

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Abrão Miguel Árabe Neto

**Cumprimento das decisões do sistema de solução de
controvérsias da Organização Mundial do Comércio:**

análise das medidas de indução e das propostas para seu aprimoramento sob a
perspectiva dos países em desenvolvimento

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Abrão Miguel Árabe Neto

**Cumprimento das decisões do sistema de solução de
controvérsias da Organização Mundial do Comércio:**

análise das medidas de indução e das propostas para seu aprimoramento sob a
perspectiva dos países em desenvolvimento

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora
como exigência parcial para obtenção do título de
MESTRE em Direito das Relações Sociais,
subárea Direito das Relações Econômicas
Internacionais pela Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, sob a orientação do
Professor Doutor Cláudio Finkelstein

SÃO PAULO
2008

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelas oportunidades.

Aos meus pais, família e amigos pelo apoio.

Aos professores, diplomatas e internacionalistas pela inspiração.

Ao meu orientador pelo incentivo.

RESUMO

Autor: Abrão Miguel Árabe Neto

Título: Cumprimento das decisões do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio: análise das medidas de indução e das propostas para seu aprimoramento sob a perspectiva dos países em desenvolvimento

O sistema de solução de controvérsias da OMC – Organização Mundial do Comércio destaca-se como um dos avanços mais significativos do direito internacional contemporâneo. Revestido por feições marcadamente jurisdicionais, é o principal foro para a apreciação dos conflitos de interesse do comércio internacional. O êxito nessa tarefa, no entanto, está condicionado ao grau de observância de suas decisões. Assim sendo, cumpre indagar se a normativa da OMC prevê instrumentos aptos para garantir a implementação de suas soluções, especialmente quando dificultada por seus respectivos destinatários. Motivado por esse desafio, o presente trabalho analisa o desempenho das atuais medidas de indução ao cumprimento das determinações da OMC, sobretudo a partir da perspectiva dos países em desenvolvimento. Expostas as deficiências do instituto, o exame avança sobre as propostas para sua reforma, concluindo pelas alternativas mais apropriadas em direção ao seu aperfeiçoamento.

Palavras-chave: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO – OMC – SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS – CUMPRIMENTO DE DECISÕES – MEDIDAS DE INDUÇÃO AO CUMPRIMENTO – ENTENDIMENTO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS – ESC – REFORMA DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS – PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO – COMÉRCIO INTERNACIONAL.

ABSTRACT

Author: Abrão Miguel Árabe Neto

Title: Implementation of decisions from the World Trade Organization's dispute settlement system: analysis of its enforcement tools and proposals for its improvement from the perspective of developing countries

The WTO – World Trade Organization dispute settlement system stands out as one of the most significant developments in contemporary international law. Created with strong jurisdictional features, it serves as the main forum for the resolution of conflicts of interest in international trade. Success in this task, however, is dependent upon the degree of compliance achieved by its decisions. As a consequence, it is important to assess whether WTO rules provide suitable instruments in order to secure implementation, especially when opposed by respondents. Guided by this challenge, this paper seeks to examine the current performance of WTO enforcement tools, particularly from the perspective of developing countries. After exposing the shortcomings of these instruments, the analysis focuses on its reform proposals, aiming to identify the most viable alternatives for enhancement.

Keywords: WORLD TRADE ORGANIZATION – WTO – DISPUTE SETTLEMENT – COMPLIANCE – ENFORCEMENT TOOLS – UNDERSTANDING ON DISPUTE SETTLEMENT – DSU – REFORM TO THE DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM – ENFORCEMENT – DEVELOPING COUNTRIES – INTERNATIONAL TRADE.

SUMÁRIO

Introdução.....	1
1. Sistema de solução de controvérsias da OMC: cumprimento das decisões e medidas para sua indução.....	6
1.1 Considerações iniciais.....	6
1.2 Precedentes: solução de controvérsias no GATT.....	6
1.3 Panorama do sistema de solução de controvérsias da OMC.....	12
1.3.1 Adensamento de juridicidade.....	12
1.3.2 Etapas do procedimento de solução de controvérsias.....	16
1.4 Cumprimento das decisões do sistema de solução de controvérsias da OMC.....	23
1.4.1 Considerações iniciais.....	23
1.4.2 Estrutura do direito internacional.....	23
1.4.3 Ato de cumprimento das decisões da OMC.....	25
1.5 Medidas de indução ao cumprimento das decisões da OMC.....	31
1.5.1 Considerações iniciais.....	31
1.5.2 Definição.....	32
1.5.3 Objetivos.....	35
2. Critérios para análise das medidas de indução ao cumprimento das decisões da OMC.....	42
2.1 Considerações iniciais.....	42
2.2 Custos para o reclamante.....	45
2.3 Capacidade de reunir grupos de apoio para o cumprimento.....	48
2.4 Reflexos para os setores privados.....	57
2.5 Aplicabilidade da medida.....	62
2.6 Conformidade com os princípios do sistema multilateral de comércio.....	64
2.7 Aceitabilidade pelos membros da OMC.....	66
3. Análise das medidas atuais de indução ao cumprimento das decisões da OMC.....	74
3.1 Considerações iniciais.....	74
3.2 Análise das medidas indiretas de indução.....	74
3.2.1 Medidas indiretas de indução na OMC.....	74
3.2.2 Sugestão para o cumprimento das recomendações.....	75
3.2.3 Prazo razoável para o cumprimento da decisão.....	78

3.2.4 Supervisão das medidas de implementação.....	81
3.2.5 Painel de implementação.....	83
3.2.6 Arbitragem das sanções.....	84
3.2.7 Aplicação dos critérios.....	86
3.2.8 Conclusão.....	91
3.3 Análise das medidas diretas de indução.....	92
3.3.1 Compensação.....	92
3.3.1.1 Descrição do instituto.....	92
3.3.1.2 Aplicação dos critérios.....	93
3.3.1.3 Conclusão.....	98
3.3.2 Sanção.....	100
3.3.2.1 Descrição do instituto.....	100
3.3.2.2 Aplicação dos critérios.....	102
3.3.2.3 Histórico das sanções na OMC.....	112
3.3.2.4 Conclusão.....	117
3.4 Eficácia das medidas atuais de indução ao cumprimento e necessidade de reforma.....	119
3.4.1 Conceito de eficácia.....	120
3.4.2 As medidas atuais de indução ao cumprimento da OMC são eficazes?.....	122
4. Análise das propostas para incremento da eficácia das medidas de indução ao cumprimento das decisões da OMC.....	126
4.1 Considerações iniciais: fortalecimento das retaliações ou medidas alternativas?.....	126
4.2 Fortalecimento das disciplinas da etapa de implementação.....	130
4.2.1 Considerações iniciais.....	130
4.2.2 Sugestão para o cumprimento das decisões.....	130
4.2.3 Fortalecimento dos mecanismos de supervisão.....	132
4.2.4 Racionalização da etapa de implementação.....	137
4.2.5 Análise das propostas.....	144
4.3 Compensação.....	149
4.3.1 Fortalecimento da compensação.....	150
4.3.2 Análise das propostas.....	154
4.4 Sanção.....	165
4.4.1 Fortalecimento da ameaça de sanção.....	166
4.4.1.1 Apresentação da proposta.....	166

4.4.1.2 Análise da proposta.....	168
4.4.2 Fortalecimento da retaliação cruzada.....	170
4.4.2.1 Considerações iniciais.....	170
4.4.2.2 Apresentação das propostas.....	173
4.4.2.3 Análise das propostas.....	174
4.5 Retaliação coletiva.....	180
4.5.1 Apresentação das propostas.....	180
4.5.2 Análise das propostas.....	182
4.6 Remédios retrospectivos.....	187
4.6.1 Apresentação das propostas.....	187
4.6.2 Análise das propostas.....	189
4.7 Suspensão de direitos.....	194
4.7.1 Apresentação das propostas.....	194
4.7.2 Análise das propostas.....	195
4.8 Recomendações para a reforma das medidas de indução.....	200
Conclusão.....	207
Referências bibliográficas.....	211
Anexo I.....	227
Anexo II.....	230
Anexo III.....	232
Anexo IV.....	233
Anexo V.....	267

ABREVIATURAS

ABEF	–	Associação Brasileira dos Produtores e Exportadores de Frango
ABRAPA	–	Associação Brasileira dos Produtores de Algodão
ACPs	–	African, Caribbean and Pacific countries
ASMC	–	Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias
BIRD	–	Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento
CE	–	Comunidade Européia
CIRDI	–	Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos
ESC	–	Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias
EUA	–	Estados Unidos da América
FMI	–	Fundo Monetário Internacional
ICSID	–	International Centre for Settlement of Investment Disputes
GATS	–	General Agreement on Trade in Services
GATT	–	Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio
NAFTA	–	North American Free Trade Agreement
OA	–	Órgão Permanente de Apelação
OCDE	–	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
OIC	–	Organização Internacional do Comércio
OMC	–	Organização Mundial do Comércio
OMPI	–	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
OMS	–	Organização Mundial da Saúde
ONU	–	Organização das Nações Unidas
OSC	–	Órgão de Solução de Controvérsias
PDs	–	Países Desenvolvidos
PEDs	–	Países Em Desenvolvimento
PI	–	Propriedade Intelectual
PMDR	–	Países de Menor Desenvolvimento Relativo
RAMs	–	Recently Acceded Members
SGP	–	Sistema Geral de Preferências (Estados Unidos)
STF	–	Supremo Tribunal Federal
TRIPS	–	Trade-related aspects of intellectual property rights
UNCTAD	–	United Nations Conference on Trade and Development
WTO	–	World Trade Organization

INTRODUÇÃO

O comércio desempenha função nuclear na atual conjuntura internacional, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social dos países e para a manutenção da paz¹. A atividade tem acompanhado a evolução da humanidade e ganhado destaque nos últimos tempos, notadamente com a intensificação do fenômeno da globalização. O próprio panorama consolidado no pós-guerra erigiu os postulados do livre comércio como um de seus pilares estruturais. Por seu turno, as receitas freqüentemente divulgadas para enfrentar os vários percalços que afetam a economia mundial apontam, em sua maioria, para o fortalecimento das trocas comerciais entre os Estados como parte da solução.

Assim como os demais empreendimentos humanos, o intercâmbio comercial também demanda regulamentação jurídica. Embora se saiba que a consolidação de um cenário harmônico nas relações internacionais é imprescindível para sua prosperidade, não é possível evitar o surgimento de atritos entre seus participantes. Os interesses dos atores mercantis são muitas vezes contrários e a ocorrência de conflitos é corolário quase natural. Sua verificação, no entanto, traz insegurança e instabilidade para as operações comerciais, e impõe a necessidade de intervenção do direito para sua pacificação.

Neste contexto, o sistema de solução de controvérsias da OMC – Organização Mundial do Comércio se investe de importante significado, atuando como o principal foro internacional para a apreciação e o deslinde de contenciosos comerciais. Sua estrutura é amplamente enaltecida pelas marcadas feições jurídicas, e sua contribuição reconhecida como um dos mais importantes avanços do direito internacional contemporâneo. Em termos concretos, seu mérito comprova-se pelo elevado número de disputas submetidas ao seu crivo.

¹ Ressalta-se a existência de dissensão doutrinária acerca dos efeitos da intensificação do comércio internacional para o desenvolvimento, existindo corrente que vislumbra consequências negativas nesse fenômeno. Cumpre salientar, no entanto, que referida análise não se insere no escopo desta dissertação.

Vale reconhecer, no entanto, que não basta a previsão de um mecanismo sofisticado de resolução de litígios lastreado em regras jurídicas desenvolvidas. Necessário, ainda, que as decisões por ele oferecidas sejam passíveis efetivação, sob pena de representar mero simulacro de solução, ineficientes para corrigir os atentados aos valores do comércio internacional e proteger os interesses legítimos das partes prejudicadas. No bojo dessas considerações encontra-se a motivação que inspira o presente estudo: examinar se o sistema de solução de controvérsias da OMC possui instrumentos adequados para garantir a implementação de suas decisões, especialmente a partir da perspectiva dos PEDs – países em desenvolvimento.

Em um segundo instante, a depender dos resultados obtidos nessa investigação, será forçoso excursionar sobre a análise de propostas para aprimorar o exercício da função pacificadora da OMC, de maneira a assegurar a eficácia prática de suas recomendações. Caso se evidencie a insuficiência de aludidos instrumentos, a tarefa acima proposta somente será satisfatoriamente concluída com a indicação de alternativas viáveis para resguardar as normas do sistema multilateral de comércio. A virtude não está em se identificar falhas, mas, sobretudo, em lhes apontar soluções.

Na persecução desses objetivos, o trabalho encontra-se dividido em quatro etapas, sendo que os dois capítulos iniciais tencionam assentar as bases para a condução da pesquisa, enquanto os dois capítulos últimos ocupam-se da análise propriamente dita dos institutos relacionados ao adimplemento das decisões da OMC.

O capítulo 1 esboça conceitos elementares que possibilitam averiguar a questão fundamental que aqui se coloca. Em primeiro lugar, portanto, expõe-se a estrutura do mecanismo de solução de litígios, desde seus precedentes, sediados no GATT - Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, até as transformações que lhe atribuíram sua constituição atual no âmbito da OMC. A intenção, frisa-se, não consiste em esmiuçar as nuances desse aparato, mas apenas revelar suas características essenciais, bem como o *iter* procedimental que se deve percorrer em um conflito.

Examinam-se, nesta mesma oportunidade, os elementos que concorrem para a resolução do membro em cumprir uma decisão da OMC. A empreitada ganha destaque principalmente quando se considera que a entidade, devido à geometria descentralizada do direito internacional, não possui poder coercitivo suficiente para fazer prevalecer suas manifestações contra a vontade de seus integrantes. Assim, afigura-se relevante verificar os fatores que influenciam o ato de cumprimento de um governo em reverência às determinações de uma organização.

Na seqüência, o enfoque recai sobre os instrumentos incumbidos de estimular os membros participantes de uma controvérsia a concretizar as recomendações da OMC – que, na égide do presente estudo, serão denominados de “medidas de indução ao cumprimento”. Introduzem-se os preceitos básicos desse instituto e delinea-se uma tentativa de enquadrá-los, segundo suas particularidades, em categorias diretas e indiretas de indução. Os objetivos encerrados em tais medidas são explicitados de acordo com o espírito que se lhes atribui o conjunto normativo da OMC.

O capítulo 2, por seu turno, preocupa-se em estabelecer os critérios de análise das várias medidas de indução ao cumprimento, vigentes ou teóricas. Busca-se, nesse ponto, desenvolver um feixe de elementos definidos a ser aplicado, indistintamente, sobre todos os institutos analisados, emprestando rigor científico ao cotejo entre eles. Esses critérios apreciativos refletem aspectos heterogêneos que compreendem desde os efeitos práticos da utilização das medidas indutoras, incluindo o prisma dos interesses privados envolvidos em um conflito, passando pela verificação de sua sintonia com os princípios do comércio internacional, até a receptividade que lhes é externada pelos membros da OMC.

Importa salientar o caráter apenas instrumental de aludidos critérios, que se colocam como ferramentas para subsidiar o exame analítico e uniforme das medidas de indução. Por meio deles não se pretende promover uma classificação aritmética dessas várias medidas, mas facilitar a comparação de seus contornos. Vale recordar que a etapa de implementação das decisões da OMC consiste em um dos objetos de pesquisa preferidos dos especialistas em comércio internacional. Por conseguinte, vislumbra-se ampla e competente

produção de conhecimento científico sobre a matéria. Em meio a terreno tão fértil, a definição desse conjunto de elementos para avaliar as diversas medidas de indução pretende se colocar como contribuição original do presente trabalho.

Assentadas as noções que orientarão a pesquisa, o capítulo 3 passa para o exame crítico dos mecanismos existentes nas regras da OMC para fomentar o adimplemento de suas determinações. Cada instituto é submetido ao teste desenvolvido no capítulo anterior, com a pretensão de discernir seus méritos e fragilidades, especialmente a partir do entendimento dos PEDs. Averiguam-se as medidas indiretas de indução, consistentes nos vários procedimentos, visando balizar a fase de implementação da decisão, assim como sua vertente direta, representada pela compensação e sanções.

Atenção especial é conferida para as experiências concretas registradas no histórico da OMC a partir da utilização desses mecanismos. A prática acumulada pelo sistema de solução de controvérsias da OMC encerra ensinamentos preciosos sobre os desdobramentos de suas medidas de indução. Atualmente verificam-se 380 (trezentos e oitenta) disputas iniciadas em seu âmago, comprovando seu impressionante ativismo. Esses números ultrapassam qualquer outro foro semelhante no cenário internacional, mesmo aqueles edificadas há muito mais tempo. Logo, mostra-se fundamental apoiar-se nessa experiência como fonte mandatória para a investigação.

Os resultados desse labor apreciativo, em seu conjunto, servirão como supedâneo para aferir se os instrumentos de estímulo ao cumprimento se revestem de eficácia para assegurar a observância das normas do sistema multilateral de comércio. E, a partir dessas constatações, será possível asseverar a necessidade ou não de reformas em sua estrutura.

O capítulo 4 arremata o estudo enfocando as principais sugestões para o aperfeiçoamento das medidas de indução ao cumprimento das decisões da OMC. Nesse ensejo, serão examinadas propostas apresentadas pelos membros da instituição no âmbito das negociações correntes para emendar o diploma normativo de solução de controvérsias da entidade. Em complementação, também será reservado espaço para as idéias defendidas pela doutrina especializada no tema. A escolha das proposições obedecerá àquelas

que angariam maior atenção no momento, e sua análise seguirá os padrões definidos no capítulo 2, uma vez mais privilegiando a posição dos membros de menor inserção internacional.

Partindo-se do diagnóstico levado a efeito em relação às medidas de indução em vigor na OMC, bem como em face das propostas mais adequadas para seu aprimoramento, conclui-se a pesquisa com a recomendação das iniciativas que demonstrem melhores resultados em consonância com os elementos de exame previamente estabelecidos. Ressalta-se que os interesses dos PEDs, notadamente do Brasil, deverão permear toda a atividade apreciativa. Afinal, deseja-se que o produto do presente trabalho, não obstante suas evidentes limitações, possa se unir aos demais esforços promovidos pela doutrina a fim de auxiliar na reflexão dos membros sobre as alternativas mais viáveis para a defesa de seus direitos na égide da OMC.

1. SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC: CUMPRIMENTO DAS DECISÕES E MEDIDAS PARA SUA INDUÇÃO

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O capítulo inicial trata das noções necessárias para o desenvolvimento da presente pesquisa. Após apresentar o panorama de funcionamento do sistema de solução de controvérsias da OMC, desde seus antecedentes, passa-se ao estudo dos motivos que levam um Estado a submeter-se às determinações de uma organização internacional, bem como dos mecanismos disponíveis em suas normas para estimular referido cumprimento.

1.2 PRECEDENTES: SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO GATT

As feições gerais do sistema de solução de controvérsias da OMC não podem ser compreendidas de maneira desassociada do GATT², que o precedeu na tarefa de apreciação dos conflitos surgidos no comércio internacional. As origens históricas do GATT remontam ao final da Segunda Guerra Mundial, como parte dos esforços para assegurar a manutenção da paz recém-conquistada. Motivadas por tal fim, as potências vencedoras decidiram reestruturar o cenário internacional por meio da criação de um conjunto de organizações de âmbito multilateral, dentre as quais figuravam o FMI - Fundo Monetário Internacional, o BIRD - Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento e a ONU - Organização das Nações Unidas.

Ainda nesse contexto, a função de regulamentar o comércio mundial estaria reservada à OIC - Organização Internacional do Comércio, cuja

² O acrônimo GATT é formado pelas letras iniciais da expressão em língua inglesa *General Agreement on Tariffs and Trade*.

proposta de criação foi objeto da Conferência Internacional de Comércio e Emprego, realizada em 1947, em Cuba. Durante os preparativos para essa Conferência, vinte e três países, dentre eles o Brasil, se reuniram em Genebra, e, na tentativa de antecipar alguns dos efeitos liberalizadores da futura OIC, firmaram um acordo de redução tarifária, envolvendo cerca de 20% do volume das trocas internacionais da época (US\$ 10 bilhões)³. O acordo ficou conhecido como GATT, e foi estabelecido para vigorar temporariamente, até o advento da nova organização⁴. Sem embargo, e muito embora o acordo constitutivo da OIC – a Carta de Havana – tenha sido aprovado em 1948, no fim da Conferência em Cuba, sua concretização foi inviabilizada pela posterior recusa do Congresso dos Estados Unidos em ratificá-lo⁵.

Como consequência, o GATT passou de mero acordo provisório para a posição de principal instrumento na regulamentação do comércio internacional, com vigência estendida por tempo indeterminado⁶. No entanto, o fato de haver sido originariamente concebido com caráter transitório, e não para atuar como organização internacional, resultou em “defeitos congênitos”, que se refletiam na estrutura de todo o acordo, bem como na economia com que dispunha sobre matérias fundamentais⁷. Afinal, para um tratado de natureza temporária, a previsão de regras minuciosas sobre tópicos não essencialmente relacionados ao seu objeto – *in casu*, a desgravação tarifária das operações do

³ OMC. **Understanding the WTO**. 3. ed. Genebra: WTO Secretariat, 2003, p.15.

⁴ O GATT, em grande parte, refletia o capítulo IV da Carta de Havana, referente às regras básicas para o comércio internacional. Sua provisoriedade decorria do instrumento normativo que o instituiu, qual seja um Protocolo de Aplicação Provisória, revestido de natureza executiva, e que dispensava aprovação congressista. Tal acordo foi integrado ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 313, de 30 de julho de 1948.

⁵ Em detalhada análise dos fatos que contribuíram para o insucesso da OIC, Eitii Sato esclarece que, ao mesmo tempo em que a participação dos Estados Unidos, enquanto principal potência da época, era fundamental para a viabilidade de uma organização internacional, sua superioridade também lhes permitiam, na prática, prescindir do multilateralismo como forma de resolver seus problemas comerciais. SATO, Eiiti. **Mudanças estruturais no sistema internacional: a evolução do regime de comércio do fracasso da OIC à OMC**. Disponível em: <http://www.cedep.ifch.ufrgs.br/Textos_Elet>. Acesso em: 03.10.2006.

⁶ Para detalhada análise sobre a concepção do GATT, conferir: HUDEC, Robert E. **GATT legal system and world trade diplomacy**. Nova Iorque: Praeger Publishers, 1975; JACKSON, John H. **World trade and the law of GATT: a legal analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade**. Indianápolis: Bobbs-Merrill, 1969; IRWIN, Douglas et al. **The genesis of the GATT**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

⁷ JACKSON, John. H. **The jurisprudence of GATT & the WTO: insights on treaty law and economic relations**. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 119.

comércio internacional de mercadorias – afigurava-se ancilar. O tratamento sobre solução de controvérsias, por exemplo, se resumia a dois sucintos dispositivos: enquanto o art. XXII impunha a obrigação geral da realização de consultas para a pacificação de divergências entre as partes-contratantes, o art. XXIII, por seu turno, trazia o núcleo do sistema ao enunciar as situações que ensejavam uma controvérsia, bem como as formas para seu deslinde. Alguns breves comentários sobre as peculiaridades desses dispositivos contribuirão para o entendimento das características atuais do sistema da OMC, no qual eles subsistem.

Inicialmente, cumpre mencionar que as controvérsias no GATT não encontravam fundamento legal na violação de uma obrigação, mas sim na idéia de “anulação ou restrição” dos benefícios que o acordo deveria proporcionar, direta ou indiretamente, para a parte-contratante; ou, ainda, no impedimento de quaisquer de seus objetivos⁸. Como ressalta Jackson, a expressão “anulação ou restrição” mostra-se bastante ambígua, e estaria provavelmente relacionada com a frustração das vantagens que as partes haviam antecipado para si no momento da contratação⁹. Para compreender exatamente essa noção, é preciso considerar que o GATT envolvia não apenas a aceitação de um conjunto de normas sobre o comércio internacional (v.g. nação mais favorecida, tratamento nacional, cláusulas de exceção), mas também uma intrincada rede de concessões comerciais recíprocas. Cada parte-contratante firmava compromissos de reduções tarifárias ou conferia outras vantagens comerciais aos seus parceiros, sempre em virtude das ofertas que lhe eram garantidas em troca. Como resultado desse complexo processo negociador, encontrava-se subjacente ao GATT extensa malha de compromissos bilaterais, com mais de 45 (quarenta e cinco) mil concessões tarifárias. Nesse cenário, a “anulação ou restrição” de benefícios era vista como um conflito que perturbava o sensível equilíbrio originariamente construído.

Diante do surgimento de uma controvérsia, a parte prejudicada poderia provocar o suposto responsável por seus danos para buscar uma solução mutuamente negociada, que, se não alcançada em prazo razoável, permitiria a

⁸ GATT, Art. XXIII.1.

⁹ JACKSON, John. H. **The jurisprudence of GATT & the WTO: insights on treaty law and economic relations**, cit., p. 119.

submissão da questão conflituosa para a apreciação das demais partes-contratantes. Estas, por sua vez, após investigarem os fatos, deveriam emitir recomendações apropriadas para o satisfatório desfecho da contenda¹⁰. A aplicação de sanções, traduzidas na linguagem do GATT como “suspensão de concessões ou outras obrigações decorrentes dos acordos abrangidos”, somente poderia ser autorizada quando as circunstâncias do caso concreto fossem interpretadas como “suficientemente sérias”¹¹. Assim, as sanções eram entendidas como instrumentos para restabelecer a harmonia das concessões recíprocas, rompida por uma conduta alheia. Em outros termos, a “anulação ou restrição” dos benefícios assegurados a uma parte impunha ao respectivo responsável a obrigação de retornar ao *status quo ante* para cessar a fonte de prejuízos. Em caso de inércia, a sanção surgia para permitir ao prejudicado a suspensão de suas próprias concessões ou outras obrigações, como forma de restaurar a igualdade de condições anteriormente existente.

Nota-se, pois, que as orientações contidas nos artigos do GATT sobre solução de controvérsias mostravam-se bastante genéricas, e, por isso, não forneciam respostas para a maioria das questões concernentes ao processamento dessa importante atividade. Por conseguinte, as soluções para lidar com os obstáculos concretos tiveram que ser gradualmente desenvolvidas e aperfeiçoadas pela prática, que ia sendo codificada em diversos instrumentos normativos¹². E, na medida em que o sistema avançava, um número maior de casos, cada vez mais complexos, eram trazidos para sua alçada, provocando novos progressos no sistema. Em suma, a natureza provisória do GATT e a exigüidade com que regulamentava a tarefa de pacificação de litígios, tiveram que ser contornadas para atender a função de supervisionar o sistema multilateral de comércio. Um exemplo dessa evolução observa-se na interpretação do art. XXIII.2 do GATT, que se restringia a enunciar os órgãos responsáveis pelo exame dos

¹⁰ GATT, Art. XXIII.2, primeira parte.

¹¹ GATT, Art. XXIII.2, parte final.

¹² A consolidação das práticas do sistema de solução de controvérsias ocorreu na forma de Entendimentos, Declarações Ministeriais, Decisões sobre o Sistema de Solução de Controvérsias, Decisões sobre o Aprimoramento do Sistema de Solução de Controvérsias do GATT, Decisões sobre Procedimentos em consonância com o art. XXIII, dentre outros diplomas. OMC. **GATT analytical index**: guide to GATT law and practice. Genebra: WTO Publications, 6. ed., 1994, p. 586-597.

contenciosos. Muito embora essa tarefa apreciativa tenha sido inicialmente relegada a grupos de trabalho (*working parties*) formados pelas próprias partes-contratantes, a partir de 1955 as controvérsias passaram a ser submetidas a grupos de especialistas (painéis), que atuavam de maneira independente¹³.

Outra característica marcante do mecanismo de composição de litígios do GATT consistia em suas fortes feições políticas, nitidamente refletidas na existência de direito ao veto. Com efeito, o GATT conferia às partes o direito de obstar o prosseguimento de uma controvérsia, uma vez que os principais atos procedimentais – como o estabelecimento de um painel, a adoção de suas recomendações e a autorização para efetivar sanções – estavam sujeitos ao consenso positivo das partes. Assim, bastava a manifestação de oposição de apenas um contratante – em regra, o próprio reclamado – para impedir sua concretização. De acordo com Abi-Saab, ex-árbitro do OA - Órgão Permanente de Apelação da OMC, a previsão do direito ao veto lançou dúvidas se o sistema do GATT se assemelhava a um processo de aplicação de leis ao caso concreto, acomodação de interesses, ou algo intermediário¹⁴. De qualquer maneira, resta nítido o caráter diplomático do mecanismo, no qual a influência do poder político desempenhava papel preponderante.

O histórico do GATT registra uma intensa atuação na resolução de controvérsias. Em consonância com o estudo conduzido por Hudec, abrangendo o período entre 1948 e 1989, contam-se 207 (duzentos e sete) conflitos, dos quais 88 (oitenta e oito) terminaram na adoção de relatórios pelas partes-contratantes¹⁵. Por sua vez, o *GATT Analytical Index* indica 195 (cento e noventa e cinco) litígios, com 81 (oitenta e um) relatórios adotados¹⁶. Convém frisar que, em quase 50 (cinquenta) anos de funcionamento, a permissão para imposição de medidas retaliatórias por força do art. XXIII.2 ocorreu em apenas um

¹³ Jackson concebe referida mudança como “a shift, from a primarily ‘negotiating’ atmosphere of multilateral diplomacy, to a more ‘arbitrational’ or ‘judicial’ procedure designed to arrive impartially at the truth of the facts and the best interpretation of the law”. JACKSON, John. H. **The jurisprudence of GATT & the WTO: insights on treaty law and economic relations**, cit., p. 172.

¹⁴ OMC. **2007 WTO Public Forum: how can the WTO help harness globalization**. Genebra: WTO Publications, 2008, p. 112.

¹⁵ HUDEC, Robert E. **Enforcing international trade law**. Salem, NH: Butterworths, 1993, p. 277-278.

¹⁶ OMC. **GATT analytical index: guide to GATT law and practice**, cit., p. 719-734.

caso, de 1952, quando se facultou à Holanda a redução da cota de exportações de trigo conferida aos Estados Unidos, em resposta às restrições ilegais imposta por esse país contra suas vendas de laticínios¹⁷. Apesar da autorização, a retaliação nunca chegou a ser implementada, fazendo com que o sistema do GATT encerrasse suas atividades sem jamais presenciar a concreta ocorrência desse instituto^{18 e 19}.

Em suma, apesar de todas as deficiências do GATT, sua notável capacidade de adaptação resultou em progressos salutareos. A intensificação de seu viés jurídico (*rule-oriented*) e a gradual limitação da vertente política como força motriz de seu sistema de controvérsias, permitiu ao GATT perdurar por quase meio século como o principal instrumento de regência do sistema multilateral de comércio. De conformidade com Lafer:

(...) a criativa evolução desta prática, num sentido amplo, indica a passagem – com marchas e contramarchas – de um sistema mais voltado para a conciliação (...) para um sistema que foi abrindo a possibilidade de um adensamento crescente da ‘juridicidade’ na solução de controvérsias, sem nunca excluir a solução negociada dos interesses²⁰.

Sem embargo, a evolução observada não se mostrou suficiente para superar todas as limitações relacionadas com as origens históricas de sua criação²¹. A esse cenário, somavam-se a ausência de personalidade jurídica de

¹⁷ GATT. **Determination by the CONTRACTING PARTIES of 8 November 1952:** Netherlands measures of suspension of obligations to the United States. BISD 1S/32-33.

¹⁸ Segundo Jackson, a Holanda foi autorizada a aplicar sanções por sete anos consecutivos, sem jamais efetivá-las. JACKSON, John. H. **The jurisprudence of GATT & the WTO: insights on treaty law and economic relations**, cit., p. 172. Todavia, há quem assevere que a medida retaliatória chegou a ser utilizada na prática até 1959. MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, 42(1), Kluwer Law International, 2008, p. 7.

¹⁹ É possível colher casos de retaliação não autorizadas, como no contencioso *Canada - Provincial Liquor Boards*, de 1992, em que ambos os litigantes aplicaram sanções sem a chancela do GATT. GATT. **Council:** minutes of meeting. 27/10/1992. Documento C/M/ 259, pp. 2-31.

²⁰ LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional:** uma visão brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 115.

²¹ Sobre o assunto, Hudec constata que: “there were rather serious limitations on the political commitment governments made to GATT law. The most obvious limitation, of course, was the fact that the entire legal drama took place in a setting in which the leading governments had retained the legal authority not to obey GATT law. GATT law was never given direct effect in their domestic laws. The fact that governments wanted the freedom to disobey was the starting point from which

sujeito de direito internacional (v.g. organização internacional), a não inclusão de matérias relevantes em seu escopo (v.g. serviços, propriedade intelectual, agricultura, têxteis etc.), além de outros aspectos que se mostravam obstáculos insuperáveis, exigindo uma reforma completa em sua estrutura.

1.3 PANORAMA DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC

1.3.1 ADENSAMENTO DE JURIDICIDADE

Como demonstrado acima, os esforços do GATT no sentido de consolidar práticas que preenchessem as lacunas de seu texto legal, bem como o constante aprimoramento para reduzir a influência do poder político no funcionamento de seu sistema de solução de controvérsias, mostraram-se insuficientes para fazer frente aos novos desafios do comércio internacional. Em resposta a essas deficiências, a Rodada Uruguai de negociações foi lançada, e após intensa atividade (1986-1994)²², resultou no estabelecimento da OMC como o organismo responsável pela regulamentação do sistema multilateral de comércio²³, acompanhado de novo mecanismo de pacificação de conflitos, dotado de acentuadas feições jurídicas²⁴.

the GATT legal system had to build. No matter how well GATT legal system succeeded in constructing impediments to the exercise of this freedom, the legal system was always working against this fundamental reservation". HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement. In: WEISS, Friedl; WIERS, Jochem (Eds.). **Improving WTO dispute settlement procedures: issues & lessons from the practice of other international courts and tribunals**, Londres: Cameron May, 2000, p. 3.

²² A Rodada Uruguai traduziu-se na mais complexa e ampla negociação já existente no âmbito multilateral, tendo sido descrita como "the most important event in recent economic history". JACKSON, John. H. **The jurisprudence of GATT & the WTO: insights on treaty law and economic relations**, cit., p. 168.

²³ Segundo Jackson, a criação da OMC "completed' the triad of organizations contemplated by the Bretton Woods Conference of 1944". JACKSON, John H. The Changing Fundamentals of International Law and Ten Years of the WTO. **Journal of International Economic Law**, v. 8, n. 1, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 4.

²⁴ Para maiores informações sobre a Rodada Uruguai, consultar PETERSMANN, Ernst-Ulrich. **The GATT / WTO dispute settlement system: international law, international organizations and dispute settlement**. The Hague: Kluwer Law International, 1998; COSTA, Lígia Maura. **OMC: manual prático da Rodada Uruguai**. São Paulo: Saraiva, 1996.

Em síntese, o fortalecimento do aparato de pacificação de litígios da OMC pode ser visto como meio-termo encontrado para acomodar: a) as reclamações dos Estados Unidos, que entendiam o sistema do GATT como insuficiente para proteger de maneira adequada seus interesses; b) o desejo dos demais atores do comércio internacional em domar o excessivo unilateralismo estadunidense – intensificado a partir de 1988, com a edição do *Super Section 301*, sob o argumento de fragilidade do GATT²⁵. A essas razões podem ser incluídas a necessidade de preservação da efetividade do sistema de controvérsias, que vinha sendo desafiada por conflitos cada vez mais relevantes politicamente²⁶, e de seu fortalecimento devido ao alargamento *ex materiae* operado pela OMC, com a inclusão de novos temas em seu feixe normativo, como serviços e propriedade intelectual²⁷.

Lafer batizou o produto do movimento promovido pela Rodada Uruguai no âmbito do sistema de solução de controvérsias de “adensamento de juridicidade”²⁸. O que era regulamentado por apenas um par de dispositivos no GATT, desdobrou-se em um novo acordo composto por 27 (vinte e sete) artigos, 143 (cento e quarenta e três) parágrafos e 4 (quatro) apêndices, denominado ESC – Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias. Esse diploma legal – parte integrante do corpo normativo abrangido pela OMC, sob a forma do Anexo 2 de seu Acordo Constitutivo – consiste na pedra angular de todo o novo sistema de pacificação de conflitos da

²⁵ A “*Section 301*” autorizava o Executivo dos Estados Unidos a impor sanções comerciais unilaterais em inúmeras hipóteses. HUDEC, Robert. *Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement*, cit., p. 6. Segundo o casal Chayes, o sistema da OMC marcou o fim de duas décadas de “unilateralismo agressivo” dos Estados Unidos. CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler. **The new sovereignty: compliance with international regulatory agreements**. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 101.

²⁶ O sistema de solução de controvérsias do GATT foi ganhando importância, notadamente nas décadas de 70 e 80, e, com isso um maior número de controvérsias, cada vez mais relevantes do ponto de vista político, foram sendo submetidas ao seu crivo. Como resultado, as decisões do sistema ganharam maior notoriedade nas capitais das partes vencidas e seu cumprimento passou a ser mais contestado, notadamente em razão do direito ao veto (v.g. por que aceitar a decisão se poderíamos vetá-la?). Dessa maneira, a manutenção da credibilidade do sistema, e, em última análise, sua própria existência, passavam necessariamente por seu fortalecimento. HUDEC, Robert. *Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement*, cit., p. 7.

²⁷ SUTHERLAND, Peter et al. **The future of the WTO: addressing institutional challenges in the new millennium**. Genebra: WTO Secretariat. 2004, p. 49.

²⁸ LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira**, cit., p. 29-32.

organização, encerrando as regras basilares sobre seu funcionamento. Trata-se de verdadeiro código procedimental responsável, *inter alia*, por regulamentar as etapas do mecanismo, erigir seus princípios informadores e atribuir competências a seus órgãos.

Dentre as principais modificações operadas pelo novo diploma, algumas revelam de maneira exemplar mencionado adensamento de juridicidade. A primeira delas, consistente na inversão da regra do consenso, corrigiu o maior defeito do GATT: o direito ao veto. Assim, para o bloqueio de uma controvérsia não é mais suficiente a oposição de uma única parte (“consenso positivo”), sendo necessária a unanimidade dos membros – inclusive do próprio reclamante – no sentido contrário ao do prosseguimento da contenda (“consenso negativo”). Em decorrência da eliminação do direito de veto, consolida-se, *inter alia*, os direitos de estabelecimento do painel, adoção das recomendações, apelação e aplicação de sanções. O reclamante passa a ter assegurada a realização de todos esses atos procedimentais, afastando a elevada possibilidade de ingerência política antes verificada no GATT.

Como corolário direto da inversão da regra do consenso, observa-se a automaticidade do procedimento de solução de controvérsias. As várias etapas que compõem um conflito passam a se suceder mecanicamente, sem a necessidade de provocação de cada ato pela parte interessada. Na prática, o evento é incluído na pauta de reunião dos membros da OMC, e aprovado automaticamente após sua leitura e eventual manifestação dos presentes. Além disso, a expressa determinação de prazos e regras específicas para cada etapa contribui para evitar protelamentos desnecessários e aumentar a previsibilidade do procedimento. Por outro lado, a eliminação do direito de veto foi compensada, em parte, pela criação do OA - Órgão Permanente de Apelação, como forma de conferir equilíbrio ao procedimento, permitindo contornar a natural inconformidade das partes com provimentos contrários, bem como evitar que o membro vencido deixe de implementar as decisões sob reclamos de injustiça ou erro²⁹. Apontada

²⁹ “The strictly legal function and expertise of the appellate body were perceived as a rule-oriented substitute for the political consensus practice regarding panel reports in the GATT Council”. PETERSMANN, Ernst-Ulrich. **The GATT / WTO dispute settlement system**: international law, international organizations and dispute settlement, cit., p. 186. No mesmo sentido, SUTHERLAND,

como uma das mais importantes inovações trazidas pela OMC, o estabelecimento de uma instância revisora, à qual se pode recorrer para reexame do relatório do órgão de primeira instância (painel), torna eficaz o princípio universal do duplo grau de jurisdição³⁰. Nesse sentido, oferece maior segurança para a prevenção de equívocos decorrentes da falibilidade humana, além de conferir maior credibilidade e uniformidade para as decisões da OMC.

Outra novidade do ESC foi a criação do OSC - Órgão de Solução de Controvérsias, composto por todos os membros da entidade, sobre o qual recai a função de aplicação e administração das normas de resolução de conflitos³¹. Este órgão representa uma especialização funcional do Conselho Geral da OMC que, com regras e direção próprias, desempenha as tarefas relacionadas à pacificação de conflitos³². Em razão da relevância dessa atividade, há quem afirme que a função mais importante do Conselho Geral é a de ser um órgão de solução de disputas³³. Dentre as competências reservadas ao OSC, encontram-se o poder para estabelecer painéis, adotar relatórios provenientes dos painéis e do OA, supervisionar a implementação das decisões e recomendações contidas em aludidos relatórios, bem como autorizar a suspensão de concessões ou outras obrigações constantes dos tratados abrangidos pela OMC³⁴.

As alterações ocasionadas nas regras de pacificação de conflitos também resultaram na extensão da obrigatoriedade do ESC para todos os membros da entidade, representando um sistema único de solução de

P. et al. **The future of the WTO: addressing institutional challenges in the new millennium**, cit., p. 50; PRADO, Victor Luiz do. Mecanismos de solução de controvérsias: fonte de poder e de problemas na OMC. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. (coord). **OMC e o comércio internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p.268.

³⁰ Para um interessante panorama sobre as perspectivas em face do AO dos negociadores que atuam na OMC e os doutrinadores que estudam o assunto, ver: THORSTENSEN, Vera. O papel do Órgão de Apelação: visão das comunidades diplomáticas e acadêmica. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; CELLI JÚNIOR, Umberto; YANOVICH, Alan (Orgs). **10 anos de OMC: uma análise do sistema de solução de controvérsias e perspectivas**. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 91-112.

³¹ ESC, Art. 2.1; Acordo Constitutivo da OMC, Artigo III.III.

³² Acordo Constitutivo da OMC, Art. IV. III. Sobre o dispositivo, Lafer – que exerceu a presidência do OSC no ano de 1996 – explica que a especialização funcional do OSC lhe assegura uma identidade institucional própria, reveladora da hierarquia e da importância atribuída pela OMC à solução de controvérsias. LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira**, cit., p. 127.

³³ JO, Hee Moon. **Introdução ao direito internacional**. São Paulo: LTr, 2000, p. 449.

³⁴ ESC, Art. 2.1.

controvérsias³⁵. A medida visou combater a antiga prática existente no GATT, conhecida como *forum-shopping*, segundo a qual as partes possuíam prerrogativa para eleger uma, dentre as inúmeras vias previstas por diferentes acordos, para o deslinde de seus desentendimentos³⁶.

O adensamento de juridicidade explicitado acima levou Abi-Saab a concluir que a trajetória do sistema de solução de controvérsias desde o GATT até a OMC poderia ser comparada à passagem de um modelo de mediação para uma estrutura com feições judiciais³⁷. Ou ainda, em alusão à “evolução Darwiniana”, que o ESC representaria o desenvolvimento de coluna vertebral em um sistema anteriormente invertebrado³⁸. Com efeito, o mecanismo implementado pela OMC representa inegável progresso em termos de eficácia, na medida em que reduz sua dimensão diplomática e concebe um “sistema verdadeiramente jurídico”³⁹.

1.3.2 ETAPAS DO PROCEDIMENTO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Efetuada alguns comentários introdutórios sobre o aprofundamento do caráter jurídico do sistema de solução de controvérsias da OMC, julga-se oportuno apresentar um breve panorama sobre seu funcionamento. Preliminarmente, no entanto, importa assentar que apenas os membros da organização têm legitimidade para figurar nos pólos ativo ou passivo de uma divergência⁴⁰. Assim, quando se fala que a OMC tem jurisdição

³⁵ ESC, Apêndice 1.

³⁶ Como observa Lafer, a medida procurou fazer frente ao risco de fragmentação decorrente da dispersão dos diversos Códigos da Rodada Tóquio, cada qual prevendo seu próprio sistema para resolver litígios. LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional**: uma visão brasileira, cit., p. 122.

³⁷ OMC. **2007 WTO Public Forum**: how can the WTO help harness globalization, cit., p. 105.

³⁸ OMC. **2007 WTO Public Forum**: how can the WTO help harness globalization, cit., p. 112.

³⁹ VÁZQUES, Carlos M.; JACKSON, John H. Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions. **Law and Policy in International Business**, v. 33, n. 4, Washington: Georgetown University Law Center, 2002, p. 557.

⁴⁰ Para os fins do presente trabalho, adotam-se os termos “reclamante” e “reclamado”, ou “demandante” e “demandado” para fazer referência às posições ativa e passiva respectivamente ocupadas por um membro da OMC nas controvérsias submetidas ao seu sistema de pacificação de conflitos.

obrigatória⁴¹, isso significa que tal compulsoriedade alcança somente seus integrantes e repousa no consentimento prévio por eles externado no momento de ratificação do Acordo Constitutivo da entidade. Considerando que somente podem aceder à OMC Estados ou “territórios aduaneiros separados” e dotados de completa autonomia na condução de suas relações comerciais externas⁴², o envolvimento direto de particulares na condição de parte, em contraposição ao que ocorre em outros foros, jamais será admitido pelas regras em vigor. No tocante às obrigações que poderão ser submetidas à apreciação da OMC, informa-se que todo o conjunto normativo abrangido pela organização poderá ser alegado como matéria controvertida em um conflito⁴³.

Passando-se ao exame do *iter* procedimental da atividade de composição de litígios na OMC, é possível vislumbrar uma série de etapas que a integram. A primeira consiste na fase de consultas, que representa a vertente diplomática do sistema, na qual a solução para a divergência é perseguida por negociações diretas e confidenciais entre as partes⁴⁴. A realização de consultas, como etapa preliminar ao ingresso nas chamadas vias jurisdicionais, aparece como fase obrigatória, reforçando o espírito supremo do sistema: o deslinde do conflito de forma satisfatória para ambas as partes. Não obstante sua natureza compulsória, seu sucesso fica condicionado à vontade dos contendores em transigir – o que nem sempre ocorre, principalmente quando há grande discrepância de poder entre eles, ou quando os interesses em debate são significativos. Até o presente momento, registram-se 373 (trezentos e setenta e três) controvérsias submetidas à apreciação da OMC, sendo que 47%, ou seja, 176 (cento e setenta e seis), foram encerradas durante a fase de consultas⁴⁵.

Frustrada a tentativa de autocomposição⁴⁶, abre-se ao reclamante o direito de iniciar a fase de estabelecimento de painel, por meio da qual a

⁴¹ Diz-se que uma jurisdição é obrigatória quando uma das partes pode invocá-la unilateralmente em relação à outra.

⁴² Acordo Constitutivo da OMC, Art. XII.1. Nessa categoria de Membros classificam-se Taipé Chinês e Hong Kong.

⁴³ ESC, Apêndice 1.

⁴⁴ ESC, Art. 4.6.

⁴⁵ Disponível em <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm> Acesso em 09.10.2008.

⁴⁶ O ESC determina, em seu art. 4.7, que as consultas devem perdurar por pelo menos 60 (sessenta) dias, contados da data de recebimento de sua solicitação.

apreciação da controvérsia é remetida a um grupo de especialistas formado especificamente para o caso concreto⁴⁷. Ao contrário da etapa de consultas, essa fase tem caráter predominantemente jurisdicional, uma vez que retira a análise da controvérsia da esfera das partes, encaminhando-a a um terceiro independente (painel). Nas palavras de Luiz Olavo Baptista, esse movimento tem a virtude de despolitizar a questão “circunscrevendo-a e tornando-a suscetível de avaliação racional, jurídica. A questão sai do âmbito da soberania e passa imperceptivelmente, mas efetivamente para um plano material e dos interesses comerciais em jogo”⁴⁸.

Em regra, os painéis são organismos provisórios compostos por três integrantes, escolhidos de maneira *ad hoc*⁴⁹. Assim sendo, não se revestem de profissionalidade ou permanência, posto que instituídos para uma tarefa exclusiva, finda a qual são dissolvidos. A partir da apreciação objetiva dos fatos e do direito aplicável, e conferindo oportunidade para as partes manifestarem seus argumentos por meio de petições e audiências, o painel deverá expressar suas conclusões na forma de um relatório escrito endereçado ao OSC⁵⁰. Verificando a existência de uma medida incompatível com as normas do sistema multilateral de comércio⁵¹, o painel deverá incluir recomendações no sentido de conformação da

⁴⁷ O trabalho utilizará o vocábulo “painel” para fazer menção ao grupo de especialistas formado para apreciar juridicamente, e em caráter inicial, uma controvérsia na OMC. A escolha está em sintonia com a tradição consolidada na doutrina brasileira especializada. Nesse sentido: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC**. São Paulo: Atlas, 2008. Vale advertir, no entanto, que a tradução do ESC para o português, adotada pelo Ministério das Relações Exteriores, prefere a expressão “grupo especial”, em atenção à versão oficial do documento nas línguas francesa (“*groupe spécial*”) e espanhola (“*grupo especial*”). Disponível em <http://www.mre.gov.br/portugues/ministerio/sitios_secretaria/cgc/controversias.doc>. Acesso em 25.03.2008. Ademais, Cretella Neto assinala que o uso do termo “painel” consiste em anglicismo, visto que seu significado no vernáculo não compreende o de grupo de especialistas composto para apreciar uma questão jurídica. CRETELLA NETO, José. **Sistema processual de solução de controvérsias da OMC – organização mundial do comércio**: casuística de interesse para o Brasil. 485 f. Dissertação (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 74-75.

⁴⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. Aspectos teóricos da solução de controvérsias. **Carta Internacional**, São Paulo, ano V, nº. 58, dez. 1997, p. 7-11.

⁴⁹ ESC, Art. 8, Parágrafos 5-9.

⁵⁰ ESC, Art. 12.7.

⁵¹ A existência de medida incompatível ocorrerá nas hipóteses de reclamação de violação, quando a “anulação ou restrição” dos benefícios do reclamante resultam de um suposto descumprimento das obrigações do reclamado. Por sua vez, na reclamação de não violação, inexistente medida ilegal, sendo a controvérsia lastreada exclusivamente no dano sofrido pelo reclamante. Considerando que a primeira situação corresponde à maioria dos casos observados na OMC, será ela adotada como referência na análise ora em andamento.

conduta inadequada⁵² – o que, poderia ser interpretado como exteriorização do clássico instituto de direito internacional público da cessação e não-repetição de ilícitos internacionais⁵³. Vale anotar que até o momento o sistema da OMC contabiliza a formação de 179 (cento e setenta e nove) painéis, dos quais 83%, ou seja, 148 (cento e quarenta e oito) chegaram a distribuir relatórios para as partes⁵⁴.

Como antecipado, um dos principais reflexos do adensamento de juridicidade da OMC encontra-se na criação do OA⁵⁵, ao qual foi atribuída a função de analisar em grau de recurso os relatórios elaborados em primeira instância⁵⁶. Atualmente, o percentual de apelação é de cerca de 70%, abrangendo 104 (cento e quatro) relatórios recorridos⁵⁷. Em contraposição aos painéis, o OA traduz-se em um foro permanente composto por sete integrantes, dos quais três atuam em cada controvérsia^{58 e 59}. Tal característica lhe permite consolidar correntes de entendimento e interpretação acerca das questões versando sobre as normas da entidade.

A legitimidade para recorrer é exclusiva das partes em controvérsia, não alcançando terceiros interessados⁶⁰. Considerando a inversão da regra do consenso, os litigantes têm assegurado seu direito de apelar, que deverá ser exercido por meio de notificação formal ao OSC antes da adoção do

⁵² ESC, Art. 19.1.

⁵³ CHO, Sungjoon. The nature of remedies in international trade law. **University of Pittsburgh Law Review**, n. 65, 2004, p. 771-772.

⁵⁴ Disponível em <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm>. Acesso em 09.10.2008.

⁵⁵ O Órgão Permanente de Apelação foi estabelecido pelo OSC em junho de 1995. Documento WT/DSB/1 (19/06/1995).

⁵⁶ ESC, Art. 17.1.

⁵⁷ Disponível em <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm>. Acesso em 09.10.2008.

⁵⁸ A escolha dos árbitros do OA é feita pelo OSC, por meio do consenso de seus membros, para um mandato de 4 (quatro) anos, com a possibilidade de uma recondução. A composição do órgão deverá refletir a diversidade dos Membros da entidade, envolvendo pessoas de reconhecida competência e com comprovada experiência em direito, comércio internacional e demais matérias contidas nos acordos da instituição. Diferentemente dos integrantes do painel, os árbitros não podem possuir laços governamentais. ESC, Art. 17, parágrafos 1-3.

⁵⁹ A atual presidência do OA é exercida pelo brasileiro Luiz Olavo Baptista, nomeado árbitro em 25 de setembro de 2001, e reconduzido ao cargo por uma oportunidade.

⁶⁰ Sem embargo, terceiros que tenham notificado o OSC, na fase do painel, sobre seu interesse substancial no conflito, poderão entregar comunicações escritas e serem ouvidos pelo OA (ESC, Art. 17.4).

relatório do painel. Insta ressaltar que a matéria apelável se restringe às questões de direito e interpretações jurídicas contidas no relatório de primeira instância⁶¹. O procedimento prevê o amplo direito de defesa das partes, permitindo a submissão de manifestações escritas e a participação em audiência. Em prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta), o OA deverá apresentar suas conclusões em um relatório próprio, confirmando, modificando ou revogando o entendimento do painel⁶².

Vale notar que o relatório final proveniente do painel ou do OA não se reveste, por si só, de força obrigatória automática para as partes. Ao contrário, a plenitude de efeitos jurídicos das conclusões e recomendações nele contidas ficam condicionadas à adoção pelo OSC. Em consonância com Lafer, essa aprovação configura uma espécie de homologação política do relatório, conferindo o *exequatur* para seu cumprimento. Nesse sentido, ainda segundo o ex-presidente do OSC, a natureza jurídica formal dos relatórios seria a de “um parecer, de um *tertius*, acima das partes, dotado de *vis directiva*”⁶³. A exigência da chancela política pelo OSC, todavia, é temperada pela automaticidade do procedimento da OMC, e pela existência do direito de adoção do relatório, assegurado aos seus membros por intermédio da regra de consenso negativo. Assim, mesmo sem ignorar a necessidade dessa aprovação formal pelo OSC, a virtual certeza de sua ocorrência faz com que a vinculação das partes ao conteúdo do relatório seja uma questão de tempo.

Conclui-se que o caráter jurídico vinculante dos relatórios é diferido no tempo: ao invés de surtir efeitos imediatamente após sua distribuição, seus reflexos ficam suspensos até o momento de sua adoção. Nessa esteira, apontando para a enorme improbabilidade da ocorrência de consenso negativo, há quem assevere, como Abi-Saab, na condição de ex-árbitro do OA, que as recomendações da OMC são “*de facto binding*”⁶⁴. Na mesma linha, Vázquez e

⁶¹ ESC, Art. 17.6.

⁶² ESC, Arts. 17.5 e 17.13.

⁶³ LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional**: uma visão brasileira, cit., p. 125.

⁶⁴ OMC. **2007 WTO Public Forum**: how can the WTO help harness globalization, cit., p. 112.

Jackson declaram que a adoção do relatório pode ser considerada uma consequência inevitável⁶⁵.

Visando garantir a reunião do OSC que deverá adotar o relatório, as normas de solução de controvérsias das OMC determinam prazos para sua realização⁶⁶. As partes da controvérsia possuem o direito de participar plenamente da reunião que examinará o relatório, podendo, assim como todos os demais membros, expressar sua opinião sobre seu conteúdo⁶⁷. Acerca do consenso para aprovação, via de regra, o presidente do OSC concede a palavra às partes em disputa e aos demais membros, registra eventuais manifestações e, posteriormente, determina a adoção do relatório – o que já ocorreu em 136 (cento e trinta e seis) oportunidades⁶⁸.

Por fim, adotado o relatório, parte-se para a sensível etapa de implementação da decisão⁶⁹, cujo objetivo é a modificação da conduta considerada inconsistente com as normas da OMC. Após percorrer todo o intrincado trajeto previsto para a solução de controvérsias, chega-se ao clímax do procedimento, no qual as violações detectadas deverão ser corrigidas a fim de colocar fim ao conflito. Nesse caso, em um primeiro instante, assegura-se ao reclamado a oportunidade de cumprir espontaneamente as recomendações da entidade em um prazo razoável, geralmente fixado por mútuo acordo ou arbitragem⁷⁰. Esgotado o prazo, é necessário verificar se a parte vencida realmente observou a decisão, reparando os desvios apontados pelo relatório. Havendo concordância em relação ao *status* de adimplemento, a divergência

⁶⁵ VÁZQUES, Carlos M.; JACKSON, John H. Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions. **Law and Policy in International Business**, cit., p. 555.

⁶⁶ No caso de relatório proveniente do painel, sua adoção deverá ser apreciada entre 20 (vinte) e 60 (sessenta) dias após distribuição (ESC, Art. 16.1 e 16.4). Nas hipóteses em que o relatório do painel for recorrido, o relatório final do OA deverá ser levado ao OSC em até 30 (trinta) dias após publicação (ESC, Art. 14). Além desses prazos, o ESC dispõe que a decisão sobre adoção do relatório não deverá exceder 9 (nove) meses, no caso de painel, ou 12 (doze) meses, para o OA, salvo quando prorrogados seus trabalhos (ESC, Art. 20).

⁶⁷ ESC, Art. 16, parágrafos 3 e 4.

⁶⁸ Disponível em <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm>. Acesso em 09.10.2008.

⁶⁹ Para fins didáticos, o presente estudo tratará como sinônimos os termos “decisão”, “recomendação” e “determinação”. Todos eles, indistintamente, terão como significado a manifestação oficial proferida pelos órgãos julgadores da OMC (painéis e/ou OA) na forma de relatório posteriormente adotado pelo OSC.

⁷⁰ ESC, Art. 21.3.

encontra seu termo. Caso contrário, abre-se ao reclamante a possibilidade de negociar compensação temporária com o reclamado enquanto não se perfaz a adequação de sua conduta.

Na hipótese em que o reclamado afirma o cumprimento, mas a parte adversa contesta a veracidade da alegação, erige-se a necessidade de verificar quem está com a razão. A nova discordância poderá ser submetida a um painel de implementação (“*compliance panel*”), que se incumbirá de dissolver o litígio, averiguando se o reclamado de fato implementou as mudanças necessárias para cumprir integralmente a decisão, bem como se as alterações levadas a efeito estão em conformidade com as regras do sistema multilateral de comércio⁷¹. Restando comprovado o descumprimento ou reconhecendo o reclamado, de maneira expressa ou tácita, que não adequou seu comportamento tal como estava obrigado, o reclamante se reveste da prerrogativa de, em *ultima ratio*, retaliar o membro sucumbente como forma de lhe impelir o adimplemento.

Com o mesmo objetivo, porém de maneira menos incisiva, o ESC também disponibiliza uma série de outros mecanismos durante a etapa de implementação, como a exigência de relatórios periódicos sobre o progresso do cumprimento pelo reclamado e o acompanhamento dessa trajetória pelo OSC, com o escopo de estimular o respeito pelas recomendações da entidade. Todos esses instrumentos constantes do sistema de solução de controvérsias da OMC podem ser denominados, em acepção ampla, como medidas de indução ao cumprimento.

⁷¹ ESC, Art. 21.5.

1.4 CUMPRIMENTO DAS DECISÕES DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC

1.4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes de se ingressar no exame das medidas de indução ao cumprimento previstas no sistema de solução de controvérsias da OMC, é preciso responder a uma pergunta que permeará toda a análise: por que os membros cumprem as decisões da OMC? Ou, em uma perspectiva mais ampla, por que os Estados se vinculam às obrigações do direito internacional? Como restará evidente, a identificação dos motivos determinantes que levam um Estado a observar as regras do comércio internacional se mostrará salutar para averiguar se as medidas de indução atuais desempenham satisfatoriamente sua função, bem como para apontar em que aspectos referidos institutos podem ser aprimorados. Em última instância, a questão permitirá revelar em que grau tais medidas influenciam a resolução dos membros em implementar as determinações proferidas pela OMC.

1.4.2 ESTRUTURA DO DIREITO INTERNACIONAL

Tendo em vista que a OMC é uma organização internacional com personalidade jurídica própria e formada por sujeitos de direito internacional, o primeiro passo consiste em tecer comentários sobre como a estrutura da sociedade na qual ela está inserida pode interferir na questão do cumprimento de suas decisões.

Para tanto, vale lembrar que a sociedade internacional está disposta de maneira descentralizada, inexistindo um aparato institucional desenvolvido, bem como um legislador central⁷² ou uma autoridade que se

⁷² “International law, unlike domestic legal systems, is ‘decentralized’ in that it has no central legislator creating its rules. The creators of international law are at the same time the main subjects

sobrepõe aos seus integrantes⁷³. Os Estados, atores tradicionais dessa sociedade e sujeitos de direito com acesso predominante à OMC⁷⁴, organizam-se horizontalmente, ou seja, em posição de igualdade formal. Como corolário, a relação estabelecida entre eles é de coordenação⁷⁵. Convém frisar que a ausência de um poder central significa que o Estado somente é jurisdicionável perante uma corte em razão de seu próprio consentimento, revelando a inexistência de uma polícia organizada, com poder suficiente para impor o cumprimento de uma decisão ou para substituir a atuação do Estado quando este se recusa a perfazer determinada ação.

A falta de estrutura institucional centralizada poderia levar à interpretação equivocada da ordem internacional, redundando no entendimento de que as regras da OMC não seriam vinculantes, na acepção tradicional do termo. Afinal, "*the WTO has no jailhouse, no bail bondsmen, no blue helmets, no truncheons or tear gas*"⁷⁶. No entanto, como adverte Cho, a previsão desses instrumentos coloca-se como elemento subsidiário de um sistema jurídico, e não como pressuposto de sua existência⁷⁷. A lacuna ocasionada pela dispersão do poder não se constitui em obstáculo para a edificação de normas comuns para ordenar o relacionamento entre os Estados. Ademais, a ausência de aparato coativo organizado não priva a comunidade internacional de meios para promover o cumprimento de suas normas⁷⁸. Nesse sentido, observa-se a existência de um

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

⁷³ Sobre o assunto, Mello aduz que "a falta de uma organização institucional significa que a sociedade internacional não é um superestado, isto é, não possui um poder legislativo, executivo ou judiciário por cima dos Estados e, em consequência, é descentralizada". MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, Vol. I, 2002, p. 53.

⁷⁴ "Le droit de gens est un droit de coordination et non de subordination". ROUSSEAU, Charles. De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international. **Revue Générale de Droit International**, Paris, v. 39, n.133, 1932, p. 150-151.

⁷⁵ Mais precisamente, o Art. XII.1 do Acordo Constitutivo da OMC permite a acessão como Membros de "*territórios aduaneiros separados*", dotados de completa autonomia na condução de suas relações comerciais externas.

⁷⁶ BELLO, Judith Hippler. The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More. **The American Journal of International Law**, Washington, v. 90, n.3, 1996, p. 417.

⁷⁷ CHO, Sungjoon. The nature of remedies in international trade law. **University of Pittsburgh Law Review**, cit., p. 782.

⁷⁸ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Introdução ao direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 5-8.

incipiente sistema de sanções no âmbito internacional, cujos maiores obstáculos residem na desigualdade fática entre os atores estatais⁷⁹.

O extremo oposto a esse cenário encontra-se nos sistemas jurídicos domésticos, cuja apreciação permite ressaltar os traços fundamentais da sociedade internacional. Assim, importa mencionar que as estruturas nacionais revelam uma geometria centralizada na figura do Estado, que concentra o poder e se reveste de autoridade superior em face dos indivíduos nele presentes. Verifica-se a existência de uma polícia estatal forte e de mecanismos institucionais que asseguram a vontade oficial e a vigência da ordem jurídica. A vontade política é exprimida por meio da representação (parlamentares)⁸⁰. A relação entre Estado e particulares é marcada pela subordinação, o que implica dizer que todos os indivíduos são jurisdicionáveis e estão obrigados a se submeter às cortes locais, cujas decisões são passíveis de serem executadas, inclusive pela substituição da vontade do indivíduo. As sanções existentes apresentam feições desenvolvidas, sendo sua aplicação garantida pelo monopólio da força exercida pela polícia estatal.

Muito embora as características acima descritas representem modelos estereotipados da realidade das sociedades internacional e doméstica, que têm sofrido modificações profundas nas últimas décadas, com o surgimento de novos atores externos e internos e o desenvolvimento de instituições na esfera global, é preciso reconhecer sua serventia para transmitir uma noção satisfatória do ambiente em que operam as decisões da OMC.

1.4.3 ATO DE CUMPRIMENTO DAS DECISÕES DA OMC

Diante do panorama da sociedade internacional, marcado pela ausência de uma autoridade central capaz de impor sua manifestação de vontade, é possível concluir que o cumprimento de uma determinação do

⁷⁹ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 1-2.

⁸⁰ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar, cit., p. 1.

mecanismo de controvérsias da OMC dependerá, em última instância, do consentimento do membro envolvido. O fundamento das obrigações internacionais, nesse sentido, está calcado na expressão prévia – explícita ou implícita – de assentimento do Estado, sem o qual dificilmente será possível verificar o cumprimento. Não obstante o nível de desenvolvimento institucional da OMC, ela ainda está longe de representar uma autoridade centralizada no âmbito do sistema multilateral do comércio, com força e meios suficientes para exigir a observância de suas decisões, notadamente diante da oposição de seus destinatários. Assim sendo, reitera-se, a modificação da conduta do reclamado em respeito a uma determinação da OMC está condicionada a sua inequívoca concordância e participação. Diante dessa constatação, convém investigar quais motivos levam um membro a adotar tal comportamento.

O ponto de partida dessa tarefa consiste em vislumbrar o ato de cumprimento como resultado de uma decisão governamental influenciada por um conjunto complexo e heterogêneo de fatores. O reclamado, para implementar uma determinação da OMC, deverá estar disposto a modificar sua própria decisão anterior – que redundou na violação⁸¹. Esse tipo de processo é complexo, porque orientado por uma multiplicidade de fatores, que atuam de maneira paralela e com intensidades distintas. Em regra, um único elemento não é capaz de, solitária e hermeticamente, provocar alteração tão profunda. Por sua vez, como se verifica a seguir, os elementos que instruem mencionada decisão também são heterogêneos, posto que decorrerem de considerações de natureza variada, principalmente de ordem política e econômica.

Considerando os fatores que podem concorrer para a formação da vontade política para implementar uma decisão, é possível elencar, *inter alia*: a) confiança nos benefícios a longo prazo de um sistema legal efetivo; b) pressão de grupos de interesses; c) aplicação de medidas de indução ao cumprimento; d) força normativa decorrente das obrigações internacionais⁸²; e) observância

⁸¹ HUDEC, Robert. The adequacy of WTO dispute settlement remedies: a developing country perspective in HOEKMAN, Bernard; MATTOO, Aaditya; ENGLISH, Philip (eds). **Development, trade, and the WTO: a handbook**, chapter 10, Washington, DC: World Bank, 2002, p. 90.

⁸² CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler. **The new sovereignty: compliance with international regulatory agreements**, cit., p. 8-9.

dessas obrigações como conduta de boa política⁸³; f) manutenção do bem-estar dos cidadãos⁸⁴; e g) zelo pela reputação do membro no sistema multilateral de comércio⁸⁵.

Há quem afirme, com razão, que alguns desses elementos, de maneira conjunta, redundam em uma “propensão geral” dos Estados para o cumprimento de suas obrigações internacionais. Essa inclinação é lastreada por fatores como, eficiência, interesses econômicos e políticos, além da própria força vinculante das normas internacionais⁸⁶.

