haver uma contribuição financeira pelo governo brasileiro, mas discordaram quanto ao momento em que esse auxílio se configurava. Para o Canadá, o subsídio só se caracterizava quando as NTN eram emitidas ou pagas pelo governo brasileiro. Até aí haveria mera expectativa por parte do comprador de receber a contribuição governamental. Já o Brasil sustentava que o auxílio ocorria assim que o Banco do Brasil, como agente do PROEX, assumia o compromisso de realizar pagamentos a título de equalização da taxa de juros, ainda que a emissão das NTN e os pagamentos só fossem efetivamente realizados posteriormente. Nesse sentido, a assunção do compromisso influía no comportamento dos agentes privados e era juridicamente vinculante. Contudo, acabou prevalecendo a argumentação do Canadá, mas esta distinção não teve relevância para o desfecho da disputa.

Quanto ao benefício decorrente da contribuição financeira, também não houve divergências quanto à sua existência. Entretanto, as partes discordaram quanto à natureza do benefício e sobre a identidade do beneficiário. Para o Canadá, os subsídios à exportação do PROEX eram concedidos para o benefício de compradores estrangeiros que, em sua maioria, contraíam empréstimos de instituições não brasileiras com base no seu próprio risco de crédito. Assim, o Canadá procurava afastar as altas taxas de juros praticadas no Brasil e o risco Brasil como fatores que justificassem os subsídios sob o PROEX.

O Brasil contestou tal afirmação, esclarecendo que na maioria das operações beneficiadas pelo PROEX a instituição financiadora estava no Brasil, procurando demonstrar o impacto que o risco Brasil exercia sobre as operações envolvendo empresas brasileiras. A respeito disso, o painel afirmou:

4.47. Brazil also submitted that Brazil risk has a dramatic and severe impact on all financial terms and transactions involving Brazil, including export credit terms. Brazil accepts that when the lender is outside of Brazil that Brazil risk does not apply to that lender, but argues that Brazil risk continues to apply to Brazilian exporters as well as Brazilian financial institutions when the lender is outside of Brazil and is reflected in their higher costs. Brazil submitted that EMBRAER itself bears Brazil risk and that the

*costs it incurs in obtaining credits for its customers outside of Brazil, from lenders outside of Brazil, reflect Brazil risk*⁸.

Essas discussões eram relevantes para verificar se o Brasil podia se beneficiar das exceções estabelecidas no ASCM em benefício dos PEDs.

Apesar dessas divergências, no que se refere à primeira questão, o Canadá sustentou, e o Brasil concordou, que os pagamentos feitos com base no PROEX eram subsídios nos termos do artigo 1 do ASCM. Também não houve divergências no que se refere à caracterização das práticas como subsídios vinculados à exportação, nos termos do artigo 3.1(a) do ASMC.

Apesar de concordar com essa caracterização, o Brasil sustentou que o PROEX podia ser justificado com base no item (k) do Anexo I (lista ilustrativa de subsídios à exportação), além do artigo 27.

O item (k), assim como os demais itens da lista ilustrativa, contém exemplos de subsídios à exportação. Todas as práticas listadas no Anexo I são, em princípio, ilegais. As práticas referidas no item (k) são: a concessão por um governo de créditos à exportação a taxas inferiores àquelas pelas quais o governo obtém os recursos utilizados; e o pagamento pelo governo da totalidade ou da parte dos custos em que incorrem exportadores ou instituições financeiras quando obtêm créditos, na medida em que sejam utilizados para garantir uma vantagem considerável (*material advantage*) nas condições dos créditos à exportação.

O segundo parágrafo do item (k) estabelece uma exceção, no sentido de que práticas que estejam em conformidade com as disposições do acordo da OCDE sobre créditos à exportação não serão consideradas subsídios à exportação proibidos pelo ASCM. Esta exceção foi introduzida em benefício dos países desenvolvidos membros daquela organização.

Além dessa exceção prevista expressamente no segundo parágrafo, o Brasil pretendeu extrair outra exceção do próprio parágrafo primeiro. Com base no qualificativo *material advantage* aplicado ao segundo tipo de práticas referidas no parágrafo primeiro (pagamento pelo governo de parte dos custos incorridos por exportadores ou instituições financeiras), e utilizando uma interpretação *a contrario sensu*, o Brasil sustentou que o subsídio não seria proibido se não conferisse uma *material advantage* em

termos de créditos à exportação. O Brasil afirmou, inclusive, que esse qualificativo havia sido introduzido durante a Rodada Uruguai por solicitação dos PEDs⁹.

O Canadá, naturalmente, procurou desqualificar o argumento, afirmando que só há quatro exceções previstas na lista ilustrativa do Anexo I e que a interpretação *a contrario sensu* não autoriza a inclusão de uma exceção adicional. Além disso, os subsídios por meio do PROEX não se enquadrariam dentro das práticas previstas no item (k), pois eles não se destinam a diminuir os custos do exportador ou do financiador; nada mais são, segundo o Canadá, do que pagamentos feitos em benefício dos compradores das aeronaves. Com o que o Brasil discordava categoricamente.

Essas divergências deram origem a uma longa discussão, que tem a ver basicamente com a determinação sobre se o risco Brasil influi nos custos incorridos pela Embraer para obter financiamento para suas vendas e sobre em que medida os pagamentos do PROEX destinam-se a neutralizar os custos adicionais incorridos em relação a exportadores de países desenvolvidos. Isso fez com que houvesse uma demonstração detalhada pelo Brasil sobre a forma como o risco Brasil influi nos negócios realizados por empresas brasileiras¹⁰.

Parece-nos que a questão fundamental é justamente a das diferenças entre exportadores dos países desenvolvidos e em desenvolvimento nas condições de acesso a crédito ou financiamentos. Por isso, a discussão principal centrou-se na determinação de em que medida os pagamentos do PROEX são destinados a neutralizar as desvantagens que a Embraer, como exportador brasileiro, sofre na concorrência com exportadores de países desenvolvidos.

Após a análise de todos os argumentos apresentados sobre a possibilidade de o Brasil se beneficiar de uma exceção prevista no item (k), o painel decidiu que tais pagamentos não são permitidos em função do disposto no item (k) da lista ilustrativa do Anexo I. Rejeitou, portanto, os argumentos do Brasil em relação à terceira questão e aceitou, basicamente, os do Canadá.

A última questão era saber se o Brasil estaria isento da proibição contida no artigo 3.1(a) do ASMC em função do disposto no artigo 27; em outras

palavras, se os pagamentos realizados sob o PROEX são legalmente justificáveis com base no artigo 27, que estabelece tratamento especial e diferenciado para PEDs.

As principais vantagens conferidas por esse artigo são: (i) os países de menor desenvolvimento relativo ficam isentos da proibição constante do parágrafo 1(a) do artigo 3, que proíbe a concessão de subsídios vinculados à exportação; e (ii) os demais países em desenvolvimento ficam livres dessa mesma proibição por um período de oito anos a partir da entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, desde que observem as condições inscritas no parágrafo 4 do artigo 27.

Segundo o Canadá, o parágrafo 4 estabelece basicamente três condições: os subsídios devem ser eliminados no período de oito anos; o nível de subsídios à exportação não pode ser aumentado durante esse período; e os subsídios devem ser eliminados em um período menor do que oito anos quando o uso de tais subsídios for inconsistente com as necessidades de desenvolvimento do país. A análise dessas três condições (e de seu cumprimento pelo Brasil) orientou a análise desta quarta questão pelo painel.

No que se refere ao ônus da prova, o painel considerou que cabia ao Canadá demonstrar que a proibição de subsídios à exportação contida no artigo 3.1(a) aplicava-se ao Brasil. Para tanto, incidia sobre o Canadá o ônus da prova de que o Brasil, na condição de PEDs, não cumpriu com as condições do parágrafo 4 do artigo 27.

Em seguida, analisou-se se o Brasil aumentou a partir de 1995 o nível de seus subsídios à exportação em comparação com o ano de 1994, imediatamente anterior à entrada em vigor do ASMC. Para efeitos dessa comparação, o painel decidiu levar em consideração os valores efetivamente pagos a título de subsídio (em dólares norte-americanos) e não as previsões orçamentárias, como queria o Brasil. Esta posição brasileira explica-se provavelmente pelo fato de que um tal critério (previsão orçamentária ou subsídios aprovados mas não efetivamente concedidos) tornaria o valor dos subsídios de 1994 maior.

Com base nisso, o painel verificou que não foi atendida a primeira condição, uma vez que os subsídios à exportação concedidos pelo Brasil nos anos de 1997 e 1998 foram substancialmente maiores do que os

relativos ao ano de 1994, o que faz todo sentido, uma vez que as vendas da Embraer ganharam impulso a partir de 1996.

Quanto à verificação se o Brasil vinha reduzindo os subsídios à exportação, com vistas a eliminá-los ao fim do período de oito anos, o painel considerou que o Brasil não vinha cumprindo com essa obrigação e, além disso, tinha-se comprometido a conceder subsídios que se estendiam para além de 31 de dezembro de 2002, data de vencimento do referido período de oito anos. Portanto, considerou-se que tampouco a segunda condição foi cumprida.

No que se refere à terceira condição estabelecida pelo parágrafo 4 do artigo 27, o Canadá procurou demonstrar que os subsídios do PROEX não eram consistentes com as necessidades de desenvolvimento do Brasil, pelo que deveriam ser eliminados em prazo menor do que os oito anos estabelecidos no artigo 27. Entretanto, o painel não acatou esses argumentos, considerando-os insuficientes.

Com base em todas essas constatações, o painel concluiu que os subsídios concedidos pelo Brasil eram inconsistentes com o disposto no artigo 3 do ASCM, devendo ser eliminados em um prazo de noventa dias.

Tendo havido recurso por ambas as partes ao Órgão de Apelação, não houve alterações substanciais, tendo as conclusões do painel sido confirmadas praticamente na sua integralidade.

A decisão nessa disputa constituiu claramente uma derrota para o Brasil e fez ver com clareza as limitações que se colocam à sua liberdade de promover políticas de estímulo às exportações. A maior parte dos seus argumentos foi rejeitada e o Brasil viu-se obrigado a introduzir alterações ao PROEX.

No entanto, a disputa teve prosseguimento, e o Canadá, descontente com as medidas tomadas pelo Brasil, recorreu novamente ao OSC, com base no artigo 21.5 do DSU, para obter uma decisão quanto à adequação das medidas brasileiras à decisão do painel.

O novo painel concluiu, em 9 de maio de 2000, que as alterações introduzidas ao PROEX não tornavam os pagamentos feitos sob o programa consistentes com as obrigações assumidas no ASMC. O Órgão de Apelação confirmou tais conclusões em 21 de julho de 2000. Além disso, em função dos prejuízos que teria sofrido com os subsídios oferecidos pelo Brasil, o

Canadá foi autorizado pelo OSC a impor retaliações ao Brasil em um valor de até US\$ 233.552.192,3 por ano. Como explicado no início, essa retaliação não chegou a ser implementada, a exemplo da que o Brasil obteve o direito de adotar.

1.3 Canadá – Medidas relativas às exportações de aeronaves civis (WT/DS70)

Durante a realização das consultas sobre a conformidade do PROEX com as normas do ASMC, o Brasil decidiu prosseguir com a disputa, questionando determinadas medidas canadenses que estariam subsidiando as exportações de aeronaves civis produzidas pela empresa Bombardier, principal concorrente da Embraer.

Em julho de 1998, o OSC instaurou, concomitantemente ao contencioso WT/DS46, painel para averiguar se as condutas praticadas pelo governo canadense e por suas províncias estavam em conformidade com o ASMC.

O Brasil contestou, *inter alia*, as seguintes políticas canadenses destinadas à sua indústria de aeronaves: (i) garantias para financiamentos e empréstimos; (ii) subsídios diretos concedidos por meio do Programa de Parcerias Tecnológicas do Canadá (*Technology Partnerships Canada – TPC*); (iii) venda pela agência governamental da Província de Ontário de 49% da *Ontario Aerospace Corporation* para outra empresa do mesmo ramo e em condições diversas das práticas comerciais usuais; (iv) benefícios fornecidos por meio do Acordo Subsidiário Canadá-Quebec para o Desenvolvimento Industrial; e (v) benefícios concedidos pelo governo de Quebec por meio da Sociedade de Desenvolvimento Industrial de Quebec.

O Brasil sustentou que os benefícios conferidos pelas medidas acima mencionadas consistiam, principalmente, em subsídios à exportação inconsistentes com os artigos 3.1(a) e 3.2 do ASMC.

Em virtude da necessidade de se analisar pormenorizadamente o ASMC, o painel decidiu, inicialmente, interpretar o significado do termo “subsídio” no artigo 1 do ASMC, seguindo o disposto no artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Assim, o painel interpretou que “subsídio” no ASMC estará configurado sempre que forem verificados três

elementos *sine qua non*: (i) “contribuição financeira”; (ii) concedida por um “governo ou qualquer órgão público no território de um país membro”; e (iii) que venha a conferir um “benefício”¹¹.

Quanto à interpretação do termo “benefício”, o Canadá sustentou que ele ocorrerá sempre que uma contribuição financeira impuser um custo ao governo, resultando em uma vantagem além daquilo que poderia ser obtido em condições mercadológicas comuns.

Todavia, em decisão confirmada posteriormente pelo Órgão de Apelação e por painéis subseqüentes na OMC, os painelistas afirmaram que “benefício” se refere a uma “vantagem” ao receptor e não um custo incorrido pelo concedente do subsídio, i.e., governos em geral. Assim, o painel categoricamente determinou que uma contribuição financeira conferirá um “benefício” “se concedida em termos que são mais vantajosos que aqueles disponíveis ao receptor no ‘mercado’”¹².

Para alcançar essa conclusão, o painel se valeu do artigo 14 do ASMC, que estabelece requisitos para averiguar a existência de benefício por parte de exportadores que se beneficiam de subsídios, que justifique a imposição de medidas compensatórias pelo país importador.

Passando à análise das medidas, o painel verificou que para a grande maioria das medidas contestadas pelo Brasil não foram apresentadas evidências irrefutáveis de que os programas estavam sendo concedidos pelo Canadá de forma mais vantajosa que aquela disponível no “mercado” em geral.

Contudo, o painel examinou, detalhadamente, os financiamentos concedidos às exportações por meio do *Canada Account* (Conta Canadense). Sendo notório que esse financiamento era uma contribuição financeira provida pelo governo, restou analisar apenas se a empresa recebedora do financiamento, i.e., neste caso, a Bombardier, auferiu benefício superior àqueles possíveis no caso de obtenção de financiamentos com agentes privados.

Assim, o Brasil trouxe ao processo a declaração de um funcionário do governo canadense que afirmou que o financiamento foi concedido com juros “abaixo dos praticados no mercado”¹³. Como esses financiamentos eram “créditos de exportação” para financiar a exportação de aeronaves da

Bombardier, ficou claro que se tratava de um subsídio à exportação, em desconformidade com os compromissos assumidos perante a OMC.

Quanto ao Programa de Parcerias Tecnológicas do Canadá (TPC), o painel constatou que a aplicação efetiva desse programa consistia em contribuição financeira do governo canadense ao setor de fabricação de aeronaves civis regionais, sendo evidentes os benefícios colhidos pela Bombardier.

De toda forma, fez-se necessário verificar se existia uma condicionalidade (*conditionality*) de que os bens deveriam ser exportados, à qual estaria vinculada a concessão das contribuições advindas do TPC. Assim, foi necessário averiguar se o TPC se tratava de uma medida condicionada de fato (*de facto*) a que os bens beneficiados fossem exportados, já que a referida condicionalidade não estava explicitamente expressa no TPC¹⁴.

O painel constatou, após analisar dezesseis considerações sobre o TPC, que este programa era um subsídio vinculado à exportação *de facto*, destacando, especialmente, que grande parte da produção canadense de aeronaves civis regionais é exportada, que o Plano de Negócios do TPC continha uma indicação explícita de que as contribuições de Pesquisa e Desenvolvimento (R&D) eram destinadas a projetos com alto potencial de exportação, além de um relatório anual do TPC que mencionava a “história de sucesso da finalidade de exportação” proporcionada pelo TPC¹⁵.

Obtida esta vitória parcial e transcorrido o prazo para implementação da decisão do OSC, o Brasil solicitou a abertura de um painel de implementação, pois entendeu que as medidas de correção realizadas pelo Canadá não eram suficientes para eliminar os subsídios à exportação concedidos à Bombardier.

Esse segundo painel constatou que com relação ao TPC o Canadá cancelou todos os projetos em curso, extinguiu os projetos futuros de pesquisa para o setor de aeronaves civis regionais, além de reestruturar todas as considerações factuais que deram ensejo à decisão do painel anterior. Dessa forma, o painel de implementação confirmou que o Canadá respeitou a implementação da decisão quanto ao TPC.

A respeito do *Canada Account*, o Canadá sustentou que esses financiamentos estavam garantidos por meio do item (k) do Anexo I do

ASMC, já que, conforme o seu Guia de Políticas para o *Canada Account*, seguiam as regras do acordo sobre créditos à exportação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Contudo, o painel averiguou que apenas esse Guia de Políticas não era suficiente, e que os financiamentos à exportação por meio desse instrumento governamental deveriam ser extintos em no máximo noventa dias¹⁶.

1.4 Canadá – Créditos de exportação e garantias de empréstimos para aeronaves regionais(WT/DS222)

A segunda demanda apresentada pelo Brasil contra o governo canadense pode ser considerada uma continuação das disputas anteriores. Dentre as medidas contestadas pelo Brasil destacam-se: (i) financiamento, garantias para empréstimos e apoio a taxas de juros concedidos por meio do *Export Development Corporation* (EDC), advindos dos programas do *Canada Account* e do *Corporate Account*, que tinham por objetivo facilitar a exportação de aeronaves civis; e (ii) créditos à exportação e garantias à exportação, incluindo garantias para empréstimos e outros apoios, providos pelo *Investissement Québec* (IQ), um programa operado pelo governo da Província de Quebec.

De acordo com a demanda brasileira, os programas EDC e IQ eram subsídios à exportação proibidos pelo ASMC, tanto se analisados na teoria (proibição *as such*) quanto se analisados de acordo com a forma como eram aplicados (proibição *as applied*). Ademais, o Brasil contestou que algumas transações específicas constituíam subsídios à exportação.

A primeira parte da análise substancial do painel focou nas medidas *as such*, para verificar se as regras aplicáveis a elas necessariamente conduziam a uma aplicação contrária ao ASMC, ou apenas quando aplicadas. Assim, constatou-se que ambas as medidas, EDC e IQ, não eram explicitamente ilegais no esboço de seus textos, restando, dessa maneira, analisar se algumas vendas específicas pela Bombardier, apoiadas por esses programas, foram realizadas em violação ao ASMC.

Uma das transações verificadas, e considerada contrária ao acordo, foi a venda pela Bombardier de jatos regionais à empresa aérea Air Wisconsin

dos EUA, cujo financiamento foi considerado um subsídio à exportação.

Primeiramente, foi verificado que os financiamentos eram sim subsídios, pois as taxas de juros estavam abaixo das “taxas de mercado”¹⁷.

Contudo, o Canadá alegou que tal financiamento foi concedido conforme a permissão encontrada no item (k) do Anexo I do ASMC, isto é, “em conformidade com” as “taxas de juros previstas” no Acordo da OCDE, não devendo assim ser consideradas ilegais nos termos do ASMC.

O painel verificou que a base da defesa canadense não era especificamente uma conformidade com as taxas de juros previstas no Acordo da OCDE, mas sim uma equiparação com as taxas de juros praticadas pelo Brasil à Embraer, denominada *matching*.

Porém, os painelistas concluíram que o *matching* em si não estava previsto no Acordo da OCDE, e que as taxas previstas neste não foram respeitadas. Dessa forma, as vendas da Bombardier à Air Wisconsin não estavam protegidas pelo item (k) do Anexo I do ASMC e, assim, deveriam ser consideradas como subsídios à exportação, contrários ao artigo 3.1(a) e 3.2 do ASMC¹⁸.

Posteriormente, foram analisadas outras transações entre a Bombardier e diversas linhas aéreas estrangeiras beneficiadas pela EDC, ficando comprovada a existência de benefício e, conseqüentemente, subsídios em alguns financiamentos nas vendas para a Comair¹⁹ e para a Air Nostrum²⁰.

Como o Canadá não contestou o vínculo à exportação para concessão dos subsídios, o painel concluiu que esses subsídios eram subsídios vinculados à exportação (*contingent upon*), restando clara sua ilegalidade perante o ASMC.

Outras medidas questionadas pelo Brasil e analisadas pelo painel foram as garantias concedidas por meio da IQ, como garantias de compra de capitais, conhecidas também como “garantias para deficiências nas primeiras perdas” (*first loss deficiency guarantees*).

Apesar de essas garantias terem sido consideradas subsídios, principalmente pela inexistência de taxas, elas não foram consideradas como vinculadas à exportação, já que o Brasil não apresentou nada que comprovasse a sua vinculação a exportações, tanto legalmente (*de jure*) quanto *de facto*²¹.

A última análise positiva pelo painel abrangeu as garantias de empréstimo fornecidas pelo IQ. A existência de subsídio para este programa estava evidente, assim como os benefícios, haja vista as taxas inferiores às taxas de juros praticadas no mercado. Todavia, também não ficou evidenciada a contingência desses subsídios à exportação, tendo sido descartada a ilegalidade em face das provisões sobre subsídios à exportação do ASMC²².

Tendo concluído pela ilegalidade do EDC, o OSC ordenou a retirada dos subsídios em noventa dias. Este caso ainda foi alvo de um painel de retaliação, onde o Brasil solicitou o direito de suspensão de concessões comerciais ao Canadá, como contrapartida à falta de implementação da decisão por aquele país.

1.5 Propostas de revisão do ASMC

O Brasil já apresentou várias propostas de revisão do ASMC no âmbito das negociações da Rodada Doha²³. Foge ao escopo da presente análise fazer um estudo detalhado dessas propostas, mas considera-se importante fazer referência a uma em especial (TN/RL/W/177)²⁴, que traz uma proposta claramente decorrente do aprendizado que o Brasil teve com as disputas aqui analisadas.

Nessa proposta, o Brasil defende a necessidade de alterações aos itens (j) e (k) do Anexo I ao ASMC. Em relação ao item (k), lembra que o segundo parágrafo incorporou ao acordo dispositivos do acordo da OCDE sobre créditos à exportação (*Arrangement on Guidelines for Officially Supported Exported Credits*) e que painéis do OSC têm interpretado que quaisquer alterações a esse acordo da OCDE são automaticamente incorporadas ao ASMC, ainda que a maior parte dos países membros da OMC não integre a OCDE. Essa interpretação “evolutiva” carece de qualquer razoabilidade e viola, segundo o Brasil, o princípio da soberania, uma vez que ela implica que os Estados não-membros da OMC teriam aceitado se submeter a regras de cuja elaboração não participam.

Tanto em relação ao primeiro parágrafo do item (k) quanto em relação ao item (j), o Brasil faz ponderações similares. Ambos os dispositivos, na

redação atual, favorecem os países desenvolvidos, com menores taxas de risco-país e com capacidade de captação de recursos a taxas de juros mais baixas. Isto porque estabelecem que constituem subsídio à exportação: (i) a concessão de programas de garantias e seguros de créditos à exportação a taxas que sejam inadequadas para cobrir os custos de longo prazo dos programas; e (ii) a concessão de créditos à exportação a taxas inferiores ao custo de captação dos recursos utilizados pelos governos para essa finalidade. Obviamente, isto beneficia países com custo de captação mais baixo, possibilitando-lhes praticar condições mais vantajosas em favor dos seus exportadores, em comparação àquelas que podem ser adotadas pelos países em desenvolvimento.

Para lidar com essas distorções, o Brasil sugere alterações a ambos os itens, de forma a: (i) impedir que países desenvolvidos possam conceder garantias a seus exportadores, com base no item (j), que reduzam as taxas de juros por eles pagas a níveis abaixo dos disponíveis no mercado e dando-lhes com isso uma grande vantagem em relação a empresas de PEDs; e (ii) estabelecer que apenas serão considerados subsídios os créditos à exportação outorgados a taxas inferiores àquelas disponíveis no mercado para recursos com as mesmas características. Com isso, os PEDs poderiam conferir créditos à exportação a custos mais baixos do que o que são obrigados a pagar quando captam recursos, contanto que não pratiquem condições mais vantajosas do que as disponíveis no mercado.

Com a indefinição que paira sobre as negociações multilaterais, até o momento, não se sabe quais são as chances de essas propostas brasileiras serem aceitas e incorporadas ao ASMC, mas a tentativa é certamente válida.

1.6 Conclusões

As disputas analisadas neste capítulo, e principalmente as duas primeiras, tiveram o mérito de testar os limites impostos pelo ASMC à adoção de política industrial pelos países membros da OMC, e em especial de medidas de estímulo às exportações. Também estabeleceram uma linha de análise que viria, com algumas variações, a ser seguida em outras disputas sobre subsídios. Assim, o primeiro passo é a verificação se uma

determinada medida constitui um “subsídio”, nos termos do acordo, o que significa analisar se estão presentes os três elementos que caracterizam um subsídio, nos termos do artigo 1 (contribuição financeira por governo, “benefício” ao receptor e especificidade). Em seguida, em se tratando de medidas de apoio a exportações, a verificação da existência de vinculação do benefício a exportações ou a alguma forma de restrição de importações, nos termos do artigo 3. Por fim, a verificação se a medida em questão pode se beneficiar de alguma das exceções previstas no acordo, legitimadoras de certos subsídios, e que podem ser encontradas no texto do acordo ou no Anexo I.

Mais especificamente em relação ao Brasil, as disputas puseram a claro algumas distorções contidas no acordo, em especial no Anexo I, e que são típicas de um acordo mais adaptado às necessidades dos países desenvolvidos de ter regras que balizem a disputa entre suas empresas no mercado internacional, e menos atento às necessidades dos PEDs de terem regras condizentes com sua necessidade de ajudar suas empresas a competir em condições de igualdade no mercado internacional, sempre que tenham produtos de boa qualidade e competitivos²⁵.

Este era precisamente o caso da Embraer, que desenvolveu produtos tão bons e até melhores do que os do seu principal rival, mas precisava de instrumentos que lhe possibilitassem financiar as vendas a seus clientes em condições semelhantes. Essa era a função desempenhada pelo PROEX e que ajudou a Embraer na conquista inicial de uma fatia considerável do seu mercado de atuação.

A disputa acerca do PROEX mostrou, entretanto, que por força do disposto no segundo parágrafo do item (k) do Anexo I do ASMC o Brasil deveria seguir padrões estabelecidos pelos países membros da OCDE, na formulação dos quais não participa, para estar conforme às normas do ASMC. Ainda que o resultado desfavorável ao Brasil não tenha conseguido tirar a competitividade da Embraer, trata-se claramente de um anacronismo que o Brasil tenta corrigir na rodada atual de negociações.

Essa mesma disputa chamou a atenção do Brasil para outras assimetrias. O mesmo item (k) estabelece, no primeiro parágrafo, que os países membros da OMC não podem outorgar créditos à exportação a taxas inferiores àquelas que os governos têm que pagar pelos recursos utilizados

na concessão de tais créditos. O que evidentemente coloca em desvantagem países com custo de captação de recursos mais elevado, como ainda é o caso do Brasil. Seguindo à risca essa restrição, esses países estariam impossibilitados de financiar exportações a taxas equivalentes às praticadas no mercado internacional e das quais usufruem empresas localizadas em países com menores custos de captação. Ou seja, empresas exportadoras eficientes e competitivas seriam penalizadas apenas por se situarem em países com uma taxa de risco-país mais elevada. Do que decorre a tentativa do Brasil de eliminar o impacto negativo também desta distorção e de uma semelhante, contido no item (j) do Anexo I.

Por outro lado, pode ser que os adeptos de uma linha econômica mais ortodoxa vejam nessas regras um estímulo positivo a que o governo brasileiro aprofunde a política econômica atual.

Talvez este seja, inclusive, o caminho que acabe prevalecendo no caso de o Brasil não conseguir fazer passar as propostas acima analisadas na Rodada Doha; não por convicção, mas por falta de opção. Mas isso não elimina o fato de que são efetivamente distorções, que prejudicam o esforço exportador brasileiro em bens industriais de alto valor agregado.

Outra contribuição importante das disputas, desta vez positiva, foi a percepção de que o ASMC pode servir como uma ferramenta importante no combate a abusos cometidos por outros países em suas políticas de apoio às exportações. Ainda que as objeções do Brasil contra o Canadá tenham sido antes uma reação, o fato é que permitiram mostrar que a Bombardier se beneficiava de uma variedade muito maior de programas de apoio do que a Embraer, muitos dos quais ilegais. Isso certamente tirou o Brasil da posição defensiva em que se encontrava e permitiu-lhe uma reação ofensiva, utilizando o mesmo instrumento, isto é, o ASMC. Esse Acordo viria a ser usado mais tarde em outras disputas importantes, como as do algodão.

Por fim, as disputas permitiram uma colaboração intensa entre o setor privado (Embraer) e o governo e ajudaram a forjar o tipo de aliança que se repetiria em contenciosos posteriores. Como não poderia deixar de ser em um caso dessa complexidade, a Embraer participou ativamente de todas as etapas e arcou com custos importantes para levar adiante as disputas. Como resultado, e em função da necessidade de defender seus interesses e manter sua posição no mercado mundial de aeronaves, a Embraer continua

participando ativamente de todas as discussões em que está envolvido o governo no que se refere ao ASMC e ao tema dos créditos à exportação.

REFERÊNCIAS

ALEM, Ana Claudia; MENDONÇA DE BARROS, José Roberto; GIAMBIAGI, Fabio. **Bases para uma política industrial moderna**. INAE – Instituto Nacional de Altos Estudos, Estudos e Pesquisas n. 22, XV Fórum Nacional, Rio de Janeiro, maio de 2002.

BERNARDES, Roberto. **O caso Embraer – privatização e transformação da gestão empresarial: dos imperativos tecnológicos à focalização no mercado**. São Paulo: CYTED:PGT/USP, 2000.

NASSER, Rabih Ali. **A OMC e os países em desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

THORSTENSEN, Vera; JANK, Marcos S. (Coord.). **O Brasil e os grandes temas do comércio internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2005, Capítulo VII.

WORLD TRADE ORGANISATION. **The legal text – the results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 233.

1 “No final de 1998, com o sucesso de vendas do programa ERJ-145 (50 lugares) e ERJ-135 (35 lugares), a Embraer se tornou líder mundial de jatos regionais” (BERNARDES, Roberto. **O caso Embraer – privatização e transformação da gestão empresarial: dos imperativos tecnológicos à focalização no mercado**. São Paulo: CYTED: PGT/USP, 2000, p. 8. Mais adiante, quando o autor explica a origem do sucesso da Embraer, fica claro como o contencioso entre Brasil e Canadá surge no mesmo momento (1996) em que a Embraer passa a incomodar a posição confortável ocupada até então pela Bombardier: “A homologação, pela FAA (Federal Aviation Administration), nos EUA, para a venda do ERJ 145 foi em 16 de dezembro de 1996. A EMBRAER passou a disputar o mercado de jatos

regionais em 1996, com um atraso de 110 aviões – quantidade de jato CRJ 500 vendidos pela Bombardier. O principal concorrente já estava no mercado há treze anos” (p. 11).

2 As decisões das disputas WT/DS46 e WT/DS222 foram objeto de arbitragens à luz do art. 22.6 do Entendimento para Solução de Controvérsias da OMC (DSU), que concluíram não terem o Brasil e o Canadá implementado totalmente as decisões do OSC, gerando direitos de retaliação de lado a lado. Ambos os países parecem, entretanto, ter chegado à conclusão de que usar o direito de retaliar seria contraproducente e optaram por chegar a uma solução negociada para a disputa comercial em que estão envolvidas Embraer e Bombardier. Essas negociações ainda estão em andamento.

3 Para uma discussão mais detalhada a respeito das duas correntes de pensamento no Brasil em relação à promoção de política industrial e que influenciam os posicionamentos do Brasil nas negociações da OMC, ver ALEM, Ana Claudia; MENDONÇA DE BARROS, José Roberto e GIAMBIAGI, Fabio. **Bases para uma política industrial moderna**. INAE – Instituto Nacional de Altos Estudos, Estudos e Pesquisas n. 22, XV Fórum Nacional, Rio de Janeiro, maio de 2002. Os autores esclarecem que “O debate sobre política industrial tem sido marcado ao longo do tempo por muita polêmica e discordância. Há várias abordagens teóricas sobre o tema que se diferenciam, em grande medida, pela prescrição de uma maior ou menor intensidade de intervenção do Estado no mercado. Por um lado, as posições menos intervencionistas defendem as ações do governo apenas para a correção das falhas de mercado; (...) Por outro lado, as abordagens mais intervencionistas defendem um papel mais ativo do Estado. Para este grupo, a política industrial pode ter um papel fundamental na construção de vantagens comparativas que são analisadas de um ponto de vista dinâmico”.

4 A mais famosa entre essas vitórias é, sem dúvida, a do algodão (WT/DS267), em que o Brasil obteve a condenação de vários programas de apoio dos EUA, por terem sido considerados subsídios proibidos ou causadores de prejuízo grave (*serious prejudice*) aos produtores brasileiros de algodão.

5 A análise deste caso está baseada no capítulo 7 de NASSER, Rabih. **A OMC e os países em desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

6 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Documento WT/DS46/R*, 14 Apr. 1999 (99-1402), p. 1.

7 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **The legal text – the results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 233.

8 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Report of the Panel*, WT/DS46/R, p. 15.

9 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Report of the Panel*, WT/DS46/R, p. 27.

10 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Report of the Panel*, WT/DS46/R, p. 26 e s.

[11](#) ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Report of the Panel*, WT/DS70, par. 9.96.

[12](#) ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Report of the Panel*, WT/DS70, pars. 9.111-113.

[13](#) ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Report of the Panel*, WT/DS70, pars. 9.220-226.

[14](#) ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Report of the Panel*, WT/DS70, pars. 9.331-32.

[15](#) ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Report of the Panel*, WT/DS70, pars. 9.340-41.

[16](#) ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Report of the Panel*, WT/DS70, pars. 5.153 e s.

[17](#) ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Report of the Panel*, WT/DS222, pars. 7.145-149.

[18](#) ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Report of the Panel*, WT/DS222, pars. 7.180-182.

[19](#) ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Report of the Panel*, WT/DS222, pars. 7.271-296.

[20](#) ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Report of the Panel*, WT/DS222, pars. 7.303-308.

[21](#) ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Report of the Panel*, WT/DS222, pars. 7.387-388.

[22](#) ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Report of the Panel*, WT/DS222, par. 7.404.

[23](#) Entre elas podemos citar: TN/RL/GEN/81 e 113 (*Serious Prejudice*), TN/RL/GEN/88 (*De facto export contingency*), TN/RL/GEN/101 (*The existence of a benefit*), TN/RL/GEN/192 (*Allocation of subsidy benefits*); e TN/RL/GEN/193 (*Benefit pass-through*). Todas podem ser encontradas em: <<http://www.wto.org>>.

[24](#) Apresentada em 31 de março de 2005, sob o título *Treatment of Government Support for Export Credits and Guarantees Under the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*.

[25](#) O início da disputa comercial entre Embraer e Bombardier ilustra bem este argumento: “A primeira grande concorrência internacional disputada entre ERJ 145 e o CRJ 500 foi o contrato de fornecimento de mais de 150 aeronaves para as empresas americanas de transporte aéreo regional ASA e a COMER... Apesar da clara preferência demonstrada das empresas pelo ERJ 145, pelas virtudes técnicas e o preço mais competitivo, a EMBRAER perdeu a concorrência para a Bombardier devido às condições de financiamento e juros mais competitivos para a compra destas aeronaves. Este episódio foi uma grande lição para a empresa e certamente para o governo brasileiro e os seus formuladores de políticas. Ficou claro que não basta ter o melhor produto, preço e tecnologia, acreditando que conseguirá

vendê-lo no mercado mundial, se a empresa não tem como financiá-lo em condições de igualdade com as concorrentes” (BERNARDES, 2000, p. 61).

PARTE V

1 EUA – PADRÕES PARA GASOLINA REFORMULADA E CONVENCIONAL

Vera Sterman Kanas

Mestre em Direito Internacional Econômico pela Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), França; doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo; advogada da área de comércio internacional de Tozzini Freire Advogados.

1.1 Introdução e importância do caso

O caso EUA – Padrões para gasolina reformulada e convencional (EUA – Gasolina), DS2, diz respeito ao questionamento, por parte de Venezuela e Brasil, de medidas aplicadas pelos EUA para determinação de parâmetros para a gasolina convencional e reformulada, nacional e importada, que estariam discriminando a gasolina importada.

A importância desse caso em que o Brasil participou não se deve tanto aos benefícios em jogo para indústria brasileira, mas sim às relevantíssimas questões sistêmicas envolvidas, que contribuíram substancialmente para a jurisprudência da OMC. Assim, a análise desse caso será centrada nos seus aspectos jurídicos, e não nos econômicos ou de mercado.

É preciso que se diga, antes de mais nada, que “EUA – Gasolina” foi um marco na história da OMC pois foi a primeira vez que o sistema de solução de controvérsias da OMC foi efetivamente utilizado.

O caso “EUA – Gasolina” foi o segundo pedido de consultas formulado, mas pela primeira vez um painel foi estabelecido¹; esse painel analisou a questão e chegou a um relatório final; relatório que foi objeto de apelação e,

pela primeira vez, o recém-instituído Órgão de Apelação foi acionado, o qual reverteu algumas decisões do painel.

Além disso, esse caso examinou a reclamação de dois países em desenvolvimento, Brasil e Venezuela, contra os EUA. Isso demonstra que, enquanto o GATT restringia-se predominantemente a brigas entre alguns poucos países ricos, a OMC teria o condão democrático de dirimir controvérsias entre os mais variados *players* do comércio internacional.

À parte o pioneirismo desse caso, as decisões do painel e, sobretudo, do Órgão de Apelação, contribuíram para a jurisprudência da OMC. A defesa baseou-se na proteção do meio ambiente, questão de grande apelo da opinião pública e sempre delicada na OMC. Em casos assim, cabe ao intérprete estabelecer o equilíbrio entre o dever de o membro da OMC manter o livre comércio e o seu direito de proteger o meio ambiente. Nesse contexto, cabe dizer que a metodologia de análise do Artigo XX, que trata das exceções às regras da OMC (dentre as quais a ambiental), utilizada pelo painel e Órgão de Apelação, nesse caso, foi citada em outros casos.

Casos posteriores da OMC que podem ser considerados casos de meio ambiente cuja defesa se baseou no Artigo XX do GATT são: *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, relatórios do painel e do Órgão de Apelação adotados em 6 de novembro de 1998 (*US – Shrimp*, DS58), e Recurso ao Artigo 21.5 do ESC (trazido pela Malásia), relatórios do painel e do Órgão de Apelação adotados em 22 de outubro de 2001 (*US – Shrimp (21.5)*); *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, relatórios do painel e do Órgão de Apelação adotados em 5 de abril de 2001 (*EC – Asbestos*, DS135); *Brazil – Measures affecting imports of retreaded tyres*, em andamento (*Brazil – Tyres*, DS332).

1.2 Questões procedimentais

Como se viu acima, o caso “EUA – Gasolina” foi o primeiro caso efetivamente resolvido sob a égide da OMC. Em 1994, um painel foi estabelecido, por solicitação da Venezuela, para examinar a medida adotada pelos EUA, conforme procedimento do GATT de 1947. Com a entrada em

vigor do Entendimento sobre Solução de Controvérsias da OMC (ESC) ou *Dispute Settlement Understanding* (DSU), a Venezuela notificou formalmente o Secretariado da OMC, em 11 de janeiro de 1995, sua intenção de suspender o procedimento anterior. Em 2 de fevereiro, a Venezuela apresentou seu pedido de consultas.

Os dois países reuniram-se em 24 de fevereiro de 1995, e, na falta de solução mutuamente satisfatória, em 25 de março de 1995, a Venezuela solicitou ao Órgão de Solução de Controvérsias (*Dispute Settlement Body*, DSB) da OMC o estabelecimento de um painel para analisar a violação dos Artigos I, III e XXIII do GATT, e Artigo 2 do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (*Agreement on Technical Barriers to Trade*, Acordo TBT).

O painel foi estabelecido em 10 de abril de 1995, e os termos de referência e procedimentos de trabalho acordados em 28 de abril. Foram designados para compor o painel Joseph Wong (presidente), Crawford Falconer e Kim Luotonen.

O Brasil se juntou à disputa em 10 de abril de 1995, data em que apresentou seu pedido de consultas aos EUA com relação à mesma medida (DS4). O governo brasileiro reuniu-se com o governo dos EUA em 1º de maio. Em 19 de maio, o Brasil solicitou estabelecimento de painel, que foi estabelecido em 31 de maio apenas formalmente, porque o Brasil se tornaria parte no procedimento em andamento.

Austrália, Canadá, Comunidades Européias e Noruega reservaram seus direitos como terceiras partes. Entretanto, apenas as Comunidades Européias e a Noruega apresentaram seus argumentos ao painel.

As audiências com as partes foram realizadas de 10 a 12 de julho e de 13 a 15 de setembro de 1995. As terceiras partes puderam participar da reunião do dia 11 de julho.

O painel apresentou o relatório provisório às partes em 11 de dezembro de 1995. Em 3 de janeiro de 1996, foi realizada nova audiência, a pedido dos EUA. O relatório final do painel foi apresentado às partes em 17 de janeiro de 1996.

Descontentes com o resultado, os EUA comunicaram ao DSB, em 21 de fevereiro de 1996, sua intenção de apelar da decisão do painel, apresentando sua Notificação de Apelação ao Órgão de Apelação.

Comunidades Européias e Noruega participaram como terceiros e apresentaram petições. Foram designados os seguintes membros do Órgão de Apelação: Florentino Feliciano (presidente), Mitsuo Matsushita e Christopher Beeby. A audiência do Órgão de Apelação com as partes teve lugar em 27 e 28 de março de 1996. O relatório do Órgão de Apelação foi distribuído em 29 de abril de 1996.

A adoção dos relatórios do painel e do Órgão de Apelação pelo DSB deu-se em 20 de maio de 1996.

1.3 Os fatos e as medidas questionadas

O *Clean Air Act* (CAA) foi originalmente promulgado em 1963, e pretendia prevenir e controlar a poluição nos EUA. A alteração do CAA de 1990 fixou regras e outorgou à Agência de Proteção Ambiental (*Environmental Protection Agency* – EPA) dos EUA competência para formular novos regulamentos para a composição e emissões da gasolina, com o objetivo de melhorar a qualidade do ar nas regiões mais poluídas do país pela redução das emissões veiculares de poluentes tóxicos e componentes orgânicos voláteis formadores de ozônio. As novas normas se aplicariam a refinarias, *blenders* e importadores norte-americanos.

O CAA dividiu em dois o mercado para venda de gasolina nos EUA. O primeiro mercado consistia nas nove maiores áreas metropolitanas mais afetadas pela poluição com ozônio, correspondendo a cerca de 30% da gasolina vendida no país. Nessas regiões, apenas a “gasolina reformulada” poderia ser vendida aos consumidores. No resto do país, a denominada “gasolina convencional” poderia ser vendida.

1.3.1 O *Clean Air Act* de 1990 e o impacto na criação de novas normas

A gasolina reformulada teria que obedecer a uma composição específica: conteúdo de oxigênio superior a 2% por peso, conteúdo de benzeno inferior a 1% por volume, ausência de metais pesados, como chumbo e magnésio. Em termos de *performance*, a gasolina reformulada teria que sofrer redução de 15% nas emissões de componentes orgânicos

voláteis e poluentes atmosféricos tóxicos, e não poderia aumentar as emissões de óxidos de nitrogênio. O cumprimento dos requisitos de *performance* seriam apurados a partir da “gasolina parâmetro” do ano de 1990. O CAA fixou as especificações para a gasolina reformulada vendida no verão, e deixou a cargo da EPA determinar as características da gasolina a ser comercializada no inverno, estabelecendo como referência a média da gasolina vendida em 1990. A partir de 2000, a gasolina deveria ter nova fórmula, a ser desenvolvida futuramente.

Com relação à gasolina convencional, o CAA determinou que a gasolina produzida por cada refinaria, *blender* e importador, fosse tão limpa quanto a gasolina vendida por aquela empresa em 1990, ano utilizado como parâmetro. Essa norma visava a impedir que as impurezas retiradas da gasolina reformulada fossem adicionadas à gasolina convencional, evitando uma eventual prática de *dumping*.

1.3.2 A medida questionada: a Gasoline Rule

De acordo com o CAA, caberia à EPA determinar a qualidade da gasolina de 1990, em relação à qual seriam estabelecidas as qualidades da gasolina convencional e reformulada. Essas determinações foram denominadas “parâmetros” (*baselines*). A EPA elaborou um sistema de parâmetros individuais e um parâmetro estabelecido em lei (*statutory baseline*), que refletia a qualidade média da gasolina de 1990 nos EUA. O parâmetro estabelecido em lei seria aplicável às empresas que não dispusessem de dados suficientes ou confiáveis com relação à gasolina produzida em 1990 para a determinação de parâmetro individual.

O regulamento promulgado pela EPA determinava que:

1) Refinarias nacionais que estivessem em operação por mais de seis meses em 1990 deveriam estabelecer seu parâmetro individual, representando a qualidade da gasolina produzida por aquela refinaria em 1990.

O regulamento estabelecia três métodos para o cálculo do parâmetro individual. Pelo Método 1, o cálculo seria feito a partir dos dados de 1990 relativos à qualidade e ao volume produzidos. No entanto, as autoridades reconheceram que muitas refinarias não dispunham de todos os dados necessários para utilizar o Método 1. Nesse caso, a refinaria nacional

poderia recorrer ao Método 2, que permitia o uso dos dados relativos à qualidade da gasolina misturada (*blendstock*) e os dados relativos à produção de misturas de 1990. Subsidiariamente, a refinaria poderia empregar o Método 3, que autorizava o uso de dados posteriores a 1990 modelados pelas mudanças ocorridas na refinaria, para chegar-se à composição da gasolina de 1990. Refinarias nacionais estavam proibidas de utilizar o parâmetro estabelecido em lei.

2) Importadores que também são refinarias estrangeiras poderiam determinar seu parâmetro individual a partir dos Métodos 1, 2 ou 3 se tivessem importado para o mercado americano pelo menos 75%, em volume, da gasolina produzida na refinaria estrangeira em 1990. Trata-se da “regra dos 75%”.

3) Importadores e blenders seriam obrigados a adotar o parâmetro estabelecido em lei, a menos que pudessem calcular seu parâmetro individual utilizando o Método 1 (o que, na prática, era inviável). Refinarias que iniciaram suas operações após 1990, ou que estivessem funcionando há menos de seis meses em 1990, também estavam sob o regime do parâmetro estabelecido em lei.

A EPA justificou essa decisão afirmando que *blenders* que produzem gasolina a partir da mistura de gasolina de várias fontes não teriam como demonstrar com precisão a qualidade de sua gasolina de 1990 a partir dos Métodos 2 e 3. Do mesmo modo, a EPA considerou que importadores não poderiam recorrer aos Métodos 2 e 3 porque esses seriam inerentes às refinarias, e também por causa da dificuldade extrema na determinação da consistência da sua gasolina no tempo.