Dentre os itens enumerados, os três primeiros mostram-se especialmente importantes para a condução da presente pesquisa, e por isso merecem atenção especial:

a) Confiança nos benefícios a longo prazo de um sistema legal efetivo

A confiança nas vantagens futuras que podem ser colhidas em um sistema jurídico efetivo estimula o cumprimento de suas decisões⁸⁷. O raciocínio, transposto para a OMC, é de que se os membros da entidade acreditam nos benefícios decorrentes do sistema multilateral de comércio, eles tenderão a implementar suas soluções a fim de assegurar resultados positivos futuros⁸⁸. O cálculo de interesses não seria elaborado com lastro em

⁸³ HUDEC, Robert. The adequacy of WTO dispute settlement remedies: a developing country perspective in HOEKMAN, Bernard; MATTOO, Aaditya; ENGLISH, Philip (eds). **Development, trade, and the WTO: a handbook**, cit., p. 84-85.

⁸⁴ O raciocínio de Trachtman de que os países recorrem ao Direito Internacional e à negociação de tratados internacionais com o escopo de incrementar o bem-estar de seus cidadãos também pode ser aplicado ao cumprimento das decisões da OMC. OMC. **2007 WTO Public Forum: how can the WTO help harness globalization**, cit., p. 114.

⁸⁵ CHAYES, Abram; CHAYES; Antonia Handler. **The new sovereignty: compliance with international regulatory agreements**, cit., p. 110. Esse elemento é também referido em linguagem diplomática como “*the shame factor*”.

⁸⁶ CHAYES, Abram; CHAYES; Antonia Handler. **The new sovereignty: compliance with international regulatory agreements**, cit., p. 3-9.

⁸⁷ DAVEY, William J. The WTO: looking forwards. **Journal of International Economic Law**, Vol.9, N. 1, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 17; HUDEC, Robert. The adequacy of WTO dispute settlement remedies: a developing country perspective in HOEKMAN, Bernard; MATTOO, Aaditya; ENGLISH, Philip (eds). **Development, trade, and the WTO: a handbook**, cit., p. 82.

⁸⁸ PALMETER, David. The WTO dispute settlement system in the next ten years. In: WTO at 10 Conference: governance, dispute settlement and developing countries, 2006, Nova York. **Working Papers**. Nova York, Columbia University, p. 10. Disponível em: <<http://www.sipa.columbia.edu/wto/html/papers.html>>. Acesso em: 22.04.2008.

considerações imediatistas, mas na importância da eficácia a longo prazo das relações jurídicas estabelecidas no âmbito internacional. Expressando tal entendimento, Davey confia:

I believe that it is probably the case that the overall positive record of implementation in the WTO is due to the good faith desire of its members to see the dispute settlement system work effectively. The more active users of the system are repeat players, and they appear as both complainants and respondents. Accordingly, it is in their overall interests that the system function effectively⁸⁹.

Uma série de constatações corroboram essa proposição. Por um lado, o funcionamento adequado e previsível do sistema multilateral de comércio está condicionado, em certa medida, à eficácia e à credibilidade de seu aparato de solução de controvérsias⁹⁰. Caso ele se mostre insatisfatório, o sistema multilateral como um todo será afetado. Além disso, a negociação de tratados internacionais, como aqueles constantes da OMC, envolve profundo e minucioso processo de discussão e reflexão – nos planos doméstico e internacional – sobre seus respectivos custos e benefícios para os contratantes. Assim, ao final do processo de negociação, os atores envolvidos concentram uma noção ampla sobre os impactos de suas obrigações, e somente concluiriam o acordo se estivessem convictos de que seus interesses individuais seriam acomodados – mesmo que parcialmente – no texto final. Por conseguinte, os membros se inclinariam a cumprir as decisões proferidas pela OMC na medida em que tal comportamento, uma vez generalizado, asseguraria a integridade das obrigações estabelecidas reciprocamente⁹¹. A própria decisão dos membros da OMC em aceder à organização, bem como o gradual e ininterrupto aumento do número de seus integrantes, podem ser interpretados como reconhecimento dos benefícios

⁸⁹ DAVEY, William J. **Implementation in WTO dispute settlement**: an introduction to the problems and possible solutions. Research Paper n. 05-16 (Illinois Public Law and Legal Theory Research Paper Series), 2005, p. 14.

⁹⁰ “Thus it is extremely important that the major players follow a policy of conforming to the obligations outlined in WTO panels or Appellate Body reports in cases brought against them. It is important for the system to maintain the political support and confidence of all WTO Members, and to be viewed as fair and rigorously impartial by all stakeholders”. SUTHERLAND, P. et al. **The future of the WTO**: addressing institutional challenges in the new millennium, cit., p.55.

⁹¹ CHAYES, Abram; CHAYES; Antonia Handler. **The new sovereignty**: compliance with international regulatory agreements, cit., p. 4-7.

trazidos pela regulamentação do comércio em âmbito multilateral, e da vontade de submissão a tais regras⁹².

A questão da garantia da efetividade do mecanismo de solução de disputas por meio do cumprimento também pode ser examinada pelo prisma da reciprocidade de tratamento. O membro que se recusa reiteradamente a implementar as decisões de um organismo internacional atrai para si comportamento semelhante de seus parceiros comerciais, sempre que ocupar uma posição ativa em um litígio. Como resultado, a utilização dos mecanismos de resolução de conflitos deixa de trazer resultados efetivos para o membro recalcitrante. Jackson declara que os Estados Unidos enfrentou dificuldades na década de 70 para receber atenção em suas reclamações sobre irregularidades na concessão de subsídios por outros governos. Segundo o autor, isso ocorreu porque os países-alvo desses protestos passaram a adotar a mesma postura persistentemente externada pelos Estados Unidos no caso *DISC (Domestic International Sales Corp.)* do GATT, quando ele se recusou a cumprir as decisões que condenavam seus próprios subsídios⁹³. Há quem entenda que essa relutância em se conformar com as regras do comércio internacional pode levar até mesmo à exclusão ou redução de participação deste membro no processo normativo e de elaboração da política internacional⁹⁴.

b) Pressão de grupos de interesse

O segundo fator consiste na atuação de grupos de interesse no sentido de influenciar o processo decisório governamental do reclamado diante das recomendações da OMC. Há uma diversidade de grupos que interagem nesse processo – pertencentes ao âmbito governamental e privado, em ambas as

⁹² Segundo a árbitra do OA da OMC, Merit Janow, a resolução em se tornar Membro da entidade é fruto de uma decisão soberana guiada por considerações de que inúmeros problemas e oportunidades são melhor tratadas no âmbito internacional, ou simplesmente não podem ser resolvidas apenas na esfera doméstica. OMC. **2007 WTO Public Forum: how can the WTO help harness globalization**, cit., p. 114.

⁹³ JACKSON, John H. *The WTO Dispute Settlement Understanding: misunderstandings on the nature of legal obligations*. **Journal of International Economic Law**, Vol.91, N. 1, Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 60-61.

⁹⁴ “The ability of a state to remain a participant in the international policy-making process – and thus its status as a member of the international system – depends in some degree on its demonstrated willingness to accept and engage the regime’s compliance procedures”. CHAYES, Abram; CHAYES; Antonia Handler. **The new sovereignty: compliance with international regulatory agreements**, cit., p. 230.

esferas doméstica e internacional –, cujo apoio pode ser galvanizado em posição favorável ou contrária à implementação. O êxito na mobilização positiva desse apoio tende a agilizar o movimento de aceitação das normas do sistema multilateral de comércio. Esta aprovação, principalmente quando proveniente dos setores internos diretamente envolvidos na violação objeto da controvérsia, soma-se à “propensão geral” dos Estados no sentido do cumprimento, e estabelece as condições políticas necessárias para sua ocorrência. Por outro lado, a manifestação de discordância em relação à medida recomendada pela OMC, com grupos de interesses pressionando pela recusa em sua adoção, gera a criação de obstáculos políticos que podem retardar ou até impedir sua execução – revertendo aquela predisposição inicial dos Estados. A composição de cada um desses grupos, e a maneira como podem influenciar a decisão de seu governo, serão examinadas mais detidamente no capítulo 2. Não obstante, importa adiantar que o resultado de sua atuação dependerá dos interesses em jogo no caso concreto, assim como da força e organização política dos grupos envolvidos.

c) Aplicação de medidas de indução ao cumprimento

A ameaça ou efetiva aplicação de medidas de indução também é capaz de influenciar a decisão de um membro em implementar as recomendações provenientes do sistema de controvérsias da OMC. É claro que o nível de influência se encontra diretamente relacionado com a natureza da respectiva medida, dos interesses que ela atinge e da forma como é assimilada pela comunidade internacional. Referidos aspectos serão devidamente abordados no decorrer da pesquisa, notadamente no capítulo 3, no que concerne às medidas atualmente existentes, e no capítulo 4, no tocante às propostas para sua modificação. Entretanto, insta antecipar que tais institutos podem contribuir de maneira preponderante para a decisão dos governos em trilhar o caminho do cumprimento. A íntima conexão entre as medidas de indução e os dois fatores anteriormente examinados comprova a assertiva.

Em primeiro lugar, a eficácia do sistema multilateral de comércio não pode ser dissociada da eficácia de seus mecanismos de solução de conflitos, responsáveis por dirimir os inevitáveis choques de interesses que ocorrem em seu âmago. E, como não basta apontar uma solução para o conflito, mas

necessário também assegurar sua implementação, as medidas de indução ganham papel de destaque. Charnovitz declara que muitas das violações das regras do GATT que não puderam ser resolvidas por conta de sua deficiência estrutural, acabaram sendo levadas à OMC em virtude do fortalecimento de seu aparato de pacificação de litígios⁹⁵. Assim, na proporção em que as medidas de indução podem estimular o cumprimento, elas devem ser vistas como importantes para a eficácia do sistema normativo como um todo.

Além disso, como se verá no Capítulo 2, aludidas medidas atuam de maneira especial sobre os grupos de interesses, sensibilizando-os para a defesa do adimplemento. Eventual mobilização de forças políticas poderosas no interior do reclamado, bem como da comunidade internacional, podem ser essenciais no exercício de convencimento do membro que se recusa a efetivar as decisões da OMC.

1.5 MEDIDAS DE INDUÇÃO AO CUMPRIMENTO DAS DECISÕES DA OMC

1.5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Após apresentar as linhas gerais do aparato de resolução de conflitos da OMC, bem como os principais fatores que informam a decisão governamental de um membro em adimplir suas recomendações, mostra-se oportuno concentrar o foco da pesquisa nas medidas de indução ao cumprimento. Nesse contexto, os próximos tópicos visam sintetizar os elementos básicos desse instituto.

⁹⁵ CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 616.

1.5.2 DEFINIÇÃO

Em apertada síntese, o escopo de um sistema de pacificação de conflitos consiste em propor soluções para as divergências que lhe são encaminhadas. Após se desincumbir da tarefa, o sistema pode simplesmente encerrar seu envolvimento, relegando a matéria da implementação ao inteiro arbítrio dos contendores, ou ir além, prevendo mecanismos para assegurar a efetividade de suas decisões. Surgem, nessa segunda hipótese, as medidas de indução ao cumprimento, que podem ser definidas como instrumentos previstos no âmbito de um mecanismo de solução de controvérsias cujo objetivo é estimular a concretização de suas decisões pelas partes envolvidas.

Por uma questão de coerência, o cenário que prescinde de medidas de indução tende a ter maior sintonia com modelos de jurisdição voluntária, e cujas decisões não são obrigatórias. É dizer, sistemas que demandam a concordância expressa das partes para cada controvérsia, e nos quais suas manifestações têm força apenas diretiva, não vinculando o comportamento dos envolvidos. Por sua vez, o cenário acompanhado de medidas de indução parece mais adequado para modelos de solução de controvérsias nos quais os membros são jurisdicionáveis, e suas decisões revestem-se de natureza obrigatória⁹⁶. Tomando o sistema da OMC como exemplo, verifica-se seu enquadramento no panorama de jurisdição e decisões vinculantes⁹⁷. Consistentemente, como se verá adiante, nele se encontra a possibilidade de aplicação de medidas indutoras.

⁹⁶ Sem embargo, vale advertir que a correlação entre ambos os modelos e a existência ou não de medidas de indução não se apresenta como regra necessária.

⁹⁷ A condição de membro da OMC implica na aceitação da jurisdição de seu sistema de solução de controvérsias, independentemente de concordância expressa para cada situação. Por sua vez, apesar da conotação suave do termo 'recomendação', que envolve as decisões do sistema, seu significado tradicional na jurisprudência da OMC é o de que, uma vez aprovada pelo OSC, ela vincula juridicamente as partes. HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p.10. Em sentido contrário, Jorge Fontoura entende que mencionadas decisões exsurgem "muito mais como recomendações aptas a prover solução do caso do que como decisões impositivas a serem cumpridas *tout court*". FONTOURA, Jorge. A imanência jurídica da OMC. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 39, n. 153, 2002, p.28.

Em acepção ampla, é possível verificar duas formas distintas de exteriorização das referidas medidas de indução ao cumprimento:

a) Medidas indiretas de indução: instrumentos projetados para promover e facilitar a atitude de implementação das decisões de uma organização por meios indiretos e não-coercitivos. A previsão de normas e prazos bem definidos para os sucessivos atos em direção ao cumprimento pode ser considerada como exemplo dessas medidas, porquanto permite evitar impasses procedimentais que poderiam dificultar seu objetivo final. No mesmo sentido situam-se os mecanismos de supervisão e acompanhamento do progresso das ações de adimplemento do reclamado. Tais ferramentas visam enaltecer a observância das normas internacionais como conduta de boa-fé, decorrente de uma obrigação a que o Estado livremente se vinculou. Ressaltam, ainda, as vantagens advindas do cumprimento espontâneo das decisões do sistema.

Estas medidas são batizadas por Charnovitz como “*softer compliance approaches*”, cujos fundamentos se encontrariam na percepção de que o comportamento dos sujeitos de direito internacional pode ser mais facilmente alterado pela força da persuasão, do que pela persuasão da força. O autor vislumbra sua adoção principalmente em tratados ambientais e de direitos humanos, e assevera que o caminho do cumprimento deve ser buscado mais em medidas de convencimento, do que em medidas coercitivas⁹⁸. Essa modalidade de medida de indução, guardadas as devidas reservas, também poderia ser vislumbrada na teoria de Abram e Antonia Chayes, que a concebe como parte de um “*managerial model*”, caracterizado, em suma, pela adoção de estratégias que:

(...) seek to remove obstacles, clarify issues, and convince parties to change their behavior. The dominant approach is cooperative rather than adversarial. Instances of apparent non-compliance are treated as problems to be solved, rather as than wrongs to be punished. In general, the method is verbal, interactive, and consensual. In some cases (...) the system may have some benefits it can withhold. In the background more generally there is the threat of various manifestations of disapproval:

⁹⁸ CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 627; 632-633.

exposure, shaming, and diffuse impacts on the reputation and international relationships of a resisting party⁹⁹.

No âmbito da OMC, a essência dessas medidas pode ser identificada, em grande parte, nas regras procedimentais que delineiam a fase de implementação das determinações do OSC, estabelecendo prazos e mecanismos específicos para a execução dos principais atos rumo ao cumprimento. A sistemática da OMC, ao eliminar o direito de veto na adoção dos relatórios, bem como na aplicação de retaliações, viu-se obrigada a melhor regulamentar os “*follow-up procedures*”: práticas institucionalizadas que têm lugar desde o relatório final da controvérsia até a implementação de suas conclusões. Notando tratar-se de um mecanismo incomum no contexto internacional, Giorgio Sacerdoti enaltece suas virtudes e elogia a previsão no âmbito da OMC¹⁰⁰.

Dentre as principais medidas previstas pelo ESC, e que serão melhor examinadas no capítulo 3, é possível mencionar as seguintes:

1. Sugestão para o cumprimento das recomendações;
2. Prazo razoável para o cumprimento da decisão;
3. Supervisão das medidas de implementação;
4. Painel de implementação (art. 21.5); e
5. Arbitragem para fixação do valor e área das sanções (art. 22.6).

b) Medidas diretas de indução: correspondem à vertente tradicional das medidas de indução, que buscam impelir o cumprimento por meios incisivos, aplicados diretamente sobre a parte reclamada, em razão de sua recusa na observância da decisão. Geralmente acompanhadas de traços coercitivos e de litigiosidade, a idéia nelas subjacente se traduz na tentativa de forçar o cumprimento do recalcitrante por meio de prejuízos aos seus interesses. A teoria do casal Chayes as classificam como parte de um “*enforcement mode*”¹⁰¹. Uma breve análise da conjuntura do direito internacional permite entrever inúmeras

⁹⁹ CHAYES, Abram; CHAYES; Antonia Handler. **The new sovereignty**: compliance with international regulatory agreements, cit., p. 109-110.

¹⁰⁰ OMC. **2007 WTO Public Forum**: how can the WTO help harness globalization, cit., p. 106.

¹⁰¹ CHAYES, Abram; CHAYES; Antonia Handler. **The new sovereignty**: compliance with international regulatory agreements, cit., p. 3.

variações desses mecanismos, como, *inter alia*, embargos, represália, bloqueio pacífico, boicote e ruptura de relações diplomáticas.

No panorama da OMC, as sanções são a espécie por excelência de medida coercitiva. A compensação, muito embora tenha caráter consensual, fruto do mútuo acordo, também poderia ser encerrada como espécie indireta de medida indutora. Ambos os institutos serão melhor examinados no Capítulo 3.

1.5.3 OBJETIVOS

O exame dos objetivos das medidas de indução consiste em tarefa aparentemente singela. Como a própria terminologia deixa transparecer, referidas medidas visam incitar seus destinatários ao cumprimento das decisões de um sistema de solução de controvérsias. Em outras palavras, sua *ratio essendi* é estimular a implementação dessas decisões, fazendo com que os reclamados corrijam sua conduta irregular em observância às normas internacionais. Feitas essas considerações, a presente análise poderia ser dada por encerrada. Contudo, a questão se mostra mais complexa, exigindo uma reflexão proporcionalmente mais elaborada. A afirmação genérica de que os mecanismos previstos nas regras de pacificação de conflitos servem para induzir o cumprimento não é exata, uma vez que existem inúmeros outros objetivos que podem ser alcançados por meio de sua aplicação: retribuição do dano, punição pela violação, promoção de mudanças internas¹⁰², inibição de transgressões futuras¹⁰³, dentre outras. Tudo dependerá da estrutura e intenção subjacente em cada sistema estudado.

¹⁰² Tomando as sanções na OMC como referência, Charnovitz aponta que elas poderiam ser usadas a favor do próprio reclamado, conferindo-lhe margem de manobra para justificar mudanças internas contrárias aos interesses de grupos dominantes. CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 616.

¹⁰³ CHO, Sungjoon. The nature of remedies in international trade law. **University of Pittsburgh Law Review**, cit., p. 778; MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, cit., p. 13.

Considerando que o foco de interesse da presente pesquisa se concentra na OMC, a escolha pela análise do objetivo de indução ao cumprimento ficaria justificada a partir do momento em que se conclui estar ele contido nas principais finalidades dos instrumentos previstos nas normas de solução de disputas da entidade. Todavia, até mesmo essa verificação apresenta dificuldades. À teoria da função indutora se opõe, em acirrada discussão doutrinária, os defensores da teoria do reequilíbrio. Os contornos do debate podem ser nitidamente ilustrados utilizando-se as sanções como referência.

A corrente que declara que as sanções da OMC têm como escopo restabelecer o equilíbrio das concessões feitas pelos participantes do sistema multilateral de comércio encontra seus fundamentos na origem legal do GATT. Como demonstrado, a participação no GATT exigia das partes-contratantes, além de sua aquiescência às regras sobre o comércio internacional de mercadorias, a negociação de vantagens comerciais, geralmente na forma de redução tarifária. Nesse contexto, a “anulação ou restrição” de quaisquer dos benefícios negociados era passível de contestação, com o escopo de promover o retorno ao *status quo ante*. Caso o responsável assim não agisse, o reclamante poderia suspender suas próprias concessões ou outras obrigações contidas no GATT como forma de restabelecer o equilíbrio original. Nesse movimento vislumbravam-se as sanções do sistema. O raciocínio assemelhava-se à noção contratual da “*exceptio inadimpleti contractus*”: o descumprimento da obrigação pelo violador conferia à parte contrária o direito de suspender seus próprios deveres¹⁰⁴. Em suma, a sanção do GATT assumia o desígnio de restaurar a ordem do tabuleiro de concessões mútuas, sempre que sua delicada harmonia fosse perturbada.

Referida concepção era extremamente coerente com o panorama legal do GATT. Todavia, a gradativa evolução verificada durante seus quase 50 (cinquenta) anos de funcionamento, culminando na passagem para a OMC, resultou também em avanço nas relações subjacentes entre seus integrantes. O

¹⁰⁴ MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, cit., p. 13.

que era inicialmente um simples acordo provisório sobre comércio de bens entre 23 (vinte e três) partes-contratantes, transformou-se em uma organização internacional com personalidade jurídica própria, que abrange número substancialmente maior de adeptos (evolução *ratione personae*)¹⁰⁵, assim como de aspectos do comércio internacional (evolução *ratione materiae*)¹⁰⁶. Com isso, operou-se uma progressão da noção contratual privatista inerente ao GATT, para se alcançar um sentido mais amplo, que envolve a noção comum a todos os participantes da necessidade de manutenção dos valores fundamentais do sistema multilateral de comércio (v.g. segurança, previsibilidade, equidade, bem-estar). Mencionada evolução é descrita com clareza por Cho:

Critically, however, the aforementioned (GATT) private law nature came to be tempered by the new teleology of the global trading system that the WTO stands for. While the old GATT 1947 pursued a rather narrow objective of the elimination of discriminatory trade barriers, the new WTO system upholds a broader mission of developing 'an integrated, more viable and durable multilateral trading system'. Such a multilateral trading system cannot be established merely through a sum of contractual relationships among Members. Rather, this system should be firmly premised on a constitutional perspective according to which Members are bound by certain indisposable obligations. Under the system, even bilateral settlements between Members are conducted in the shadow of law, not totally under political calculations. In other words, the *physis* of political bargains should be tamed by the *nomos* of legal governance. As a result, the system can institutionalize within itself predictability and reliability. After all, the WTO is no more a provisional executive agreement among the contracting parties as the old GATT 1947 used to be: It is an independent international organization enjoying its own legal identity¹⁰⁷.

Diante dessa evolução, a finalidade primordial das sanções e dos demais instrumentos que entram em ação quando um membro viola suas obrigações, deixou de ser apenas o reequilíbrio de concessões comerciais entre

¹⁰⁵ Atualmente com 153 membros.

¹⁰⁶ Comércio de bens, serviços, propriedade intelectual, agricultura, têxteis, regras (antidumping, subsídios e salvaguardas), normas de facilitação ao comércio, barreiras técnicas, sanitárias e fitossanitárias etc.

¹⁰⁷ CHO, Sungjoon. The nature of remedies in international trade law. **University of Pittsburgh Law Review**, cit., p. 791-792.

as partes. Na melhor das hipóteses, a função de restaurar a reciprocidade de concessões passa para um plano secundário, sendo o palco principal ocupado pelo objetivo de induzir o cumprimento das decisões do mecanismo de solução de controvérsias.

Esse entendimento é corroborado por grande parte da doutrina contemporânea, com pequenas variações. Steve Charnovitz anota que, não obstante a semelhança apresentada entre a “suspensão de concessões ou outras obrigações” no GATT e OMC, tal instituto jurídico foi objeto de um processo evolutivo resultante da prática, segundo o qual sua função principal passou do reequilíbrio de concessões para a indução ao cumprimento, sendo caracterizado tipicamente como sanção¹⁰⁸. Hudec vai mais além para asseverar que a maioria dos governos está consciente da falta de sentido da teoria do reequilíbrio, sendo o objetivo supremo das sanções estimular o cumprimento pela obtenção de apoio no reclamado de grupos favoráveis à supressão da inconsistência¹⁰⁹. Lafer anota que as sanções previstas na OMC constituem um expediente para reforçar o cumprimento das normas primárias¹¹⁰. A tese da indução ao adimplemento como propósito fundamental das sanções na OMC também é compartilhada por Cho¹¹¹. Malacrída, por seu turno, entende que ambos os objetivos coexistem na OMC: enquanto o reequilíbrio de concessões consiste no fim imediato das retaliações, a indução ao cumprimento representaria seu objetivo último¹¹². Também para Davey, ambas as finalidades estão presentes no sistema¹¹³.

¹⁰⁸ O autor resume sua tese nas seguintes palavras: “although the instrument of suspending ‘concessions or other obligations’ remains constant from the GATT to the WTO, the dualistic quality of this act has shifted. In the GATT, Article XXIII trade measures were conceived primarily as rebalancing (although analysis recognized the sanction potential). In the WTO, the trade measure is conceived primarily as a sanction, while the rebalancing idea retains vestigial influence.” CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 609-614.

¹⁰⁹ HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p. 22.

¹¹⁰ LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional**: uma visão brasileira, cit., p. 129.

¹¹¹ CHO, Sungjoon. The nature of remedies in international trade law. **University of Pittsburgh Law Review**, cit., p. 791-792.

¹¹² MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, cit., p. 5.

¹¹³ DAVEY, William J. **Enforcing world trade rules: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations**. Londres: Cameron May, 2006, p. 95

Os próprios órgãos julgadores da OMC reconheceram a essência indutora das sanções em diversas oportunidades¹¹⁴, revelando uma espécie de aceitação formal da tendência pós-OMC de entender as sanções como instrumentos para fomentar o cumprimento, ao invés da proposição “gattiana” de compensação temporária pela perturbação da reciprocidade de concessões¹¹⁵. Além disso, a análise dos dispositivos constantes do ESC também apontam para essa interpretação. Considerando, em atenção ao seu art. 22.1, que as sanções são medidas temporárias que somente devem vigorar até a implementação da decisão, é possível concluir com segurança sua finalidade de fomentar o cumprimento de suas recomendações.

Em sentido contrário, e apesar da força dos argumentos acerca da evolução da natureza das sanções, cumpre fazer alusão às vozes que entendem que o propósito das retaliações verificado no GATT subsistiria na OMC¹¹⁶. A proporcionalidade entre o montante da retaliação e os prejuízos da violação, imposta por força do art. 22.4 do ESC, é um dos principais fundamentos para a referida alegação¹¹⁷. Segundo essa corrente, fosse a indução ao cumprimento o objetivo das sanções, tais medidas estariam autorizadas a extrapolar o limite verificado pelos danos, de maneira a assegurar o cumprimento da decisão. Nesse contexto, a obrigatoriedade de equivalência representaria indício suficiente de que seu escopo é o reequilíbrio das vantagens recíprocas. Os expoentes desse pensamento acrescentam como justificativas: a) a inexistência de uma decisão expressa dos membros no sentido de modificar o entendimento

¹¹⁴ Nesse sentido, conferir os relatórios de arbitragem do Art. 22.6 para os casos *EC-Hormones (US)*, WT/DS26/ARB; *EC-Hormones (Canada)*, WT/DS48/ARB; *EC-Bananas III (Ecuador)*, WT/DS27/ARB/ECU; e *Brazil-Aircraft*, WT/DS46/ARB.

¹¹⁵ HUDEC, Robert. The adequacy of WTO dispute settlement remedies: a developing country perspective in HOEKMAN, Bernard; MATTOO, Aaditya; ENGLISH, Philip (eds). **Development, trade, and the WTO: a handbook**, cit., p. 89.

¹¹⁶ Sustentando essa posição, Bello assevera que “the only sacred WTO imperative is to maintain that balance so as to maintain political support for the WTO Agreement by members”. BELLO, Judith Hippler. The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More. **The American Journal of International Law**, cit., p. 416-417.

¹¹⁷ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC**, cit., p. 114. Na mesma esteira, Palmeter e Alexandrov expressam que “While treaty text can be said largely to be silent on the point, the use of the word ‘equivalent’ in the DSU suggests very strongly that the negotiators had anything but ‘induce compliance’ in mind.” PALMETER, David; ALEXANDROV, Stanimir. ‘Inducing compliance’ in WTO Dispute Settlement. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 650-655.

prevalecente no GATT; b) a ausência de fundamento no direito internacional; e c) que a teoria de indução estimularia pretensões por sanções punitivas, ameaçando a credibilidade da organização¹¹⁸.

As razões expostas, especialmente o último argumento, evidenciam a confusão entre o objetivo das sanções e o conceito de proporcionalidade. Receando que o reconhecimento do caráter indutor das retaliações conduza, em um segundo momento, à aplicação de sanções punitivas com montante superior aos danos experimentados, seus defensores se agarram ao espírito antes predominante no GATT, e acabam por transpô-lo à OMC¹¹⁹. Todavia, impende esclarecer que a confirmação da feição indutora das sanções não leva necessariamente à imposição de sanções punitivas. Como salienta Hudec, o postulado da proporcionalidade reflete tão-somente uma escolha política no que concerne à intensidade das sanções, sendo que, mesmo no GATT, outro parâmetro poderia ter sido adotado caso as partes assim desejassem¹²⁰. A definição por sanções equivalentes ao prejuízo, portanto, representa apenas a decisão desses membros por um sistema com medidas de indução limitadas, ou, quando muito, uma aparente desconformidade entre a finalidade da indução e o meio pelo qual se pretende alcançá-la¹²¹.

Para arrematar, ressalta-se que, muito mais do que as considerações teóricas subjacentes às retaliações, a decisão de um membro em recorrer às sanções – e demais medidas de indução – é influenciada preponderantemente por razões práticas. Como adverte Hudec, os governos tratam as sanções de maneira pragmática, como instrumentos para produzir resultados positivos. Assim, eles estariam cientes da ficção representada pela

¹¹⁸ “If arbitrators keep asserting that the purpose of countermeasures is to induce compliance, further calls for ‘stiffer penalties’ are a virtual certainty”. PALMETER, David; ALEXANDROV, Stanimir. ‘Inducing compliance’ in WTO Dispute Settlement. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 659.

¹¹⁹ CHO, Sungjoon. The nature of remedies in international trade law. **University of Pittsburgh Law Review**, cit., p. 778.

¹²⁰ HUDEC, Robert. The adequacy of WTO dispute settlement remedies: a developing country perspective in HOEKMAN, Bernard; MATTOO, Aaditya; ENGLISH, Philip (eds). **Development, trade, and the WTO: a handbook**, cit., p. 86.

¹²¹ CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 614.

teoria do reequilíbrio, e de que, na realidade, a imposição de novas barreiras tarifárias – forma tradicional de exteriorização das sanções – não compensaria os prejuízos causados pela violação das regras do comércio. Em consonância com essa percepção pragmática, os membros buscam, por meio das sanções, uma forma de provocar a parte contrária a agir em direção ao cumprimento da decisão¹²².

Por todo o exposto, e retomando o raciocínio que motivou a presente análise, é possível concluir que os mecanismos previstos nas regras de solução de controvérsias da OMC referentes à etapa de implementação têm, como *ultima ratio*, a intenção de fomentar o cumprimento das recomendações adotadas pela entidade. Em suma, justifica-se a abordagem conferida pelo presente trabalho em tratá-los, em conjunto, como medidas de indução ao cumprimento¹²³.

¹²² HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p. 22.

¹²³ Vale assentar que a abordagem continuaria válida mesmo segundo o entendimento de que inexistiria ruptura na passagem entre o GATT e a OMC, permanecendo as sanções com a função de restabelecer o equilíbrio original entre as partes. Ainda nesse cenário seria difícil deixar de reconhecer que as sanções incitam, pelo menos reflexamente, seu destinatário ao adimplemento, buscando evitar ou interromper seus efeitos prejudiciais. Bastaria a constatação subsidiária dessa consequência para justificar a análise que segue acerca das medidas para estímulo ao cumprimento.

2. CRITÉRIOS PARA ANÁLISE DAS MEDIDAS DE INDUÇÃO AO CUMPRIMENTO DAS DECISÕES DA OMC

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes de avançar o estudo para a análise das medidas previstas na OMC para induzir o cumprimento de suas decisões, bem como das propostas para aprimorar seu funcionamento, afigura-se necessário estabelecer os critérios que deverão orientar essa tarefa investigativa. Os resultados da pesquisa não se mostrarão satisfatórios caso o exame de cada mecanismo de indução ocorra de maneira aleatória, sem a precisa delimitação de uma metodologia de estudo. Assim, oportuno desenvolver com cautela um conjunto de elementos para ser utilizado como ferramenta na apreciação de todas as medidas, assegurando, como corolário, a qualidade e a coerência das conclusões do presente trabalho.

Importa notar que a introdução desses critérios não se faz com a ambição de efetuar uma análise quantitativa, um estudo econométrico ou outro exercício semelhante que procure aferir o quilate de cada medida, para, ao final, ordená-las hierarquicamente. Uma empreitada dessa ordem reclamaria depurada apreciação das repercussões econômicas de cada alternativa, bem como sua tradução em coordenadas matemáticas. Seria necessário, a título exemplificativo, desenvolver métodos capazes de medir numericamente as vantagens e prejuízos de cada medida, o que excede o escopo aqui delineado. O objetivo para com aludidos critérios é bastante distinto – e mais modesto. Busca-se, em verdade, adotar instrumentos para averiguar, de maneira uniforme, as características das várias medidas de indução, e suas respectivas contribuições na tarefa de incentivar o cumprimento das recomendações expedidas pela OMC. Trata-se, em suma, de propiciar condições adequadas para a condução de um exame qualitativo, por meio de um conjunto de elementos que possam apontar os méritos e deficiências dos mecanismos de indução.

Dentre os vários prismas para se apreciar referidas medidas, e que poderiam compor os critérios de análise, o mais intuitivo consiste na capacidade para angariar apoio em favor do cumprimento por parte de interesses

econômicos e forças políticas, notadamente situadas no âmbito do reclamado que se recusa a implementar a decisão da OMC. Trata-se de elemento essencial e que deve integrar naturalmente o teste de análise proposto. Todavia, ele não se mostra suficiente para sozinho aferir se o instrumento perfaz adequadamente seus objetivos, sendo necessário acrescentar outras dimensões complementares que influenciam na situação de adimplemento, como é o caso da viabilidade prática na aplicação de uma medida. A pergunta que se coloca é: qual a validade em se sugerir uma solução que em tese poderia garantir a observância da decisão, mas que se mostra inviável no plano concreto, particularmente para PEDs? Cumpre verificar, nessa esteira, os efeitos colaterais para o reclamante decorrentes da utilização de uma medida, bem como outros obstáculos eventualmente existentes para sua efetivação.

Considerando que as controvérsias apreciadas na OMC tendem, em última análise, a envolver interesses particulares, parece razoável averiguar também as conseqüências para os grupos econômicos privados dos litigantes decorrentes das medidas indutoras. Confere-se, dessa maneira, atenção para os impactos suportados por esses ativos atores do comércio internacional que, recorrentemente, são desprezados nos estudos sobre solução de controvérsias. Em âmbito mais amplo, mostra-se recomendável, ainda, verificar a sintonia com os valores fundamentais do sistema multilateral de comércio e da OMC, sob a justificativa de não ser desejável fomentar instrumentos que lhes causem malefícios. Por fim, o teste deve abranger uma perspectiva pragmática acerca da probabilidade de mudança das normas de pacificação de conflitos. Vale examinar a receptividade dos membros da OMC em relação às propostas para aprimoramento de suas ferramentas de indução de maneira a verificar a viabilidade de elas de fato integrarem a instrumentária da entidade.

A diversidade dos referidos componentes anuncia a amplitude do método que se pretende adotar para a avaliação das medidas de indução. Malgrado seu espectro abrangente, o teste não esgota, por óbvio, todas as vertentes possíveis de apreciação, sendo que inúmeras outras perspectivas subsidiárias poderiam ser mencionadas, como a capacidade para inibir violações

futuras¹²⁴, a habilidade para atenuar o descontentamento dos nacionais do reclamante atingidos pela violação¹²⁵ e o auxílio ao reclamado para promoção de mudanças internas¹²⁶. Todavia, em razão dos limites da análise, os critérios serão restritos àqueles reputados mais relevantes, quais sejam:

- a) Custos para o reclamante;
- b) Capacidade de reunir grupos de apoio para o cumprimento;
- c) Reflexos para setores privados;
- d) Aplicabilidade da medida;
- e) Conformidade com os princípios do sistema multilateral de comércio; e
- f) Aceitabilidade pelos membros da OMC.

Cada um desses critérios será indistintamente aplicado no exame das medidas de indução atuais, bem como das sugestões para sua modificação, permitindo uma apreciação padronizada de suas características¹²⁷. Vale notar que nenhum deles terá valor preponderante sobre os demais, sendo que a chancela ou a reprovação de uma medida decorrerá dos resultados do exame global de referidos elementos. Impende ressaltar, ainda, que o enfoque aos interesses dos PEDs, anunciado como ponto central da pesquisa, orientará toda a condução do trabalho, surtindo reflexos na estrutura de cada critério¹²⁸. Os custos para o

¹²⁴ CHO, Sungjoon. The nature of remedies in international trade law. **University of Pittsburgh Law Review**, cit., p. 777.

¹²⁵ HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p. 22.

¹²⁶ Também denominada de “*gaiatsu*” para o reclamado, trata-se da hipótese em que sua disposição em cumprir a decisão é obstruída por força internas opositoras. Nesse sentido, as medidas de indução poderiam conferir espaço de manobra para a realização das mudanças desejadas. CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 616.

¹²⁷ Conforme se explica no item 2.7, a única exceção será o aspecto da aceitabilidade pelos membros da OMC, que somente ganha sentido na análise das propostas para reforma de suas regras de solução de controvérsias, e não para medidas que já fazem parte da normativa atual.

¹²⁸ Como ressaltado, a perspectiva dos PEDs ocupa posição central na presente pesquisa, de modo que a proteção de seus interesses guiará a análise das medidas de indução ao cumprimento. Sem embargo, a definição do conceito de “PED” não se insere no escopo desta dissertação. Para seus fins, adota-se a classificação desenvolvida em AMARAL JUNIOR, Alberto do (Coord). **A reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC e os países em desenvolvimento**. São Paulo: IDCID, 2006. p. 14-25. (cd-rom), segundo a qual essa condição é designada a todos os Estados, com exceção daqueles membros da OCDE – Organização para a

reclamante ou a capacidade de reunir apoio, por exemplo, serão aferidas levando-se em conta os interesses desses membros. Assim, ao invés de se erigir a perspectiva dos PEDs em relação às várias medidas de indução como um critério específico, ele será o fio condutor do exercício de investigação. A seguir, passa-se ao estudo detalhado de cada um dos critérios acima mencionados.

2.2 CUSTOS PARA O RECLAMANTE

O primeiro elemento da análise visa aferir a extensão dos efeitos colaterais que as medidas de indução podem acarretar para aqueles que as manejam. Idealmente, tais mecanismos não deveriam ocasionar prejuízos para o reclamante, que a eles recorre justamente para interromper os danos de uma violação alheia às regras do comércio internacional. Afinal, não se supõe que a tábua de salvação do naufrago lhe cause maior sofrimento. Contudo, nessa seara parecem inexistir mecanismos de indução inofensivos para seus usuários (*“cost-free”*). Segundo Malacrida, invariavelmente a manutenção da ordem jurídica traz impactos para seus defensores. Em perspicaz colocação salienta que, mesmo nos sistemas jurídicos domésticos, parte dos custos da afirmação da ordem normativa é suportada pela própria sociedade, vez que são os contribuintes que sustentam os gastos do aparelho de polícia responsável pela executoriedade das decisões judiciais (substituindo a parte resistente, quando necessário)¹²⁹.

Partindo-se da identificação dessa realidade, o critério permite aferir importantes desdobramentos de ordem prática em relação às medidas de indução. Assim, não basta sua previsão no sistema de controvérsias da OMC sem a necessária garantia de que possam ser administradas com sucesso por seus membros. Em outras palavras, deve-se assegurar o movimento de transposição

Cooperação e o Desenvolvimento Econômico que prestam assistência oficial para o desenvolvimento, bem como de Israel. Além disso, cumpre mencionar que no âmbito da OMC não há regras que estabelecem mencionada definição. Ao contrário, são os membros que se auto-designam como “país em desenvolvimento”. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/d1who_e.htm>. Acesso em 10.03.2008.

¹²⁹ MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. *Journal of World Trade*, cit., p. 12.

da teoria ao caso concreto, o que somente será possível quando a efetivação desses instrumentos não impuser custos desproporcionais ao reclamante, especialmente PEDs. Aludidos custos se apresentam em duas acepções que, embora não sejam estanques, serão analisadas separadamente para fins didáticos: custos econômicos e políticos.

A aplicação de mecanismos de indução pode abalar o relacionamento comercial bilateral entre os contendores, afetando economicamente segmentos do reclamante envolvidos nessa atividade (v.g. importadores e consumidores finais), bem como a eficiência de setores produtivos que dela dependem (v.g. consumidores intermediários). Os impactos danosos podem alcançar ainda a capacidade do reclamante em atrair investimentos externos. Em última análise, seu bem-estar geral pode ser comprometido pelo recurso às medidas de indução. A título ilustrativo, a aplicação de sanções na forma de aumento de tarifas poderia, *inter alia*, elevar o preço no mercado interno dos produtos importados, reduzir as opções dos consumidores, privilegiar indústrias locais menos eficientes em detrimento das empresas estrangeiras afetadas, criar instabilidade econômica e repelir fluxos de capitais no setor atingido.

Além dos patentes prejuízos de ordem econômica, a imposição de instrumentos para impelir o cumprimento pode trazer ainda importantes conseqüências no âmbito político. Nem sempre o reclamado interpretará com resignação as atitudes contrárias aos seus interesses, mesmo que fundamentadas em posições legítimas. A resolução do reclamante em aplicar uma medida dessa natureza – e que geralmente enfatiza, diante da comunidade internacional, a posição de inadimplência do reclamado em face das regras do comércio internacional – pode ser vista como inoportuna pelo membro recalcitrante. Como resultado, o entendimento de alto nível e o clima amistoso no relacionamento entre os litigantes poderão ser afetados, levando ao acirramento de tensões e despertando, até mesmo, sentimentos revanchistas¹³⁰. Nos casos

¹³⁰ Antes mesmo de se falar na possibilidade de recorrer a medidas de indução, o clima das relações entre Brasil e Canadá foi seriamente afetado com a escalada das disputas sobre aeronaves. O Canadá, por exemplo, chegou a bloquear as importações de carne do Brasil, como represália, sob justificativas sanitárias. Valor Econômico. **Estamos em guerra com o Canadá?**

em que as medidas de indução afetam segmentos do reclamado sem qualquer vínculo com o setor responsável pelas violações, em que costumam proliferar acusações de injustiça da resposta, os efeitos negativos na seara política mostram-se ainda mais nítidos.

Nos dois casos – custos econômicos e custos políticos – os PEDs figuram em posição de maior fragilidade, sendo desnecessário grande labor argumentativo para comprovar a assertiva. Em virtude de sua modesta participação no comércio internacional e da elevada dependência das economias desenvolvidas, resta evidente sua maior sensibilidade aos efeitos deletérios de cunho econômico das medidas de indução. Na controvérsia *US-Gambling*, por exemplo, a decisão da arbitragem do art. 22.6 do ESC deixou clara a inviabilidade de sanções contra os Estados Unidos no mesmo acordo em que ocorreu sua violação (GATS), por conta dos danos que a interrupção de serviços de infraestrutura (v.g. serviços de transporte, telecomunicações e financeiros), ensejaria para países como Antígua e Barbuda¹³¹.

Por sua vez, em virtude da reduzida influência dos PEDs nos organismos internacionais e de sua menor inserção no cenário político mundial, eles também se mostram mais susceptíveis aos prejuízos causados pelo deterioramento de sua relação política com os reclamados. Em decorrência da solicitação do Brasil para retaliar os Estados Unidos no domínio do contencioso *US-Upland Cotton*, por exemplo, este país ameaçou suspender o benefício tarifário concedido a determinadas exportações brasileiras no âmbito de seu SGP – Sistema Geral de Preferências¹³². Em conjunto, por todos os fatores que decorrem da condição de desenvolvimento desses membros, o mais provável é que referidos efeitos colaterais de cunho econômico e político atuem como elementos impeditivos na utilização concreta das medidas indutoras previstas na OMC.

Célia de Gouvêa Franco. 8/2/2001. Disponível em <<http://www.valoronline.com.br/ValorImpresso/MaterialImpresso.aspx?tit=Estamos+em+guerra+com+o+Canadá?&codmateria=470823&dtmateria=08+02+2001&codcategoria=89>>. Acesso em 09/04/2008.

¹³¹ OMC. **Unites States – measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services**: recourse to arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU – decision by the Arbitrator. 21 December 2007. WT/DS285/ARB. Genebra: OMC, p.70-73.

¹³² Gazeta Mercantil. **Zoellick reage a sanções e ameaça tirar o Brasil do SGP**. Kelly Oliveira. 7/10/2005. Caderno A, p. 6.

Exposto o caráter contraditório das medidas de indução, que ao mesmo tempo em que são desenhadas para garantir a observância das regras do sistema multilateral de comércio ameaçam seus aplicadores com graves danos, mostra-se imperioso identificar institutos que possam ser empregados com sucesso pelos PEDs. Considerando que raramente será possível eliminar a ocorrência desses efeitos colaterais, deve-se, ao menos, tentar encontrar mecanismos nos quais eles mostrem-se sustentáveis, podendo ser absorvidos sem grandes sacrifícios pelo reclamante. Além disso, é importante que os benefícios de sua utilização superem substancialmente seus reflexos negativos, muito embora a ausência de efetividade da medida seja patente quando forem eles muito graves. Em suma, quanto menor o impacto da medida para o reclamante, melhor seu desempenho na presente análise, consistindo a relevância do critério em favorecer medidas apropriadas para permitir uma atuação eficaz de PEDS¹³³.

2.3 CAPACIDADE DE REUNIR GRUPOS DE APOIO PARA O CUMPRIMENTO

O escopo do segundo elemento selecionado para compor a análise avalia a capacidade inerente a cada medida para instigar a formação ou o desenvolvimento de grupos de apoio no sentido do cumprimento da decisão. Corresponde a um dos critérios mais importantes para se medir o grau de indução, pois afere em que extensão tais mecanismos conseguem fomentar movimentos de pressão sobre o reclamado para convencê-lo a adequar sua conduta com as normas da OMC. Como demonstrado anteriormente, a decisão governamental de um membro em adimplir as recomendações de uma organização internacional resulta de um conjunto complexo e heterogêneo de fatores¹³⁴. Muito embora se possa falar em uma propensão geral para o cumprimento, as forças políticas e econômicas atuantes sobre o membro

¹³³ Como antecipado, e no que diz respeito ao critério sob comento, a pedra de toque para aferir a extensão dos custos econômicos e políticos desencadeados para o usuário de uma medida de indução não se traduzirá em métodos quantitativos, mas sim em constatações decorrentes da análise de sua estrutura, aliada a demonstrações empíricas.

¹³⁴ Cf. capítulo 1.4.3.

desempenham função preponderante em suas considerações sobre se, como, e quando efetivar uma recomendação. Assim sendo, o presente critério tem por objetivo analisar a habilidade das medidas de indução para canalizar referidas forças em direção ao cumprimento¹³⁵.

Para essa tarefa, urge identificar, inicialmente, os potenciais grupos de apoio em favor do cumprimento que poderão ser encontrados nos escalões do poder público ou nas fileiras da iniciativa privada, nos planos interno e externo ao reclamado¹³⁶. O esquema a seguir sintetiza o cenário:

GRUPOS DE APOIO

- a) Nível governamental
 - a.1) Plano interno (reclamado)
 - a.2) Comunidade internacional
- b) Setores privados
 - b.1) Plano interno (reclamado)
 - b.2) Comunidade internacional

Todos esses grupos contribuem em maior ou menor grau, a depender das circunstâncias do caso concreto, na intrincada tarefa de convencimento da implementação, e assim receberão tratamento adequado por meio do presente critério.

A relevância dos grupos de apoio situados na esfera governamental do reclamado deve-se ao fato de que as convicções e crenças de seus oficiais são diretamente refletidas na formulação de suas políticas públicas (internas e externas). Uma vez persuadidos da necessidade e viabilidade da observância da decisão da OMC, pavimenta-se o caminho para o cumprimento.

¹³⁵ A empreitada é chancelada por Hudec, que assim afirma: “A complete picture of the enforcement pressures of the WTO would have to take into account the interplay between these detailed remedies and the larger pressures they help to create”. HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p. 35.

¹³⁶ Charnovitz anota que a imposição de uma medida de indução envolve o governo do reclamante em um jogo de três níveis, considerando interações com governos da comunidade internacional, bem como atores privados domésticos e estrangeiros. CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 619.

Em outras palavras, existindo vontade e *momentum* políticos, os demais obstáculos tendem a diminuir, porquanto os poderes para efetivar os câmbios exigidos pelo adimplemento se concentram nos integrantes do governo¹³⁷. Sem embargo das peculiaridades da estrutura organizacional de cada membro, sempre que para a conformação da conduta condenada pela OMC for suficiente mudanças administrativas, tal prerrogativa geralmente recairá sobre o Poder Executivo¹³⁸. Por seu turno, quando a implementação exigir alterações legislativas, em regra os parlamentares serão responsáveis pelo andamento do aparelho legiferante para a elaboração de diplomas em conformidade com as regras do comércio internacional¹³⁹. Mesmo quando partes do processo legislativo (v.g. iniciativa, emendas, ratificação etc.) são compartilhadas com outros entes (v.g. Poder Executivo, cidadãos etc.), são os parlamentares quem costumam deter o poder para aprovar mudanças nas leis.

As medidas de indução também podem influenciar os atores governamentais da comunidade internacional. Sua ameaça ou efetiva aplicação, dependendo da visibilidade, pode atrair a atenção dos demais membros da OMC para a violação que a provocou. Assim, a resistência do reclamado em implementar a recomendação da entidade torna-se assunto recorrente, e, eventualmente, passa a constar na pauta das agendas políticas dos diplomatas e demais representantes do governo envolvidos com assuntos de comércio internacional. O espaço conquistado pela medida reaviva discussões verificadas quando a decisão foi publicada, e que já haviam sido relegadas a segundo plano, bem como pode estimular o envolvimento de membros que antes não haviam sido

¹³⁷ Vale ressaltar que a representação consiste em construção simplificada das forças atuantes no processo decisório em direção ao cumprimento. Não se quer, com isso, menosprezar a presença de outros importantes elementos, como o apoio popular ou a distribuição de poder político dentro do governo.

¹³⁸ Alguns exemplos podem ser colhidos em controvérsias envolvendo medidas de defesa comercial. A série de disputas *US-Steel Safeguards* foi solucionada pela revogação das salvaguardas ilegais impostas pelos Estados Unidos. Também por meio da revogação de medidas antidumping inúmeras controvérsias encontraram seu fim, como *US-Urea AD Measures*, *US-Television Receiver AD Duties*, *US-DRAMS*, *Guatemala-Cement* e *South Africa - Pharmaceutical AD Duties*. Disponível em <<http://www.worldtradelaw.net/dsc/database/summary.asp>>. Acesso em 15.01.2008.

¹³⁹ Nessa condição poderiam ser elencados as divergências *US-1916 Act*, em que a legislação condenada foi revogada, e *EC-Trademarks/Geographical Indications*, no qual o diploma normativo contestado sofre revisão para corrigir suas impropriedades. Disponível em <<http://www.worldtradelaw.net/dsc/database/summary.asp>>. Acesso em 15.01.2008.

sensibilizados. Em última instância, ao apontar os holofotes para a transgressão, a medida de indução incita os membros a manifestarem-se em desacordo com o comportamento do reclamado, mesmo que apenas com base em suas consequências sistêmicas.

Segundo Hudec, a pressão da comunidade internacional é elemento vital para o sucesso de um sistema de solução de controvérsias, devido à força de sua influência para a observância das regras pertinentes¹⁴⁰. Uma análise abrangente da participação dos Estados na conjuntura internacional deve incluir a percepção de que (a) sua atuação em conflitos não se limitará à posição de reclamado, mas eventualmente alcançará o pólo ativo, quando, então, seus interesses dependerão do cumprimento da decisão pela parte adversa; e (b) o comércio internacional envolve complexa rede de interesses, sendo que sua resistência atual em cumprir uma decisão poderá refletir na posição futura dos demais membros quanto às suas próprias pretensões. Ao se levar em conta todos esses fatores, é possível desenvolver um melhor entendimento sobre como as pressões externas efetuadas pela comunidade internacional podem ter profundos reflexos na definição do comportamento daquele que delas é alvo – *in casu*, o reclamado.

Os canais para que a comunidade internacional exteriorize mencionada pressão sobre o recalcitrante são variados, abrangendo reuniões dos Conselhos e Comitês especializados da OMC (v.g. Comitê de Agricultura, Comitê de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, Comitê de Comércio e Desenvolvimento, etc.), reuniões bilaterais ou plurilaterais, visitas oficiais de governo, e até mesmo em sede de outros organismos internacionais (v.g. OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual, UNCTAD, etc.). Talvez a oportunidade mais incisiva esteja nas reuniões do OSC, quando os reclamados são obrigados a apresentar relatórios periódicos sobre o progresso de sua implementação perante todos os membros. Nessa oportunidade cada presente tem o direito de manifestar-se sobre

¹⁴⁰ O autor aponta o êxito do sistema de solução de controvérsias do GATT para justificar a importância da pressão da comunidade internacional. Apesar de ressaltar que tal pressão ocorre mesmo sem um sistema desenvolvido de medidas de indução, Hudec reconhece que tais instrumentos contribuem para sua intensificação. HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p. 34-35.

a respectiva violação e externar preocupações ou elogios sobre as ações levadas a efeito pelo reclamado.

Após breve exposição sobre como os grupos de apoio no âmbito governamental – nas searas doméstica e internacional – podem operar para galvanizar forças no sentido do adimplemento de uma determinação da OMC, cumpre examinar a participação dos setores econômicos privados do reclamado. Tais coletividades atraem interesse especial, porquanto se mostram peculiarmente sensibilizadas quando ameaçadas ou efetivamente atingidas por medidas de indução. Considerando os objetivos do presente estudo, afigura-se justificável melhor explorar os desdobramentos da atuação desses grupos de interesses, que podem ser divididos do seguinte modo:

a) Segmentos não envolvidos com a violação detectada pela OMC, mas diretamente afetados por seus reflexos, como alguns importadores, fornecedores, investidores e consumidores (intermediários ou finais). Tomando como referência, para fins ilustrativos, a controvérsia *EC–Hormones*, verifica-se que nesta categoria enquadram-se os importadores comunitários prejudicados pelo embargo ilegal da CE – Comunidade Européia às importações de carne produzida com hormônios nos Estados Unidos e Canadá. Esses grupos demonstram uma tendência a pressionar seu governo para o cumprimento da decisão da OMC, independentemente da ameaça ou concreta aplicação de medida indutora, posto que a interrupção de seus danos provavelmente se dará apenas com a correção do comportamento indevido. Tomando por base o exemplo acima, somente com o levantamento da proibição ilegal aos produtos bovinos provenientes dos Estados Unidos e Canadá é que os importadores poderão retomar suas operações normais de comércio. Cumpre ressaltar, no entanto, que a medida de indução visa intensificar o poder de persuasão e influência desses grupos, uma vez que atrai o foco para a necessidade de cumprimento.

b) Segmentos não envolvidos com a infração condenada pela OMC, mas posteriormente alcançados pela ameaça ou concreta imposição de medida de indução pelo reclamante. Distinguem-se, nesse quadro, dois momentos: a princípio, esses grupos estão imunes a quaisquer conseqüências

danosas, vez que não guardam conexão com a medida que originou a controvérsia; contudo, em um segundo instante, durante a fase de implementação, tornam-se alvos da resposta do reclamante, passando a experimentar perdas econômicas. Em continuidade com o exemplo dos hormônios, seria o caso dos exportadores da CE de *cashmere*, caviar, queijo *roquefort* e motocicletas que passaram a colher prejuízos a partir do momento em que foram selecionados como alvo das retaliações dos Estados Unidos e Canadá – que elevaram as tarifas de importação desses produtos. Mencionados grupos costumam manter-se inicialmente afastados dos desdobramentos políticos do conflito¹⁴¹; porém, conforme são alvejados pela medida indutora, deixam a posição de meros espectadores para transformarem-se em participantes ativos, a fim de influenciar o processo de formação decisória de seu governo em direção ao cumprimento.

c) Segmentos diretamente envolvidos e beneficiados pela violação. Em *EC-Hormones*, esta seria a situação do produtor de carnes da CE favorecido pelo afastamento, em seu mercado doméstico, da concorrência dos produtos congêneres dos Estados Unidos e Canadá. A propensão desses segmentos é pressionar seu governo para a manutenção da conduta denunciada, prolongando ao máximo as vantagens dela advindas. Insurgindo-se contra esse cenário, a imposição – ou ameaça – de medida de indução pelo reclamante contra referidos grupos poderá levá-los a modificar seu posicionamento, fazendo com que engrossem as exigências pela observância da decisão da OMC¹⁴². Todavia, estes também podem permanecer irredutíveis, persistindo na defesa da inadimplência. A reação, em grande parte, será determinada pelo resultado do cálculo entre os benefícios e prejuízos de cada conduta¹⁴³.

¹⁴¹ Convém ressaltar a atuação daqueles setores privados que, apesar de não possuírem participação direta no litígio, apóiam o cumprimento das decisões por entenderem ser essa a conduta correta a ser assumida, bem como por depositarem confiança nos benefícios advindos da manutenção de um sistema jurídico internacional efetivo.

¹⁴² O problema é que nem sempre será possível aplicar medida de indução em face dos segmentos responsáveis pela violação. Imagine-se, na hipótese de sanções, quando o reclamado não exporta para o reclamante o produto ou serviço envolvido na controvérsia.

¹⁴³ Nesse cômputo, por suposto, não entrarão apenas considerações imediatistas sobre o lucro a curto prazo percebido com a continuidade da medida ilegal; todavia, também não se deve esperar que os envolvidos sejam comovidos apenas por argumentos sobre as vantagens de equidade,

Muito embora os cenários ilustrados padeçam dos vícios das generalizações e simplificações, comuns a qualquer tentativa de se enfeixar em categorias estáticas os complexos fatos do mundo real, eles têm a virtude de descrever os variados grupos de interesses privados presentes na estrutura interna do reclamado. Além disso, antecipam suas possíveis reações diante da ameaça ou concreta aplicação de medidas de indução pelo reclamante, comprovando ser possível mobilizar o apoio desses segmentos. Apesar de os grupos descritos no item a) já possuírem uma propensão ao apoio, a aplicação da medida mostra-se politicamente oportuna, pois faz com que a implementação seja exigida não apenas para interromper os efeitos colaterais da conduta ilegal, mas também os danos causados pela resposta do reclamante. Já em relação aos segmentos refletidos nos cenários b) e c), os mecanismos de indução têm papel incisivo, intervindo em seus interesses comerciais, de maneira a estimulá-los a tomar partido pelo cumprimento¹⁴⁴.

Mais especificamente, observa-se que referidas medidas provocam um movimento de retrocesso na condição dos particulares aludidos no item b), que passam de uma posição teoricamente nula, em que não são atingidos pela violação, para uma posição desfavorável. De maneira distinta, o grupo refletido no item c) desfruta de uma condição inicial positiva, devido às vantagens decorrentes da violação. Assim, seu apoio somente tenderá a ser angariado quando as medidas de indução conseguirem reduzir intensamente ou anular por completo tais benefícios.

Apesar de mais difícil de ser conquistado, o suporte desses grupos também se mostra substancialmente mais valioso, já que elimina o principal foco de oposição ao adimplemento. Em todo caso, vale recordar que os três segmentos de interesses privados residentes no reclamado são passíveis de serem comovidos por medidas de indução, variando o nível dessa provocação de acordo com as características do caso concreto. Ressalta-se que o objetivo

credibilidade e efetividade do sistema multilateral de comércio decorrentes do cumprimento de suas decisões.

¹⁴⁴ Utilizando as sanções como modelo, Hudec assevera que "Hopefully, the economic pain caused by the retaliation, threatened or actual, will enlist the support of the affected economic interests". HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p. 22.

dessas medidas é alterar o equilíbrio das forças políticas e econômicas que operam sobre o reclamado, catalisando-as rumo à conformação de sua conduta com as normas do sistema multilateral de comércio¹⁴⁵. Sobre esse cenário anota Malacrída:

(...) a key objective behind harming private actors' interests is to galvanize such actors into political action. The objective is to motivate and mobilize the affected private actors to use whatever political clout and influence (bargaining weight) they can wield to put pressure on the policy-makers or lawmakers of the responding Member to address the cause of retaliation, namely, the responding Member's failure to comply with an adverse DSB ruling¹⁴⁶.

Para completar a análise, importa tecer alguns comentários sobre os setores econômicos privados dos demais membros da OMC. Inicialmente, no âmbito do próprio reclamante, afigura-se patente que os grupos de particulares diretamente prejudicados pelo comportamento restritivo do reclamado utilizarão toda sua influência para pressioná-lo. Nessa esteira, pressupõe-se que os participantes da cadeia produtiva relacionada à exportação de carnes tratadas com hormônios nos Estados Unidos e Canadá exigiram de seus representantes governamentais o recurso a todos os meios disponíveis para garantir a suspensão do embargo da CE – tanto assim, que retaliações foram efetivadas por ambos os países. Essas constatações, guardadas as devidas proporções, também são válidas para grupos de interesses privados baseados em outros membros da OMC não envolvidos na controvérsia. O grau de desenvolvimento alcançado pelo comércio internacional resulta em enorme interdependência entre seus atores. Ademais, os interesses econômicos privados não se limitam às fronteiras de cada membro, pois se caracterizam pela internacionalidade, como bem exemplifica a atuação das empresas multinacionais. Por tudo isso, os interesses envolvidos na maioria das controvérsias extrapolam o âmbito dos litigantes e repercutem em grupos de particulares sediados em outros integrantes da organização. O elevado

¹⁴⁵ CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 616.

¹⁴⁶ MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, cit., p. 14.

número de membros que acompanham os conflitos da OMC como terceiros interessados, bem como as demandas para extensão dos direitos dessa categoria na revisão das regras do ESC, comprovam a permeabilidade recíproca de interesses¹⁴⁷.

Em perspectiva ampla, a influência do apoio arrecadado por parte dos setores privados, tanto no interior do reclamado, como nos demais membros, dependerá de sua força econômica e organização política. O sucesso da empreitada estará condicionado à capacidade desses grupos em influenciar as decisões políticas de seus governos no sentido de cumprir ou pressionar o cumprimento da determinação da OMC. O exercício do *lobby* ganha, assim, papel de destaque. E, no seio de sua prática, o direito ao voto reponta como poderoso instrumento que esses setores têm para influenciar o rumo das ações governamentais. Além disso, o apoio político e econômico que esses setores prestam aos partidos políticos também lhe garantem atenção privilegiada. Logo, assim que certo ramo produtivo seja anunciado como potencial alvo de medidas de indução pelo reclamante, sua propensão, caso minimamente organizado, será ativar os canais de interlocução política com seus representantes governamentais para requerer o cumprimento da decisão e evitar que seus interesses sejam prejudicados¹⁴⁸. Da mesma maneira, os grupos de interesses privados situados em outros membros recorrerão à mesma arma para exigir que seus governos protestem pelo adimplemento da determinação da OMC.

Essa passagem revela que a atuação dos referidos grupos de apoio não ocorre de forma estanque. Verifica-se um íntimo diálogo entre os segmentos da esfera privada e aqueles em escalão governamental, especialmente no âmbito doméstico, e, em menor escala, na seara internacional. Em regra, as manifestações de insatisfação dos setores privados são decisivas para o posicionamento de seus respectivos governos, que nada mais são do que

¹⁴⁷ Apenas em raríssimas ocasiões é possível notar a ocorrência de painéis sem a participação de terceiros interessados, como em *Canada-Patent Term*, *Australia-Leather* ou *India-QRs*.

¹⁴⁸ "The mechanism by which the threat of sanction induces compliance is not solely state-to-state. Rather, the sanctioning government (or sender) threatens private actors in the private country who then lobby their government to comply with the WTO recommendation". CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 619.

representantes da vontade popular. Por seu turno, o reclamante, ao decidir por uma medida de indução, tende a atrair a atenção da comunidade internacional para a violação, fazendo com que os governos que a integram aumentem as cobranças para a adequação da conduta irregular. Justamente em razão dessa interconexão entre grupos de apoio é que em muitas oportunidades não será possível individualizar, por meio do presente critério, a exata contribuição de cada um deles, levando à abordagem conjunta de seus resultados.

Conclui-se, portanto, que o grau de indução de uma medida dependerá de sua capacidade para despertar ou intensificar grupos de interesses e força políticas localizadas na esfera governamental e privada do próprio membro reclamante (aplicador da medida), do membro reclamado (contra quem a medida é imposta), e de outros membros da OMC (que além de observarem o fenômeno, têm interesses de diversas ordens no desdobramento da situação). Por sua vez, mencionada capacidade responderá ao nível de força econômica, organização política, bem como à importância atribuída aos interesses em discussão na controvérsia, dos grupos favoráveis e contrários à implementação da decisão da OMC. Em todas essas considerações é possível depreender que os PEDs encontrarão maior resistência para obter apoio no âmbito governamental e de interesses privados para alcançar seus objetivos do que os PDs.

2.4 REFLEXOS PARA OS SETORES PRIVADOS

A OMC é uma organização internacional com personalidade jurídica distinta de seus membros¹⁴⁹. Nessa qualidade, assume a condição de sujeito de direito internacional público. Seus integrantes, por sua vez, devem ser Estados que representam os indivíduos de direito internacional público por excelência¹⁵⁰. Somente eles possuem *loci standi* na entidade, participando dos órgãos que administram suas regras e das negociações sobre novas normativas

¹⁴⁹ Acordo Constitutivo da OMC, Art. VIII.1.

¹⁵⁰ Acordo Constitutivo da OMC, Art. XII. Referido dispositivo também faculta o ingresso à organização de "territórios aduaneiros" (*customs territory*) com completa autonomia na condução de suas relações comerciais externas, como são Hong Kong, Macao e Taipei Chinês. Não obstante, a absoluta maioria dos membros são Estados.

de comércio¹⁵¹. Em todas essas acepções, a OMC se insere no ramo econômico do direito internacional. Seu aparato de solução de controvérsias não poderia fugir à regra, sendo considerado como um dos principais foros para resolução de conflitos do sistema multilateral de comércio. A legitimidade para recorrer ao mecanismo de pacificação de litígios da entidade é restrita aos membros, assim como o ônus de ocupar o pólo passivo em uma reclamação¹⁵².

Por outro lado, e como se depreende do próprio nome da entidade, a OMC regulamenta o comércio internacional em sua vertente multilateral. E esse comércio, grosso modo, é movido por grupos econômicos privados¹⁵³. Muito embora o comércio internacional figure como objeto de políticas públicas e tenha fundamental importância para a economia e a riqueza dos Estados, em essência, ele envolve interesses particulares. O sistema de solução de controvérsias, uma vez mais, não poderia se afastar dessa realidade. Apesar de a participação em conflitos na OMC ser exclusiva de seus Estados-membros, elas costumam versar, em última análise, sobre interesses de particulares. Talvez o exemplo mais emblemático se vislumbre na acirrada disputa comercial entre as empresas *Boeing* e *Airbus*, que acabou sendo levada à OMC pelos membros que as sediam (Estados Unidos e CE, respectivamente), desembocando no conjunto de litígios sobre subsídios à aviação civil *EC-Large Civil Aircraft* (DS316 e DS347) e *US-Large Civil Aircraft* (DS317 e DS353). Outros exemplos podem ser mencionados, como o contencioso *US-Upland Cotton*, que representa a encampação governamental brasileira das reclamações do setor cotonicultor

¹⁵¹ Em algumas oportunidades, confere-se a organizações internacionais (v.g. Banco Mundial, FMI, OMPI, UNCTAD, ONU – Organizações das Nações Unidas, OMS – Organização Mundial da Saúde, Codex, etc.) a prerrogativa para participar, na qualidade de observador, das reuniões dos órgãos da OMC. Para a lista completa cf. <http://www.wto.org/english/thewto_e/igo_obs_e.htm>. Acesso em 22.02.2008.