A implementação da *Gasoline Rule* para a gasolina reformulada seria feita em duas etapas. De 1º de janeiro de 1995 a 1º de janeiro de 1998, seria aplicado o “Modelo Simples”, temporário, segundo o qual alguns componentes da gasolina seriam estabelecidos conforme os parâmetros individuais e outros estabelecidos pela *Gasoline Rule*. Em 1998, entraria em vigor o “Modelo Complexo”, que impõe requisitos de redução de emissões a todos os produtores de gasolina reformulada.

O CAA determinou que, a partir de 1º de janeiro de 1995, a gasolina de cada refinaria, *blender* e importador não poderia ser mais poluente que a de 1990. Refinarias nacionais estariam sujeitas aos parâmetros individuais.

Importadores de gasolina estrangeira estariam sujeitos ao parâmetro estabelecido em lei.

Refinarias nacionais e importadores de gasolina convencional, ao contrário dos produtores de gasolina reformulada, continuariam sujeitos a parâmetros diferentes após a entrada em vigor do Modelo Complexo em 1998.

1.3.3 A proposta de maio de 1994

Em maio de 1994, a EPA apresentou ao Congresso proposta de alteração da *Gasoline Rule*. Tal emenda modificava as regras e procedimentos, para a gasolina reformulada (apenas), para que refinarias estrangeiras pudessem estabelecer seus parâmetros individuais usando os Métodos 1, 2 ou 3. Uma vez aprovado pela EPA, o parâmetro individual poderia ser utilizado para certificar a gasolina reformulada importada daquela refinaria em particular. Entretanto, o parâmetro individual para a refinaria estrangeira estaria sujeita a requisitos estritos para assegurar a qualidade da gasolina trazida aos EUA.

Essa proposta não foi aceita pelo Congresso, que não concedeu recursos à EPA para sua implementação.

1.4 Questões jurídicas

1.4.1 Disposições da OMC alegadas pelas Partes

Na fase de painel, os Reclamantes alegaram que a medida adotada pelos EUA, a *Gasoline Rule*:

- 1) Violava os Artigos I e III do GATT 1994 e não estava coberta pelas exceções do Artigo XX do GATT;
- 2) Violava o Artigo 2 do Acordo TBT.

De maneira geral, os EUA foram acusados de adotar medida discriminatória: o acesso da gasolina importada ao mercado dos EUA era permitido, mas o produto importado era tratado de maneira menos favorável

em relação ao produto similar nacional (ou originário de outros membros da OMC).

A Venezuela incluiu também a reclamação alternativa de que a *Gasoline Rule* reduziu os benefícios da Venezuela perante o GATT, nos moldes do Artigo XXIII:1(b) do GATT.

Os EUA defenderam-se argumentando que a medida:

- Era compatível com os Artigos I e III do GATT;
- Encontrava-se coberta pelos Artigos XX(b), XX(d) e XX(g) do GATT;
- Era compatível com o Acordo TBT.

Em sede de apelação, os EUA, Apelantes, alegaram que o painel errou na interpretação do Artigo XX(g), e que a medida era compatível com esse dispositivo do GATT. Sendo assim, a única matéria levada ao Órgão de Apelação diz respeito ao Artigo XX(g) do GATT.

Tanto na fase de painel quanto na apelação, as terceiras partes posicionaram-se favoráveis aos Reclamantes e reforçaram as acusações de incompatibilidade da medida adotada pelos EUA com as regras da OMC.

1.4.2 Questões relacionadas à violação de regras da OMC

Como se viu acima, no caso “EUA – Gasolina”, as questões relacionadas à violação de regras do GATT e do Acordo TBT foram debatidas apenas na fase de painel, não tendo sido objeto de apelação. Ainda assim, vale a pena discorrer sobre esses dispositivos, que não devem ser minimizados, uma vez que o DSB adota o relatório do painel com as modificações introduzidas pelo Órgão de Apelação.

1.4.2.1 Artigo III do GATT

A principal acusação do Brasil e Venezuela em “EUA – Gasolina” diz respeito à violação do Artigo III do GATT, que contempla o princípio do tratamento nacional, mais especificamente o Artigo III:4, e subsidiariamente o Artigo III:1 do GATT, conforme redação abaixo.

Artigo III – Tratamento nacional em matéria de impostos e de regulamentação internos

1. Os membros reconhecem que tributos, taxas, leis, regulamentos e requerimentos internos que afetem a venda, oferta para a venda, compra, transporte, distribuição ou uso internos de produtos, e regulamentações internas sobre quantidades que requeiram a mistura, o processamento ou uso de produtos em montantes especificados, não devem ser aplicados a produtos nacionais ou importados de modo a proteger a produção nacional.

4. Os produtos originários de um membro importados para qualquer outro membro deverão receber tratamento não menos favorável do que o acordado ao produto similar de origem nacional com respeito a leis, regulamentos e requerimentos que afetem a venda, oferta par venda, compra, transporte, distribuição ou uso. (...)

Consoante o princípio do tratamento nacional, os membros da OMC são proibidos de tratar produto importado de maneira menos favorável em relação ao similar nacional, e pode ser considerado corolário do tratamento da nação mais favorecida, pois ele garante que as conquistas obtidas com aquele instrumento não sejam frustradas por medidas de caráter interno.

1.4.2.1.1 Artigo III:4 do GATT

No caso “EUA – Gasolina”, Venezuela e Brasil argumentaram que, embora os EUA tivessem o direito de promulgar *standards* ambientais estritos para melhorar a qualidade do ar em território americano, esse país não poderia tratar o produto importado de maneira menos favorável que o produto similar nacional.

Segundo os Reclamantes, a violação do Artigo III:4 estaria no fato de a *Gasoline Rule* permitir que refinarias nacionais utilizassem parâmetros individuais e impor o uso do parâmetro estabelecido em lei à gasolina importada. Como parâmetros individuais são, na maioria das vezes, mais baixos e implicam custos menores de adaptação do que o parâmetro estabelecido em lei, mais estrito, o tratamento dispensado à gasolina importada seria menos favorável que o tratamento à gasolina nacional. Como consequência, entre outros, a gasolina importada com determinada composição não poderia ser comercializada nos EUA, enquanto a gasolina produzida nos EUA com exatamente a mesma composição poderia ser livremente vendida se estivesse em conformidade com parâmetro individual daquela refinaria. Frente a esta situação, as refinarias estrangeiras teriam

que realizar investimentos para alterar a composição da gasolina de modo a conformá-la com o parâmetro estabelecido em lei, ou vendê-la mais barato a *blenders*, que teriam que misturá-la a gasolinas com composições diferentes para atingir os requerimentos da *Gasoline Rule*. Ambas as opções afetariam de maneira desvantajosa as condições de competitividade da gasolina importada no mercado dos EUA e conferiam proteção à produção nacional.

O Brasil adicionou que a discriminação estava presente em diversos aspectos. Primeiramente, a flexibilidade concedida às refinarias americanas permitia que muitas delas produzissem gasolina mais poluidora que o parâmetro estabelecido em lei. Além disso, o parâmetro estabelecido em lei a que o Brasil deveria se conformar era mais estrito que os parâmetros individuais da grande maioria das refinarias americanas localizadas nos estados americanos que importavam gasolina do Brasil. Outro efeito negativo da medida era proteger importadores que também são refinarias, pois se elas produzem gasolina mais limpa que o seu parâmetro individual, poderiam importar gasolina menos limpa e mais barata e misturar à sua produção. Por fim, o Brasil reclamou que a gasolina que antes exportava para os EUA como produto final passou a chegar ao mercado americano como *blendstock*, ou seja, gasolina não acabada que precisa ser misturada a outras gasolinas, e por isso tem preço menor.

Os EUA responderam que, do ponto de vista global (*on the whole*), não havia tratamento menos favorável à gasolina importada. Isso porque a *Gasoline Rule* calculou o parâmetro estabelecido em lei a partir da média da qualidade da gasolina de 1990, o que significa que um grupo de empresas teria parâmetro individual mais elevado que o estabelecido em lei e outro grupo parâmetro mais baixo. Além disso, não havia discriminação a estrangeiros porque a medida se dirigia a importadores, que são empresas americanas.

Os EUA argumentaram, também, que a gasolina dos importadores foi tratada de maneira similar à gasolina das empresas nacionais similarmente situadas (*treated similarly to gasoline from similarly situated parties*). O tratamento teria sido idêntico ao de *blenders* que não dispõem de dados suficientes, por exemplo. O tratamento igual teria por base o fato de essas

empresas não serem capazes de disponibilizar dados confiáveis sobre a gasolina produzida em 1990.

A Venezuela questionou o conceito de *similarly situated parties*, pois além de ser estranho ao GATT, esse pressuporia que gasolina nacional e importada não seriam similares. Além disso, importadores que compram gasolina no exterior para distribuir no mercado americano não podem ser considerados *similarly situated* em relação a *blenders*. O correto seria comparar refinador nacional com refinador estrangeiro. Ademais, para efeito do Artigo III:4, não importaria se o tratamento conferido é o da média, mas sim se as exigências com relação ao produto importado são maiores se comparado com o produto nacional. O Brasil adicionou que a OMC não admite que o tratamento menos favorável seja contrabalanceado pelo tratamento mais favorável conforme produtores nacionais estejam sujeitos a parâmetros mais ou menos fortes que o parâmetro estabelecido em lei.

Os Reclamantes afirmaram, também, que os EUA não demonstraram por que os importadores não seriam capazes de disponibilizar dados confiáveis para o estabelecimento de parâmetros individuais pelo Método 3.

O painel concluiu, primeiramente, que a *Gasoline Rule* era “lei ou regulamento...” que se encontrava no escopo do Artigo III:4 do GATT, passando a analisar se a medida acordava tratamento menos favorável.

O painel identificou que o tratamento menos favorável era ilustrado pelo tratamento conferido à gasolina importada que atingia os parâmetros individuais de determinada refinaria nos EUA mas não preenchia os requisitos do parâmetro estabelecido em lei. Essa gasolina teria que ser misturada à gasolina mais limpa para que o importador cumprisse o parâmetro estabelecido em lei, colocando a gasolina importada em desvantagem em relação à gasolina nacional.

O painel examinou, então, o argumento dos EUA de que o tratamento “global” não era menos favorável à gasolina importada. Para o painel, a jurisprudência do GATT/OMC indicava que o requerimento do Artigo III:4 é aplicável a cada caso individual, não cabendo o “balanceamento” entre tratamentos mais e menos favoráveis. De toda forma, o painel concluiu que “globalmente” o tratamento era menos favorável porque quase todas as refinarias americanas tiveram aprovados seus parâmetros individuais, e

apenas três desses parâmetros atingiam os patamares do parâmetro estabelecido em lei.

Sendo assim, o painel concluiu que os métodos para o estabelecimento de parâmetros da *Gasoline Rule* resultavam em tratamento menos favorável à gasolina importada em relação à gasolina nacional, violando o Artigo III:4 do GATT.

1.4.2.1.2 Artigo III:1 do GATT

Os Reclamantes utilizaram os mesmos argumentos e os EUA a mesma defesa do Artigo III:4, tendo em vista que o Artigo III:1 é mais genérico e se trata de reclamação alternativa.

O painel concluiu que, devido à redação mais geral do Artigo III:1, não seria apropriado analisar os argumentos que já foram considerados contrários ao Artigo III:4, por questões de economia processual.

1.4.2.2 Artigo I:1 do GATT

O Artigo I:1 do GATT diz respeito a um dos pilares do sistema multilateral de comércio, qual seja, o princípio do Tratamento da Nação Mais Favorecida (também conhecido como Cláusula da Nação Mais Favorecida):

Artigo I – Tratamento Geral da Nação Mais Favorecida

Com relação a direitos aduaneiros e taxas de todo tipo impostas direta ou indiretamente à importação ou exportação, ou imposta sobre a transferência de pagamentos para importação ou exportação, e com respeito ao método de cobrança de tais direitos ou taxas, e com respeito a todas as normas e formalidades relacionadas à importação e exportação, e com respeito a todas as matérias dispostas nos parágrafos 2 e 4 do Artigo III, qualquer vantagem, favor, imunidade ou privilégio concedido por um membro em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produto similar, originário do território de cada uma das outras partes contratantes ou ao mesmo destinado. Este dispositivo se refere aos direitos aduaneiros e encargos de toda a natureza que gravem a importação ou a exportação, ou a elas se relacionem, aos que recaiam sobre as transferências internacionais de fundos para pagamento de importações e exportações, digam respeito ao método de arrecadação desses direitos e encargos ou ao conjunto de

regulamentos ou formalidades estabelecidos em conexão com a importação e exportação bem como aos assuntos incluídos nos parágrafos 2 e 4 do Artigo III.

Trata-se da exigência de extensão do tratamento favorável concedido a um membro da OMC aos demais membros, de forma automática e não sujeita a condições. A automaticidade implica a dispensa de solicitação da extensão do igual tratamento, por parte dos países que não fizeram parte da negociação. A incondicionalidade, por sua vez, se refere à ausência do requisito da reciprocidade de tratamento. A discriminação se verifica quando um país é tratado de forma menos favorável do que outro com relação a determinado produto.

O tratamento da nação mais favorecida possui raízes econômicas e políticas. Do ponto de vista econômico, a aplicação uniforme de restrições ao comércio, por um país, independentemente da origem, maximiza o efeito do sistema de mercado da alocação de bens e produção. A racionalidade deste princípio reside no efeito multiplicador da liberalização das políticas de comércio. Já sob o prisma político, esse princípio busca assegurar que países com menor poder econômico sejam beneficiados por condições melhores de comércio em condições iguais aos países comercialmente mais fortes.

No caso “EUA – Gasolina”, Venezuela e Brasil alegaram que a “regra dos 75%”, referida acima, beneficiaria gasolina importada de determinados terceiros países, violando o Artigo I do GATT.

Segundo a Venezuela, a “regra dos 75%” se aplicava apenas ao Canadá, pois as suas refinarias cumpririam os requisitos de exportar para os EUA pelo menos 75% da sua produção, sendo que o importador e a refinaria estrangeira pertenceriam ao mesmo grupo empresarial. O Brasil adicionou que os critérios adotados pelos EUA não se referiam às características da gasolina como produto, servindo apenas para beneficiar refinarias de alguns países em detrimento de outros.

Os EUA alegaram que os critérios em questão eram objetivos e representavam o mínimo aceitável para garantir a precisão do parâmetro individual. Além disso, na prática, refinarias estrangeiras não exportavam mais do que 30% da sua produção para os EUA – e nenhuma refinaria foi

habilitada. Portanto, a “regra dos 75%” não foi aplicada nenhuma vez, razão pela qual não poderia ser analisada pela OMC.

O painel entendeu que a prática se dava no sentido de não examinar medidas que não estavam em vigor na época do estabelecimento dos termos de referência do painel. No caso em questão, os termos de referência foram estabelecidos depois que a “regra dos 75%” deixou de produzir efeitos, e que essa medida sequer foi expressamente mencionada nos termos de referência. Para o painel, de todo modo, como já havia decidido que a medida era contrária ao Artigo III do GATT, era desnecessário analisá-la sob a ótica do Artigo I.

Do ponto de vista jurisprudencial, não é possível dizer com certeza se o painel realmente deixou de analisar a medida por ela não estar em vigor, ou se se trata de caso de economia processual.

1.4.2.3 Artigo XXIII:1(b) do GATT

A Venezuela apresentou reclamação alternativa de que, além de violar disposições do GATT, os requisitos discriminatórios em termos de parâmetros causaram prejuízos comerciais àquele país. Trata-se da possibilidade de acionar o sistema de solução de controvérsias da OMC independentemente de violação de qualquer regra do GATT, conforme o Artigo XXIII:1(b) do GATT:

Artigo XXIII – Anulação ou menoscabo:

1. Se uma parte contratante considerar que qualquer benefício direta ou indiretamente derivado desse Acordo for anulado ou prejudicado, ou os objetivos do Acordo foram impedidos de serem atingidos como resultado de:

(b) aplicação, por outra parte contratante, de qualquer medida, que conflite ou não com as disposições desse Acordo.

Tendo em vista que o painel encontrou violações do GATT na *Gasoline Rule*, este entendeu que não seria necessário examinar a questão sob a ótica do Artigo XXIII:1(b), conforme o instituto da economia processual.

1.4.2.4 Acordo TBT

As Partes discutiram longamente acerca da aplicabilidade do Acordo TBT ao caso em questão, bem como a compatibilidade ou incompatibilidade da medida com disposições do Acordo TBT.

Entretanto, essa discussão não foi aproveitada pela jurisprudência, pois o painel entendeu que, uma vez que este concluiu pela violação de regras do GATT, tornava-se dispensável analisar a questão sob a ótica do Acordo TBT, conforme o instituto da economia processual.

Cabe dizer que esta ordem de análise não prevaleceu na jurisprudência. Em casos posteriores, como “Comunidades Européias – Bananas” (DS27) e “Comunidades Européias – Sardinhas” (DS231), a orientação foi no sentido de se examinar primeiramente o Acordo da OMC mais específico, que seria o Acordo TBT no caso “EUA – Gasolina”.

1.4.3 Questões relacionadas à defesa: Artigo XX do GATT

Como já foi dito, a principal contribuição do caso “EUA – Gasolina” para a jurisprudência da OMC diz respeito à alegação do Reclamado, os EUA, de que a medida estaria coberta pelas exceções do Artigo XX do GATT. Em sede de painel, foram analisados os Artigos XX(b) e XX(g), relacionados ao meio ambiente, e o Artigo XX(d). Coube ao Órgão de Apelação reexaminar o Artigo XX(g).

Artigo XX – Exceções Gerais

Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer membro, das medidas:

(b) necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas, dos animais e plantas;

(d) necessárias para assegurar a aplicação das leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições do presente Acordo, tais como, por exemplo, as leis e regulamentos que dizem respeito à aplicação de medidas alfandegárias, à manutenção em vigor dos monopólios administrados na conformidade do §4º, do art. II e do art. XVII à proteção das patentes, marcas de fábrica e direitos de autoria e reprodução, e as medidas próprias a impedir as práticas de natureza a induzir em erro;

(g) relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais

1.4.3.1 Natureza e metodologia de análise do Artigo XX do GATT

O Artigo XX contém exceções gerais à aplicação das disciplinas comuns do GATT, que autorizam o descumprimento, por um Estado membro da OMC, das obrigações assumidas no sistema multilateral de comércio. Trata-se de casos em que o sistema reconheceu que outros objetivos podem estar acima da liberalização do comércio, como a proteção do meio ambiente, excluindo a aplicação do GATT.

No tocante à natureza do Artigo XX, o Órgão de Apelação, no caso “EUA – Gasolina”, teve o mérito de reconhecer que o Artigo XX do GATT é a medida da compatibilidade de medidas ambientais com o sistema multilateral de comércio no que diz respeito ao fluxo de bens. Como o Artigo XX é matéria da defesa – medida que viola disposições do GATT, mas se encontra coberta pelas exceções do Artigo XX –, o ônus da prova recai sobre o Reclamado.

Outra contribuição importante desse caso diz respeito ao estabelecimento do escopo de análise do Artigo XX. O painel acatou o argumento dos Reclamantes de que não caberia ao painel analisar se o CAA ou a *Gasoline Rule* preenchem os requisitos da exceção do Artigo XX, mas sim a concessão de tratamento menos favorável às refinarias estrangeiras. Em outras palavras, o painel examinou se a parte da medida considerada contrária ao Artigo III:4 estaria coberta pelo Artigo XX. O Órgão de Apelação reverteu esse entendimento, concluindo que a medida a ser analisada à luz do Artigo XX deve ser a mesma da análise de não conformidade com determinada disposição do GATT – caso contrário, nenhuma medida jamais passaria nos testes do Artigo XX, o que não é intenção do sistema.

O caso “EUA – Gasolina” é sempre citado como referência no importante tema da ordem de análise dos elementos do Artigo XX do GATT. Este caso não inovou nesse particular, apenas seguiu a orientação dominante dos painéis do GATT de 1947, mas sem dúvida contribuiu para cristalizar a metodologia de análise desse dispositivo, além de ter sido o

primeiro caso em que todas as etapas do Artigo XX foram analisadas (pelo Órgão de Apelação).

Para que determinada preocupação não comercial seja considerada compatível com o Artigo XX, é preciso que a medida comercial preencha requisitos relacionados à medida em si (*as such*) e requisitos relacionados à forma pela qual a medida foi aplicada (*as applied*). O primeiro rol de exigências se encontra nos incisos do Artigo XX, também denominados “disposições específicas do Artigo XX”; o segundo, no *caput* do Artigo XX. Em geral, a verificação da adequação de um fato a um dispositivo legal se dá em relação ao disposto no *caput*, para então examinar os requisitos dos incisos. No caso do Artigo XX do GATT, o caso “EUA – Gasolina” ajudou a fixar a idéia de que a parte Reclamada deverá demonstrar que a medida:

- (a) encontra-se coberta por uma das exceções dispostas nos incisos;
- (b) satisfaz os requerimentos do *caput*.

1.4.3.2 Artigo XX(b)

Segundo o painel do caso “EUA – Gasolina”, entendimento esse aproveitado nos casos posteriores envolvendo o meio ambiente, para que determinada medida se enquadre no Artigo XX(b), é preciso ser bem-sucedida em dois testes:

- (a) a política que levou à medida restritiva ao comércio deve visar, de fato, à proteção da vida ou da saúde de pessoas, animais ou plantas; e
- (b) a medida deve ser necessária para preencher os objetivos da política.

1.4.3.2.1 Adequação da política

Os EUA alegaram que é senso comum que a poluição atmosférica apresenta riscos para a saúde de pessoas, animais e plantas. A poluição do ar por partículas tóxicas pode causar câncer, defeitos em recém-nascidos,

problemas no sistema nervoso, distúrbios reprodutivos e mutações genéticas. Poluição por ozônio gera perdas na agricultura. Emissões veiculares respondem por 40 a 50 por cento da poluição atmosférica tão danosa. A *Gasoline Rule*, por sua vez, buscava controlar essa poluição ao tratar da composição da gasolina que cria tais emissões, enquadrando-se no rol de políticas que visam à proteção da vida ou da saúde de pessoas, animais ou plantas, conforme o Artigo XX(b).

Brasil e Venezuela não discordaram dos EUA, e o painel concordou com as partes que uma política de redução da poluição atmosférica causada pelo consumo de gasolina poderia ser analisada conforme o Artigo XX(b).

1.4.3.2.2 Necessidade

O requerimento central do Artigo XX(b) denomina-se “teste de necessidade da medida”: medida que restringe o comércio deve ser “necessária” para a proteção da vida ou da saúde de pessoas, animais e plantas.

Os EUA argumentaram que o estabelecimento de parâmetros individuais para a gasolina convencional era o meio mais rápido, prático e justo de atingir os objetivos ambientais da política, que era manter os níveis de poluição de 1990 na maior parte do país, sem onerar em demasia as refinarias dos EUA com os custos decorrentes da fabricação da gasolina reformulada. Não seria possível a adoção de parâmetros individuais por parte de *blenders* e importadores pela falta de dados confiáveis, e exigir isso deles seria excluí-los do mercado americano. A isso se somavam dificuldades administrativas e obstáculos para exercer jurisdição sobre produtores estrangeiros para garantir a qualidade da gasolina importada, pois estes poderiam sentir-se tentados a burlar o sistema.

A Venezuela argumentou que os EUA não demonstraram que havia alternativa menos restritiva ao comércio para atingir os objetivos de proteção da saúde pretendidos pelos EUA. Alternativas menos restritivas seriam autorizar que produtores estrangeiros utilizassem parâmetros individuais, ou impor o parâmetro estabelecido em lei extensivamente aos produtores dos EUA, entre outras. Ademais, a Venezuela apontou que a própria EPA admitiu não dispor de dados seguros sobre a qualidade média da gasolina em 1990, o que torna o parâmetro estabelecido em lei meramente especulativo. Logo, os requerimentos discriminatórios em

termos de parâmetros não poderiam ser considerados “necessários” conforme o Artigo XX(b).

O Brasil adicionou que a *Gasoline Rule* não poderia ser considerada necessária porque o ônus era desproporcionalmente maior sobre o produto importado em relação aos produtores nacionais. Além disso, os EUA não apresentaram argumentos que demonstrassem que o produtor estrangeiro de gasolina seria tentado a burlar o sistema caso pudesse adotar parâmetros individuais.

Em sua decisão, o painel seguiu a jurisprudência do GATT de 1947 para considerar que a medida incompatível com disposições do GATT não poderia ser considerada “necessária” nos termos do Artigo XX(b) caso existissem medidas alternativas conformes ao GATT, ou menos incompatíveis com este, razoavelmente disponíveis.

Nesse sentido, o painel considerou que sua tarefa seria examinar se o aspecto da *Gasoline Rule* considerada incompatível com o Artigo III:4 do GATT era necessário para atingir os objetivos políticos sob o Artigo XX(b). Em outras palavras, caberia ao painel determinar se os EUA demonstraram se era necessário manter precisamente aquelas medidas incompatíveis, segundo as quais a gasolina importada estava efetivamente proibida de se beneficiar de condições favoráveis de venda que eram permitidas para a gasolina nacional devido à possibilidade de os produtores nacionais adotarem parâmetros individuais.

O painel considerou que a adoção de parâmetros individuais para todos os produtores, nacionais e estrangeiros, ou a imposição do parâmetro estabelecido em lei para todos os produtores, nacionais e estrangeiros, eram alternativas compatíveis com o Artigo III:4 GATT que eram razoavelmente disponíveis para os EUA. Com efeito, a determinação de origem da gasolina era possível, e seria factível controlar a qualidade da gasolina por instrumentos alfandegários e de certificação da gasolina exportada para os EUA. Uma medida alternativa não poderia deixar de ser “razoavelmente” disponível porque envolvia dificuldades administrativas. Além disso, os EUA não conseguiram, na visão do painel, comprovar que a preocupação que os produtores estrangeiros burlassem o sistema justificaria manter a discriminação em relação à gasolina estrangeira.

Ademais, os EUA não teriam demonstrado que não havia outra medida menos incompatível com o Artigo III:4 do GATT para garantir que produtores estrangeiros cumprissem seus parâmetros individuais. Multas poderiam ser impostas para os produtores estrangeiros que descumprissem as normas, e os EUA não comprovaram que os dados disponíveis dos produtores estrangeiros não eram confiáveis, de maneira geral.

Portanto, o painel concluiu que o aspecto dos métodos para o estabelecimento de parâmetros considerados contrários ao Artigo III:4 não era “necessário” nos termos do Artigo XX(b), razão pela qual o painel estaria dispensado de analisar o *caput* do Artigo XX.

Esta matéria não foi submetida ao Órgão de Apelação.

1.4.3.3 Artigo XX(d)

O painel determinou como testes para adequação ao Artigo XX(d):

- (a) que a medida assegure o cumprimento de leis ou regulamentos não incompatíveis com o GATT;
- (b) que a medida seja necessária para assegurar tal cumprimento.

Os EUA alegaram que o sistema de estabelecimento de parâmetros era necessário para efetivar os requerimentos de não-deterioração da qualidade do ar. Tais requerimentos seriam as “leis ou regulamentos que não são incompatíveis com as disposições do GATT”. Tal medida seria necessária para garantir que produtores estrangeiros não burlem o sistema e a qualidade do ar não seja deteriorada.

Para a Venezuela, os EUA não indicaram nenhuma obrigação dos requerimentos de não-deterioração que seriam efetivados pelos requerimentos discriminatórios de parâmetros. O Brasil argumentou que os EUA não demonstraram que a *Gasoline Rule* era necessária para assegurar o cumprimento do CAA nos termos do Artigo XX(d).

O painel examinou se o aspecto dos métodos de estabelecimento de parâmetros considerados incompatíveis com o GATT assegurava o cumprimento de uma lei ou regulamento não incompatível com as regras do

GATT. Concluiu que sim, mas a manutenção da discriminação entre gasolina nacional e importada em violação do Artigo III:4, conforme os métodos de estabelecimento de parâmetros, não poderia “assegurar o cumprimento” do sistema de parâmetros. Isso porque tais métodos não seriam mecanismos de execução, mas sim apenas regras para determinar parâmetros individuais. Sendo assim, o painel estaria dispensado de analisar o requisito de “necessidade”.

1.4.3.4 Artigo XX(g): painel e Órgão de Apelação

Os testes do Artigo XX(g) estabelecidos pelo painel (e apoiados pelo Órgão de Apelação) foram:

a) a política relacionada às medidas deve ser enquadrada no rol de políticas relacionadas à conservação de recursos naturais exauríveis;

b) as medidas objeto de análise (consideradas incompatíveis com o GATT) devem ser relacionadas à conservação dos recursos naturais exauríveis;

c) tais medidas devem ser efetivadas em conjunto com restrições à produção ou consumo doméstico.

Em sede de Apelação, os EUA alegaram que o painel errou ao concluir que as regras sobre o estabelecimento de parâmetros não constituíam “medida” “relativa à” conservação do ar puro nos termos do Artigo XX(g), e que o painel deveria ter prosseguido a sua interpretação com a aplicação de todos os testes do Artigo (g) e do *caput* do Artigo XX.

1.4.3.4.1 Adequação da política

Os EUA alegaram que o ar puro era recurso esgotável nos termos do Artigo XX(g), pois poderia ser exaurido pela emissão de poluentes tóxicos. A Venezuela defendeu uma interpretação estrita do Artigo XX, alegando que o propósito original do Artigo XX(g) era permitir exceções relacionadas às exportações de bens comercializáveis que poderiam ser extintos devido à sua exploração. Nesse sentido, ar puro não seria recurso natural esgotável, tal como petróleo, mas sim a condição do ar, que é renovável.

O painel considerou que o ar puro é um recurso, por ter valor, é natural e pode ser destruído. O fato de a destruição referir-se às qualidades do recurso natural não é relevante. Desse modo, política para reduzir a

destruição do ar puro seria política para conservar recurso natural esgotável nos termos do Artigo XX(g).

1.4.3.4.2. Requisito de a medida ser “relativa à” proteção do recurso natural

A Venezuela ressaltou que contenciosos anteriores do GATT de 1947 consideraram que a medida seria “relativa à” conservação do recurso natural se tivesse como “objetivo principal” tal proteção, o que não seria o caso dos requisitos discriminatórios para estabelecimento de parâmetros para a gasolina, que continham diversas lacunas.

O painel adotou o entendimento da jurisprudência do GATT de 1947 de que “relativa à” se refere às medidas cujo “objetivo principal” é conservar recurso natural esgotável. Assim, passou a examinar se os aspectos precisos da *Gasoline Rule* que considerou contrários ao Artigo III:4 tinham por objetivo principal a conservação de recurso natural. O painel não encontrou conexão entre o tratamento menos favorável conferido à gasolina importada, que é quimicamente igual à gasolina nacional, e o objetivo dos EUA de melhorar a qualidade do ar nos EUA. Isto se reforça pelo fato de que o tratamento conforme ao Artigo III:4 não prejudica o poder de os EUA buscarem o objetivo de melhorar a qualidade do ar. Logo, os métodos para o estabelecimento de parâmetros menos favoráveis não poderiam ser tidos como medida cujo foco principal é a conservação de recurso natural esgotável.

O Órgão de Apelação reverteu este entendimento. A aplicação do requisito de a medida ser “relativa à” proteção do recurso natural, nos termos do Artigo XX(g) pelo Órgão de Apelação, sintetiza a contribuição do caso “EUA – Gasolina” para a jurisprudência da OMC, destacando-se:

- (a) a definição do escopo da análise do Artigo XX (referido acima);
- (b) a não-aplicação dos standards do Artigo XX(b) ao Artigo XX(g);
- (c) a flexibilização do standard de “relativa à”.

Primeiramente, o Órgão de Apelação considerou vaga a expressão “conexão direta” (*direct connection*) utilizada pelo painel, e se perguntou se

ela significaria “objetivo principal” (*primarily aimed*) ou um outro conceito.

Além disso, o Órgão de Apelação encontrou problemas no raciocínio de que o “tratamento menos favorável” da gasolina importada, em vez de a “medida” (as regras sobre estabelecimento de parâmetros), deveria ter por objetivo principal a conservação do recurso natural esgotável. O erro estava em referir sua conclusão jurídica com relação ao Artigo III:4 em vez da medida em questão. O Artigo XX dispõe que a “medida” deve ser analisada à luz dos requisitos do Artigo XX(g), e não suas conclusões jurídicas.

O Órgão de Apelação também entendeu que o painel errou ao utilizar suas conclusões acerca da “necessidade” do Artigo XX(b) na análise do Artigo XX(g). No Artigo XX(g), não há o termo “necessário”, mas a expressão “relativo à”, e interpretá-los da mesma forma seria contrário ao costume internacional concernente à interpretação de tratados, segundo o qual a interpretação literal deve predominar.

A frase do Artigo XX(g) “relativa à conservação de recursos naturais esgotáveis” deve ser lida de modo a conferir efeito aos objetivos e propósitos do GATT. Nesse escopo, o Órgão de Apelação observou que, por mais que seja utilizado pela jurisprudência, a expressão “objetivo principal” não fazia parte da redação do Artigo XX(g).

O Órgão de Apelação optou por interpretar a expressão “relativa à” como “relação substancial”: a medida não poderia se justificar conforme o Artigo XX(g) se visasse apenas incidentalmente à conservação dos recursos naturais. No caso em questão, a medida como um todo (ou seja, as disposições relativas ao estabelecimento de parâmetros para refinarias locais, misturadores e importadores) deve estar relacionada aos requerimentos de não-deterioração presentes na *Gasoline Rule*. As demais seções da *Gasoline Rule* constituem o contexto de tais disposições. O Órgão de Apelação entendeu que as regras sobre o estabelecimento de parâmetros, de maneira geral, foram desenhadas para permitir o monitoramento dos requerimentos de não-deterioração, havendo, assim, uma “relação substancial”.

Essa evolução e flexibilização na interpretação de “relativa a” foi aplicada em casos posteriores.

1.4.3.4.3 Requisito da tomada de medida “em conjunto” com restrições à produção ou consumo doméstico

Para os EUA, a *Gasoline Rule* restringia a produção de gasolina nos EUA na medida em que estabelecia limites em termos da sua composição.

O Brasil alegou que a *Gasoline Rule* não satisfazia este requisito por não envolver restrições à produção ou consumo de ar puro.

O painel não analisou este teste porque já havia considerado que o teste anterior não estava satisfeito, conforme o instituto da economia processual.

O Órgão de Apelação examinou esta questão, para completar a análise do painel, uma vez que considerou que a medida preenchia o requisito anterior.

Para este, trata-se do requerimento de que a medida imponha restrições, não apenas sobre a gasolina importada, mas também sobre a gasolina nacional.

No entendimento do Órgão de Apelação, as regras sobre o estabelecimento de parâmetros afetava tanto a gasolina importada quanto a nacional, sendo a questão da igualdade de tratamento (examinada sob o Artigo III:4) irrelevante para o presente teste.

Ademais, o Órgão de Apelação foi da opinião de que a exceção do Artigo XX(g) não envolvia um “teste de efetividade” empírico. Isto porque, a determinação de causalidade é muito difícil no direito internacional, além do que, no campo da conservação de recursos naturais, é necessário um longo período de tempo para determinar se a medida foi efetiva.

Portanto, ao contrário do painel, o Órgão de Apelação considerou que a medida adotada pelos EUA, e questionada por Brasil e Venezuela, estava coberta pelo Artigo XX(g), passando à análise dos requisitos do *caput* do Artigo XX.

1.4.3.5 O *caput* do Artigo XX

1.4.3.5.1 Objeto e função do *caput* do Artigo XX

A conformidade da medida com o *caput* do Artigo XX é analisada apenas com relação às medidas que preenchem os requisitos das disposições específicas. Portanto, quando uma medida é analisada no contexto do *caput* do Artigo XX, já se considerou que a medida estava justificada por uma ou mais exceções do Artigo XX. O Órgão de Apelação

em “EUA – Gasolina” estabeleceu, com propriedade, que não basta que a medida considerada contrária a disposições do GATT seja considerada conforme a disposição específica (no caso, Artigos XX(g)), é preciso que ela preencha os requisitos do *caput* do Artigo XX para que seja considerada compatível com o Artigo XX do GATT.

O *caput* estabelece requisitos de forma, relativos à maneira como a medida foi aplicada, e tem a função de impedir o uso abusivo das exceções do Artigo XX. O histórico do *caput* do Artigo XX aponta para a possibilidade de um membro da OMC invocar as exceções do Artigo XX como um direito, estando, contudo, impedido de frustrar obrigações dos demais membros em relação ao sistema multilateral de comércio. Assim, as exceções devem ser utilizadas com moderação.

1.4.3.5.2. Método de análise do *caput* do Artigo XX do GATT

O método de análise do *caput* do Artigo XX foi expressamente referido pelo Órgão de Apelação no caso “EUA – Gasolina”, e adotado nos casos posteriores. O *caput* conteria três “testes” a serem analisados, relacionados à forma pela qual a medida foi aplicada:

- (a) discriminação arbitrária entre países onde existem as mesmas condições;
- (b) discriminação injustificável entre países onde existem as mesmas condições; e
- (c) restrição disfarçada ao comércio internacional.

O Órgão de Apelação ressaltou que o *caput* do Artigo XX contém algumas ambigüidades, inclusive no que diz respeito ao campo de aplicação dos seus três *standards*.

Primeiramente, o Órgão de Apelação entendeu que a expressão “entre países onde existem as mesmas condições” se aplica tanto entre Estados membros exportadores como entre o exportador e o país que impôs a medida. Em relação a esta questão, vale notar que o caráter discriminatório da medida é analisado nos âmbitos do Artigo III e do *caput* do Artigo XX. Contudo, como observou o Órgão de Apelação, o disposto no *caput* do Artigo XX seria inútil se o escopo fosse o mesmo utilizado para determinação de violação do Artigo III. O *caput* do Artigo XX pressupõe

que um grau mais alto de discriminação foi aplicado, pois esta deve ser qualificada como arbitrária ou injustificada.

Quanto à efetiva aplicação dos *standards*, o Órgão de Apelação foi da opinião de que devem ser lidos lado a lado, pois eles têm implicações entre si. “Restrições disfarçadas” envolvem restrições relacionadas à discriminação arbitrária ou injustificável. Tais incursões entre *standards* podem ser feitas, desde que tenham por objetivo evitar abuso ou uso ilegítimo das exceções do Artigo XX.

Em sua análise, o Órgão de Apelação apontou que havia mais de uma alternativa para os EUA atingirem os objetivos do CAA, como a imposição de parâmetros individuais, ou o estabelecido em lei, à gasolina nacional e importada, sem distinção. Esta abordagem teria evitado discriminações. Os EUA alegaram, em sua defesa, que tais alternativas seriam difíceis de ser administradas.

Para o Órgão de Apelação, os EUA teriam à sua disposição instrumentos de comércio internacional para implementar as alternativas que não implicavam discriminação, devendo responder por quaisquer ações do seu governo, inclusive recusa do Congresso em providenciar verbas para alternativas não discriminatórias. Além disso, os EUA não teriam se esforçado para cooperar com a Venezuela e com o Brasil para vencer barreiras administrativas e aplicar a esses países as mesmas regras adotadas em relação aos produtores nacionais.

Ademais, os EUA demonstraram estar protegendo a indústria nacional ao não imporem aos produtores nacionais de gasolina o parâmetro estabelecido em lei sob a alegação de que pretendiam poupá-los de custos de adaptação à nova regulamentação, preocupação esta inexistente com relação aos produtores estrangeiros.

Concluindo, o Órgão de Apelação identificou duas omissões por parte dos EUA:

- não explorar os meios para mitigar os problemas administrativos, como negociação de acordos de cooperação com a Venezuela e o Brasil, recusando a possibilidade de produtores estrangeiros adotarem parâmetros individuais para a gasolina; e
- considerar os custos com a imposição dos parâmetros estabelecidos em lei por parte dos produtores nacionais, e desconsiderá-los com relação aos produtores estrangeiros.

Para o Órgão de Apelação, essas omissões vão além do necessário para a determinação de incompatibilidade com o Artigo III:4, constituindo discriminação previsível, que não é meramente inadvertida ou inevitável, e dessa forma discriminação injustificável.

Nesse sentido, o Órgão de Apelação concluiu que a medida foi aplicada de forma a constituir “discriminação injustificada” e “restrição disfarçada ao comércio internacional”, não satisfazendo os requisitos do *caput* do Artigo XX, e portanto, não coberta pelo Artigo XX como um todo. A recomendação foi tornar a medida conforme às regras da OMC.

1.4.3.6 Afirmação de que a OMC não está em “isolamento clínico” em relação ao Direito Internacional Público

Como se viu acima, o Órgão de Apelação considerou que o painel não deveria ter utilizado suas conclusões a partir da análise do teste de “necessidade” do Artigo XX(b) ao examinar o Artigo XX(g), pois as redações são diferentes: o termo “necessário” não deveria ser interpretado como “relativo à”.

Nesse ponto, o Órgão de Apelação fez referência às regras gerais de interpretação de tratados, presentes no Artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1965, para esclarecer que a interpretação literal, que deve balizar a análise dos Artigos XX(b) e XX(g), é parte das regras costumeiras de interpretação do direito internacional geral. O Órgão de Apelação precisa considerá-las de acordo com o Artigo 3.2 do ESC para auxiliá-lo na interpretação das regras da OMC, orientação esta que reflete o reconhecimento de que o GATT não deve ser lido em “isolamento clínico” do direito internacional público.

A idéia de que o direito da OMC não está em “isolamento clínico”, embora citada nesse contexto específico, acabou tendo significado, para alguns, de que as regras da OMC se encontram inseridas no direito internacional de tal maneira que a OMC deverá aplicá-lo numa controvérsia. O exemplo mais citado pela doutrina seria a aplicação de normas constantes de Acordos Multilaterais de Meio Ambiente.

Há de se esclarecer que esse entendimento não está correto do ponto de vista jurídico. O ESC estabelece que as regras aplicáveis no âmbito do

sistema de solução de controvérsias da OMC são tão-somente as regras da OMC, presentes nos Acordos de Marraqueche. Ou seja, membros do painel do Órgão de Apelação não são competentes para analisar medidas tomadas por seus membros à luz de nenhum outro tratado. O não-“isolamento” a que se refere o Órgão de Apelação diz respeito à aplicação das regras de interpretação da Convenção de Viena. Essas regras permitem, inclusive, que normas de direito internacional aplicáveis na relação entre as partes sejam empregadas na interpretação das obrigações de um Estado.

Sendo assim, tem-se que a OMC permite, em última instância, que, numa controvérsia, normas de direito internacional (o que será determinado caso a caso) possam ser utilizadas na interpretação de regras da OMC, por exemplo, o Artigo XX do GATT.

1.5 Implementação da decisão do DSB

Como já se disse, a adoção dos relatórios do painel e do Órgão de Apelação pelo OSC deu-se em 20 de maio de 1996. Em 19 de junho de 1996, os EUA anunciaram sua intenção de cumprir as decisões e recomendações do OSC, necessitando, porém, discutir com Brasil e Venezuela prazo para efetuar as alterações legislativas necessárias para cumprir as decisões e recomendações do DSB, dado o caráter técnico e complexo das alterações a serem feitas.

Em julho de 1996, EUA e Venezuela concordaram que o prazo razoável de implementação seria quinze meses. Conforme o ESC, em 10 de janeiro de 1997, os EUA apresentaram ao OSC seu primeiro relatório referente ao *status* de implementação. A partir de então, informes tiveram que ser submetidos mensalmente.

Com vistas a iniciar o processo de implementação, a EPA realizou consulta pública, entre junho e setembro de 1996, sobre as melhorias na legislação condenada na OMC, da qual participaram refinarias nacionais e estrangeiras, associações, entre outros. Caberia à EPA avaliar as informações recebidas e redigir a nova regulamentação. Em fevereiro de 1996, os EUA comunicaram o DSB que forneceram cópia das propostas para nova legislação ao Brasil e à Venezuela.

A nova medida em conformidade com as regras da OMC foi assinada em 19 de agosto de 1997, encerrando a questão.

REFERÊNCIAS

APPLETON, Arthur. GATT Article XX's Chapeau: a Disguised 'Necessary' test?: the WTO appellate body's ruling in United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline. **Review of European Community & International Environmental Law**, v. 6, Issue 2, p. 131-138 (July 1997).

Charnovitz, Steve. The WTO Panel Decision on U.S. Clean Air Act Regulations. **BNA International Environment Reporter**, March 6, 1996.

SHENK, Maury D. WTO dispute settlement body – Article XX environmental exceptions to GATT – national treatment – consistency with GATT of U.S rules regarding imports of reformulated gasoline. **American Journal of International Law**, v. 90, n. 4, p. 669-674, Oct. 1996.

ZEDALIS, Rex J. The environment and the technical barriers to trade agreement: did the reformulated gasoline panel miss a golden opportunity? **Netherlands International Law Review**, v. 44, p. 186-208, 1997.

1 O primeiro pedido de consultas, de 13 de janeiro de 1995, dizia respeito à disputa entre Cingapura e Malásia em relação ao comércio de polietileno e polipropileno (*Malaysia – Prohibition of Imports of Polyethylene and Polypropylene*, DS1). Cingapura chegou a solicitar o estabelecimento do painel, porém o caso não avançou porque a Malásia alterou a medida questionada de modo a torná-la conforme às regras da OMC.

2 COMUNIDADE EUROPÉIA – MEDIDAS RELATIVAS AO AMIANTO E PRODUTOS QUE CONTÊM AMIANTO (DS135)

Vera Sterman Kanas

Mestre em Direito Internacional Econômico pela Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), França; doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo; advogada da área de comércio internacional de Tozzini Freire Advogados.

2.1 Introdução e importância do caso

O caso Comunidade Européia – Medidas relativas ao amianto e produtos que contêm amianto (CE – Amianto), DS135, diz respeito à imposição, pela França, de medida proibindo a importação e comercialização de amianto e produtos que contêm amianto. Trata-se, assim, de caso que envolve regras sobre saúde pública com reflexos no comércio internacional.

A medida foi questionada, na OMC, pelo Canadá, e foi considerada, pelo painel e pelo Órgão de Apelação, como conforme às regras da OMC.

O Brasil, em conjunto com EUA e Zimbábue, participou desse caso como terceira parte. A importância desse caso não reside no fato de o Brasil ser produtor de amianto, mas sim no seu papel relevantíssimo para a jurisprudência da OMC. Desse modo, assim como no caso “EUA – Gasolina” analisado anteriormente¹, o exame do caso “CE – Amianto” terá foco nas questões jurídicas que aborda. Várias foram as contribuições sistêmicas desse caso, que serão estudadas com detalhe a seguir.

Do ponto de vista procedimental, entre outros, o caso “CE – Asbestos” foi inovador na discussão sobre *amicus curiae briefs*², manifestações

escritas de organizações não-governamentais enviadas ao painel ou ao Órgão de Apelação.

Além disso, o caso “CE – Amianto” representou a primeira vez em que o painel e o Órgão de Apelação efetivamente discutiram a aplicabilidade do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (*Agreement on Technical Barriers to Trade*, Acordo TBT) – vide caso “EUA – Gasolina” acima.

Sob o prisma jurídico substantivo, destaca-se a interpretação do Artigo III:4 do GATT, no tocante à similaridade entre produtos para o fim de determinar se houve tratamento discriminatório ao produto importado.