¹⁵² Tal ônus pode-se dizer relativo, pois em muitas ocasiões interessará ao reclamado defender-se de uma alegação de violação das regras multilaterais de comércio para fazer prevalecer seu ponto de vista. Em aproximadamente 10% das controvérsias o reclamado sai vencedor do embate jurídico, concluindo-se pela integral adequação de sua conduta. Disponível em <<http://www.worldtradelaw.net/dsc/database/violationcount.asp>>. Acesso em 12.02.2008.

¹⁵³ Segundo Vázques e Jackson, o Art. 3.2 do ESC reconhece a importância de segurança e previsibilidade para um sistema baseado em princípios de mercado, e composto por milhões de agentes não-governamentais. VÁZQUES, Carlos M.; JACKSON, John H. Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions. **Law and Policy in International Business**, cit., p. 562-563.

nacional¹⁵⁴, e o caso *EC-Poultry*, que revela o patrocínio diplomático dos interesses de criadores e exportadores de aves brasileiros¹⁵⁵. Tais afirmações não significam que inexistisse interesse público em referidos litígios, o que se mostra evidente, mas apenas deixa claro que os interesses privados estão no coração das divergências na OMC.

E, se os interesses privados estão no âmago do comércio internacional e da própria OMC, é evidente que as decisões emanadas por seu sistema de solução de controvérsias geram efeitos diretos em relação a esses grupos. Sem embargo, e surpreendentemente, poucos os estudos que conferem atenção devida para a perspectiva dos setores privados¹⁵⁶. Visando não perpetuar tal falta, o presente estudo erige como critério específico de análise os reflexos dos instrumentos de indução para os setores privados dos contendores. Mais detalhadamente, por meio deste critério pretende-se aferir se mencionadas medidas (a) trazem benefícios temporários para o setor do reclamante diretamente afetado pela violação; e (b) concentram seu poder de indução e pressão, assim como eventuais danos, nos setores privados do reclamado que contribuíram para a transgressão.

No primeiro viés, será interessante averiguar quais as vantagens que a aplicação dos mecanismos de indução trazem para os grupos privados do reclamante que foram prejudicados pela inobservância das normas do comércio internacional. Não se contesta o caráter instrumental de tais medidas, que funcionam como meios para se alcançar um fim maior: o cumprimento da decisão. No entanto, é desejável que elas, ao perseguirem seu objetivo, tragam

¹⁵⁴ A ABRAPA - Associação Brasileira dos Produtores de Algodão chegou a organizar uma rifa junto ao setor produtivo brasileiro para conseguir levantar os recursos necessários para pagar as despesas da disputa travada com os Estados Unidos. O Estado de São Paulo. **Produtores de algodão fazem rifa para bancar painel na OMC**. Patrícia Campos Mello. 18.09.2003. Caderno de Economia.

¹⁵⁵ O setor produtor de frangos, representado pela ABEF - Associação Brasileira dos Produtores e Exportadores de Frango, informa ter suportado os custos legais da controvérsia na OMC. Valor Econômico. **Ministério discorda de exportadores**. Mauro Zannata. 29.05.2008. Disponível em <[http://www.valoronline.com.br/ValorImpresso/MaterialImpresso.aspx?tit=Ministério+discorda+de+exportadores+%26codmateria=4952058&dtmateria=29+05+2008&codcategoria=306](http://www.valoronline.com.br/ValorImpresso/MaterialImpresso.aspx?tit=Minist%C3%A9rio+discorda+de+exportadores+%26codmateria=4952058&dtmateria=29+05+2008&codcategoria=306)>. Acesso em 29/05/2008.

¹⁵⁶ Dentre as análises que emprestam a devida atenção aos interesses de particulares, ver HORLICK, Gary. Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process. In: KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 636-645.

conseqüências positivas para os segmentos privados afetados, propiciando alívio, mesmo que provisório, para seus males. A observação é ainda mais pertinente quando o reclamante é um PED, cujos setores privados possuem menor consistência para suportar tais prejuízos. O percurso entre a ocorrência da violação, sua verificação pela OMC e a possibilidade de ativar mecanismos de indução mostra-se extenso, sendo os interesses de certos atores econômicos privados no reclamante constantemente prejudicados durante sua duração. Como corolário, nada mais razoável do que fazer com que referidos instrumentos sirvam para mitigar os prejuízos experimentados. Além disso, tal orientação também contribui para reduzir ímpetos protecionistas, uma vez que impediria a corrida interna – por meio de *lobby* – dos setores privados não relacionados com a violação no sentido de receber a proteção temporária oferecida pela medida de indução.

Em um segundo ângulo, importa examinar se essas medidas desferem seus golpes nos setores do reclamado responsáveis pela infração ou beneficiados, de alguma maneira, pela continuidade da situação de inadimplemento. Isso porque, como demonstrado anteriormente, o direcionamento da pressão dos mecanismos de indução nos pontos corretos do reclamado torna mais eficiente o processo de dissuasão dos grupos contrários à adequação da conduta, uma vez que atinge diretamente seus interesses econômicos¹⁵⁷. Ademais, no cenário inverso, quando o setor privado alcançado pelo remédio para fomentar o cumprimento não possui qualquer relação com a reclamação, a medida corre o risco de ser percebida como injusta e desproporcional, como atenta Malacrida:

Retaliation tends to be perceived as unfair by affected private parties of the responding Member, at least in those cases where these private parties are not 'behind' the underlying breach of the responding Member's WTO obligations. There is therefore a risk that the underlying

¹⁵⁷ Ver descrição do tópico 2.3 referente ao grupo de interesses privados mencionados na alínea (c). Aproveitando o ensejo, vale notar que o presente critério se aproxima da análise proporcionada pela “capacidade de reunir apoio para o cumprimento”, porquanto os reflexos das medidas de indução para os setores privados influenciará no apoio reunido a favor, ou contra, o cumprimento. Contudo, ambos não se confundem, sendo que o presente elemento tem como enfoque a distorção das medidas em relação aos setores privados dos litigantes, e não necessariamente como eles posicionam seu apoio.

dispute will escalate and spill over into fields of bilateral relations that are unrelated to the dispute in question. In other words, there is a risk that retaliation, rather than bringing the disputing parties closer to a resolution of their trade dispute, will actually widen the gap between the disputing parties¹⁵⁸.

É claro que se deve ter em mente uma noção mais abrangente da situação. Em última instância, o membro deve ser interpretado como responsável pelo descumprimento e, dessa maneira, suportar as medidas em retribuição a sua inadimplência, sem embargo de quem em seu âmbito é de fato atingido. A teoria da responsabilidade internacional dos Estados suporta essa interpretação. Pode-se argumentar, ainda, que os setores do reclamante que sofrem com a conduta ilegal do reclamado também são inocentes e, portanto, alvo de extrema injustiça. Sem embargo, como alertado, a ocorrência de medidas distorcivas tende a fazer prevalecer o entendimento de que um setor inocente está suportando o ônus pela transgressão alheia, além de retirar certa legitimidade da medida aplicada pelo reclamante e ameaçar esvaziar o apoio antes existente para o cumprimento. Para transmitir essa idéia, interessante recorrer a duas passagens colhidas por Malacrída. A primeira concerne à declaração do ativista francês José Bové, que comparou o ato de atingir interesses de particulares com o bombardeamento de civis em guerras¹⁵⁹. Em outra ocasião, exportadores de motocicletas da CE, tidos como possíveis alvos de retaliações dos Estados Unidos no contencioso dos hormônios, indagaram: “*where is the beef in motorcycle*”?¹⁶⁰ Fazendo alusão ao contencioso *EC-Hormones*, Horlick sintetiza o desconforto: “*Stated simply, the purpose of the WTO is not to impose 100 percent duties on importers of Roquefort cheese, or other innocent bystanders*”¹⁶¹.

¹⁵⁸ MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, cit., p. 15.

¹⁵⁹ Le Monde. **Pascal Lamy promet à José Bové de plaider pour un meilleur fonctionnement de l'OMC**. Rafaelé Rivals. 15.08.2001.

¹⁶⁰ INTERNATIONAL TRADE REPORTER. **US Agriculture Reps Urge Rotating Products on Beef Hormone Retaliation List**. N. 16, 1999, p. 662.

¹⁶¹ HORLICK, G. Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process. In: KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 641.

Diante desse quadro, salienta-se a importância de se buscar medidas que, além da sua eficiência em induzir o cumprimento final, gerem conforto – mesmo que transitório – para o setor econômico afetado do reclamante, bem como concentrem sua pressão e distribuam eventuais impactos negativos nos setores do reclamado intimamente conectados com a infração. Os reflexos desses mecanismos no setor privado estão longe de serem mera conjectura, e não apenas influenciam na capacidade de um membro por fim à controvérsia, mas também, em sentido amplo, dizem respeito ao próprio apoio que os setores privados conferem ao sistema multilateral de comércio e ao progressivo movimento de liberalização comercial. O êxito na defesa dos interesses dos PEDs por meio do sistema de solução de controvérsias tende a ser potencializado quando esses objetivos são alcançados.

2.5 APLICABILIDADE DA MEDIDA

O teste da aplicabilidade consiste em averiguar os requisitos necessários para a concretização das medidas de indução pelo reclamante, e se existem obstáculos consideráveis para sua efetivação, especialmente a partir da perspectiva de PEDs. Nessa esteira, o principal foco do exame se traduzirá em investigar se, no plano concreto, referidas medidas podem ser implementadas por meio da vontade e conduta exclusivas do reclamante, ou, ao contrário, exigem a aquiescência, colaboração, ou qualquer outra forma de intervenção por outras partes (v.g. reclamado). Os contornos desse critério ficam bem ilustrados pela oposição entre unilateralidade e bilateralidade na aplicação de uma medida. No primeiro panorama, bastaria a resolução do reclamante para a efetivação do mecanismo (*“self-help remedies”*), enquanto no segundo, seria exigido o mútuo acordo entre os litigantes ou até mesmo o envolvimento de outros participantes. Em um exemplo concreto, trata-se da típica diferenciação entre compensação e sanções: essas podem ser aplicadas unilateralmente pelo retaliador, mesmo diante de graves protestos do retaliado; aquela fica comprometida por qualquer

objeção do recalcitrante, uma vez que deve ser fruto de consenso entre as partes¹⁶².

Referidas constatações permitem concluir pela primazia das medidas unilaterais, que impedem que o reclamante fique refém da boa-vontade e de cálculos de interesses alheios. O caminho para concretização dessas medidas prova-se bem menos tortuoso do que para aquelas que exigem o assentimento de outras partes – pelo próprio membro recalcitrante, como na compensação, ou mesmo de terceiros, como na proposta de sanções coletivas ou de transferência do direito de retaliação¹⁶³. As vantagens dos instrumentos unilaterais ganham especial relevo quando analisadas pelo prisma dos PEDs. Considerando que o êxito na aplicação de medidas bilaterais está ligado ao poder de barganha e capacidade de persuasão do reclamante, tem-se que os PEDs, em razão de suas limitações econômicas e políticas, dificilmente conseguirão reunir as condições necessárias para desempenhar com sucesso a tarefa de arrebatrar a cooperação da parte adversa, ainda mais quando se tratar de PDs. Dessa maneira, ficaria prejudicado o acesso às medidas bilaterais..

Além desse confronto entre unilateralidade e bilateralidade, o elemento da aplicabilidade visa aferir outras dificuldades práticas que poderiam existir para a execução dos mecanismos de indução ao cumprimento, seja em razão dos requisitos impostos pelas normas da OMC para se assegurar tal direito (v.g. exigências do art. 22 do ESC para implementar retaliações cruzadas), seja em razão de outras peculiaridades próprias do instituto (v.g. limitação do volume da pauta de comércio para as retaliações punitivas¹⁶⁴ ou necessidade de

¹⁶² Apenas como nota de advertência, importa salientar que o conceito de unilateralidade é tomado aqui no sentido de aplicabilidade da medida, partindo do pressuposto de que as condições exigidas pelas normas da OMC para sua ocorrência tenham sido observadas. A sanção, por exemplo, diz-se unilateral, porquanto passível de aplicação independentemente da cooperação do retaliado, ou de outras partes; no entanto, sua autorização pelo OSC continua imprescindível. Não há que se confundir entre unilateralidade no manejo da medida e multilateralidade em sua aprovação pela OMC (condição indispensável para sua legalidade).

¹⁶³ A proposta para permitir a transferência do direito de retaliar tem o objetivo de aumentar a indução ao cumprimento de decisões quando o reclamante, notadamente PEDs, não possuem condições de implementá-la. Nesse caso, a autorização para aplicar sanções se transformaria em ativo econômico, passível de ser transferido para outros membros mediante contraprestação econômica. Cf. propostas TN/DS/W/23 e TN/DS/W/40.

¹⁶⁴ Retaliações punitivas são aquelas que se expressam em valor superior ao montante dos prejuízos experimentados pelo reclamante.

legislação interna específica para retaliações em propriedade intelectual). Observa-se que o critério dos custos para o reclamante, tratado no item 2.2, poderia ter sido incluído no âmbito da aplicabilidade, uma vez que também examina a viabilidade prática das medidas de indução. Contudo, por fazê-lo do ponto de vista específico de seus efeitos colaterais, bem como em razão da relevância desse aspecto, entendeu-se mais apropriado abordá-lo de maneira separada, como o elemento inaugural da tarefa apreciativa.

Por derradeiro, e em sintonia com a orientação do presente trabalho, antecipa-se que o critério sob comento tenderá a favorecer instrumentos cuja aplicabilidade seja facilitada para PEDs, em detrimento daqueles que, embora apresente vantagens em outros aspectos, ficam inviabilizados em razão das barreiras para colocá-lo em prática. Assim, por exemplo, as medidas que podem ser auto-executadas pelos reclamantes serão priorizadas em desfavor daquelas que requerem cooperação de outras partes. Nesse último caso, os diferentes níveis de concordância exigidos para a aplicação concreta da medida também poderão influenciar em sua classificação.

2.6 CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS DO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO

O próximo elemento procura averiguar se as medidas de indução ao cumprimento se conformam com os princípios dirigentes do sistema multilateral de comércio, dentre os quais se destacam os postulados do livre-comércio, da redução progressiva de barreiras comerciais e do tratamento equânime¹⁶⁵. Nesse sentido, o preâmbulo do Acordo Constitutivo da OMC permite entrever que a redução substancial das tarifas aduaneiras e demais obstáculos ao fluxo comercial, bem como a eliminação do tratamento discriminatório nas relações entre os atores de comércio, são valores fundamentais que informam a criação e os objetivos da entidade. Por meio deles, seus membros procuram alcançar a elevação do bem-estar, a plenitude de emprego, o crescimento das

¹⁶⁵ O postulado da não discriminação, também conhecido como princípio do tratamento igualitário, exterioriza-se de duas formas distintas: o tratamento da nação mais favorecida e o tratamento nacional.

receitas e demandas dos países, e o aumento da produção e comércio de bens e serviços. Além disso, as normas do ESC enaltecem a segurança e a previsibilidade do sistema multilateral de comércio, constituindo o aparato de solução de controvérsias como instrumento essencial para sua proteção¹⁶⁶.

Levando-se em consideração esses valores, o exame se concentrará na maneira como são exteriorizadas as diversas medidas de indução: ainda que transitoriamente, elas tomam a forma de novas barreiras comerciais ou, ao contrário, conseguem desempenhar seu papel de maneira consentânea com os cânones liberalizadores exaltados pela OMC? Ao intentar estimular a conformação de condutas em atenção às normas do comércio internacional, tais instrumentos contribuem para a manutenção de sua previsibilidade ou provocam uma sensação de insegurança para os participantes que atuam nessa atividade? Sua aplicação respeita o postulado do tratamento igualitário entre os membros ou cria regimes diferenciados entre eles? São medidas que promovem o livre-comércio ou estimulam o protecionismo dos setores privados, levando situações de proteção provisória, artificial e discriminatória contra a concorrência leal de outros membros?¹⁶⁷

Enfim, a intenção com o uso desse critério é encontrar medidas que não representem uma contradição fundamental com os princípios preconizados pelo sistema multilateral de comércio¹⁶⁸. Como aduz Charnovitz, parece estranho que a OMC procure defender as normas do comércio global por meio de medidas antagônicas aos seus princípios. A menção diz respeito às sanções, que, conquanto costumam ser externadas por meio da elevação de impostos aduaneiros, levantam restrições ao intercâmbio de bens e serviços,

¹⁶⁶ ESC, Art. 3.2.

¹⁶⁷ Griswold exemplifica tal fenômeno fazendo alusão à corrida para garantir a proteção temporária das sanções que seriam aplicadas no caso *EC-Hormones*: "Despite their free-trade rationale, WTO-sanctioned retaliations promote protectionism. Domestic producers clamor for 'enforcement' not just to open foreign markets, but to close their own markets to foreign competition. That's why, in the dispute over beef, for example, America's National Pork Producers Council is lobbying so hard for the new carousel hit list to include all EU pork products". Wall Street Journal Europe. **The Coming Trans-Atlantic Trade Tussle**. Daniel Griswold. 13.12.2000. Disponível em <<http://www.freetrade.org/node/217>>. Acesso em 21.03.2008.

¹⁶⁸ Nesse sentido, Davey declara que "It would be desirable if a remedy could be devised that would not lead to less liberalization overall". DAVEY, William J. The WTO: looking forwards. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 95.

reduzem a competitividade dos produtos atingidos, intensificam anseios protecionistas e lançam indícios de insegurança no ambiente internacional. Segundo o autor, em paralelo pouco usual, seria como se a OMS - Organização Mundial da Saúde, na persecução de seus objetivos, autorizasse a propagação de vírus ou doenças por seus integrantes; ou ainda que a OMPI usasse a pirataria como forma de combater essa prática vil¹⁶⁹.

Se no critério que examina os custos para o reclamante, ou naquele que prioriza os reflexos para os setores privados, são avaliados os prejuízos causados por essas medidas, ora ao membro que as patrocina, ora aos grupos de interesses particulares situados no interior dos integrantes da OMC, o enfoque da análise corrente se concentra nos impactos acarretados ao sistema como um todo. O exame, portanto, afigura-se um pouco mais abrangente, afastando-se da seara individual dos membros, para enfatizar a preservação de um bem comum: o sistema multilateral de comércio. Nessa esteira, não há que se falar que o critério é especialmente favorável aos PEDs, mas beneficiaria todos os participantes da OMC, indistintamente.

2.7 ACEITABILIDADE PELOS MEMBROS DA OMC

O último critério investiga o grau de receptividade que as diferentes propostas para modificação das medidas de indução despertam nos membros da OMC. Ao estabelecê-lo como componente derradeiro da análise, arremata-se o exercício de avaliação com uma perspectiva pragmática da viabilidade dessas sugestões serem efetivamente incorporadas no sistema de solução de controvérsias da entidade. Assim, após examinar as propostas de emenda ao ESC por prismas diversos, verifica-se como elas são recebidas pela comunidade internacional. O critério será restrito ao exame de propostas para alteração da normativa atual da OMC, tratadas no capítulo 4, afigurando-se descabida sua aplicação sobre as medidas que já a integram, uma vez que

¹⁶⁹ CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit.,p. 622.

aceitas pelos membros no âmbito da Rodada Uruguai ou quando de sua acessão à organização.

A intenção é aproximar a atividade investigativa da realidade das negociações políticas que ocorrem na OMC e antecipar dificuldades que elas possam enfrentar para sua inclusão no corpo normativo da entidade. Afinal de contas, o primeiro passo para a aplicação de uma medida de indução é sua previsão nas regras procedimentais do sistema. Somente a partir dessa permissão legal é que demais considerações sobre sua eficácia podem ser tidas como pertinentes. Vale notar que o exame do grau de aceitabilidade estará relacionado com a profundidade das alterações que cada proposta desencadeia no aparelho de pacificação de conflitos da OMC. Isso porque o processo de emendas ao ESC está permeado por obstáculos cuja transposição é muito difícil, notadamente por decorrência da regra do consenso encerrada no art. X.8 do Acordo Constitutivo da OMC:

Any Member of the WTO may initiate a proposal to amend the provisions of the Multilateral Trade Agreements in Annexes 2 and 3 by submitting such proposal to the Ministerial Conference. *The decision to approve amendments to the Multilateral Trade Agreement in Annex 2 shall be made by consensus* and these amendments shall take effect for all Members upon approval by the Ministerial Conference.

Considerando que o Anexo 2 mencionado no excerto acima contém o conjunto de regras sobre solução de controvérsias, conclui-se que sempre que a adoção de um mecanismo de indução lhe impuser modificações, a proposta que o veicula deverá ser aprovada por unanimidade. A formação desse consenso no âmbito de uma organização internacional composta por 153 (cento e cinquenta e três) membros, com ampla diversidade política e econômica, além de interesses e entendimentos muitas vezes antagônicos, erige-se em enorme desafio¹⁷⁰. Não é à toa que é cada vez maior a preocupação em relação à eficiência do processo decisório da OMC¹⁷¹.

¹⁷⁰ Victor do Prado, com a experiência da atuação diplomática, corrobora essa visão realista das negociações na OMC, salientando que: “a realpolitik do poder econômico continua, naturalmente, a ser regra para as decisões que necessitam de um consenso positivo entre os Membros da OMC, ainda que cada vez mais matizada pelo papel crescentemente ativo dos países em

Ainda nos primeiros anos da organização, Jackson já alertava que mesmo em relação a meros ajustes (*"fine tunings"*), sem maiores conseqüências dramáticas nos procedimentos do ESC, o mecanismo de deliberação já lançava restrições¹⁷². A questão do *"sequencing"*, por exemplo, reconhecida como uma das mais patentes incongruências no âmago do sistema e cuja convergência sobre a necessidade de se remediar é quase absoluta, vem sendo arrastada por longa data justamente devido às adversidades na obtenção do consenso¹⁷³. Se ligeiros reparos, sem reflexos profundos na natureza do sistema são de difícil aprovação, depreende-se que propostas que impliquem em modificações complexas podem encontrar consideráveis entraves para sua adoção, notadamente em casos de marcado conflito com a vontade política dominante na OMC.

Acrescente-se a essa dificuldade a percepção geral por parte dos membros de que o sistema tem funcionado satisfatoriamente e que eventuais mudanças estruturais poderiam enfraquecer sua credibilidade. Esse espírito foi externado com precisão em 1998, quando o então presidente do OSC, o Embaixador Armstrong relatou: *"because the DSU is considered to be working effectively, almost all delegations were of the view that a careful approach to the review was warranted"*¹⁷⁴. Em 2003, o *chairman* da Sessão Especial do OSC, Embaixador Péter Bálas, reiterou esse entendimento em relatório ao Comitê de Negociações Comerciais da OMC, manifestando que: *"the prevailing view of*

desenvolvimento". PRADO, Victor Luiz do. Mecanismos de solução de controvérsias: fonte de poder e de problemas na OMC. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. (Coord). **OMC e o comércio internacional**, cit., p. 263.

¹⁷¹ Davey opina que "the organization badly needs to improve its decision-making effectiveness and efficiency", classificando tal tarefa como um "daunting challenge" para a OMC. DAVEY, William J. The WTO: looking forwards. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 3. Jackson também externa preocupação acerca das dificuldades de formação de consenso. JACKSON, John H. International economic law: complexity and puzzles. **Journal of International Economic Law**, Vol.10, N. 1, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 4-5.

¹⁷² JACKSON, John H. **The jurisprudence of GATT & the WTO: insights on treaty law and economic relations**, cit., p. 187.

¹⁷³ SUTHERLAND, P. et al. **The future of the WTO: addressing institutional challenges in the new millennium**, cit., p. 53.

¹⁷⁴ OMC. **Procedures for the review of the Dispute Settlement Understanding**. 26 February 1998. WT/DSB/W/74. Genebra: OMC, p.1.

*Members is that the DSU has generally functioned well to date*¹⁷⁵. Na mesma direção, o *Sutherland Report*¹⁷⁶, ao apreciar a atuação do sistema de litígios da OMC expôs que:

First, while there are some ground for criticism and reform on the dispute settlement system, as a whole, there exists much satisfaction with its practices and performance. Second, in appraising ideas for reform and improvement, the most important principle is to 'do no harm'. Caution and experience are needed before any dramatic changes are undertaken¹⁷⁷.

Essa percepção de que o aparelho de pacificação de divergências da OMC desempenha adequadamente suas funções gera certa resistência de grande parte dos membros em relação a modificações substanciais no ESC. Verifica-se o receio de que mudanças estruturais possam esvaziar o apoio construído ao seu redor, abalando o respeito por suas decisões. Como corolário, recomenda-se atenção ao princípio do “*do no harm*”, segundo o qual eventuais alterações no aparato de resolução de disputas não deveriam perturbar sua sintonia¹⁷⁸. Julga-se prudente tratar com cautela os projetos para alteração, estudando-se minuciosamente cada proposição e seus impactos antes de se decidir sobre sua incorporação. A legitimidade construída em torno do sistema da OMC é um patrimônio que merece ser preservado e que não pode ser arriscado por meio de movimentos precipitados. No entanto, adverte-se, o sentimento de precaução não pode ser levado ao extremo, a ponto de impedir mudanças vitais para o melhor funcionamento da etapa de implementação, principalmente em atenção às necessidades de PEDs.

¹⁷⁵ OMC. **Special session of the Dispute Settlement Body**: Report by the Chairman, Ambassador Péter Balás, to the Trade Negotiations Committee. 6 June 2003. TN/DS/9. Genebra: OMC, p.1.

¹⁷⁶ O *Sutherland Report*, ou *Consultative Board Report*, foi como ficou informalmente conhecido o documento *The future of the WTO: addressing institutional challenges in the new millennium*, elaborado por um grupo consultivo formado em 2003, a pedido do então Diretor-Geral da OMC Supachai Panitchpakdi, para analisar de maneira independente os desafios institucionais enfrentados pela OMC, bem como propor sugestões para vencê-los. O grupo era composto por oito especialistas: Peter Sutherland, Jagdish Bhagwati, Kwesi Botchwey, Niall FitzGerald, Koichi Hamada, John Jackson, Celso Lafer e Thierry de Montbrial.

¹⁷⁷ SUTHERLAND, P. et al. **The future of the WTO**: addressing institutional challenges in the new millennium, cit., p. 49.

¹⁷⁸ Vale anotar, como ressaltado pelo então presidente do OSC, Bruce Gosper, que os membros hoje estão mais atentos para os detalhes dos textos em negociação e menos propensos a concordar com mudanças cujos resultados não possam ser antecipados. Nesse sentido, verifica-se uma maior resistência para inclusão de “ambigüidades construtivas” nos textos dos acordos. OMC. **2007 WTO Public Forum**: how can the WTO help harness globalization, cit., p. 107-108.

Segundo Davey, muito do espaço conferido às manifestações de satisfatoriedade quanto ao mecanismo da OMC deve-se ao fato de que seu uso freqüente – inclusive para resolver contenciosos comerciais emblemáticos – confere credibilidade aos elogios que lhe são direcionados¹⁷⁹. Todavia, contrastando com este sentimento, identifica-se grande número de propostas para sua alteração^{180 e 181}. Ademais, essa percepção de contentamento costuma ser externada em relação ao sistema como um todo e não especificamente à fase de implementação, cujas deficiências têm sido salientadas, corroborando o esforço para seu aperfeiçoamento, principalmente no sentido de fortalecer o caráter de indução ao cumprimento de seus instrumentos.

A questão da reforma das medidas de indução também está intimamente ligada ao modelo de sistema de solução de controvérsias desejado pelos membros, posto que o incremento de sua eficácia ensejaria, inevitavelmente, uma redução da margem de manobra conferida aos reclamados para efetivar mencionadas decisões¹⁸². Em outras palavras, a adoção de um sistema legal mais rigoroso, dotado de mecanismos incisivos para assegurar a observância de suas determinações, aumentaria as pressões sobre os membros no sentido do cumprimento e isso nem sempre é bem recebido por todos os participantes da entidade. Como anota Hudec, principalmente os atores mais influentes anseiam por um sistema que funcione contra seus oponentes, mas que

¹⁷⁹ DAVEY, William J. The WTO: looking forwards. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 9.

¹⁸⁰ Somente de documentos de trabalho (“*working papers*”) colocados em circulação já são 92, sendo que grande parte veicula propostas. É claro que muitos documentos são aprimoramentos de uma mesma proposta, ou apenas agenda de reuniões, todavia é possível ter uma noção da grande atividade dos Membros nesse sentido. Além disso, aqui não estão computados as propostas que são distribuídas em caráter informal, como os documentos “JOB”, ou ainda os “*back room papers*”.

¹⁸¹ Davey chama atenção para essa contradição entre a percepção geral de satisfação dos Membros e o número de propostas apresentadas: “It is noteworthy, however, that while WTO Members generally expressed satisfaction with the way that dispute settlement system had worked to date and agreed that only fine-tuning was called for, many of them in fact presented position papers that proposed numerous modifications to the DSU’s basic rule” DAVEY, William J. **Enforcing world trade rules: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations**, cit., p. 50.

¹⁸² “In the end, the extent to which the DSU can and will be amended to produce greater compliance with primary norms is as much a political question as a technical one. In part, it will turn on the degree of compliance the members would like to produce.” VÁZQUES, Carlos M.; JACKSON, John H. Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions. **Law and Policy in International Business**, cit., p. 565.

não tenha idêntica efetividade quando aplicado em desfavor de seus interesses. Nessa esteira, existiria um ímpeto inicial contrário a alterações substanciais nos mecanismos que buscam incitar o cumprimento, pelo menos no que diz respeito às principais potências do sistema multilateral de comércio. Esse sentimento mostra-se ainda mais intenso quando se atenta que o espaço de discricionariedade política dos membros foi consideravelmente reduzido por ocasião da transição do GATT para a OMC, em razão, principalmente, da eliminação do direito de veto e da automaticidade do procedimento. Com isso, amenizou-se a influência das forças políticas na atividade de resolução de conflitos que, por sua vez, cederam espaço para a maior incidência de regras jurídicas, caracterizando seu adensamento de juridicidade. Por esse motivo, Hudec entende que a tendência desses membros seria a busca pelo relaxamento e não pelo enrijecimento das normas de pacificação¹⁸³.

À luz do reconhecimento dessas dificuldades para a promoção de reformas nas normas atuais de solução de controvérsias, ressalta-se a função exercida pelo presente critério para auxiliar na identificação das propostas mais viáveis. Assim, se uma sugestão prescinde de alteração das regras existentes, requerendo apenas seu melhor aproveitamento ou interpretação distinta, sua praticabilidade será quase imediata. Se a proposta pode ser operacionalizada pela adoção de decisões do OSC¹⁸⁴ ou por mudanças superficiais no texto do ESC, eventual oposição por parte de alguns membros terá conseqüências limitadas e sua aceitação supõe-se menos conturbada.

De outro modo, se a proposição requerer alterações substanciais nas regras vigentes, é previsível o surgimento de grupos contrários que podem, dependendo de sua força, inviabilizar ou exigir grande esforço diplomático para sua aprovação. Nessa esteira, o critério da receptividade permite aferir o capital

¹⁸³ A previsão de Hudec está em sintonia com sua teoria de que o adensamento de juridicidade do sistema de solução de controvérsias da OMC não traduz uma mudança profunda na postura política de seus membros, que continuariam almejando manter o poder de escolha sobre quais decisões cumprir – tal como no sistema do GATT. HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p. 9-10.

¹⁸⁴ Elencando formas de introduzir mudanças na OMC, sem a necessidade de emendas ao ESC, Jackson anota: “Apart from formal amendments, one can look at the powers concerning decisions, waivers, and formal interpretations. But in each of these cases, there are some substantial constraints. JACKSON, John H. **The jurisprudence of GATT & the WTO: insights on treaty law and economic relations**, cit., p. 186.

negociador e o empenho diplomático necessários para assegurar o êxito de determinada proposta. Considerando que o presente estudo busca opções para o incremento da eficácia das decisões da OMC segundo a ótica dos PEDs, e que tais membros possuem recursos escassos e menor poder de barganha (moedas de troca) nas negociações, a inclusão desse elemento ganha particular relevo para o cálculo das alternativas que merecem sua atenção¹⁸⁵. Busca-se, dessa forma, conferir supedâneo para uma atuação pragmática, estratégica e concentrada nos tópicos em que se acredita existir maior relação custo X benefício para os interesses dos PEDs.

Poder-se-ia alegar, em contrariedade às colocações feitas acima, que a conjuntura política internacional está sujeita a alterações repentinas e imprevisíveis, passíveis de influenciar a posição negociadora defendida pelos países. Assim sendo, qualquer análise da receptividade atual dos membros em face de determinadas propostas teria valor apenas relativo, não podendo ser seguramente estendida para cenários futuros. A observação, embora permeada de lições importantes, deve ser recebida com parcimônia. O objetivo do critério da aceitabilidade não é produzir uma leitura definitiva das posturas adotadas pelos membros da OMC sobre a necessidade de mudanças em seu sistema de solução de controvérsias. É reconhecido o dinamismo da política mundial e de seus reflexos na disposição dos países em aceitar modificações no *status quo*, bem como o fato de que a simpatia ou a aversão declaradas em relação a certas propostas estão sujeitas a variações. O critério não pretende menosprezar essas forças, mas proceder a uma leitura do posicionamento geral dos principais membros por meio da análise de suas manifestações políticas, das percepções dos envolvidos no processo negociador, do próprio histórico das negociações do ESC e da repercussão das propostas colocadas em circulação. O objetivo, em suma, é construir um entendimento coerente sobre a aceitabilidade de cada sugestão.

¹⁸⁵ Kawase adverte que a revisão das regras de solução de controvérsias de maneira separada dos demais temas em negociação na Rodada Doha (mandato autônomo) é desfavorável aos PEDs, que passam a ter menor poder de barganha, posto que as concessões que eles podem fazer em troca de seus objetivos ficariam restritas aos tópicos do próprio ESC. KAWASE, Tsuyoshi. **Looking back over WTO dispute settlement understanding**. Research Institute of Economy, Trade and Industry, Coluna 63, 17 Jul. 2003. Disponível em <http://www.rieti.go.jp/en/columns/a01_0090.html>. Acesso em 07 jun. 2008.

Com a seleção desse critério também não se quer prestigiar apenas propostas que possam ser facilmente adotadas. Reconhece-se a importância em se discutir novas abordagens e propor soluções criativas como o principal caminho para a evolução do mecanismo de solução de controvérsias da OMC. Empreitadas desse gênero são sempre louváveis e devem ter seu valor reconhecido no esforço de desenvolvimento do direito internacional. Apenas a título ilustrativo, a existência de uma instância permanente de revisão das decisões ou do automatismo no andamento do procedimento, sem direito ao veto, dentre inúmeros outros mecanismos observados atualmente, não eram concebíveis quando do surgimento do GATT. Os institutos jurídicos não são estáticos, mas avançam gradualmente em resposta às mudanças do ambiente circundante e aos desafios que lhe são impostos¹⁸⁶.

Coerentemente, a dimensão da aceitabilidade não terá caráter eliminatório, tampouco se colocará em patamar superior ao dos demais critérios na condução do presente teste. É dizer, se todos os componentes do exame apontarem para os méritos de uma proposta, não será o resultado contrário da análise de aceitabilidade que significará seu descarte. O critério da receptividade figura como elemento derradeiro do exame mais no sentido de auxiliar a segmentação das propostas que devam ser perseguidas no curto prazo, daquelas que, embora salutares, devam ser postergadas a segundo momento. Enquanto as propostas bem sucedidas no presente critério possuem melhores condições de reunir consenso nas negociações em curso, as segundas exigem maior maturidade do sistema, em razão da profundidade de suas mudanças. Dessa forma, há menor possibilidade de serem acordadas no futuro próximo, devendo ser recomendadas como alternativas viáveis para médio e longo prazo.

¹⁸⁶ Em consonância com Pauwelyn, muito embora diversas propostas para alteração das normas de solução de controvérsias ainda estejam longe de serem incorporadas, "one of the objectives of legal research is to prepare the ground for change". PAUWELYN, Joost. Enforcement and Countermeasures in the WTO: rules are rules-toward a more collective approach. **The American Journal of International Law**, cit., p. 347.

3. ANÁLISE DAS MEDIDAS ATUAIS DE INDUÇÃO AO CUMPRIMENTO DAS DECISÕES DA OMC

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objeto do presente capítulo consiste no exame das medidas de indução ao cumprimento atualmente previstas pelo sistema de solução de controvérsias da OMC utilizando como lente de análise os critérios estabelecidos no capítulo 2. Conforme exposto, referidas medidas podem ser divididas de forma bipartite, sendo que a empreitada almejada respeitará essa segmentação. Dessa maneira, a análise será iniciada pelas medidas indiretas de indução, para depois se ocupar da vertente direta do instituto. Importa reiterar que os resultados da apreciação possibilitarão concluir se os mecanismos vigentes nas normas da OMC são capazes de desempenhar adequadamente a tarefa para a qual foram projetados e se há necessidade de reformas para incrementar sua eficácia.

3.2 ANÁLISE DAS MEDIDAS INDIRETAS DE INDUÇÃO

3.2.1 MEDIDAS INDIRETAS DE INDUÇÃO NA OMC

Conforme antecipado no capítulo 1, dentre as medidas indiretas de indução previstas pelo conjunto normativo da OMC (ESC), destacam-se:

1. Sugestão para cumprimento das recomendações;
2. Prazo razoável para o cumprimento da decisão;
3. Supervisão das medidas de implementação;
4. Painel de implementação (art. 21.5); e
5. Arbitragem para fixação do valor e da área das sanções (art. 22.6).

Cumpre, portanto, passar à análise de cada uma delas.

3.2.2 SUGESTÃO PARA O CUMPRIMENTO DAS RECOMENDAÇÕES

As regras da OMC conferem aos “painelistas” e aos árbitros do OA a prerrogativa de, no âmbito de apreciação de um litígio, sugerir meios pelos quais o reclamado poderá promover a adequação de sua conduta em observância às normas do comércio internacional¹⁸⁷. Com efeito, se os julgadores entraram em contato com as peculiaridades do caso concreto, e adquiriram conhecimento suficiente para a proposição de uma solução jurídica, parece coerente permitir-lhes também apontar formas que considerem adequadas para a efetivação de suas recomendações. Mencionada faculdade, portanto, reponta como importante ferramenta para facilitar a implementação, servindo como ponto de referência inicial para a etapa do cumprimento.

Ressalta-se que a sugestão para o cumprimento se trata de uma faculdade dos julgadores, e não de um dever que lhes é imposto. Entendendo que as circunstâncias do caso concreto são apropriadas, eles podem fazer uso de seu direito. A discricionariedade, enfim, é o *leitmotiv* da medida¹⁸⁸. Por outro lado, o reclamado também não se vincula à eventual sugestão externada pelos árbitros. Acreditando haver maneira mais conveniente para executar a decisão, ele possui ampla liberdade¹⁸⁹. E mesmo quando aceita a sugestão dos árbitros, a medida continua podendo ser desafiada por meio de painel de implementação¹⁹⁰.

¹⁸⁷ ESC, art. 19.1, parte final. Importa salientar que a prerrogativa não se estende aos árbitros que atuam, em conformidade com o art. 21.3(c), nos procedimentos para definição do prazo razoável.

¹⁸⁸ O OA, no recurso da decisão do painel de implementação em *US-OCTG Sunset Reviews* (DS268), assinalou a natureza discricionária da autoridade de se fazer sugestões, decorrente do Art 19.1 do ESC. OMC. **United States – sunset reviews of anti-dumping measures on oil country tubular goods from Argentina**: recourse to article 21.5 of the DSU by Argentina. 12 April 2007. WT/DS268/AB/RW. Genebra: OMC, p.77.

¹⁸⁹ Hudec defende que havendo múltiplos caminhos para implementar uma decisão, eventual sugestão do órgão julgador não tem caráter vinculador. A questão seria mais complexa quando a medida específica sugerida pelos árbitros é considerada imprescindível para o cumprimento da determinação, como em alguns casos envolvendo medidas compensatórias ou antidumping, em que sua revogação parece ser a única forma de reparar a violação perpetrada. HUDEC, Robert. *Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement*, cit., p.10-13.

¹⁹⁰ Esse o entendimento do painel de implementação (art. 21.5) na controvérsia *EC-Bananas III* (Ecuador), manifestando que a efetiva concretização pelo reclamado da sugestão de cumprimento positivada pelos árbitros não elidiria a possibilidade de o reclamante contestar a existência e/ou legalidade da medida concreta. OMC. **European Communities - regime for the importation, sale and distribution of bananas**: second recourse to article 21.5 of the DSU by Ecuador – report of the panel. 7 April 2008. WT/DS27/RW2/ECU. Genebra: OMC, p.164-169.

Na prática, a capacidade prevista pelo art. 19.1 do ESC tem sido muito pouco aproveitada. Os esparsos casos em que ocorreu se circunscreveram aos órgãos de primeira instância da OMC, jamais sendo utilizada pelo OA. Alguns motivos podem ser reunidos para explicar a renitência dos julgadores em aplicá-la, como a cautela em não produzir decisões excessivamente intrusivas, principalmente em aspectos inerentes à soberania dos membros, assim como os explícitos protestos dos reclamados contra seu uso. Além disso, a complexidade da análise desincentiva os julgadores¹⁹¹. Há quem vislumbre, ainda, na falta de permanência dos painéis – atualmente escolhidos pelas partes e dependentes do assessoramento do Secretariado – a razão por sua precária utilização¹⁹².

Mais do que a omissão em fazer uso *ex officio* do instrumento, os painéis e o OA chegam a denegar, em inúmeras situações, o pedido do reclamante nesse sentido, ressaltando, em resposta, a falta de sua vinculação¹⁹³. Em algumas hipóteses, a recusa também é motivada pela complexidade do caso concreto¹⁹⁴, pelo elevado número de violações identificadas¹⁹⁵ ou pela ampla variedade de maneiras para a implementação¹⁹⁶.

¹⁹¹ FUKUNAGA, Yuka. Securing compliance through the WTO dispute settlement system: implementation of DSB recommendations. **Journal of International Economic Law**, Vol.9, N. 2, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 399.

¹⁹² HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p.15. O argumento, no entanto, pode ser parcialmente contrariado pelo fato de que o OA, mesmo revestido de permanência, nunca fez uso dessa prerrogativa.

¹⁹³ Nesse sentido manifestaram-se os painéis *EC-Salmon*, *US-OCTG AD Measures*, *India-Patents (US)*, *US-Sheet/Plate from Korea*, *EC-Sardines*, *US-Steel Plate from India*, *US-Line Pipe Safeguards*, *US-Lumber AD Final*, *US-Lumber ITC Investigation* e *EC-Pipe Fittings*. Em *US-OCTG Sunset Reviews (DS268)*, a posição foi adotada pelo painel, e reiterada pelo painel de implementação e pelo OA. Por fim, em *Korea-Paper AD Duties*, tanto o painel original, como o painel de implementação, expressaram referido posicionamento.

¹⁹⁴ O painel de implementação em *US-Lumber CVDs Final*, argumenta que "*Given the complexities of the issue at hand, we consider that in the first instance the modalities of the implementation of our recommendation are for the United States to determine.*" OMC. **United States - final countervailing duty determination with respect to certain softwood lumber from Canada: recourse by Canada to Article 21.5 – report of the panel**. 1 August 2005. WT/DS257/RW. Genebra: OMC, p.36.

¹⁹⁵ Conferir o relatório do painel *Japan-DRAMS CVDs (DS336)* no sentido de que "*it had found various violations of Japan's obligations under the SCM Agreement, which may necessitate differing responses in order to bring the measure concerned into conformity with Japan's obligations*". OMC. **Japan - countervailing duties on dynamic random access memories from Korea: report of the panel**. 13 July 2006. WT/DS336/R. Genebra: OMC, p. 205.

¹⁹⁶ Nessa direção, os painéis em *US-DRAMS*, *US-Hot-Rolled Steel from Japan* e *EC-Tariff Preferences*, bem como o painel de implementação em *EC-Bananas III (Ecuador)*.

Nas controvérsias em que a prerrogativa chegou a ser efetivada os painéis sugeriram a revisão ou revogação das medidas condenadas, a saber:

a) Nas contendas *Guatemala-Cement I* (DS60), *Guatemala-Cement II* (DS156), *Argentina-Poultry AD Duties* (DS241) e *Mexico-Pipes and Tubes AD Duties* (DS331), os painéis determinaram a interrupção ou reexame dos respectivos direitos *antidumping* aplicados.

b) Em *US-Underwear* (DS24) e *US-Cotton Yarn* (DS192), os julgadores recomendaram a pronta remoção das restrições à importação consideradas contrárias às regras do sistema multilateral de comércio.

c) No conflito *US-Lead and Bismuth II* (DS138), o painel aconselhou que os Estados Unidos tomassem todas as medidas apropriadas, incluindo a revisão de suas práticas administrativas, como solução para prevenir a violação do ASMC - Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias.

d) Na controvérsia *US-Offset Act ("Byrd Amendment")* (DS217 e DS234), os painéis apontaram para a revogação do diploma normativo condenado como a forma mais apropriada e efetiva para cumprimento da decisão. Por sua vez, em *EC-Trademarks and GIs* (DS174 e DS290) sugeriram a reforma do regulamento comunitário que versava sobre marcas e indicações geográficas como maneira de sanar as violações identificadas.

Além disso, em outras oportunidades os painéis apontaram para alternativas mais abrangentes, como:

a) Em *India-QRs* (DS90), o painel sugeriu que as partes envolvidas negociassem a gradual implementação da decisão, com um período de “*phase-out*” das restrições condenadas, em virtude da sensibilidade do tema (balança de pagamentos) para a Índia e em atenção a sua condição de PED.

b) Na disputa *EC–Sugar Subsidies* (DS265, DS266 e DS283), os julgadores expressaram que a correção dos subsídios à exportação de açúcar deveria levar em conta a demanda interna do produto na CE, bem como os acordos internacionais por ela pactuados, notadamente em face dos PEDs (v.g. Índia e ACPs – *African, Caribbean and Pacific countries*¹⁹⁷).

¹⁹⁷ Países da África, Pacífico e Caribe.

c) Em *US/Canada-Continued Suspension of Obligations - Hormones Dispute* (DS320 e DS 321), o relatório de primeira instância indicou às partes o estabelecimento de painel de implementação (art. 21.5 do ESC) como caminho para verificar a legalidade das novas medidas adotadas pela CE para justificar suas restrições à importação de carnes com hormônios.

A relevância do mecanismo de sugestões fica ressaltada quando se verifica que as recomendações usualmente proferidas pelos painéis e OA são exteriorizadas em termos absolutamente genéricos (v.g. “recomendar que o membro interessado tome medidas compatíveis com o acordo”), que permitem aos demandados reivindicar a condição de cumprimento, mesmo quando tenham implementado apenas parcialmente a decisão. Forçam, ainda, a parte contrária a perseguir procedimentos adicionais para comprovar a situação de inadimplência (v.g. painel de implementação). Como corolário, os reclamados, principalmente os mais fortes, aumentam suas chances de constrangir seus oponentes a aceitarem cumprimentos defeituosos como solução final para a disputa¹⁹⁸. Em suma, quanto maior a precisão de uma decisão, mais célere tenderá a ser o trâmite de seu procedimento e mais débil se tornará a alegação de cumprimento lastreada em medidas insuficientes.

3.2.3 PRAZO RAZOÁVEL PARA O CUMPRIMENTO DA DECISÃO

De acordo com o *iter* procedimental de uma controvérsia na OMC, o reclamado deverá manifestar suas intenções acerca do cumprimento logo após a adoção de um relatório pelo OSC¹⁹⁹. Idealmente, a implementação deverá ocorrer de forma imediata, ressalvadas quando se mostrar infactível – o que, na prática, corresponde à maioria das situações. Nesse caso, então, deve ser assegurado ao membro um prazo razoável (*reasonable period of time*) para promover as medidas necessárias para sua conformação. O estabelecimento

¹⁹⁸ HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p.15.

¹⁹⁹ A comunicação do reclamado deverá ser feita em reunião do OSC, a ser realizada em até 30 dias após a adoção das recomendações, consoante determina a parte inicial do art. 21.3 do ESC.

desse prazo poderá ocorrer de três maneiras, conforme a seguinte ordem de preferência:

- a) Sugestão do reclamado, aprovada pelo OSC²⁰⁰;
- b) Mútuo acordo entre as partes e²⁰¹
- c) Determinação por arbitragem²⁰².

A primeira hipótese nunca ocorreu, uma vez que o consenso positivo exigido para a aprovação da proposta do reclamado é passível de obstrução por qualquer membro (v.g. o próprio reclamante)²⁰³. Assim, o prazo costuma ser instituído por ajuste entre as partes ou por arbitragem, com maior incidência da primeira alternativa²⁰⁴. Em caso de procedimento arbitral, o *guideline* oferecido pelo ESC para a definição do prazo razoável corresponde a quinze meses, contados da data de adoção do relatório final. Trata-se de um parâmetro indicado pelas regras da OMC e não de uma sugestão de prazo: o interregno poderá ser estendido ou reduzido, a depender das circunstâncias concretas, e costuma ser interpretado como o menor período necessário para a implementação, de acordo com o sistema legal do reclamado²⁰⁵. A título exemplificativo, em *Brazil-Retreaded Tyres*, o prazo razoável foi estabelecido em doze meses, levando-se em consideração as mudanças judiciais (ação de constitucionalidade no STF – Supremo Tribunal Federal) e legislativas (regulamentação no âmbito do Mercosul) indicadas pelo Brasil como necessárias

²⁰⁰ ESC, art. 21.3.(a).

²⁰¹ O art. 22.3(b) prevê prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contados da adoção das recomendações pelo OSC, para a formalização desse acordo.

²⁰² Em observância ao art. 21.3.(c), o laudo arbitral deverá ser divulgado em até 90 (noventa) dias após a adoção das recomendações, sendo inapelável e vinculante. Sem embargo, como a maioria dos pedidos de arbitragem tem sido feita já em um período avançado desse interregno, e como as decisões têm envolvido uma análise jurídica profunda das circunstâncias, as partes costumam conceder a prorrogação do prazo. Por costume, a apreciação é conduzida por árbitros ou ex-árbitros do OA. Disponível em <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settlement_cbt_e/c6s7p1_e.htm#fnt9>. Acesso em 29/07/2008.

²⁰³ ESC, art. 2.4.

²⁰⁴ Até a presente data, o intervalo para cumprimento foi estabelecido por mútuo acordo em 51 ocasiões, e mediante procedimentos arbitrais em 23 oportunidades. Disponível em <<http://www.worldtradelaw.net/dsc/database/rptawards.asp>>. Acesso em 12/10/2008.

²⁰⁵ Nesse sentido, as decisões arbitrais em *EC-Hormones*, *Korea-Alcoholic Beverages*, *Canada-Pharmaceutical Patents* e *US-1916 Act*.

para o cumprimento da decisão²⁰⁶. Na prática, sem embargo da forma pela qual o lapso temporal é fixado, sua duração média tem sido de aproximadamente 298 dias, ou seja, quase dez meses²⁰⁷.

As características que incluem esse procedimento no rol das medidas de indução indiretas dizem respeito às evidentes vantagens advindas da delimitação de um período específico para o cumprimento. O reclamante não fica condicionado ao seu poder de persuasão em obter um comprometimento da parte adversa sobre o prazo para implementação, porquanto, inexistindo consenso entre os contendores, a OMC avocará para si a função de determiná-lo por arbitragem. Passa a existir, dessa forma, uma segurança no estabelecimento do prazo razoável, amenizando o risco de manobras protelatórias. A data-limite servirá de referência para a realização das ações necessárias, criando certa pressão sobre os órgãos internos da parte vencida em direção ao adimplemento e facilitando a cobrança pelo reclamante. Afinal, por meio dela tem-se, em tese, um reconhecimento, oficial ou das próprias partes, de que aquele interregno se mostra suficiente para a adequação do comportamento irregular.

Vale notar que o êxito da presente medida de indução estará condicionado à capacidade das partes, ou da OMC, de assinalar prazos equilibrados para a tarefa do cumprimento: suficiente, por um lado, para a concretização das mudanças legislativas, administrativas ou judiciais necessárias, de acordo com as especificidades do sistema doméstico do reclamado; e, por outro lado, que não prorrogue em demasia o término da controvérsia, aumentando o ônus suportado pelo reclamante em decorrência da violação.

²⁰⁶ OMC. **Brazil - measures affecting imports of retreaded tyres**: arbitration under article 21.3(c) of the DSU— award of the Arbitrator. 29 August 2008. WT/DS322/16. Genebra: OMC.

²⁰⁷ Para esse cálculo foram computados o período médio estabelecido mediante mútuo acordo entre as partes (276 dias) e por meio de arbitragem (350 dias), ficando excluídos os prazos definidos em conformidade com o art. 4.7 do ASMC (104 dias). Fosse esse considerado, a média final cairia para 279 dias. Disponível em <<http://www.worldtradelaw.net/dsc/database/implementaverage.asp>>. Acesso em 28/07/2008.

3.2.4 SUPERVISÃO DAS MEDIDAS DE IMPLEMENTAÇÃO

O monitoramento pelo OSC do processo de implementação de suas decisões consiste em uma das mais relevantes medidas de indução ao cumprimento previstas na OMC²⁰⁸. Trata-se de uma forma típica de medida indireta, segundo a qual a entidade estimula a consecução de suas decisões por meio do acompanhamento dos atos de conformação do reclamado. Salvo consenso negativo, a atividade de supervisão deverá iniciar-se seis meses após a definição do prazo razoável para o cumprimento, e permanecerá válida até o efetivo deslinde da disputa. Durante todo esse íterim, o tópico da implementação será incluído na pauta de todas as reuniões ordinárias do OSC²⁰⁹.

A tarefa de supervisão, insta salientar, não é feita mediante comportamento ativo do OSC. Ao contrário, são os próprios reclamados que deverão fornecer as informações referentes ao progresso de seu cumprimento. Em outros termos, a função de monitoramento atribuída ao OSC desdobra-se em um dever colateral para o reclamado de apresentar relatórios periódicos (*status report*) descrevendo a evolução de suas ações. A vigência dessa obrigação acompanhará a permanência do tema na agenda do OSC, devendo a submissão de relatórios ocorrer dez dias antes de cada reunião.

O OSC tampouco promove a revisão ou confere a veracidade do conteúdo das informações prestadas pelo reclamante. A omissão, entretanto, não esvazia a função dos relatórios, que poderão ser contestados por qualquer membro. De fato, sua relevância se encontra na oportunidade oferecida aos interessados de se manifestarem regularmente quanto ao assunto condenado. O reclamante terá assegurado, quase que mensalmente, uma ocasião para incitar o reclamado ao cumprimento, bem como demonstrar que está atento às repercursões do caso. Além disso, seus pronunciamentos atraem a atenção dos

²⁰⁸ Vázques e Jackson apontam a supervisão pelo OSC como uma das características mais inovadoras de todo o sistema de solução de controvérsias da OMC. VÁZQUES, Carlos M.; JACKSON, John H. Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions. **Law and Policy in International Business**, cit., p. 558.

²⁰⁹ O art. 21.6 do ESC permite a qualquer membro suscitar a questões sobre o adimplemento após a adoção da respectiva decisão.

demais membros da OMC, que podem expressar sua preocupação acerca dos reflexos da violação tanto para si, como para a própria eficácia e credibilidade do sistema de pacificação de litígios.

Sem embargo dessas observações, o breve exame da prática de monitoramento indica resultados aquém daqueles que se poderiam obter com aludida medida. Nota-se, mais precisamente, certo descaso dos demandados no desempenho de suas obrigações de reportar, o que leva alguns observadores a concluir que o mecanismo tem se tornado “*too much of a meaningless ritual*”²¹⁰. Com razão, grande parte dos relatórios disponibilizados pelos reclamados são exageradamente vagos e agregam pouco valor para aferir a exata situação de implementação. Informes genéricos, repletos de jargões abstratos e frases prontas figuram de maneira cada vez mais freqüente nas reuniões do OSC, depreciando seus objetivos²¹¹. Uma possível explicação, melhor explorada no próximo capítulo, aponta para a imprecisão com que mencionado dever está consubstanciado no ESC.

Em suma, portanto, a supervisão levada a efeito pelo OSC aparece como extremamente benéfica, na medida em que impõe ao reclamado o dever de informação sobre seu *status* de adimplemento, fomentando a transparência. Além disso, assegura um foro para apreciação periódica de sua conduta por todos os membros da entidade. Em conjunto, tais atributos permitem galvanizar o apoio da comunidade internacional para estimular o reclamado a avançar gradualmente rumo ao cumprimento. Não obstante, como demonstrado, seu êxito dependerá da forma como as obrigações dela decorrentes são concretamente executadas.

²¹⁰ DAVEY, William J. **Enforcing world trade rules: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations**, cit., p. 72.

²¹¹ Os Estados Unidos, por exemplo, se restringem, em diversas ocasiões, a afirmarem que “The US Administration is working with the current US Congress with respect to appropriate statutory measures that would resolve this matter”. OMC. **United states – section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998**: Status report by the United States - addendum. 10 October 2008. WT/DS176/11/Add.71. Genebra: OMC. Ou ainda, quando entendem já haver implementado a decisão, mesmo quando apenas medidas parciais foram efetivas, limitam-se a asseverar que: “*no further action is necessary for the United States to bring these challenged measures into compliance with the recommendations and rulings of the DSB*”. OMC. **United States - measures relating to zeroing and sunset reviews**: status report by the United States – addendum. 11 January 2008. WT/DS322/22/Add.2. Genebra: OMC.

3.2.5 PAINEL DE IMPLEMENTAÇÃO

A previsão de um mecanismo para resolver divergências acerca da ocorrência da execução das decisões da OMC pode ser considerada, em acepção ampla, como parte dos esforços para impelir o reclamado a modificar sua conduta. Nessa categoria enquadra-se o painel de implementação (*compliance panel*), que poderá ser provocado sempre que houver discordância entre os litigantes acerca do *status* final do cumprimento. Não se pode negar que esse painel equivale a um novo e completo procedimento, contendo todos os atos existentes em um painel comum, inclusive o direito de recurso ao OA²¹². Ademais, ele também apresenta as feições de litigiosidade inerentes a um modelo contencioso. Não obstante, na proporção em que está contido dentro da fase de implementação, e que busca evitar a recalcitrância do reclamado sob a falsa defesa de cumprimento²¹³, poderá ser incluído no escopo das medidas indutoras. Além disso, considerando que os reflexos de sua decisão não se revestem de traços coercitivos, mas apenas permitem o prosseguimento da etapa de implementação, quando comprovada a inobservância do reclamado, o procedimento melhor se amolda à categoria indireta dessas medidas.

Alguns comentários sobre o instituto devem ressaltar que sua competência se restringe à apreciação do cumprimento integral pelo reclamado, bem como de sua consistência com as normas da OMC²¹⁴. Preferencialmente, o painel deverá ser composto pelos mesmos especialistas que serviram na controvérsia principal, e o prazo para distribuição de seu relatório será, em tese, de 90 dias, contados do recebimento da matéria controvertida²¹⁵. A realidade, contudo, demonstra que a observância desse prazo se torna impraticável, notadamente em razão da complexidade da análise jurídica que se solicita ao

²¹² Uma exceção seria a fase de consultas, em relação a qual não existe consenso acerca de sua obrigatoriedade.

²¹³ Por exemplo, quando o reclamado promove pequenas alterações, ou transveste a medida inconsistente para dissimular uma situação de cumprimento. CHO, Sungjoon. The nature of remedies in international trade law. **University of Pittsburgh Law Review**, cit., p. 772.

²¹⁴ Assim se pronunciou o OA nos contenciosos *Canada-Aircraft* (art. 21.5) e *US-Shrimp* (art. 21.5).

²¹⁵ ESC, art. 21.5.

painel²¹⁶. Em média, suas atividades têm se estendido por um período de pouco mais de 6 (seis) meses²¹⁷. Além disso, o recurso a esse tipo de procedimento também tem se tornado cada vez mais recorrente, sendo inclusive considerado pela árbitra do OA, Merit Janow, como uma fase habitual do sistema²¹⁸. O histórico atual da OMC registra o estabelecimento de 38 (trinta e oito) painéis de implementação²¹⁹. Muito embora não exista um dispositivo expresse, a prática consolidou o direito de recorrer da decisão do painel, o que já ocorreu em 17 (dezessete) ocasiões²²⁰.

Apesar das vantagens trazidas pela previsão desse instrumento, a demora em seu trâmite enseja preocupação sobre o retardamento excessivo da controvérsia. Ademais, a frequência com que tem ocorrido deixa transparecer indícios de que o reclamado, algumas vezes, procede a alterações apenas formais para ganhar fôlego extra em sua recalcitrância, impedindo o acesso imediato aos demais instrumentos de indução ao cumprimento.

3.2.6 ARBITRAGEM DAS SANÇÕES

A etapa de implementação encerrada nas regras da OMC também disponibiliza um procedimento arbitral para decidir sobre o montante e a forma de aplicação das sanções²²¹. Trata-se, evidentemente, de um procedimento subsidiário, conectado de maneira inextricável às retaliações. Todavia, essa arbitragem possui um valor indutor próprio, hábil a estimular o cumprimento da decisão pelo reclamado por meio do enfoque na possibilidade efetiva da

²¹⁶ Em um exemplo, o relatório do painel de implementação em *US-Upland Cotton* contém 998 páginas na versão em inglês. O relatório do OA, por sua vez, apresentou-se em 194 páginas.

²¹⁷ O prazo médio entre a submissão da controvérsia para o painel e a distribuição do relatório para as partes corresponde a 180 dias. Caso se considere o tempo até o dia em que o relatório final é colocado em circulação para todos os Membros, o prazo médio é de 233 dias. Disponível em <<http://www.worldtradelaw.net/dsc/database/paneltiming1.asp>>. Acesso em 17.10.2008.

²¹⁸ OMC. **2007 WTO Public Forum**: how can the WTO help harness globalization, cit., p. p. 110.

²¹⁹ Disponível em <<http://www.worldtradelaw.net/dsc/database/searchcomplaintscompliance.asp>>. Acesso em 17/10/2008.

²²⁰ Em um total de 26 relatórios de painel de implementação divulgados, o que representa um total de 65,3% de apelações. Disponível em <<http://www.worldtradelaw.net/dsc/database/appealcount.asp>>. Acesso em 17.10.2008.

²²¹ ESC, art. 22. 6.

retaliação. Isso porque, uma vez prolatado o laudo arbitral, esse será automaticamente adotado pelo OSC e logo ensejará o direito de aplicar sanções. Além disso, essa ferramenta empresta maior legitimidade à eventual medida retaliatória, que se tornará fruto de uma manifestação imparcial do sistema da OMC, arredando reclamações de arbitrariedade, principalmente porque, por meio dela, o reclamado poderá contestar a forma de exteriorização das sanções pretendidas.

Segundo as regras da entidade, o reclamante interessado em efetivar sanções deverá submeter pedido ao OSC, indicando o valor e os setores em que pretende aplicá-las. O requerimento deverá ser apreciado em até 30 dias após o decurso do prazo razoável, e somente poderá ser recusado na hipótese de consenso negativo. Nesse interregno, no entanto, o potencial destinatário das retaliações possui o direito de se opor aos termos da pretensão, submetendo a divergência à arbitragem. A matéria de impugnação deverá se restringir (i) ao montante requerido, que deverá ser equivalente aos prejuízos decorrentes da violação (princípio da proporcionalidade)²²²; e (ii) ao alvos pretendidos, que deverão obedecer a uma ordem de preferências, estabelecida em razão do setor e do acordo em que se detectou a infração, da seguinte maneira²²³:

- a) Retaliação no mesmo acordo e setor;
- b) Retaliação no mesmo acordo, porém em setor distinto; e
- c) Retaliação em acordo distinto.

Em regra, as sanções deverão alcançar o mesmo setor em que foi constatada a transgressão. Porém, quando tal alternativa se mostrar “impraticável” ou “ineficaz” em face das condições do caso concreto, a suspensão de concessões ou outras obrigações poderá ser requerida em setor distinto, dentro dos lindes do mesmo acordo (“retaliação por transposição de setor”). Em última instância, quando nem mesmo tal medida se mostrar adequada para proporcionar o grau de indução desejado, e quando as circunstâncias se mostrarem “suficientemente graves”, o reclamante poderá demandar sua

²²² ESC, art. 22.4.

²²³ ESC, art. 22.3.

aplicação em acordo diverso ao da violação (“retaliação por transposição de acordo”). Enquanto a situação contida na alínea (a) pode ser batizada de “retaliação convencional” ou “horizontal”, as hipóteses retratadas nas letras (b) e (c) costumam ser referidas pela doutrina como “retaliações cruzadas”, cuja autorização se afigura mais intrincada²²⁴.

A arbitragem deverá ser conduzida pelos membros do painel original, quando disponíveis, ou por um ou mais árbitros escolhidos pelo Diretor-Geral da OMC. A decisão, por orientação do ESC, deverá ser concluída em até 60 (sessenta) dias após o término do prazo estipulado para o adimplemento e será definitiva²²⁵. O OSC deverá ser imediatamente informado da promulgação do laudo arbitral e, caso seja provocado pelo reclamante, deverá autorizar retaliações em conformidade com mencionada decisão, salvo consenso negativo. Outra vez mais, resta demonstrado que os procedimentos de implementação são salutares para compelir a persecução da decisão; sem embargo, também nesse caso, pode-se entrever uma indesejável dilatação da controvérsia, tornando mais longo o trajeto que leva ao seu desfecho.

3.2.7 APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS

Expostas as linhas gerais das medidas de indução indiretas existentes na OMC, passa-se a sua apreciação pelo feixe dos critérios estabelecidos no capítulo 2. Salienta-se que as características dessas medidas serão analisadas em conjunto, reservando-se espaço, contudo, para comentários específicos sobre cada uma delas, sempre que adequado.

1. Custos para o reclamante

Quando se repara no panorama vigente na época do GATT, em que inexistiam regras para a etapa do cumprimento, salvo a possibilidade de

²²⁴ ÁRABE NETO, Abrão M.; ARBIX, Daniel. **Retaliação cruzada em propriedade intelectual: alternativa para uma atuação mais eficaz dos Países em Desenvolvimento no sistema de solução de controvérsias da OMC**, 2008 (prelo), p. 5.

²²⁵ ESC, art. 22.7.

suspensão de concessões ou outras obrigações, cada ato do reclamante com o escopo de induzir a efetivação da decisão pela parte adversa tendia a ser interpretado como inoportuno, concorrendo para o potencial deterioramento de suas relações políticas:

The vice of the GATT's follow-up procedure was that enforcement was left to the persistence of the complainant. To bring pressure to bear on the defendant, the complainant had to place the issue on the agenda of the GATT Council, make demands for compliance, urge other governments to support the demand, and eventually threaten retaliation. It was up to the complainant to decide how often to repeat the process, when to threaten retaliation, and when to retaliate. **Each initiative by the complainant could be regarded as an unfriendly act.** This was a particular problem for smaller countries, but even the largest countries would feel the need to lay back whenever it seemed unwise to introduce another irritant in commercial relations with the defendant country. Threats of retaliation were almost always branded as premature, unnecessary and thus hostile²²⁶.

Atualmente, no entanto, muitos desses atos são inerentes ao próprio procedimento, tendo lugar automaticamente (v.g. supervisão da implementação pelo OSC), ou por fácil provocação do reclamante (v.g. estabelecimento do prazo razoável). Em algumas hipóteses, a prerrogativa recai sobre os órgãos da OMC (v.g. sugestão para o cumprimento), ou até mesmo sobre o próprio demandado (v.g. arbitragem do art. 22.6). Assim sendo, sua ocorrência passa a ser vista como desdobramento natural do sistema, superando a noção anterior que a associava ao ativismo inconveniente do reclamante. O adensamento de juridicidade promovido pela OMC, ao reduzir a esfera de influência do poder no trâmite de uma controvérsia, também diminuiu os ônus políticos dela decorrentes. O fenômeno é especialmente benéfico para os PEDs, que possuíam menor força para movimentar o procedimento prévio do GATT, e que são menos resistentes na absorção da pressão política de outros membros. Sem embargo, impende reconhecer que os impactos políticos continuam espreitando os bastidores das relações entre os conflitantes, notadamente no tocante aos mecanismos com maior caráter litigioso, como o painel de

²²⁶ HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p.27-28.

implementação e a arbitragem dos prejuízos da violação. Mesmo na atividade de monitoramento pelo OSC, é possível conceber pequenos incidentes políticos.

A atenuação dos desgastes na esfera política também se reflete na menor probabilidade de prejuízos de ordem econômica²²⁷. Em regra, a faculdade de sugestões e o acompanhamento da implementação não impõem custos econômicos para o reclamante, ou o fazem de maneira marginal. Por seu turno, a previsão de procedimentos para a arbitragem do prazo razoável, para a verificação de implementação (art. 21.5) e para a definição do valor e forma das sanções (art. 22.6) podem fazer com que o decurso da controvérsia se estenda excessivamente, bem como facilite a ocorrência de manobras protelatórias, aumentando os prejuízos dos setores afetados. Uma vez mais, referidos efeitos tendem a ser mais contundentes para os membros economicamente mais frágeis.

2. Capacidade de reunir grupos de apoio para o cumprimento

A capacidade que referidas medidas possuem para arrebatrar grupos favoráveis à situação de adimplemento mostra-se salutar. As sugestões do art. 19.1 do ESC, sempre que aplicadas, funcionam como guia para a conformação do reclamado, permitindo-lhe iniciar a etapa de implementação com uma alternativa viável de ação. Ademais, aumentam a força das cobranças do reclamante, concentrando-as em um ponto específico (aquele sugerido pelos julgadores), mesmo existindo outras opções possíveis²²⁸. A fixação de um prazo razoável para o cumprimento empresta feições concretas a tal hipótese, incrementando a pressão sobre os segmentos do reclamado envolvidos no processo de ajuste da conduta, notadamente os oficiais governamentais. A supervisão do progresso da implementação pelo OSC encerra notável potencialidade para estimular a comunidade internacional a cobrar a adequação do recalcitrante, movendo-o para fora de sua zona de conforto. Além disso, a

²²⁷ Por custos econômicos não se quer fazer referência aos gastos necessários para movimentar o procedimento de solução de controvérsias da OMC – que, sem embargo, são bastante elevados. O significado da expressão, em consonância com o item 2.2 do capítulo 2, diz respeito aos efeitos colaterais decorrentes de sua utilização.

²²⁸ “Panels were given explicit power to make nonbinding suggestions for how compliance can be achieved – a power that, if used, could sharpen the focus of compliance pressures”. HUDEC, Robert. The adequacy of WTO dispute settlement remedies: a developing country perspective in HOEKMAN, Bernard; MATTOO, Aaditya; ENGLISH, Philip (eds). **Development, trade, and the WTO: a handbook**, cit., p. 83.

providência fomenta a idéia do cumprimento como dever de boa-fé objetiva, que aproveita a todos os membros da entidade. As regras sobre o painel de implementação e a arbitragem das sanções, por sua vez, ressaltam a iminência de medidas coercitivas, aumentando as pressões internas no reclamado por parte de seus potenciais alvos. Essas medidas, em conjunto, contribuem para enfocar a necessidade do cumprimento e, como consequência, sensibilizam interesses em prol da observância das normas do sistema multilateral de comércio, sendo útil principalmente para os PEDs que, revestindo-se de menor poder de persuasão, encontram nessa alternativa importante aliado na proteção de seus interesses.

3. Reflexos para setores privados

Por um lado, as medidas indutoras de natureza indireta não se revertem em benefícios imediatos para atenuar os prejuízos dos setores privados do reclamante alcançados pela violação. Todavia, na proporção em que contribuem para o objetivo final do cumprimento, correspondem a instrumentos positivos para os interesses de tais segmentos. Em sentido oposto, nas hipóteses em que podem ser usados para retardar o desfecho do litígio, aumentam os reflexos negativos para tais grupos²²⁹. Em relação aos interesses privados do reclamado não envolvidos na controvérsia, observa-se que a medida não os afeta indevidamente. Como a pressão para o adimplemento é conduzida pelo apelo ao dever de respeito às obrigações internacionais, à cooperação nas relações multilaterais e ao enfoque na situação de recalcitrância e não pela imposição de prejuízos para o reclamado, tal como ocorre na compensação e nas sanções, os setores “inocentes” têm pouco a temer.

4. Aplicabilidade da medida

A facilidade na aplicação das medidas de indução indiretas desponta como aspecto vigoroso desses instrumentos, que raramente poderão ser obstados pela parte contrária, porquanto independem de sua concordância. O monitoramento do *status* da implementação, por exemplo, coloca-se como atribuição do OSC, que dela não poderá se eximir. Tal tarefa passa a constar

²²⁹ A proposta do México (TN/DS/W/91) sintetiza essa constatação da seguinte maneira: “*In any event, longer procedures mean more time with an illegal measure in place and its negative consequences*”.

automaticamente de sua pauta de reuniões, sem necessidade de provocação por qualquer dos envolvidos. Por sua vez, os procedimentos para o estabelecimento do prazo razoável (na hipótese de falta de consenso entre as partes), para o painel de implementação e para a arbitragem das sanções podem ser iniciados por mero pedido do reclamante, vinculando completamente a participação do demandado. Duas, as únicas exceções ao fácil acesso a tais medidas. Em primeiro lugar, as sugestões para efetivar as recomendações da OMC consistem em prerrogativa dos julgadores, que se revestem de ampla discricionariedade em seu exercício e não podem ser compelidos a tanto. Em segunda instância, o dever de apresentar relatórios depende de uma conduta ativa do reclamado, que poderá se recusar a cumpri-lo, ou mesmo tentar burlar tal obrigação, fornecendo informações vagas e imprecisas. Muito embora tais condutas possam trazer repercussões políticas negativas para o reclamado, as constatações acima se mostram como sérias deficiências que exigem correção.

5. Conformidade com os princípios do sistema multilateral de comércio

Considerando a essência dessas medidas de indução, é possível asseverar sua fina sintonia com os princípios do sistema multilateral de comércio. Afinal, tais mecanismos buscam promover a cooperação multilateral, ao invés do confronto. É dizer, ressaltam a noção do cumprimento como corolário dos compromissos assumidos internacionalmente e dos deveres colaterais de lealdade e boa-fé, em contraposição ao cumprimento impelido por medidas coercitivas. Sua lógica fundamenta-se na força da persuasão, ao revés da persuasão dos atos de força²³⁰. Mesmo o painel de implementação, cujo trâmite se faz na tradicional forma confrontacional, e os procedimentos arbitrais referentes às sanções, que estão evidentemente relacionados com a aplicação desses institutos, não chegam a destoar desses princípios fundamentais, uma vez que apenas visam confirmar a situação de inadimplemento, no primeiro caso, ou evitar a arbitrariedade das retaliações, no segundo. Subjacente a todas essas

²³⁰ CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 633.

medidas estará sempre a idéia de convencer o recalcitrante a implementar voluntariamente as decisões da OMC.

3.2.8 CONCLUSÃO

O sistema de solução de controvérsias da OMC estabeleceu procedimentos específicos e normas secundárias para lidar com os atos relacionados à implementação de suas decisões (*follow-up procedures*), consubstanciando marcante avanço no cenário das jurisdições internacionais²³¹. As vantagens desses mecanismos – espelhadas pelos critérios acima – refletem-se principalmente na atuação dos PEDs que, mais suscetíveis aos efeitos colaterais políticos e econômicos das medidas de indução, dotados de menor poder de convencimento para mobilizar grupos a seu favor, e menos hábeis para manejar instrumentos que dependem do envolvimento ou aquiescência de outras partes, vêem-se beneficiados por regras que incrementam, por via indireta, a efetividade das determinações que lhes são convenientes. Como consequência, o cenário florescido durante o GATT, em que cada iniciativa do reclamante era vista com maus olhos, motivando protestos políticos pelo reclamado, cede lugar a um procedimento que se desenrola de maneira mais natural, cujas etapas são interpretadas como parte das regras que o próprio Membro ajudou a desenvolver. O novo panorama extrai parte do caráter de indução antes concentrado nas sanções, para distribuí-lo nos diversos atos procedimentais que compõem a fase de implementação²³². Sem embargo de todos esses aspectos positivos, impende ressaltar a existência de algumas fragilidades, como a escassa utilização da faculdade de apontar formas para a execução das recomendações, a vagueza na delimitação dos deveres de informação sobre o cumprimento e o uso dos recursos procedimentais dessa etapa como forma de protelar o deslinde do

²³¹ PAUWELYN, Joost. Enforcement and Countermeasures in the WTO: rules are rules-toward a more collective approach. **The American Journal of International Law**, cit., p. 339.

²³² Hudec, nesse tópico, conclui que “*the smaller reforms made in the Uruguay Round do make legal complaints without retaliation quite a bit more effective than they were before*”. HUDEC, Robert. The adequacy of WTO dispute settlement remedies: a developing country perspective in HOEKMAN, Bernard; MATTOO, Aaditya; ENGLISH, Philip (eds). **Development, trade, and the WTO: a handbook**, cit., p. 84.

conflito. Lastreada em tais observações, recomenda-se o fortalecimento das disciplinas das medidas indiretas de indução.

3.3 ANÁLISE DAS MEDIDAS DIRETAS DE INDUÇÃO

3.3.1 COMPENSAÇÃO

3.3.1.1 DESCRIÇÃO DO INSTITUTO

Em sede de direito internacional, o instituto da compensação é tradicionalmente identificado com a idéia de ressarcimento ou reparação proporcional de um dano, sobretudo por meio do oferecimento do valor pecuniário correspondente. No âmbito da OMC, contudo, a compensação não se reveste de caráter monetário, mas toma a forma de um benefício comercial (v.g. tal como reduções tarifárias, expansão de quotas de importação, ou maior acesso à mercados), que deverá ser proporcionado ao reclamante pelo reclamado. Essa natureza peculiar da compensação pode ser vista como uma reminiscência na OMC da teoria prevalecente no GATT de reequilíbrio das concessões comerciais, segundo a qual se ofereceria uma vantagem mercantil com a intenção de compensar o ganho anulado pela transgressão das regras do comércio internacional²³³.

Em linha com as medidas indutoras, a compensação traduz-se em instrumento temporário, a ser empregado como meio para alcançar o objetivo final do cumprimento de uma decisão da OMC²³⁴. Sua utilização não significa que o reclamado adimpliu a obrigação que lhe cabia, mas apenas que concordou em prestar uma medida paliativa, com a função de aliviar os prejuízos sofridos pelo

²³³ Para alguns doutrinadores, no entanto, essa característica é comprovação de que a teoria do re-equilíbrio de concessões subsiste na OMC. PALMETER, David; MAVROIDIS, Petros. **Dispute Settlement in the OMC: Practice and Procedure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 167.

²³⁴ ESC, art. 3.7.

reclamante enquanto a determinação em caráter final não for implementada. Nesse sentido, bastante elucidativa a imagem descrita por Horlick:

Compensation, granted, was intended by the WTO drafters as a compromise mechanism – to be used as a last resort to keep the full team on the field by allowing a Member to play with one arm tied behind its back, rather than ejecting it from the game, if the pain of compliance made it politically infeasible for that Member to immediately stop playing offside²³⁵.

Outra importante característica da compensação é sua voluntariedade, o que significa não ser ela compulsória para as partes envolvidas na controvérsia. Ao contrário, o instrumento somente terá lugar quando acordado mutuamente pelos litigantes. Em termos procedimentais, a negociação da compensação deverá ser iniciada ainda durante o prazo estabelecido para a implementação da decisão e, caso não seja concluída em até 20 dias após seu decurso, permite ao demandante solicitar autorização para retaliar²³⁶. Sem embargo, os esforços para se alcançar um meio-termo poderão prosseguir após tal data. A redação do ESC, cumpre comentar, transmite a impressão de que a iniciativa para as conversações acerca do instituto estaria limitada ao reclamante; entretanto, considerando seu caráter consensual, é coerente o entendimento de que a proposta de acordo também possa partir do reclamado.

3.3.1.2 APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS

a) Custos para o reclamante

Considerando que a compensação equivale, em regra, ao recebimento de uma vantagem comercial, o reclamante tenderá a ser beneficiado no específico setor em que ela ocorrer. Em um exemplo, caso o instituto tome a forma de redução de determinadas tarifas de importação do reclamado, o reclamante poderá alcançar esse mercado em condições mais competitivas,

²³⁵ HORLICK, G. Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process. In: KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J. **The political economy of international trade law**: essays in honor of Robert E. Hudec, cit., p. 640-641.

²³⁶ ESC, art. 22.2.

aumentando sua participação e conseqüente volume de exportações. Uma única ressalva seria a situação em que o benefício outorgado ao reclamante não atende aos seus interesses concretos, quando, então, suas conseqüências seriam nulas (ex.: garantia de maior acesso ao mercado de telecomunicações para um Membro que não exporta tais serviços). Por outro lado, também não faz muito sentido falar em danos políticos, uma vez que a compensação é necessariamente voluntária, ocorrendo tão-somente com a concordância expressa da parte contrária. Reflexos negativos de eventuais protestos dos setores privados prejudicados com a concessão comercial (v.g. setor que teve sua proteção tarifária reduzida) serão direcionados ao governo do próprio reclamado, que os selecionou como moeda de troca pelo descumprimento temporário da decisão da OMC.

b) Capacidade de reunir grupos de apoio para o cumprimento

A formação ou intensificação de grupos favoráveis ao cumprimento dependerá dos setores em que se oferece compensação, sendo que a iminência ou efetivação da medida poderá levar o reclamado a se movimentar internamente para conformar sua atitude com as normas da OMC. De maneira geral, no entanto, as feições gerais do mecanismo parecem não contribuir decisivamente para demover forças políticas que se opõem ao adimplemento. Com efeito, o governo do reclamante, diante da obtenção de um acordo compensatório, poderá diminuir, mesmo que temporariamente, suas pressões contra a parte adversa. No mesmo sentido, a propensão dos demais integrantes da comunidade internacional será acompanhar a conduta, abaixando o tom de suas próprias cobranças, salvo quando a compensação se mostrar discriminatória²³⁷. No que tange aos segmentos privados, o caráter voluntário do mecanismo permite ao reclamado evitar a escolha dos interesses politicamente mais influentes²³⁸.

²³⁷ Interessante notar como a Austrália se preocupou no sentido de que eventual acordo compensatório no âmbito de *US-Copyright Act* não ocorresse em bases discriminatórias. OMC. **Dispute Settlement Body**: minutes of meeting held in the Centre William Rappard on 24 June 2003. 24 June 2003. WT/DSB/M/151. Genebra: OMC, p. 2.

²³⁸ Nesse sentido, parece pouco provável que a concessão cause mal-estar para os setores do reclamado que colhem vantagens com a violação. Sendo eles influentes o bastante para resistir à adequação da conduta irregular, conseguirão também evitar seu envolvimento, ao menos substancialmente, no acordo compensatório.

O próprio processo de escolha das concessões será sugestionado pela força desses grupos, aumentando a probabilidade de que a opção governamental recaia sobre setores pouco participativos²³⁹. É verdade que os segmentos afetados negativamente pela compensação irão protestar, principalmente se não possuírem conexão com a controvérsia; todavia, assim como não tiveram força para se esquivar da compensação, difícil acreditar que suas manifestações em prol do cumprimento surtam maior efeito. Inúmeros autores advertem ainda para os riscos de enfraquecimento do apoio, em razão do estímulo de ímpetos protecionistas e do fenômeno do *buy out*²⁴⁰. No primeiro cenário, as vantagens compensatórias recebidas por determinados grupos poderiam levá-los a pressionar pela continuação da violação, de forma a assegurar a continuidade no recebimento do benefício. No tocante ao *buy out*, a interpretação da compensação, como medida equivalente ao cumprimento, reduziria as exigências para a correção da inconsistência detectada pela OMC.

c) Reflexos para setores privados

O cenário ideal de uma compensação é quando realizada em relação ao mesmo setor no qual ocorreu a violação objeto da controvérsia. Dessa maneira, seria possível atenuar os prejuízos experimentados pelos grupos privados do reclamante por ela atingidos, bem como garantir que os custos das benesses comerciais oferecidas em compensação sejam suportados por setores do reclamado envolvidos na quebra das regras do comércio internacional. Um dos poucos exemplos em que se observa essa constatação se refere ao caso *Japan-Alcoholic Beverages II*, no qual o Japão reduziu seus impostos internos sobre

²³⁹ A exigência de concordância do reclamante com a compensação oferecida não invalida a constatação de que o reclamado evitará selecionar interesses pertencentes aos grupos politicamente influentes.

²⁴⁰ O "*buy out*" pode ser entendido como a suposta faculdade que os membros da OMC teriam entre cumprir efetivamente a decisão da entidade, ou, por outro lado, prestar compensação ou suportar sanções como alternativa equivalente ao cumprimento. Posicionando-se contra a permissão do *buy out*, ver: JACKSON, John H. *The WTO Dispute Settlement Understanding: misunderstandings on the nature of legal obligations*. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 60-64; JACKSON, John H. **The world trading system: law and policy of international economic relations**. 2. ed. Cambridge: MIT Press, 1997. Em sentido contrário: BELLO, Judith Hippler. *The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More*. **The American Journal of International Law**, cit., p. 416-417; SYKES, Alan O. *The remedy for breach of obligations under the WTO Dispute Settlement Understanding: damages or specific performance?*, In BRONCKERS, Marco; QUICK, Reinhard (eds.). **New Directions in International Economic Law: essays in honor of John H. Jackson**, Haia: Kluwer Law International, 2000, p. 347-357.

bebidas alcoólicas de interesse dos reclamantes (Canadá, CE e Estados Unidos) como forma de compensar a demora na implementação da decisão da OMC que tratava do mesmo bem²⁴¹.

Sem embargo, a correspondência entre violação e compensação dificilmente ocorrerá na prática, dentre outros motivos porque os grupos do reclamado, que pressionam pela manutenção da inadimplência, exercem a mesma influência para não serem alcançados pelo acordo compensatório²⁴². Em sendo bem sucedidos na primeira hipótese, a probabilidade é que tenham êxito semelhante no segundo caso. Tal situação implicaria distorções (*mistarget*) na distribuição dos benefícios e ônus da compensação, respectivamente, para segmentos do reclamante e do reclamado alheios à controvérsia. Justificaria, ainda, a crítica de que o instituto provoca conseqüências negativas para ambos os contendores (*lose-lose proposition*): enquanto o reclamante, ao aceitar compensações, não promoveria benefícios para o setor nele prejudicado, o reclamado, ao oferecê-las, simplesmente elegeria um setor inocente para arcar, na forma de menor proteção, com os gravames da inadimplência²⁴³.

d) Aplicabilidade da medida

A compensação é um instituto essencialmente bilateral, no sentido de que seus termos devem ser mutuamente aceitáveis para as partes em desentendimento. Não bastará a vontade do reclamante em estabelecer um acordo compensatório por entendê-lo vantajoso enquanto medida de indução ao cumprimento; necessária, ainda, a aquiescência do reclamado, sem a qual a alternativa não poderá prosperar. E é justamente nessa expressa exigência de concordância daquele que deverá suportar o ônus da compensação que reside a

²⁴¹ Cf. Documentos WT/DS8/19; WT/DS10/19 e WT/DS11/17.

²⁴² Corroborando a observação, Horlick anota que “the cost of compensation is often not levied on those who are keeping up the pressure to break the rules. That is, the Member’s arm is punished when it is the foot that keeps fouling”. HORLICK, G. Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process. In: KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J. **The political economy of international trade law**: essays in honor of Robert E. Hudec, cit., p. 640-641.

²⁴³ PALMETER, David; ALEXANDROV, Stanimir. ‘Inducing compliance’ in WTO Dispute Settlement. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law**: essays in honor of Robert E. Hudec, cit., p. 665.

principal fragilidade do mecanismo²⁴⁴. A construção de consenso entre os litigantes acerca da área e montante das concessões comerciais a serem ofertadas reponta como tarefa árdua e, na maioria das vezes, intangível. Além disso, por exigir grande poder de convencimento por parte do reclamante, será mais difícil ainda quando neste pólo estiver um PED. Outra deficiência apontada em relação a sua aplicabilidade diz respeito ao momento processual de sua ocorrência, situado no final do prazo fixado como razoável para o cumprimento. Tal previsão permite o decurso de um extenso interregno temporal antes que as negociações por compensação possam ser iniciadas, reduzindo seu caráter indutor para a implementação.

Insta mencionar, ainda, que a compensação necessita respeitar o princípio da nação mais favorecida²⁴⁵. Assim, a vantagem acordada entre os conflitantes deverá ser estendida a todos os outros membros da entidade, tornando sua atratividade substancialmente menor, como reconhece a própria OMC²⁴⁶. Reduzem-se as vantagens obtidas pelo reclamante (que não receberá tratamento exclusivo), ao mesmo tempo em que se aumentam seus custos para o reclamado (que deverá oferecê-la a todos os integrantes da organização), como expõe Malacrida:

(...) in cases where a compensation offer would benefit Members other than the complaining Member to a significant extent (i.e., where, due to application of the most-favoured-nation principle, the complaining Member would need to share the benefits of compensation with other Members), the complaining Member would probably view the offer as inadequate. In order to avoid, or minimize, this type of "free-rider" problem, the responding Member may need to offer compensation in a sector where the complaining Member is the exclusive or at least the principal supplier. Alternatively, the responding Member could offer to provide compensation at a level which exceeds the level of nullification or impairment caused by its offending measure, but which would effectively provide the complaining Member a level of benefits that is equivalent to

²⁴⁴ ESC, art. 22.1, parte final: "Compensation is voluntary and, if granted, shall be consistent with the covered agreements".

²⁴⁵ Para uma justificativa histórica sobre a formulação de referida cláusula, cf. NAKADA, Minoru. OMC, Alca e Mercosul. **Carta Internacional**, São Paulo, ano X, nº 115, 2002, p.5.

²⁴⁶ Disponível em <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settlement_cbt_e/c6s9p1_e.htm>. Acesso em 12/07/2008.

the level of nullification or impairment. The former option has the drawback that it may not be available very often in the real world. The latter option might generate political opposition in the responding Member, as the responding Member would temporarily be providing more market access than it would be legally required to provide²⁴⁷.

e) Conformidade com os princípios do sistema multilateral de comércio

A compensação destaca-se pela promoção dos valores esculpidos no sistema multilateral de comércio. Em sua feição atual na OMC, ela traduz-se em concessões de natureza comercial, ocasionando a redução, mesmo que temporária, de barreiras ao intercâmbio global de bens ou serviços. A constatação torna-se nítida ao se vislumbrar a diminuição de impostos aduaneiros à importação como sua forma tradicional, fomentando o intercâmbio comercial. Por esse motivo, a compensação é reputada como a medida de indução que mais se conforma com os princípios do livre-comércio. Além disso, a parte final do art. 22.1 do ESC determina que a compensação deve ser consistente com os demais acordos da OMC. Em termos práticos, tal previsão revela a necessidade de observância do princípio da nação mais favorecida, de maneira a evitar tratamentos discriminatórios em face daqueles que não estão envolvidos na controvérsia²⁴⁸.

3.3.1.3 CONCLUSÃO

A compensação pode ser reputada como uma medida indutora positiva, vez que fomenta benefícios diretos para o reclamante na forma de

²⁴⁷ MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, cit., p. 25.

²⁴⁸ "This provision purports to temper the bilateral ethos inherent in the settlement for compensation in order to prevent a situation where two parties concerned would create in the name of compensation new illegal trade barriers which might harm third parties, and thus, yet another dispute could ensue in the future. In this regard, when parties notify the WTO of the fact that they agreed on a mutually acceptable compensation, they usually include in such notification a clause offering the same treatment in the compensation agreement to any other member." CHO, Sungjoon. The nature of remedies in international trade law. **University of Pittsburgh Law Review**, cit., p. 775-776.

vantagens comerciais, minimizando, ou até mesmo suprimindo, efeitos colaterais econômicos e políticos. O mecanismo também merece encômios por ir ao encontro dos valores do sistema multilateral de comércio, exaltando os postulados da livre-troca. Sua habilidade em arrecadar apoio no sentido da interrupção da violação, e em gerar reflexos não distorsivos para os setores privados do reclamante e reclamado, dependerá da difícil realização de acordo compensatório na área específica em que se detectou a transgressão. Seu mais contundente defeito, no entanto, concentra-se nas restrições impostas para sua aplicação, notadamente seu caráter de bilateralidade, que virtualmente inviabiliza sua ocorrência²⁴⁹.

O escasso histórico desse instituto na OMC comprova o diagnóstico. Nesse sentido, vale fazer alusão ao caso *Japan-Alcoholic Beverages II*, em que as tarifas domésticas impostas pelo Japão sobre bebidas como uísque, conhaque e outros destilados foram consideradas discriminatórias em cotejo com o imposto mais reduzido cobrado para a comercialização de *shochu*, uma bebida tradicional japonesa. Como forma de assegurar o tempo necessário para promover as mudanças internas determinadas pela decisão, o Japão ofereceu compensação aos reclamantes (Canadá, CE e Estados Unidos) na forma de diminuição provisória dos impostos exigidos para a venda de bebidas alcoólicas de seu interesse²⁵⁰. Por seu turno, em *US–Copyright Act*, após anos de tratativas, os Estados Unidos acordaram pagamento compensatório no valor de US\$ 3,3 milhões para um fundo assistencial na CE com fins de promoção de direitos autorais. A indenização foi arbitrada em conformidade com o art. 25 do ESC e representaria um acordo mútuo de satisfação vigente por um período de três anos, contados da data do término do prazo razoável²⁵¹.

²⁴⁹ Lastreando-se em tais motivos, o atual Diretor da Divisão de Assuntos Jurídicos arremata que “WTO dispute settlement model in practice has been a ‘compliance-retaliation’ model rather than a ‘compliance-compensation-retaliation’ model”. WILSON. Bruce. Compliance by WTO members with adverse WTO dispute settlement rulings: the record to date. **Journal of International Economic Law**, Vol. 10, N. 2, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 399.

²⁵⁰ Cf. documentos WT/DS8/19; WT/DS10/19 e WT/DS11/17.

²⁵¹ Cf. documento WT/DS160/23.

3.3.2 SANÇÃO

3.3.2.1 DESCRIÇÃO DO INSTITUTO

Verificada a inércia do reclamado em implementar as decisões da OMC e o fracasso na tentativa de se alcançar um acordo compensatório, o reclamante poderá então requerer autorização para aplicar sanções. Em verdade, os termos “retaliação” ou “sanção” não são encontrados nos acordos da OMC, que se utilizam de uma expressão técnica, originária do GATT, para lhes fazer referência: “suspensão de concessões ou de outras obrigações decorrentes dos acordos abrangidos”²⁵². Não obstante o tecnicismo da estipulação, é incontestável que ela encerra instituto com a natureza jurídica de sanção, posto que corresponde a um ato coercitivo (efetivo ou latente), marcado pela interferência limitada na esfera de interesse protegido de outro Membro, e que se operacionaliza por meio da privação temporária de direitos legítimos²⁵³.

Muito embora o objetivo das sanções tenha evoluído na passagem do GATT para a OMC, assumindo a função primordial de indução ao cumprimento de suas decisões, a expressão foi mantida intocada nas novas normas de pacificação de litígios²⁵⁴. Seu significado corresponde à possibilidade de o reclamante deixar de observar, *vis-à-vis* o reclamado, determinadas concessões comerciais ou obrigações constantes do conjunto normativo da OMC. Nessa esteira, a forma mais comum de exteriorização das sanções é o aumento dos impostos de importação para bens ou serviços provenientes do retaliado, em percentual superior ao teto fixado em seus compromissos para com aquele Membro. Fazendo referência a essa expressão, Vazquez e Jackson consideram as sanções na OMC mais restritas do que aquelas existentes na teoria geral do direito internacional, que se exteriorizariam não apenas na forma de suspensão de concessões ou outras obrigações “decorrentes dos acordos abrangidos”, mas

²⁵² ESC, art. 22.2, parte final.

²⁵³ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC**, cit., p. 110-113.

²⁵⁴ Cf. item 1.5.3. do capítulo 1.

alcançariam também obrigações costumeiras e aquelas encerradas em outros tratados²⁵⁵.

A análise de algumas das características das sanções, conforme delineadas na OMC, auxiliará no correto entendimento do instituto. Inicialmente, vale notar que a retaliação surge como o último recurso para estimular o reclamado a implementar as recomendações da entidade²⁵⁶. Portanto, para que possa ter lugar será necessário o esgotamento do prazo razoável para o cumprimento, sem o devido ajuste da violação, bem como a falta de concordância entre os contendores sobre a compensação. Uma segunda qualidade das retaliações é que são medidas temporárias, que somente devem permanecer em vigor até a conformação da conduta questionada ou outra solução satisfatória para a divergência²⁵⁷. Depreende-se, assim, que as sanções se revestem de caráter instrumental, cujo fim derradeiro é contribuir para a efetivação da decisão: inexistiria, portanto, a pretensa opção pelo *buy out*²⁵⁸. Como expressamente esclarece o ESC, o cumprimento integral da decisão sobrepõe-se às retaliações²⁵⁹.

O uso das sanções na OMC está condicionado à autorização pelo OSC. Novamente, segundo Vazquez e Jackson, essa exigência demonstraria a sua maior limitação em cotejo com o instituto correlato do direito internacional²⁶⁰. Considerando, no entanto, que a permissão para retaliar somente poderá ser recusada diante da oposição unânime pelos membros da OMC (consenso negativo), é possível asseverar que as normas da entidade asseguram verdadeiro

²⁵⁵ VÁZQUES, Carlos M.; JACKSON, John H. Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions. **Law and Policy in International Business**, cit., p. 560-561.

²⁵⁶ ESC, art. 3.7, parte final.

²⁵⁷ ESC, arts. 22.1 e 22.7, primeira parte.

²⁵⁸ Jackson sumariza a questão: "If everybody believed that the rich and powerful countries could avoid their obligations to conform to the rules upon which traders rely for a measure of predictability and security by simply 'buying out' of those obligations through compensation or sustaining suspended obligations, then a considerable degree of credibility and fairness of the system would be diminished or lost. Both small countries and developing countries could then say that the DS system is of no interest to them because they do not have the power to 'buy out' but the 'big guys' do have that power, and if they exercised it regularly, they would undermine the predictability and security of the rules as they might apply to enterprises or individual entrepreneurs from small countries." JACKSON, John. *The Changing Fundamentals of International Law and Ten Years of the WTO*. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 120-121.

²⁵⁹ ESC, art. 22.1.

²⁶⁰ VÁZQUES, Carlos M.; JACKSON, John H. Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions. **Law and Policy in International Business**, cit., p. 560-561.

direito às sanções. O valor da retaliação deverá ser proporcional aos danos causados pela violação e sua exteriorização deve estar em sintonia com a hierarquia determinada pelo ESC (retaliações convencionais em preferência às retaliações cruzadas). O reclamado poderá requerer arbitragem caso entenda que tais dispositivos não foram respeitados. Em última instância, terminado o procedimento arbitral, o reclamante investirá-se-á no direito de aplicar sanções.

3.3.2.2 APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS

a) Custos para o reclamante

Grande parte dos especialistas em OMC é uníssona em apontar as consequências danosas das sanções para o reclamante como um de seus mais categóricos defeitos²⁶¹. *The teeth bite back*, enuncia a expressão em língua inglesa fazendo referência aos efeitos colaterais causados pelas sanções, também aludidas como os “dentes” da entidade. Mencionados efeitos podem ser colhidos em ambos os campos econômico e político e, dependendo de sua intensidade, podem inviabilizar o uso das sanções como medida de indução ao cumprimento pelo reclamante.

Tomando como exemplo a forma mais corriqueira pela qual as retaliações são exteriorizadas, é dizer, o aumento das tarifas de importação do reclamante em desfavor de certos produtos do reclamado, é possível ilustrar os principais impactos econômicos sujeitados pelo retaliante²⁶²: (a) aumento do preço de importação do produto afetado (ocasionando a redução ou interrupção de seu consumo); (b) substituição desse produto por bens similares, geralmente a preços mais altos e/ou com qualidade inferior; (c) substituição dos canais de abastecimento por outras fontes domésticas ou estrangeiras (desvio de

²⁶¹ HORLICK, G. Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process. In: KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 640; CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 621.

²⁶² As constatações a seguir, referentes ao comércio de bens, podem ser ampliadas também, guardadas as devidas proporções, para o comércio de serviços. No tocante aos direitos de propriedade intelectual, os efeitos colaterais serão tratados no capítulo 4.

comércio)²⁶³; (d) redução de opções de consumo; (e) prejuízos para importadores, consumidores intermediários e finais; (f) diminuição do fluxo de investimentos por falta de segurança; (g) diminuição do bem-estar econômico de seus cidadãos; (h) afastamento gradual do concorrente que produz mercadorias a melhores preços; (i) perda gradativa de eficiência dos produtores internos protegidos pela elevação de tarifas; (j) retardamento da evolução tecnológica; e (k) risco de criação de monopólio (podendo gerar, a longo prazo, controle nas políticas de preços e oferta do produto)²⁶⁴.

Os custos políticos, por sua vez, também podem ser significativos. Em tese, as sanções não deveriam causar protestos ou reclamações pelo retaliado, porquanto figuram como respostas a sua renitência em corrigir condutas reconhecidamente violadoras das regras do comércio internacional. Além do mais, são mecanismos expressamente previstos nas normas da OMC e, quando autorizados, contam com a chancela multilateral da organização. Todavia, o movimento do reclamante em direção às sanções não costuma ser bem recebido pelo potencial destinatário, podendo gerar desde um pequeno mal-estar político, facilmente contornável, até desgastes consideráveis, sempre que interpretadas como reação extrema, desproporcional e, sobretudo, ofensiva ao relacionamento bilateral de alto nível construído entre os contendores.

Os sucintos comentários acima possibilitam entrever o elevado potencial de risco que se incorre com a utilização de sanções, abalando sua eficácia enquanto medidas de indução ao cumprimento. A situação, vale ressaltar, mostra-se especialmente grave para PEDs, visto que aludidos danos econômicos são potencializados em virtude da fragilidade de suas economias, altamente dependentes do intercâmbio comercial com outros membros²⁶⁵. Na arbitragem do

²⁶³ Finkelstein, ao tratar dos efeitos causados pela criação de blocos regionais, alerta para a possibilidade de ocorrência de desvio de comércio em detrimento de origens mais eficientes de abastecimento. A observação também pode ser direcionada, sem perder precisão, à imposição de barreiras temporárias por consequência das medidas de indução ao cumprimento das decisões da OMC. FINKELSTEIN, Cláudio. **O processo de formação de mercados de bloco**. São Paulo: IOB – Thomson, 2003, p. 95-99.

²⁶⁴ FINKELSTEIN, Cláudio. **O processo de formação de mercados de bloco**, cit., p. 98.

²⁶⁵ Em referência à cautela em aplicar retaliações no caso *US-Upland Cotton*, Roberto Azevedo, então subsecretário de Comércio do Itamaraty, afirmou: "Não podemos retaliar e acabar dando um tiro no pé". O Estado De São Paulo. **Retaliação contra os Estados Unidos deve ser lenta e complicada**. Jamil Chade. 22.06.2008. Disponível em: <<http://si.knowtec.com/scripts->

art. 22.6 em *EC-Bananas III (Ecuador)*, por exemplo, os árbitros entenderam que a suspensão pelo Equador de certos compromissos referentes a serviços prestados fisicamente por empresas da CE em seu território seria prejudicial ao próprio retaliante na medida em que poderia levar à perda de investimentos estrangeiros diretos essenciais por falta de proteção jurídica²⁶⁶. No âmbito político, a inferioridade de poder apresentada por PEDs os deixam particularmente sensíveis às pressões políticas contrárias à aplicação de sanções. A opção pela retaliação será apreciada com cautela, levando-se em conta o relacionamento a longo prazo com o retaliado, que quase certamente será um de seus principais parceiros comerciais²⁶⁷. Somando-se todas essas conjecturas, dificilmente o emprego de sanções mostrar-se-á como alternativa viável para esses membros.

b) Capacidade de reunir grupos de apoio para o cumprimento

O sucesso na criação ou no alargamento de conjuntos favoráveis ao cumprimento está relacionado, em grande parte, com a escolha dos alvos que serão afetados pelas sanções. Quando selecionados com precisão, atingindo interesses daqueles que se opõem com veemência à implementação, maiores serão as chances em se modificar o equilíbrio político no interior do reclamado, impulsionando-o rumo ao adimplemento. A maneira mais eficiente de levar a cabo tal desígnio seria aplicar sanções contra os grupos privados do reclamado diretamente envolvidos na violação, uma vez que a conquista de seu apoio significaria, em tese, a redução ou erradicação do principal foco de resistência²⁶⁸. Além disso, evitaria o risco de a medida ser vista como uma reação “desmedida” ou “injusta”, por envolver setores que não guardam ligação com a transgressão original.

si/MostraNoticia?&idnoticia=16590&idcontato=2192&origem=fiqueatento&nomeCliente=FUNCEX&data=2008-06-22>. Acesso em 22/06/2008.

²⁶⁶ OMC. **European Communities – regime for the importation, sale and distribution of bananas - recourse to arbitration by the European communities under article 22.6 of the DSU**: decision by the Arbitrators. 24 March 2000. WT/DS27/ARB/ECU. Genebra: OMC, p.25.

²⁶⁷ Segundo Cho, “even if such sanction is effective arguing, the small, poor country should also take into account any negative political implication in the future that the sanction may bring vis-à-vis the targeted big, rich country. Certainly, the small, poor country would not want to sacrifice much bigger potential economic benefits for such a one-time Pyrrhic victory”. CHO, Sungjoon. The nature of remedies in international trade law. **University of Pittsburgh Law Review**, cit., p. 785.

²⁶⁸ Cf. item 2.3. do capítulo 2.

Na maioria das vezes, no entanto, não será possível impor sanções nos exatos setores objeto da controvérsia, por razões que vão desde a inexistência de exportações desse produto para o reclamante, até os efeitos colaterais sobre sua própria economia – sendo essa impossibilidade, inclusive, uma das principais críticas às retaliações tais como presentemente desenhadas na OMC. Nesses casos, a alternativa mais apropriada para sensibilizar grupos de apoio será o uso criativo das sanções (*smart sanctions*), escolhendo áreas relacionadas, de alguma maneira, com a infração às regras da entidade, ou ainda, setores cuja relevância política para o Membro recalcitrante é decisiva²⁶⁹.

Tais comentários podem ser ilustrados pelo contencioso *US-Upland Cotton*, no qual a opção ideal para eventuais retaliações, segundo a ótica do presente critério, seria o aumento de tarifas às importações brasileiras de algodão dos Estados Unidos. A medida, dessa maneira, afetaria diretamente os interesses cotoníferos estadunidenses que pressionam o governo para não alterar sua política de subsídios condenada na OMC. Contudo, em não existindo exportações de algodão para o Brasil, poderia se buscar outras formas assemelhadas, como o aumento nas tarifas de importação de têxteis, agrotóxicos e adubos, ou a suspensão do pagamento de *royalties* sobre variedades de algodão (cultivares), insumos e tecnologias de produção relacionadas ao setor cotonicultor²⁷⁰. Outra alternativa seria a retaliação de produtos cuja exportação é concentrada nos Estados Unidos, que politicamente apóiam os subsídios²⁷¹. A tentativa de aproximar, de alguma maneira, a aplicação de sanções às áreas conectadas com a infração acaba sendo vista como uma espécie de fonte de

²⁶⁹ Ressalva-se que a presente análise preocupa-se exclusivamente com o prisma da capacidade de levantar apoio para o cumprimento, desconsiderando, portanto, outros reflexos ocasionados pelas retaliações, como custos econômicos, políticos etc.

²⁷⁰ Tais medidas foram vislumbradas como alternativas viáveis pelo presidente da ABRAPA, Haroldo Rodrigues da Cunha. Valor Econômico. **País vence disputa por algodão e pode retaliar Estados Unidos**. Sergio Leo. 3 Junho 2008. Disponível em <<http://www.valoronline.com.br/valoreconomico/285/primeirocaderno/brasil/Pais+vence+disputa+por++algodao+e+pode+retaliar+ESTADOS+UNIDOS,,,63,4960945.html>>. Acesso em 21/08/2008.

²⁷¹ A idéia seria afetar interesses de empresas de Estados americanos considerados importantes para os republicanos em disputas eleitorais. Apesar de afirmar que a estratégia influenciará a decisão, Roberto Azevedo se mostra um pouco cético, em razão da força do *lobby* do algodão. O Estado De São Paulo. **Retaliação contra os Estados Unidos deve ser lenta e complicada**. Jamil Chade. 22 Junho 2008. Disponível em: <http://si.knowtec.com/scripts-si/MostraNoticia?idnoticia=16590&idcontato=2192&origem=fiqueatento&nomeCliente=FUNCEX&data=2008-06-22>. Acesso em 22/06/2008.

legitimidade da medida, reduzindo a probabilidade, mencionada acima, de ela ser qualificada como “resposta injusta”.

Outro efeito positivo das sanções é que sua ameaça ou concreta utilização tende a fortalecer a posição daqueles que defendem o cumprimento no âmbito do reclamado, pertençam eles aos escalões do governo (v.g. oficiais que crêem que a eficácia do sistema advém da observância de suas decisões), ou às fileiras da iniciativa privada (v.g. interesses afetados pela violação, como importadores, fornecedores, investidores e consumidores). Ademais, a exteriorização da intenção retaliatória, que atinge seu ápice com a autorização do OSC, possui habilidade especial para atrair o foco da comunidade internacional (v.g. governos, meios de comunicação, particulares) para a conduta de inadimplência do reclamado e, com isso, incitar movimentos de cobrança para sua reversão. Considerando-se que as sanções correspondem ao último recurso disponibilizado pelas regras da OMC, ficaria evidenciado o protelamento excessivo do Membro recalcitrante.

Por outro lado, o exame do mecanismo sob a perspectiva específica dos PEDs demonstra uma posição bastante fragilizada. Em razão do tamanho de suas economias e da conseqüente participação reduzida no volume de comércio dos demais membros da OMC, o nível de indução ativado por suas sanções se revela facilmente resistível pelos PDs²⁷². Por conseguinte, a suspensão de concessões ou outras obrigações tenderá a passar despercebida²⁷³. Reconhecendo esse obstáculo, a arbitragem do art. 22.6 no contencioso *EC-Bananas III (Ecuador)* expressou que eventuais retaliações pelo país sul-americano em produtos primários e de capital provenientes da CE não seriam efetivas:

(...) given the fact that Ecuador, as a small developing country, only accounts for a negligible proportion of the EC's exports of these products, the suspension of concessions by Ecuador vis-à-vis the European

²⁷² BARRAL, Welber. Solução de controvérsias na OMC .In: KLOR, Adriana D. et al. **Solução de controvérsias**: OMC, União Européia e Mercosul. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2004, p. 45-46.

²⁷³ HORN, Henrik; MAVROIDS, Petros C. **Remedies in the WTO dispute settlement system and developing country interests**, 1999, p. 12. Disponível em <<http://www.ppl.nl/bibliographies/wto/files/1360.pdf>>. Acesso em 22.05.2008.

Communities is unlikely to have any significant effect on demand for these EC exports (The EC's exports to Ecuador are less than 0.1 per cent of the EC's total merchandise exports)²⁷⁴.

c) Reflexos para os setores privados

Na esteira das considerações aduzidas no critério precedente, os reflexos para os setores privados também obedecerão à lógica da correlação entre os interesses envolvidos na infração condenada pela OMC e aqueles alcançados pela retaliação. Havendo identidade entre eles, as chances são de se propiciar conforto temporário para os particulares do reclamante prejudicados pela conduta irregular, ao mesmo tempo em que se atribui aos seus responsáveis no reclamado os ônus decorrentes da medida. As retaliações autorizadas pela OMC, contudo, comumente não são aplicadas dessa maneira²⁷⁵. Exemplo nítido colhe-se na controvérsia *EC – Bananas III (US)*, em que as sanções contra violações no segmento de bananas tiveram lugar em produtos como óleo para banho, bateria para carros, cafeteiras, bolsas e carteiras²⁷⁶. Em *EC-Hormones*, muito embora se tenha tentado responder a proibição ilegal às exportações de carne bovina dos Estados Unidos e Canadá com o aumento de tarifas às importações desses mesmos produtos provenientes da CE, as retaliações acabaram englobando também artigos como laticínios, *foie gras*, trufas, mostarda, chocolate etc²⁷⁷.

Referido desvio no uso das sanções, mesmo que efetivado conscientemente, tendo como escopo a mobilização de apoio, ou a minimização de seus efeitos colaterais para o reclamante, acaba criando distorções lesivas para os setores privados do retaliador. Considerando que a ameaça ou concreta aplicação de sanções nem sempre será hábil para levar ao pronto cumprimento das decisões, tem-se que a situação de recalcitrância poderá se arrastar por

274 OMC. **European Communities – regime for the importation, sale and distribution of bananas**: recourse to arbitration by the European Communities under article 22.6 of the DSU – decision by the Arbitrators. 24 March 2000. WT/DS27/ARB/ECU. Genebra: OMC, p.22.

275 Fazendo alusão ao contencioso das aeronaves envolvendo o Brasil, Celli Júnior noticia que o Canadá havia antecipado que poderia aplicar sanções contra as exportações brasileiras de têxteis, considerando que o país recuperava seu *status* de grande *player* global nesse produto. Diante da hipótese, o autor se manifesta: “Por que razão os importadores canadenses de têxteis brasileiros teriam de ser penalizados? Simplesmente, não faz sentido”. CELLI JÚNIOR, Umberto. Brasil (Embraer) x Canadá (Bombardier) na OMC. ComCiência. **Revista Eletrônica de Jornalismo Científico**, v. 8, p. 21, 2007.

276 Federal Register. Vol. 64, N. 74. April 19, 1999. Notices, p. 19209 - 19211.

277 Federal Register. Vol. 64, N. 143. July 27, 1999. Notices, p. 40638 – 40641.

tempo indeterminado. Nesse ínterim, os males suportados pelos setores afetados não recebem qualquer forma de alívio, mesmo que passageiro. É bem verdade que a hierarquia na aplicação de sanções, que estabelece a preferência por retaliações horizontais em detrimento das retaliações cruzadas, pode ser interpretada como tentativa para minimizar esses desvios. Contudo, o dispositivo fica bastante aquém de prover anteparo adequado para os setores privados (v.g. uma violação do GATT poderá motivar sanções contra qualquer bem e ainda assim será considerada como modalidade de retaliação horizontal).

d) Aplicabilidade da medida

O principal mérito das sanções reside na possibilidade de sua aplicação pelo reclamante sem a necessidade da cooperação de terceiros. Diferentemente da compensação, não se requer a negociação de acordo mutuamente aceitável ou qualquer outra forma de participação do reclamado. Assim, pode-se falar na unilateralidade da aplicação das sanções: uma vez aprovada pelo OSC, bastará a atuação do reclamante para colocá-la em vigor. Mesmo referida exigência de autorização pelo OSC não invalida as vantagens na aplicabilidade do instrumento, sendo que seu potencial destinatário não poderá obstá-lo, uma vez que não mais existe direito ao veto. Em verdade, referida chancela ocorre de maneira quase automática, salvo em hipótese de consenso negativo. Como o retaliante, entretanto, não irá votar contra seu próprio pedido, o direito fica assegurado na prática. A possibilidade de contestação, pelo reclamado, do valor e de setores em que se solicitou a retaliação (art. 22.6 do ESC) também não se traduz em óbice, mas apenas em ferramenta para supervisionar sua correta efetivação.

Em suma, portanto, as sanções são instrumentos auto-executáveis. O reclamante concentra em seu campo de ação a iniciativa de todos os atos necessários para utilizá-las. Por isso, segundo o critério da aplicabilidade, as sanções são extremamente eficazes, pois poderão ser manejadas pelo reclamante, independentemente de seu nível de desenvolvimento econômico, influência política, ou de quem ocupa a posição passiva na controvérsia (PDs, PEDs ou PMDRs – Países de Menor Desenvolvimento Relativo).

e) Conformidade com os princípios do sistema multilateral de comércio

Uma crítica incisiva às sanções previstas pela OMC consiste na observação de que elas contrariam os postulados fundamentais do sistema multilateral de comércio²⁷⁸. O preâmbulo do Acordo Constitutivo da OMC estabelece a redução gradual das barreiras tarifárias e não-tarifárias, bem como a eliminação do tratamento discriminatório nas relações comerciais internacionais, como instrumentos imprescindíveis para se alcançar os objetivos supremos do sistema (v.g. elevação dos níveis de vida, pleno emprego, desenvolvimento sustentável etc.). Contraditoriamente, a forma recorrente de exteriorização das sanções se dá pelo aumento discriminatório de impostos de importação do reclamante em relação a determinados bens ou serviços do reclamado. Evidencia-se, dessa maneira, o paradoxo das retaliações: o cumprimento das regras do comércio internacional é perseguido por meio de medidas que impõem barreiras ao livre-comércio.

Ao contrário da compensação, as sanções atuam como instrumentos mercantis restritivos, que buscam combater um desvio nas obrigações internacionais pelo levantamento de novos obstáculos comerciais. O resultado é o estreitamento das vias do comércio, reduzindo-se o volume de intercâmbio mercantil, ao menos entre os contendores. Nesse sentido, vislumbra-se verdadeira “regressão mercantilista”. Por outro lado, as sanções também se revelam discriminatórias *vis-à-vis* o retaliado, na medida em que permite o tratamento aos seus produtos, serviços ou detentores de propriedade intelectual em condições menos benéficas do que aquelas asseguradas aos demais membros da OMC. Referido comportamento representaria ofensa ao princípio da

²⁷⁸ “The problem is that retaliation goes against the underlying objective of the WTO system generally to promote rather than restrict international trade”. SUTHERLAND, P. et al. **The future of the WTO: addressing institutional challenges in the new millennium**, cit., p. 54.

nação mais favorecida não fosse sua previsão expressa na parte final do art. 3.7 do ESC²⁷⁹.

Acrescenta-se, ainda, que as sanções fomentam anseios protecionistas no interior do retaliante. Ao criarem uma proteção temporária para certos setores comerciais, passa a existir acirrada disputa para influenciar a escolha de quem será resguardado. Em um segundo momento, os interesses beneficiados tenderão a pressionar seu governo para a manutenção da proteção pelo maior tempo possível, criando resistência para o levantamento da sanção²⁸⁰. No longo prazo, esse viés protecionista pode até mesmo reduzir a simpatia perante futuros movimentos de liberalização comercial.

Apesar de todas essas reservas quanto às sanções, deve-se reconhecer que sua regulamentação no âmbito multilateral da OMC, e segundo preceitos jurídicos preestabelecidos, evita o uso arbitrário por parte dos atores mais poderosos do cenário internacional²⁸¹. Com sua previsão nas normas da entidade, as sanções são retiradas do arbítrio exclusivo dos Estados, e trazidas para a supervisão da OMC – no que Trachtman concebe como “*authorized self-help*”²⁸². A organização passa a atuar como guardiã das sanções, condicionando-as a sua autorização. Os benefícios dessa regulamentação são apresentados por Lafer:

²⁷⁹ Art. 3.7 do ESC, parte final: “The last resort which this Understanding provides to the Member invoking the dispute settlement procedures is the possibility of suspending the application of concessions or other obligations under the covered agreements on a discriminatory basis vis-à-vis the other Member, subject to authorization by the DSB of such measures”.

²⁸⁰ “Another problem is that once sanctions are turned on, vested interests in collecting rents may fight hard against removing sanctions even after the defendant government takes action to comply.” CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 625. Segundo Horlick, ainda hoje é possível identificar tarifas em vigor nos ESTADOS UNIDOS, como o imposto de 25% sobre a importação de caminhões da UE, cuja origem remonta à aplicação de medidas retaliatórias à época do GATT (*Chicken war tariff*). HORLICK, G. Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process. In: KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 641.

²⁸¹ Em sentido contrário, CHO vislumbra no tratamento conferido pela OMC um movimento de privatização das sanções, colocando-as fora das rédeas da normatividade: “*by privatizing sanctions and thus leaving the power of retaliation in the hands of the winning party, the WTO deprives itself of the rule of law and instead invites the rule of the jungle in international power politics. Without an aura of law, relationships among trading nations are vulnerable to economic and political disparities*”. CHO, Sungjoon. The nature of remedies in international trade law. **University of Pittsburgh Law Review**, cit., p. 785.

²⁸² OMC. **2007 WTO Public Forum: how can the WTO help harness globalization**, cit., p. 114.

Com efeito, o self-help unilateral, por ser discricionário, tende à violência que se caracteriza, *inter alia*, pela imprevisibilidade, pela descontinuidade, pela desproporção entre meios e fins. As normas secundárias do DSU são multilateralmente disciplinadoras do uso da força econômica. Impõem medida à violência e estabelecem, como *standards* para o OSC, agir com medida; de acordo com a medida, e tendo como fim a medida²⁸³.

A energética desaprovação de toda a comunidade internacional em hipóteses de desrespeito desse múnus, como ocorrido em *EC-Bananas III (US)*, quando os Estados Unidos decidiram retaliar a CE sem a chancela da OMC, revela a importância atribuída à função de supervisão – e como o sistema internacional ficaria fragilizado diante de sua ausência²⁸⁴. Afinal, como apontam vários autores, foi exatamente o desejo em frear o unilateralismo excessivo do Estados Unidos no final da década de 1980 que resultou no consenso para fortalecer o mecanismo de pacificação de litígios na direção do que ele representa hoje²⁸⁵.

Em suma, todavia, as sanções são medidas de indução que, em sua essência, contrariam os princípios liberalizadores do comércio internacional ao promover a propagação de obstáculos discriminatórios ao seu livre-fluxo e despertar sentimentos protecionistas. Apenas não são tratadas como violações em si mesmas em razão de sua chancela pelo OSC²⁸⁶. Em ampla perspectiva, elas colocam em risco o movimento mundial de integração econômica, bem como a segurança e previsibilidade do sistema multilateral de comércio.

²⁸³ LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional**: uma visão brasileira, cit., p. 115.

²⁸⁴ No caso *EC – Bananas III*, os Estados Unidos resolveram suspender concessões na data em que julgavam limítrofe para a concessão de autorização (3/março/1999), contudo sem a chancela formal do OSC (que somente veio mais tarde, em 19 de abril de 1999). Como consequência, a CE recorreu ao sistema de solução de controvérsias e conseguiu condenar a ação unilateral e arbitrária dos Estados Unidos (WR/DS165/R).

²⁸⁵ HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p. 6; CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler. **The new sovereignty**: compliance with international regulatory agreements, cit., p. 101.

²⁸⁶ PALMETER, David; ALEXANDROV, Stanimir. 'Inducing compliance' in WTO Dispute Settlement. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law**: essays in honor of Robert E. Hudec, cit., p. 665.

3.3.2.3 HISTÓRICO DAS SANÇÕES NA OMC

O histórico de contenciosos na OMC que registram pedidos de autorização para aplicar sanções reponta como excelente fonte para apreciar a eficácia desses mecanismos na tarefa de induzir o cumprimento. Conforme se observa no Anexo 3, contabilizam-se atualmente trinta e duas solicitações para retaliar, no âmbito de vinte e quatro controvérsias distintas²⁸⁷. Desse conjunto, metade dos requerimentos foram aprovados pelo OSC, mas em somente oito oportunidades as sanções foram realmente efetivadas.

É possível colher desdobramentos variados nas dezesseis ocasiões em que o pedido do reclamante não redundou em autorização para retaliar. Em dez delas, o procedimento arbitral para fixação do montante das sanções foi interrompido por ter sido alcançada solução satisfatória²⁸⁸. Em relação a outros quatro pedidos, ocorreu a suspensão do procedimento arbitral para aguardar decisão final do painel de implementação²⁸⁹. Já nos dois restantes, as partes solicitaram referida suspensão com a intenção de entabular negociações para uma solução mutuamente satisfatória²⁹⁰.

Na maioria desses casos, portanto, a ameaça de sanção mostrou-se exitosa para fomentar no reclamado condições políticas que permitissem um desfecho favorável para a divergência²⁹¹. Em *US-1916 Act*, por exemplo, a medida inconsistente foi retirada imediatamente após o término dos trabalhos

²⁸⁷ Cada disputa que tenha recebido um número próprio no sistema da OMC foi computada aqui como uma controvérsia autônoma. Assim, por exemplo, o contencioso *US-Offset Act (Byrd Amendment)*, que foi iniciado como DS217 e DS234, envolvendo reclamantes distintos, foi considerado como 2 controvérsias.

²⁸⁸ Compreendem as seguintes controvérsias: *US-Softwood Lumber V* (DS264), *US-Softwood Lumber VI* (DS277), *US-Softwood Lumber IV* (DS257), *Japan-Apples* (DS245), *US-1916 Act (EC)* (DS136), *US-Copyright Act* (DS160), *US-1916 Act (Japan)* (DS162), *Canada-Dairy (US)* (DS103), *Canada-Dairy (New Zealand)* (DS113) e *Australia-Salmon* (DS18).

²⁸⁹ Esses casos refletem acordos bilaterais para solucionar os problemas causados pelo “sequencing”, e dizem respeito a dois pedidos em *US-Zeroing (Japan)* (DS322) e dois pedidos em *US-Cotton* (DS267).

²⁹⁰ *EC-Biotech Products* (DS291) e *US-Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews* (DS268).

²⁹¹ Compartilhando dessa interpretação, Charnovitz declara que: “in some cases, such as *Australian Salmon*, the threat of WTO-authorized sanctions was probably instrumental in securing compliance by the defendant government”. CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit.,p. 603.

descritos no art. 22.6 do ESC²⁹². Em *Japan-Apples*, pouco mais de um mês após a adoção do relatório do painel de implementação concluindo pela subsistência de irregularidades na legislação fitossanitária japonesa, e na iminência da retomada da arbitragem para apreciar as sanções, o Japão e o Estados Unidos fecharam acordo para encerrar o litígio²⁹³. Também em *US-Softwood Lumber V*, algum tempo após a adoção da decisão do painel de implementação assinalando a falta de cumprimento, Estados Unidos e Canadá colocaram término à discussão por meio de uma solução reciprocamente satisfatória²⁹⁴.

Nas dezesseis hipóteses em que o OSC chegou a conceder autorização para suspender concessões ou outras obrigações, observa-se um cenário variado. Em oito vezes, apesar da permissão para retaliar, e mesmo sem uma solução para o deslinde da controvérsia, o reclamante deixou de lançar mão de sua prerrogativa²⁹⁵. Nesses casos, a mera ameaça não se mostrou eficaz para convencer o reclamado a implementar a decisão da OMC. Interessante notar que, em sua maioria, quem figurava como reclamante eram PEDs, como Antigua e Barbuda, Brasil, Chile, Equador, Índia e Coréia. Somente em uma hipótese o pólo ativo estava ocupado por um PD, o Canadá. O fato demonstra cabalmente como os defeitos das sanções, na forma como esquadrihadas atualmente, dificultam seu manuseio por PEDs. Mesmo nas oito situações restantes em que retaliações foram concretizadas é possível entrever as limitações dessas medidas, vez que nem sempre foram suficientes para induzir o reclamado a conformar sua conduta.

O conflito *US-FSC* é o exemplo mais bem sucedido do uso das sanções na OMC, muito embora sua solução tenha se arrastado por tempo considerável. Nele, o tratamento tributário especial concedido pelos Estados Unidos para certas empresas exportadoras (*foreign sales corporations*) foi considerado subsídio, em violação às regras da entidade (maio/2000). Em razão

²⁹² WILSON. Bruce. Compliance by WTO members with adverse WTO dispute settlement rulings: the record to date. *Journal of International Economic Law*, cit., p. 399.

²⁹³ OMC. **Japan – measures affecting the importation of apples**: statement by Japan. 22 July 2005. WT/DS245/19. Genebra: OMC.

²⁹⁴ OMC. **United States – final dumping determination on softwood lumber from Canada**: notification of mutually agreed solution. 16 November 2006. WT/DS264/29. Genebra: OMC.

²⁹⁵ *US-Gambling* (DS285), autorizações para Brasil, Chile, Índia e Korea em *US-Offset Act (Byrd Amendment)* (DS217), *Canada-Aircraft* (DS222), *Brazil-Aircraft* (DS46) e *EC-Bananas III (Ecuador)* (DS27).

da inércia dos Estados Unidos em reformar sua legislação, a CE recebeu chancela para suspender concessões em valor equivalente a US\$ 4,043 bilhões anuais (maio/2003). Após aguardar um prazo adicional para a conformação do reclamado, a CE decidiu então iniciar a aplicação de sanções em uma fração do valor autorizado pelo OSC (março/2004)²⁹⁶. Assim, de maneira bastante criativa, determinou um aumento progressivo na tarifa de importação de produtos como brinquedos, jogos, equipamentos eletrônicos, gravadores de som e imagem, ferramentas e talheres de aço inoxidável, pedras preciosas e semipreciosas, algodão, cereais etc. A elevação tarifária inicial foi de 5%, com previsão de incremento mensal de 1%, até alcançar, no prazo de um ano, o teto de 17%.

A medida provou-se efetiva para estimular os Estados Unidos, alguns meses depois, a aprovarem mudanças legislativas (*American Jobs Creation Act of 2004*, outubro/2004). Como consequência, a CE suspendeu a retaliação (janeiro/2005)²⁹⁷, solicitando, contudo, análise pela OMC da compatibilidade da lei com suas regras, devido à existência de disposições transitórias (*grandfathering provisions*) que mantinham os subsídios condenados até o fim de 2006. Uma vez comprovada a ilegalidade dessas disposições, a CE determinou fosse a aplicação das sanções retomada (março/2006)²⁹⁸. Todavia, nas vésperas de sua reintrodução os Estados Unidos promulgaram novo diploma normativo reparando as violações remanescentes (*Tax Increase Prevention and Reconciliation Act of 2005*, maio/2006), fazendo com que a CE deixasse de restabelecer as sanções²⁹⁹.

As peculiaridades da controvérsia *US-Offset Act (Byrd Amendment)* também aparecem como bastante elucidativas do ponto de vista das

²⁹⁶ Official Journal of the European Union. **Council Regulation** (EC), N. 2193/2003 of 8 December 2003 establishing additional customs duties on imports of certain products originating in the United States of America. L 328/3, 17.12.2003.

²⁹⁷ Official Journal of the European Union Regulation. **Council Regulation** (EC) No 171/2005 of 31 January 2005 amending and suspending the application of Regulation (EC) No 2193/2003 establishing additional customs duties on imports of certain products originating in the United States of America. L 28/31, 1.2.2005.

²⁹⁸ Cf. documento WT/DS108/AB/RW.

²⁹⁹ Official Journal of the European Union Regulation. **Council Regulation** (EC) No 728/2006 of 15 May 2006 suspending and conditionally repealing Regulation (EC) No 2193/2003 establishing additional customs duties on imports of certain products originating in the United States of America. L 127/1, 15.5.2006.

medidas de indução ao cumprimento. Por meio da Emenda *Byrd*, o governo dos Estados Unidos distribuía valores arrecadados com a imposição de direitos *antidumping* e medidas compensatórias para as próprias empresas responsáveis por patrocinar essas investigações. Levada ao exame da OMC, a lei foi considerada incompatível com suas normas (janeiro/2003). A renitência do reclamado em proceder às mudanças necessárias fez com que oito reclamantes solicitassem permissão para suspender concessões, devidamente autorizadas pelo OSC, em montante proporcional aos valores ilegalmente repassados pelos Estados Unidos (novembro/2004). Nesse contexto, Canadá, CE³⁰⁰, México e Japão³⁰¹ resolveram aplicar sanções, fundamentais na decisão do Congresso dos Estados Unidos aprovaram legislação que, dentre outras medidas, revogava a Emenda *Byrd* (*Deficit Reduction Act of 2005*, fevereiro/2006).

Não obstante a alteração, a nova lei somente atinge direitos recolhidos após 1º de outubro de 2007, o que redundará em problemas de transição: uma vez que nos Estados Unidos a distribuição desses direitos costuma perdurar por alguns anos depois de sua cobrança, os efeitos deletérios da violação devem permanecer ao menos até outubro de 2009³⁰². Como corolário, CE e Japão indicaram que suas retaliações subsistirão enquanto os direitos cobrados de seus exportadores continuarem sendo transferidos para seus concorrentes nos Estados Unidos³⁰³ e ³⁰⁴. Canadá e México, por sua vez,

³⁰⁰ A suspensão de concessões pela CE ocorre na forma de imposição de tarifa adicional de 15% sobre um leque de produtos agrícolas, têxteis, máquinas e papel, em valor reajustado anualmente, correspondente a US\$ 36,9 milhões (maio/2006), US\$ 81,19 milhões (maio/2007), e atualmente pouco mais de US\$ 33 milhões. Jornal Oficial da União Europeia. **Regulamento** (CE) N. 283/2008 DA COMISSÃO de 27 de Março de 2008 que substitui o anexo I do Regulamento (CE) n. 673/2005 do Conselho que institui direitos aduaneiros adicionais sobre as importações de certos produtos originários dos Estados Unidos da América. L 86/19, 28.3.2008.

³⁰¹ As retaliações do Japão iniciaram-se em setembro de 2005, na forma de aumento do imposto de importação em 15% para 15 artigos, como rolamentos e produtos de aço. Kyodo News International. **Japan formalizes retaliatory tariffs on U.S. ball bearings, steel**. Tóquio, 12 agosto 2005. Disponível em <<http://www.highbeam.com/doc/1G1-135067154.html>>. Acesso em 28/08/2008.

³⁰² **EU welcomes repeal of Byrd Amendment; regrets transition period**. Disponível em <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2007/may/tradoc_134643.pdf> Acesso em 13/06/ 2008.

³⁰³ **EU publishes revised smart sanctions to counter US Byrd Amendment**. Disponível em <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/february/tradoc_137921.pdf>.

³⁰⁴ Japão decidiu estender até agosto de 2009 suas sanções contra os ESTADOS UNIDOS, reduzindo o percentual da alíquota do imposto para 10,6%, e o escopo dos produtos para duas espécies de rolamentos. Kyodo News International. **Japan continues retaliation over U.S.**

interromperam as retaliações em decorrência de decisão judicial esclarecendo que a Emenda não se aplica ao integrantes do *NAFTA – North American Free Trade Agreement*³⁰⁵. Impende registrar ter sido essa a única oportunidade em que um PED implementou sanções.

Em *EC-Bananas III (US)*, o regime de importação, distribuição e vendas de bananas da CE foi declarado inconsistente com as regras do sistema multilateral de comércio. Malgrado as inúmeras tentativas comunitárias em implantar um regime em sintonia com as determinações da OMC, todas suas alterações foram declaradas inadequadas pelos procedimentos do art. 21.5 do ESC, arrastando o impasse até os dias de hoje³⁰⁶. Em um dos vários desdobramentos verificados nesse caso, os Estados Unidos decidiram retaliar a CE por intermédio da imposição de 100% de tarifa de importação a produtos como óleo para banho, bateria para carros, cafeteiras, bolsas e carteiras (abril/1999)³⁰⁷. As sanções ficaram em vigor por mais de dois anos, mas foram posteriormente levantadas por acordo entre as partes (julho/2001)³⁰⁸.

Por fim, importa abordar o contencioso *EC-Hormones*, envolvendo a proibição da CE de importações provenientes dos Estados Unidos e Canadá referentes à carne bovina tratada com hormônios e que foi considerada contrária ao Acordo de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias da OMC. Provavelmente, o evento traduz-se no litígio mais duradouro da entidade, iniciado apenas um ano após sua criação (janeiro/1996) e ainda sem solução visível. Nele, ambos os reclamantes impuseram sanções contra a CE pouco tempo após o decurso do prazo para implementação da decisão (julho/1999).

A medida retaliatória dos Estados Unidos tomou a forma de impostos aduaneiros de 100% em produtos como carne bovina e suína, queijo

antidumping law. Tóquio, 22 agosto 2008. Disponível em <http://www.manufacturing.net/News-Japan-Continues-Retaliating-Over-US-Antidumping-Law.aspx?menuid=722>. Acesso em 28.8.2008.

³⁰⁵ WILSON. Bruce. Compliance by WTO members with adverse WTO dispute settlement rulings: the record to date. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 403.