Contudo, pode-se considerar que a principal contribuição desse contencioso foi ter sido o primeiro caso tratando de saúde pública em que o painel, apoiado pelo Órgão de Apelação, determinou que a medida questionada estava conforme às regras do GATT de 1994. Até aquele momento, em todos os casos relacionados de alguma forma ao meio ambiente, a medida questionada tinha sido considerada contrária ao Artigo XX do GATT.

No caso “CE – Amianto”, aplicou-se interpretação mais flexível dos testes do Artigo XX(b) e do *caput* do Artigo XX, possibilitando que a OMC aprovasse a imposição de medida restritiva ao comércio para proteger a saúde humana. Pouco tempo depois dessa decisão, e certamente influenciado pelo caso ora em estudo, o Órgão de Apelação, em outro caso, considerou que os EUA tinham cumprido as determinações do Órgão de Solução de Controvérsias (*Dispute Settlement Body*, DSB), e que as restrições às importações de camarão, cuja pesca implicava a morte de tartarugas marinhas, estavam de acordo com o Artigo XX do GATT (Artigo XX(g) e *caput*) – EUA – Proibição das importações de certos tipos de camarão e produtos de camarão, recurso ao Artigo 21.5 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC) ou *Dispute Settlement Understanding* (DSU) (EUA – Camarão, DS58).

Pode-se dizer, por fim, que o resultado do caso “CE – Amianto” contribuiu de maneira indireta para as negociações comerciais em curso na OMC desde 2001, conforme o Parágrafo 31(i) da Declaração Ministerial de Doha. O mandato negociador do Parágrafo 31(i) abre para negociação entre os membros da OMC a relação entre regras da OMC e obrigações estabelecidas em Acordos Multilaterais de Meio Ambiente (*Multilateral*

Environmental Agreements, MEAs), autorizando, inclusive, que se modifiquem regras da OMC, se for o caso. As Comunidades Européias são da opinião de que regras da OMC, como o Artigo XX(b), deveriam ser alteradas para “garantir” que medidas restritivas ao comércio tomadas com base em MEAs sejam consideradas automaticamente compatíveis com as regras da OMC. Para a maioria dos membros da OMC, porém, dentre os quais o Brasil, demais países em desenvolvimento e EUA, o sistema multilateral de comércio, em sua configuração atual, permite a compatibilidade entre MEAs e a OMC.

Nunca houve, na OMC, caso envolvendo a aplicação de medidas comerciais fundamentadas em MEAs, apenas medidas unilaterais. Nesse contexto, a decisão envolvendo o meio ambiente do caso “CE – Amianto”, afirmando a conformidade da medida questionada com o Artigo XX do GATT, reforça o entendimento da maioria dos membros da OMC de que não é preciso alterar as regras da OMC.

2.2 Questões procedimentais

O Canadá apresentou pedido de consultas à OMC em 8 de maio de 1998, questionando a medida aplicada pela França. Como membro da União Européia, a defesa da França, na OMC, coube às Comunidades Européias, que detêm personalidade jurídica na organização. O Canadá alegou que as Comunidades Européias estariam violando o GATT, o Acordo TBT e o Acordo sobre a aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias (*Agreement on the application of Sanitary and Phytosanitary measures*, Acordo SPS). Em 18 de junho, o Brasil solicitou sua participação na fase de consultas.

O painel foi efetivamente estabelecido em 25 de novembro de 1998. Entretanto, devido a discordâncias entre as partes, o painel foi composto apenas em 29 de março de 1999, por Adrian Macey (presidente), William Ehlers e Ake Lindén.

Como comentado, o Brasil participou como terceira parte, junto com os EUA e Zimbábue.

A primeira audiência foi realizada em 1º e 2 de junho de 1999, com a participação das terceiras partes em 2 de junho. Em 17 de janeiro de 2000, teve lugar audiência com *experts* cientistas. A segunda audiência com as partes ocorreu em 20 de janeiro de 2000.

Dada a complexidade da questão analisada pelo painel, este informou ao Órgão de Solução de Controvérsias (*Dispute Settlement Body*, DSB), em 27 de setembro de 1999 e em outras duas ocasiões, que seria necessário mais tempo para terminar seu relatório.

O painel circulou o relatório provisório às partes em 13 de junho de 2000, e o relatório final foi distribuído em 18 de setembro de 2000.

O Canadá apresentou Notificação de Apelação em 23 de outubro de 2000. As Comunidades Européias também apelaram, e a audiência com as partes e terceiros participantes (os mesmos da fase de painel) se deu em 17 e 18 de janeiro de 2001. Os membros do Órgão de Apelação que examinaram a controvérsia foram Florentino Feliciano (presidente), James Bacchus e Claus-Dieter Ehlermann. O relatório do Órgão de Apelação foi distribuído às partes em 12 de março de 2001, e em 5 de abril de 2001 os relatórios do painel e do Órgão de Apelação foram adotados pelo DSB.

Como a medida questionada foi considerada conforme às regras da OMC, não há que se falar em fase de implementação.

2.3 Os fatos e a medida questionada

A medida questionada pelo Canadá consiste no Decreto n. 96-1133, de 24 de dezembro de 1996, promulgado pela França, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1997. O propósito da medida era proteger trabalhadores e consumidores.

O art. 1º desse Decreto proibia a fabricação, processamento, venda, importação, colocação à venda no mercado e a transferência a qualquer título de todas as variedades de fibras de amianto, independentemente de terem sido incorporadas a outro produto ou material. Com o propósito de proteger os consumidores, esse mesmo dispositivo proibia a fabricação, importação, comercialização no mercado interno, exportação, posse para

venda, oferta, venda e transferência a qualquer título de todas as variedades de fibras de asbestos e produtos que contivessem fibras de amianto.

O art. 2º excepcionava essa proibição, de forma temporária (válida até 2002), para os casos em que não houvesse substituto para o amianto crisotila (amianto branco) que causasse menos mal à saúde e oferecesse as mesmas garantias técnicas.

De acordo com os artigos seguintes do Decreto, as exceções constariam em lista preparada pelas autoridades francesas, que seria revisada a cada ano, e o uso do amianto nesses casos estaria condicionado à apresentação de declaração de que o produto está conforme as especificações técnicas requeridas. Além disso, o amianto permitido teria que respeitar limites de exposição, e seguir normas de rotulagem e identificação, sob pena de multa.

O interesse do Canadá residia no fato de este ser o segundo maior produtor de amianto branco do mundo, seguido pela China, Brasil e Zimbábue, sendo também o maior exportador desse produto.

Do ponto de vista fático, a discussão centrou-se nos danos à saúde potencialmente causados pelo cimento branco, sobretudo seu caráter carcinogênico.

O Canadá acusou a França de adotar medida de cunho alarmista e exagerado. Para o Reclamante, medidas para o uso seguro e controlado do amianto seriam suficientes para proteger a saúde pública.

As Comunidades defenderam-se afirmando haver bases científicas suficientes de que o amianto causa prejuízos graves à saúde, o que seria, inclusive, reconhecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS). O risco pela exposição ao amianto não se restringe aos trabalhadores que o manipulam (principalmente operários da construção civil), mas atinge todas as pessoas que têm contato com a substância, tratando-se de situação de risco disseminado para uma parcela muito grande da população. As Comunidades apontaram, também, que diversos países proibiram ou restringiam a importação de amianto branco.

2.4 Questões jurídicas de ordem procedimental

Como já se disse acima, o caso “CE – Amianto” destacou-se, também, por questões sistêmicas de ordem procedimental, tanto na fase de painel quanto na de apelação. Quatro serão referidas a seguir:

- o recurso a *experts* para analisarem aspectos científicos de contenciosos da OMC;
- as disciplinas relativas a *amicus curiae briefs* no âmbito do sistema de solução de controvérsias da OMC;
- a participação ativa ou passiva de terceira parte em contenciosos na OMC;
- a ordem de exame de Acordos da OMC quando mais de um for envolvido na disputa.

2.4.1 O recurso a *experts*

Por ocasião da primeira audiência com as partes, o painel anunciou sua intenção de buscar opiniões individuais de cientistas para obter mais informações sobre os riscos à saúde causados pelo uso de amianto branco e produtos que o contêm.

As Comunidades Européias opuseram-se a essa proposta, argumentando que, se o painel desejasse consultar *experts* com vistas a coletar opiniões científicas, deveria recorrer a um “grupo de especialistas” (*expert review group*) a ser formado conforme o Apêndice 4 ESC, ou, se aplicável, de acordo com o Artigo 14.2 do Acordo TBT.

O painel discordou da posição dos europeus, e decidiu procurar opiniões científicas individuais com base no Artigo 13 do ESC. De fato, o Artigo 13.1 do ESC concede ao painel o direito de buscar informações e consultoria técnica de quaisquer indivíduos ou organismos que considere apropriados. O Artigo 13.2, por sua vez, autoriza o painel a buscar informações de quaisquer fontes relevantes, podendo consultar *experts* para obter suas opiniões em determinados aspectos da matéria.

O painel estabeleceu regras para o procedimento de coleta das informações. Os cientistas ouvidos atuariam em seu próprio nome, e não da organização em que trabalham, suas opiniões não seriam vinculantes para o painel, e as partes não poderiam contatá-los. Os especialistas seriam selecionados após consulta à OMC, à Organização Internacional do Trabalho, às partes e a outras organizações internacionais.

2.4.2 *Amicus curiae* briefs

Como já se disse, uma das principais contribuições do caso “CE – Amianto” foi o debate sobre o papel dos *amicus curiae* briefs. Estes consistem em manifestações escritas redigidas e apresentadas por organizações não-governamentais (ONGs), não pelas partes, ao painel ou ao Órgão de Apelação.

A racionalidade da apresentação desses *papers* estaria na suposta neutralidade da ONG que a elaborou – que seria “amiga da corte”, e não das partes. A esta interessaria tão-somente o esclarecimento de pontos fáticos e jurídicos para que a decisão seja benéfica para toda a Humanidade, sem vinculação a interesses econômicos ou políticos de membros da OMC.

2.4.2.1 *Fase de painel*

No caso “CE – Amianto”, o painel recebeu quatro *amicus curiae* briefs no decorrer dos procedimentos, das seguintes ONGs: *Collegium Ramazzini*, *Ban Asbestos Network*, *Instituto Mexicano de Fibro-Industrias A.C.*, e *American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations*.

O painel informou às partes o recebimento dos *amicus curiae* briefs. As Comunidades Europeias anexaram o *paper* do *Collegium Ramazzini* à sua segunda petição, e mais tarde incorporaram a contribuição da *American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations*, sugerindo que o painel rejeitasse as demais. O Canadá recomendou que o painel recusasse todos os *briefs*.

O painel decidiu acatar os *amicus curiae* briefs englobados pelas Comunidades Europeias como se fossem documentos daquela parte, dando oportunidade ao Canadá de se manifestar. Os demais foram desprezados.

O painel recebeu um quinto *amicus curiae* brief, da ONG indiana *ONE (Only Nature Endures)* após o fim da fase instrutória, recusando-o de pronto porque as partes não teriam oportunidade de comentar sobre ele.

2.4.2.2 *Fase de apelação*

Percebendo o que se passou na fase de painel, o Órgão de Apelação esperava receber diversos *amicus curiae* briefs de ONGs. Antecipando-se a esta situação, ele decidiu disciplinar a submissão dessas contribuições,

proporcionando a “condução justa e ordenada” do procedimento de apelação.

O Órgão de Apelação esclareceu que se tratava de normas específicas para aquela disputa, conforme a Regra 16(1) dos Procedimentos de Trabalho para Revisão em Apelação.

Antes de adotar os procedimentos, o Órgão de Apelação solicitou a opinião dos envolvidos. Comunidades Europeias, Canadá e Brasil consideraram que a questão deveria ser levada a todos os membros da OMC. Os EUA aprovaram a iniciativa do Órgão de Apelação, e o Zimbábue não opinou. Ouvidas as partes, o Órgão de Apelação adotou, em 8 de novembro de 2000, “Procedimento Adicional” aplicável àquele caso concreto.

O Procedimento Adicional estabelecia que quem desejasse apresentar *paper* na controvérsia em questão deveria candidatar-se a uma permissão para tanto até 16 de novembro de 2000.

Para a concessão da permissão, o pedido, com no máximo três páginas, teria que ser por escrito, e deveria conter a descrição do candidato (pessoa física ou instituição), seu *status* e objetivos, a natureza de suas atividades e fontes de financiamento, bem como a natureza do seu interesse na apelação. Além disso, caberia ao candidato indicar no seu pedido as questões legais e as interpretações jurídicas cobertas pelo relatório do painel objeto da apelação que o candidato pretendia desenvolver. O candidato teria, ainda, que discorrer sobre as razões pelas quais seria desejável que o Órgão de Apelação concedesse a permissão para a entrega do *brief*, no interesse da devida resolução do caso, respeitando-se o ESC e os demais Acordos da OMC, apontando as contribuições inovadoras que pretende trazer. Por fim, o candidato teria que declarar se possui relação direta ou indireta com parte ou terceira parte da disputa, ou se recebeu auxílio técnico ou financeiro por parte de uma parte ou terceira parte.

Os Procedimentos Adicionais esclareciam que a outorga da permissão não significava que o Órgão de Apelação consideraria o conteúdo do *brief* no seu relatório, e aqueles que tivessem permissão, deveriam entregar suas *submissions* até o dia 27 de novembro de 2000.

Os autores dos *amicus curiae briefs* autorizados teriam que fornecer cópias ao Secretariado do Órgão de Apelação, às partes e terceiras partes da

disputa, as quais teriam oportunidade de se defender. As contribuições escritas deveriam estar datadas e assinadas pelo autor, ter no máximo vinte páginas, incluindo apêndices, e apresentar apenas argumentos jurídicos a respeito dos pontos para os quais o autor recebeu a permissão.

O Órgão de Apelação recebeu dezessete pedidos de permissão de acordo com os Procedimentos Adicionais, seis dos quais foram rejeitados por terem sido recebidos após o prazo. Os demais foram rejeitados por não cumprirem os requisitos. Além disso, treze *papers* de ONGs ignoraram o Procedimento Adicional e foram devolvidos, e uma petição enviada por ONG que teve permissão negada também foi recusada. Em outras palavras, todos os pedidos para entrega de *amicus curiae briefs* foram negados por questões técnicas.

Essa recusa pode ser explicada de maneira alternativa, considerando-se as implicações político-institucionais dos Procedimentos Adicionais em questão, na OMC, e as pressões daí resultantes.

Com efeito, o Egito, em nome do Grupo Informal dos Países em Desenvolvimento, convocou uma reunião especial do Conselho Geral em 22 de novembro de 2000, sob o argumento de que as relações entre a OMC e ONGs são de competência do Conselho Geral, não do Órgão de Apelação. Nessa ocasião, a maioria dos membros da OMC rechaçou a iniciativa do Órgão de Apelação. Note-se que esta reunião ocorreu durante o período de análise dos pedidos de permissão para apresentar *amicus curiae briefs*.

Os membros da OMC não ficaram satisfeitos com a criação de disciplinas para o recebimento de *briefs* de ONGs em controvérsias na OMC, o que poderia ser entendido como o reconhecimento de que a participação de ONGs é bem-vinda no sistema de solução de controvérsias da OMC, tradicionalmente entre Estados. Para a grande maioria dos membros da OMC, a solução de controvérsias deve manter-se com a sua configuração atual, além do que ONGs são apenas aparentemente neutras – sempre há um ente financiador, na maioria dos casos de país desenvolvido.

Nesse contexto, pode-se concluir que o caso “CE – Amianto” contribuiu para o reforço da idéia de que *amicus briefs* é tema sensível na OMC, pois a mera formulação de procedimentos especiais foi motivo para indignação de muitos membros da OMC, evidenciando, ainda, a oposição entre EUA e o resto dos membros quanto a este tema. Pode-se considerar, também, que

este caso influenciou a posição dos membros da OMC na negociação sobre a reforma do ESC.

2.4.3 A participação ativa ou passiva de terceira parte

Vale referir que, na fase de Apelação, o Zimbábue, que foi terceira parte no procedimento perante o painel, não apresentou petição. Entretanto, este país solicitou permissão para comparecer à audiência do Órgão de Apelação, na condição de “observador passivo”. Esse pedido foi atendido.

2.4.4 Ordem de exame das reclamações

O Canadá alegou que a medida aplicada pela França feria o Acordo TBT e o GATT de 1994. Diante desse caso de aplicação de múltiplos Acordos da OMC, o painel seguiu a jurisprudência dominante (desprezando o entendimento do caso “EUA – Gasolina”, visto anteriormente) para determinar que seria analisado em primeiro lugar o Acordo mais específico.

No caso em questão, caberia ao painel decidir sobre a aplicabilidade do Acordo TBT. Em caso positivo, a medida seria examinada à luz desse Acordo antes do GATT, mais genérico.

2.5 Questões jurídicas substantivas: disposições da OMC alegadas pelas Partes

O Canadá solicitou que o painel considerasse que:

a) A medida violava o Acordo TBT, pois: criava obstáculo desnecessário ao comércio internacional, contrário ao Artigo 2.2; não se baseava em padrões internacionais efetivos e apropriados (e não estava de acordo com eles), contrariamente ao disposto no Artigo 2.4; não estava fundamentada na performance do amianto branco, em desacordo com o Artigo 2.8; e violava as disciplinas sobre tratamento nacional e nação mais favorecida do Artigo 2.1.

b) A medida violava o GATT de 1994, pois: impunha proibição ou restrição às importações de amianto branco e de produtos contendo amianto branco, contrariamente ao disposto no Artigo XI; e favorecia a indústria nacional de produtos similares às fibras do amianto branco e aos produtos

de cimento que continham amianto branco, em contraste com as disciplinas do Artigo III:4.

c) Alternativamente, caso o painel considerasse que a medida não violou regras da OMC, o Canadá alegou que a medida causava anulação ou menoscabo de suas prerrogativas perante o sistema multilateral de comércio (Artigo XXIII.1(b) do GATT).

As Comunidades Européias argumentaram em sua defesa que:

(i) a medida não deveria ser examinada à luz do Artigo XI do GATT; e não envolvia tratamento menos favorável ao similar nacional em detrimento do produto importado, não violando o Artigo III:4 do GATT;

(ii) a medida seria necessária para a proteção da saúde humana, nos termos do Artigo XX(b) do GATT;

(iii) a medida não estaria coberta pelo Acordo TBT, e, ainda que estivesse, estaria de acordo com seus dispositivos;

(iv) o Artigo XXIII.1(b) do GATT 1994 não seria aplicável ao caso.

O Canadá apelou com relação aos seguintes pontos:

(i) aplicabilidade do Acordo TBT;

(ii) artigo III:4 do GATT;

(iii) conformidade com o Artigo XX(b) do GATT.

As Comunidades Européias, por sua vez, apelaram com relação ao Artigo XXIII:1(b) do GATT.

2.5.1 Aplicabilidade do Acordo TBT

Tal como dito acima, uma das principais contribuições do caso “CE – Amianto” foi a discussão pioneira a respeito da aplicabilidade do Acordo TBT a um caso concreto, frente à reclamação, por parte do Canadá, de que a medida imposta pela França feria diversos dispositivos do Acordo TBT. As Comunidades Européias defenderam-se argumentando que o Acordo TBT não era aplicável ao caso.

2.5.1.1 Fase de painel

Antes de determinar se havia ou não violação de suas regras, seria função do painel verificar se a medida poderia ser avaliada à luz do Acordo TBT, uma vez que este Acordo cobre apenas “regulamentos técnicos”. Caberia ao painel, assim, determinar se a medida poderia ou não ser classificada como regulamento técnico.

A definição de “regulamento técnico” encontra-se no Anexo 1 ao Acordo TBT:

1. Regulamento Técnico

Documento que enuncia as características de um produto ou os processos e métodos de produção a eles relacionados, incluídas as disposições administrativas, cujo cumprimento é obrigatório. Poderá também tratar parcial ou exclusivamente de terminologia, símbolos, requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem aplicáveis a um produto, processo ou método de produção.

Seguindo as orientações da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados no tocante à regras de interpretação, o painel verificou que o Decreto em questão era composto por uma proibição geral e por exceções. Esses dois elementos deveriam ser analisados separadamente, de acordo com o painel.

O painel examinou o sentido ordinário dos termos da definição de “regulamento técnico”, o objeto e propósito do Acordo TBT e o contexto relevante.

Com relação ao primeiro requisito, o painel verificou que a medida em questão não se referia a um “produto identificável”, mas a “um grande número de produtos”, que não são identificáveis por nome, função ou categoria. Na mesma linha, “regulamentos técnicos” deveriam descrever “características” dos produtos, o que também não era o caso em tela. O painel concluiu que o Acordo TBT se aplica “às medidas que definem as especificações técnicas que um ou mais produtos determinados devem cumprir para que a sua comercialização seja autorizada”.

No tocante ao objeto e propósito do Acordo TBT, o painel observou que este Acordo está relacionado aos critérios para a comercialização de produtos, uma vez que o seu Preâmbulo afirma que o Acordo visa a

melhorar o acesso a mercados. Como não havia referência a uma proibição total às importações, o painel inferiu que este Acordo se aplicava a situações mais complexas que uma proibição incondicional das importações – aos casos em que a importação é permitida em certa medida.

O painel concluiu que regulamentos técnicos são medidas:

- (i) que afetam um ou mais produtos determinados;
- (ii) que especificam as características técnicas do(s) produto(s) que possibilitam a sua comercialização;
- (iii) cujo cumprimento é obrigatório.

Por essas razões, a proibição de importação de amianto de que tratava a medida contestada na OMC não poderia ser considerada como regulamento técnico, não se aplicando o Acordo TBT.

O painel não acatou a alegação do Canadá de que as Comunidades Européias teriam reconhecido a aplicabilidade do Acordo TBT ao terem notificado a proibição de importação de amianto ao Comitê TBT, afirmando que tal notificação teria sido feita apenas por questões de transparência, sem qualquer efeito legal.

Com base nos critérios acima, o painel determinou que as exceções constituíam “regulamentos técnicos” para efeitos de aplicabilidade do Acordo TBT. O painel não concordou com as Comunidades Européias que medidas temporárias estariam excluídas do campo de análise do Acordo TBT. Entretanto, como o Canadá não formulou nenhuma demanda com relação às exceções, o painel concluiu que não precisaria analisá-las à luz das normas substantivas do Acordo TBT.

2.5.1.2 Fase de apelação

O Canadá apelou do entendimento do painel de que a proibição das importações de amianto não constituía “regulamento técnico”.

O Órgão de Apelação discordou da abordagem do painel de examinar separadamente a proibição geral e suas exceções, pois o correto seria examinar o Decreto n. 96-1133 como um todo – único modo de determinar

o caráter jurídico apropriado da medida. O escopo da proibição seria determinado pela exceção.

Reinterpretando a expressão “regulamento técnico”, de maneira abstrata, o Órgão de Apelação concluiu que este deve ter as seguintes características:

- (i) seu cumprimento deve ser obrigatório;
- (ii) ele deve estipular uma ou mais “características”, em sentido positivo ou negativo;
- (iii) ele deve ser aplicável a um produto “identificável”, mas sem que seja necessário seu nome ou categoria; a identificação seria feita conforme a medida, por exemplo, através das características dos produtos sujeitos a ela.

Nesse sentido, o Órgão de Apelação reverteu o entendimento do painel, concluindo que o Decreto como um todo seria um regulamento técnico, na medida em que estabelecia que “todos os produtos” não poderiam conter amianto. Portanto, o Acordo TBT seria aplicável à proibição das importações de amianto.

No entanto, o Órgão de Apelação entendeu que não dispunha de “bases adequadas” para completar a análise jurídica do painel com relação à violação de normas substantivas do Acordo TBT. Isto porque nenhuma disposição do Acordo TBT foi interpretada pelo painel, nesse caso, ou pelo Órgão de Apelação em casos anteriores.

2.5.2 Violação do Artigo III:4 do GATT: relação entre os Artigos XI e III do GATT

O Artigo XI do GATT proíbe a imposição de restrições quantitativas às importações. Disciplina, assim, as medidas aplicadas na fronteira, antes do ingresso do bem no território do país que aplicou a medida:

Artigo XI – Eliminação geral das restrições quantitativas

1. Nenhum membro instituirá ou manterá, para a importação de um produto originário do território de outro membro, ou para a exportação ou venda para exportação de um produto destinado ao território de outro membro proibições ou

restrições a não ser direitos alfandegários, impostos ou outras taxas, quer sua aplicação seja feita por meio de contingentes, de licenças de importação ou exportação, quer por outro qualquer processo.

O Artigo III, por sua vez, contempla o princípio do tratamento nacional, lidando com medidas aplicadas após o ingresso do produto no mercado interno do país importador.

Artigo III – Tratamento nacional em matéria de impostos e de regulamentação internos

4. Os produtos originários de um membro importados para qualquer outro membro deverão receber tratamento não menos favorável do que o acordado ao produto similar de origem nacional com respeito a leis, regulamentos e requerimentos que afetem a venda, oferta par venda, compra, transporte, distribuição ou uso. (...)

Em princípio, uma mesma medida não poderia estar sujeita a estes dois dispositivos do GATT. A Nota ao Artigo III do GATT, porém, ampliou o escopo do Artigo III às medidas que almejem, explicitamente, produtos importados na fronteira, desde que se apliquem igualmente a produtos nacionais:

Nota ao Artigo III – Um imposto ou outro encargo interno, ou uma lei, regulamento ou requerimento como disposto no parágrafo 1 que se aplique a um produto importado e ao produto similar doméstico e seja cobrado ou efetivado no caso de produto importado no momento da importação, deve, mesmo assim, ser considerado como imposto ou encargo interno, ou lei, regulamento ou requerimento como disposto no parágrafo 1, e portanto, se encontra sujeito às disposições do artigo III.

Trata-se de “área cinzenta” de intersecção entre os Artigos XI e III, com a qual lidou o painel do caso “CE – Amianto”.

Nesse caso, o Canadá alegou que o Decreto francês n. 96-1133 violava tanto o Artigo XI quanto o Artigo III. As Comunidades Européias contestaram esta visão, afirmando que a medida deveria ser analisada apenas à luz do Artigo III.

Uma possível razão para as Comunidades Européias repelirem o exame da medida à luz do Artigo XI está em que esse dispositivo pressupõe uma demonstração quase que exclusivamente fática de que o produto em questão foi impedido de ingressar no país importador. A acusação de não-conformidade de uma medida ao Artigo III, por sua vez, dá margem para a defesa alegar que o produto importado não era similar, ou que o tratamento conferido ao importado não era menos favorável em relação ao nacional. A necessidade de demonstrar a similaridade e comparar tratamentos de produtos similares torna a comprovação de violação ao Artigo III mais onerosa para o Reclamante em relação ao Artigo XI.

No caso em tela, o painel declarou que medidas como o Decreto em questão, que se aplicavam tanto ao produto importado quanto ao produto nacional, encontrar-se-iam no escopo da Nota ao Artigo III (logo, do Artigo III). Como a medida seria analisada conforme o Artigo III, o painel dispensou a análise pelo Artigo XI.

Vale referir que o painel não esclareceu se se tratava de “economia processual” ou de não-aplicação do Artigo XI em caso de medidas que se aplicassem também a produtos no mercado interno. Esta questão tem certa relevância teórica para o caso “CE – Amianto”, uma vez que, como se verá, o Órgão de Apelação reformou a posição do painel, e considerou que a medida não violava o Artigo III. O Canadá falhou ao não ter argüido, em sede de Apelação, a aplicabilidade do Artigo XI, pois o Órgão de Apelação poderia considerar que a medida consistia em restrição quantitativa ao comércio.

2.5.2.1 Similaridade entre produtos

Conforme o princípio do Tratamento Nacional, os membros da OMC são proibidos de tratar produto importado de maneira menos favorável em relação ao similar nacional. Desse modo, para que haja comparação de tratamentos, é necessária determinação prévia de se os produtos são, de fato, similares.

Primeiramente, o painel examinou se fibras de amianto branco são similares a certos substitutos: fibras polivinil-álcool (PVA), fibras de celulose e fibras de vidro. Verificou, também, se produtos de cimento contendo amianto branco eram similares ao cimento que contém esses substitutos. Se esses produtos fossem considerados similares, o painel passaria à análise acerca do tratamento dispensado aos produtos nacional e importado.

A determinação da similaridade entre produto importado e nacional depende dos critérios utilizados. No caso “CE – Amianto”, como em outros casos analisados sob a égide do GATT de 1947 e da OMC, foi utilizado como referência o relatório do Grupo de Trabalho sobre Ajustes Aduaneiros (*Working Party on Border Tax Adjustments*), de 1970. Este relatório sugere que problemas de interpretação acerca da similaridade de produtos devem ser resolvidos caso a caso, considerando-se: (1) as propriedades, a natureza e as qualidades dos produtos; (2) seus usos finais; (3) gostos e hábitos do consumidor; e (4) a classificação tarifária.

O painel anunciou, também, que tal análise levaria em conta as circunstâncias particulares do caso, bem como uma certa dose de discricionariedade. Talvez esse entendimento tenha levado à aplicação distorcida dos critérios anunciados acima.

Com efeito, o painel admitiu que fibras de amianto eram únicas em sua natureza e propriedades físicas. Entretanto, como o Artigo III se concentrava no acesso a mercado e na prevenção do protecionismo, bastaria que um produto pudesse comercialmente substituir outro para que fossem considerados similares. Não seria necessário que todas as propriedades físicas fossem iguais. O fato de os produtos em questão apresentarem propriedades semelhantes proporcionava usos finais comuns em alguns casos.

Além disso, na visão do painel, o “risco à saúde humana” do amianto em relação a outros produtos não poderia ser considerado para efeito de determinação de similaridade do Artigo III, sob pena de anular os efeitos do Artigo XX(b) do GATT, ao qual caberia regular a proteção da vida e da saúde humanas.

Os critérios dos gostos e hábitos dos consumidores e da classificação tarifária não foram realmente aplicados pelo painel. Este considerou que os

grupos de consumidores eram variados e que tal critério não era relevante no caso concreto. Finalmente, ainda que fibras de amianto e fibras de PVA, vidro e outros, tivessem classificação tarifária distintas, o painel considerou que esta diferença não era decisiva diante do fato de que as propriedades e os usos finais dos produtos em análise eram os mesmos em determinadas circunstâncias.

Logo, o painel decidiu que os produtos eram similares. O mesmo raciocínio foi aplicado ao cimento composto de fibras de amianto.

Após ter concluído que os produtos eram similares, o painel examinou se havia tratamento menos favorável.

O raciocínio empregado foi o da comparabilidade do tratamento conferido à fibra de amianto importada em relação aos produtos nacionais considerados similares (fibra de vidro, por exemplo), para determinar que o produto importado estava sujeito a tratamento menos favorável que o similar nacional. O painel não poderia comparar o amianto importado com o nacional porque a produção nacional também foi proibida pelo Decreto n. 96-1133. Conseqüentemente, para determinar se houve tratamento menos favorável ao produto similar importado, o painel considerou se produtos similares importados quaisquer também foram proibidos, bem como se havia quaisquer produtos similares nacionais permitidos. Se fosse este o caso, o produto importado proibido teria sofrido tratamento menos favorável em relação ao produto nacional permitido.

Portanto, o painel concluiu que a medida questionada violava o Artigo III:4 do GATT.

O Órgão de Apelação reverteu o entendimento do painel acerca da similaridade entre produtos. Após a reflexão acerca dos diversos significados da expressão “produtos similares” nos Acordos da OMC, o Órgão de Apelação analisou o uso dessa expressão no Artigo III do GATT, desenvolvendo raciocínio de grande importância para a jurisprudência da OMC.

O Órgão de Apelação comparou o sentido do termo “similar” (“like”) nos Artigos III:2 e III:4 do GATT. No Artigo III:2, há referência a “produtos similares” e também a “produtos diretamente concorrentes ou substituíveis”. No Artigo III:4, esta segunda linguagem está ausente. O sentido de “produtos similares” do Artigo III:4 deve refletir o princípio

geral do Artigo III:1, qual seja, o de impedir que os membros apliquem suas regulamentações de forma a afetar as relações de competitividade entre produtos nacionais e importados, com o fim de proteger a produção nacional. Logo, a similaridade do Artigo III:4 seria mais ampla do que a do Artigo III:2 – embora seja menor, em escopo, do que “produtos similares” combinado com “produtos diretamente concorrentes ou substituíveis” do Artigo III:2.

Com base nesse raciocínio, o Órgão de Apelação passou à interpretação da similaridade no caso concreto, conforme o entendimento de que tal análise deve ser feita caso a caso, utilizando os critérios que o painel já havia identificado e indicando que outros também poderiam ser aplicados.

Para o Órgão de Apelação, o painel errou ao reter-se nos dois primeiros critérios, misturando-os. O correto seria explorar todos os fatores, para então pesá-los e atribuir-lhes valor.

Além disso, e muito importante, o Órgão de Apelação determinou que o caráter cancerígeno e tóxico das fibras do amianto branco fazia parte de suas características físicas, e que a aplicação do fator de risco do produto ao Artigo III não anularia o exame do Artigo XX(b).

Os critérios de uso final e gostos e hábitos dos consumidores seriam de grande importância para o caso, destacando o foco do Artigo III:4 nas relações de competitividade. O painel teria errado ao não examinar esses fatores adequadamente.

Por essas razões, o Órgão de Apelação concluiu que as fibras de amianto branco (ou produtos à base de cimento contendo amianto branco) e fibras de outros produtos, como vidro (ou produtos à base de cimento contendo essas fibras), não eram similares para efeito do Artigo III:4.

A partir da constatação de que as propriedades físicas do amianto branco e de fibras de vidro eram diferentes, caberia ao Reclamante, no caso o Canadá, reunir provas suficientes de que havia uma “relação de competitividade” entre os produtos, e que estes preenchiam todos os critérios de similaridade. Como o Canadá não conseguiu comprovar a similaridade entre produtos, não convenceria da incompatibilidade da medida com o Artigo III:4 do GATT.

O Órgão de Apelação não adentrou a questão do “tratamento menos favorável” uma vez que os produtos foram considerados diferentes.

Pela primeira vez na história da OMC, um dos membros do Órgão de Apelação apresentou posição divergente dos demais – o que é permitido pelo ESC, desde que a opinião seja anônima. Segundo o membro dissidente, o Órgão de Apelação, ao completar a análise do painel nesse particular, dispunha de meios para caracterizar, de maneira definitiva, que fibras de asbestos não são similares a fibras de vidro. Em segundo lugar, este membro do Órgão de Apelação expressou “dúvida substancial” quanto à necessidade ou adequação de adotar interpretação econômica de “produtos similares” sob o Artigo III:4.

2.5.3 A defesa baseada no Artigo XX do GATT

O Artigo XX contém exceções gerais à aplicação das disciplinas comuns do GATT, que autorizam o descumprimento, por um membro da OMC, das obrigações assumidas no sistema multilateral de comércio. Trata-se dos casos em que o sistema reconheceu que outros objetivos podem estar acima da liberalização do comércio, como a proteção do meio ambiente, excluindo a aplicação do GATT.

Como dito anteriormente, uma das principais contribuições do caso “CE – Amianto” para a jurisprudência da OMC diz respeito à aplicação do Artigo XX de modo flexível. Isto possibilitou, pela primeira vez, que uma medida comercial tomada com o intuito de proteger a saúde pública fosse bem aceita pela OMC.

Artigo XX – Exceções Gerais

Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer membro, das medidas:

- (b) necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas de animais ou plantas.

O painel do caso “CE – Amianto” ajudou a cristalizar o entendimento do caso “EUA – Gasolina” de que a ordem de análise da conformidade da medida com o Artigo XX se dá da seguinte maneira:

(i) se a medida se encontra coberta por uma das exceções dispostas nos incisos (medida em si, *as such*);

(ii) se a medida satisfaz os requerimentos do caput do Artigo XX (medida tal como aplicada, *as applied*).

2.5.3.1 Artigo XX(b) do GATT

Apoiando-se no caso “EUA – Gasolina”, o painel do caso “CE – Amianto” determinou que, com relação ao Artigo XX(b), caberia ao Reclamado comprovar:

a) que a política que levou à medida restritiva ao comércio visa, de fato, a proteger a vida ou a saúde de pessoas, animais ou plantas; e

b) que a medida é necessária para preencher os objetivos da política.

Com base nos elementos acima, o painel avaliou que, naquele caso específico, três elementos deveriam ser considerados na análise de conformidade da medida ao Artigo XX(b): a existência de um risco para a saúde humana; o nível de proteção que o país pretende atingir; e a existência de outras medidas compatíveis, ou menos incompatíveis, com o GATT que possibilitem atingir o objetivo de proteger a saúde pública da mesma maneira.

O painel ressaltou, porém, que o segundo elemento relacionado estaria excluído do escopo da análise na OMC, pois os membros da OMC são livres para escolher o grau de proteção da saúde.

2.5.3.1.1. Adequação da política

A política a ser analisada pelo Artigo XX(b) deve ter por objetivo proteger a vida ou a saúde de pessoas, animais ou plantas.

Em “CE – Amianto”, o painel entendeu que o termo “proteção” implicava a existência de um “risco à saúde”. Portanto, para determinar se a política em questão se enquadrava no rol de políticas designadas para proteger a vida ou a saúde, era preciso avaliar se o uso do amianto branco implicava ou não dano à saúde.

O painel observou que o risco estava presente pelo fato de o caráter carcinogênico do amianto branco ser reconhecido por organizações internacionais e ter sido confirmado pelos especialistas consultados pelo painel. Haveria risco, também, devido à possibilidade de dispersão de grandes quantidades de fibras para operários e consumidores. Para o painel, as Comunidades Européias tiveram êxito em estabelecer um caso *prima facie* de que o amianto branco e produtos que o contêm envolvem riscos à saúde. Nesse sentido, a política que proíbe amianto branco encontra-se no rol das políticas designadas para proteger a vida ou a saúde humana.

O Órgão de Apelação defendeu esse entendimento do painel quando o Canadá o contestou na apelação.

2.5.3.1.2. Necessidade da medida

Uma das principais contribuições do caso “CE – Amianto” diz respeito ao “teste de necessidade da medida” do Artigo XX(b). A medida que restringe o comércio deve ser “necessária” para a proteção da vida ou da saúde de pessoas, animais e plantas.

A análise do painel recaiu sobre a proibição das importações de amianto branco, e sobre o uso estimulado de fibras substitutas.

O painel anunciou que seguiria a interpretação, utilizada em casos anteriores, de que a medida seria considerada necessária se não houvesse medida alternativa compatível com o GATT, ou menos incompatível com este, que estivesse razoavelmente disponível para atingir os objetivos de política de saúde almejados. O painel passou, então, a examinar o escopo dos objetivos de saúde pretendidos pela França, para então considerar a existência de medidas alternativas que estivessem mais em conformidade com o GATT.

Quanto ao escopo do risco, o painel observou que o risco à saúde originado pelo amianto era muito alto, pois este pode causar câncer incurável. Ademais, os campos de atividade envolvidos seriam muitos, e a parcela da população potencialmente afetada muito ampla. Diante da constatação de que o objetivo da França era impedir a disseminação de um risco, o painel considerou que esse objetivo justificava a adoção de “medidas estritas”.

No tocante à existência de medidas alternativas, o painel analisou a sugestão do Canadá, de adotar medidas para o uso controlado do amianto.

Para o painel, a determinação de se o uso controlado seria uma alternativa razoavelmente disponível deveria considerar “a realidade administrativa e econômica” do país, tendo em conta que o governo deve ter condições de implementar tais medidas alternativas.

O painel avaliou se o uso controlado seria suficientemente efetivo, à luz dos objetivos de política de saúde pública adotados pela França, e se se tratava de medida razoavelmente disponível. Com relação à efetividade, o painel concluiu que a efetividade do uso controlado do amianto não foi comprovada, concluindo que o uso controlado não promoveria a proteção adequada. O painel observou, ainda, que os padrões internacionais citados pelo Canadá para apoiar a idéia do uso seguro do amianto também sugeriam que produtos substitutos fossem empregados sempre que possível. Sendo assim, o painel concluiu que as Comunidades Europeias comprovaram que não havia medida razoavelmente disponível à proibição das importações de amianto.

Logo, o painel foi da opinião de que a medida questionada estava justificada pelo Artigo XX(b) do GATT, passando a analisá-la conforme os requisitos do *caput* do Artigo XX do GATT.

O Canadá apelou das conclusões do painel com relação à “necessidade da medida”.

Primeiramente, o Canadá alegou que o painel teria errado ao concluir que produtos de amianto implicavam risco à saúde, o que foi prontamente rejeitado pelo Órgão de Apelação.

O Canadá argumentou, também, que o painel deveria ter quantificado o risco. Este argumento foi recusado porque, para o Órgão de Apelação, painéis não têm essa obrigação, além do que o painel não se fixou em meras hipóteses, mas avaliou a natureza do risco em questão.

O Canadá questionou, ainda, o entendimento do painel de que a medida brecaria a disseminação do risco à saúde, sem considerar os riscos trazidos pelos produtos substitutos. O Órgão de Apelação manteve a posição do painel de que os riscos causados por quaisquer substitutos eram menores que os do amianto.

Finalmente, o Canadá atacou a decisão do painel de que o uso controlado não seria medida alternativa à proibição total das importações de amianto. O Órgão de Apelação deixou claro que o exame da medida

alternativa, conforme a jurisprudência da OMC, pressupõe que esta estivesse razoavelmente disponível para atingir os objetivos de políticas públicas. Além disso, seria importante considerar até que ponto a medida alternativa contribui para o objetivo almejado.

Nesse sentido, e aí está a grande contribuição do caso “CE – Amianto”, quanto mais relevante for a política perseguida, mais fácil será provar que a medida é necessária para cumprir esses objetivos. No caso em questão, a preservação da vida e da saúde humanas pela eliminação de um risco que ameaça a vida constitui valor vital e importante no mais alto grau.

Ao ressaltar que era preciso levar em conta a extensão da contribuição da medida para a consecução dos objetivos perseguidos, o Órgão de Apelação confirmou o abrandamento do teste de necessidade adotado pelo painel. Quanto mais vitais ou importantes os interesses ou valores em jogo, mais fácil seria aceitar como necessárias as medidas restritivas ao comércio para atingir tais fins. Esse posicionamento leva a crer que há vários níveis de interpretação da necessidade da medida, dependendo da importância dos interesses ou valores a que a medida serve.

O Órgão de Apelação, por fim, concordou com o painel que a efetividade do uso controlado não foi demonstrada, concluindo que esta não poderia ser considerada medida alternativa à proibição total das importações de amianto.

Portanto, o Órgão de Apelação manteve a conclusão de que a medida se encontrava coberta pelo Artigo XX(b).

2.5.3.2. O caput do Artigo XX do GATT

Como se disse anteriormente com relação ao caso EUA – Gasolina, a conformidade da medida com o *caput* do Artigo XX é analisada apenas com relação às medidas que preenchem os requisitos das disposições específicas. O *caput* estabelece requisitos de forma, e tem a função de impedir o uso abusivo das exceções do Artigo XX.

No caso “CE – Amianto”, somente o painel examinou a adequação da medida ao *caput* do Artigo XX, pois esta matéria não foi apelada. O painel identificou dois elementos a serem analisados:

- se a medida foi aplicada de modo a constituir meio de discriminação arbitrária ou injustificada entre países onde existem as mesmas condições; e
- se a medida consistiria em restrição disfarçada ao comércio internacional.

2.5.3.2.1 Discriminação arbitrária ou injustificada

Na visão do painel, seria preciso identificar se, na aplicação da medida, haveria discriminação que fosse arbitrária e/ou injustificada entre países onde existem as mesmas condições.

Apoiando-se no caso “EUA – Gasolina”, o painel afirmou que o *standard* de discriminação do Artigo XX era diferente do aplicado ao Artigo III, caso contrário, o *caput* do Artigo XX perderia sentido. Assim, era irrelevante o fato de ter-se verificado discriminação, ou seja, tratamento menos favorável ao produto importado que violava o Artigo III:4 do GATT.

O painel considerou que a expressão “entre países onde existem as mesmas condições” poderia ser entendida como “entre países fornecedores”. Esse tipo de discriminação não existia porque o Decreto francês em questão proibia a produção interna de amianto, bem como a importação de qualquer origem. Além disso, o Canadá não apresentou evidências suficientes de que a medida foi aplicada de maneira discriminatória nos termos no *caput* do Artigo XX (apenas no âmbito do Artigo III:4).

Portanto, o painel concluiu que a medida não foi aplicada de modo a constituir discriminação arbitrária ou injustificada entre países onde existem as mesmas condições.

2.5.3.2.2. Restrição disfarçada ao comércio

O painel do caso “CE – Amianto” atentou para o fato de que não é relevante a determinação de que a medida constitui “restrição ao comércio internacional”. Isso porque todas as medidas analisadas no âmbito do Artigo XX do GATT são, desde logo, restrições ao comércio, tidas como contrárias a disposições do GATT. O termo decisivo seria “disfarçada”. “Disfarçada” teria o sentido, entre outros, de “dissimulada”, “enganosa”. Uma medida que satisfaz os requisitos do Artigo XX(b) seria abusiva se constituísse disfarce para ocultar objetivo de restringir o comércio.

Seguindo a orientação do caso “EUA – Gasolina”, o painel considerou que “restrição disfarçada” incluía a discriminação disfarçada, e que a determinação de se a medida constitui meio de discriminação arbitrária ou injustificável deveria ser levada em conta.

O painel também observou se a medida possuía estrutura protecionista, conforme o critério do “desenho, arquitetura e estrutura aparente da medida” aplicada em casos anteriores da OMC. Ao realizar esta tarefa, o painel não encontrou indicações de que a medida tinha objetivos protecionistas. Isto teria sido confirmado pelo Canadá, que admitiu que a medida foi imposta em meio ao pânico na população francesa devido aos riscos que o uso do amianto envolvia. Para o painel, o fato de existir produção nacional do produto similar não seria evidência de protecionismo da medida.

2.6 Considerações finais

O Canadá alegou que, mesmo se a medida não violasse nenhuma regra da OMC, ela prejudicava seus benefícios perante o GATT, conforme o Artigo XXIII:1(b):

Anulação ou menoscabo:

1) Se uma parte contratante considerar que qualquer benefício direta ou indiretamente derivado desse Acordo for anulado ou prejudicado, ou os objetivos do Acordo foram impedidos de serem atingidos como resultado de:

(b) aplicação, por outra parte contratante, de qualquer medida, que conflite ou não com as disposições desse Acordo.

O painel rejeitou dois argumentos das Comunidades Europeias relacionados à não-aplicabilidade desse dispositivo do GATT: que este seria aplicável apenas aos casos em que a medida não pudesse ser enquadrada em nenhuma regra do GATT; e que não poderia haver “expectativas legítimas”, nos termos desse artigo, com relação a medidas tomadas para proteger a vida e a saúde humanas justificadas pelo Artigo XX(b) do GATT.

Quanto à queixa do Canadá, o painel entendeu que, em caso de reclamação de não-violação, o ônus da prova recairia estritamente sobre o

Reclamante, a quem caberia apresentar uma “justificação detalhada” dos seus argumentos.

Conforme casos anteriores da OMC que lidaram com a não-violação, o painel fez referência a três elementos que deveriam ser comprovados pelo Reclamante:

- a aplicação da medida;
- a existência de benefício a ser fruído no âmbito do Acordo;
- a anulação ou menoscabo desse benefício em razão da aplicação da medida.

Segundo o painel, o primeiro aspecto estaria satisfeito – as partes não discordaram que o Decreto foi aplicado, de fato, pela França.