³⁰⁶ A controvérsia está no segundo painel de implementação do art. 21.5 do ESC, iniciado pelo Equador, sendo que a CE apelou dessa decisão em agosto de 2008 (cf. documento WT/DS27/89). O conflito esteve perto do fim na Mini Ministerial de Genebra, em julho do presente ano, com um acordo satisfatório totalmente arquitetado. No entanto, a falta de consenso nos temas negociados na Rodada Doha, contexto no qual ele estava inserido, impediu sua formalização.

³⁰⁷ Federal Register. Vol. 64, No. 74, April 19, 1999. Notices, p. 19209 - 19211.

³⁰⁸ Cf. documento WT/DS27/58.

roquefort, *foie gras*, cebola, trufas, mostarda, chocolate etc³⁰⁹. O Canadá seguiu o mesmo caminho, porém restringindo o escopo dos bens afetados, que incluiu, dentre outros, carne bovina e suína, *foies gras* e pepinos. Em 2003, a CE reportou ao OSC uma nova diretiva (2003/74/EC) para justificar a proibição, baseada em estudos científicos inéditos. Alegou, com isso, a implementação da decisão e a necessidade de interrupção das sanções. Posteriormente, recorreu à OMC para ver declarada a ilegalidade das retaliações que ainda estavam em vigor (novembro/2004)³¹⁰. O relatório do painel provocado pela CE, de maneira equivocada³¹¹, condenou as sanções de Estados Unidos e Canadá (março/2008)³¹². No entanto, o OA reverteu o entendimento, assegurando a possibilidade de manutenção das sanções até o fim do painel de implementação (art. 21.5 do ESC) e manifestando, com ineditismo, a “reponsabilidade compartilhada” entre os contendores de iniciar tal procedimento para verificar a consistência da nova medida (outubro/2008)³¹³.

3.3.2.4 CONCLUSÃO

A apreciação das sanções por meio dos critérios selecionados no capítulo 2 permite concluir que tais medidas, na forma como previstas atualmente pelas regras da OMC, não se mostram suficientemente adequadas para induzir o cumprimento de suas decisões. A capacidade das retaliações em estimular positivamente forças políticas em apoio ao objetivo de implementação, bem como

³⁰⁹ Federal Register. Vol. 64, N. 143, July 27, 1999. Notices, p. 40638-40641.

³¹⁰ A CE alegou, por meio das disputas *US-Continued Suspension* (DS 320) e *Canada-Continued Suspension* (DS 321), que as novas circunstâncias introduzidas por sua diretiva impunham aos reclamantes, caso desejassem manter sanções, o dever de solicitar nova autorização para retaliar, condicionada a decisão de painel de implementação que declarasse a inconsistência do diploma normativo comunitário.

³¹¹ A posição parece ser compartilhada por Hudec que, fora do contexto da controvérsia, havia se posicionado defendendo que em hipóteses de novas medidas anunciadas pelo reclamado, a sanção deveria continuar em vigor até a decisão final do painel de implementação. HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p.33.

³¹² Cf. documentos WT/DS320/R e WT/DS321/R.

³¹³ Cf. documentos WT/DS320/AB/R e WT/DS321/AB/R. Para um breve sumário e considerações da decisão, cf: International Economic Law and Policy Blog. PAUWELYN, Joost. Is the bloodbath in Hormones justified? 17/10/2008. Disponível em: <<http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2008/10/is-the-bloodbat.html>>. Acesso em: 19/10/2008.

a possibilidade de sua aplicação unilateral pelo reclamante, devem ser reconhecidas como aspectos salutares. Referidas vantagens, no entanto, tendem a ser ofuscadas por uma série de imperfeições, capitaneadas pelos elevados custos econômicos e políticos que o retaliante deverá suportar, bem como pela alta probabilidade de desvios na aplicação das sanções – que fazem com que elas não se revertam em benefícios instantâneos para os interesses afetados pela inadimplência, ou cobrem seu preço de setores não-relacionados. Em acepção ampla, as sanções também contrariam os princípios fundamentais do livre-comércio encontrados no alicerce da OMC. Nesse sentido é que Charnovitz pondera que os defeitos das retaliações superam seus proveitos³¹⁴. A constatação é agravada quando se considera a perspectiva dos PEDs, que detêm poder de persuasão limitado para sensibilizar interesses a seu favor, principalmente devido à pouca representatividade de seu comércio *vis-à-vis* os grandes atores internacionais. Além disso, sua fragilidade econômica e política potencializa os impactos negativos que acompanham o manuseio das sanções.

O exame dos casos concretos também corroboram a conclusão. Como demonstrado, a controvérsia *US-FSC* figura como exemplo mais exitoso do recurso às sanções, contribuindo para que os Estados Unidos efetuassem as alterações legislativas necessárias para sua adequação. Apesar disso, o deslinde do conflito somente veio depois de cinco anos e meio do fim do prazo estipulado para o cumprimento, e em troca de inúmeros benefícios oferecidos aos interesses privados envolvidos³¹⁵.

Por seu turno, as retaliações verificadas no âmbito de *US-Offset Act (Byrd Amendment)*, muito embora tenham possibilitado eliminar as principais distorções do comportamento dos Estados Unidos, não foram suficientes para reparar todas as irregularidades, que ainda subsistem. Inúmeros PEDs obtiveram o direito para retaliar no contexto dessa disputa; todavia, com exceção do México,

³¹⁴ CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 627.

³¹⁵ “In the most significant case – the *Foreign Sales Corporation (FSC)*, the first attempt at implementation was clearly defective in part, and the second attempt could be achieved only through adoption of a massive tax bill filled with benefits for many companies. Even then, there were troublesome transitional provisions DAVEY, William J. The WTO: looking forwards. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 13.

todos “preferiram” abrir mão da prerrogativa – comprovando os obstáculos que o instituto opõe a tais membros. A própria retaliação do México, muito provavelmente, apenas ocorreu devido à participação de outros co-retaliantes – o que permitiu a redução de seus custos políticos, que foram absorvidos por todos. Não à toa que o país latino-americano foi o último Membro a aplicar sanções. O diminuto valor das concessões mexicanas suspendidas, equivalente a US\$ 6,1 milhões, também parece ter facilitado sua operacionalização.

Mencionadas dificuldades enfrentadas pelos PEDs também ficaram claras em *EC-Bananas III*: ambos Equador e Estados Unidos receberam autorização para retaliar, porém somente o segundo mostrou-se em condições para levar a ameaça adiante; mesmo permitindo-se ao Equador inéditas retaliações cruzadas em propriedade intelectual, sua utilização não resultou viável. As sanções dos Estados Unidos, que perduraram por mais de dois anos, não foi hábil para resolver a questão, que continua se arrastando nos corredores da OMC.

Por derradeiro, em *EC-Hormones*, cumpre salientar que as sanções aplicadas por duas das mais influentes potências do cenário internacional (Canadá e Estados Unidos), e que permanecem em vigor depois de mais de nove anos, ainda não conseguiram alcançar seu objetivo. É verdade que o caso envolve interesses sensíveis relacionados à saúde humana, alçados ao mais alto patamar de relevância para a CE; entretanto, tal constatação não invalida as observações conduzidas acima que apontam para as deficiências das sanções como medidas de indução ao cumprimento.

3.4 EFICÁCIA DAS MEDIDAS ATUAIS DE INDUÇÃO AO CUMPRIMENTO E NECESSIDADE DE REFORMA

A tarefa de apreciação das medidas de indução previstas atualmente nas normas de solução de controvérsias da OMC não se conduz com a finalidade única de se expor as linhas gerais, deficiências e benefícios desses institutos. Mencionado esforço apenas ganha sentido dentro de um contexto maior, que diz respeito à verificação de sua eficácia. Somente assim será possível

responder à indagação acerca da adequação de referidas medidas em perfazer as funções que lhe são reservadas, bem como sobre a necessidade de movimentos para aprimorar suas feições.

3.4.1 CONCEITO DE EFICÁCIA

Antes de se dedicar ao estudo dessas questões, importa assentar algumas considerações preliminares sobre a noção de eficácia – que, em consonância com Bobbio, erige-se em uma das facetas pelas quais é possível contemplar as normas jurídicas³¹⁶.

A eficácia foi objeto de pesquisa de inúmeros juristas preocupados com as repercussões das normas no mundo concreto. No contexto da teoria pura do direito de Kelsen, a eficácia reponta como uma condição de validade da norma jurídica, que se manifesta no mundo do ser. Ela não se identifica com a validade em si, que é mais abrangente, porém equivale a um de seus requisitos. Por conseguinte, uma ordem jurídica será considerada válida quando suas normas, em uma visão global, mostrarem-se de fato observadas e aplicadas, ou seja, eficazes. A validade de uma ordem jurídica, no entanto, poderá subsistir mesmo quando uma norma individual deixar de apresentar eficácia em um caso específico³¹⁷.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. conceitua a eficácia como a qualidade de que se reveste uma norma adequada para produzir efeitos. Referida capacidade estaria condicionada a certos requisitos, de natureza fática ou técnica. A sintonia da prescrição normativa com as situações concretas que ela visa regulamentar diz respeito à eficácia social ou efetividade. Por seu turno, a presença dos elementos técnicos necessários para que a norma possa gerar efeitos reflete a eficácia de caráter técnico. O autor assevera existir várias funções de eficácia no plano de realização normativa, assentando os fundamentos da teoria das funções eficaciais da norma. Nesse sentido, as normas apresentariam

³¹⁶ Bobbio, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3 ed. São Paulo: Edipro. 2005, p.65.

³¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998, p. 235-238.

três espécies de funções: bloqueio, programa e resguardo. A função de bloqueio visualiza-se nitidamente nas normas que buscam desestimular certos comportamentos, contrários a sua essência. A função de programa almeja a consecução de determinado objetivo, é dizer, fomentam um programa a ser concretizado. Por derradeiro, a função de resguardo visa assegurar a realização de uma conduta específica. Nem todas as normas exercem, de maneira concomitante, a mesma função, e com o mesmo grau de intensidade. No entanto, todas essas dimensões estão nelas presentes³¹⁸.

Também trazendo à tona a noção de eficácia social, Miguel Reale identifica a eficácia com a regra jurídica enquanto momento da conduta humana. O Direito não é apenas declarado, mas também deve ser reconhecido – e é nesse reconhecimento da sociedade que a norma encontra sua eficácia. Esse valor está ligado à normatividade concreta, é dizer, à aplicação ou execução prática da norma jurídica. A eficácia para Reale também funciona como um dos aspectos essenciais da validade das normas, a validade social. Fazendo alusão à geometria tridimensional do Direito, enquanto a vigência se comunica com a norma, e o fundamento reclama um valor, a eficácia estaria conectada ao fato³¹⁹.

A partir dessas considerações, é possível depreender que o exame da eficácia de um instrumento ou norma jurídica está intimamente ligado aos efeitos práticos produzidos. Assim sendo, sua análise desdobra-se necessariamente em duas etapas. Inicialmente, afigura-se necessário definir com exatidão a finalidade para qual determinada norma foi desenhada. Em um momento ulterior, deve-se certificar se ela realmente atinge o objetivo pretendido, adequando-se à realidade concreta.

A proposição é válida para a apreciação das medidas de indução ao cumprimento constantes das normas da OMC. Aplicando-se a teoria das funções eficaciais ao seu estudo, é possível concluir, em consonância com o raciocínio elaborado no capítulo 1, que a função eficaz primária desses mecanismos consiste na função de resguardo, devido ao seu objetivo de

³¹⁸ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas. 2003, p.199-202.

³¹⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 112-116.

estimular o adimplemento das decisões da OMC. A função de bloqueio seria secundária e alcançada a *contrario sensu*, na proporção em que ela busca combater a recalcitrância por parte dos membros. Também secundária seria a função de programa, no sentido em que seu fim último preconiza o adequado funcionamento do sistema multilateral de comércio.

Por conseguinte, e considerando o caráter de indução dessas medidas, o *benchmark* da apreciação de sua eficácia traduzir-se-á em verificar com que sucesso elas desempenham tal mister³²⁰. Nessa empreitada, a pesquisa se aproveitará da análise conduzida nos tópicos anteriores para explicitar os efeitos concretos de sua utilização, bem como de sua habilidade para impelir à observância das determinações da OMC, especialmente quando ocorrer o envolvimento de interesses de PEDs³²¹.

3.4.2 AS MEDIDAS ATUAIS DE INDUÇÃO AO CUMPRIMENTO DA OMC SÃO EFICAZES?

Elaboradas essas ponderações, cumpre enfrentar a questão da eficácia das medidas de indução ao cumprimento disponibilizadas na OMC. Algumas observações iniciais apontariam para a adequação desses institutos, como: (a) o impressionante grau de adimplemento de suas determinações, com índice superior a 80%³²²; (b) a percepção generalizada de satisfação perante o funcionamento de seu sistema de solução de controvérsias; e (c) o receio das consequências de sua modificação, consubstanciado no postulado do *do no harm*³²³. Segundo Bruce Wilson, Diretor da Divisão Jurídica da OMC, a reduzida incidência de casos em que se requereu autorização para aplicar sanções

³²⁰ Entrevista com Joost Pauwelyn. Genebra. 10/04/2008.

³²¹ VÁZQUES, Carlos M.; JACKSON, John H. Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions. **Law and Policy in International Business**, cit., p.562.

³²² Em um levantamento feito por Davey, o índice de cumprimento registrado em 2005 corresponderia a 83%. DAVEY, William J. The WTO dispute settlement system: the first 10 years. **Journal of International Economic Law**, Vol.8, N.1, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 47.

³²³ JACKSON, John H. International economic law: complexity and puzzles. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 5

também indicaria tal direção³²⁴. No entanto, as conclusões advindas da apreciação desses mecanismos, levada a efeito nas páginas precedentes, permitem entrever graves defeitos que comprometem sua eficácia, especialmente no que concerne a atuação de PEDs³²⁵.

A recorrente situação de implementações tardias e deficientes reponta como obstáculo considerável para a efetivação das decisões da entidade³²⁶. Por um lado, a ausência de incentivos convincentes para o célere cumprimento contribui para a proliferação de manobras protelatórias (*foot-dragging*), permitindo a manutenção da violação por um lapso temporal excessivo, sem maiores conseqüências para o transgressor (*cost-free opportunity for delay*)³²⁷. Como demonstrado, a distância que separa a ocorrência da infração e o momento em que se autoriza o recurso aos mecanismos para induzir sua correção costuma ser enorme, inexistindo, nesse meio-termo, remédios para amenizar os prejuízos do reclamante ou desestimular o atraso do reclamado. A situação corresponderia a uma espécie de *de facto waiver* para infrações das normas do sistema multilateral de comércio³²⁸.

Por outro lado, verifica-se o aumento na incidência de problemas na qualidade do cumprimento das decisões, com inúmeras hipóteses de correção apenas parcial, ou mesmo dissimulada, das irregularidades detectadas pela OMC. O incremento na litigiosidade envolvendo painéis de implementação reforça a

³²⁴ WILSON, Bruce. Compliance by WTO members with adverse WTO dispute settlement rulings: the record to date. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 397.

³²⁵ Para Mavroids a eficácia desses mecanismos depende do poder de persuasão de quem os utiliza. Em relação aos PEDs, portanto, a eficácia seria reduzida. MAVROIDS, Petros. Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place. **European Journal of International Law**. Vol. 11, n. 4, 2000, p. 806-813. A respeitada opinião de Hudec é a de que: The remedies provided by the WTO dispute settlement procedure are a considerable improvement over the remedies available under the GATT dispute settlement procedure that preceded it. Nonetheless, the WTO remedies fall a good bit short of what might ask of an effective legal system HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p.33-34.

³²⁶ DAVEY, William J. The WTO: looking forwards. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 10.

³²⁷ Horlick adverte que a falta de incentivos para o célere cumprimento, somada à ausência de alternativas viáveis às sanções, constituem-se em *carrot and stick problems*, que ressaltam a necessidade de depuração do mecanismo de solução de controvérsias da OMC, exigindo procedimentos mais ágeis e que evitem atrasos injustificados. HORLICK, G. Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process. In: KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 637.

³²⁸ Proposta México TN/DS/W/91, p.2.

observação, ilustrada pelo contencioso *US-Upland Cotton*, no qual os Estados Unidos, muito embora tenham procedido a ajustes mínimos em seus programas de subsídios (v.g. supressão do *Step 2*), asseveraram insistentemente o integral adimplemento da decisão, forçando a intervenção de painel do art. 21.5 do ESC, e subsequente apelação, para resolver o impasse. Fenômeno ainda mais preocupante se vislumbra nas ocasiões de inegável descumprimento das decisões, mesmo após o esgotamento de todas as medidas de indução (*non-compliance a posteriori*)³²⁹.

Os problemas observados com a implementação das decisões da OMC estão, em grande parte, ligados à atuação dos Estados Unidos e CE³³⁰. Os motivos encontram-se não somente no fato de que ambos participaram na condição de demandados em quase metade das controvérsias da OMC – e, portanto, foram objeto da maioria de suas determinações –³³¹, mas também devido a sua supremacia econômica e política, que os deixa em posição de vantagem quando em litígio com outros membros – o que os permite, de certa maneira, suportar melhor as pressões para sua conformação. De acordo com Davey, atrasos significativos são verificados quando o adimplemento da decisão está condicionado a uma conduta dos Estados Unidos, envolvendo, principalmente, modificações de caráter legislativo. Muito embora o país acabe, depois de certa resistência, cumprindo as recomendações, isso costuma ocorrer somente depois de demasiado atraso no procedimento. Nas hipóteses em que a adequação depende de medidas a cargo do Poder Executivo, o índice de cumprimento seria relativamente positivo, notadamente após condenação em painel do art. 21.5 do ESC³³².

No *Trade Policy Review* que apreciou as medidas de comércio dos Estados Unidos, realizado pela OMC em junho de 2008, a CE expressou que,

³²⁹ OMC. **Diagnosis of the problems affecting the dispute settlement mechanism**: some ideas by Mexico. TN/DS/W/90, 16 de Julho de 2007, p. 12.

³³⁰ JACKSON, John H. *The Changing Fundamentals of International Law and Ten Years of the WTO*. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 5; SUTHERLAND, P. et al. **The future of the WTO: addressing institutional challenges in the new millennium**, cit., p. 54.

³³¹ Os Estados Unidos foram demandados em cem casos, enquanto a CE participou na condição de reclamada em sessenta e duas disputas. No total, ambos estiveram envolvidos no pólo passivo de 42,6% de todas as controvérsias da OMC.

³³² DAVEY, William J. *The WTO: looking forwards*. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 12.

apesar dos esforços, inúmeros tópicos de implementação dos Estados Unidos estão na agenda do OSC por tempo suficientemente longo, sem demonstrações de progresso. As controvérsias envolvendo *zeroing* seriam sintomáticas, uma vez que a recusa dos Estados Unidos em aceitar a decisão correspondente redundou na ocorrência de controvérsias similares, que poderiam ter sido evitadas e que ameaçam enviar perigoso sinal de desafio às normas internacionais³³³. Contenciosos como *US-Section 211 (Havana Club)*, *US-Copyright Act*, *US-Hot Rolled Steel*³³⁴ e *US-Offset Act (Byrd Amendment)*, que já percorreram todas as etapas do aparato de solução de controvérsias da OMC, perduram como casos de recalcitrância pelos Estados Unidos. Outros casos, como *US-Upland Cotton*, *US-Zeroing (EC)* e *US-Zeroing (Japan)*, evidenciam o prolongamento exacerbado de algumas divergências, cujo desfecho ainda se encontra pendente.

No que diz respeito à atuação da CE, as controvérsias *EC-Hormones* e *EC-Bananas III* demonstram como a resolução de casos politicamente sensíveis podem se arrastar por anos a fio, sem o êxito necessário³³⁵. As manifestações de desrespeito às recomendações da OMC, apesar de concentradas nesses membros, também se exteriorizam em outras situações, como *Brazil-Aircraft*, *Canada-Aircraft* e *Japan-DRAMs (Korea)*.

Por todo o exposto, conclui-se que a eficácia das medidas atuais de indução ao cumprimento da OMC mostra-se limitada, sobretudo enquanto instrumentos para a proteção dos interesses dos PEDs. Justifica-se, dessa maneira, o prosseguimento em direção ao exame de propostas para sua reforma³³⁶.

³³³ Trade Policy Review of United States. **Statement by Eckart Guth, EC Ambassador at the WTO**: Geneva 9 & 11 June. Disponível em: <http://ec.europa.eu/commission_barroso/mandelson/speeches_articles/spaw001_en.htm> Acesso em 17/06/2008.

³³⁴ Davey afirma que esses três casos envolvem assuntos de importância marginal, e que os reclamantes têm tolerado a falta de ação pelos Estados Unidos, como revelam as várias extensões de prazo para implementação acordadas entre as partes. DAVEY, William J. *The WTO: looking forwards*. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 13.

³³⁵ WILSON. Bruce. Compliance by WTO members with adverse WTO dispute settlement rulings: the record to date. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 401.

³³⁶ Amaral Jr. anota que o adensamento de juridicidade verificado nas normas de solução de controvérsias da OMC não solucionou as intempéries proporcionadas pela assimetria de poder na etapa de implementação, prejudicando a atuação dos PEDs e exigindo modificações em busca de um maior equilíbrio entre os membros. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC**, cit., p. 115. Celli Júnior, por seu turno, reconhece que ainda há muito

4. ANÁLISE DAS PROPOSTAS PARA INCREMENTO DA EFICÁCIA DAS MEDIDAS DE INDUÇÃO AO CUMPRIMENTO DAS DECISÕES DA OMC

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: FORTALECIMENTO DAS RETALIAÇÕES OU MEDIDAS ALTERNATIVAS?

Demonstrada a necessidade de reforma para corrigir algumas deficiências das medidas de indução ao cumprimento das decisões da OMC, insta passar para o exame das principais propostas nesse sentido. Subjacente a essa análise, no entanto, verifica-se um notável debate teórico que merece ser preliminarmente abordado, opondo defensores de retaliações mais severas³³⁷, àqueles que sustentam medidas alternativas à aplicação de sanções. Em consonância com a divisão que vem sendo delineada nesse trabalho, poderia se falar em grupos que apregoam o fortalecimento das medidas diretas de indução *vis-à-vis* àqueles que preferem o aprimoramento de sua vertente indireta. Referida dissensão aparece visivelmente na doutrina e, de maneira menos acentuada, nas proposições dos membros para emendas ao ESC, podendo ser ilustrada pela alusão que se faz às sanções como os dentes da OMC: a solução variaria, conforme a posição adotada, entre tornar tais dentes mais afiados, ou arrancá-los, substituindo-os por instrumentos alternativos de indução. A resposta, entretanto, pode estar não na afiliação incondicional a uma ou outra corrente de pensamento, mas na combinação de ambas, adotando-se uma posição intermediária que aproveite suas respectivas vantagens.

Por um lado, as retaliações, como demonstradas no capítulo 3, estão repletas de defeitos, alguns deles de extrema gravidade. Os custos

trajeto a ser percorrido para o aprimoramento do mecanismo. CELLI JUNIOR, Umberto. Conclusões. In: BAPTISTA, Luiza Olavo; CELLI JÚNIOR, Umberto; YANOVICH, Alan (Orgs). **10 anos de OMC: uma análise do sistema de solução de controvérsias e perspectivas**. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 282

³³⁷ Dentre os defensores de retaliações mais duras cf: BUSCH, Marc; REINHARDT, Eric. Testing international trade law: empirical studies of GATT / WTO dispute settlement. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 457-481.

econômicos e políticos de sua utilização pelo reclamante, a costumeira ausência de benefícios para os setores privados envolvidos e a incongruência com o espírito liberalizante do sistema multilateral de comércio, dentre outras distorções, comprovam a assertiva. E se as sanções, tais como previstas hoje, apresentam sérias deficiências, essas tenderiam a se agravar com a implantação de dentes mais incisivos, notadamente em relação aos PEDs. A mudança traria sérios riscos de rompimento do equilíbrio que sustenta a legitimidade do sistema, levantando questionamentos sobre soberania, equidade e razoabilidade³³⁸. Além disso, todo o aprendizado duramente acumulado com os ônus decorrentes da utilização das sanções, e que poderia ser usado para corrigir suas falhas, seria completamente desprezado. Por esses motivos, dentre outros, a sugestão de fortalecimento das sanções como principal solução para a maior eficácia no adimplemento das determinações da OMC encontra fortes opositores na comunidade internacional.

Por seu turno, e apesar de referidos defeitos, a atual conjuntura do sistema multilateral de comércio não parece suficientemente desenvolvida para substituir por completo as sanções. Em primeiro lugar, porque ainda inexistem alternativas maduras para desempenhar com integralidade suas funções. Assim, na hipótese de ser esse o desejo dos membros da OMC, seria necessário um movimento gradual de transição até a existência de condições favoráveis para a total supressão das retaliações. Além disso, a posição de prestígio e respeito hoje ocupada pelo aparato de solução de controvérsias da OMC está bastante ligada à previsão de tais medidas – reconhecidas como um de seus principais ativos, e fonte de seu “poder singular”³³⁹. Como salientado, o próprio adensamento de juridicidade desse sistema, em face do GATT, resultou da tentativa de frear o crescente unilateralismo dos Estados Unidos no uso de sanções comerciais, remetendo sua regulamentação e supervisão para a OMC.

³³⁸ “Attempts to add teeth to the WTO in the form of tougher sanctions [...] risk upsetting the balance governments made when they established this unique legal system”. PALMETER, David; ALEXANDROV, Stanimir. ‘Inducing compliance’ in WTO Dispute Settlement. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 659; 666.

³³⁹ PRADO, Victor Luiz do. Mecanismos de solução de controvérsias: fonte de poder e de problemas na OMC. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. (Coord). **OMC e o comércio internacional**, cit., p. 263.

Não sem motivo, sua inclusão nas normas da entidade foi considerada um passo fundamental na evolução do direito econômico internacional.

Acrescenta-se a essas considerações o arraigado receio de que modificações estruturais profundas desmontem o apoio depositado no sistema, minando sua eficácia e credibilidade. O princípio do “*do no harm*”, mencionado anteriormente, opera efeitos no sentido da manutenção das medidas coercitivas. As sanções conferem certa autoridade à Organização³⁴⁰, sendo que sua eliminação poderia reduzir o grau de reverência que ela desperta na comunidade internacional. Por fim, tal instituto jurídico encontra-se fortemente enraizado na estrutura do direito internacional, sendo suas qualidades – e mesmo defeitos – razoavelmente conhecidos e aceitos. A própria noção de sanções na OMC não é nova, pois remonta à época do GATT. Assim sendo, é possível captar um relativo sentimento de familiaridade no tocante ao seu funcionamento e resultados³⁴¹. Tudo isso, em conjunto, depõe a favor da manutenção das sanções como medida de indução e enfraquece a posição daqueles que advogam em prol da supressão das normas da entidade. A percepção é corroborada por especialistas que reconhecem que, sem embargo de sua natureza polêmica, nada indica a eliminação das retaliações no curto prazo³⁴². Ao contrário, a tendência é que elas sejam reformadas e permaneçam no cenário normativo da instituição até o desenvolvimento de instrumentos capazes de substituí-las³⁴³.

A opção mais viável, portanto, parece situar-se no meio-termo entre ambas as proposições. A conservação das sanções evitaria um movimento muito brusco, provavelmente interpretado como inadequado – e inaceitável – por grande parte dos integrantes da OMC, e que ameaçaria o apoio por ela

³⁴⁰ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC**, cit., p. 111.

³⁴¹ Nesse sentido, Merit Janow, integrante do OA, entende que o escasso número de propostas de revisão do ESC que mudariam radicalmente sua arquitetura geral seria sugestiva de relativa satisfação com seu funcionamento. OMC. **2007 WTO Public Forum: how can the WTO help harness globalization**, cit., p. 110.

³⁴² MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, cit., p. 4..

³⁴³ Charnovitz vaticina que “Even if trade sanctions are shown to be counterproductive, however, they will likely remain WTO policy until they can be replaced.” CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 627.

conquistado. Em contraposição, afigura-se desejável uma reforma nos contornos das retaliações, tentando ao máximo amenizar suas fragilidades e efeitos negativos. A recomendação em não substituir integralmente as sanções não ilide a possibilidade de se introduzir, de maneira complementar, mecanismos alternativos de indução ao cumprimento, bem como promover alterações para o fortalecimento da compensação e das demais disciplinas que regulam a etapa de implementação. Recordar-se aqui que a deliberação de um membro no sentido de modificar sua conduta em atenção às decisões da OMC envolve complexo conjunto de fatores, que não se restringe à iminência ou efetiva aplicação de sanções. Como expõe Horlick, há outras formas de incentivos que merecem ser exploradas:

While retaliatory tariffs may have been the only acceptable sticks in a world of formal national sovereignty boundaries, recent experiments suggests that as markets become global, notions of national sovereignty are on the whole becoming less rigid. (...) As jurisdiction becomes an increasingly fluid concept, it becomes possible to image new, more targeted approaches to achieving WTO compliance. (...) The key is to find remedies which lead to compliance and which also limit the incentives to delay. (...) While these will be considered radical thoughts by traditionalists, they barely begin to skim the surface of useful alternatives³⁴⁴.

Partindo-se da premissa de que a resposta para a melhora na eficácia das decisões da OMC pode ser encontrada em uma via heterogênea, que admite tanto a continuidade das medidas diretas de indução, com consequentes evoluções em seu delineamento, como incentiva a adoção e o aperfeiçoamento de medidas indiretas como alternativas viáveis para o desenvolvimento do sistema de pacificação de contendas, mostra-se oportuno passar para o exame – por meio da aplicação dos critérios pré-estabelecidos no capítulo 2 – das principais propostas representativas de aludidas categorias.

³⁴⁴ HORLICK, G. Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process. In: KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 642.

4.2 FORTALECIMENTO DAS DISCIPLINAS DA ETAPA DE IMPLEMENTAÇÃO

4.2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em linhas gerais, por etapa de implementação entende-se o conjunto de procedimentos tendentes ao cumprimento de uma decisão da OMC. Tem início com a adoção de uma recomendação pelo OSC e se estende, em tese, até o momento em que o membro modifica sua conduta em atenção a tal determinação. Abrange, por consequência, todos os atos ocorridos nesse ínterim, como, *inter alia*, a definição do prazo razoável para mudanças, a supervisão das medidas efetuadas pelo reclamado, a análise de sua consistência com as normas da entidade (painel de implementação), além de solicitação e eventual autorização para o emprego de sanções. Um pacote com modificações pontuais na arquitetura dessa etapa, visando o fortalecimento e desenvolvimento de suas disciplinas, poderá contribuir para um melhor resultado no funcionamento do mecanismo da OMC. Nesse ensejo, apresentam-se, a seguir, as mais importantes propostas para sua alteração.

4.2.2 SUGESTÃO PARA O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES

Ao contrário das demais medidas indiretas, apenas disponibilizadas após a adoção pelo OSC das recomendações emitidas no seio de uma disputa, a prerrogativa da sugestão de cumprimento antecipa-se ao início da fase de implementação propriamente dita. Mais exatamente, ela tem lugar durante a do relatório pelos órgãos julgadores, quando aludidas recomendações estão em processo de positivação. Sem embargo, na proporção em que busca induzir o cumprimento pelo reclamado, apontando um caminho adequado para pôr fim ao conflito sem fazer uso de meios coercitivos, afigura-se coerente abordar as propostas para seu aperfeiçoamento no presente tópico.

Como mencionado no capítulo 3, apesar de seus benefícios, a utilização da faculdade de sugerir meios para o cumprimento costuma ser

bastante incomum na prática. Os julgadores, no âmbito de uma controvérsia, evitam fazer uso *ex officio* dessa prerrogativa e por vezes recusam pedidos expressos feitos pelas partes envolvidas fazendo uso de justificativas diversas. Como resultado, surgem recomendações vagas, que ocasionam incertezas sobre a maneira apropriada de se implementar a decisão³⁴⁵. Essa imprecisão, por seu turno, permite ao reclamado, especialmente aqueles com maior força política e econômica, recorrer a manobras dilatórias, apontando mudanças parciais em sua conduta como sinônimo do adimplemento integral³⁴⁶. Nesse contexto, oportuno verificar alternativas para estimular os julgadores a lançar mão de seu privilégio com maior frequência, oferecendo opções viáveis para o cumprimento e reduzindo a margem de ambigüidade das decisões.

Uma solução aparente seria tornar obrigatória a sugestão de cumprimento pelos julgadores, todavia ela carrega o risco de tornar o exame das inúmeras alternativas de adequação extremamente complexo, fazendo com que a decisão final se estenda por tempo excessivo. Além disso, diante de um universo elevado de possibilidades, a indicação de um único caminho para o adimplemento evocaria a impressão errônea de que a opção seria a mais adequada, quando na verdade há outras opções tão ou mais eficientes.

Como saída para contornar tais obstáculos pode ser vislumbrada a hipótese em que o reclamante solicita ao painel ou ao OA a análise de uma opção específica para concretizar suas recomendações. Assim, o órgão julgador restringiria sua atuação ao exame de adequação somente desta situação concreta, evitando atrasos na decisão e complexidades excessivas. Além disso,

³⁴⁵ PETTERSMANN, Ernst-Ulrich. Implementation of WTO rulings: the role of courts and legislatures in the US and other jurisdictions (EC, China). In: WTO at 10 Conference: governance, dispute settlement and developing countries, 2006, Nova York. **Working Papers**. Nova York, Columbia University, p. 2. Disponível em: <<http://www.sipa.columbia.edu/wto/html/papers.html>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

³⁴⁶ De acordo com Shaffer, a ambigüidade das recomendações da OMC tendem a beneficiar os países com maior influência. SHAFFER, Gregory. O sistema de solução de disputas da OMC, seus pontos fracos e propostas para aprimoramento> uma visão de econômica e de mercado. In: BAPTISTA, Luiza Olavo; CELLI JÚNIOR, Umberto; YANOVICH, Alan (Orgs). **10 anos de OMC: uma análise do sistema de solução de controvérsias e perspectivas**. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 182-183. No mesmo sentido, Hudec anota que: "While the vagueness of the WTO's general orders does give defendants useful room to maneuver in their search to find politically acceptable means of compliance, that vagueness unfortunately also gives larger countries room to bully defendants into accepting partial compliance". HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p.34.

seria oportuno, como forma de diminuir a resistência dos membros, que os julgadores explicitassem que sua sugestão consiste apenas em uma opção dentro de extenso leque de possíveis recursos, cabendo ao reclamado escolher aquele que reputar mais conveniente³⁴⁷. A reiteração dessa prática poderia consolidar o salutar costume de emitir sugestões, facilitando a tarefa de cumprimento.

4.2.3 FORTALECIMENTO DOS MECANISMOS DE SUPERVISÃO

O monitoramento do progresso das ações realizadas pelo reclamado para se adaptar às normas da OMC no domínio de uma controvérsia pode ser considerado como uma das principais inovações trazidas pelo ESC. Trata-se de instrumento salutar para instigar o cumprimento por meios não coercitivos, cujo aperfeiçoamento certamente contribuirá para aumentar a eficácia do mecanismo de resolução de divergências da OMC. Dentre as mais relevantes propostas nesse sentido, é possível indicar:

a) Antecipação do início da supervisão pelo OSC

Atualmente, a inclusão do cumprimento de uma decisão como tópico regular na agenda do OSC ocorre quando se completam seis meses após a definição do prazo razoável para implementação³⁴⁸. Apesar de as partes possuírem o direito de suscitar indagações acerca da matéria tão logo as recomendações tenham sido adotadas, há propostas que visam antecipar o momento em que a questão é automaticamente inserida na pauta de reuniões do OSC. A consolidação de propostas apresentada em 2003 pelo Embaixador Peter Balas, então Presidente da Sessão Especial do OSC, para reforma das normas de solução de controvérsias³⁴⁹, contém dispositivos nesse sentido, pelo qual o

³⁴⁷ FUKUNAGA, Yuka. Securing compliance through the WTO dispute settlement system: implementation of DSB recommendations. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 400.

³⁴⁸ ESC, Art. 21.6.

³⁴⁹ Tal consolidação de propostas ficou conhecida como “*Balas Text*”, em referência ao responsável por sua elaboração. Não corresponde a um texto consensual entre os membros, mas a uma representação daquilo que o *Chairman* entendeu que seria o resultado aceitável das negociações em curso. Foi divulgado em 16 de maio de 2003 para servir como base para um acordo em atenção ao mandato da Rodada Doha, que estabelecia como prazo para o fim das negociações o mês de maio de 2003. O consenso ao redor do texto não foi obtido. Sua versão

início da supervisão é adiantado para seis meses após a adoção das recomendações pelo OSC ou após o decurso da metade do prazo razoável, o que ocorrer primeiro³⁵⁰.

b) Fortalecimento do dever de informação pelo reclamado

A mais plausível explicação para o limitado caráter de indução atual da supervisão do cumprimento pelo OSC encontra-se na forma como a obrigação de submeter relatórios pelo reclamado está consubstanciada nas normas da OMC. O ESC lança mão de termos amplos para prescrever o dever de informação que recai sobre o reclamado sem detalhar satisfatoriamente como efetivá-lo. O art. 21.6 do ESC limita-se a enunciar que “o membro interessado deverá fornecer ao OSC relatório escrito do andamento das recomendações e decisões”. A imprecisão da redação resulta em relatórios vagos e evasivos, que não descrevem de maneira suficiente as medidas de ajuste realizadas pelo transgressor. Em sintonia com tal observação, colhem-se inúmeras propostas que visam refinar a obrigação de informação do reclamado com o escopo de ensejar uma vigilância mais efetiva pelo OSC. Todas essas proposições têm em comum a intenção de aprofundar referida obrigação, positivando deveres laterais que tornem mais rígida a forma como o membro deve noticiar seus passos em direção ao adimplemento.

Uma idéia nesse sentido seria introduzir a necessidade de especificar, em cada relatório, todas as ações tomadas pelo reclamado rumo à implementação, desde sua última manifestação. Ao invés de declarar, de forma ampla, que “*The US Administration is working with the current US Congress with respect to appropriate statutory measures that would resolve this matter*”,³⁵¹ que “*no further action is necessary for the United States to bring these challenged measures into compliance with the recommendations and rulings of the DSB*”³⁵²,

revisada foi publicada como anexo do Relatório do Presidente ao Comitê de Negociações Comerciais. OMC. **Dispute Settlement Body - Special Session**: Report by the Chairman, Ambassador Péter Balás, to the Trade Negotiations Committee. 06.06.2003. TN/DS/9.

³⁵⁰ *Balas Text*, Art. 21.6(b).

³⁵¹ OMC. **United states – section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998**: Status report by the United States - addendum. 8 February 2008. WT/DS176/11/Add.68. Genebra: OMC.

³⁵² OMC. **United States - laws, regulations and methodology for calculating dumping margins (zeroing)**: status report by the United States – addendum. 21 August 2007. WT/DS294/20/Add.6. Genebra: OMC.

ou outros pronunciamentos similares, o reclamado deveria esclarecer quais exatamente as medidas concretizadas³⁵³.

Outra proposta interessante consiste na obrigação de o reclamado apresentar um relatório final ("*final status report*") quando do término do lapso temporal estabelecido para sua conformação, devendo tal documento conter a totalidade das medidas executadas para a modificação de seu comportamento em atenção às normas da OMC, bem como cópia do instrumento que a comprove³⁵⁴.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, impende mencionar proposta para inserir o dever de notificação, sempre que o reclamado considerar haver implementado integralmente as determinações do OSC. Nesse sentido, alguns documentos apontam para a obrigação de apresentar relatório escrito, que descreva com detalhes as modificações perpetuadas, acompanhado de cópia do documento comprobatório pertinente³⁵⁵. Outras acrescentam a necessidade de notificar a data de entrada em vigor de referida medida, como a recente consolidação de propostas levada a efeito pelo Embaixador Saborío³⁵⁶. No mesmo viés, porém de maneira mais desenvolvida, há ainda aquelas que solicitam explicações legais e fáticas, ou outros documentos que permitam avaliar como se reparou as violações detectadas pela OMC. Eventual dúvida sobre a observância desses requisitos poderia ser dirimida por um painel especial³⁵⁷.

Também com a finalidade de fortalecer o dever de transparência pelo reclamado, vale fazer menção à idéia de depurar o texto sobre a duração do período de supervisão e a obrigação de fornecer relatórios. Atualmente a redação

³⁵³ *Balas Text*, Art. 21.6(b). O dispositivo foi sinalizado entre colchetes, o que significa a inexistência, à época, de consenso sobre sua aceitação.

³⁵⁴ *Balas Text*, Art. 21.6(b). Proposta conjunta do Japão e CE (JOB (05)71/Rev.1), Art. 21.6(b).

³⁵⁵ *Balas Text*, Art. 21.6(c).

³⁵⁶ Em julho de 2008, o Embaixador Ronald Saborío, Presidente da Sessão Especial do OSC para revisão das normas de solução de controvérsias da OMC, apresentou texto de sua responsabilidade com a intenção de consolidar as principais propostas sobre a mesa de negociação, além de acrescentar algumas sugestões de sua lavra. Seu objetivo, como externa o próprio Chairman, é servir como base para avanços futuros em direção à conclusão dos esforços negociadores. O documento, de circulação restrita entre os membros da OMC sob a referência JOB(08)/81, será aqui aludido como "Proposta Saborío JOB(08)/81". OMC. **Special Session of the Dispute Settlement Body**: report by the Chairman, Ambassador Ronald Saborío Soto, to the Trade Negotiations Committee. TN/DS/22, 18 July 2008.

³⁵⁷ Proposta conjunta do Japão e CE (JOB (05)71/Rev.1), Art. 21.6(c); nota de rodapé 34.

do ESC deixa margem à incertezas ao determinar que o tópico da implementação deve ser mantido na pauta do OSC até sua resolução³⁵⁸. Contudo, não esclarece quando a controvérsia será tida como pacificada, e, portanto, retirada da agenda de tal órgão, sendo comum notar nos registros das reuniões do OSC casos no qual o relatório do reclamado tão-somente responde, de maneira sucinta, que o cumprimento já ocorreu³⁵⁹. Assim, há propostas que procuram determinar que o assunto somente deverá ser excluído da agenda do OSC quando ambos os contendores concordarem acerca do término da divergência³⁶⁰.

Acerca da periodicidade dos relatórios, as normas da OMC impõem como obrigação sua apresentação pelo reclamado em até dez dias antes de cada reunião do OSC³⁶¹. Na prática, somente são consideradas para tais efeitos as reuniões ordinárias, que totalizam aproximadamente dez por ano. Algumas sugestões, embora não modifiquem a frequência dos relatórios, criam uma previsão especial para PEDs, que ficam obrigados a apresentar informativos somente a cada duas reuniões³⁶². A iniciativa atende às reclamações colocadas por Valentina Delich, para quem as disposições atuais do ESC referentes à atividade de supervisão das determinações da OMC não erigem tratamento diferenciado concreto para PEDs³⁶³. Tendo em vista essa constatação, bem como as limitações atinentes aos seus recursos humanos e econômicos, a proposição mostra-se acertada, fazendo com que mencionada medida não se transforme em ônus excessivo para PEDs.

O exame de todas essas propostas desperta uma questão conexa referente à existência de conseqüências para o descumprimento dessas obrigações. Quanto à esse tema anota o casal Chayes: *“although omitting of a report is the nonfulfillment of a treaty obligation, it is generally thought to be of a different order of seriousness than nonperformance of the substantive*

³⁵⁸ ESC, Art. 21.6.

³⁵⁹ Cf. documentos WT/DS322/22/Add.2 e WT/DS294/20/Add.6.

³⁶⁰ *Balas Text*, Art. 21.6(c).

³⁶¹ ESC, Art. 21.6.

³⁶² Proposta do Equador TN/DS/W/19, p.5; *Balas Text*, Art. 21.6(c).

³⁶³ “DSU provisions related to the surveillance of implementation of DSB recommendations and rulings are too weak to imply any difference between the possibilities open to industrial and developing countries”. DELICH, Valentina. *Developing countries and the WTO dispute settlement system* in HOEKMAN, Bernard; MATTOO, Aaditya; ENGLISH, Philip (Eds.). **Development, trade, and the WTO: a handbook**, chapter 9, Washington, DC: World Bank, 2002, p. 73-74.

*requirements, and it is so regarded even in domestic legal systems*³⁶⁴. A fim de minimizar essa percepção, verificam-se recomendações para permitir ao reclamante iniciar tratativas para negociação de compensações ou solicitar autorização para sanções, caso o reclamado deixe de enviar o relatório de cumprimento integral da decisão^{365 e 366}. A previsão desponta como estímulo considerável para convencer os membros a se desincubirem de suas obrigações com diligência. Outras alternativas também poderiam ser concebidas, mesmo sem intimidar o membro por meio de penalidades. No entanto, o que não se pode perder de vista é que o fortalecimento das disciplinas de supervisão é fundamental para combater demonstrações de falsa cooperação e pretenso respeito às normas da OMC, explicitando situações de recalcitrância, e fomentando o dever do reclamado de informações, transparência e boa-fé.

c) Relatório periódico do Diretor Geral sobre o *status* de implementação das decisões

As propostas para reforçar os mecanismos de vigilância também englobam a previsão de um relatório periódico elaborado pelo Diretor-Geral da OMC sobre o andamento dos procedimentos de implementação das decisões da entidade por parte dos reclamados. A idéia foi recebida pelo *Balas Text*, que enuncia como função do Diretor-Geral colocar em circulação um relatório público dessa natureza a cada seis ou doze meses (periodicidade entre colchetes)³⁶⁷. Importa salientar que mencionado instituto deverá ter caráter apenas informativo, registrando o que tem sido feito pelos membros para a adequação de suas condutas, se os reclamados têm apresentado relatórios conforme vinculados, bem como advertindo aqueles que não estão encaminhando documentos construtivos, objetivos e detalhados. Não se pretende com tal manobra fazer uma determinação legal sobre a questão do cumprimento – papel este reservado aos painéis de implementação. Busca-se, ao revés, fornecer um registro solene por

³⁶⁴ CHAYES, Abram; CHAYES; Antonia Handler. **The new sovereignty**: compliance with international regulatory agreements, cit., p. 173.

³⁶⁵ *Balas Text*, Art. 22.2.(a).(ii).

³⁶⁶ Em relação à possibilidade de solicitar retaliações: Proposta do G6 (Argentina, Brasil, Canadá, Índia, Noruega e Nova Zelândia) (JOB(04)/52/Rev.1), Art. 22.2bis.(c) e Proposta conjunta do Japão e CE (JOB (05)71/Rev.1), Art. 22.2bis.(b)

³⁶⁷ *Balas Text*, Art. 21.6(b).

parte da OMC, conduzido por seu dirigente, que enalteça a obrigação de cumprimento de suas decisões como elemento vital para o funcionamento eficaz do mecanismo de pacificação de conflitos, e, em última análise, do sistema multilateral de comércio.

4.2.4 RACIONALIZAÇÃO DA ETAPA DE IMPLEMENTAÇÃO

Ademais da sugestão de cumprimento das decisões e do fortalecimento dos mecanismos de supervisão, a etapa de implementação também pode ser aperfeiçoada por meio da racionalização de seu funcionamento, com o objetivo de torná-lo mais célere. A existência de uma pluralidade de atos procedimentais em seu âmago faz com que referida fase possa se arrastar por tempo excessivo, gerando impunidade em face de recusa ou retardamento na concretização das decisões da OMC³⁶⁸. Assim sendo, busca-se a otimização dos procedimentos dessa etapa de maneira a aumentar seu grau de indução ao cumprimento. As sugestões para perfazer tal objetivo apontam para mudanças em todos os procedimentos existentes entre o acolhimento da decisão final e a autorização para aplicar sanções, tais como:

a) Manifestação da intenção de cumprimento

Após a adoção do relatório pelo OSC, o reclamado possui 30 dias para manifestar suas intenções diante da implementação das recomendações nele contidas^{369 e 370}. Com o espírito de suprimir demora excessiva na etapa de implementação, observam-se propostas para reduzir o prazo para esse

³⁶⁸ BUSCH, M.; REINHARDT, E. Testing international trade law: empirical studies of GATT / WTO dispute settlement. In: KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 479-480.

³⁶⁹ ESC, Art. 21.3.

³⁷⁰ Segundo o texto legal, mencionado posicionamento deverá ser feito em reunião do OSC, no entanto, tal exigência é relevada na prática, uma vez que, em regra, os membros se limitam a declarar sua disposição em efetuar as alterações apropriadas, requerendo, porém, prazo razoável para assim agir. DAVEY, William J. **Enforcing world trade rules: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations**, cit., p. 71.

pronunciamento do reclamado. O *Balas Text*, por exemplo, estabelece como novo interregno o período máximo de dez dias para sua ocorrência³⁷¹.

b) Prazo razoável para o cumprimento da decisão

Três espécies de alterações podem ser vislumbradas para melhorar o procedimento referente à definição do prazo razoável para implementação das decisões da OMC. A primeira diz respeito ao momento em que se permite recorrer à arbitragem para a execução dessa tarefa. Em conformidade com as regras vigentes, afigura-se necessária a tentativa de mútuo acordo entre os litigantes durante os quarenta e cinco dias subseqüentes à adoção do relatório. Somente após o transcurso desse lapso é permitido remeter o impasse à competência de um árbitro³⁷². Tal interregno poderia ser reduzido sem traumas, refletindo positivamente na agilidade da etapa sob comento. Entendendo as partes haver condições para um acordo, bastaria continuar as tratativas mútuas, sem requisitar o início do procedimento arbitral³⁷³. Almejando antecipar o início dessa arbitragem, a Coréia sinaliza com um procedimento expedito (*“fast-track option”*), segundo o qual as partes – quando entendam inexistir ambiente para acordo mútuo – poderiam requerer a indicação do árbitro na própria reunião do OSC em que o reclamado deverá externar suas intenções em face da decisão adotada³⁷⁴.

Em segundo lugar, o prazo determinado para a emissão do laudo arbitral demonstra-se inadequado na forma como atualmente previsto. A menção ao limite de noventa dias após a adoção do relatório pelo OSC não se amolda à hipótese em que as partes estão engajadas na tentativa de um acordo bilateral. Justamente por tal motivo, o período para divulgação da decisão arbitral costuma ser estendido pelos contendores. O início da contagem do presente prazo deveria ter como referência outro marco temporal, provavelmente a data de indicação do árbitro, e não a adoção do relatório. No documento assinado por Peter Balas, são estabelecidos cinquenta dias para a conclusão dos trabalhos arbitrais contados a partir do momento de sua investidura na função.

³⁷¹ *Balas Text*, Art. 21.3.

³⁷² ESC, art. 21.3.(b).

³⁷³ O *Balas Tex* reduz para trinta dias o limite para a busca de consenso.

³⁷⁴ Ver proposta TN/DS/W/35.

A redução do próprio prazo razoável para o cumprimento também costuma ser objeto de algumas propostas. Atualmente, o parâmetro estabelecido é de quinze meses, contados a partir do recebimento do relatório final pelo OSC, sendo que sua extensão concreta poderá ser menor ou maior em razão das peculiaridades da controvérsia³⁷⁵. Muito embora esse período médio atual seja de duzentos e noventa e oito dias (quase dez meses)³⁷⁶, a situação mostra-se preocupante quando se considera o intervalo transcorrido entre o pedido de consultas e o fim do prazo razoável, cuja média supera a quatro anos (1.507 dias)³⁷⁷. Diante dessas estatísticas, Davey sugere como teto um período menor do que os quinze meses atuais, entendendo que o interregno entre seis a nove meses seria suficiente, ressalvadas condições especiais para PEDs³⁷⁸. Nesse particular, importa fazer alusão a algumas propostas que buscam explicitar a necessidade de os árbitros atentarem para as peculiaridades dos PEDs no momento de definir o prazo razoável³⁷⁹.

c) Painel de implementação (art. 21.5 do ESC)

Dentre as possíveis emendas às normas do ESC concernentes ao painel de implementação, a mais notória concentra-se no aparente conflito sequencial entre os arts. 21.5 e 22, conhecido como “*sequencing*”. A redação desses dispositivos não deixa clara a ordem que deve ser observada entre o painel de implementação e a solicitação para a aplicação de sanções, exigindo seu esclarecimento para se evitar a interpretação equivocada de que um membro poderia avançar à etapa de retaliação antes mesmo da conclusão dos trabalhos do painel de implementação. O art. 22.2 estabelece que a autorização para aplicar sanções deverá ser requerida vinte dias após o término do prazo razoável.

³⁷⁵ ESC, Art. 21.3.(c).

³⁷⁶ Disponível em <http://www.worldtradelaw.net/dsc/database/implementaverage.asp> Acesso em 28/07/2008.

³⁷⁷ Ver proposta TN/DS/W/90, p. 12.

³⁷⁸ O autor reconhece que alguns Membros terão grande dificuldades em observar tal prazo; no entanto “the fact that they will become subject to suspension of concessions or other remedy should have a salutary effect in focusing their efforts on implementation”. DAVEY, William J. **Enforcing world trade rules: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations**, cit., p. 84

³⁷⁹ A proposta do Equador TN/DS/W/19 sugere 15 (quinze) meses como prazo máximo para implementação quando o reclamante é um PED. Em caso contrário, quando o PED é demandado, 15 (quinze) meses seria o período normal, exceto se necessárias mudanças legislativas, quando poderia ser estendido para até dois ou três anos. Recentemente, ver Proposta Saborio JOB(08)/81.

No entanto, caso haja divergência acerca do cumprimento, o painel de implementação certamente não terá encerrado sua apreciação nesse interregno.

Há unanimidade em assentar que o painel de implementação deve preceder a autorização para aplicar sanções, restando diferenças apenas na forma como regulamentar tal questão. Algumas propostas a tratam de maneira sucinta, enquanto outras preferem a previsão detalhada de suas particularidades³⁸⁰, mas em todas é possível observar uma tensão recorrente: de um lado, a desejável celeridade no trâmite dos procedimentos de verificação do adimplemento não deverá comprometer a qualidade de suas decisões; de outro, os atos que compõem referidos procedimentos também não deverão se estender demasiadamente, sob pena de se frustrar os objetivos de indução ao cumprimento³⁸¹. Feita essa ressalva, passa-se aos principais atos que integram o painel de implementação.

Em primeiro lugar, insta mencionar que o início desse procedimento pode variar conforme as diferentes proposições, mas em regra vincula-se à data fixada para o término do prazo razoável³⁸². Interessante iniciativa, no entanto, se entrevê na tentativa de aproveitar o interregno fixado para cumprimento para realizar atos procedimentais concernentes ao painel de implementação, almejando economizar tempo mediante a antecipação das atividades de revisão. Nessa direção, Hudec sugere impor ao reclamado o ônus de revelar o conteúdo de suas medidas de conformação noventa dias antes do decurso do prazo razoável³⁸³. Quanto às consultas, atualmente não há obrigatoriedade de sua prévia realização para o estabelecimento do painel, o que se mostra em sintonia com a brevidade exigida em seu andamento. No texto de

³⁸⁰ Nesse sentido, o *Balas Text* que introduz um novo artigo (21bis), composto de 10 parágrafos.

³⁸¹ “While care must be taken to ensure that these proceedings are not so expedited as to compromise the quality of the panel and appellate reports (after all, some of these cases have been as complex as the original proceedings), this is a stage of the proceeding that can add a great deal of time to the overall amount of time required to process a case. Thus, care must be taken to see that compliance proceedings do not drag out unnecessarily”. DAVEY, William J. **Enforcing world trade rules: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations**, cit., p. 85.

³⁸² *Balas Text*, Art. 21bis.2. Segundo tal diploma, o painel de implementação também pode se iniciado quando o reclamado expresse ser desnecessário prazo para implementar a decisão, ou apresente relatório de cumprimento.

³⁸³ HUDEC, Robert. *Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement*, cit., p.31.

Balas essa previsão está entre colchetes, sendo que eventual compulsoriedade remeteria a consultas expeditas (vinte dias após o envio do pedido)³⁸⁴. Propostas mais recentes expressamente apontam para a desnecessidade de consultas³⁸⁵.

No tocante ao painel de implementação, parece haver concordância em não se permitir à parte contrária o direito de obstar sua formação na primeira reunião do OSC, como costuma ocorrer com o estabelecimento do painel regular³⁸⁶. Sobre o prazo para divulgação do relatório, o ESC assinala noventa dias, contados da data em que lhe foi submetida a divergência. Todavia, com exceção do contencioso *EC-Bananas III*, nenhum outro procedimento dessa natureza foi encerrado em tal prazo, sendo sua duração média por volta de seis meses³⁸⁷. Com efeito, os trabalhos desse painel envolvem a apreciação, por vezes complexa, de uma nova medida, o que demanda considerável tempo. Assim, dificilmente seria possível concluí-la em tempo inferior ao indicado, sendo esse entendimento corroborado pelas propostas em negociação³⁸⁸. Malgrada a ausência de um dispositivo que traga a previsão expressa da possibilidade de apelação do relatório do painel de implementação, a prática tratou de consolidar tal direito. Assim, uma reforma das normas da OMC não poderia deixar de positivá-lo, como demonstra as proposições atuais, instituindo, contudo, garantias para que ele não se prolongue excessivamente³⁸⁹.

d) Arbitragem para fixação do valor e área das retaliações (art. 22.6 do ESC)

Por derradeiro, a racionalização da etapa de implementação também poderá ser perseguida por intermédio de modificações no procedimento de arbitragem das sanções. Em consonância com as regras em vigor, vale

³⁸⁴ *Balas Text*, Art. 21bis.2 e 3, que determina que as consultas deverão ocorrer até 20 dias antes do fim do prazo razoável, para que os termos terminem, sempre que possível, de maneira concomitante.

³⁸⁵ Proposta do G6 (JOB(04)/52/Rev.1); Proposta conjunta da CE e Japão (JOB(05)71/Rev.1); Proposta Saborio JOB(08)/81.

³⁸⁶ *Balas Text*, Art. 21bis.5, Proposta do G6 (JOB(04)/52/Rev.1); Proposta conjunta da CE e Japão (JOB(05)71/Rev.1); Proposta Saborio JOB(08)/81.

³⁸⁷ Disponível em <http://www.worldtradelaw.net/dsc/database/paneltiming1.asp>. Acesso em 17/10/2008.

³⁸⁸ *Balas Text*, Art. 21bis.6, Proposta do G6 (JOB(04)/52/Rev.1); Proposta conjunta da CE e Japão (JOB(05)71/Rev.1); Proposta Saborio JOB(08)/81. Em grande parte delas, há indicação expressa da possibilidade de extensão, caso o prazo não seja suficiente.

³⁸⁹ *Balas Text*, Art. 21bis.7, entre colchetes.

relembrar que o reclamante poderá solicitar autorização para retaliar se, dentro de vinte dias após a data de expiração do prazo razoável, não houver consenso quanto à compensação satisfatória³⁹⁰. Tal pedido, por seu turno, deverá ser deferido em até trinta dias após o fim do prazo razoável, salvo hipótese de impugnação pelo reclamado, o que fará com que a questão seja submetida à arbitragem para definição do valor e da área das sanções³⁹¹. Na realidade, entretanto, em razão da dificuldade de sequenciamento exposto na alínea anterior, referida arbitragem costuma ser suspensa, por força de acordos bilaterais entre os contendores, até a decisão final do painel de implementação. O início efetivo do procedimento somente ocorre em momento bastante avançado na linha temporal da controvérsia, debilitando seu caráter de indução ao cumprimento.

Ao invés de permitir o começo dos trabalhos da arbitragem previstos no art. 22.6 somente depois do término do prazo razoável, mais precisamente com o acolhimento da decisão final do painel de implementação, seria recomendável adiantar seu início. Ensaando passo ousado, o México apresenta sugestão para permitir que a cômputo dos prejuízos causados pela violação possa ser levado a efeito durante o próprio painel original, desde que assim requerido pelo reclamante, após a divulgação do relatório preliminar (*"interim report"*)³⁹². A decisão, que poderia ser revista pelo OA, tornaria desnecessário o procedimento para futura arbitragem³⁹³. Todavia, mencionado recurso ainda estaria disponível para as hipóteses em que o reclamante preferiu não fazer uso dessa prerrogativa durante a etapa do painel ou diante de alterações fáticas que interfiram no montante dos prejuízos experimentados³⁹⁴.

Outras propostas possibilitam a arbitragem após o acolhimento da recomendação pelo OSC, desde que acordado entre as partes³⁹⁵, ou mesmo bastando que o reclamado manifeste não ser possível implementar de maneira

³⁹⁰ ESC, Art. 22. 2.

³⁹¹ ESC, Art. 22. 6.

³⁹² Proposta TN/DS/W/40, Art. 15.4.

³⁹³ Proposta TN/DS/W/40, Art. 17.6.

³⁹⁴ Proposta TN/DS/W/40, Art. 22.7.

³⁹⁵ Proposta da CE TN/DS/W/1, Art. 21.3*bis*; Proposta do Japão TN/DS/W/32, Art. 22.1; e *Balas Text*, Art. 22.1*bis*.

imediatamente a decisão adotada³⁹⁶. Há, ainda, documentos que prevêem o início do procedimento arbitral quando o reclamado: (a) não manifesta sua intenção *vis-à-vis* à decisão adotada; (b) expressamente declara que não pretende efetivá-la; (c) não apresenta relatório afirmando cumprimento integral no fim do prazo razoável; ou (d) não informa o adimplemento em até vinte dias após o término desse prazo³⁹⁷.

Em outro viés, algumas delegações vislumbram como alternativa para ganhar tempo precioso no andamento da controvérsia a possibilidade de o procedimento arbitral ocorrer paralelamente ao painel de implementação ou ser conduzido sucessivamente no âmbito do mesmo procedimento. A Coreia envereda nessa direção apontando para mudanças que permitiriam que o painel de implementação, caso conclua pelo descumprimento do reclamado, prossiga sua atuação para definir financeiramente o grau do prejuízo³⁹⁸. Dessa forma, a ocorrência de posterior arbitragem do art. 22.6. do ESC ficaria relegada apenas para a hipótese de discordância dos setores a serem afetados pela retaliação, o que costuma ocorrer com menor frequência. Sugestões nesse sentido também permitiriam que a decisão acerca do montante pudesse ser submetida à reapreciação pelo OA, o que hoje é vedado³⁹⁹.

Acerca do prazo para concluir a análise do valor dos prejuízos afigura-se difícil encurtar a duração atualmente prevista em sessenta dias, muito embora a tentativa ocorra nas propostas em que o procedimento arbitral se limita a aferir o montante do prejuízo, sem apreciar a adequação dos setores de incidência das sanções⁴⁰⁰. Apesar dessa dificuldade, é perfeitamente possível corrigir o marco segundo o qual se computa esse prazo: ao invés da reprovável referência ao prazo razoável, muitas propostas apontam para a data de escolha

³⁹⁶ Propostas do Equador TN/DS/W/26 e TN/DS/W/33, Art. 21.3*bis*.

³⁹⁷ Proposta do G6 (JOB(04)/52/Rev.1); Proposta conjunta da CE e Japão (JOB(05)71/Rev.1).

³⁹⁸ Propostas da Coreia TN/DS/W/11 e TN/DS/W/35, Art. 21.5.

³⁹⁹ DAVEY, William J. DAVEY, William J. **Enforcing world trade rules: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations**, cit., p. 85. No mesmo sentido, Proposta Korea TN/DS/W/35, Art. 21.5.

⁴⁰⁰ *Balas Text*.

do árbitro⁴⁰¹ ou a data na qual a matéria foi referida à arbitragem – ambas mais apropriadas do que a previsão atual⁴⁰².

4.2.5 ANÁLISE DAS PROPOSTAS

a) Custos para o reclamante

Em uma análise global, o conjunto de propostas para o fortalecimento das disciplinas da etapa de implementação tende a manter os reduzidos índices de efeitos colaterais de caráter econômico e político que a espécie indireta de medidas de indução costuma acarretar para os reclamantes. A prerrogativa de sugestão para o cumprimento e as atividades para seu monitoramento permanecem sob a esfera de órgãos da própria OMC – os julgadores, na primeira hipótese, e o OSC, na segunda. Essa concentração na entidade desvia o foco do reclamante, e ameniza a ocorrência de reflexos que possam lhe prejudicar. A racionalização dos atos procedimentais da fase de implementação, porquanto otimizam seu funcionamento, abreviando o *iter* a ser percorrido para o deslinde da controvérsia, também atenuam eventuais conseqüências negativas para o reclamante, notadamente aquelas de natureza econômica. Todas essas vantagens, como ressaltado anteriormente, são especialmente relevantes para os membros de constituição mais frágil. Distoando um pouco dessas constatações, os procedimentos do painel de implementação e da arbitragem das sanções, na medida em que continuam revestidos de características de litigiosidade, podem impor custos para aqueles que ocupam o pólo passivo da divergência, notadamente PEDs.

b) Capacidade de reunir grupos de apoio para o cumprimento

Algumas das propostas supramencionadas incrementam a capacidade das medidas constantes da etapa de implementação em sensibilizar grupos de interesses a seu favor. O melhor aproveitamento da prerrogativa dos

⁴⁰¹ Proposta do G6 (JOB(04)/52/Rev.1), Art. 22.6.(b).

⁴⁰² *Balas Text*, Art. 22.6.(b), Proposta México TN/DS/W/40, Art. 17.6 e Proposta conjunta da CE e Japão (JOB(05)71/Rev.1), Art. 22.6.(b).

julgadores em apontar caminhos para a concretização de suas recomendações, por exemplo, permitiria maior apoio em prol de seu adimplemento⁴⁰³. A redução da margem de ambigüidade dos relatórios, por meio de instruções mais claras sobre como conformar a medida contestada, aumentaria a força dos reclamantes para exigências de correção das condutas inconsistentes, bem como restringiria o poder dos reclamados em impor a aceitação de cumprimentos defeituosos como desfecho do litígio.

A revisão das regras procedimentais do ESC para o fortalecimento dos mecanismos de supervisão, no sentido de permitir um acompanhamento mais rígido da conduta do reclamado, também auxiliaria a busca pelo cumprimento. A sugestão para se antecipar o início dessa função afigura-se positiva na medida em que adianta no tempo a obrigação do reclamado de apresentar relatórios e o conseqüente acompanhamento de sua conduta, estimulando ainda mais o respeito às decisões. Além disso, convém notar que a tarefa de fixação do prazo razoável, principalmente quando relegada à arbitragem, pode tomar algum tempo, atrasando o começo dos atos de supervisão, segundo as regras atuais. Na divergência *Brazil-Tyres*, por exemplo, devido à demora na definição do período para implementação, o monitoramento automático somente deverá se iniciar depois do limite estabelecido para a adequação do Brasil⁴⁰⁴. Referida inconveniência poderia ser corrigida por mencionada proposta.

A exigência de informações detalhadas, por seu turno, tornaria mais difícil a tais membros desvencilharem-se de sua obrigação por meio de relatórios evasivos. O dever de fornecer esclarecimentos ao fim do prazo razoável (“*final status report*”) ou quando de seu entendimento da ocorrência da implementação, ressaltariam eventuais atitudes de desobediência, sendo

⁴⁰³ Entrevista com Niall Meagher. Genebra. 07/10/2008.

⁴⁰⁴ Cf. documento WT/DS332/16. Nesse caso, o período para implementação somente foi definido 8 (oito) meses depois da adoção do relatório do OA, sendo fixado em 12 (doze) meses, a contar dessa data. Assim sendo, o monitoramento automático somente se iniciará em março de 2009, enquanto, curiosamente, o limite para a adequação do Brasil se esgotará em dezembro de 2008.

particularmente elogiadas por Davey.⁴⁰⁵ As propostas para definir quando uma controvérsia será tida como solucionada e, portanto, excluída da pauta das reuniões do OSC, poderá evitar impasses em que o reclamante insiste pela permanência do item na agenda, e o reclamado alega o fim do conflito. O relatório periódico do Diretor-Geral, ferramenta que ainda não existe, poderia contribuir, de certa maneira, para aumentar a pressão sobre os membros para ajustamento de sua conduta. Em todos esses casos, estimulam-se cobranças mais incisivas da comunidade internacional e um patrulhamento mais efetivo pelo OSC, o que beneficiaria enormemente a participação dos PEDs.