Com relação ao terceiro elemento, o painel aplicou o seguinte critério: haveria anulação ou menoscabo se a medida tivesse o efeito de alterar a relação de competitividade entre o amianto e produtos que contêm amianto canadenses, e fibras substitutas e produtos que as contêm. O painel considerou, nesse ponto, que a natureza da medida, de constituir proibição total das importações, gerava a presunção de que a relação de competitividade foi alterada, pois se negava qualquer possibilidade de competição entre produto nacional e importado.

No que concerne ao segundo elemento, o painel observou que o Canadá fez concessões tarifárias em 1947, 1962 e ao final da Rodada Uruguai, e que a França já adotava políticas para responder aos problemas de saúde criados pelo amianto antes de adotar o Decreto ora questionado – inclusive antes do final da Rodada. Nesse contexto, o painel considerou que o Canadá não forneceu “explicação detalhada” das razões pelas quais esse país não poderia ter razoavelmente antecipado que a França adotaria medidas que restringissem o uso do amianto. Ao contrário, o Canadá teria condições de saber que medidas fortes seriam aplicadas; havia um “contexto” para tanto, tendo-se em vista que as pesquisas descobriam mais riscos à saúde relacionados ao amianto.

Como o Canadá não cumpriu o segundo requisito de não-violação, o painel rejeitou sua reclamação sob o Artigo XXIII:1(b) do GATT.

O Canadá não apelou das conclusões do painel. Em sede de apelação, as Comunidades Europeias contestaram a decisão do painel de rejeitar seus

argumentos de não-aplicabilidade do Artigo XXIII:1(b) ao caso em tela. O Órgão de Apelação apoiou o entendimento do painel.

Para tanto, primeiramente fez referência ao intuito do Artigo XXIII:1(b), que é o de permitir reclamações à OMC em relação aos casos em que o aumento da competitividade que se pode legitimamente esperar com as concessões tarifárias é frustrada por medida que é compatível com o GATT. O Órgão de Apelação esclareceu, contudo, que este remédio deve ser aplicado em casos excepcionais.

De acordo com o Órgão de Apelação, também, o Artigo XXIII:1(b) é aplicável ainda que a medida esteja em “conflito” com alguma disposição do GATT, e a todos os tipos de medida, inclusive as relacionadas à saúde.

REFERÊNCIAS

CHOI, Won-Mog. **“Like products” in international trade law – towards a consistent GATT/WTO Jurisprudence.** Oxford:Oxford University Press, 2003.

CONE III, Sydney M. The asbestos case and dispute settlement in the World Trade Organization: the uneasy relationship between panels and the appellate body. **Michigan Journal of International Law**, v. 23, n. 1, p. 103-142, 2001.

FOOTER, Mary; ZIA-ZARIFI, Saman. EC-Asbestos: the World Trade Organization on trial for its handling of occupational health and safety issues. **Melbourne Journal of International Law**, v. 3, n. 1, p. 120-142, 2002.

HOFFMANN, Ulrich. **Specific trade obligations in multilateral environmental agreements and their relationship with the rules of the Multilateral Trading System – a developing country perspective.** UNCTAD, 2003 (não publicado).

HORN, Henrik; WEILER, Joseph. **EC-Asbestos. The WTO Case Law of 2001.** Cambridge: Cambridge University Press, p. 14-40, 2003.

HOWSE, Robert; TUERK, Elisabeth. The WTO impact on internal regulations: a case study of the Canada – EC Asbestos dispute. In **The EU**

and the WTO: legal, and constitutional issues. Oxford: Hart Publishing, 2001.

MARCEAU, Gabrielle; STILWELL, Matthew. **Practical suggestions for amicus curiae briefs before WTO adjudicating bodies.** *JIEL* v. 4, n. 1, p. 155-187, 2001.

SMITH, Jeffrey. The Asbestos Case at the World Trade Organization: the treatment of public health regulations under the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 and the Agreement on Technical Barriers to Trade. **Tulsa Journal of Comparative & International Law** 1, 2002.

ZONNEKEYN, Geert A. The Appellate Body's communication on amicus curiae briefs in the Asbestos Case: an Echternach Procession?. **Journal of World Trade**, v. 35, n. 3, p. 553-563, 2001.

1 *Vide* Parte V, Capítulo 1, deste livro.

2 Para mais informações sobre *amicus curiae briefs*, ver Parte II, Capítulo 3, deste livro.

3 COMÉRCIO INTERNACIONAL E BIOTECNOLOGIA: O CASO EC – BIOTECH

Elaini Cristina Gonzaga da Silva

Mestre e doutoranda em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo; pesquisadora do Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento (IDCID).

Rodrigo C. A. Lima

Mestre em Direito, área de relações internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina; gerente-geral do Instituto de Estudos do Comércio e Negociações Internacionais (Icône).

William Filgueiras

Especialista em Administração de Empresas pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas; participou do programa de capacitação para advogados perante a missão permanente do Brasil em Genebra; advogado consultor em Direito Público e Direito Internacional.

3.1 Introdução

Este artigo tem por objetivo apresentar alguns aspectos do caso *EC – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (EC – Biotech)* relativos à tentativa europeia de justificar as barreiras não tarifárias que restringiram certos produtos derivados da biotecnologia, com base no Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança (Protocolo de Cartagena), na Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) e, de forma mais ampla, no princípio da precaução. Embora a Comunidade Europeia (CE) tenha buscado esta interpretação, o painel definiu requisitos que não puderam ser preenchidos no presente caso, de forma que as medidas questionadas foram analisadas somente em vista da regulamentação dos Acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Enquanto terceiro maior produtor mundial de produtos agrícolas geneticamente modificados, o interesse do Brasil levou-o a participar como terceira parte da disputa. Ao longo dos procedimentos, contudo, o país não se manifestou acerca das questões sobre as quais o painel deveria decidir. Entende-se que este comportamento se deve à indefinição da política interna sobre os organismos geneticamente modificados (OGMs). Apesar disso, seria importante participar da controvérsia ainda que timidamente.

Para apresentar esta questão, o artigo é dividido em três partes, além desta introdução. Na primeira parte, procede-se à apresentação do desenvolvimento da disputa e das medidas questionadas. Em seguida, descrevem-se os argumentos das partes da disputa e do painel relativos à interpretação das medidas de acordo com normas de direito internacional produzidas fora do âmbito da OMC. Procede-se, então, à descrição da decisão do painel com relação às medidas questionadas. Por fim, são apresentadas algumas considerações gerais sobre o caso e sobre a participação do Brasil em referido contencioso.

3.2 Desenvolvimento da disputa

A disputa teve início em maio de 2003, quando Argentina, Canadá e Estados Unidos da América (EUA) apresentaram pedido de consultas em face da CE sobre determinadas medidas comunitárias que afetavam a

comercialização de algumas espécies de cultivares geneticamente modificados¹. Austrália, Brasil, Chile, Colômbia, Índia, México, Nova Zelândia e Peru solicitaram o direito de participação como terceiros interessados².

Visto que as partes não alcançaram solução satisfatória mutuamente acordada durante as consultas, em agosto de 2003, foi estabelecido um único painel para julgar os três casos, de acordo com os termos do artigo 9 do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC). O relatório do painel foi liberado publicamente somente em setembro de 2006, mais de três anos após seu estabelecimento.

O prazo para apelação decorreu sem que alguma das partes manifestasse interesse em prosseguir. Em dezembro de 2006, a CE anunciou seu interesse em implementar as recomendações do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC). Como as partes não chegaram a um acordo sobre qual seria o período razoável de tempo (artigo 21.3(b) do ESC), no final de janeiro de 2007, as partes notificaram acordo pelo qual tal período será determinado por arbitragem, que deverá terminar no prazo de sessenta dias após a escolha do árbitro (artigo 21.3 (c) do ESC)³.

As medidas questionadas pelos demandantes podem ser classificadas em três conjuntos:

- (i) o regime aplicado pela CE, desde 1998, que suspendeu a aprovação de novos produtos derivados da biotecnologia (moratória de fato);
- (ii) a moratória aplicada pela CE a alguns produtos em específico sobre 27 produtos OGMs;
- (iii) as regulamentações específicas dos membros das CE, como Áustria, França, Alemanha, Itália e Luxemburgo, que proibiram a comercialização, e a Grécia que proibiu a importação de produtos OGMs, mesmo após aprovados em âmbito comunitário.

Essas medidas foram regulamentadas pela Diretiva 2001/18 e sua antecessora, a Diretiva 90/220, que tratavam da etiquetagem (rotulagem) e da rastreabilidade de organismos geneticamente modificados (OGMs) e

alimentos produzidos à base de OGMs no meio ambiente, e pelo Regulamento n. 258/97, que regula novos alimentos e ingredientes⁴. A CE alegava que seu regime visava a proteger a saúde humana e o meio ambiente, o que exigia fosse feita uma análise de risco caso a caso, para depois permitir a liberação comercial de produtos derivados de OGMs.

Esse regime aplicado pela CE para aprovar produtos OGMs pôde ser considerado em face do Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (*Sanitary and Phytosanitary Agreement*, ou SPS), pois tinha estreita relação com a proteção da saúde (Diretivas 90/220 e 2001/18). A preocupação com riscos desconhecidos, com a possibilidade de reações alérgicas ou tóxicas, e o consumo de variedades que contenham genes resistentes a antibióticos são claramente questões ligadas à segurança dos alimentos (*food safety*), objeto do SPS.⁵

3.3 Demanda européia por interpretação mais ampla das medidas questionadas

Os argumentos dos três demandantes podem ser resumidos da seguinte forma:

- (i) desde outubro de 1998 o sistema da CE para análise e aprovação de produtos OGMs foi suspenso;
- (ii) a moratória não foi aplicada de maneira transparente, visto que não foi publicada em nenhum jornal oficial e foi reconhecida por oficiais da CE;
- (iii) vários produtos barrados pelas medidas específicas de alguns dos países da CE tiveram pareceres positivos dos comitês científicos da CE; e
- (iv) a CE não justificou o atraso no processo de consideração e aprovação de novos produtos, o que configurou atraso injustificado (*undue delay*)⁶.

De acordo com os três demandantes, tanto a moratória de fato como as específicas dos membros da CE eram contrárias ao SPS. O Canadá e a Argentina ainda alegaram violações ao Acordo sobre Barreiras Técnicas ao

Comércio (Technical Barriers to Trade, ou TBT), de forma alternativa. Além do fato de tratar de um tema nunca antes levado ao OSC, o caso *EC – Biotech* é bastante complexo no tocante a análise jurídica.

Em sua defesa, a CE alegou que as medidas questionadas não poderiam ser interpretadas somente com base no SPS. Para a CE, a correta interpretação do balanço de direitos e obrigações dos membros perante os Acordos da OMC, no caso o SPS, deveria ser feita juntamente com o Protocolo de Cartagena, a CDB e o princípio da precaução, o qual alegava constituir princípio de direito internacional geral. Esta visão encontraria apoio na decisão do caso *US – Gasoline*.

Para analisar essa questão, o painel estabeleceu duas categorias: a primeira incluiria a aplicação de outras normas do direito internacional como elemento interpretativo a ser levado em consideração como contexto, nos termos do artigo 31:3(c) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (“Convenção de Viena”); e a segunda compreenderia a utilização de normas de direito internacional como evidência do significado ordinário das palavras interpretadas (artigo 31:1 da Convenção de Viena).

No que se refere à análise da primeira categoria, a CE citou como normas relevantes o Protocolo de Cartagena e a Convenção sobre Diversidade Biológica. O primeiro foi ratificado apenas pela própria CE; assinado pela Argentina e pelo Canadá; e os EUA não chegaram nem mesmo a assiná-lo. A CDB foi assinada e ratificada por CE, Argentina e Canadá; e apenas assinada pelos EUA.

De acordo com a CE, a relação entre o Protocolo de Cartagena e outros acordos internacionais seria definida pelas três últimas cláusulas preambulares. Estas afirmam o conceito de mútuo apoio entre os acordos sobre comércio e os sobre meio ambiente; que o Protocolo não deveria ser interpretado de forma a implicar modificação de direitos e obrigações das partes; e que isso não significa que o instrumento está subordinado a outros acordos.

Embora o Protocolo de Cartagena não tenha sido suscitado em outros casos levados ao mecanismo de solução de controvérsias da OMC, haveria fundamento para considerar que o Protocolo e o SPS estavam tão intimamente ligados que, na medida do possível, deveriam ser interpretados

e aplicados de modo compatível um com o outro. Não haveria nenhuma incompatibilidade *a priori*.

Os EUA e o Canadá alegaram que, além do SPS e do TBT, não havia nenhum acordo internacional vinculante que fosse relevante para a controvérsia. Além disso, os EUA indicaram que os termos de referência do painel faziam menção apenas aos acordos abrangidos. Nesse sentido, qualquer acordo externo à regulamentação da OMC não deveria ser utilizado para interpretação do caso, com exceção dos casos baseados no artigo 3.2 do ESC. Ainda assim, estas regras deveriam ser utilizadas apenas para esclarecer as disposições dos acordos abrangidos de acordo com as regras internacionais consuetudinárias, as quais seriam refletidas no artigo 31 da Convenção de Viena.

Para o Canadá, a única norma de direito internacional não abrangida pela OMC que poderia ser relevante para o caso seria a Convenção Internacional de Proteção Vegetal (CIPV) de 1979. Ademais declarou que, para ser considerada nos termos do artigo 31:3 da Convenção de Viena, deveria ser aplicável na relação entre todos os membros da OMC.

Os dois demandantes alegaram que o próprio Protocolo afirmava que não deveria ser interpretado de modo a ocasionar modificação dos direitos e obrigações das partes originadas de outros acordos internacionais.

A Argentina, por sua vez, centrou-se mais em aspectos formais e afirmou que as normas citadas pela CE não preenchiam os requisitos presentes no artigo 31 da Convenção de Viena.

O painel iniciou sua análise com algumas observações gerais sobre a aplicação das regras de interpretação presentes na Convenção de Viena e na jurisprudência da OMC. A partir da redação presente na Convenção (tanto no artigo 31 como em outros), o painel decidiu que, para levar em consideração uma norma nos termos do artigo 31:3(c) da Convenção de Viena, ela precisaria vincular todos os membros da OMC envolvidos na disputa. Na opinião do painel, esta regra “ensures or enhances the consistency of the rules of international law applicable to these States and thus contributes to avoiding conflicts between the relevant rules” (§7.70 do relatório). Para o painel, adotar posição diversa, ou seja, de que a norma não precisava vincular todos os membros da disputa, como defendido pela CE,

seria contrário à soberania dos EUA, que escolheram não se vincular àquela norma.

Tomada esta decisão, o painel rejeitou a utilização tanto da Convenção sobre Diversidade Biológica quanto do Protocolo de Cartagena para interpretação das medidas questionadas⁷.

O painel passou, então, à análise da utilização do princípio da precaução. Para a CE, este princípio já poderia ser considerado um princípio de direito internacional geral, visto que havia sido inserido em diversos acordos posteriores à sua adoção pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1982 e em ordenamentos nacionais de membros da OMC⁸.

Com relação a esse ponto, os EUA indicaram que a CE não havia identificado como o princípio da precaução deveria ser utilizado no caso concreto. Além disso, já haviam tentado, sem sucesso, alegar o mesmo princípio no caso *EC – Hormones*. O princípio da precaução não poderia ser considerado uma norma de direito internacional porque não haveria uma formulação única de seu conteúdo.

Para o painel, a CE não havia explicado especificamente o que significava princípio geral de direito internacional. Deste modo, como poderia ser interpretado de modo a incluir tanto regras de direito consuetudinário quanto princípios de direitos ou ainda ambos, o painel decidiu analisar se qualquer das hipóteses poderia ser verificada – o que considerou posição compatível com a posição da CE no caso *EC – Hormones*.

Verifica-se que o painel baseou sua decisão no relatório do Órgão de Apelação no caso dos hormônios, no qual reconheceu que o princípio da precaução é objeto de grande debate entre operadores jurídicos, dentre os quais há quem o reconheça como princípio de direito internacional consuetudinário, mas:

Whether it has been widely accepted by Members as a principle of general or customary international law appears less than clear. We consider, however, that it is unnecessary, and probably imprudent, for the Appellate Body in this appeal to take a position on this important, but abstract, question. We note that the Panel itself did not make any definitive finding with regard to the status of the precautionary principle in

international law and that the precautionary principle, at least outside the field of international environmental law, still awaits authoritative formulation.

O painel do caso *EC – Hormones* reconheceu que o princípio não havia sido incluído expressamente no SPS como justificação de medida incompatível com o acordo, mas era refletido no artigo 5.7 deste. O painel, no entanto, esclareceu que o artigo 5.7 não exauria incorporação do princípio da precaução no SPS. Neste sentido, por exemplo, a sexta cláusula preambular e o artigo 3.3 também poderiam ser considerados como seu reflexo. Porém, qualquer painel deveria supor que os governos agem normalmente com prudência e precaução quando há riscos irreversíveis. Por fim, em sua opinião, que o princípio, em si, não excluía a obrigação de utilizar princípios comuns de interpretação de tratados.

Diante dos argumentos das partes e das evidências que lhe foram apresentadas, o painel do caso *EC – Biotech* decidiu que ainda não está claro qual o *status* do princípio da precaução⁹. Por essa razão, o painel julgou prudente não tentar resolver esta questão, especialmente porque não seria necessário. Desse modo, o painel decidiu que, na análise das medidas questionadas, não se manifestaria sobre a questão.

Ao longo da decisão, o painel voltou a fazer referência ao princípio da precaução para análise das medidas específicas adotadas pelos membros em face do artigo 5.7 do SPS. Nesse ponto, contudo, decidiu que, tal como realizado no caso *Japan – Agricultural Products II*, o artigo 5.7 reflete o princípio da precaução e este não foi inserido no SPS como possível justificativa de medida incompatível com as obrigações dos membros. Ficou decidido, portanto, que o painel não faria a análise das medidas questionadas exclusivamente em face daquele princípio.

No que se refere à análise da segunda categoria, a CE indica que essa forma de utilização foi realizada na decisão do Órgão de Apelação no caso *US – Shrimp*. O painel recorda que o sentido ordinário das palavras presentes nos tratados é definido, em geral, com recurso a dicionários. Para esse fim, também seria possível recurso a outras normas de direito internacional, as quais seriam consideradas não como normas, mas como evidência de significados (ou seja, tal como dicionários). Embora o painel

considerasse isso possível, portanto, ressaltou que não era obrigado a recorrer a outras normas para interpretação dos termos dos tratados em discussão se considerasse que eles poderiam ser interpretados com referência a outros elementos – posição que julgou coerente com a decisão do caso *US – Shrimp*.

No caso concreto, o painel afirmou ter questionado à CE quais normas deveriam ser utilizadas e como. Apesar de citar a Convenção sobre Diversidade Biológica e o Protocolo de Cartagena, a CE não deixou claro como isso deveria ocorrer. O painel decidiu, portanto, que “we did not find it necessary or appropriate to rely on these particular provisions in interpreting the WTO agreements at issue in this dispute”. Deste modo, quando o painel analisou a compatibilidade das medidas específicas questionadas com o artigo 5.7 do SPS, não levou em consideração nenhum acordo que não fosse abrangido ou incorporado pela OMC¹⁰.

Outra possibilidade aventada pela CE para justificação das medidas questionadas baseava-se no artigo XX do GATT 1994. Essa argumentação, contudo, não foi apresentada de modo elaborado. De fato, a CE destinou apenas poucas linhas para afirmar que, na eventualidade da condenação das medidas questionadas, estas seriam justificadas pelo artigo XX, mas sem identificar qual alínea seria aplicável e sem apresentar provas da observância dos requisitos presentes na alínea e no *caput* do referido artigo.

Tanto a Argentina como o Canadá alegaram que, deste modo, a CE não havia cumprido o ônus de comprovar a observância dos requisitos do artigo XX, razão pela qual o painel deveria rejeitar esse possível argumento. A CE não se manifestou sobre esta questão.

Embora o painel não se tenha manifestado sobre a aplicação do artigo XX para justificação das medidas, não explicou o porquê. Isso vai de encontro à obrigação presente no artigo 7.2 do ESC de que os painéis devem considerar as disposições relevantes dos acordos abrangidos invocadas pelas partes da disputa.

A inconsistência da defesa europeia com base no artigo XX do GATT pode ser explicada em razão da presunção criada pelo artigo 2.4 do SPS. De acordo com este artigo, as medidas sanitárias e fitossanitárias que estejam em conformidade com as disposições relevantes do acordo devem ser consideradas em conformidade com as disposições do GATT-1994 que se

referem ao uso de medidas como, por exemplo, as sanitárias e fitossanitárias, em especial as disposições do artigo XX(b).

Desse modo, a única alternativa que a CE teria seria recorrer ao artigo XX(g). Esta alínea, contudo, estabelece como requisito a imposição de medidas de restrição ao consumo ou à produção no âmbito interno do membro justificado. Como as medidas não eram aplicadas para os produtos originais da CE, esta defesa dificilmente teria sucesso¹¹.

3.4 A decisão do painel sobre as medidas questionadas

Embora o relatório do painel tenha mais de 2.000 páginas, alguns temas que pareceriam lógicos num caso sobre OGMs não foram analisados, por exemplo:

- a) se os produtos OGMs são, no geral, seguros ou não;
- b) se os produtos derivados de OGMs são similares aos produtos convencionais; e
- c) as conclusões dos órgãos científicos da CE sobre a segurança dos alimentos geneticamente modificados.

As questões sobre as quais o painel de fato se manifestou foram as seguintes:

- (i) se a moratória geral imposta pela CE sobre a aprovação de OGMs era compreendida pelo SPS;
- (ii) se a moratória aplicada a alguns produtos em específico, pela qual as CE deixaram de avaliar 27 produtos OGMs, eram compatíveis com os acordos abrangidos; e
- (iii) se as medidas de salvaguarda aplicadas por membros da CE que proibiam os produtos derivados da biotecnologia eram compatíveis com os acordos abrangidos.

O primeiro ponto importante da condenação tem relação com o fato de o painel ter entendido que a CE efetivamente aplicou uma moratória de fato

sobre a aprovação de produtos OGMs entre junho de 1999 e 29 de agosto de 2003, data do estabelecimento do painel. O painel entendeu que, embora a moratória não se configurasse uma medida sanitária ou fitossanitária, ela afetava a operação e a aplicação dos procedimentos para aprovação de OGMs, de modo que poderia ser analisada em face do SPS¹².

As moratórias específicas de determinados produtos eram medidas semelhantes à moratória de fato, pois tratavam do regime de aprovação de produtos OGMs. Por isso, da mesma forma, não eram medidas sanitárias ou fitossanitárias. O painel, no entanto, analisou os registros de vinte e sete pedidos de aprovação de OGMs e entendeu que, em vinte e quatro deles, houve atrasos injustificados (*undue delays*), o que contrariava o artigo 8 e o Anexo C do Acordo.

A condenação baseada no artigo 8 do SPS, que trata dos chamados atrasos injustificados, merece destaque dentre as decisões do painel, pois é um assunto corriqueiro no funcionamento do SPS e nas reuniões do Comitê¹³. *A falta de evidências científicas tem relação com esta prática.*

Um dos argumentos dos EUA contra a moratória foi justamente o sistema adotado pela CE, que suspendeu a consideração dos pedidos de análise de novos produtos e sua aprovação. De acordo com os EUA, seria difícil imaginar uma situação que envolvesse atrasos injustificados mais do que a completa moratória aplicada pela CE¹⁴.

Os chamados atrasos injustificados são centrais para o funcionamento do SPS. Estes se configuram quando um membro demora para analisar um pedido de autorização para importação ou não responde às consultas informais feitas por outro membro (*specific trade concerns*) durante uma reunião do Comitê do SPS.

Os *undue delays* têm relação com todo o funcionamento das medidas sanitárias e fitossanitárias, que devem ser fundamentadas em um mínimo de evidências científicas (artigo 2.2 do SPS) e, naturalmente, seguir o princípio da transparência (artigo 7 do SPS).