Os projetos para a abreviação da duração da etapa de implementação também acentuam o caráter indutor da observância das decisões da OMC. A antecipação dos procedimentos de quantificação dos prejuízos, para se citar um exemplo, principalmente antes do fim do prazo razoável, permitiria ao reclamado visualizar mais claramente a extensão das consequências de sua inadimplência, incentivando sua adequação. Na mesma linha, o esforço para elucidação do suposto conflito de normas encerrado no “*sequencing*” ensejaria a diminuição do tempo gasto em uma controvérsia, bem como evitaria a prevalescência de interesses dos membros mais poderosos em disputas envolvendo PEDs⁴⁰⁶.

c) Reflexos para setores privados

As medidas indiretas de indução ao cumprimento não costumam gerar efeitos específicos para os setores privados dos membros envolvidos, seja na forma de paliativo para as consternações experimentadas pelos grupos internos do reclamante, ou mesmo de maneira a assegurar que seus ônus recaiam sobre os segmentos do reclamado responsáveis pela violação. As propostas existentes para o desenvolvimento dos procedimentos da etapa de implementação não modificam esse panorama. Todavia, enquanto estimulam a resolução mais célere do conflito, e combatem a proliferação de comportamentos

⁴⁰⁵ “The report at the end of the implementation period and the report on implementation whenever it does occur should be particularly useful”. DAVEY, William J. **Enforcing world trade rules: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations**, cit., p. 72.

⁴⁰⁶ AMARAL JR., Alberto do (Coord). **A reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC e os países em desenvolvimento**, cit., p. 87.

que buscam retardá-lo, os instrumentos que compõem essa etapa trazem benefícios, mesmo que de maneira reflexa, para os grupos de interesses particulares prejudicados pelo desrespeito às normas do comércio internacional.

d) Aplicabilidade da medida

O cenário descrito no capítulo 3 acerca das vantagens de aplicabilidade dos instrumentos indiretos de estímulo ao cumprimento permanece praticamente inalterado com as propostas avançadas nesse estudo. Em outras palavras, a facilidade em seu manuseio e a existência de reduzido atrito que possa impedir sua concretização quando da vontade dos reclamantes, continua sendo a característica preponderante. Cumpre ressaltar, entretanto, que a possibilidade de sugerir meios para a efetivação das decisões continua sendo privilégio dos julgadores, inacessível ao campo de ação dos membros. Eventual proposição para torná-la obrigatória não se mostra recomendável, pois a tarefa exigiria, em muitos casos, o profundo conhecimento de informações irrelevantes para a apreciação do mérito da disputa, como especificidades sobre o procedimento legislativo ou administrativo do reclamado, atrasando o desfecho do relatório.

Por sua vez, se o refinamento do dever de informação dos reclamados, por um lado, faz com que seja mais difícil burlar – por meio de relatórios vagos – sua intenção de permitir o acompanhamento próximo dos passos tomados em direção ao cumprimento, em contrapartida também não eliminam a necessidade de cooperação do reclamado. As novidades referentes às notificações detalhadas, obrigações de relatórios ao fim do prazo razoável (“*final status report*”) ou relatório quando do adimplemento integral, permanecerão condicionadas à conduta ativa e, em grande parte exclusiva, do reclamado. Uma forma de minimizar esse domínio do reclamado encontra-se nas propostas para abrir ao reclamante o caminho da compensação ou sanções quando ele deixe de cumprir essas obrigações. Vale salientar, ainda, que a solução para o problema do seqüenciamento tornará despicienda a necessidade dos acordos bilaterais atualmente firmados entre os litigantes para operacionalizar os procedimentos do art. 21.5 e 22.6 do ESC.

e) Conformidade com os princípios do sistema multilateral de comércio

As proposições para reforma da etapa de implementação não afetam substancialmente seu relacionamento atual com os princípios do sistema multilateral de comércio. É dizer, se os procedimentos integrantes dessa etapa, tal como delineada no presente, se mostram em harmonia com os valores preconizados pela OMC, como demonstrado no capítulo 3, as propostas para seu fortalecimento somente tendem a aperfeiçoar tal ligação. O principal estímulo provocado por esses mecanismos continuará, por conseguinte, sendo a busca pela implementação voluntária das decisões pelo reclamado, e pelo fortalecimento dos deveres de cooperação, lealdade e boa-fé. Os projetos para alteração de suas normas almejam apenas aumentar a eficácia desses instrumentos na persecução de mencionados objetivos. No cômputo geral, todo o sistema de solução de controvérsias sai vencedor, com vantagens claras para os PEDs. Um comentário especial merece ser tecido sobre as iniciativas para aclaramento das normas do ESC, como o problema do sequenciamento, ou a correção dos marcos de contagem de prazos (v.g. definição arbitral do período para cumprimento, ou do montante das sanções), vez que elas colaboram para o aumento salutar da previsibilidade.

f) Aceitabilidade pelos membros da OMC.

O principal ingrediente para o maior sucesso das sugestões de recomendação encerradas no Art. 19.1 do ESC não se encontra em sua reforma, mas em mudanças no comportamento dos próprios membros e órgãos julgadores da OMC. Enquanto estes devem ser incitados a explorar com maior freqüência, criatividade e sabedoria tal instrumento, aqueles devem nele divisar uma alternativa para facilitar o deslinde da controvérsia – e não uma intrusão em seus poderes soberanos. Assim sendo, não há que se conjecturar acerca do difícil processo de formação de consenso para emenda ao ESC, muito embora se exija uma postura ativa da organização e de seus membros. Nesse ensejo, o OA poderia desempenhar um papel significativo, em razão da força diretiva de suas manifestações, caso patrocinasse a conduta, ao contrário do que ocorre atualmente.

Acerca das alterações estruturais para melhor delinear os deveres atinentes ao monitoramento da implementação pelo OSC, algumas propostas exibem razoável aceitação. Atualmente na mesa de negociações, por exemplo, se encontram em discussão as exigências sobre notificação detalhada na hipótese de alegação de cumprimento ou devido ao fim do prazo razoável⁴⁰⁷.

No âmbito da racionalização da etapa de implementação, a necessidade de emendas ao ESC para sanar o problema do “seqüenciamento” continua sendo um dos tópicos que reúne maior consenso na agenda de negociações do OSC⁴⁰⁸ – mesmo sendo seus inconvenientes contornados na prática por meio de acordos bilaterais *ad hoc* entre os litigantes. Convém asseverar que essa convergência de interesses poderá contribuir para a adoção de outras medidas tendentes a acelerar o andamento da fase de implementação, bem como aclarar suas normas. Dentre outras iniciativas, pode-se citar a redução de prazos para atos intermediários, a correção dos marcos para sua contagem (v.g. prazo para emissão do laudo arbitral), a não-obrigatoriedade de consultas, a previsão do direito de apelação. Em se tratando de alterações quanto ao momento para arbitrar o montante dos danos, a probabilidade de consenso já é mais distante. Para Davey, a hipótese de cumulação do painel de implementação com o procedimento arbitral, por exemplo, seria quase impossível em um futuro próximo, devido à reprovação provocada pelo caso *EC-Bananas III*⁴⁰⁹.

4.3 COMPENSAÇÃO

Verificada a resistência do reclamado em abraçar determinações adotadas na esfera de uma controvérsia, a compensação surge como medida temporária para estimular o cumprimento. Todavia, como restou demonstrado, a maneira como ela é hodiernamente regulamentada torna rara sua ocorrência.

⁴⁰⁷ Balas Text; Proposta Saborio JOB(08)/81.

⁴⁰⁸ “Event though parties in subsequent cases [ao de Bananas] have reached agreements on how they will proceed, the ambiguity remains and may rise again and cause similar problems. Thus, a solution is imperative”. DAVEY, William J. **Enforcing world trade rules: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations**, cit., p. 74.

⁴⁰⁹ DAVEY, William J. **Enforcing world trade rules: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations**, cit., p. 74.

Dentre os principais fatores que a desestimulam estão: as regras sobre o momento em que ela pode ser ativada, a necessidade de aquiescência do reclamado, a exigência de mútuo acordo sobre o montante compensatório, seu cunho exclusivamente não-monetário, e o imperativo de observância do princípio da nação mais favorecida.

4.3.1 FORTALECIMENTO DA COMPENSAÇÃO

A partir dessas considerações, recomenda-se analisar o conjunto de propostas que visam fortalecer as disposições gerais sobre a compensação, destacando-se, dentre elas:

a) Adiantamento da determinação dos prejuízos

Como explicitado no item 4.2.4(d), algumas propostas cogitam antecipar o momento de determinação do *quantum* dos prejuízos causados por uma violação de modo a impulsionar o reclamado no sentido do cumprimento. Na forma como prevista hoje, as tratativas sobre eventual acordo compensatório deverão ser concluídas em até vinte dias após o encerramento do prazo razoável; todavia, os instrumentos para arbitrar o exato montante dos prejuízos somente se abrem em momento posterior – em regra, ao fim do painel de implementação. Assim sendo, a negociação das compensações costumam ocorrer “no escuro”, sem um valor de referência para a construção de consenso entre as partes. Considerando que a tarefa de quantificação dos prejuízos é bastante complexa, e que existem inúmeras metodologias para seu cálculo, cada litigante tende a adotar um entendimento distinto sobre o correto valor de possíveis compensações, obstaculizando um acordo final. Há mesmo quem assevere que tal deficiência acaba reduzindo o instituto à inutilidade⁴¹⁰.

Com lastro nesses argumentos, o adiantamento dos procedimentos para avaliação dos impactos da violação se coloca como uma das principais alternativas para incrementar as chances de sucesso do instituto. A

⁴¹⁰ Proposta da Coreia TN/DS/W/35, p.3.

proposta mais ousada nesse diapasão é assinada pela delegação mexicana, que permite a determinação dos prejuízos ainda na etapa do painel original, tão logo seja o relatório preliminar (“*interim report*”) colocado em circulação⁴¹¹. Outras proposições apontam para a possibilidade de determinação do dano (a) no momento de fixação do prazo razoável⁴¹², (b) após a adoção da recomendação pelo OSC, desde que acordada pelos contendores,⁴¹³ ou mesmo (c) depois da manifestação do reclamado alegando a impossibilidade de efetivação imediata da decisão⁴¹⁴. Algumas delegações também sugerem que, sempre que o reclamado deixar de expressar sua intenção de cumprir a decisão, ou deixar de informar o cumprimento no fim do prazo razoável, o reclamante poderia solicitar permissão para retaliar, levando ao procedimento arbitral para definição do prejuízo⁴¹⁵.

b) Antecipação do momento da compensação

Mais do que adiantar o procedimento para quantificação dos prejuízos, o incentivo ao cumprimento pode ser promovido pela antecipação do momento da compensação. Ao invés de permitir sua ocorrência apenas depois do decurso do período fixado para modificação da conduta violadora, alguns membros assinalam para a opção de compensação expedita, sempre que o reclamado não estiver hábil a implementar a decisão instantaneamente⁴¹⁶. A razão subjacente a essa sugestão se encontra no espírito da compensação como alívio para as perdas suportadas pelo reclamante durante o lapso temporal necessário para a conformação do transgressor. Por suposto, o êxito da proposta fica condicionado à determinação antecipada do montante dos prejuízos, bem como ao estímulo do reclamado em oferecer compensação. Em sintonia com essas exigências, os negociadores mexicanos que defendem a proposta, complementam-na com a prerrogativa de definição do prejuízo pelo próprio painel, e sanções cujo cálculo incluam o prazo razoável quando não ocorrer a compensação.

⁴¹¹ Propostas do México TN/DS/W/23, p. 2, e TN/DS/W/40, Art. 15.4.

⁴¹² Proposta do Equador TN/DS/W/9.

⁴¹³ Proposta da CE TN/DS/W/1, Art. 21.3*bis*; Proposta do Japão TN/DS/W/32, Art. 22.1; e *Balas Text*, Art. 22.1*bis*.

⁴¹⁴ Propostas do Equador TN/DS/W/26 e TN/DS/W/33, Art. 21.3*bis*.

⁴¹⁵ Proposta do G6 (JOB(04)/52/Rev.1); Proposta conjunta da CE e Japão (JOB(05)71/Rev.1); Consolidação de propostas JOB(07)/135; Proposta Saborío JOB(08)/81.

⁴¹⁶ Proposta do México TN/DS/W/91, Art. 22; Proposta Saborío JOB(08)/81 (entre colchetes).

c) Definição de prazo para resposta

Muito embora as regras do sistema de solução de controvérsias da OMC determinem um limite para a concretização da compensação (vinte dias após o esgotamento do prazo razoável), inexistente um cronograma definido para o momento de resposta do reclamado ao pedido de negociação interposto pelo reclamante. Em atenção a essa lacuna, algumas propostas procuram estabelecer um prazo para a manifestação do reclamado, cominando como pena a permissão para o reclamante recorrer às sanções⁴¹⁷. É claro que a fixação desse interregno, independente do número de dias, provará ser insuficiente para assegurar o resultado satisfatório das tratativas, posto que, se o reclamado não estiver convencido da utilidade da medida, nada impedirá que ele se coloque à disposição para o diálogo, mas não conceda qualquer compensação. No entanto, a determinação desse prazo contribuirá para tornar o procedimento mais previsível e célere, evitando postergações do demandado desinteressado. Ademais, quando combinada com outras medidas (i.e. compulsoriedade da compensação), suas vantagens poderiam ser potencializadas.

d) Compensação obrigatória

Em consonância com o delineamento conferido pela parte final do art. 22.1 do ESC, a compensação é voluntária, dependendo de entendimento mútuo entre as partes. Em hipótese de ausência desse consenso, o procedimento deverá seguir seu curso normalmente. Diante desse cenário, a bilateralidade da compensação é apontada como uma de suas principais fragilidades; e, visando contorná-la, algumas propostas avançadas pela doutrina⁴¹⁸, e por membros da OMC⁴¹⁹, defendem sua compulsoriedade. Sustentam tais iniciativas que a imposição do dever de oferecer compensação pelo reclamado incrementaria sua taxa de sucesso. A viabilização da proposta deverá ser acompanhada por mecanismos para arbitrar o montante da compensação, sempre que se verificar discordância sobre ele. As mudanças sugeridas nas alíneas acima, portanto,

⁴¹⁷ *Balas Text*, Art. 22.2*bis*. A Proposta Saborio JOB(08)/81 estabelece o prazo de 10 dias, porém não prevê pena pelo descumprimento.

⁴¹⁸ PAUWELYN, Joost. Enforcement and Countermeasures in the WTO: rules are rules-toward a more collective approach. **The American Journal of International Law**, cit., p. 345-346.

⁴¹⁹ Proposta do Equador, TN/DS/W/9, p.5; Proposta do Grupo de PMDs – Países Menos Desenvolvidos TN/DS/W/17, p. 4.

seriam complementares à imposição da obrigação de compensar. Há, ainda, a questão sobre a escolha dos setores em que ela deverá ocorrer, variando as opções entre (i) prerrogativa de alguma das partes – reclamante ou reclamado, (ii) resultado de mútuo acordo, ou (iii) definição por decisão da OMC.

e) Compensação monetária

A compensação monetária figura dentre as mais antigas propostas de alteração das medidas de indução ao cumprimento do sistema multilateral de comércio. Já em 1965, quando PEDs ameaçavam substituir o GATT pela UNCTAD como foro para tratamento de seus interesses, Brasil e Uruguai apresentaram documento conjunto reivindicando a possibilidade de compensações financeiras⁴²⁰. Argumentavam que os danos causados pela transgressão das normas do comércio internacional apresentavam efeito especialmente retardatário sob o progresso dos PEDs, o que poderia ser amenizado pelo oferecimento de quantia pecuniária⁴²¹. Apesar do insucesso do pleito à época, a alternativa continua sendo reiteradamente levantada, tanto pela doutrina⁴²², como pelos membros da OMC, como solução para aumento da eficácia de suas decisões, notadamente por enfatizar a perspectiva dos PEDs.

Em largas linhas, todas essas propostas buscam introduzir a possibilidade de a compensação, ao invés de se expressar exclusivamente na forma de concessões comerciais (v.g. redução de tarifas, expansão de quotas, etc.), se concretizar como quantia financeira ofertada em prol do reclamante, tomando como referência o montante das perdas ocasionadas pela violação⁴²³.

⁴²⁰ Ver documentos do GATT COM.TD/F/W.1 e COM.TD/F/W.4.

⁴²¹ HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p.16. DAM, Kenneth. **The GATT: law and the economic international organization**. Chicago: University of Chicago Press, 1979, 368-373.

⁴²² Nesse sentido, ver BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth. Financial compensation in The WTO: improving the remedies of WTO dispute settlement. **Journal of International Economic Law**, N. 8, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 101-126.; SUTHERLAND, P. et al. **The future of the WTO: addressing institutional challenges in the new millennium**, cit., p. 54; PAUWELYN, Joost. Enforcement and Countermeasures in the WTO: rules are rules-toward a more collective approach. **The American Journal of International Law**, cit., p. 346; HOWSE, Robert; ESSERMAN, Susan. The WTO on Trial. **Foreign Affairs Magazine**. V. 82, N.1, 2003, p. 5. Em sentido contrário, John Jackson em OMC. The Dispute Settlement System: what reforms for 21st century? **WTO Forum**. Disponível em http://www.wto.org/english/forums_e/debates_e/debate1_e.htm. Acesso em 12.10.2008.

⁴²³ Alguns autores se referem ao pagamento pelo reclamado de multas pecuniárias em razão do não cumprimento da decisão da OMC. Essas propostas serão indistintamente tratadas como

No âmbito das negociações na OMC, a delegação mexicana parece ser a principal militante na defesa dessa idéia, advogando não apenas a possibilidade de aplicação de compensação de cunho financeiro, mas tornando-a regra em divergências envolvendo PEDs⁴²⁴. Inúmeros outros membros também são ativistas da medida, apontando-a como instrumento relevante para indução ao cumprimento⁴²⁵. Ademais, ela vem sendo incluída nos recentes textos de consolidação de propostas elaborados pelos consecutivos Presidentes da Sessão Especial do OSC, cuja função é servir de base para a tentativa de consenso nas negociações para a reforma das regras de solução de controvérsias da OMC⁴²⁶.

f) Compensação progressiva

Outra idéia criativa no que tange à compensação, seja ela financeira ou não, encontra-se na imposição de escalas progressivas, aumentando-se, com o decurso do tempo, o valor da obrigação compensatória, de maneira a estimular o cumprimento pelo reclamado. A idéia seria apropriada, ainda, para se adequar à capacidade limitada de pagamento no caso de reclamados com restrições econômicas (v.g. PEDs).

4.3.2 ANÁLISE DAS PROPOSTAS

a) Custos para o reclamante

As propostas para o fortalecimento da compensação, em sua maioria, não acarretam custos econômicos para o demandante, permanecendo válidas todas as considerações feitas anteriormente acerca de sua inofensividade e benefícios. Difícil argumentar, por exemplo, que o recebimento de prestações

compensação monetária, uma vez que possuem o mesmo espírito: possibilitar o alívio temporário do reclamante enquanto o transgressor promove a adequação de sua conduta. DAVEY, William J. **Implementation in WTO dispute settlement: an introduction to the problems and possible solutions**, cit., p. 28-29; CHARNOVITZ, Steve. *Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions*. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 603.

⁴²⁴ Proposta do México TN/DS/W/91, Art. 22.1.

⁴²⁵ Proposta do Paquistão, WT/GC/W/162, p. 4; Propostas do Equador, TN/DS/W/9, p. 4 e TN/DS/W/33, Art. 22.2; Proposta do Grupo de PMDs TN/DS/W/17, p. 4; Proposta do Grupo Africano, TN/DS/42, Art. 26.8.

⁴²⁶ Balas Text, Art.22.2*bis*; Proposta Saborio JOB(08)/81 (entre colchetes).

pecuniárias ou concessões comerciais por um membro poderia prejudicá-lo financeiramente. Por meio dessas sugestões, especificamente da compensação obrigatória e/ou monetária, permite-se contornar a crítica de inviabilidade na aplicação de medidas de indução, em razão de seus efeitos colaterais, especialmente para membros de menor expressividade econômica.⁴²⁷ Da mesma maneira, não parece haver muito espaço para se falar em desgaste político, porquanto em todas os casos de compensação voluntária a decisão passa pela concordância do demandado. Mesmo na hipótese de compulsoriedade no oferecimento de compensação, a medida tenderia a ser vista como parte automática do procedimento de solução de controvérsias, cujas regras foram estabelecidas pelo consenso da comunidade de membros da OMC, e não como um movimento indesejável patrocinado pelo reclamante, amenizando, portanto, eventuais danos políticos.

b) Capacidade de reunir grupos de apoio para o cumprimento

As alterações sugeridas para o adiantamento do momento de compensação e da determinação de seu valor, bem como para a delimitação de prazo para resposta ao pedido de sua negociação, aumentam a potencialidade de indução ao cumprimento das decisões da OMC. Isso porque, além de abreviar a duração da etapa de implementação, essas medidas fortalecem o instituto da compensação. Com efeito, a hipótese de compensação imediata quando impossível ao reclamado efetivar a decisão sem requerimento de prazo adicional, criaria incentivos para a célere observância⁴²⁸. Por seu turno, a manifestação antecipada da OMC sobre o exato *quantum* dos prejuízos incrementaria o poder de persuasão do reclamante, e de simpatizantes do cumprimento no interior do reclamado, para exigir sua adequação ainda durante o lapso razoável.

No tocante à previsão de compensação obrigatória, o reclamado passaria a trabalhar com a certeza de que se não modificar sua atitude no período preestabelecido, será impelido a prestar concessões em favor do reclamante. Certamente, essa antecipação evitaria manobras dilatórias e aumentaria a

⁴²⁷ MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, cit., p. 18.

⁴²⁸ Proposta México TN/DS/W/91, p.3.

pressão para o cumprimento. Além disso, os setores potencialmente afetados pela oferta de compensação tenderiam a fazer gestão no governo para convencê-lo a implementar a decisão. Na hipótese de efetivação da compensação, sua capacidade de reunir grupos de apoio para o cumprimento estaria diretamente relacionada com os setores envolvidos, tal como ocorre com a medida em sua feição atual. Por conseguinte, referida proposta aumentará o grau de indução durante o momento que precede a concretização da compensação. Após tal marco, a situação seria semelhante à que se verifica hoje.

Em se tratando da modalidade monetária da compensação, insta mencionar que a habilidade de atrair apoio conecta-se com a questão de quem irá suportar os encargos da medida: se o reclamado criar mecanismos internos para cobrar o montante compensatório daqueles setores envolvidos com a violação, com certeza seu poder de instigação se mostrará mais robusto.

Apesar desses benefícios, alguns observadores aduzem que mencionadas propostas não eliminariam o problema de que, uma vez implementada, a compensação reduziria, em certa medida, o poder do reclamante para exigir o cumprimento. O decréscimo do grau de indução, e especialmente a preocupação com o “*buy out*”, é dizer, de a compensação ser interpretada como satisfação equivalente da decisão, encerrando as pressões para sua observância, parecem ser maiores em relação à vertente financeira do instituto:

Introducing a requirement to provide monetary compensation would create the risk of Members ‘opting out’ of the single undertaking that is the WTO Agreement, against payment. As a practical matter, it probably would be mainly wealthy developed country Members that could afford to ‘opt out’ of their WTO obligations in this manner. (...) On the other hand, and ironically, monetary compensation might in some circumstances make it less likely that developing country Members could successfully induce developed country responding Members to comply with DSB rulings, notably where the amount of monetary compensation due would be relatively low⁴²⁹.

⁴²⁹ MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, cit., p. 18.

A inquietação, todavia, não é unânime, havendo quem entenda que a compensação financeira não reduz o estímulo ao adimplemento, nem obscurece a noção de sua primazia, notadamente porque não elimina o recurso às sanções.⁴³⁰ De toda forma, é preciso promover a idéia de que a compensação seja interpretada invariavelmente como temporária⁴³¹. Uma alternativa interessante para se minimizar o risco desse efeito colateral, e que aumenta gradualmente seu caráter indutor, encontra-se na imposição de compensação progressiva. Quanto mais tempo tardar ao reclamado para implementar a decisão, maior será o ônus suportado a título de compensação a ser garantida para o reclamante.

c) Reflexos para os setores privados

Nenhuma das alterações acima mencionadas garante categoricamente que as concessões advindas da compensação se revertam em frutos para os setores privados diretamente prejudicados pela violação, ou, segundo a perspectiva do reclamado, que elas sejam cobradas dos interesses particulares responsáveis pela conduta transgressora. As mudanças sugeridas em relação ao procedimento de arbitragem dos danos, ou do momento da compensação, muito embora fomentem a ocorrência de acordo entre os litigantes, em nada contribuem para mitigar as distorções entre os setores envolvidos na infração e aqueles beneficiados pela compensação. A tendência continuará sendo o oferecimento de vantagens em áreas não relacionadas com a medida ilegal, impondo danos para setores inocentes do demandado, e deixando de fornecer alívio para segmentos afetados do reclamante. A afirmação também se aplica para a hipótese de compulsoriedade na compensação, uma vez que a obrigação atribuída ao reclamado não vincula, necessariamente, os setores de sua incidência, subsistindo aludido risco de distorção⁴³². Uma opção seria conferir ao reclamante o direito de efetuar dita escolha. A proposta, porém, parece de difícil

⁴³⁰ BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth. Financial compensation in The WTO: improving the remedies of WTO dispute settlement. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 118-119.

⁴³¹ “[...] A great care must be exercised to be sure that monetary compensation is only a temporary fallback approach pending full compliance, otherwise the ‘buy out’ problems will occur”. SUTHERLAND, P. et al. **The future of the WTO: addressing institutional challenges in the new millennium**, cit., p. 54.

⁴³² BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth. Financial compensation in The WTO: improving the remedies of WTO dispute settlement. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 108.

aceitação na medida em que levantaria protestos por ofensa à soberania dos membros⁴³³. De qualquer maneira, a alternativa, também não asseguraria a correlação entre violação e compensação, muito embora aumente suas chances.

A compensação monetária, por seu turno, se traduz em hipótese com maior capacidade para atenuar as discrepâncias atuais do mecanismo. No que concerne aos benefícios diretos para grupos privados do reclamante envolvidos na controvérsia, tudo dependerá se o produto da compensação será destinado, em parte ou no todo, para a reparação dos danos por eles experimentados. Apesar de a decisão sobre sua distribuição recair exclusivamente no âmbito discricionário do governo do reclamante (*"rule of thumb"*), ponderações de justiça e coerência tendem a influenciá-lo a reverter a compensação aos setores prejudicados. Ademais, afigura-se nítido que o direcionamento da prestação financeira para esses grupos requer muito menos esforço do que a árdua tarefa de negociar concessões não-monetárias em áreas que pudessem beneficiá-los⁴³⁴. Também não há que se indagar se a oferta disponibilizada pelo reclamado irá se traduzir em vantagens efetivas (v.g. se uma maior abertura a determinado mercado poderá ser efetivamente aproveitada pelos exportadores do reclamante); o benefício não se condiciona a eventos futuros, uma vez que já se traduz em pecúnia.

Por outro lado, o exame dos reflexos da compensação monetária sobre os segmentos privados do reclamado passa por considerações sobre quem arcará com seus custos. Havendo métodos para a cobrança do valor pago em compensação diretamente dos responsáveis pela violação, inexistirão distorções. Tal ocorreria, *inter alia*, por meio do recolhimento de contribuições pecuniárias específicas desse setor, ou restrição de investimentos, vantagens e outras concessões governamentais previstas no orçamento a seu favor⁴³⁵. Caso

⁴³³ "It is odd to think that a WTO Member would accept that any part of its trade regime could be changes unilaterally, if only temporarily, by another WTO Member". BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth. Financial compensation in The WTO: improving the remedies of WTO dispute settlement. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 107-108.

⁴³⁴ PAUWELYN, Joost. Enforcement and Countermeasures in the WTO: rules are rules-toward a more collective approach. **The American Journal of International Law**, cit., p. 346.

⁴³⁵ Em um exemplo, imagine-se uma dotação orçamentária reservada para financiamento de um dado setor envolvido na violação que poderia ser utilizada para suportar os custos da compensação monetária.

contrário, se o governo buscar tais recursos nos fundos públicos, sem repassá-los posteriormente aos responsáveis, o que parece mais provável, é possível argumentar que partes inocente seriam afetadas. De qualquer maneira, o ônus seria diluído sobre toda a comunidade, e não desproporcionalmente sobre apenas um setor inocente, tal como ocorre nas condições atuais⁴³⁶. Nas hipóteses em que a decisão governamental de não cumprir imediatamente com a recomendação da OMC deriva de cálculos políticos que levam em consideração os interesses gerais do membro, justifica-se perfeitamente o pagamento a partir do orçamento público. Em todo caso, conclui-se que a compensação de cunho monetário reduz os efeitos negativos sobre partes não relacionadas com a violação, seja fazendo seus gastos recaírem sobre o setor privado violador, ou, ao menos, distribuindo seu ônus sobre toda a coletividade.

d) Aplicabilidade da medida

A extensão dos efeitos de qualquer mudança no formato da medida compensatória é restringida por seu caráter de bilateralidade. Como verificado acima, uma das mais contundentes fragilidades da compensação consiste na necessidade de aquiescência do reclamado. Por mais que as mudanças sugeridas em relação ao seu procedimento (v.g. antecipação da determinação dos prejuízos, adiantamento da solicitação da compensação ou definição de prazo para resposta) sejam positivas para fortalecê-la, elas não são suficientes para afastar a imperiosidade da participação do transgressor para seu êxito. Como resultado, tais emendas, muito embora possam aumentar a frequência na verificação de acordos compensatórios, não asseguram resultados expressivos⁴³⁷.

A constatação também é válida para a vertente monetária da compensação, cujo alcance fica limitado pela característica da bilateralidade, porém de forma menos dramática do que sua congênere convencional. Isso porque, a resistência política do reclamado em outorgar vantagens pecuniárias para o reclamante certamente será menor do que se tivesse que eleger setores

⁴³⁶ BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth. Financial compensation in The WTO: improving the remedies of WTO dispute settlement. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 110.

⁴³⁷ DAVEY, William J. **Enforcing world trade rules: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations**, cit., p. 75.

específicos para abertura de mercado (v.g. concessões tarifária preferenciais), aumentando, assim, as chances de um desfecho positivo na compensação. Corrobora a assertiva o próprio histórico da OMC, que revela a ocorrência de compensação monetária na controvérsia *US-Copyright Act*, na qual os Estados Unidos obrigaram-se a pagar anualmente mais de € 1.200 milhão à CE por ainda não terem conformado sua legislação⁴³⁸. A experiência do direito internacional também registra casos de sucesso no pagamento de compensações monetárias, como no âmbito das controvérsias de investimento solucionadas pelo CIRIDI – Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos⁴³⁹, em algumas disputas no *NAFTA – North American Free Trade Agreement*, e em laudos proferidos pelo Tribunal de Reclamações Irã-Estados Unidos⁴⁴⁰.

Além disso, no que concerne à compensação monetária existem algumas sugestões, pouco prováveis, é verdade, mas que poderiam reduzir a necessidade de cooperação ou a própria resistência da parte adversa, como a (a) criação de um fundo administrado pela OMC, composto a partir de contribuições pecuniárias proporcionais à população ou capacidade financeira de cada membro, com o fim de satisfazer subsidiariamente suas obrigações⁴⁴¹; (b) criação, por cada membro, de fundos nacionais domésticos⁴⁴²; (c) autorização para execução do montante compensatório diretamente nas cortes domésticas do reclamado⁴⁴³; e (d) execução de bens do membro, ou de seus nacionais, localizados no âmbito de jurisdição do reclamante⁴⁴⁴. Adicionalmente a essas considerações, impende anotar que a aplicabilidade da compensação monetária pode ser dificultada, em

⁴³⁸ Cf. documento WT/DS160/R.

⁴³⁹ Em língua inglesa, tem-se o acrônimo *ICSID - International Centre for Settlement of Investment Disputes*.

⁴⁴⁰ BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth. Financial compensation in The WTO: improving the remedies of WTO dispute settlement. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 115.

⁴⁴¹ Charnovitz recolhe essa idéia dos escritos de Frank Noel Keen, acrescentando acreditar ser uma boa solução. CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 629.

⁴⁴² Segundo o autor, essa sugestão tornaria desnecessária aprovações legislativas específicas para arcar com a compensação, não atrasando sua efetivação. DAVEY, William J. The WTO: looking forwards. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 22.

⁴⁴³ Tal medida está prevista no acordo lateral do NAFTA sobre meio-ambiente envolvendo o Canadá.

⁴⁴⁴ MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, cit., p. 17-18.

certa medida, pela complexidade na avaliação de seu *quantum* – todavia, a ressalva é semelhante para as compensações de caráter não-financeiro hoje existentes⁴⁴⁵.

Por fim, a compensação compulsória se mostra como sugestão natural para evitar a necessidade de concordância do reclamado para sua efetivação. Contudo, a imposição dessa obrigação não afastaria a possibilidade de o reclamado simplesmente se recusar a oferecer compensação. Como bem denota a crítica nesse sentido, uma vez descumpridor da obrigação principal de implementar a decisão da OMC, nada impedirá o membro recalcitrante de também deixar de cumprir o dever acessório de fornecer compensação⁴⁴⁶. Para alguns autores o êxito na implementação do mecanismo compulsório também exigiria a previsão do direito de o reclamante escolher os setores de realização da compensação, o que poderia esbarrar em argumentos de soberania do reclamado⁴⁴⁷. Como forma de contornar tais óbices, há quem aponte para a negociação prévia pelos membros da OMC de determinados setores e formas de compensação, oferecidos antecipadamente por cada um deles, e que poderiam ser escolhidos pelo reclamante na hipótese de descumprimento⁴⁴⁸. Nessa esteira, a compensação obrigatória de cunho monetário superaria a discussão, já que somente há se falar em setores para as concessões comerciais.

⁴⁴⁵ CHO, Sungjoon. The nature of remedies in international trade law. **University of Pittsburgh Law Review**, cit., p. 776. SUTHERLAND, P. et al. **The future of the WTO: addressing institutional challenges in the new millennium**, cit., p. 54.

⁴⁴⁶ DAVEY, William J. **Implementation in WTO dispute settlement: an introduction to the problems and possible solutions**, cit., p. 14.

⁴⁴⁷ BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth. Financial compensation in The WTO: improving the remedies of WTO dispute settlement. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 107-108; LAWRENCE, Robert Z. **Crimes and punishments?: retaliation under the WTO**, Washington: Peterson Institute for International Economics, 2003, p. 81.

⁴⁴⁸ O mecanismo, preconizado como “contingent liberalization commitments”, é assim descrito pelo autor: “WTO members would be given the option of offering a preauthorizing compensation mechanism during the Doha Round negotiations. [...] If a country offer is accepted, in the event it is later found to have violated the agreement and failed to come into compliance, winning plaintiffs would be authorized to select an equivalent package of concessions from the defendant’s commitment”. LAWRENCE, Robert Z. **Crimes and punishments?: retaliation under the WTO**, cit., p. 86-89.

e) Conformidade com os princípios do sistema multilateral de comércio

A compensação pode ser reputada como uma das medidas de indução ao cumprimento que maior sintonia apresenta em face dos princípios do sistema multilateral de comércio. As propostas para seu fortalecimento, portanto, não desvirtuam mencionada harmonia. Alguns comentários, contudo, merecem ser expendidos em relação à compensação financeira. A princípio, não parecem existir razões especiais para que ela não seja abraçada pela conclusão de conformidade, uma vez que é reiteradamente interpretada como medida não restritiva ao comércio. Todavia, alguns especialistas atentam para o risco que ela carrega de ignorar direitos de terceiros, em infração ao princípio da nação mais favorecida⁴⁴⁹. Ou ainda, fragilizar os valores de previsibilidade e segurança do sistema devido à ameaça de “*buy out*”⁴⁵⁰. A resposta a esses ataques vêm no argumento de que, no primeiro caso, o pagamento da compensação não restringe o direito que outros membros, eventualmente afetados pela violação, também têm de requerer tratamento compensatório; e, na segunda ocasião, de que a medida não perde seu caráter temporário e subsidiário em relação ao cumprimento⁴⁵¹. Pelo lado positivo, há quem argumente ser ela uma ferramenta de monitoramento mais simples que as demais, já que se expressa em quantia financeira, ao contrário das concessões comerciais⁴⁵². No que diz respeito à compensação progressiva, deve-se tomar cuidado para que ela não ultrapasse o montante dos prejuízos, e com isso infringir a regra de equivalência insculpida no art. 22.6 do ESC⁴⁵³.

⁴⁴⁹ O'CONNOR, Bernard; DJORDJEVIC, Margareta. Practical aspects of monetary compensation: the US – Copyright case. **Journal of International Economic Law**, N. 8, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 127-142.

⁴⁵⁰ SUTHERLAND, P. et al. **The future of the WTO: addressing institutional challenges in the new millennium**, cit., p. 54.

⁴⁵¹ BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth. Financial compensation in The WTO: improving the remedies of WTO dispute settlement. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 118-119.

⁴⁵² PAUWELYN, Joost. Enforcement and Countermeasures in the WTO: rules are rules-toward a more collective approach. **The American Journal of International Law**, cit., p. 346.

⁴⁵³ Salvo na hipótese de alteração dessa normas, permitindo compensações superiores aos danos advindos da violação.

f) Aceitabilidade pelos membros da OMC

O critério da aceitabilidade será individualmente apreciado em relação a cada uma das propostas identificadas no presente tópico. Em primeiro lugar, a noção de antecipação do procedimento para determinação dos prejuízos se mostra bem recebida por número expressivo de membros, de variegada composição econômica. Os PEDs, como México, Equador e Coréia, enunciam alternativas ousadas, na medida em que o G6, e PDs como Japão e CE, encaminham proposições mais conservadoras. Enquanto as primeiras, embora salutares, não devem ser aceitas no curto-prazo, as segundas, que praticamente positivam entendimentos óbvios, estão atualmente sob a mesa das negociações da Sessão Especial do OSC que debate as prováveis emendas às regras de pacificação de conflitos⁴⁵⁴. No que diz respeito ao adiantamento do momento da compensação, a construção defendida pela delegação mexicana foi inserida, entre colchetes, no recente texto consolidado do *Chairman* Saborío, o que permite entrever boas chances dela se tornar parte integrante da evolução das normas da OMC⁴⁵⁵. A mesma constatação pode ser efetuada em relação à definição do prazo para resposta, principalmente em razão das limitadas conseqüências impostas por sua eventual adoção.

A compensação obrigatória não atrai a simpatia da maioria dos membros da Organização, salvo aqueles que patrocinaram a iniciativa de encerrá-la em proposta formal no âmbito das negociações. No entanto, na medida em que circunscreve a atuação das partes, não arrebatou grande apoio, tendo limitadas chances de prosperar. A compensação progressiva, apesar dos méritos, também não tem demonstrado causar grande comoção até o momento. Sem embargo, parece adequado vislumbrá-la como alternativa interessante para muitos dos problemas enfrentados pela compensação, no que se recomenda sua adoção.

Por sua vez, a tarefa de aferir a aceitabilidade da compensação monetária se mostra mais complexa. Em verdade, verifica-se certo desacordo até mesmo quanto à possibilidade de sua aplicação a partir da redação atual do ESC, uma vez que referido diploma não define expressamente o conceito de

⁴⁵⁴ Consolidação de propostas JOB(07)/135; Proposta Saborío JOB(08)/81.

⁴⁵⁵ Proposta Saborío JOB(08)/81.

compensação. Diante dessa lacuna, há quem defenda que o mecanismo prescinde de reformas no conjunto normativo da OMC, como comprovaria o próprio caso *US–Copyright Act*⁴⁵⁶. Alguns autores argumentam que, embora tal categoria de compensação não esteja explicitamente prevista, também não estaria proibida pelas regras da entidade⁴⁵⁷. Por outro lado, posicionam-se teóricos que entendem que a compensação financeira reclama necessariamente emendas ao ESC, uma vez que sua autorização não poderia ser implicitamente encontrada na ausência de proibição⁴⁵⁸. O Relatório *Sutherland* assevera que tradicionalmente no direito internacional e no histórico do GATT/OMC as compensações não se refletem em pagamentos monetários (*cheque in the mail*)⁴⁵⁹. O exemplo ocorrido no contencioso *US–Copyright Act* não seria exceção, mas resultado de negociações sob a alçada do art. 25, e não do art. 22⁴⁶⁰. A razão parece assistir a esse segundo grupo. Não obstante, a reforma do ESC seria importante, ao menos, para superar a celeuma, provendo certeza quanto a prerrogativa de utilização de compensação financeira. Tanto é assim que a própria delegação do México, partidária da primeira corrente, sugere mudanças para explicitar tal possibilidade⁴⁶¹.

Acerca da receptividade da proposição, afigura-se possível, com algum grau de otimismo e ambição, entrever o sucesso de sua inclusão dentre as mudanças a curto ou médio prazo. Por um lado, a medida conta com amplo apoio

⁴⁵⁶ Em interessante documento abordando problemas no sistema de resolução de controvérsias, o México manifesta entendimento de que o atual art. 22.1 do ESC abrangeria a compensação monetária. OMC. **Diagnosis of the problems affecting the dispute settlement mechanism: some ideas by Mexico**. TN/DS/W/90, 16 de Julho de 2007, p.11.

⁴⁵⁷ CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 631. CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 631.

⁴⁵⁸ BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth. Financial compensation in The WTO: improving the remedies of WTO dispute settlement. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 123-124.

⁴⁵⁹ SUTHERLAND, P. et al. **The future of the WTO: addressing institutional challenges in the new millennium**, cit., p. 53.

⁴⁶⁰ BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth. Financial compensation in The WTO: improving the remedies of WTO dispute settlement. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 124; MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, cit., p. 24. Em sentido contrário: O'CONNOR, Bernard; DJORDJEVIC, Margareta. Practical aspects of monetary compensation: the US – Copyright case. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 127.

⁴⁶¹ Cf. proposta TN/DS/W/91.

da doutrina especializada em comércio internacional. Joel Trachtman, por exemplo, ao comentar desafios enfrentados pelos PEDs para uma participação mais intensa nas controvérsias da OMC, referenda seu apoio à proposta mexicana como possível solução⁴⁶². Em relação à comunidade de membros, as proposições são historicamente patrocinadas por PEDs, desde o primeiro movimento no GATT, até os documentos atuais colocados em circulação pelo México, Equador, Paquistão e Grupo dos PMDRs⁴⁶³. Por outro lado, até mesmo uma perfunctória análise das manifestações das demais delegações deixa depreender seu crescente apoio⁴⁶⁴. Não sem motivo, a compensação financeira foi inserida na proposta apresentada por Peter Balas em 2003 como possível texto-base para emendas ao ESC, assim como figura no último texto de consolidação de propostas divulgado pelo atual Presidente do grupo negociador na OMC, Embaixador Saborío Soto⁴⁶⁵. Por fim, a inclusão de mecanismos de pagamento pecuniário em vários acordos internacionais de livre comércio recentemente celebrados pelos Estados Unidos com parceiros como Chile, Cingapura e Marrocos, bem como em acordos laterais do NAFTA, se coloca como sinal evidente da gradual aceitabilidade da compensação monetária no cenário internacional⁴⁶⁶.

4.4 SANÇÃO

Em consonância com o espírito do “*do no harm*”, segundo o qual modificações nas normas de pacificação de divergências da OMC não deveriam alterar substancialmente seu formato atual, sob pena de ameaçar o apoio e credibilidade conquistados; em atenção à constatação de que as sanções ainda

⁴⁶² OMC. **2007 WTO Public Forum**: how can the WTO help harness globalization, cit., p. 116.

⁴⁶³ Cf. notas de rodapé n.4223 e n.422.

⁴⁶⁴ O informativo preparado periodicamente pela delegação brasileira sobre as negociações na OMC deixa transparecer que em reunião ocorrida em abril desse ano a CE, apesar de demonstrar algumas reservas, manifestou que a proposta mexicana traz avanços na implementação efetiva das decisões. No mesmo sentido, a Austrália também enxergou méritos no documento. Ministério Das Relações Exteriores. **Carta da Genebra**, Genebra: Missão Permanente do Brasil em Genebra, ano VII, vol. 4, junho de 2008, p.51.

⁴⁶⁵ Proposta Saborío JOB(08)/81.

⁴⁶⁶ DAVEY, William J. **Implementation in WTO dispute settlement**: an introduction to the problems and possible solutions, cit., p. 28-29.

desempenham papel importante para o adequado funcionamento desse mecanismo; e por inexistir alternativas suficientemente maduras para sua completa substituição, os tópicos seguintes concentram-se no estudo do feixe de propostas para aprimoramento da “suspensão de concessões ou outras obrigações contidas nos acordos da OMC”, comumente conhecida como retaliação. Ao contrário da metodologia até aqui levada a efeito, mediante a qual, após a apresentação de todas as propostas, se conduz o exame conjunto de suas peculiaridades, no presente tópico, cada proposta será apreciada separadamente de maneira a obter uma apresentação mais didática.

4.4.1 FORTALECIMENTO DA AMEAÇA DE SANÇÃO

4.4.1.1 APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA

Costuma-se afirmar que o caráter indutor da ameaça de sanção, na maioria dos casos, demonstra-se superior àquele emanado por sua concreta aplicação. Ou ainda, que as retaliações na esfera da OMC são projetadas para estimular o cumprimento, notadamente por meio de sua ameaça. Nessa esteira, Giorgio Sacerdoti expõe que a mera possibilidade de aplicar retaliações já contribui para a efetivação voluntária das decisões⁴⁶⁷.

A relevância da medida também seria corroborada pela observação de que, muitas vezes, as sanções são efetivadas com o objetivo principal de conferir credibilidade às ameaças do reclamante⁴⁶⁸. Busca-se deixar claro para a comunidade internacional que suas declarações não são vazias, e que, em não havendo cumprimento por seu adversário, ele estará disposto a percorrer todas as instâncias previstas na OMC para fazer valer seu direito. A título ilustrativo, o Canadá, ao impor 100% de tarifas sobre a importação de certos

⁴⁶⁷ OMC. **2007 WTO Public Forum**: how can the WTO help harness globalization, cit., p. 107. Na mesma esteira, o Prof. Alberto do Amaral Jr. entende que a ameaça de sanção é fator capaz de induzir a obediência. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC**, cit., p. 114.

⁴⁶⁸ HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p.22.

produtos da CE, em resposta a sua inadimplência, deixou clara sua intenção no próprio diploma normativo que instituiu a medida: “While the withdrawal of tariff concessions to the EU will likely prohibit \$11.3 million in trade, a failure to take such action would leave open doors for countries to take trade restriction actions against Canada without fear of recourse”⁴⁶⁹.

A partir dessas ponderações, importa averiguar a existência de propostas para incrementar a eficácia da ameaça de retaliação, especialmente quando se constata sua fragilidade na estrutura do sistema de solução de controvérsias da OMC. Devido à aparente contradição cronológica das normas do art. 22 do ESC, concebida como “*sequencing*”, o reclamante fica obrigado a exteriorizar sua vontade de retaliar em até trinta dias após o fim do prazo razoável para cumprimento, muito embora tal pedido, em regra, somente possa ser apreciado ao final de referido painel – que necessariamente leva mais do que trinta dias⁴⁷⁰. Como consequência, os litigantes costumam firmar acordos bilaterais para que mencionado requerimento de sanções seja suspenso, e possa ser ulteriormente examinado após a conclusão dos trabalhos do painel de implementação. Em termos práticos, o resultado desse procedimento é que o reclamante apresenta pedido de sanções apenas para reservar seu futuro direito, e não quando realmente detém a intenção de retaliar. A formalização do pedido de sanções perde força enquanto instrumento de indução, uma vez que recebida não como ameaça séria, mas como parte de um procedimento quase automático⁴⁷¹. Afinal, a interpretação predominante é de que caso o reclamante assim não proceda, perderá o direito de aprovação automática pelo OSC de seu

⁴⁶⁹ Canada Gazette. **European Union Surtax Order**. 28 July 1999, Vol. 133, No. 17, SOR/99-317, p. 2015.

⁴⁷⁰ Em breves linhas, o art. 22.6 do ESC determina que a autorização para retaliar deve ser assegurada dentro de 30 dias após o decurso do prazo razoável. Por sua vez, o art. 22.2 prescreve que a solicitação para retaliar somente pode ocorrer na hipótese de descumprimento das determinações do OSC, o que, em regra, dever ser declarado pelo painel de implementação, que necessariamente leva mais de 30 dias para se desincumbir de seu mister. Assim sendo, antes mesmo da decisão do painel de implementação, o reclamante deve encaminhar pedido de sanção, como forma de assegurar sua posterior ocorrência.

⁴⁷¹ “The mere fact that a complaining Member puts a request for authorization to retaliate on the DSB’s agenda is therefore not necessarily a reliable indicator of that Member’s willingness to impose retaliatory measures.” MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members’ preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, cit., p. p.9.

pedido de sanção, que passa a ficar condicionado, em momento posterior, ao consenso positivo dos membros.

A solução apontada para o problema da ameaça de sanção é simples, e se encerra em pequenos ajustes na redação do ESC. Variadas propostas contornam essa falha por meio da supressão da menção ao prazo de trinta dias para requerimento de sanções no texto do art. 22.6⁴⁷². Extinguindo-se referido limitador temporal, o reclamante ficaria livre para formalizar sua intenção de retaliar no momento político que entendesse mais oportuno para pressionar o reclamado. Ademais, o movimento passaria a ser percebido pelo membro renitente como ameaça iminente e sincera de retaliação, que tenderá a se consumir caso ele se recuse a conformar sua conduta com a decisão da OMC.

4.4.1.2 ANÁLISE DA PROPOSTA

a) Custos para o reclamante

O fortalecimento da ameaça de sanção não ocasiona custos econômicos imediatos para o reclamante, uma vez que a medida retaliatória, enquanto permanece no plano abstrato, não tem o condão de impor efeitos restritivos ao seu comércio. A imunidade, entretanto, não se estende à esfera política, vez que o prenúncio da aplicação de sanções pode ser suficiente para abalar seu relacionamento bilateral com o potencial retaliado⁴⁷³. De qualquer maneira, em um balanço global, os impactos negativos da medida tendem a ser inferiores do que aqueles inerentes à concreta utilização das sanções.

b) Capacidade de reunir grupos de apoio para o cumprimento

A alteração sugerida permite que a ameaça de aplicação de sanção seja efetivamente levada a sério por seus possíveis destinatários. A consequência é a intensificação do caráter de indução ao cumprimento promovido

⁴⁷² *Balas Text*, Art. 22.6; Proposta da CE TN/DS/W/1, Art. 21.3*bis*; Proposta do Japão TN/DS/W/32, Art. 22.1; Proposta do G6 (JOB(04)/52/Rev.1); Proposta conjunta da CE e Japão (JOB(05)71/Rev.1); Proposta Saborio JOB(08)/81.

⁴⁷³ Caso isso ocorra, será possível a superveniência de impactos de ordem econômica.

pela manobra. A sinalização do intento de retaliar poderá despertar, ou mesmo intensificar, o apoio de oficiais e grupos de interesses privados do reclamado no sentido de exigir o ajuste da conduta de seu governo, com o fim último de evitar a sanção anunciada. Deverá atrair, ainda, a atenção da comunidade internacional para a situação de desrespeito a suas normas, aumentando a pressão sobre o retaliado. Comprovar o poder de dissuasão da ameaça os inúmeros conflitos em que a implementação da decisão, ou uma solução mutuamente satisfatória, se seguiram imediatamente após o encaminhamento do pedido de retaliação⁴⁷⁴, ou até mesmo antes dele⁴⁷⁵. Nesse sentido é que a concreta aplicação de sanções chega a ser reputada como o anticlímax da ameaça, com resultados políticos inferiores em termos de indução ao cumprimento⁴⁷⁶.

c) Reflexos para setores privados

Os prejuízos sofridos pelos setores privados do reclamante não são imediatamente mitigados pela ameaça de sanção, muito embora a ferramenta contribua para o fim último por eles almejado, qual seja, a correção da obstrução às normas da OMC. Em relação aos segmentos privados do reclamado envolvidos na transgressão, inexistente certeza de que a ameaça alcançará seus interesses.

d) Aplicabilidade da medida

A ameaça de sanção recai exclusivamente sob a discricionariedade do reclamante, sem qualquer necessidade de intervenção do demandado. A proposta de modificação acima referida não interfere nessa característica. No que diz respeito ao presente critério, portanto, a medida revela-se extremamente positiva.

⁴⁷⁴ Malacrída entrevê a influência preponderante da ameaça de sanção para o êxito no desfecho dos seguintes contenciosos: *Australia-Salmon*, *Canada-Dairy*, *US-1916 Act*, *Japan-Apples*, *US-Softwood Lumber IV*, *US-Softwood Lumber V* e *US-Softwood Lumber VI*. MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, cit., p. p. 9.

⁴⁷⁵ Nessa categoria Malacrída coloca *Canada-Periodicals* e *Australia-Leather*. MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, cit., p. 10.

⁴⁷⁶ HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p. 22.

e) Conformidade com os princípios do sistema multilateral de comércio

Na medida em que a ameaça de sanção se circunscreve ao plano abstrato, seus efeitos restritivos ao comércio são bastante reduzidos quando comparados ao da retaliação propriamente dita. Sem embargo, a mera conjectura sobre a aplicação da sanção já é suficiente para provocar imprevisibilidade e insegurança nas relações entre as partes, o que fere os postulados do sistema multilateral de comércio. A sugestão de reforma no art. 22.6 do ESC não remedia tais defeitos, fazendo com que a ameaça continue com o potencial de romper a harmonia de aludidos princípios.

f) Aceitabilidade pelos membros da OMC

A modificação do ESC necessária para a introdução da proposta é pontual, e sua aceitação é praticamente pacífica no âmbito da OMC, notadamente porque integra o conjunto de mudanças recomendadas pelos membros para solucionar o problema de longa data conhecido como “*sequencing*”. Virtualmente todas as propostas que abordam mencionada contradição veiculam a eliminação do prazo de trinta dias para a manifestação do pedido de retaliação⁴⁷⁷.

4.4.2 FORTALECIMENTO DA RETALIAÇÃO CRUZADA

4.4.2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para os fins de aplicação de medidas coercitivas, a estrutura normativa da OMC é dividida em três grandes conjuntos, correspondentes às principais matérias nela regulamentadas: bens, serviços e propriedade intelectual⁴⁷⁸. Cada um desses acordos, por sua vez, se desdobra em setores

⁴⁷⁷ Cf. nota de rodapé n. 472

⁴⁷⁸ ESC, Art. 22.3(f). O conjunto de bens diz respeito aos tratados constantes do Anexo 1A do Acordo Constitutivo da OMC (v.g. GATT 1994, Acordo de Agricultura, Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio e Acordo de

distintos, agrupados em razão de suas características⁴⁷⁹. Enquanto a sanção convencional deve recair sobre o mesmo setor em que se verificou a ruptura das normas do sistema multilateral de comércio, a retaliação cruzada consiste na possibilidade de se efetivar sanção em setor ou acordo distintos.

Suas origens datam das negociações da Rodada Uruguai, e se fundamentam no anseio dos PDs em assegurar a eficácia de decisões versando sobre serviços e PI. Constatando a inexpressiva atuação comercial dos PEDs nessas áreas, os membros economicamente mais fortes se esforçaram para que o desrespeito ao *GATS - General Agreement on Trade in Services*⁴⁸⁰, e principalmente ao *TRIPS - Trade-related aspects of intellectual property rights*⁴⁸¹, pudesse ser legalmente respondido com sanções em bens (GATT). Caso contrário, alegavam, a medida restaria inviabilizada. A manobra foi fortemente oposta pelos PEDs, que temiam sofrer represálias em suas exportações por inobservância de obrigações no pouco familiar terreno da PI – propriedade intelectual⁴⁸². Apesar dos interesses antagônicos, prevaleceu a vontade dos PDs, que conseguiram incluir no art. 22.3 do ESC o direito de retaliação cruzada. A pressão exercida pelos PEDs, por seu turno, resultou na imposição de pré-requisitos para a concretização da medida, exigindo-se a impraticabilidade ou ineficácia da retaliação horizontal, e, em alguns casos, a existência de circunstâncias fáticas suficientemente sérias⁴⁸³.

Antidumping), bem como os acordos plurilaterais que integram o Anexo 4. O acordo sobre serviços trata-se do GATS – Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (Anexo 1B). Por fim, os direitos de propriedade intelectual estão encerrados no TRIPS – Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Anexo 1C).

⁴⁷⁹ ESC, Art. 22.3(f). A área de bens é interpretada como um bloco indivisível, sem distinções em seu interior. Já o acordo de serviços segmenta-se em 11 (onze) setores (v.g. serviços de empresa, comunicação, distribuição, educacionais, financeiros e transporte), e os direitos de PI se subdividem em 9 (nove) segmentos (v.g. direitos do autor, marcas e patentes).

⁴⁸⁰ Acordo Geral sobre Comércio de Serviços.

⁴⁸¹ Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio.

⁴⁸² CROOME, John. **Reshaping the world trading system: a history of the Uruguay Round**. Geneva: OMC, 1998, p. 113; 278-282.

⁴⁸³ “Paradoxically, in the Uruguay Round, it was the developing countries, fearing that cross-retaliation would be used against them to enforce obligations on TRIPS and GATS, which negotiated the present ‘safeguards’ into the DSU. As this paper implies, these ‘safeguards’ are of course counterproductive to their interests”. SUBRAMANIAN, Arvind; WATAL Jayashree. 2000. “Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO?”. **Journal of International Economic Law**, v. 3, n. 3, Oxford: Oxford University Press, p. 410.

Ao pleitear o direito de retaliação cruzada, no entanto, os PDs não anteciparam que ele poderia representar uma via de mão dupla, passível de utilização contrária aos seus interesses. Em divergências envolvendo o GATT, por exemplo, os PEDs teriam a chance de pressionar os PDs por ameaças aos seus serviços ou direitos incorpóreos de PI⁴⁸⁴. Em verdade, nem mesmo os PEDs vislumbraram essa alternativa, rejeitando com veemência as investidas daqueles que patrocinavam a proposta de retaliação cruzada. Sem conseguir impedi-las, os PEDs reclamaram então o levantamento de barreiras que dificultassem sua ocorrência. A resistência causada por essa interpretação limitada de que o mecanismo somente aproveitaria aos PDs, permaneceu mesmo depois da conclusão da Rodada, como se depreende da proposta elaborada pelo Paquistão em 1999, defendendo a revogação do instituto⁴⁸⁵.

As vantagens para os PEDs ensejadas pela retaliação cruzada somente começaram a ser exploradas quando o Equador resolveu solicitar, no contexto da disputa *EC-Bananas III (Ecuador)*, autorização inédita para suspender obrigações consubstanciadas no TRIPS, sob o argumento de que a CE não teria corrigido seu regime discriminatório de importação, venda e distribuição de bananas. Muito embora o país latino-americano tenha deixado de efetivar seu direito, a controvérsia se tornou paradigmática, revelando os benefícios da retaliação cruzada para a promoção dos interesses dos PEDs. Os elogios manifestados na reunião do OSC que sucedeu à aprovação do pedido equatoriano demonstra essa importante repercussão⁴⁸⁶. O panorama voltou a se repetir em *US – Gambling*, quando se autorizou Antígua e Barbuda a retaliar os

⁴⁸⁴ “This use of cross-retaliation was not foreseen by negotiators in the Uruguay Round, who had envisaged cross-retaliation as an instrument to enforce the TRIPS agreement (since developing countries were not major exporters of intellectual property-intensive goods) rather than as a vehicle for developing country retaliation”. HUDEC, Robert. **Developing countries in the GATT/WTO legal system**, p. 106.

⁴⁸⁵ Ver proposta WT/GC/W/162, p.3.

⁴⁸⁶ Ressalta-se o registro do representante da Guatemala, que aponta a felicidade de seu país em perceber que “not only the dispute settlement procedure was available to developing countries, but that the drafters had considered the need for a suitable and effective solution to ensure that the results of such proceedings were not merely theoretical.” Na mesma esteira, o diplomata de Honduras enaltece que “Even those Members who could not withdraw tariff concessions because of their weak economies could take measures in other sectors. This had given some breathing space to the multilateral trading system.” E até mesmo a delegação dos Estados Unidos manifesta que “One of the central elements of the Uruguay Round package was the ultimate right of a Member to cross-retaliate when it considered it necessary under Article 22.3 of the DSU”. OMC. **Dispute settlement body**: minutes of meeting. WT/DSB/M/78. 12 May 2000. Geneva: OMC.

Estados Unidos em PI e serviços de comunicação, sendo que o litígio envolvia infrações em serviços de jogos de azar e apostas *online*⁴⁸⁷. Por fim, também o Brasil ensaiou a manobra, formulando requerimento para aplicar sanções em serviços e PI em resposta à manutenção de subsídios ilegais concedidos pelos Estados Unidos para sua produção de algodão, conforme reconhecido em *US – Upland Cotton*⁴⁸⁸.

4.4.2.2 APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS⁴⁸⁹

Resultados mais eficazes na indução ao cumprimento de decisões benéficas aos PEDs não estão condicionados a mudanças nas normas do sistema de controvérsias da OMC. O melhor aproveitamento de seus mecanismos também poderá garantir bons frutos. A retaliação cruzada, por exemplo, especialmente na área de PI, se erige como instrumento que, utilizado de forma mais recorrente, poderá resguardar os interesses de membros de menor estatura econômica. O histórico da OMC registra apenas três pedidos de retaliação cruzada, dos quais somente dois foram apreciados⁴⁹⁰. Além disso, em nenhum deles os reclamantes concretizaram a medida, fazendo com que ela ainda hoje permaneça cinscunscrita ao plano teórico. Conclui-se, portanto, que existe amplo terreno a ser explorado para a descoberta das potencialidades da retaliação cruzada, sendo necessário melhor definir a interpretação reservada aos pré-requisitos de sua aplicação (v.g. impraticabilidade ou ineficácia), bem como examinar seus efeitos práticos (v.g. necessidade de legislação doméstica

⁴⁸⁷ Ver documento WT/DS285/22.

⁴⁸⁸ Ver documentos WT/DS267/21 e WT/DS267/26

⁴⁸⁹ Considerando que as principais propostas, as maiores promessas, e as mais interessantes peculiaridades dizem respeito à retaliação cruzada em PI, essa será a modalidade selecionada para análise nos tópicos 5.2.2 e 5.2.3. A retaliação cruzada em serviços não será objeto de considerações específicas.

⁴⁹⁰ A análise dos dois requerimentos feitos no contexto do contencioso *US-Upland Cotton* (em relação aos subsídios proibidos e aos recoráveis) foram suspensas por mútuo acordo entre as partes com o objetivo de conduzir o painel de implementação. Apenas agora, após a adoção de sua decisão final pelo OSC, é que o Brasil irá reapresentar pedido para aplicar retaliações cruzadas.

específica, conflito com outros acordos internacionais de PI, problemas decorrentes da suspensão desses direitos)⁴⁹¹.

Por outro lado, vale mencionar que também existe um conjunto de iniciativas para reformar as regras concernentes à aplicação da retaliação cruzada, notadamente com o escopo de sua facilitação. Nesse sentido, ressaltam-se as propostas sobre tratamento especial e diferenciado para PEDs, que lhes outorgariam completa liberdade na escolha dos setores para retaliar, sob a justificativa de que as exigências atuais delineadas no art. 22:3 do ESC impõem ônus excessivos⁴⁹². O benefício, em consonância com essas proposições, seria limitado aos PEDs, não sendo aplicável quando o pólo ativo é ocupado por PDs.

4.4.2.3 ANÁLISE DAS PROPOSTAS

a) Custos para o reclamante

Em tese, a retaliação cruzada em PI ameniza os efeitos colaterais de ordem econômica característicos da sanção tradicional, uma vez que, ao invés de aumentar, reduz os custos de aquisição dos bens por ela atingidos, isentando-os do pagamento de direitos de PI incidentes⁴⁹³. Como corolário, o consumo interno desses produtos tende a aumentar, com possíveis efeitos positivos para a indústria cultural, bem como para o desenvolvimento, produção e domínio de tecnologias no território nacional⁴⁹⁴. Um exemplo seria a possibilidade de

⁴⁹¹ Para maiores detalhes sobre as interpretações do OSC sobre os requisitos para aplicação de retaliações cruzadas, bem como os desdobramentos práticos de sua adoção, ver ÁRABE NETO, Abrão M.; ARBIX, Daniel. **Retaliação cruzada em propriedade intelectual**: alternativa para uma atuação mais eficaz dos Países em Desenvolvimento no sistema de solução de controvérsias da OMC, cit.

⁴⁹² Ver proposta TN/DS/W/19 (Cuba, Honduras, Índia, Indonésia, Malásia, Paquistão, Sri Lanka, Tanzânia e Zimbábue); proposta TN/DS/W/47 (Cuba, Honduras, Índia, Jamaica, Malásia e República Dominicana); e proposta JOB(06)/222 (Cuba, Egito, Índia, Malásia e Paquistão).

⁴⁹³ *"In the case of TRIPS retaliation, denying foreign IP rights, at least in the short run, results in assets being available at a lower price, i.e. has the opposite effect of a retaliatory tariff"*. OMC. **World trade report 2007**: six decades of multilateral trade cooperation: what have we learnt?. Genebra: WTO Publications, 2008, p. 285, nota n. 239. Disponível em <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/world_trade_report07_e.pdf> Acesso em 15/09/2008.

⁴⁹⁴ *"Another added value lies in the potential to generate positive welfare effects: if implemented wisely, suspending TRIPS obligations can create temporary policy space for designing the domestic intellectual property regime in a way that facilitates technological development and*

fabricação de medicamentos ou divulgação de conhecimentos com menores custos, o que incrementaria o bem-estar dos cidadãos situados no reclamante. Em contrapartida, podem ocorrer impactos negativos sobre a capacidade do membro em atrair investimentos, posto que a retaliação gera insegurança para o fluxo internacional de capitais. A adoção da medida também pode gerar fortes atritos na esfera política, devido ao enorme poder concentrado pelos representantes da indústria de bens intelectuais, bem como pela atenção que ela é capaz de atrair na comunidade internacional e no interior do retaliado⁴⁹⁵.

Na proporção em que as mudanças defendidas pelos PEDs facilitariam o uso da retaliação cruzada, pode-se dizer que sua aprovação atenuaria os custos econômicos que eles se sujeitam, posto que não teriam a necessidade de recorrer à retaliação convencional.

b) Capacidade de reunir grupos de apoio para o cumprimento

A retaliação cruzada em PI revela enorme capacidade para reunir grupos de apoio para o cumprimento, especialmente em razão da sensibilidade política da pauta “propriedade intelectual”, e da articulação e força dos setores que a detêm⁴⁹⁶. Basta, para ilustrar a assertiva, fazer menção aos segmentos farmacêutico, da tecnologia da informação e da indústria do entretenimento. Esses setores, uma vez afetados, ou meramente ameaçados, tendem a exercer enorme pressão na forma de lobby e de outros canais de ação sobre seu governo, exigindo a correção da conduta desconforme.

Subramanian e Watal afirmam que, ao contrário da retaliação convencional, que atinge muitos fornecedores, a suspensão de obrigações em

domestic innovation through imitation and technological learning”. RUSE-KHAN, Henning Grosse. **Suspending IP obligations under TRIPS: a viable alternative to enforce prevailing WTO rulings?**. Center for International Environmental Law, April 2008, p.1.

⁴⁹⁵ A mera expectativa de retaliações cruzadas no contencioso do algodão foi suficiente para que representantes da indústria dos Estados Unidos acusassem o Brasil de pretender oficializar a “pirataria de Estado”. Alguns especialistas ouvidos pelo “*Los Angeles Times*”, previram, ainda, uma reação agressiva desse país, caso retaliado. Valor Econômico. **Quebra de patente pode virar arma**. Sergio Leo. 14 Junho 2005. Caderno Agronegócios.

⁴⁹⁶ Ressaltando sua relevância, Ruse-Khan anota que direitos de PI são “often the main asset of most advanced, high technology industries since more and more products and services are to some extent protected by various IP rights (such as patents, copyrights, industrial designs, geographical indications or trademarks).” RUSE-KHAN, Henning Grosse. **Suspending IP obligations under TRIPS: a viable alternative to enforce prevailing WTO rulings?**, cit., , p. 2.

TRIPS revela habilidade para selecionar empresas específicas, assim como costuma ocorrer em investigações antidumping, o que permitiria a seleção de grupos de pressão ativos, dotados de recursos econômicos e peso político relevantes⁴⁹⁷. Nesse sentido, é possível remeter para a disputa *EC – Bananas III (Ecuador)*, na qual o governo equatoriano, ao solicitar permissão para retaliação cruzada, indicou direitos específicos, que entendia sensíveis para indústrias vocais dos países europeus afetados. Por outro lado, deixou de lado países que haviam sido contrários à manutenção do regime de bananas contestado na OMC, como Holanda e Dinamarca. Essa possibilidade de escolha de alvos “jurídicos” permite transmitir uma mensagem política clara aos defensores da violação⁴⁹⁸.

Outra vantagem da ferramenta é que seus destinatários não têm como se esquivar de seu alcance, sofrendo efetivamente seus efeitos deletérios. Não é possível simplesmente desviar parcela da produção para outros mercados, como fariam fabricantes de bens, ou prestadores de serviços. Apesar de sua potencialidade, resta a advertência de que a medida não deve ser superestimada. Não obstante possa aumentar o grau de indução ao cumprimento exercido por PEDs, as limitações aos membros com poderio político e econômico reduzido tendem a subsistir em controvérsias contra as principais potências internacionais. Na medida em que as propostas atualmente divulgadas pelos membros da OMC facilitam a aplicação de retaliação cruzada por PEDs, verificam-se reflexos positivos em sua capacidade para reunir apoio a seu favor.

c) Reflexos para setores privados

A ocorrência de reflexos positivos para os interesses privados lesados pela ofensa das normas da OMC dependerá de certa dose de criatividade

⁴⁹⁷ SUBRAMANIAN, Arvind; WATAL Jayashree. 2000. “Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO?”. *Journal of International Economic Law*, cit., p. 407-408.

⁴⁹⁸ ÁRABE NETO, Abrão M.; ARBIX, Daniel. **Retaliação cruzada em propriedade intelectual: alternativa para uma atuação mais eficaz dos Países em Desenvolvimento no sistema de solução de controvérsias da OMC**, cit., p. 28. No mesmo sentido Smith assenta que “Ecuador was careful to restrict its targets to categories of intellectual property in which there was little or no technology transfer, so as not to jeopardize its access to valuable technologies. Music and alcohol, after all, are the functional equivalent of consumer non-durables in the context of intellectual property.” SMITH, James M. **Compliance Bargaining in the WTO: Ecuador and the Bananas Dispute**. Trabalho apresentado à Conference on Developing Countries and the Trade Negotiation Process – UNCTAD (November 2003), p.15. Disponível em <<http://www.ruig-gian.org/ressources/duPont-Smith.pdf>> Acesso em 10/09/2007.

do retaliante na busca por direitos de PI que possam atenuar seus danos. A título exemplificativo, no contencioso *US – Upland Cotton*, uma opção aventada seria a suspensão do pagamento de *royalties* sobre cultivares de algodão, insumos ou tecnologias de produção relacionadas ao setor cotonicultor (v.g. agrotóxicos e fertilizantes)⁴⁹⁹. No que diz respeito aos setores privados do reclamado, a medida raramente deixará de ensejar distorções: as retaliações são cruzadas, é dizer, invariavelmente aplicadas em setores, ou mesmo acordos, sem envolvimento na infração condenada pela OMC. As partes afetadas pela contramedida do reclamante até poderão apresentar pontos de contato com o setor responsável pela violação (v.g. hipótese em que os produtores subsidiados de algodão são detentores dos direitos de propriedade de novas espécies da planta, ou têm participação acionária nos fabricantes de herbicidas). Todavia, dificilmente essa situação terá lugar com frequência no mundo real. Importa salientar que as propostas encaminhadas pelos membros da OMC para reforma da retaliação cruzada não modificam o diagnóstico apresentado no presente critério.

d) Aplicabilidade da medida

A retaliação cruzada partilha da característica de unilateralidade comum às sanções. Assim, as vantagens descritas no capítulo 3 acerca de sua aplicabilidade podem ser parcialmente estendidas à retaliação cruzada, ressaltando-se a existência de alguns limitadores⁵⁰⁰. Em primeiro lugar, sua permissão exige a comprovação de “impraticabilidade” ou “ineficácia” da sanção convencional. Caso a medida tencione exceder os lindes do acordo desrespeitado, para alcançar outros acordos, é necessária ainda a verificação de circunstâncias suficientemente graves. Ademais, existe uma série de fatores que precisam ser observados, como (a) o comércio relativo ao setor ou acordo no qual ocorreu a violação, (b) a respectiva importância desse comércio para o reclamante, (c) os elementos econômicos gerais decorrentes do ato transgressor, e (d) as consequências econômicas gerais da sanção pretendida. Considerando

⁴⁹⁹ Sugestão feita pelo presidente da ABRAPA. Valor Econômico. **País vence disputa por algodão e pode retaliar Estados Unidos**. Sergio Leo. 3 Junho 2008.

⁵⁰⁰ Em posição contrária, Ruse-Khan entende que os requisitos para efetivação da retaliação cruzada são fáceis de serem atendidos, não impondo restrições substanciais para os PEDs. A pirate of the Caribbean?: the attractions of suspending TRIPS obligations. **Journal of International Economic Law**, N. 11, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 314-318.

que as propostas mencionadas acima visam justamente eliminar tais limitadores, seu resultado facilitaria a aplicabilidade da retaliação cruzada por PEDs⁵⁰¹.

Outra restrição atual ao manejo do mecanismo se encontra na necessidade de legislação interna para regulamentar a suspensão de obrigações do TRIPS, de maneira que seja lícita a interferência estatal sobre direitos previamente assegurados pela lei de PI do retaliante. Não restam dúvidas de que a competência para se desincumbir dessa determinação não ultrapassa as fronteiras do próprio reclamante. Todavia, a elaboração e aprovação de diploma normativo costuma repontar como óbice de difícil transposição, que prejudica a aplicabilidade da medida. Nesse sentido, Subramanian e Watal sustentam que o principal obstáculo para o uso da retaliação em TRIPS pode residir não na OMC, mas na falta de previsão legal específica no arcabouço jurídico dos PEDs, enquanto potenciais aplicadores do instrumento⁵⁰². Essa a presente situação no Brasil, onde tramitam projetos legislativos para introduzir tal dispositivo no texto da Lei de Propriedade Intelectual (Lei n. 9.279/96), cujo incentivo pode ser encontrado na intenção de viabilizar medidas dessa natureza no âmbito da controvérsia *US–Upland Cotton*)⁵⁰³. Por fim, acrescenta-se que a retaliação deve se mostrar em consonância com as normas internacionais, evitando-se eventuais ilícitos de direito internacional público, notadamente em razão da extensa malha de tratados que regulamentam a PI. As sugestões de mudanças patrocinadas

⁵⁰¹ Malacrida sustenta que essas propostas reduziriam o custo “To the extent that this proposal would reduce the cost of retaliation and this reduction of cost would have a positive impact on developing country Members' willingness to retaliate, the proposal would make retaliation a more useful enforcement mechanism for this subset of Members”. MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, cit., p. 20-21.

⁵⁰² SUBRAMANIAN, Arvind; WATAL Jayashree. 2000. “Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO?”. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 415.

⁵⁰³ Existem em trâmite atualmente na Câmara dos Deputados dois projetos de lei sobre a matéria. O primeiro, PL 5489/2005, de autoria do Deputado Fernando Gabeira (PV/RJ), busca “estabelecer a suspensão temporária dos direitos patentários” nas hipóteses de “descumprimento dos compromissos assumidos na OMC”. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/318181.pdf>>. Acesso em 14.08.2008. O segundo, assinado pelo Deputado Paulo Teixeira (PT/SP), se traduz no PL 1893/2007 que “dispõe sobre medidas de suspensão e diluição temporárias ou extinção da proteção de direitos de propriedade intelectual no Brasil em caso de descumprimento de obrigações multilaterais por Estado estrangeiro no âmbito da Organização Mundial do Comércio.” Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/497234.pdf>>. Acesso em 15.08.2008.

pela propostas existentes até o momento não influenciam quaisquer dessas características.

e) Conformidade com os princípios do sistema multilateral de comércio

O instituto da retaliação cruzada em PI é alvo de críticas contundentes por perturbar a sintonia dos postulados do sistema multilateral de comércio. Sua concretização atenta contra os valores de previsibilidade e segurança do comércio internacional. Ademais, ao impor restrições discriminatórias para determinados direitos de propriedade situados no reclamado, ela acaba por romper com o postulado do tratamento nacional, um dos fundamentos estruturais do Acordo TRIPS (art. 3º). Nesse contexto, Nuno Carvalho adverte que o instituto não passaria de uma “falsa solução” para os PEDs, não apenas porque seriam obrigados a suspender as patentes de seus próprios cidadãos, em atenção ao princípio do tratamento nacional, mas também por ensejar represálias fora do âmbito da OMC, com fundamento na Convenção de Paris, por eventual ofensa aos direitos de PI de nacionais de outros membros não envolvidos na controvérsia ⁵⁰⁴. Convém salientar que essas distorções não seriam reparadas pelas propostas hoje em debate no âmbito das reformas das normas contidas no ESC.

f) Aceitabilidade pelos membros da OMC

A recomendação para se incentivar o uso da retaliação cruzada como instrumento de resguardo dos interesses dos PEDs pode ser implementada por duas vias. A primeira corresponde à modificação da postura dos membros da OMC, e não de suas normas. O instituto, tal qual delineado atualmente, poderia ser melhor explorado pelos reclamantes, especialmente PEDs. Nesse viés, o presente critério se mostra irrelevante. Situação diversa, no entanto, se verifica em relação às propostas para eliminar a hierarquia vigente no contexto das sanções, elevando a retaliação cruzada ao mesmo patamar de sua vertente convencional por meio da supressão das exigência do art. 22.3 do ESC – ao

⁵⁰⁴ CARVALHO, Nuno Pires. Entrevista. E-mail, 16.07.2008. Nuno Carvalho exerce o cargo de *Acting Director* do Departamento Legislativo para Políticas Públicas e Desenvolvimento da OMPI

menos para PEDs. Impende registrar que o documento nesse sentido apresentado por Cuba, Egito, Índia, Malásia e Paquistão⁵⁰⁵ foi incluído, mesmo que em colchetes, no texto base para os trabalhos do grupo negociador de reformas no ESC.⁵⁰⁶ Certamente sua aceitação sofrerá considerável resistência pelos PDs, que seriam os principais membros a arcar com o fortalecimento da retaliação cruzada, notadamente em PI. Considerando o poder e influência dos detentores de bens intelectuais, pode-se antecipar que, apesar de factível, a concretização de referidos avanços exigirá substancial capital negociador por parte de seus defensores.

4.5 RETALIAÇÃO COLETIVA

4.5.1 APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS

A proposta a favor da retaliação coletiva foi lançada em 1965, no âmbito do GATT⁵⁰⁷. Sua motivação – em sintonia com aquela verificada na compensação financeira, que aparece na mesma época – residia na dificuldade enfrentada pelos atores de menor inserção internacional para assegurar seus direitos em face de PDs. Diante da alegada injustiça do sistema bilateral de sanções, de restrita aplicabilidade por PEDs, notadamente em razão de seus efeitos colaterais, surge a idéia do caráter coletivo da retaliação: múltiplas partes atuariam em conjunto para, na medida de suas possibilidades, efetivar sanções. O objetivo de induzir o cumprimento seria alcançado pela soma de ações individuais. Dessa maneira, a posição desfavorável enfrentada por PMDs e PEDs no emprego de sanções seria corrigida pelo compartilhamento de seus ônus, bem como potencialização de suas vantagens para o demandante.

Subjacente a essa proposta, vislumbra-se a percepção da norma do sistema multilateral de comércio como bem comum da coletividade

⁵⁰⁵ Proposta JOB(06)/222, Corr.1.

⁵⁰⁶ Proposta Saborío JOB(08)/81.

⁵⁰⁷ Ver documentos COM.TD/F/W.1 e COM.TD/F/W.4.

internacional. O desrespeito ao seu conteúdo passa a ser interpretado como prejudicial a todos. Assim sendo, na medida em que as decisões do mecanismo de controvérsias da OMC reparam essa conduta transviada, o estímulo ao seu cumprimento se erige ao patamar de dever coletivo, que aproveita à integralidade dos membros. Fala-se, por conseguinte, no “princípio da responsabilidade coletiva”⁵⁰⁸. Mesmo que a infração prejudique diretamente apenas um indivíduo, seus reflexos mediatos alcançam os demais membros, pois ameaça a credibilidade e efetividade do sistema como um todo. Em consonância com Cho, a violação da norma somente pode ser suprimida com a reafirmação do sistema normativo ofendido⁵⁰⁹. Na perspectiva ora apresentada, essa tarefa recairia sobre todos os membros indistintamente.

Apesar de suas vestutas raízes, o instituto ainda encontra substancial representação na OMC, como se observa em várias propostas distribuídas entre os membros. Algumas delas introduzem a automaticidade da medida coletiva em litígios envolvendo PMDs ou PEDs, como decorrência de tratamento especial e diferenciado⁵¹⁰. Outras assinalam a possibilidade de “retaliação em larga escala” somente quando as demais medidas de indução se mostrem infrutíferas, independente da condição econômica do reclamante⁵¹¹. A sugestão mais recente, datada de março do corrente ano, aponta para o direito de um grupo de membros recorrer conjuntamente a sanções em prol de PMDs ou PEDs⁵¹². Em abordagem um pouco distinta, Pauwelyn divulga a retaliação coletiva no sentido de se criar um “*fast-track procedure*” para permitir que outros membros, em situação semelhante àquela apreciada e condenada pela OMC, possam receber o direito de também retaliar em conjunto com o demandante da controvérsia inicial⁵¹³.

⁵⁰⁸ TN/DS/W/17, p. 4.

⁵⁰⁹ “Therefore, under the WTO, a violation should be deemed not as a breach of contract but as damage to the legal system whose sole remedy is to repair the system by re-confirming its rules”. CHO, Sungjoon. The nature of remedies in international trade law. **University of Pittsburgh Law Review**, cit., p. 792.

⁵¹⁰ Proposta PMDs, TN/DS/W/17, p.4; Proposta Haiti, TN/DS/W/37, Art. 22.6.(b); Propostas Grupo Africano, TN/DS/W/15, p. 3 e TN/DS/42, Art. 22.6.(b).

⁵¹¹ Proposta Equador, TN/DS/W/9, p. 5.

⁵¹² Proposta Grupo Africano, TN/DS/W/92, Art. 22.6.(b).

⁵¹³ PAUWELYN, Joost. **Entrevista ao autor**. Genebra, 05 de abril de 2008.

4.5.2 ANÁLISE DAS PROPOSTAS

a) Custos para o reclamante

Dentre os objetivos precípuos da retaliação coletiva está o de atenuar os custos da sanção para reclamante, notadamente PMDs e PEDs⁵¹⁴. Por meio dela partilham-se os ônus econômicos e políticos inerentes à sanção tradicional. O desgaste econômico é manifestamente reduzido, vez que vários sujeitos se unem para perfazer o ato retaliatório, distribuindo entre eles o montante dos direitos a serem suspensos. Como consequência, o reclamante suportará menos impactos econômicos do que se tivesse que retaliar solitariamente. Os efeitos prejudiciais de natureza política, por sua vez, também são minimizados, porquanto a participação de outros membros retira, ao menos parcialmente, o foco do reclamante. Muito embora ele possa ser apontado como o responsável pela represália, existirão outros retaliantes em ação, o que confere maior legitimidade para a medida, e reduz o espaço para protestos pelo demandado.

b) Capacidade de reunir grupos de apoio para o cumprimento

Na medida em que a proposta abre as portas do instrumento retaliatório para membros da OMC que antes não poderiam manuseá-lo com eficácia, resta evidente o incremento em sua capacidade de arrecadar apoio para as decisões que lhes beneficiam. A efetiva utilização da sanção por esses membros, ou mesmo a imposição de uma ameaça crível, engrossa as fileiras daqueles que se mostram favoráveis à adequação da conduta condenada, principalmente no âmbito do potencial retaliado. Por exemplo, ganhasse Antigua e Barbuda o direito de retaliar os Estados Unidos em um montante considerável, por consequência do contencioso *US-Gambling*, dificilmente o país caribenho conseguiria implementar tal direito, devido à limitação de sua pauta comercial.

⁵¹⁴ “Under such conditions, participation by other Members in a collective retaliation exercise could lower the economic cost of retaliation for a developing country Member via a burden-sharing effect”. MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. *Journal of World Trade*, cit., p. 21.

Todavia, fossem as sanções aplicadas conjuntamente com outros membros, até sua hipotética integralidade, os Estados Unidos sofreriam maior pressão para modificar seu comportamento, inclusive por grupos privados situados em seu território. Ademais, considerando que a retaliação coletiva reclama a participação de outros membros, isso poderia se traduzir em maior apoio na esfera governamental do reclamado. Se parcela da comunidade internacional alia-se ao reclamante para retaliar o membro renitente, fica mais evidente as repercussões negativas de seu descumprimento prolongado.

c) Reflexos para setores privados

Tomando-se como referência a retaliação convencional, depura-se que a vertente coletiva da sanção acarreta reflexos negativos mais amenos para os setores privados do reclamante. Afinal, sua cota de suspensão de obrigações será menor do que se tivesse que agir individualmente. Por outro lado, os impactos para o reclamado tendem a permanecer iguais, desde que respeitados os limites de equivalência dos prejuízos causados pela violação. Caso contrário, se houver possibilidade de sanção punitiva, com montante superior aos danos registrados, os interesses particulares do reclamado certamente serão mais afetados. Uma novidade seria a ocorrência de reflexos negativos para os setores privados das terceiras partes dispostas a compartilhar os ônus da retaliação com o demandante. Tal constatação demonstra que a medida não corrige satisfatoriamente a distorção provocada pela sanção tradicional. Não obstante, salienta-se que mencionados reflexos seriam rateados entre todos os envolvidos, redundando em efeitos substancialmente menores para cada co-retaliante.

d) Aplicabilidade da medida

O critério da aplicabilidade reflete uma complexidade adicional da presente modalidade de sanção. A necessidade de assentimento de outros membros da OMC para atuarem como parceiros do demandante na atividade retaliatória, se não inviabiliza, ao menos dificulta exponencialmente sua concretização⁵¹⁵. Considerando-se os prejuízos econômicos e políticos

⁵¹⁵ LAWRENCE, Robert Z. **Crimes and punishments?: retaliation under the WTO**, cit., p. 86.

acarretados pelas sanções, mesmo quando suportadas conjuntamente com outros participantes, nota-se que o trabalho para convencer o envolvimento de terceiros deverá ser penoso. Não se deve esperar o predomínio de um espírito benevolente nas relações entre os membros da entidade. Ademais, o entendimento de que a implementação de suas decisões é um dever que cumpre a todos ainda está longe de estar sedimentado. Uma opção criativa para mais facilmente arrebatara a participação de outros membros, garantindo a retaliação coletiva, seria firmar compromissos de apoio recíproco na égide de grupos com interesses semelhantes (v.g. Mercosul, Comunidade Andina, Grupo Africano, PMDs, G-20, *RAMs – Recently Acceded Members*⁵¹⁶, ACPs). Sem embargo, a alternativa dependeria de intensa negociação com os potenciais co-patrocinadores, e não garantiria o sucesso da medida. Além disso, alianças muito frágeis poderiam não atingir força suficiente para induzir o cumprimento.

Algumas iniciativas sustentam que a dificuldade da aplicação do mecanismo poderia ser revertida com o estabelecimento de retaliação coletiva mandatória, tornando imperativo o envolvimento de terceiros. Todavia, a idéia não parece ser muito atrativa, tendo em vista que eliminaria a discricionariedade dos membros em selecionar as divergências mais apropriadas para sua participação. Adicionalmente, a medida enseja uma variedade de questionamentos sobre sua operacionalização: como eleger os membros que devem figurar como retaliantes? Qual o montante de suspensão de concessões incumbiria a cada um? Haveria divisão igualitária do valor da sanção ou cada co-retaliante contribuiria na proporção de seus limites, respeitando as restrições dos PEDs? Todos aplicariam sanções na mesma área? A participação cumulativa em sucessivas medidas não traria prejuízos excessivos?

Outra legítima preocupação que se levanta na discussão da retaliação coletiva concerne ao montante da suspensão de concessões. Como a permissão para retaliar seria concedida a vários membros, cumpre saber se a soma de suas reações individuais precisaria obedecer ao princípio da

⁵¹⁶ A sigla em português significa “Membros Recentemente Incorporados”, fazendo alusão aos sujeitos de direito internacional que apenas recentemente passaram a integrar a OMC na condição de membros, como Albânia, Arábia Saudita, Armênia, Arábia Saudita, Ex-República Iugoslava da Macedônia, República Moldova, Tonga, Ucrânia e Vietnã.

equivalência dos prejuízos (art. 22.4 do ESC). As opiniões divergem, havendo defensores da possibilidade de sanções desproporcionais⁵¹⁷, e aqueles que entendem mais razoável guardar coerência com as normas atuais sobre o teto da retaliações. Em verdade, a discussão aqui desemboca na questão da oportunidade em se adotar – ou não – sanção punitiva. Sem embargo, para alguns doutrinadores, a única forma de se evitar sanção punitiva nesse caso seria levar em conta o “fator de desenvolvimento” no cálculo do dano, resultando em um direito de retaliação com valores substanciais⁵¹⁸.

e) Conformidade com os princípios do sistema multilateral de comércio

As desconformidades da retaliação coletiva com os princípios do sistema multilateral de comércio acompanham, em grande parte, aquelas já discutidas em relação à sanção convencional. O caráter multilateral da retaliação, no entanto, significa um número maior de membros agindo de maneira contraditória com os valores desse sistema, o que poderia banalizar manifestações protecionistas no cenário internacional, e causar insegurança e imprevisibilidade exageradas. Em última instância, o número de restrições comerciais poderia até mesmo sufocar os canais de comércio. Por tudo isso, as reservas ao mecanismo se mostram mais contundentes que no que se refere a sua vertente tradicional. Caso a medida contenha traços de sanção punitiva, tornando desnecessária a observância do princípio da proporcionalidade entre retaliação e prejuízos, suas inconsistências se mostrariam ainda mais graves.

f) Aceitabilidade pelos membros da OMC.

De certa maneira, os efeitos da retaliação coletiva podem ser parcialmente alcançados sob a égide das normas atuais. Nas hipóteses em que vários membros interpõem, conjuntamente, uma única reclamação⁵¹⁹, ou iniciem, de maneira autônoma, procedimentos individuais em desfavor de uma mesma

⁵¹⁷ Proposta PMD, TN/DS/W/17, p.4; Proposta Haiti, TN/DS/W/37, Art. 22.6.(b).

⁵¹⁸ “By definition, this retaliation would also have been punitive in amount, unless one allowed a ‘development multiplier’ to inflate the measurement of harm to developing countries”. HUDEC, Robert. *Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement*, cit., p.27.

⁵¹⁹ Em *US-Offset Act (Byrd Amendment)*, Austrália, Brasil, CE, Chile, Índia, Indonésia, Japão, Korea e Tailândia iniciaram conjuntamente a controvérsia de DS217, enquanto Canadá e México se uniram no polo ativo da disputa DS234.

medida⁵²⁰, seria possível se falar em retaliação coletiva no sentido de mais de um membro com direito de aplicar sanção contra o mesmo reclamado, e com lastro em um mesmo fundamento. A ressalva, em relação à proposta discutida no presente tópico, seria a de que mencionado direito se restringiria aos reclamantes, e sua extensão estaria condicionada aos prejuízos arbitrados para cada um deles⁵²¹. Um exemplo dessa possibilidade se entrevê no feixe de disputas *EC-Hormones*, no qual Estados Unidos e Canadá aplicaram sanções contra a CE, por decorrência da mesma violação do Acordo de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias. Na mesma esteira, o contencioso *US-Offset Act (Byrd Amendment)* afigura-se emblemático, vez que Canadá, CE, México e Japão suspenderam concessões contra os Estados Unidos como consequência da mesma legislação, enquanto Brasil, Chile, Índia e Coréia, que também haviam recebido autorização para retaliar, não a implementaram, procurando se beneficiar reflexamente das reações alheias. Em ambos os casos, verifica-se que os múltiplos reclamantes poderiam concertar a proporção em que cada um suspenderia concessões, distribuindo os ônus da medida retaliatória, sem prejudicar seu caráter indutor ao cumprimento.

Todavia, como antecipado, o alcance dessas medidas são limitados, e não satisfazem o anseio vislumbrado na retaliação coletiva propriamente dita: garantir a possibilidade de a sanção ser efetivada por membros que não participaram da controvérsia⁵²². Para tanto, alterações no ESC seriam obrigatoriamente necessárias. De acordo com os tópicos acima se verifica que inúmeros membros defendem a introdução da retaliação coletiva. Entretanto, a maioria deles são PMDs, e alguns poucos PEDs, com poder de barganha limitado para conseguir a aprovação de referidas mudanças. A falta de consenso de suas propostas se revela nas consolidações de emendas colocadas em circulação

⁵²⁰ O contencioso *EC-Certain Information Technology Products* foi trazido pelos Estados Unidos (DS375), Japão (DS376) e Taipei Chinês (DS378) de maneira independente.

⁵²¹ Malacrída recorda que, enquanto no primeiro caso bastaria uma única autorização para retaliar, no segundo, cada parte necessitaria efetuar um requerimento individual. MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, cit., p. 22.

⁵²² Nessa esteira, o México afirma que "Collective retaliation, as such, has never been authorized". OMC. **Diagnosis of the problems affecting the dispute settlement mechanism: some ideas by Mexico**, cit., p.12.

pelos sucessivos Presidentes da Sessão Especial do OSC. Enquanto ausentes do conteúdo do “*Balas Text*”, elas aparecem em colchetes no recente documento patrocinado por Saborio⁵²³. A inclusão nessa consolidação, vale notar, não significa a existência de apoio para sua aprovação, mas pode refletir apenas a tentativa de construção de um texto equilibrado, com a adoção de pontos de vistas variegados. Busch e Reinhardt, por exemplo, manifestam que a proposta seria politicamente inviável⁵²⁴. De fato, a tendência é que os PDs, naturais alvos dessas mudanças, se esforcem para barrar seu avanço.

4.6 REMÉDIOS RETROSPECTIVOS

4.6.1 APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS

As deficiências da etapa de implementação são atribuídas, por muitos especialistas, à ausência de incentivos para cumprir oportunamente as decisões da OMC⁵²⁵. Nesse sentido, a previsão de mecanismos de natureza exclusivamente prospectiva nas normas de solução de controvérsias da entidade seria insuficiente para estimular o pronto adimplemento, bem como coibir medidas protelatórias (“*foot-dragging*”) pelo reclamado. Desde o GATT até os dias de hoje, as medidas diretas de indução (compensação e sanções) apenas alcançam os prejuízos ocorridos após o decurso do prazo razoável para correção do comportamento transgressor, sendo impossível reparar danos verificados antes desse momento. Assim, todas as perdas suportadas pelo reclamante entre o início da violação até o término do prazo razoável se mostram irremediáveis, encorajando o demandado a arrastar sua conformação pelo maior tempo possível. A gravidade do cenário se acentua quando se observa o longo

⁵²³ Proposta Saborio JOB(08)/81.

⁵²⁴ BUSCH, Marc; REINHARDT, Eric. Testing international trade law: empirical studies of GATT / WTO dispute settlement. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 478.

⁵²⁵ HORLICK, G. Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process. In: KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 640; DAVEY, William J. The WTO: looking forwards. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 22.

interregno que pode transcorrer entre esses dois marcos. Em média, desde o pedido de consultas, que registra o início de uma controvérsia, até o fim do prazo razoável, costuma-se transcorrer mais de 4 anos⁵²⁶. Levando-se em conta o ínterim entre a ocorrência da violação, sua percepção pelo membro afetado e a decisão política de submetê-la ao sistema da OMC, o lapso temporal, por suposto, mostra-se exponencialmente maior.

Aludido caráter meramente prospectivo dos remédios previstos na OMC, leva Vázquez e Jackson a anotar que a responsabilidade decorrente da inobservância das obrigações reunidas na organização parece mais limitada do que sua congênere no direito internacional geral. Com efeito, nessa esfera, o ilícito internacional determina não apenas o dever de cessar a violação, mas ainda o retorno ao *status quo ante*, com a compensação integral *ex tunc* dos prejuízos ocasionados pelo ato ilícito, desde sua concretização. Os mesmos autores assinalam ainda que o menor escopo das medidas de indução da OMC pode ter sido o preço cobrado para a criação de um mecanismo de controvérsias desenvolvido e consistente, ou ainda que instrumentos mais eficazes pudessem ter sido reputados desnecessários justamente em razão do vigor desse sistema⁵²⁷. Hudec, por seu turno, interpreta a restrição das medidas da OMC em face daquelas do direito internacional geral como reflexo da visão de que o direito do GATT deveria estar posicionado em patamar inferior ao direito doméstico, sem gerar efeitos diretos para as partes⁵²⁸.

A partir dessas reflexões justifica-se a análise das propostas para inserir nas regras da OMC a possibilidade de instrumentos com caráter retroativo, que incluam em seus cálculos os prejuízos acarretados pela conduta infratora em momento anterior ao fim do prazo razoável. O fundamento que as envolve é de que mencionadas mudanças incentivariam o cumprimento tempestivo das decisões.

Apesar das origens dos remédios retrospectivos, que remontam aos idos de 1965, estarem intimamente ligadas à reivindicação dos PEDs por

⁵²⁶ Ver documento México TN/DS/90, p. 11.

⁵²⁷ VÁZQUES, Carlos M.; JACKSON, John H. Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions. **Law and Policy in International Business**, cit., p. 560-561.

⁵²⁸ HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p.16-17.

compensação monetária, a medida também se vê atualmente relacionada com o instituto da sanção. Algumas sugestões são bastante ousadas, indicando a retroatividade da análise de prejuízos a serem financeiramente compensados a partir da data de adoção da violação condenada pela OMC⁵²⁹. Outras, mais flexíveis, prevêm uma série de opções para aquilatar o montante da retaliação, que vão desde a efetiva ocorrência da transgressão, o pedido de consultas ou o estabelecimento do painel⁵³⁰. Mais recentemente, o México apresentou interessante proposição permitindo que o valor da sanção englobe danos experimentados durante o prazo razoável, sempre que não houver sido acordada compensação pela falta de cumprimento imediato da decisão⁵³¹. No plano doutrinário, Grané propõe mudanças limitadas que permitiriam a reparação retroativa diante de violações temporalmente restritas, ou em casos de medidas compensatórias ou direitos antidumping recolhidos indevidamente, cuja valoração é mais fácil⁵³². Davey, por sua vez, sugere sanções progressivas com o passar do tempo, medida essa que eventualmente pode ser interpretada como modalidade de retaliação retrospectiva⁵³³.

4.6.2 ANÁLISE DAS PROPOSTAS

a) Custos para o reclamante

Caso a reparação por danos pretéritos tome a forma de compensação, não há que se falar em custos econômicos para o reclamante. Ao contrário, terá ele a chance de colher maiores benefícios com o aumento do valor de eventual acordo reparatório, seja ele de natureza monetária ou meramente comercial. Em se tratando de sanção retrospectiva, entende-se que seus impactos econômicos serão maiores do que aqueles advindos da sanção convencional. O aumento do *quantum* autorizado para a retaliação, proporcionado

⁵²⁹ Proposta Grupo PMDs TN/DS/W/17, p. 4.

⁵³⁰ Propostas México TN/DS/W/23, p.4 e TN/DS/W/40, Arts. 22.4; 22.6; 22.8.

⁵³¹ Proposta México TN/DS/W/91, Arts. 22.7.

⁵³² GRANÉ, Patricio. Remedies under WTO law. **Journal of International Economic Law**, Vol.4, N. 4, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 770-771.

⁵³³ DAVEY, William J. **Enforcing world trade rules: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations**, cit., p. 95.

pelo alargamento do prazo considerado em seu cálculo, restringirá ainda mais o comércio do reclamante, elevando suas perdas potenciais. Em sede de custos políticos, a compensação retrospectiva tem reduzida probabilidade de acarretar danos, notadamente devido à bilateralidade de sua aplicação. A sanção retroativa, ao contrário, potencializa os efeitos colaterais políticos, tendo em vista que seu montante mais expressivo deverá estimular reclamações mais incisivas por parte do governo atingido.

b) Capacidade de reunir grupos de apoio para o cumprimento

O raciocínio defendido na presente proposta é o de que a possibilidade de se recorrer a mecanismos retroativos teria o condão de impelir o membro renitente a implementar com maior celeridade as decisões da OMC. Com efeito, o montante passível de autorização compensatória ou retaliatória será proporcionalmente maior ao tempo transcorrido até o cumprimento. Nesse diapasão, grupos favoráveis ao adimplemento ganhariam argumento adicional em favor de sua posição; em contrapartida, segmentos contrários teriam que dispende maior esforço para a defesa da manutenção de recalcitrância. A ilação guarda certa dose de verdade, vez que o incremento do valor da medida indutora, mesmo que apenas utilizada como ameaça, poderá ser capaz de intimidar o governo do potencial retaliado a tomar ações expeditas para buscar sua conformação⁵³⁴. Os setores privados do reclamado que podem ser alvo da eventual retaliação, também procurarão lançar mão de todo seu poder para pressionar o governo a evitar a concretização da medida. Por outro lado, todavia, é possível antecipar, em casos politicamente sensíveis, o recrudescimento de manifestações de repúdio à medidas retroativas interpretadas como injustas e desproporcionais, conferindo ao governo legitimidade interna para se recusar ao cumprimento. A solução, muitas vezes, se situará no equilíbrio entre a violação e sua respectiva resposta.

⁵³⁴ “Where there is no retroactive remedy, it is difficult for a government to refuse to pursue the entire range of delay tactics when pressured by domestic interest groups with a stake in maintaining protection.” HORLICK, G. Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process. In: KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J. **The political economy of international trade law**: essays in honor of Robert E. Hudec, cit., p. 640.

c) Reflexos para setores privados

As constatações acerca dos reflexos para os setores privados acompanham aquelas efetuadas para a compensação e sanção na forma como previstas atualmente, com a ressalva de que os maiores valores possibilitados no presente caso causariam reflexos negativos mais graves e difusos para eventuais grupos privados do reclamado não envolvidos na controvérsia. Ademais, os remédios retrospectivos não garantem que o maior *quantum* que eles proporcionam se reverterá para os interesses particulares do reclamante lesionados pela ruptura das normas do sistema multilateral de comércio.

d) Aplicabilidade da medida

A medida compensatória retroativa enfrentaria enormes obstáculos para concretização, porquanto sua maior expressividade econômica dificultaria a obtenção da imprescindível concordância por parte do reclamado⁵³⁵. A sanção em valor mais elevado, apesar de continuar condicionada apenas à vontade do reclamante, também encontraria dificuldades em sua aplicação, por decorrência das naturais limitações da pauta de comércio entre os contendores.

e) Conformidade com os princípios do sistema multilateral de comércio

Em consonância com Cho, as medidas de caráter retrospectivo assemelham-se, na seara do direito internacional público, à figura da restituição ou reparação⁵³⁶. Nessa esteira, difícil argumentar serem contrárias, em sua essência, aos postulados do comércio internacional, ainda mais quando tomam a forma de compensação (monetária ou comercial). Pauwelyn assevera, inclusive, que os remédios retroativos fortaleceriam a previsibilidade e estabilidade do sistema multilateral de comércio⁵³⁷. Todavia, quando essas ferramentas se exteriorizam como sanção, as advertências acerca de seus efeitos comerciais restritivos permanecem válidas, e até mesmo se agravam. Quanto o maior valor

⁵³⁵ A constatação não se aplica à compensação obrigatória.

⁵³⁶ CHO, Sungjoon. The nature of remedies in international trade law. **University of Pittsburgh Law Review**, cit., p. 776.

⁵³⁷ PAUWELYN, Joost. Enforcement and Countermeasures in the WTO: rules are rules-toward a more collective approach. **The American Journal of International Law**, Washington, v. 94, n.2, 2000, p. 346.

da retaliação, mais profundamente os princípios que regem o comércio internacional serão afetados. Além disso, há preocupações no sentido de que, levando-se em conta o estágio atual de desenvolvimento das relações internacionais, o enrijecimento das decisões da OMC, por meio da imposição de medidas retroativas, poderia ser interpretado como excessivamente intrusivo, estimulando seu descumprimento⁵³⁸.

f) Aceitabilidade pelos membros da OMC

O histórico de controvérsias envolvendo medidas de indução retroativas é bastante exíguo, refletindo a tradição de preferência do GATT e da OMC por mecanismos prospectivos. É possível observar no GATT uma curta série de decisões, entre 1985 e 1995, versando sobre direitos antidumping e medidas compensatórias, que determinou a restituição *ex tunc* de valores recolhidos indevidamente⁵³⁹. Sem embargo, de todas elas (sete, no total), apenas três foram adotadas, e somente uma implementada⁵⁴⁰. As decisões foram tidas como extremamente controversas e reforçaram o entendimento prevalecente de que a reparação retroativa não estava albergada pela vontade das partes⁵⁴¹. Já na OMC, uma nota de rodapé em que se vislumbra tal ocorrência se encontra em *Australia-Automotive Leather II*, cujo relatório do painel de implementação (art. 21.5) interpretou que o cumprimento da decisão implicava na devolução retroativa de valores distribuídos pelo demandado na forma de subsídios proibidos⁵⁴². A decisão foi severamente criticada por inúmeros membros da entidade, incluindo ambos os litigantes, que expressaram que a normativa da OMC sob apreciação se revestia de cunho prospectivo apenas⁵⁴³. Sem embargo desse caso isolado, predomina o entendimento da natureza prospectiva dos remédios da OMC⁵⁴⁴.

⁵³⁸ GRANÉ, Patricio. Remedies under WTO law. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 770.

⁵³⁹ PALMETER, David; MAVROIDS, Petros. **Dispute Settlement in the OMC: practice and procedure**, cit., p. 162-163.

⁵⁴⁰ HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p.18.

⁵⁴¹ GRANÉ, Patricio. Remedies under WTO law. **Journal of International Economic Law**, cit., p. 765.

⁵⁴² Ver documento WT/DS126/RW.

⁵⁴³ Não obstante a adoção do relatório pelo OSC, as partes notificaram solução mutuamente satisfatória em que acordaram a forma como implementar as decisões do painel de implementação. Ver documento WT/DS126/11.

⁵⁴⁴ Em *Brazil-Aircraft* e *Guatemala-Cement I*, ambos os reclamantes fizeram pedidos de natureza retrospectiva, cuja apreciação foi esquivada pelos painéis, que argumentaram a forma de

Segundo Pauwelyn, não há nada nas regras da OMC que precluam reparações por danos pretéritos⁵⁴⁵. Contudo, as constatações trazidas acima demonstram claramente a inquietude que a matéria desperta, tornando propício que eventual recurso ao mecanismo seja expressamente autorizado pelo ESC, de maneira a evitar protestos quando de sua utilização. Nesse sentido, no entanto, não parece haver grande apoio na comunidade internacional para aprovação de mecanismos retrospectivos, notadamente por parte da CE e dos Estados Unidos⁵⁴⁶. As justificativas são variadas, e percorrem argumentos desde a inconveniência em se adotar medidas que posteriormente possam se voltar contra os interesses dos próprios membros⁵⁴⁷, até a sensibilidade em aprovar mecanismos para restituição de valores recolhidos indevidamente⁵⁴⁸. Mesmo os autores que defendem as vantagens do instituto reconhecem que sua adoção é tarefa árdua, e até certo ponto remota⁵⁴⁹. Apesar da adversidade da tarefa, vale notar que a sugestão do México (TN/DS/W/40) mereceu encômios pelo ex-Diretor da Divisão de Assuntos Jurídicos da OMC⁵⁵⁰, e sua proposta mais recente (TN/DS/W/91) chegou a ser incluída, mesmo que entre colchetes, no texto de consolidação de propostas assinado por Ronald Saborío⁵⁵¹.

implementação de suas decisões caberia aos reclamados. Em *US-Certain EC Products*, o painel foi inequívoco em afirmar que determinações *ex tunc* são um corpo estranho à experiência do GATT e da OMC.

⁵⁴⁵ PAUWELYN, Joost. Enforcement and Countermeasures in the WTO: rules are rules-toward a more collective approach. **The American Journal of International Law**, cit., p. 346.

⁵⁴⁶ HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p.18-19.

⁵⁴⁷ "Each member lives in a glass house, and is unlikely to request a remedy which could later be turned against it". HORLICK, G. Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process. In: KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 640.

⁵⁴⁸ "Given the unusual controls on contingent government expenditures, one might expect that few governments would be eager to seek such authority, particularly if it were to extend to refunds of such things as GATT-illegal tariff charges". HUDEC, Robert. The adequacy of WTO dispute settlement remedies: a developing country perspective in HOEKMAN, Bernard; MATTOO, Aaditya; ENGLISH, Philip (eds). **Development, trade, and the WTO: a handbook**, cit., p. 86.

⁵⁴⁹ Para O'Connor as propostas sobre retroatividade modificam toda a natureza atual das sanções, e portando não é de fácil aceitação. O'CONNOR, Bernard. Remedies in the World Trade Organization Dispute Settlement System: the Bananas and Hormones cases. Practical aspects of monetary compensation: the US – Copyright case. **Journal of World Trade**, 38(2), Kluwer Law International, 2004, p. 264. Ver também: PAUWELYN, Joost. Enforcement and Countermeasures in the WTO: rules are rules-toward a more collective approach. **The American Journal of International Law**, cit., p. 22.

⁵⁵⁰ DAVEY, William J. **Enforcing world trade rules: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations**, cit., p. 97-98.

⁵⁵¹ Proposta Saborío JOB(08)/81.

4.7 SUSPENSÃO DE DIREITOS

4.7.1 APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS

A vertente doutrinária que apóia o desenvolvimento de medidas alternativas para assegurar o cumprimento das decisões da OMC, muitas vezes em total substituição às sanções, costuma apontar como solução a suspensão de determinados direitos do demandado⁵⁵².

Dentre as sugestões mais interessantes nesse sentido vislumbra-se a possibilidade de suspensão do direito de recorrer ao sistema de solução de controvérsias da OMC. Nela se reflete um raciocínio linear: o membro que se recusa a implementar as decisões adotadas pelo OSC deveria ser impedido, temporariamente, de levar suas próprias reclamações ao sistema. Todavia, a medida não deve ser interpretada como uma penalização do reclamado, mas como forma de lhe estimular o adimplemento. A suspensão poderia alcançar seu direito de iniciar um conflito por meio do pedido formal de consultas com o suposto infrator. Além disso, é possível pensar na hipótese de paralisação de disputas em curso patrocinadas pelo recalcitrante, suspendem-se, *inter alia*, seu direito de requerer a formação de painéis, apelar, negociar compensação ou requerer autorização para impor sanções⁵⁵³. A faculdade de participar como terceira parte em outros litígios também poderia ser alcançada pela suspensão. Davey, nesse ensejo, sugere um mecanismo os direitos do membro fossem

⁵⁵² MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, cit., p. 18.

⁵⁵³ Pugando por essa solução como instrumento de *ultima ratio*, ver Proposta do Equador TN/DS/W/9, p. 5.

gradualmente congelados, até se alcançar, em última instância, seu direito de participar das reuniões do OSC⁵⁵⁴.

Na mesma esteira, existem diversas outras propostas para suspensão de direitos, como a) direito de participação em reuniões de órgãos da OMC; b) direito de participação do processo decisório de mencionados órgão, com a perda temporária da prerrogativa de voto; c) direito de indicar representantes para a composição dos órgãos da entidade; d) direito de assistência técnica ou financeira oferecida pela OMC. Horlick chega até mesmo a conceber a idéia, até certo ponto absurda, de limitar o direito do membro a suas vagas no estacionamento do prédio da OMC⁵⁵⁵, ilustrando como as possibilidades nessa seara são vastas e dependem da criatividade dos membros.

4.7.2 ANÁLISE DAS PROPOSTAS

a) Custos para o reclamante

De maneira geral, a suspensão de direitos do reclamado relacionados a sua atuação na OMC não trariam qualquer impacto econômico ou político para o reclamante, desde que consistisse em mera consequência natural do procedimento, prevista nas normas da entidade em razão da inobservância das decisões de seu sistema de solução de controvérsias. Hipótese distinta seria o caso em que, a depender das regras estabelecidas para regulamentar esse mecanismo, o reclamante necessitasse demonstrar ativismo para fazer recair sobre o recalcitrante os efeitos dessas medidas. Nesse caso, certamente os infortúnios experimentados pelo demandado seriam diretamente atribuídos ao demandante, ensejando o deterioramento de suas relações políticas, bem como possíveis reflexos econômicos dele decorrentes.

b) Capacidade de reunir grupos de apoio para o cumprimento

⁵⁵⁴ DAVEY, William J. **Enforcing world trade rules**: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations, cit., p. 97.

⁵⁵⁵ HORLICK, G. Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process. In: KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J. **The political economy of international trade law**: essays in honor of Robert E. Hudec, cit., p. 642.

A habilidade para sensibilizar o reclamado a modificar seu comportamento em atenção às normas da OMC dependerá da espécie de direito atingido pela presente medida. A suspensão do direito ao uso do mecanismo de pacificação de litígios poderá se mostrar bastante eficiente, porquanto se traduz em faculdade reputada primordial pelos membros da OMC. Seu êxito, todavia, estaria condicionado à frequência com que o membro afetado recorre a esse aparato, vez que aqueles que não costumam dele se utilizar tendem a não se importar tanto com a restrição⁵⁵⁶. Para os demais, entretanto, a limitação poderá ser extremamente prejudicial, incitando-os ao célere cumprimento. É claro que essa restrição não fechará todos os canais de solução de conflitos, subsistindo outros foros, dependendo do caso concreto. Além do mais, as vias diplomáticas, como consultas bilaterais também não serão inviabilizadas. No entanto, todos importantes caminhos jurisdicionalizados da fase do painel e apelação estarão prejudicados, o que ressalta a força desse instrumento.

A limitação da presença do reclamado nas reuniões dos órgãos da OMC também auxiliará para lançá-lo no trilho do adimplemento, posto que a ausência nesses eventos equivale ao ostracismo do membro no que se refere ao andamento dos assuntos do comércio internacional. Certamente os integrantes da instituição não desejarão ser excluídos das reuniões do OSC, do Conselho Geral, dos Conselhos de Agricultura, Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, Comércio e Meio-Ambiente, dentre outros. A vedação ao direito de encaminhar indicações de delegados para a composição dos órgãos da OMC, por sua vez, também deverá se mostrar apta, em menor proporção, a exigir a conformação do recalcitrante. A participação de representantes do membro na estrutura da OMC é significado de influência política em seu funcionamento e de prestígio no seio da comunidade de membros. Como coloca Charnovitz, tal condicionamento repontaria, de certa maneira, como elemento vexatório e irritante para seus destinatários,

⁵⁵⁶ MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, cit., p. 18. De qualquer forma, os membros que não são assíduos no mecanismo, geralmente são países de menor expressão econômica, em relação aos quais existem inúmeras outras formas de induzir o cumprimento. A intenção aqui é prever alternativas efetivas para proteção dos PEDs.

impulsionando-os ao cumprimento⁵⁵⁷. No que diz respeito à suspensão do direito de assistência técnica e financeira proporcionada pela OMC, caso ela ocorra em relação a aspectos para facilitar a implementação (v.g. treinamento e capacitação para manejar as normas do sistema multilateral de comércio), o efeito será contrário ao da indução, restringindo a atuação dos beneficiários dessa ajuda (em regra, PMDs e PEDs) em consonância com os princípios do livre-comércio. Por fim, os especialistas em OMC assinalam que, devido à ausência do emprego do voto na OMC, as propostas para delimitar o uso dessa ferramenta não trará quaisquer reflexos⁵⁵⁸.

c) Reflexos para setores privados

A aplicação dessas medidas não beneficia diretamente os setores privados do reclamante lesados pela infração às regras do comércio internacional. Os reflexos positivos somente virão com a adequação do ato violador pelo reclamado. Por outro lado, mencionados instrumentos também não alcançam diretamente interesses particulares sem relação com a disputa. De fato, a medida restringirá atuação governamental do demandado na esfera da OMC. Todavia, considerando que os setores privados do reclamado perderão proteção na OMC, como, na hipótese de vedação temporária da utilização do sistema de solução de controvérsias, é possível verificar graves danos para os segmentos inocentes. Basta, nesse sentido, idealizar a situação em que o setor automotivo de um membro é alvo de medidas restritivas em suas exportações, mas não podem levar adiante a reclamação, pois seu governo está impedido de provocar o OSC. Ou ainda, a indústria de brinquedos de um país que não poderá, por meio da representação diplomática de seu governo, levantar questões envolvendo atentados aos seus interesses no Comitê de Barreiras Técnicas ao Comércio.

d) Aplicabilidade da medida

É possível conceber o mecanismo de suspensão de direitos como aplicável unilateralmente pelo reclamante, prescindindo de concordância da parte

⁵⁵⁷ CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 629.

⁵⁵⁸ DAVEY, William J. **Enforcing world trade rules: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations**, cit., p. 97.

adversa. É dizer, bastará a solicitação do reclamante ao OSC, acompanhada da comprovação de inadimplência pelo reclamado, para que a medida possa ser efetivada. O controle da suspensão ficará a cargo da própria entidade, que deverá garantir que o membro atingido não tenha acesso aos direitos que lhe foram cerceados. Por este viés, as medidas apresentam méritos desde o ponto de vista dos PEDs. No entanto, é possível antecipar inúmeros óbices práticos para sua concretização, como a necessidade de observar o postulado da equivalência entre a medida de indução ao cumprimento e o prejuízo que ela se relaciona. Como avaliar, em termos financeiros, o afastamento do sistema de solução de controvérsias durante dado período? Ou a impossibilidade de recomendar candidatos para ocupar os cargos funcionais da OMC? Essa lacuna, que não parece ter sido preenchida por aqueles que sugeriram as presentes medidas, promete dificultar sua viabilidade prática.

e) Conformidade com os princípios do sistema multilateral de comércio

A discrepância da suspensão de direitos dos membros com os postulados defendidos pela OMC desponta como a mais grave deficiência da medida. O impedimento do reclamado em submeter suas reclamações ao OSC perpetua eventuais violações das normas do comércio internacional. Ao despir o reclamado de seus mecanismos de defesa contra as infrações sofridas, a medida acaba estimulando o desrespeito aos deveres enfeixados nos acordos da OMC, e, em última análise, enfraquecendo a integridade do sistema. Os reflexos negativos também se percebem na suspensão do direito de acompanhar as reuniões dos órgãos da entidade. A ausência de qualquer membro dos debates dos assuntos internacionais é contrária aos interesses da própria organização. Como legitimar decisões quando certos destinatários não participaram de seu processo de formação? O prejuízo resta nítido nas negociações para liberalização do comércio internacional, ou de novas regras da entidade.

No tocante ao direito de cooperação financeira ou técnica, as principais perdas seriam sentidas pelos PMDs e PEDs, tomadores e dependentes desses recursos, o que vai de encontro aos valores desenvolvimentistas insculpidos na OMC. Em caráter geral, a suspensão das prerrogativas dos

membros acima discriminadas poderia esvaziar, mesmo que lentamente, o apoio reunido pelo sistema de solução de controvérsias, trazendo sérios riscos para sua manutenção. Em construção hipotética, basta imaginar casos politicamente sensíveis como *EC-Hormones* e *EC-Bananas*. Fosse a CE, ou outra grande potência, afastada das atividades essenciais da OMC por tempo prolongado, em decorrência do descumprimento nesses contenciosos, difícil esperar que as decisões tomadas no âmbito da organização teriam o mesmo alcance enquanto peça indispensável do sistema multilateral de comércio.

Diante desse cenário, e em se querendo assegurar o êxito dessas medidas alternativas, será necessário prever mecanismos que regulamentem a suspensão de direitos dos membros de forma equilibrada, para gerar a indução desejada no recalcitrante, porém sem constituir em ônus excessivo, que macularia a legitimidade do mecanismo.

f) Aceitabilidade pelos membros da OMC

Para Charnovitz, algumas medidas indutoras ilustradas acima poderiam ser efetivadas sem a necessidade de alteração das regras do ESC, como seria o caso da restrição ao uso do sistema de solução de controvérsias. Considerando que as sanções se traduzem na suspensão de direitos previstos nos acordos da OMC, que a faculdade de recorrer ao OSC representa um desses direitos, e que o acordo que o encerra (ESC) faz parte do conjunto normativo da organização⁵⁵⁹, seria possível sustentar a viabilidade de privar o reclamado desse direito por meio das sanções atuais⁵⁶⁰. Insta verificar, no entanto, que a realidade mostra-se mais complexa, recomendando melhor detalhamento das regras da OMC para a regulamentação de mencionadas hipóteses. Com efeito, as por ela repercussões ocasionadas para o membro afetado são bastante sérias, merecendo atenção especial para suas peculiaridades. Além disso, os membros

⁵⁵⁹ O próprio Apêndice 1 do ESC esclarece que suas normas integram o escopo normativo passível de apreciação por seu sistema de solução de controvérsias.

⁵⁶⁰ Sobre o assunto, expõe que “One key right that could be withdrawn from a scofflaw country is its right to invoke WTO dispute settlement. This could perhaps be done under the current DSU rules because the DSU is a ‘covered agreement’ for purposes of authorizing retaliation” CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 629-630.

poderiam não reconhecer a validade da alternativa caso ela não estivesse expressamente prevista no ESC, bem como a própria entidade poderia se eximir, com razão, de implementá-la, precavendo-se contra prováveis manifestações de discordância dos demais membros.

Assim sendo, o uso inequívoco dessa espécie de medida de indução somente deverá ocorrer a partir de sua inclusão expressa nas normas da entidade, por meio de emenda ao ESC. Nesse sentido, entretanto, se colhe escassas propostas na mesa de negociações atual, o que é sintomático da falta de consenso acerca da idéia, e até mesmo pouca maturidade de seus contornos⁵⁶¹. Muito embora algumas dessas medidas contenham um potencial interessante, sua eventual concretização ainda parece distante⁵⁶².

4.8 RECOMENDAÇÕES PARA A REFORMA DAS MEDIDAS DE INDUÇÃO

A partir da análise deste capítulo é possível confirmar a impressão inicial de que a resposta para o aperfeiçoamento do índice e da qualidade no cumprimento das decisões da OMC pode situar-se em um caminho intermediário entre o fortalecimento de seus mecanismos vigentes e a adoção de novos institutos. Mais precisamente, a solução pode estar na reforma dos contornos das medidas diretas e indiretas de indução ao cumprimento, bem como na eventual inclusão de novos instrumentos para aprimorar seus resultados, notadamente a partir da perspectiva dos PEDs.

Em primeiro lugar, mencionado objetivo pode ser perseguido por meio de mudanças estruturais nos procedimentos da etapa de implementação da decisão da OMC. Escorada na crença de que a força da persuasão é mais produtora do que a persuasão da força, recomenda-se disseminar condutas que

⁵⁶¹ Proposta Equador TN/DS/W/9. O'CONNOR, Bernard. Remedies in the World Trade Organization Dispute Settlement System: the Bananas and Hormones cases. Practical aspects of monetary compensation: the US – Copyright case. **Journal of World Trade**, cit., p. 265-266.

⁵⁶² DAVEY, William J. **Enforcing world trade rules: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations**, cit., p. 97.

estimulem o cumprimento espontâneo pelo demandado⁵⁶³. O refinamento das medidas indiretas de indução, portanto, aparece como importante flanco a ser garantido, principalmente para a defesa dos interesses dos PEDs⁵⁶⁴. Em regra, contribuem para reduzir custos econômicos e políticos para o reclamante, aumentar as pressões em prol do adimplemento, inclusive pela comunidade internacional, além de promover os valores do sistema multilateral de comércio.

Por conseguinte, indica-se a adoção de propostas para: (a) estimular nos órgãos julgadores da OMC o hábito de sugerir formas viáveis para o cumprimento; (b) antecipar o início da atividade monitoradora dos atos de implementação pelo OSC; (c) expandir o dever de informação do reclamado, desdobrando-o em obrigações acessórias para o detalhamento e comprovação de seu adimplemento; (d) positivar a exigência de relatórios no término do prazo razoável (*“final status report”*), bem como na hipótese de autodeclaração de cumprimento; (e) assegurar aos PEDs tratamento especial e diferenciado em face dos deveres de informação; (f) facultar o recurso à compensação ou sanção em caso de desrespeito a referidas obrigações; (g) explicitar a necessidade de se atentar para as condições especiais dos PEDs na delimitação do prazo razoável; (h) delinear os atos procedimentais que ocasionam o aparente conflito de normas denominado *“sequencing”*; (i) adiantar ao máximo as atividades para determinar os prejuízos causados pela violação, a fim de estimular a compensação; e (j) permitir a arbitragem dos danos como ato contíguo ao painel de implementação, de preferência no âmbito do mesmo procedimento.

De maneira complementar, sugere-se ainda: (a) prever mecanismos para resolver divergências acerca da manutenção de uma disputa no escopo de supervisão do OSC; (b) estabelecer o dever de o Diretor-Geral elaborar relatório periódico sobre o panorama de implementação das decisões da OMC; (c) abreviar o lapso para o reclamado exteriorizar sua intenção de

⁵⁶³ CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec**, cit., p. 633.

⁵⁶⁴ Hudec ressalta o grau de indução desses procedimentos, “as is well understood by smaller and mid-size countries for whom retaliation is often not a realistic option, and for whom the deadline and surveillance procedures are in practice the only enforcement tools available”. HUDEC, Robert. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, cit., p.20.

adimplemento; (d) reduzir o interregno para que as partes possam remeter à arbitragem a tarefa de fixar o prazo razoável; (e) amarrar a contagem do tempo para estabelecimento do prazo razoável à data em que os respectivos árbitros foram investidos em sua função, ou outra data semelhante; e (f) corrigir a data inicial para contagem do prazo para conclusão da análise dos prejuízos, referindo-a à data de escolha do árbitro, ou outro marco equivalente.

Além desse conjunto de reformas, insta apontar para os benefícios que podem decorrer do revigoramento das medidas diretas de indução. No domínio da compensação, é possível referendar diversas mudanças com potencial para atenuar suas deficiências e reverter sua escassa ocorrência na prática. Nessa esteira, o presente estudo indica o acolhimento de iniciativas para facilitar a ocorrência de acordos compensatórios, como o referido adiantamento da definição do *quantum* dos danos advindos pela ruptura das normas da OMC. A manobra permitiria ao reclamante estabelecer um diálogo mais frutífero com a parte adversa, restringindo a discussão à forma das estipulações compensatórias, e não mais ao seu montante. Ademais, o reclamado poderia sopesar o custo de oportunidade em ofertar compensação temporária enquanto promove o adimplemento⁵⁶⁵. A referência mexicana ao momento de elaboração do relatório do painel para conduzir tal atividade parece adequada. Em caso de impossibilidade, o momento de definição do prazo razoável também seria satisfatório.

A antecipação do momento da compensação também é uma alternativa relevante, inclusive com razoável probabilidade de acolhida no curto prazo, como revela sua presença no corrente texto em debate nas negociações. A proposta do México, que acena com a oportunidade de compensação quando a execução imediata da decisão mostrar-se inviável, ajusta-se providencialmente aos anseios dos PEDs, ensejando conforto momentâneo até o integral adimplemento. Vale recomendar ainda, como ferramenta complementar, a idéia mexicana para que o cálculo dos danos da infração em caso de eventual sanção

⁵⁶⁵ DAVEY, William J. **Enforcing world trade rules: essays on WTO dispute settlement and GATT obligations**, cit., p. 74.

também englobe o próprio prazo razoável para cumprimento sempre que a pronta compensação não tenha sido oferecida pelo reclamado.

A vertente monetária desse instituto, definida como regra em disputas envolvendo PEDs, é outra sugestão que merece acolhida, por se amoldar perfeitamente aos critérios eleitos nesta dissertação. O instrumento, além de praticamente eliminar os efeitos colaterais para o reclamante, tem potencial para amenizar as distorções para os interesses privados, assim como aumenta a propensão do reclamado em ofertar compensação. Além disso, a construção de consenso ao seu redor mostra sinais de progresso, esmaecendo as marcadas fronteiras que historicamente separavam PEDs e PDs em relação ao assunto. Uma advertência quanto à sua utilização encontra-se na ameaça de a compensação ser tomada como cumprimento propriamente dito, interpretação dificilmente aceitável e que poderia ser combatida pela criativa imposição de concessões progressivas.

Por fim, apesar dos vários defeitos da sanção, a pesquisa não se furtará a concluir pela viabilidade de mudanças para torná-la mais consistente. No entanto, tomará esse caminho com cautela, deixando de chancelar propostas como a sanção coletiva, retroativa ou punitiva, que agravariam referidas imperfeições de maneira substancial, devido às dificuldades em sua aplicação prática e à intensificação de seus efeitos deletérios, sobretudo para PEDs. Acrescenta-se, ainda, a baixa receptividade quanto ao seu conteúdo pelos membros da OMC. Assim, muito embora existam casos pontuais em que seu emprego é bem sucedido⁵⁶⁶, como ressaltado no transcorrer da pesquisa, sua adoção indiscriminada não se afigura salutar. A recomendação, em termos de sanção, alcançará especialmente as iniciativas para incrementar a credibilidade de sua ameaça, assim como para facilitar o uso da modalidade cruzada de retaliação. A hipótese de sanção progressiva, apesar de não estar encerrada em proposta formal na OMC, também pode revelar bons resultados.

⁵⁶⁶ A título ilustrativo, a proposta do México (TN/DS/W/91) para permitir a inclusão do prazo razoável no cômputo dos prejuízos da violação, sempre que não houver acordo compensatório, representa espécie de remédio retroativo. Sem embargo, a sugestão é aqui referendada em virtude de seus méritos. No mesmo sentido, a retaliação progressiva pode ser associada a medidas retrospectivas ou mesmo punitivas, dependendo de sua configuração.

Entende-se de suma relevância a reforma na estrutura do art. 22.6 do ESC para que o pedido de sanção possa ser formalizado no momento em que o reclamante julgar mais oportuno. A supressão do limite temporal hoje previsto para exercitar referido direito ensejaria o aumento do caráter indutor da ameaça, que seria interpretada com maior seriedade. A manobra colocaria os setores governamentais e privados do recalcitrante em estado de alerta para o virtual desgaste provocado pela sanção, bem como canalizaria a atenção da comunidade internacional para seu estado de inadimplência. Além disso, o fácil manejo e o plano abstrato em que a medida está circunscrita ressaltam sua importância para PEDs. O demandante, ao ensaiar a forma como pretende suspender concessões, debater prováveis listas de alvos e registrar seu pedido de retaliação na OMC incitaria o governo do reclamado a conformar sua conduta.

Outra alternativa que se mostra aprovada nos critérios de análise selecionados nesta dissertação consiste no incremento do recurso à retaliação cruzada, especialmente em PI. Seus custos econômicos para o retaliante são inferiores aos das sanções em bens ou serviços, prometendo inclusive gerar vantagens. Seu caráter de indução, mesmo como mera ameaça, revela-se promissor no que se refere à habilidade de galvanizar apoio para o cumprimento. Seu acesso será facilitado para PEDs a partir da eliminação das exigências atuais que a alocam como mecanismo subsidiário à sanção tradicional. Sem embargo, necessário advertir sobre o cuidado em sua utilização, de maneira a não provocar consequências políticas negativas para o retaliante, e principalmente não desrespeitar os direitos albergados em sua legislação interna ou em tratados internacionais.

No tocante à sanção, as iniciativas para sua substituição por medidas alternativas, como a suspensão de determinados direitos do reclamado, ainda se mostram incipientes. A idéia em si é interessante, mas sua introdução nas regras da OMC deve ser precedida por análises mais profundas, e pelo desenvolvimento de regras detalhadas acerca de sua implementação. A restrição temporária ao exercício de direitos deve ser conduzida de maneira bastante cuidadosa, sob pena de causar prejuízos irremediáveis ao demandado e, em última instância, ao próprio sistema de solução de controvérsias. Em razão da

sensibilidade do instituto, sua recepção pela OMC somente deverá ocorrer sob a égide de normas rigorosas, cujo esboço ainda não existe. A ausência de propostas patrocinadas pelos membros da entidade nesse sentido é sintomática de seu estágio inicial, desaconselhando sua adoção no momento. Não obstante, cumpre estimular os esforços para o desenvolvimento da matéria.

É claro que as medidas defendidas neste trabalho não esgotam a fonte de alternativas viáveis para garantir a eficácia da atuação dos PEDs no âmbito das controvérsias na OMC. Inúmeras outras propostas existem que merecem consideração, como os procedimentos domésticos para escolha dos alvos da sanção (“*notice-and-comment procedures*”), a possibilidade de medidas preventivas⁵⁶⁷ e o efeito direto das decisões da OMC. O campo também está aberto para propostas inovadoras que possam contribuir para mencionado objetivo. Sem embargo, em razão dos limites da presente pesquisa, e em consonância com os critérios apreciativos nela delimitados, acredita-se que as modificações acima identificadas percorrem boa parte do caminho para fomentar a defesa dos interesses dos PEDs.

Convém advertir ainda que referidas mudanças devem reconhecer os limites do sistema de solução de controvérsias da OMC. Por mais que o fenômeno de adensamento de juridicidade reduza a ingerência do poder em seu funcionamento, esse elemento não pode ser integralmente suprimido. O sistema está amparado na legitimidade de seus membros, e estes desejam manter certo espaço de manobra para acomodar seus interesses. As próprias normas da OMC declaram a preferência por uma “solução mutuamente aceitável para as partes” (art. 3.7 do ESC). Além disso, em virtude da sensibilidade política de muitos conflitos, não se deve esperar que uma única decisão, malgrada sua qualidade técnico-jurídica, possa reverter de maneira instantânea situações consolidadas na estrutura dos membros ou a posição de grupos de interesses

⁵⁶⁷ Ver BIGGS, Gonzalo. Reviewing the rule of law in international trade: The WTO dispute settlement rules and developing countries. In: Comércio Internacional e Desenvolvimento: um passo além da OMC, 2006, São Paulo. **Papers**. São Paulo, IDCID. Disponível em: http://www.idcid.org.br/wtoandbeyond/papers_e_apresentacao.htm.>. Acesso em: 24 jun.2007.

influentes⁵⁶⁸. Nesse ensejo, muito embora as alterações sugeridas acima não possam eliminar mencionadas restrições, elas contribuem substancialmente para amenizá-las.

⁵⁶⁸ Andersen ilustra a constatação a partir da disputa *US-Upland Cotton*, na qual apesar de algumas mudanças levadas a efeito, se mostra extremamente difícil vislumbrar a eliminação das políticas estadunidenses de concessão de subsídios ao algodão, que vêm sendo implementadas por aproximadamente sessenta anos. ANDERSEN, Scott. The US-upland cotton decision and the effectiveness of WTO dispute settlement system. In *Comércio Internacional e Desenvolvimento: um passo além da OMC*, 2006, São Paulo. **Papers**. São Paulo, IDCID. Disponível em: <http://www.idcid.org.br/wtoandbeyond/papers_e_apresentacao.htm>. Acesso em: 24 jun. 2006, p.8.

CONCLUSÃO

O fio condutor do presente trabalho é a busca por instrumentos adequados para garantir a implementação das decisões do sistema de solução de controvérsias da OMC segundo a perspectiva dos PEDs. Nesse sentido, a pesquisa desdobra-se em duas tarefas fundamentais. Em primeiro lugar, examinam-se os mecanismos disponibilizados pela normativa vigente da entidade para desempenhar referida função. Em seguida, concentra-se o enfoque nas principais propostas para incrementar a eficácia da atuação dos PEDs.

Os passos iniciais nessa jornada são dados em direção ao reconhecimento do terreno em que se desenrola a pacificação dos conflitos de interesses no comércio internacional. Apresentam-se, de forma sucinta, as regras para o deslinde desses litígios, desde sua concepção no GATT, em que prevalecia o caráter político, até o adensamento de juridicidade experimentado pela OMC.