Para os demandantes, a CE não apresentou provas científicas que justificassem a moratória. Alguns produtos foram até mesmo testados e aprovados pelos órgãos científicos europeus. A resistência da CE em autorizar certos OGMs sem provas que justificassem essa medida e o fato

de permitir a aprovação de novos produtos não OGMs constituíam um caso de atraso injustificado.

Dessa forma, a CE contrariava o artigo 8 do SPS, que trata do controle, inspeção e procedimentos de aprovação, e seu Anexo C, que detalha as obrigações dos membros em relação a esses procedimentos, prevendo a necessidade de que “tais procedimentos sejam realizados e concluídos sem demoras indevidas e de forma não menos favorável aos produtos importados do que aos produtos nacionais similares” (cf. parágrafo 1: a do Anexo C¹⁵).

O painel entendeu que a moratória *de facto* aplicada pela CE impedia a aprovação individual de produtos sem demoras injustificadas, o que contrariava o artigo 8 do SPS e seu Anexo C.

Com relação ao outro conjunto de medidas questionadas, Áustria, Bélgica, França, Alemanha, Itália e Luxemburgo aplicaram medidas de salvaguarda específicas que proibiam OGMs previamente autorizados pela CE. O objetivo dessas restrições – proteção da saúde e do meio ambiente diante de possíveis riscos – faz parte do SPS. O painel, no entanto, ressaltou que os próprios órgãos científicos da CE deram pareceres favoráveis aos produtos, o que, juntamente com a opinião do grupo de peritos que auxiliou o painel, reforçava a condenação às medidas aplicadas pelos membros da CE.

Dessa forma, para o painel as evidências científicas eram suficientes para demonstrar que os produtos em questão eram seguros, uma vez que tinham o respaldo do Comitê Científico da CE e, por isso, não se mostrava necessária a realização de outras análises de riscos, o que poderia justificar a medida com base no artigo 5.7 do SPS, relativo à aplicação de medidas provisórias.

A CE defendia que as medidas questionadas deveriam ser analisadas de acordo com o artigo 5.7 do SPS e não o 5.1. Isso porque o primeiro se referiria às medidas provisórias adotadas diante de inexistência de evidência científica sobre os perigos dos produtos restringidos. Além disso, o artigo criaria um direito e não uma exceção às regras do acordo.

O painel decidiu, nesse caso, que se as medidas fossem julgadas compatíveis com o artigo 5.7 não haveria necessidade de analisá-las com

base no artigo 5.1; mas, se fossem julgadas incompatíveis com aquele, essa análise seria necessária.

No caso *Japan – Agricultural Products II*, o Órgão de Apelação já havia declarado que o artigo 5.7 reflete o princípio da precaução e que este não foi inserido no acordo como possível justificativa de medida incompatível com as obrigações dos membros. Embora a CE alegasse que as medidas questionadas foram adotadas com base no princípio da precaução, diante desta decisão do Órgão de Apelação, o painel decidiu que não seria necessária a análise em separado das medidas em face daquele princípio.

Apesar de alguns membros terem apresentado estudos científicos, não submeteram análises de riscos para a saúde humana e meio ambiente, como requerido pelo artigo 5.1. Assim, as medidas de salvaguarda eram contrárias às obrigações da CE perante o SPS.

É importante mencionar que os demandantes não questionaram o direito que os membros da CE tinham de aplicar medidas sanitárias ou fitossanitárias diferentes daquelas aplicadas na Comunidade.

3.5 Considerações finais acerca do caso e da participação do Brasil

Diferentemente dos casos de medidas antidumping, salvaguardas e subsídios, vastamente explorados perante o OSC, as medidas não tarifárias compreendidas pelo SPS e pelo TBT compõem um campo ainda pouco presente no cenário das controvérsias levadas ao OSC (na forma de painéis), muito embora os pedidos de consultas sejam freqüentes. Mesmo assim, os casos julgados com base nesses acordos mostram que a pequena jurisprudência formada até este momento permite enxergar quais as principais obrigações dos acordos e quais os pontos fracos no tocante à sua implementação.

É importante observar que a análise jurídica do caso *EC – Biotech* é vaga e em certos momentos contraditória. O fato de o painel ter entendido que as moratórias não poderiam ser consideradas medidas sanitárias ou fitossanitárias, mas sim o regime de aprovação dos produtos, prejudicou o julgamento mais profundo com base nos artigos 2.2 e 5.1 do Acordo, que

tratam da necessidade de se ter evidências *científicas* para aplicar uma medida, e de se fazer análise de risco para poder ter esses dados.

Vale salientar, em meio ao entendimento de que as medidas eram contrárias às regras da OMC, o ponto relativo aos *undue delays*. Esses atrasos injustificados podem ocorrer de várias formas, seja na demora ao se analisar um pedido para liberação de um produto OGM, seja na falta de resposta a um membro que busca o reconhecimento da regionalização (artigo 6 do SPS), ou ainda, na demora em realizar uma análise de risco para justificar uma medida provisória baseada no artigo 5.7 do Acordo.

Praticar um *undue delay* não significa necessariamente contrariar o SPS, mas, para tanto, há necessidade de que o membro em questão aja consistentemente às regras centrais do Acordo, ou seja, tenha evidências científicas para sustentar sua medida, ou um mínimo de evidências (artigo 2.2) e faça a análise dos riscos possivelmente envolvidos (artigo 5.1). Seguramente, esses atrasos injustificados dão causa a falta de implementação do SPS, e motivam a aplicação de barreiras comerciais de caráter protecionista.

O fato de o painel ter entendido que a demora injustificada da CE quanto à aprovação ou rejeição de produtos OGMs constituía um caso de *undue delay* é bastante relevante como precedente. Seguramente outros casos tratarão do assunto, que é amplamente debatido nas reuniões do Comitê do SPS e é um dos desafios do Acordo.

Pode-se argumentar que a relação comércio e meio ambiente presente no caso não foi extensivamente analisada em face do Protocolo de Cartagena, que acolhe expressamente o princípio da precaução. No entanto, é importante notar que o Protocolo é um tratado que carece de implementação. As reuniões das partes (COP-MOP) mostram que não há consenso sobre temas importantes como identificação de organismos vivos modificados e a criação de um mecanismo de compensação e reparação por possíveis danos causados ao meio ambiente.

Essa parece ser uma característica inata aos tratados que cuidam de temas polêmicos, e a interpretação da precaução como princípio do direito internacional amplamente reconhecido fica prejudicada pela falta de homogeneidade e aplicabilidade do princípio. Como argumenta Oren Perez (2006, p. 6),

the numerous references to the precautionary principle in various environmental treaties and declarations, have made little to remove this vagueness, and as such have not led (as yet) to the crystallization of the precautionary principle as a general principle of international law.

No que se refere à contextualização da participação do Brasil, este país reservou seus direitos de participação no caso como terceiro interessado em sessão do OSC de 29 de agosto de 2003¹⁶. Nos termos do artigo 10 do ESC, o fundamento da participação brasileira foi o interesse substancial do Governo no tratamento dos OGMs:

Brazil has substantial trade interests in the matter, as one of the largest world exporters of agricultural commodities and one of the countries of greatest biodiversity in the world, among other reasons. I therefore wish to convey the desire of the Government of Brazil, pursuant to Article 4.11 of the DSU, to join in those consultations (cf. WT/DS291/08).

No período em que teve início o caso *EC – Biotech*, o Brasil passava por profundas discussões sobre a reformulação de sua política de biossegurança. A Lei n. 8.974/95, vigente à época, regulamentava a política nacional de biossegurança. Nos termos dessa lei, o cultivo de alimentos transgênicos para comercialização era proibido em todo território nacional e permitia-se, tão-somente, o cultivo, para fins de pesquisa, mediante prévia autorização da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia.

Em razão de decisão judicial, porém, a comercialização e o plantio de transgênicos foram definitivamente proibidos no país desde 1999¹⁷, quando da tentativa de uma empresa produtora de sementes de soja transgênica em registrar produto geneticamente modificado e resistente a determinado herbicida.

Essa proibição não impediu que os produtores rurais utilizassem sementes transgênicas, sobretudo em estados fronteiriços com países que permitiam o plantio e a comercialização desses produtos, como o Rio Grande do Sul em relação à Argentina¹⁸.

Em vista do impedimento legal de comercialização de produtos de origem transgênica, a destruição da safra mostrava-se como única alternativa admissível. A decisão política do Governo foi autorizar a comercialização da safra transgênica de 2003, por meio da Medida Provisória 113, de 26 de março de 2003 (MP n. 113).

O fundamento para a medida do Governo era a preservação do agronegócio da soja, dada a possibilidade de quebra dos agricultores e os conseqüentes impactos socioeconômicos daí decorrentes. Outra medida provisória, de setembro de 2003, estendeu a autorização de comercialização para a safra 2003/2004, apenas para soja transgênica.

A disputa travada entre ambientalistas e Governo, porém, prosseguiu. A MP n. 113 foi submetida ao controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, que decidiu por sua manutenção e, conseqüentemente, pela autorização do plantio e comercialização de produtos transgênicos.

Após a autorização conferida pelo Governo Federal, o governo do Estado do Paraná proibiu o plantio para fins comerciais e o transporte de produtos transgênicos em seu território. O Estado do Paraná é um dos maiores produtores de soja no Brasil, e seu porto de Paranaguá é o principal porto nacional para o escoamento da produção nacional de grãos.

A política adotada pelo governo paranaense inviabilizou a utilização do Porto de Paranaguá para o escoamento da soja transgênica. Navios oriundos do Rio Grande do Sul e da Argentina, principalmente, foram impedidos de carregar ou descarregar suas cargas, com vistas a preservar a origem do produto. Segundo informações do governo estadual, a mistura dos grãos (modificados e não modificados) é inevitável e, com isso, os produtos não poderiam ser diferenciados pelos mercados consumidores, sobretudo aqueles que buscam alimentos livres de transgênicos¹⁹.

Esse período ainda foi marcado pelos bloqueios chineses à soja brasileira, por motivos sanitários, relacionados aos herbicidas utilizados pelos produtores nacionais, discussão essa que mais do que tangenciava a questão dos OGMs.

À época de estabelecimento do painel, o Brasil enfrentava profunda discussão interna sobre a regulamentação dos OGMs e a criação da nova política nacional de biossegurança, que resultou na Lei n. 11.105/2005, durante o desenvolvimento do painel. Em 24 de março de 2005 foi publicada a Lei n. 11.105, que estabeleceu a nova política nacional de biossegurança.

Nos termos dessa lei, o plantio e a comercialização de OGMs é admitido em todo o país, mediante prévia consulta e liberação pela CTNBio. Após o deferimento do pedido por essa comissão, a decisão precisará ainda ser confirmada pelo Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), composto por onze ministros de Estado (cf. art. 9º da Lei 11.105/2005).

Ainda nos termos da Lei n. 11.105/2005, em seu art. 40, “os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGMs ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento”. Em 2003, foi publicado o Decreto n. 4.680 para regulamentar a rotulagem interna desses produtos.

Em relação à importação de OGMs, a CTNBio é o órgão responsável pela autorização de ingresso dos organismos, tanto para fins de pesquisa como para fins comerciais. Os parâmetros da decisão da CTNBio deverão ser técnicas, formuladas a partir de suas comissões internas e dos regulamentos por ele baixados.

Embora não haja restrição de natureza absoluta, portanto, mas de autorização caso a caso, as decisões da CTNBio em relação aos produtos importados também deverão levar em consideração as regras estabelecidas no SPS, tendo em vista que a finalidade da política nacional de biossegurança, nos termos do art. 1º da Lei n. 11.105/2005 é a proteção à vida humana.

Esse cenário influenciou a participação do Brasil como terceira parte. De fato, o país restringiu-se à observação, visto que não apresentou nenhuma manifestação escrita, diferentemente de outras terceiras partes, como Austrália, Chile, China, Noruega e Nova Zelândia.

Na reunião reservada às intervenções da terceiras partes, realizada em junho de 2004, o Brasil compareceu, mas não apresentou intervenção oral. Ainda assim, a representação brasileira foi questionada pela CE sobre o

andamento da política nacional de biossegurança e o tratamento dispensado aos OGMs, sobretudo em relação aos fatos relacionados com a soja transgênica. O relatório do painel não faz menção aos questionamentos da CE ou às respostas dadas pelo Brasil.

Assim, o Brasil atuou como observador, sem acolher as teses dos demandantes ou do demandado. Essa posição poderia ser justificada pelas circunstâncias do debate sobre os OGMs no país, na medida em que a política nacional de biossegurança ainda era objeto de discussões e estava indefinida.

Ante a posição brasileira, o relatório do painel faz menção ao Brasil em apenas duas oportunidades: a primeira ao listar o país entre aqueles que reservaram direitos de terceira parte e, depois, ao reproduzir argumento da CE de que registrou aumento na importação de produtos agrícolas biotecnológicos entre 1995 e 1996, inclusive de países como Argentina e Brasil (WT/DS293/R, § 4.495).

Embora a participação do Brasil neste caso possibilite a agregação de familiaridade e conhecimentos em relação a um acordo da OMC que é seguramente importante para o país, que é o terceiro maior exportador de produtos agrícolas do mundo, a indefinição interna quanto ao tratamento a ser dispensado à matéria impossibilitou que o país participasse de forma mais efetiva na definição do tratamento multilateral da questão.

Nota-se que, embora as decisões vinculem apenas as partes das disputas, como se pode observar das decisões anteriores dos painéis e do Órgão de Apelação, estes utilizam reiteradamente suas decisões anteriores como evidência e fundamentação das posições adotadas. Desse modo, embora, num futuro caso, o Brasil ainda possa apresentar uma defesa diversa e mais elaborada da questão (se assim o justificar o seu ordenamento), terá de, necessariamente, contra-argumentar as decisões que foram adotadas neste relatório.

Dentre as questões sobre as quais o país poderia ter se manifestado sem pôr em questão o regime interno de tratamento dos OGMs, destaca-se a relativa à definição das regras relevantes de direito internacional a serem adotadas no processo de interpretação dos Acordos abrangidos. As questões relativas à interpretação implicam as decisões que serão prolatadas – desse modo, além das questões subjetivas, o país deve começar a pensar as

questões legais, como esta, que a cada dia passam a ser mais importantes nos procedimentos de solução de controvérsias da OMC.

REFERÊNCIAS

BAUMÜLLER, H.; APEA, Y. A preliminary analysis of the WTO Biotech Ruling. **Bridges between Trade and Sustainable Development**, v. 10, n. 7, p. 13-14, nov. 2006.

Brasil. **Decreto n. 1355, de 30 de dezembro de 1994**. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/home.htm/multicom>>. Acesso em: 16 fev. 2007.

Brasil. **Decreto n. 4.680, de 24 de abril de 2003**. Regulamenta o direito à informação, assegurado pela Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4680.htm>. Acesso em: 16 fev. 2007.

Brasil. **Decreto n. 4.680, de 24 de abril de 2007**. Regulamenta o direito à informação, assegurado pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4680.htm>. Acesso em: 16 fev. 2007.

Brasil. **Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o

Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 16 fev. 2007.

Brasil. **Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995**. Regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8974.htm>. Acesso em: 16 fev. 2007.

Brasil. **Medida Provisória n. 113, de 26 de março de 2003**. Estabelece normas para a comercialização da produção de soja da safra de 2003 e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2003/113.htm>.

Acesso em: 16 fev. 2007.

LIMA, R. C. A. Comércio e meio ambiente no âmbito do Protocolo de Cartagena. In: Barral, W.; Pimentel, L. O. P. **Direito ambiental e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 209-231.

OMC. Constitution of the Panel Established at the Requests of the United States, Canada and Argentina. Note by the Secretariat. **WT/DS291/24**. 5 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.docsonline.wto.org>>. Acesso em: 16 fev. 2007.

OMC. Constitution of the Panel Established at the Requests of the United States, Canada and Argentina. Note by the Secretariat. **WT/DS292/18**. 5 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.docsonline.wto.org>>. Acesso em: 16 fev. 2007.

OMC. Constitution of the Panel Established at the Requests of the United States, Canada and Argentina. Note by the Secretariat. **WT/DS293/18**. 5

mar. 2004. Disponível em: <<http://www.docsonline.wto.org>>. Acesso em: 16 fev. 2007.

OMC. Notification of an Agreement With Respect to Article 21.3(c) of the DSU. **WT/DS291/34**. 22 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.docsonline.wto.org>>. Acesso em: 16 fev. 2007.

OMC. Notification of an Agreement With Respect to Article 21.3(c) of the DSU. **WT/DS292/28**. 22 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.docsonline.wto.org>>. Acesso em: 16 fev. 2007.

OMC. Notification of an Agreement With Respect to Article 21.3(c) of the DSU. **WT/DS293/28**. 22 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.docsonline.wto.org>>. Acesso em: 16 fev. 2007.

OMC. European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products. **Report of the Panel**. WT/DS291/R, WT/DS292/R e WT/DS293/R, Demandantes: Argentina, Canadá e EUA. Demandado: Comunidades Européias. 29 sep. 2006. Disponível em: <<http://www.docsonline.wto.org>>. Acesso em: 16 fev. 2007.

OMC. Request to Join Consultations. Communication from Brazil. **WT/DS291/8**. 12 jun. 2003. Disponível em: <<http://www.docsonline.wto.org>>. Acesso em: 16 fev. 2007.

OMC. Summary of the Meeting Held on 27 – 28 October 2004. Note by the Secretariat. **G/SPS/R/35**. 13 jan. 2005. Disponível em: <<http://www.docsonline.wto.org>>. Acesso em: 16 fev. 2007.

Perez, O. Anomalies at the Precautionary Kingdom> Reflections on the GMO Panel’s Decision. **International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty**. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstractid=940907>>. Acesso em: 23 jan. 2007.

¹ Cf. o relatório do painel (§ 2.2), os produtos afetados pelas medidas questionadas seriam os seguintes: “plant cultivars that have been developed through recombinant deoxyribonucleic acid (‘recombinant DNA’) technology”.

[2](#) A Argentina, o Canadá e os EUA também requereram o direito de participar como terceiros interessados nos casos específicos propostos pelos demais.

[3](#) WT/DS291/34, WT/DS292/28, WT/DS293/28, 22-1-2007.

[4](#) Essa regulamentação permitia, sob certas condições, que os membros da CE adotassem “medidas de salvaguarda” em relação a OGMs aprovados no âmbito comunitário, caso entendessem necessária uma avaliação mais profunda dos riscos para a saúde e meio ambiente.

[5](#) Ver, por exemplo, parágrafos 4.156, 4.157 e 4.158.

[6](#) Parágrafo 4.151: “Under Regulation 258/97, the requests for five products have been delayed at the Commission level for as long as five years. Each of these products received favourable assessments for their sponsoring member State and two products also received positive opinions from the Scientific Committee on Food. An additional four requests are pending with the individual member States, some of which were submitted as early as July 1998.”

[7](#) Apesar de o painel não ter analisado o caso com base no Protocolo de Cartagena, é importante esclarecer que este tratado internacional ambiental regula exclusivamente o movimento transfronteiriço de organismos vivos modificados (OVMs), com o objetivo de evitar danos ao meio ambiente, considerando possíveis danos para a saúde. Em síntese, o Protocolo busca criar regras para identificar carregamentos que possam conter ou contenham OVMs (o que exclui produtos a base de OGMs, alimentos no geral), e estabelecer um mecanismo de compensação por danos causados por um OVM ao país importador. A terceira reunião das partes do Protocolo ocorreu em Curitiba, em março de 2006, e não alcançou decisões significativas. Sobre o assunto e a posição negociadora adotada pelo Brasil, consultar: Lima, 2006, p. 209-231.

[8](#) “The European Communities asserts that the precautionary principle has by now become a fully-fledged and general principle of international law. According to the European Communities, the precautionary principle was first recognised in the World Charter for Nature, adopted by the UN General Assembly in 1982, and was subsequently incorporated into various international conventions on the protection of the environment. Furthermore, the Rio Declaration that concluded the 1992 Rio Conference on the Environment and Development codified an application of this principle in its Principle 15. Since then, the United Nations Framework Convention on Climate Change and the Convention of Biological Diversity have referred to the precautionary principle. More recently, in the specific field of GMOs, the Biosafety Protocol has confirmed the key function of the precautionary principle in the decision to restrict or prohibit imports of GMOs in the face of scientific uncertainty. The European Communities further points out that in many countries approval systems are based on the need to take precautionary action. As examples, the European Communities cites the Australian Gene Technology Act (2000), the Swiss GMO legislation and the New Zealand Hazardous Substances and New Organisms Act. Additionally, the European Communities notes that the precautionary principle is one of the “salutary principles which govern the law of the environment” in India and has been applied by the Indian Supreme Court.”

[9](#) “The Appellate Body made this statement in January 1998. It appears to us from the Parties’ arguments and other available materials that the legal debate over whether the precautionary principle constitutes a recognized principle of general or customary international law is still ongoing. Notably, there has, to date, been no authoritative decision by an international court or tribunal which recognizes the precautionary principle as a principle of general or customary international law. It is correct that provisions explicitly or implicitly applying the precautionary principle have been incorporated into numerous international conventions and declarations, although, for the most part, they are environmental conventions and declarations. Also, the principle has been referred to and applied by States at the domestic level, again mostly in domestic environmental law. On the other hand, there remain questions regarding the precise definition and content of the precautionary principle. Finally, regarding doctrine, we note that many authors have expressed the view that the precautionary principle exists as a general principle in international law. At the same time, as already noted by the Appellate Body, others have expressed scepticism and consider that the precautionary principle has not yet attained the status of a general principle in international law.”

[10](#) Para a relação entre os acordos da OMC com outros acordos incorporados, v. M. MATSUSHITA (2001).

[11](#) Apesar de o argumento da CE baseado no Artigo XX do GATT não ter sido analisado com profundidade, é interessante assinalar que, muito embora os Acordo TBT e SPS acolham, em grande parte, as medidas anteriormente justificadas com base nesse Artigo, a recorrência ao referido artigo é quase que natural.

[12](#) Cf. H. BAUMÜLLER e Y. APEA (2006, p. 13): “The panel concluded that the alleged general and product-specific moratória did not constitute SPS measures. Specifically, it argued that while requirements and procedures may constitute SPS measures (such as the EU’s approval procedures), the application of such requirements and procedures would not meet the definition. As a result of this general finding, the panel rejected virtually all claims by the complainants, including allegations that the moratoria were not based on scientific evidence or a risk assessment since such requirements only apply to SPS measures”.

[13](#) O atraso injustificado é um tema extensivamente discutido nas reuniões do Comitê do SPS, como se observa no documento G/SPS/R/35.

[14](#) Parágrafo 4.133, WT/DS291/R.

[15](#) Salvo menção em contrário, todas as referências ao texto dos acordos da OMC em português são retiradas do Decreto n. 1355, de 30 de dezembro de 1994, que incorporou os resultados da Rodada Uruguai ao ordenamento jurídico brasileiro.

[16](#) Cf. Comunicação do Secretariado de 5-3-2004 (WT/DS291/24; WT/DS292/18 e WT/DS293/18).

[17](#) A decisão foi proferida nos autos da ação cautelar promovida pelo Greenpeace e pelo Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC perante a 6ª Vara Cível Federal de Brasília. Informações obtidas nos sítios

<<http://www.comciencia.br/reportagens/genetico/gen05.shtml>> e

<http://www.greenpeace.org.br/transgenicos/pdf/contexto_politico.pdf>.

18 O plantio ilegal de sementes transgênicas no Rio Grande do Sul chegou a atingir proporções expressivas. Em relação à safra de 2003, estimava-se que 80% (oitenta por cento) dos grãos de soja colhidos no estado teriam origem transgênica.

19 Informações obtidas no sítio:

<<http://www.aenoticias.pr.gov.br/modules/news/article.php?storyid=19687>>.