Na seqüência, trata-se dos motivos que impelem os membros a alterar seu comportamento em obediência a uma determinação da OMC. Diante do cenário descentralizado da sociedade internacional, que prescinde de uma autoridade com poder suficiente para impor suas manifestações de vontade, importa entender o que leva os Estados ao adimplemento. A resposta encontra-se em um conjunto complexo e heterogêneo de fatores que compreende desde considerações a longo prazo sobre os benefícios da manutenção de um sistema normativo efetivo até a influência de variados grupos de interesses.

Nesse contexto, ganham destaque as medidas de indução ao cumprimento, que devem ser entendidas como instrumentos previstos na esfera de um mecanismo de divergências com a finalidade de estimular a execução de suas decisões. Sem desprezar a necessidade inafastável do consentimento do membro, referidos institutos buscam incitá-lo a conformar sua conduta em sintonia com as normas do sistema multilateral de comércio. Em esforço didático, são classificados em medidas diretas e indiretas de indução, segundo a forma como perseguem seus objetivos: atuando de maneira incisiva sobre seus destinatários,

no primeiro caso, ou ressaltando valores de cooperação, dever de cumprimento e boa-fé, no segundo.

Estabelecidas as noções do objeto de pesquisa, a dissertação ocupa-se em desenvolver critérios uniformes para sua apreciação. Com lastro nos interesses dos PEDs, são selecionados elementos que permitam comparar qualitativamente as várias medidas de indução e eleger aquelas que mais se amoldam às suas necessidades. Efeitos colaterais de natureza econômica e política para o aplicador do instituto, capacidade para sensibilizar interesses em apoio ao cumprimento, reflexos da medida para os setores privados dos litigantes, viabilidade prática de sua utilização, conformidade com os valores do comércio internacional e receptividade dos membros da OMC em face de propostas de mudanças são erigidos como as ferramentas para a condução da análise.

As medidas indutoras em vigor são as primeiras a passar pelo crivo apreciativo, expondo suas várias deficiências. Nota-se que todos os recursos projetados para facilitar o adimplemento revelam falhas importantes, sobretudo quando se leva em consideração as restrições inerentes aos PEDs. As razões remontam à experiência desenvolvida pelo GATT, que contava com a possibilidade de “suspensão de concessões ou outras obrigações”, mas que não se preocupava em definir normas específicas para a etapa de implementação.

Em breve apanhado, os diversos procedimentos que compõem referida etapa reclamam maior substância. A título ilustrativo, cita-se a pouco aproveitada prerrogativa de sugerir formas para a execução da decisão, os deveres excessivamente vagos de informação incidentes sobre o reclamado e as brechas para manobras protelatórias. A compensação se mostra um instrumento que raramente ocorre na prática, sobretudo devido às dificuldades em se alcançar mútuo acordo entre as partes, ao seu caráter não-monetário, ao momento procedimental em que está prevista e à falta de mecanismos para arbitrar seu valor. As sanções, por seu turno, ocasionam exagerados custos econômicos e políticos para o retaliante, atentam contra os valores promovidos pelo comércio internacional e, em distintas ocasiões, demonstra insuficiente caráter indutor. Os requisitos impostos por sua modalidade cruzada dificultam o acesso aos PEDs.

Assim sendo, sem embargo do elevado índice de observância das decisões da OMC e da relativa satisfação dos membros perante seus resultados, as constatações supramencionadas apontam para a limitada eficácia das medidas de indução, exigindo sua reformulação. Corroboram o entendimento os diversos casos de cumprimento defeituoso, o prolongamento excessivo na trajetória rumo à correção da conduta infratora e os manifestos exemplos de recalcitrância, simbolizados notadamente pelos contenciosos *EC-Hormones* e *EC-Bananas III*.

O ponto de partida para aludida reforma encontra-se em mudanças nos procedimentos que permeiam o longo caminho até a implementação, visando estimular o cumprimento espontâneo. Dentro dessa moldura, destacam-se as alternativas para reduzir a ambigüidade das determinações dos órgãos julgadores, intensificar as atividades de monitoramento pelo OSC, detalhar as obrigações de informação pelo demandado, eliminar atrasos desnecessários, reduzir espaço para manobras dilatórias, fechar o cerco à manutenção prolongada de inadimplência e conferir maior clareza para determinadas regras. A opção é especialmente relevante para PEDs, pois encerra menor potencial lesivo para seus interesses, instiga o apoio da comunidade internacional em censura à conduta violadora, não afeta injustamente seus segmentos privados, prescinde – na maioria das vezes – de aquiescência do reclamado e mostra-se em harmonia com os princípios liberalizantes do comércio.

Em outra frente, recomenda-se a promoção de reformas nas medidas indutoras diretas a fim de revigorar a compensação e atenuar os efeitos deletérios da sanção. O deslocamento da atividade para determinar o *quantum* dos prejuízos para o início da fase de adimplemento, a antecipação do momento para se negociar acordos compensatórios, a inclusão do prazo razoável no cálculo de dano, quando do não oferecimento imediato de compensação, e as prestações de cunho monetário, em conjunto, incrementam a probabilidade de ocorrência do instituto. O resultado é o alívio temporário para os males suportados pelo demandante.

Em consonância com o espírito do “*do no harm*”, a retaliação também exige revisão. Considerando que a mera possibilidade de seu uso permite irradiar efeitos favoráveis ao cumprimento, sugerem-se reformas para

garantir maior credibilidade à ameaça da sanção. Em complemento, o estímulo e a automaticidade na aplicação da retaliação cruzada por PEDs surge como alternativa próspera. Ambas as propostas mitigam os impactos prejudiciais da medida para o reclamante, além de aumentar seu caráter persuasivo. A sanção progressiva, dependendo da forma como é adotada, também pode despontar como solução propícia.

Todas essas mudanças, em conjunto, concorrem para o aperfeiçoamento das medidas de indução ao cumprimento das decisões da OMC, incrementando a eficácia da atuação dos PEDs na defesa de seus interesses. Uma vez incluídas nas normas da entidade, referidas mudanças tendem a aumentar o índice e a qualidade da implementação e, mesmo diante de casos politicamente sensíveis, que desafiam os limites do mecanismo de solução de controvérsias da OMC, contribuem para moldar comportamentos futuros do reclamado em sintonia com as normas do sistema multilateral de comércio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. LIVROS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord). **A reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC e os países em desenvolvimento**. São Paulo: IDCID, 2006. (cd-rom).

_____. **A solução de controvérsias na OMC**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Introdução ao direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2008.

ANDERSEN, Scott. The US-upland cotton decision and the effectiveness of WTO dispute settlement system. In *Comércio Internacional e Desenvolvimento: um passo além da OMC*, 2006, São Paulo. **Papers**. São Paulo, IDCID. Disponível em: <http://www.idcid.org.br/wtoandbeyond/papers_e_apresentacao.htm>. Acesso em: 24 jun. 2006, p.8.

ÁRABE NETO, Abrão M.; ARBIX, Daniel. **Retaliação cruzada em propriedade intelectual**: alternativa para uma atuação mais eficaz dos Países em Desenvolvimento no sistema de solução de controvérsias da OMC, 2008 (prelo).

ÁRABE NETO, Abrão M. Sanções na Organização Mundial do Comércio: análise crítica e propostas de aprimoramento. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, vol. 1. Belo Horizonte: Centro de Direito Internacional – CEDIN, 2007.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Aspectos teóricos da solução de controvérsias. **Carta Internacional**, São Paulo, ano V, nº. 58, p. 7-11, dez. 1997.

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

BARRAL, Welber. **O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras**

negociações multilaterais. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

_____. Solução de controvérsias na OMC .In: KLOR, Adriana D. et al. **Solução de controvérsias:** OMC, União Européia e Mercosul. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2004, p. 11-68.

BIGGS, Gonzalo. Reviewing the rule of law in international trade: The WTO dispute settlement rules and developing countries. In: Comércio Internacional e Desenvolvimento: um passo além da OMC, 2006, São Paulo. **Papers.** São Paulo, IDCID. Disponível em: http://www.idcid.org.br/wtoandbeyond/papers_e_apresentacao.htm.>. Acesso em: 24 jun. 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica:* teoria e prática da monografia para os cursos de Direito. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica.** 3 ed. São Paulo: Edipro. 2005

BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth. Financial compensation in The WTO: improving the remedies of WTO dispute settlement. **Journal of International Economic Law**, N. 8, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 101-126.

BUSCH, Marc; REINHARDT, Eric. Testing international trade law: empirical studies of GATT / WTO dispute settlement. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law:** essays in honor of Robert E. Hudec. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 457-481.

CELLI JÚNIOR, Umberto. Brasil (Embraer) x Canadá (Bombardier) na OMC. ComCiência. **Revista Eletrônica de Jornalismo Científico**, v. 8, p. 21, 2007.

_____. Conclusões. In: BAPTISTA, Luiza Olavo; CELLI JÚNIOR, Umberto; YANOVICH, Alan (Orgs). **10 anos de OMC:** uma análise do sistema de solução de controvérsias e perspectivas. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 275-282.

CHARNOVITZ, Steve. Should the teeth be pulled?: an analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of**

international trade law: essays in honor of Robert E. Hudec. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 602-635.

CHAYES, Abram; CHAYES; Antonia Handler. **The new sovereignty:** compliance with international regulatory agreements. Cambridge: Harvard University Press, 1995

CHO, Sungjoon. The nature of remedies in international trade law. **University of Pittsburgh Law Review**, N. 65, 2004, p. 764-809.

COSTA, Lígia Maura. **OMC:** manual prático da Rodada Uruguai. São Paulo: Saraiva, 1996.

CRETELLA NETO, José. **Sistema processual de solução de controvérsias da OMC – organização mundial do comércio:** casuística de interesse para o Brasil. 485 f. Dissertação (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

CROOME, John. **Reshaping the world trading system:** a history of the Uruguay Round. Geneva: OMC, 1998.

DAM, Kenneth. **The GATT:** law and the economic international organization. Chicago: University of Chicago Press, 1979.

DAVEY, William J. **Enforcing world trade rules:** essays on WTO dispute settlement and GATT obligations. Londres: Cameron May, 2006.

_____. **Implementation in WTO dispute settlement:** an introduction to the problems and possible solutions. Research Paper n. 05-16 (Illinois Public Law and Legal Theory Research Paper Series), 2005.

_____. The WTO dispute settlement system: the first 10 years. **Journal of International Economic Law**, Vol.8, N.1, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 17-50.

_____. The WTO: looking forwards. **Journal of International Economic Law**, Vol.9, N. 1, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 3-29.

DELICH, Valentina. Developing countries and the WTO dispute settlement system in HOEKMAN, Bernard; MATTOO, Aaditya; ENGLISH, Philip (Eds.). **Development, trade, and the WTO: a handbook**, chapter 9, Washington, DC: World Bank, 2002, p. 71-80.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas. 2003.

FINKELSTEIN, Cláudio. **O processo de formação de mercados de bloco**. São Paulo: IOB – Thompson, 2003.

FONTOURA, Jorge. A imanência jurídica da OMC. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 39, n. 153, 2002, p.23-31.

FUKUNAGA, Yuka. Securing compliance through the WTO dispute settlement system: implementation of DSB recommendations. **Journal of International Economic Law**, Vol.9, N. 2, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 383-436.

GRANÉ, Patricio. Remedies under WTO law. **Journal of International Economic Law**, Vol.4, N. 4, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 755-772.

HORLICK, G. Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process. In: **KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J.** The political economy of international trade law: **essays in honor of Robert E. Hudec**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 636-645.

HORN, Henrik; MAVROIDS, Petros C. **Remedies in the WTO dispute settlement system and developing country interests**, 1999, p. 12. Disponível em <<http://www.ppl.nl/bibliographies/wto/files/1360.pdf>>. Acesso em 22.05.2008.

HOWSE, Robert; ESSERMAN, Susan. The WTO on Trial. **Foreign Affairs Magazine**. V. 82, N.1, 2003.

HUDEC, Robert. The adequacy of WTO dispute settlement remedies: a developing country perspective in HOEKMAN, Bernard; MATTOO, Aaditya; ENGLISH, Philip (eds.). **Development, trade, and the WTO: a handbook**, chapter 10, Washington, DC: World Bank, 2002, p. 81-91.

_____. **Enforcing international trade law**. Salem, NH: Butterworths, 1993.

_____. **GATT legal system and world trade diplomacy**. Nova Iorque: Praeger Publishers, 1975.

_____. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement. In: WEISS, Friedl; WIERS, Jochem (Eds.). **Improving WTO dispute settlement procedures: issues & lessons from the practice of other international courts and tribunals**, Londres: Cameron May, 2000

INTERNATIONAL TRADE REPORTER. **US Agriculture Reps Urge Rotating Products on Beef Hormone Retaliation List**. N. 16, 1999, p. 662.

IRWIN, Douglas et al. **The genesis of the GATT**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

JACKSON, John H. International economic law: complexity and puzzles. **Journal of International Economic Law**, Vol.10, N. 1, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 3-12.

_____. The Changing Fundamentals of International Law and Ten Years of the WTO. **Journal of International Economic Law**, Vol.8, N. 1, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 3-15.

_____. The WTO Dispute Settlement Understanding: misunderstandings on the nature of legal obligations. **Journal of International Economic Law**, Vol.91, N. 1, Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 60-64.

_____. **The jurisprudence of GATT & the WTO: insights on treaty law and economic relations**. New York: Cambridge University Press, 2002.

_____. **The world trading system: law and policy of international economic relations.** 2. ed. Cambridge: MIT Press, 1997.

_____. **World trade and the law of GATT: a legal analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade.** Indianápolis: Bobbs-Merrill, 1969;

JO, Hee Moon. **Introdução ao direito internacional.** São Paulo: LTr, 2000.

KAWASE, Tsuyoshi. **Looking back over WTO dispute settlement understanding.** Research Institute of Economy, Trade and Industry, Coluna 63, 17 Jul. 2003. Disponível em <http://www.rieti.go.jp/en/columns/a01_0090.html>. Acesso em 07 jun. 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

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

LAWRENCE, Robert Z. **Crimes and punishments?: retaliation under the WTO,** Washington: Peterson Institute for International Economics, 2003.

MALACRIDA, Reto. Towards sounder and fairer WTO retaliation: suggestions for possible additional procedural rules governing members' preparation and adoption of retaliatory measures. **Journal of World Trade**, 42(1), Kluwer Law International, 2008, p. 3-60.

MAVROIDS, Petros. Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place. **European Journal of International Law**. Vol. 11, n. 4, 2000, p. 763-813.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito internacional público.** 14. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, Vol. I, 2002.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NASSER, Rabih Ali. **A liberalização do comércio internacional nas normas do GATT – OMC: a institucionalização como instrumento de liberalização**. São Paulo: LTr, 1999.

NAKADA, Minoru. OMC, Alca e Mercosul. **Carta Internacional**, São Paulo, ano X, nº 115, 2002, p.5.

O'CONNOR, Bernard; DJORDJEVIC, Margareta. Practical aspects of monetary compensation: the US – Copyright case. **Journal of International Economic Law**, N. 8, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 127-142.

O'CONNOR, Bernard. Remedies in the World Trade Organization Dispute Settlement System: the Bananas and Hormones cases. Practical aspects of monetary compensation: the US – Copyright case. **Journal of World Trade**, 38(2), Kluwer Law International, 2004, p.245-266.

OMC. **2007 WTO Public Forum**: how can the WTO help harness globalization. Genebra: WTO Publications, 2008.

_____. **GATT analytical index**: guide to GATT law and practice. Genebra: WTO Publications, 6. ed., 1994,

_____. **The Dispute Settlement System: what reforms for 21st century?** WTO Forum. Disponível em http://www.wto.org/english/forums_e/debates_e/debate1_e.htm. Acesso em 12.10.2008.

_____. **Understanding the WTO**. 3. ed. Genebra: WTO Secretariat, 2003.

_____. **World trade report 2007**: six decades of multilateral trade cooperation: what have we learnt?. Genebra: WTO Publications, 2008, p. 285, nota n. 239. Disponível em http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/world_trade_report07_e.pdf Acesso em 15/09/2008

PALMETER, David; ALEXANDROV, Stanimir. 'Inducing compliance' in WTO Dispute Settlement. In: KENNEDY, Daniel; SOUTHWICK, James. **The political economy of international trade law**: essays in honor of Robert E. Hudec. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 646-666.

_____. MAVROIDS, Petros. **Dispute Settlement in the World Trade Organization**: Practice and Procedure. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 167.

_____. The WTO dispute settlement system in the next ten years. In: WTO at 10 Conference: governance, dispute settlement and developing countries, 2006, Nova York. **Working Papers**. Nova York, Columbia University, p. 10. Disponível em: <<http://www.sipa.columbia.edu/wto/html/papers.html>>. Acesso em: 22.04.2008.

PAUWELYN, Joost. Enforcement and Countermeasures in the WTO: rules are rules-toward a more collective approach. **The American Journal of International Law**, Washington, v. 94, n.2, p. 335-347, 2000.

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

PETTERSMANN, Ernst-Ulrich. **The GATT / WTO dispute settlement system**: international law, international organizations and dispute settlement. The Hague: Kluwer Law International, 1998.

_____. Implementation of WTO rulings: the role of courts and legislatures in the US and other jurisdictions (EC, China). In: WTO at 10 Conference: governance, dispute settlement and developing countries, 2006, Nova York. **Working Papers**. Nova York, Columbia University, p. 2. Disponível em: <<http://www.sipa.columbia.edu/wto/html/papers.html>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

PRADO, Victor Luiz do. Mecanismos de solução de controvérsias: fonte de poder e de problemas na OMC. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. (Coord). **OMC e o comércio internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 264-265.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Charles. De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international. **Revue Générale de Droit International**, Paris, v. 39, n.133, 1932.

RUSE-KHAN, Henning Grosse. A pirate of the Caribbean?: the attractions of suspending TRIPS obligations. **Journal of International Economic Law**, N. 11, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 313-364.

_____. **Suspending IP obligations under TRIPS: a viable alternative to enforce prevailing WTO rulings?**. Center for International Environmental Law, April 2008.

SATO, Eiiti. **Mudanças estruturais no sistema internacional: a evolução do regime de comércio do fracasso da OIC à OMC**. Disponível em: <http://www.cedep.ifch.ufrgs.br/Textos_Elet>. Acesso em: 03.10.2006.

SHAFFER, Gregory. O sistema de solução de disputas da OMC, seus pontos fracos e propostas para aprimoramento> uma visão de econômica e de mercado. In: BAPTISTA, Luiza Olavo; CELLI JÚNIOR, Umberto; YANOVICH, Alan (Orgs). **10 anos de OMC: uma análise do sistema de solução de controvérsias e perspectivas**. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 161-188.

SMITH, James M. **Compliance Bargaining in the WTO: Ecuador and the Bananas Dispute**. Trabalho apresentado à Conference on Developing Countries and the Trade Negotiation Process – UNCTAD (November 2003), p.15. Disponível em <<http://www.ruig-gian.org/ressources/dupont-Smith.pdf>> Acesso em 10/09/2007.

SYKES, Alan O. The remedy for breach of obligations under the WTO Dispute Settlement Understanding: damages or specific performance?, In BRONCKERS, Marco; QUICK, Reinhard (eds.). **New Directions in International Economic Law: essays in honor of John H. Jackson**, Haia: Kluwer Law International, 2000, p. 347-357.

SUBRAMANIAN, Arvind; WATAL Jayashree. 2000. "Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO?". **Journal of International Economic Law**, v. 3, n. 3, Oxford: Oxford University Press, p. 403-416.

SUTHERLAND, Peter et al. **The future of the WTO: addressing institutional challenges in the new millennium**. Genebra: WTO Secretariat. 2004

THORSTENSEN, Vera. **OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais**. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

_____. O papel do Órgão de Apelação: visão das comunidades diplomáticas e acadêmica. In: BAPTISTA, Luiza Olavo; CELLI JÚNIOR, Umberto; YANOVICH, Alan (Orgs). **10 anos de OMC: uma análise do sistema de solução de controvérsias e perspectivas**. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 91-112.

VÁZQUES, Carlos M.; JACKSON, John H. Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions. **Law and Policy in International Business**, Vol.33, N.4, Washington: Georgetown University Law Center, 2002, p. 555-567.

WILSON. Bruce. Compliance by WTO members with adverse WTO dispute settlement rulings: the record to date. **Journal of International Economic Law**, Vol.10, N. 2, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 397-403.

2. DOCUMENTOS GATT

GATT. **Council:** minutes of meeting. 27/10/1992. Documento C/M/ 259.

GATT. **Determination by the CONTRACTING PARTIES of 8 November 1952:** Netherlands measures of suspension of obligations to the United States. BISD 1S/32-33.

3. DOCUMENTOS OMC

OMC. **Brazil - measures affecting imports of retreaded tyres:** arbitration under article 21.3(c) of the DSU – award of the Arbitrator. 29 August 2008. WT/DS322/16. Geneva: OMC.

OMC. **Diagnosis of the problems affecting the dispute settlement mechanism:** some ideas by Mexico. TN/DS/W/90, 16 de Julho de 2007, p. 12.

OMC. **Dispute Settlement Body:** minutes of meeting held in the Centre William Rappard on 24 June 2003. 24 June 2003. WT/DSB/M/151. Geneva: OMC, p. 2.

OMC. **Dispute settlement body:** minutes of meeting. WT/DSB/M/78. 12 May 2000. Geneva: OMC

OMC. **European Communities - regime for the importation, sale and distribution of bananas:** second recourse to article 21.5 of the DSU by Ecuador – report of the panel. 7 April 2008. WT/DS27/RW2/ECU. Geneva: OMC, p.164-169.

OMC. **European Communities – regime for the importation, sale and distribution of bananas - recourse to arbitration by the European communities under article 22.6 of the DSU:** decision by the Arbitrators. 24 March 2000. WT/DS27/ARB/ECU. Geneva: OMC, p.25.

OMC. **Japan - countervailing duties on dynamic random access memories from Korea:** report of the panel. 13 July 2006. WT/DS336/R. Geneva: OMC, p. 205.

OMC. **Japan – measures affecting the importation of apples:** statement by Japan. 22 July 2005. WT/DS245/19. Geneva: OMC.

OMC. **Procedures for the review of the Dispute Settlement Understanding.** 26 February 1998. WT/DSB/W/74. Geneva: OMC, p.1.

OMC. **Special session of the Dispute Settlement Body:** Report by the Chairman, Ambassador Péter Balás, to the Trade Negotiations Committee. 6 June 2003. TN/DS/9. Geneva: OMC, p.1.

OMC. **Special Session of the Dispute Settlement Body:** report by the Chairman, Ambassador Ronald Saborío Soto, to the Trade Negotiations Committee. TN/DS/22, 18 July 2008.

OMC. **United States - final countervailing duty determination with respect to certain softwood lumber from Canada:** recourse by Canada to Article 21.5 – report of the panel. 1 August 200

OMC. **United States – final dumping determination on softwood lumber from Canada:** notification of mutually agreed solution. 16 November 2006. WT/DS264/29. Geneva: OMC.

OMC. **United States – measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services:** recourse to arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU – decision by the Arbitrator. 21 December 2007. WT/DS285/ARB. Geneva: OMC.

OMC. **United States - measures relating to zeroing and sunset reviews:** status report by the United States – addendum. 11 January 2008. WT/DS322/22/Add.2. Geneva: OMC.

OMC. **United States - laws, regulations and methodology for calculating dumping margins (zeroing):** status report by the United States – addendum. 21 August 2007. WT/DS294/20/Add.6. Genebra: OMC.

OMC. **United states – section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998:** Status report by the United States - addendum. 10 October 2008. WT/DS176/11/Add.71. Genebra: OMC.

OMC. **United States – sunset reviews of anti-dumping measures on oil country tubular goods from Argentina:** recourse to article 21.5 of the DSU by Argentina. 12 April 2007. WT/DS268/AB/RW. Genebra: OMC, p.77.

4. PERIÓDICOS

Canada Gazette. **European Union Surtax Order.** 28 July 1999, Vol. 133, No. 17, SOR/99-317, p. 2015.

EU welcomes repeal of Byrd Amendment; regrets transition period.
Disponível em
<http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2007/may/tradoc_134643.pdf> Acesso em 13/06/ 2008.

EU publishes revised smart sanctions to counter US Byrd Amendment.
Disponível em
<http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/february/tradoc_137921.pdf>.

Gazeta Mercantil. **Zoellick reage a sanções e ameaça tirar o Brasil do SGP.**
Kelly Oliveira. 7.10.2005. Caderno A, p. 6.

International Economic Law and Policy Blog. PAUWELYN, Joost. Is the bloodbath in Hormones justified? 17/10/2008. Disponível em: <<http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2008/10/is-the-bloodbat.html>>. Acesso em: 19/10/2008.

Jornal Oficial da União Européia. **Regulamento** (CE) N. 283/2008 DA COMISSÃO de 27 de Março de 2008 que substitui o anexo I do Regulamento (CE) n. 673/2005 do Conselho que institui direitos aduaneiros adicionais sobre as importações de certos produtos originários dos Estados Unidos da América. L 86/19, 28.3.2008.

Kyodo News International. **Japan continues retaliation over U.S. antidumping law.** Tóquio, 22 agosto 2008. Disponível em <http://www.manufacturing.net/News-Japan-Continues-Retaliation-Over-US-Antidumping-Law.aspx?menuid=722>. Acesso em 28.8.2008.

Kyodo News International. **Japan formalizes retaliatory tariffs on U.S. ball bearings, steel.** Tóquio, 12 agosto 2005. Disponível em <<http://www.highbeam.com/doc/1G1-135067154.html>>. Acesso em 28/08/2008.

Le Monde. **Pascal Lamy promet à José Bové de plaider pour un meilleur fonctionnement de l'OMC.** Rafaele Riva. 15.08.2001.

Ministério Das Relações Exteriores. **Carta da Genebra**, Genebra: Missão Permanente do Brasil em Genebra, ano VII, vol. 4, junho de 2008.

O Estado de São Paulo. **Produtores de algodão fazem rifa para bancar painel na OMC.** Patrícia Campos Mello. 18.09.2003. Caderno de Economia.

O Estado De São Paulo. **Retaliação contra os Estados Unidos deve ser lenta e complicada.** Jamil Chade. 22.06.2008. Disponível em: <<http://si.knowtec.com/scriptssi/MostraNoticia?&idnoticia=16590&idcontato=2192>>

&origem=fiqueatento&nomeCliente=FUNCEX&data=2008-06-22>. Acesso em 22/06/2008.

Official Journal of the European Union. **Council Regulation (EC)**, N. 2193/2003 of 8 December 2003 establishing additional customs duties on imports of certain products originating in the United States of America. L 328/3, 17.12.2003.

Official Journal of the European Union Regulation. **Council Regulation (EC)**, No 171/2005 of 31 January 2005 amending and suspending the application of Regulation (EC) No 2193/2003 establishing additional customs duties on imports of certain products originating in the United States of America. L 28/31, 1.2.2005.

Official Journal of the European Union Regulation. **Council Regulation (EC)**, No 728/2006 of 15 May 2006 suspending and conditionally repealing Regulation (EC) No 2193/2003 establishing additional customs duties on imports of certain products originating in the United States of America. L 127/1, 15.5.2006

Trade Policy Review of United States. **Statement by Eckart Guth, EC Ambassador at the WTO:** Geneva 9 & 11 June. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comission_barroso/mandelson/speeches_articles/spaw001_en.htm> Acesso em 17/06/2008.

Valor Econômico. **Estamos em guerra com o Canadá?** Célia de Gouvêa Franco. 8.2.2001. Disponível em <<http://www.valoronline.com.br/ValorImpresso/MaterialImpresso.aspx?tit=Estamos+em+guerra+com+o+Canadá?&codmateria=470823&dtmateria=08+02+2001&codcategoria=89>>. Acesso em 09.04.2008.

Valor Econômico. **País vence disputa por algodão e pode retaliar Estados Unidos.** Sergio Leo. 3 Junho 2008. Disponível em <<http://www.valoronline.com.br/valoreconomico/285/primeirocaderno/brasil/Pais+vence+disputa+por++algodao+e+pode+retaliar+ESTADOS+UNIDOS,,,63,4960945.html>>. Acesso em 21/08/2008.

Valor Econômico. **Ministério discorda de exportadores**. Mauro Zannata. 29.05.2008. Disponível em <<http://www.valoronline.com.br/ValorImpresso/MaterialImpresso.aspx?tit=Ministério+discorda+de+exportadores+&codmateria=4952058&dtmateria=29+05+2008&codcategoria=306>>. Acesso em 29.05.2008.

Valor Econômico. **Quebra de patente pode virar arma**. Sergio Leo. 14 Junho 2005. Caderno Agronegócios.

Wall Street Journal Europe. **The Coming Trans-Atlantic Trade Tussle**. Daniel Griswold. 13.12.2000. Disponível em <<http://www.freetrade.org/node/217>>. Acesso em 21.03.2008.

ANEXO I: LISTA DE CONTROVÉRSIAS

NOME SIMPLIFICADO (ORDEM ALFABÉTICA)	REFERÊNCIA COMPLETA
Argentina-Poultry AD Duties	Argentina — Definitive Anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil (Complainant: Brazil)
Australia — Automotive Leather II	Australia — Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather (Complainant: United States)
Australia — Salmon	Australia — Measures Affecting Importation of Salmon (Complainant: Canada)
Brazil — Aircraft	Brazil — Export Financing Programme for Aircraft (Complainant: Canada)
Brazil — Desiccated Coconut	Brazil — Measures Affecting Desiccated Coconut (Complainant: Philippines)
Brazil — Retreaded Tyres	Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres (Complainant: European Communities)
Canada — Aircraft	Canada — Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft (Complainant: Brazil)
Canada — Continued Suspension	Canada — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute (Complainant: European Communities)
Canada — Dairy	Canada — Measures Affecting Dairy Exports (Complainant: New Zealand)
Canada — Dairy	Canada — Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products (Complainant: United States)
Canada — Pharmaceutical Patents	Canada — Patent Protection of Pharmaceutical Products (Complainant: European Communities)
EC — Approval and Marketing of Biotech Products	European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (Complainant: United States)
EC — Bananas III	European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (Complainant: Ecuador; Guatemala; Honduras; Mexico; United States)
EC-Certain Information Technology Products (Japan)	European Communities and its Member States — Tariff Treatment of Certain Information Technology Products (Complainant Japan)
EC-Certain Information Technology Products (Taipei)	China — Measures Affecting Financial Information Services and Foreign Financial Information Suppliers (Canada)
EC-Certain Information Technology Products (United States)	European Communities and its Member States — Tariff Treatment of Certain Information Technology Products (Complainant: United States)
EC — Hormones (Canada)	European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (Complainant: Canada)
EC — Hormones (United States)	European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (Complainant: United States)
EC — Salmon (Norway)	European Communities — Anti-Dumping Measure on Farmed Salmon from Norway (Complainant: Norway)
EC — Sardines	European Communities — Trade Description of Sardines (Complainant: Peru)
EC — Tube or Pipe Fittings	European Communities — Anti-Dumping Duties on Malleable Cast Iron Tube or Pipe Fittings from Brazil (Complainant: Brazil)
EC — Tariff Preferences	European Communities — Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries

	(Complainant: India)
EC — Trademarks and Geographical Indications	European Communities — Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs (Complainant: United States)
EC — Trademarks and Geographical Indications	European Communities — Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs (Complainant: Australia)
Guatemala-Cement I	Guatemala — Anti-Dumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico (Complainant: Mexico)
Guatemala-Cement II	Guatemala — Definitive Anti-Dumping Measure on Grey Portland Cement from Mexico (Complainant: Mexico)
India — Quantitative Restrictions	India — Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products (Complainant: United States)
Japan — Alcoholic Beverages II (EC)	Japan — Taxes on Alcoholic Beverages (Complainant: European Communities)
Japan — Alcoholic Beverages II (Canada)	Japan — Taxes on Alcoholic Beverages (Complainant: Canada)
Japan — Alcoholic Beverages II (United States)	Japan — Taxes on Alcoholic Beverages (Complainant: United States)
Japan — Apples	Japan — Measures Affecting the Importation of Apples (Complainant: United States)
Japan — DRAMS(Korea)	Japan — Countervailing Duties on Dynamic Random Access Memories from Korea (Complainant: Korea)
Korea — Alcoholic Beverages	Korea — Taxes on Alcoholic Beverages (Complainant: United States)
Korea-Paper AD Duties (Korea — Certain Paper)	Korea — Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia (Complainant: Indonesia)
Mexico — Steel Pipes and Tubes	Mexico — Anti-Dumping Duties on Steel Pipes and Tubes from Guatemala (Complainant: Guatemala)
US — Continued Suspension	United States — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute (Complainant: European Communities)
US — 1916 Act (EC)	United States — Anti-Dumping Act of 1916 (Complainant: European Communities)
US — 1916 Act (Japan)	United States — Anti-Dumping Act of 1916 (Complainant: Japan)
US — Certain EC Products	United States — Import Measures on Certain Products from the European Communities (Complainant: European Communities)
US — Continued Suspension	United States — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute (Complainant: European Communities)
US — Copyright Act Section 110(5)	United States — Section 110(5) of US Copyright Act (Complainant: European Communities)
US — Cotton Yarn	United States — Transitional Safeguard Measure on Combed Cotton Yarn from Pakistan (Complainant: Pakistan)
US — DRAMS	United States — Anti-Dumping Duty on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMS) of One Megabit or Above from Korea (Complainant: Korea)
US — Gambling	United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (Complainant: Antigua and Barbuda)
US — Hot-Rolled Steel	United States — Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan (Complainant: Japan)

US-Lead and Bismuth II	United States — Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom (Complainant: European Communities)
US — Offset Act (Byrd Amendment)	United States — Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (Complainant: Australia; Brazil; Chile; European Communities; India; Indonesia; Japan; Korea; Thailand)
US — Offset Act (Byrd Amendment)	United States — Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (Complainant: Canada; Mexico)
US — Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews	United States — Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina (Complainant: Argentina)
India — Patents (US)	India — Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products (Complainant: United States)
US — Section 211 Appropriations Act	United States — Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998 (Complainant: European Communities)
US — Shrimp	United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (Complainant: India; Malaysia; Pakistan; Thailand)
US — Softwood Lumber IV	United States — Final Countervailing Duty Determination with respect to certain Softwood Lumber from Canada (Complainant: Canada)
US — Softwood Lumber V	United States — Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada (Complainant: Canada)
US — Softwood Lumber VI (US-Lumber ITC Investigation)	United States — Investigation of the International Trade Commission in Softwood Lumber from Canada (Complainant: Canada)
US — Stainless Steel	United States — Anti-Dumping measures on Stainless Steel Plate in Coils and Stainless Steel Sheet and Strip from Korea (Complainant: Korea)
US — Steel Plate	United States — Anti-Dumping and Countervailing Measures on Steel Plate from India (Complainant: India)
US — Underwear	United States — Restrictions on Imports of Cotton and Man-Made Fibre Underwear (Complainant: Costa Rica)
US — Upland Cotton	United States — Subsidies on Upland Cotton (Complainant: Brazil)
US — Wire Rod and Line Pipe	United States — Definitive Safeguard Measures on Imports of Steel Wire Rod and Circular Welded Quality Line Pipe (Complainant: European Communities)
US — Zeroing (Japan)	United States — Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews (Complainant: Japan)
US — Zeroing (EC)	United States — Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (Zeroing) (Complainant: European Communities)
US — Continued Zeroing	United States — Continued Existence and Application of Zeroing Methodology (Complainant: European Communities)

ANEXO II: PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA APLICAR SANÇÕES

CONTROVÉRSIA	NÚM.	DOC.	RECLAMANTE	RECLAMADO	DATA DO PEDIDO	AUTORIZAÇÃO
1. European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products	291	WT/DS291/39	Estados Unidos	CE	Jan. 17, 2008	Solicitação suspensa para tentativa de solução entre as partes.
2. United States - Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews	322	WT/DS322/24	Japão	Estados Unidos	Jan. 10, 2008	Solicitação suspensa até decisão final sobre a ocorrência de implementação (Art. 21.5)
3. United States - Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews	322	WT/DS322/23	Japão	Estados Unidos	Jan. 10, 2008	Solicitação suspensa até decisão final sobre a ocorrência de implementação (Art. 21.5)
4. United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services	285	WT/DS285/22	Antigua	Estados Unidos	Jun. 21, 2007	21.12.2007 Autorização para retaliar em até US\$ 21 milhões por ano.
5. United States - Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina	268	WT/DS268/24	Argentina	Estados Unidos	Maio 21, 2007	Solicitação suspensa para tentativa de solução entre as partes.
6. United States - Subsidies on Upland Cotton (SCM 7.9)	267	WT/DS267/26	Brasil	Estados Unidos	Out. 06, 2005	Solicitação suspensa para apreciação da ocorrência de implementação (Art. 21.5). Com a decisão do OA de que os EUA estão inadimplentes o Brasil terá o direito de reativar o procedimento arbitral.
7. United States - Subsidies on Upland Cotton (SCM 4.10)	267	WT/DS267/21	Brasil	Estados Unidos	Jul. 04, 2005	Solicitação suspensa para apreciação da ocorrência de implementação (Art. 21.5). Com a decisão do OA de que os EUA estão inadimplentes o Brasil terá o direito de reativar o procedimento arbitral.
8. United States - Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada	264	WT/DS264/17	Canadá	Estados Unidos	Maio 19, 2005	Solicitação não apreciada em razão de notificação de mútuo acordo entre as partes.
9. United States - Investigation of the International Trade Commission in Softwood Lumber from Canada	277	WT/DS277/9	Canadá	Estados Unidos	Fev. 14, 2005	Solicitação não apreciada em razão de notificação de mútuo acordo entre as partes.
10. United States - Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada	257	WT/DS257/16	Canadá	Estados Unidos	Dez 30, 2004	Solicitação não apreciada em razão de notificação de mútuo acordo entre as partes.
11. Japan - Measures Affecting the Importation of Apples	245	WT/DS245/12	Estados Unidos	Japão	Jul. 19, 2004	Solicitação não apreciada em razão de notificação de mútuo acordo entre as partes.
12. United States - Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000	217	WT/DS217/23	Índia	Estados Unidos	Jan. 15, 2004	26.11.2004
13. United States - Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000	217	WT/DS217/20	Brasil	Estados Unidos	Jan. 15, 2004	26.11.2004
14. United States - Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000	217	WT/DS217/22	CE	Estados Unidos	Jan. 15, 2004	26.11.2004
15. United States - Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000	217	WT/DS217/25	Coreia	Estados Unidos	Jan. 15, 2004	26.11.2004
16. United States - Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000	234	WT/DS234/25	Canadá	Estados Unidos	Jan. 15, 2004	26.11.2004

17. United States - Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000	234	WT/DS234/26	México	Estados Unidos	Jan. 15, 2004	26.11.2004
18. United States - Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000	217	WT/DS217/24	Japão	Estados Unidos	Jan. 15, 2004	26.11.2004
19. United States - Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000	217	WT/DS217/21	Chile	Estados Unidos	Jan. 15, 2004	17.12.2004
20. Canada - Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft	222	WT/DS222/7	Brasil	Canadá	Maio 23, 2002	18.3.2003
21. United States - Anti-dumping Act of 1916	136	WT/DS136/15	CE	Estados Unidos	Jan. 07, 2002	Pedido não prosseguido após o fim da arbitragem do art. 22.6 (Revogação do Anti-Dumping Act of 1916..
22. United States - Section 110(5) of the US Copyright Act	160	WT/DS160/19	CE	Estados Unidos	Jan. 07, 2002	Pedido não prosseguido (acordo compensatório temporário até Dez. de 2004).
23. United States - Anti-dumping Act of 1916	162	WT/DS162/18	Japão	Estados Unidos	Jan. 07, 2002	Pedido não prosseguido (Revogação do Anti-Dumping Act of 1916).
24. Canada - Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products	103	WT/DS103/17	Estados Unidos	Canadá	Fev 16, 2001	Pedido não prosseguido (notificação de solução mutuamente satisfatória).
25. Canada - Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products	113	WT/DS113/17	Nova Zelândia	Canadá	Fev 16, 2001	Solicitação não apreciada em razão de notificação de mútuo acordo entre as partes.
26. United States - Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations"	108	WT/DS108/13	EC	Estados Unidos	Nov 17, 2000	7.5.2003
27. Brazil - Export Financing Programme for Aircraft	46	WT/DS46/16	Canadá	Brasil	Maio 10, 2000	12.12.2000
28. European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas	27	WT/DS27/52	Equador	EC	Nov 08, 1999	18.5.2000
29. Australia - Measures Affecting Importation of Salmon	18	WT/DS18/12	Canadá	Austrália	Jul 15, 1999	Pedido não prosseguido (solução mutuamente satisfatória aparentemente alcançada).
30. European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)	48	WT/DS48/17	Canadá	EC	Maio 20, 1999	26.7.1999
31. European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)	26	WT/DS26/19	Estados Unidos	EC	Maio 17, 1999	26.7.1999
32. European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas	27	WT/DS27/43	Estados Unidos	EC	Jan. 14, 1999	19.4.1999

Fonte: WorldTradeLaw.net (26.07.2008) (<http://www.worldtradelaw.net/dsc/database/retaliationrequests.asp>)

ANEXO III: SANÇÕES EFETIVAMENTE IMPOSTAS

CONTROVÉRSIA	RECLAMANTE	RECLAMADO	DATA DA SOLICITAÇÃO	DATA DA AUTORIZAÇÃO	MONTANTE AUTORIZADO PARA RETALIAÇÃO	UTILIZAÇÃO DA RETALIAÇÃO
1. EC - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (DS27)	EUA	CE	14.1.1999	19.4.1999	US\$ 191,4 milhões por ano	Retaliação aplicada (até julho 2001)
2. EC - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (DS26)	EUA	CE	17.5.1999	26.7.1999	US\$ 116,8 milhões por ano	Retaliação aplicada (em vigor)
3. EC - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (DS48)	CANADÁ	CE	20.5.1999	26.7.1999	CanD 11.3 milhões por ano	Retaliação aplicada (em vigor)
4. US-Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations" (DS108)	CE	EUA	17.11.2000	7.5.2003	US\$ 4,043 bilhões por ano	Retaliação aplicada entre Março de 2004 e Janeiro de 2005. Reintroduzida e novamente retirada em 2006
5. US-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (Byrd Amendment) (DS217)	CE	EUA	15.1.2004	26.11.2004	Cálculo: valor das distribuições feitas em decorrência do CDSOA, referente a direitos antidumping ou medidas compensatórias cobradas sobre as importações provenientes da CE no período em questão, em conformidade com as instruções publicadas pelas autoridades dos EUA, multiplicado por 0,72. total 2005/2006: US\$ 27,81 milhões total 2007/2008: US\$ 81,19 milhões	Retaliação aplicada em Maio de 2005 (em vigor)
6. US-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (Byrd Amendment) (DS217)	Japão	EUA			total 2005/2006: US\$ 52,1 milhões total 2007/2008: US\$ 48,18 milhões	Retaliação aplicada em Setembro de 2005 (em vigor)
7. US-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (Byrd Amendment) (DS234)	Canadá	EUA	15.1.2004	26.11.2004	total 2005/2006: US\$ 11,16 milhões	Retaliação aplicada em Maio de 2005
8. US-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (Byrd Amendment) (DS234)	México	EUA	15.1.2004	26.11.2004	total 2006/2007: US\$ 6,1 milhões	Retaliação aplicada em Setembro de 2006

ANEXO IV

UNDERSTANDING ON RULES AND PROCEDURES GOVERNING THE SETTLEMENT OF DISPUTES

Members hereby agree as follows:

Article 1

Coverage and Application

1. The rules and procedures of this Understanding shall apply to disputes brought pursuant to the consultation and dispute settlement provisions of the agreements listed in Appendix 1 to this Understanding (referred to in this Understanding as the "covered agreements"). The rules and procedures of this Understanding shall also apply to consultations and the settlement of disputes between Members concerning their rights and obligations under the provisions of the Agreement Establishing the World Trade Organization (referred to in this Understanding as the "WTO Agreement") and of this Understanding taken in isolation or in combination with any other covered agreement.

2. The rules and procedures of this Understanding shall apply subject to such special or additional rules and procedures on dispute settlement contained in the covered agreements as are identified in Appendix 2 to this Understanding. To the extent that there is a difference between the rules and procedures of this Understanding and the special or additional rules and procedures set forth in Appendix 2, the special or additional rules and procedures in Appendix 2 shall prevail. In disputes involving rules and procedures under more than one covered agreement, if there is a conflict between special or additional rules and procedures of such agreements under review, and where the parties to the dispute cannot agree on rules and procedures within 20 days of the establishment of the panel, the Chairman of the Dispute Settlement Body provided for in paragraph 1 of Article 2 (referred to in this Understanding as the "DSB"), in consultation with the parties

to the dispute, shall determine the rules and procedures to be followed within 10 days after a request by either Member. The Chairman shall be guided by the principle that special or additional rules and procedures should be used where possible, and the rules and procedures set out in this Understanding should be used to the extent necessary to avoid conflict.

Article 2

Administration

1. The Dispute Settlement Body is hereby established to administer these rules and procedures and, except as otherwise provided in a covered agreement, the consultation and dispute settlement provisions of the covered agreements. Accordingly, the DSB shall have the authority to establish panels, adopt panel and Appellate Body reports, maintain surveillance of implementation of rulings and recommendations, and authorize suspension of concessions and other obligations under the covered agreements. With respect to disputes arising under a covered agreement which is a Plurilateral Trade Agreement, the term "Member" as used herein shall refer only to those Members that are parties to the relevant Plurilateral Trade Agreement. Where the DSB administers the dispute settlement provisions of a Plurilateral Trade Agreement, only those Members that are parties to that Agreement may participate in decisions or actions taken by the DSB with respect to that dispute.

2. The DSB shall inform the relevant WTO Councils and Committees of any developments in disputes related to provisions of the respective covered agreements.

3. The DSB shall meet as often as necessary to carry out its functions within the time-frames provided in this Understanding.

4. Where the rules and procedures of this Understanding provide for the DSB to take a decision, it shall do so by consensus.¹

Article 3

General Provisions

1. Members affirm their adherence to the principles for the management of disputes heretofore applied under Articles XXII and XXIII of GATT 1947, and the rules and procedures as further elaborated and modified herein.

2. The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements.

3. The prompt settlement of situations in which a Member considers that any benefits accruing to it directly or indirectly under the covered agreements are being impaired by measures taken by another Member is essential to the effective functioning of the WTO and the maintenance of a proper balance between the rights and obligations of Members.

4. Recommendations or rulings made by the DSB shall be aimed at achieving a satisfactory settlement of the matter in accordance with the rights and obligations under this Understanding and under the covered agreements.

5. All solutions to matters formally raised under the consultation and dispute settlement provisions of the covered agreements, including arbitration awards, shall be consistent with those agreements and shall not nullify or impair benefits

¹ The DSB shall be deemed to have decided by consensus on a matter submitted for its consideration, if no Member, present at the meeting of the DSB when the decision is taken, formally objects to the proposed decision.

accruing to any Member under those agreements, nor impede the attainment of any objective of those agreements.

6. Mutually agreed solutions to matters formally raised under the consultation and dispute settlement provisions of the covered agreements shall be notified to the DSB and the relevant Councils and Committees, where any Member may raise any point relating thereto.

7. Before bringing a case, a Member shall exercise its judgement as to whether action under these procedures would be fruitful. The aim of the dispute settlement mechanism is to secure a positive solution to a dispute. A solution mutually acceptable to the parties to a dispute and consistent with the covered agreements is clearly to be preferred. In the absence of a mutually agreed solution, the first objective of the dispute settlement mechanism is usually to secure the withdrawal of the measures concerned if these are found to be inconsistent with the provisions of any of the covered agreements. The provision of compensation should be resorted to only if the immediate withdrawal of the measure is impracticable and as a temporary measure pending the withdrawal of the measure which is inconsistent with a covered agreement. The last resort which this Understanding provides to the Member invoking the dispute settlement procedures is the possibility of suspending the application of concessions or other obligations under the covered agreements on a discriminatory basis vis-à-vis the other Member, subject to authorization by the DSB of such measures.

8. In cases where there is an infringement of the obligations assumed under a covered agreement, the action is considered *prima facie* to constitute a case of nullification or impairment. This means that there is normally a presumption that a breach of the rules has an adverse impact on other Members parties to that covered agreement, and in such cases, it shall be up to the Member against whom the complaint has been brought to rebut the charge.

9. The provisions of this Understanding are without prejudice to the rights of Members to seek authoritative interpretation of provisions of a covered agreement through decision-making under the WTO Agreement or a covered agreement which is a Plurilateral Trade Agreement.

10. It is understood that requests for conciliation and the use of the dispute settlement procedures should not be intended or considered as contentious acts and that, if a dispute arises, all Members will engage in these procedures in good faith in an effort to resolve the dispute. It is also understood that complaints and counter-complaints in regard to distinct matters should not be linked.

11. This Understanding shall be applied only with respect to new requests for consultations under the consultation provisions of the covered agreements made on or after the date of entry into force of the WTO Agreement. With respect to disputes for which the request for consultations was made under GATT 1947 or under any other predecessor agreement to the covered agreements before the date of entry into force of the WTO Agreement, the relevant dispute settlement rules and procedures in effect immediately prior to the date of entry into force of the WTO Agreement shall continue to apply.²

12. Notwithstanding paragraph 11, if a complaint based on any of the covered agreements is brought by a developing country Member against a developed country Member, the complaining party shall have the right to invoke, as an alternative to the provisions contained in Articles 4, 5, 6 and 12 of this Understanding, the corresponding provisions of the Decision of 5 April 1966 (BISD 14S/18), except that where the Panel considers that the time-frame provided for in paragraph 7 of that Decision is insufficient to provide its report and with the agreement of the complaining party, that time-frame may be extended. To the extent that there is a difference between the rules and procedures of Articles 4, 5, 6 and 12 and the corresponding rules and procedures of the Decision, the latter shall prevail.

Article 4

Consultations

² This paragraph shall also be applied to disputes on which panel reports have not been adopted or fully implemented.

1. Members affirm their resolve to strengthen and improve the effectiveness of the consultation procedures employed by Members.
2. Each Member undertakes to accord sympathetic consideration to and afford adequate opportunity for consultation regarding any representations made by another Member concerning measures affecting the operation of any covered agreement taken within the territory of the former.³
3. If a request for consultations is made pursuant to a covered agreement, the Member to which the request is made shall, unless otherwise mutually agreed, reply to the request within 10 days after the date of its receipt and shall enter into consultations in good faith within a period of no more than 30 days after the date of receipt of the request, with a view to reaching a mutually satisfactory solution. If the Member does not respond within 10 days after the date of receipt of the request, or does not enter into consultations within a period of no more than 30 days, or a period otherwise mutually agreed, after the date of receipt of the request, then the Member that requested the holding of consultations may proceed directly to request the establishment of a panel.
4. 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.
5. 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.
6. Consultations shall be confidential, and without prejudice to the rights of any Member in any further proceedings.

³ Where the provisions of any other covered agreement concerning measures taken by regional or local governments or authorities within the territory of a Member contain provisions different from the provisions of this paragraph, the provisions of such other covered agreement shall prevail.

7. If the consultations fail to settle a dispute within 60 days after the date of receipt of the request for consultations, the complaining party may request the establishment of a panel. The complaining party may request a panel during the 60-day period if the consulting parties jointly consider that consultations have failed to settle the dispute.

8. In cases of urgency, including those which concern perishable goods, Members shall enter into consultations within a period of no more than 10 days after the date of receipt of the request. If the consultations have failed to settle the dispute within a period of 20 days after the date of receipt of the request, the complaining party may request the establishment of a panel.

9. In cases of urgency, including those which concern perishable goods, the parties to the dispute, panels and the Appellate Body shall make every effort to accelerate the proceedings to the greatest extent possible.

10. During consultations Members should give special attention to the particular problems and interests of developing country Members.

11. Whenever a Member other than the consulting Members considers that it has a substantial trade interest in consultations being held pursuant to paragraph 1 of Article XXII of GATT 1994, paragraph 1 of Article XXII of GATS, or the corresponding provisions in other covered agreements⁴, such Member may notify the consulting Members and the DSB, within 10 days after the date of the circulation of the request for consultations under said Article, of its desire to be joined in the consultations. Such Member shall be joined in the consultations,

⁴ The corresponding consultation provisions in the covered agreements are listed hereunder: Agreement on Agriculture, Article 19; Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, paragraph 1 of Article 11; Agreement on Textiles and Clothing, paragraph 4 of Article 8; Agreement on Technical Barriers to Trade, paragraph 1 of Article 14; Agreement on Trade-Related Investment Measures, Article 8; Agreement on Implementation of Article VI of GATT 1994, paragraph 2 of Article 17; Agreement on Implementation of Article VII of GATT 1994, paragraph 2 of Article 19; Agreement on Preshipment Inspection, Article 7; Agreement on Rules of Origin, Article 7; Agreement on Import Licensing Procedures, Article 6; Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, Article 30; Agreement on Safeguards, Article 14; Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Article 64.1; and any corresponding consultation provisions in Plurilateral Trade Agreements as determined by the competent bodies of each Agreement and as notified to the DSB.

provided that the Member to which the request for consultations was addressed agrees that the claim of substantial interest is well-founded. In that event they shall so inform the DSB. If the request to be joined in the consultations is not accepted, the applicant Member shall be free to request consultations under paragraph 1 of Article XXII or paragraph 1 of Article XXIII of GATT 1994, paragraph 1 of Article XXII or paragraph 1 of Article XXIII of GATS, or the corresponding provisions in other covered agreements.

Article 5

Good Offices, Conciliation and Mediation

1. Good offices, conciliation and mediation are procedures that are undertaken voluntarily if the parties to the dispute so agree.
2. Proceedings involving good offices, conciliation and mediation, and in particular positions taken by the parties to the dispute during these proceedings, shall be confidential, and without prejudice to the rights of either party in any further proceedings under these procedures.
3. Good offices, conciliation or mediation may be requested at any time by any party to a dispute. They may begin at any time and be terminated at any time. Once procedures for good offices, conciliation or mediation are terminated, a complaining party may then proceed with a request for the establishment of a panel.
4. When good offices, conciliation or mediation are entered into within 60 days after the date of receipt of a request for consultations, the complaining party must allow a period of 60 days after the date of receipt of the request for consultations before requesting the establishment of a panel. The complaining party may request the establishment of a panel during the 60-day period if the parties to the dispute jointly consider that the good offices, conciliation or mediation process has failed to settle the dispute.

5. If the parties to a dispute agree, procedures for good offices, conciliation or mediation may continue while the panel process proceeds.

6. The Director-General may, acting in an *ex officio* capacity, offer good offices, conciliation or mediation with the view to assisting Members to settle a dispute.

Article 6

Establishment of Panels

1. If the complaining party so requests, a panel shall be established at the latest at the DSB meeting following that at which the request first appears as an item on the DSB's agenda, unless at that meeting the DSB decides by consensus not to establish a panel.⁵

2. The request for the establishment of a panel shall be made in writing. It shall indicate whether consultations were held, identify the specific measures at issue and provide a brief summary of the legal basis of the complaint sufficient to present the problem clearly. In case the applicant requests the establishment of a panel with other than standard terms of reference, the written request shall include the proposed text of special terms of reference.

Article 7

Terms of Reference of Panels

1. Panels shall have the following terms of reference unless the parties to the dispute agree otherwise within 20 days from the establishment of the panel:

"To examine, in the light of the relevant provisions in (name of the covered agreement(s) cited by the parties to the dispute), the matter referred to the DSB by (name of party) in document ... and to make such findings as will assist the DSB in

⁵ If the complaining party so requests, a meeting of the DSB shall be convened for this purpose within 15 days of the request, provided that at least 10 days' advance notice of the meeting is given.

making the recommendations or in giving the rulings provided for in that/those agreement(s)."

2. Panels shall address the relevant provisions in any covered agreement or agreements cited by the parties to the dispute.

3. In establishing a panel, the DSB may authorize its Chairman to draw up the terms of reference of the panel in consultation with the parties to the dispute, subject to the provisions of paragraph 1. The terms of reference thus drawn up shall be circulated to all Members. If other than standard terms of reference are agreed upon, any Member may raise any point relating thereto in the DSB.

Article 8

Composition of Panels

1. Panels shall be composed of well-qualified governmental and/or non-governmental individuals, including persons who have served on or presented a case to a panel, served as a representative of a Member or of a contracting party to GATT 1947 or as a representative to the Council or Committee of any covered agreement or its predecessor agreement, or in the Secretariat, taught or published on international trade law or policy, or served as a senior trade policy official of a Member.

2. Panel members should be selected with a view to ensuring the independence of the members, a sufficiently diverse background and a wide spectrum of experience.

3. Citizens of Members whose governments⁶ are parties to the dispute or third parties as defined in paragraph 2 of Article 10 shall not serve on a panel concerned with that dispute, unless the parties to the dispute agree otherwise.

⁶ In the case where customs unions or common markets are parties to a dispute, this provision applies to citizens of all member countries of the customs unions or common markets.

4. To assist in the selection of panelists, the Secretariat shall maintain an indicative list of governmental and non-governmental individuals possessing the qualifications outlined in paragraph 1, from which panelists may be drawn as appropriate. That list shall include the roster of non-governmental panelists established on 30 November 1984 (BISD 31S/9), and other rosters and indicative lists established under any of the covered agreements, and shall retain the names of persons on those rosters and indicative lists at the time of entry into force of the WTO Agreement. Members may periodically suggest names of governmental and non-governmental individuals for inclusion on the indicative list, providing relevant information on their knowledge of international trade and of the sectors or subject matter of the covered agreements, and those names shall be added to the list upon approval by the DSB. For each of the individuals on the list, the list shall indicate specific areas of experience or expertise of the individuals in the sectors or subject matter of the covered agreements.

5. Panels shall be composed of three panelists unless the parties to the dispute agree, within 10 days from the establishment of the panel, to a panel composed of five panelists. Members shall be informed promptly of the composition of the panel.

6. The Secretariat shall propose nominations for the panel to the parties to the dispute. The parties to the dispute shall not oppose nominations except for compelling reasons.

7. If there is no agreement on the panelists within 20 days after the date of the establishment of a panel, at the request of either party, the Director-General, in consultation with the Chairman of the DSB and the Chairman of the relevant Council or Committee, shall determine the composition of the panel by appointing the panelists whom the Director-General considers most appropriate in accordance with any relevant special or additional rules or procedures of the covered agreement or covered agreements which are at issue in the dispute, after consulting with the parties to the dispute. The Chairman of the DSB shall inform the Members of the composition of the panel thus formed no later than 10 days after the date the Chairman receives such a request.

8. Members shall undertake, as a general rule, to permit their officials to serve as panelists.

9. Panelists shall serve in their individual capacities and not as government representatives, nor as representatives of any organization. Members shall therefore not give them instructions nor seek to influence them as individuals with regard to matters before a panel.

10. When a dispute is between a developing country Member and a developed country Member the panel shall, if the developing country Member so requests, include at least one panelist from a developing country Member.

11. Panelists' expenses, including travel and subsistence allowance, shall be met from the WTO budget in accordance with criteria to be adopted by the General Council, based on recommendations of the Committee on Budget, Finance and Administration.

Article 9

Procedures for Multiple Complainants

1. Where more than one Member requests the establishment of a panel related to the same matter, a single panel may be established to examine these complaints taking into account the rights of all Members concerned. A single panel should be established to examine such complaints whenever feasible.

2. The single panel shall organize its examination and present its findings to the DSB in such a manner that the rights which the parties to the dispute would have enjoyed had separate panels examined the complaints are in no way impaired. If one of the parties to the dispute so requests, the panel shall submit separate reports on the dispute concerned. The written submissions by each of the complainants shall be made available to the other complainants, and each

complainant shall have the right to be present when any one of the other complainants presents its views to the panel.

3. If more than one panel is established to examine the complaints related to the same matter, to the greatest extent possible the same persons shall serve as panelists on each of the separate panels and the timetable for the panel process in such disputes shall be harmonized.

Article 10

Third Parties

1. The interests of the parties to a dispute and those of other Members under a covered agreement at issue in the dispute shall be fully taken into account during the panel process.

2. Any Member having a substantial interest in a matter before a panel and having notified its interest to the DSB (referred to in this Understanding as a "third party") shall have an opportunity to be heard by the panel and to make written submissions to the panel. These submissions shall also be given to the parties to the dispute and shall be reflected in the panel report.

3. Third parties shall receive the submissions of the parties to the dispute to the first meeting of the panel.

4. If a third party considers that a measure already the subject of a panel proceeding nullifies or impairs benefits accruing to it under any covered agreement, that Member may have recourse to normal dispute settlement procedures under this Understanding. Such a dispute shall be referred to the original panel wherever possible.

Article 11

Function of Panels

The function of panels is to assist the DSB in discharging its responsibilities under this Understanding and the covered agreements. Accordingly, a panel should make an objective assessment of the matter before it, including an objective assessment of the facts of the case and the applicability of and conformity with the relevant covered agreements, and make such other findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the rulings provided for in the covered agreements. Panels should consult regularly with the parties to the dispute and give them adequate opportunity to develop a mutually satisfactory solution.

Article 12

Panel Procedures

1. Panels shall follow the Working Procedures in Appendix 3 unless the panel decides otherwise after consulting the parties to the dispute.
2. Panel procedures should provide sufficient flexibility so as to ensure high-quality panel reports, while not unduly delaying the panel process.
3. After consulting the parties to the dispute, the panelists shall, as soon as practicable and whenever possible within one week after the composition and terms of reference of the panel have been agreed upon, fix the timetable for the panel process, taking into account the provisions of paragraph 9 of Article 4, if relevant.
4. In determining the timetable for the panel process, the panel shall provide sufficient time for the parties to the dispute to prepare their submissions.
5. Panels should set precise deadlines for written submissions by the parties and the parties should respect those deadlines.

6. Each party to the dispute shall deposit its written submissions with the Secretariat for immediate transmission to the panel and to the other party or parties to the dispute. The complaining party shall submit its first submission in advance of the responding party's first submission unless the panel decides, in fixing the timetable referred to in paragraph 3 and after consultations with the parties to the dispute, that the parties should submit their first submissions simultaneously. When there are sequential arrangements for the deposit of first submissions, the panel shall establish a firm time-period for receipt of the responding party's submission. Any subsequent written submissions shall be submitted simultaneously.

7. Where the parties to the dispute have failed to develop a mutually satisfactory solution, the panel shall submit its findings in the form of a written report to the DSB. In such cases, the report of a panel shall set out the findings of fact, the applicability of relevant provisions and the basic rationale behind any findings and recommendations that it makes. Where a settlement of the matter among the parties to the dispute has been found, the report of the panel shall be confined to a brief description of the case and to reporting that a solution has been reached.

8. In order to make the procedures more efficient, the period in which the panel shall conduct its examination, from the date that the composition and terms of reference of the panel have been agreed upon until the date the final report is issued to the parties to the dispute, shall, as a general rule, not exceed six months. In cases of urgency, including those relating to perishable goods, the panel shall aim to issue its report to the parties to the dispute within three months.

9. When the panel considers that it cannot issue its report within six months, or within three months in cases of urgency, it shall inform the DSB in writing of the reasons for the delay together with an estimate of the period within which it will issue its report. In no case should the period from the establishment of the panel to the circulation of the report to the Members exceed nine months.

10. In the context of consultations involving a measure taken by a developing country Member, the parties may agree to extend the periods established in paragraphs 7 and 8 of Article 4. If, after the relevant period has elapsed, the consulting parties cannot agree that the consultations have concluded, the Chairman of the DSB shall decide, after consultation with the parties, whether to extend the relevant period and, if so, for how long. In addition, in examining a complaint against a developing country Member, the panel shall accord sufficient time for the developing country Member to prepare and present its argumentation. The provisions of paragraph 1 of Article 20 and paragraph 4 of Article 21 are not affected by any action pursuant to this paragraph.

11. Where one or more of the parties is a developing country Member, the panel's report shall explicitly indicate the form in which account has been taken of relevant provisions on differential and more-favourable treatment for developing country Members that form part of the covered agreements which have been raised by the developing country Member in the course of the dispute settlement procedures.

12. The panel may suspend its work at any time at the request of the complaining party for a period not to exceed 12 months. In the event of such a suspension, the time-frames set out in paragraphs 8 and 9 of this Article, paragraph 1 of Article 20, and paragraph 4 of Article 21 shall be extended by the amount of time that the work was suspended. If the work of the panel has been suspended for more than 12 months, the authority for establishment of the panel shall lapse.

Article 13

Right to Seek Information

1. Each panel shall have the right to seek information and technical advice from any individual or body which it deems appropriate. However, before a panel seeks such information or advice from any individual or body within the jurisdiction of a Member it shall inform the authorities of that Member. A Member should

respond promptly and fully to any request by a panel for such information as the panel considers necessary and appropriate. Confidential information which is provided shall not be revealed without formal authorization from the individual, body, or authorities of the Member providing the information.

2. Panels may seek information from any relevant source and may consult experts to obtain their opinion on certain aspects of the matter. With respect to a factual issue concerning a scientific or other technical matter raised by a party to a dispute, a panel may request an advisory report in writing from an expert review group. Rules for the establishment of such a group and its procedures are set forth in Appendix 4.

Article 14

Confidentiality

1. Panel deliberations shall be confidential.
2. The reports of panels shall be drafted without the presence of the parties to the dispute in the light of the information provided and the statements made.
3. Opinions expressed in the panel report by individual panelists shall be anonymous.

Article 15

Interim Review Stage

1. Following the consideration of rebuttal submissions and oral arguments, the panel shall issue the descriptive (factual and argument) sections of its draft report to the parties to the dispute. Within a period of time set by the panel, the parties shall submit their comments in writing.

2. Following the expiration of the set period of time for receipt of comments from the parties to the dispute, the panel shall issue an interim report to the parties, including both the descriptive sections and the panel's findings and conclusions. Within a period of time set by the panel, a party may submit a written request for the panel to review precise aspects of the interim report prior to circulation of the final report to the Members. At the request of a party, the panel shall hold a further meeting with the parties on the issues identified in the written comments. If no comments are received from any party within the comment period, the interim report shall be considered the final panel report and circulated promptly to the Members.

3. The findings of the final panel report shall include a discussion of the arguments made at the interim review stage. The interim review stage shall be conducted within the time-period set out in paragraph 8 of Article 12.

Article 16

Adoption of Panel Reports

1. In order to provide sufficient time for the Members to consider panel reports, the reports shall not be considered for adoption by the DSB until 20 days after the date they have been circulated to the Members.

2. Members having objections to a panel report shall give written reasons to explain their objections for circulation at least 10 days prior to the DSB meeting at which the panel report will be considered.

3. The parties to a dispute shall have the right to participate fully in the consideration of the panel report by the DSB, and their views shall be fully recorded.

4. Within 60 days after the date of circulation of a panel report to the Members, the report shall be adopted at a DSB meeting⁷ unless a party to the dispute formally notifies the DSB of its decision to appeal or the DSB decides by consensus not to adopt the report. If a party has notified its decision to appeal, the report by the panel shall not be considered for adoption by the DSB until after completion of the appeal. This adoption procedure is without prejudice to the right of Members to express their views on a panel report.

Article 17

Appellate Review

Standing Appellate Body

1. A standing Appellate Body shall be established by the DSB. The Appellate Body shall hear appeals from panel cases. It shall be composed of seven persons, three of whom shall serve on any one case. Persons serving on the Appellate Body shall serve in rotation. Such rotation shall be determined in the working procedures of the Appellate Body.

2. The DSB shall appoint persons to serve on the Appellate Body for a four-year term, and each person may be reappointed once. However, the terms of three of the seven persons appointed immediately after the entry into force of the WTO Agreement shall expire at the end of two years, to be determined by lot. Vacancies shall be filled as they arise. A person appointed to replace a person whose term of office has not expired shall hold office for the remainder of the predecessor's term.

3. The Appellate Body shall comprise persons of recognized authority, with demonstrated expertise in law, international trade and the subject matter of the covered agreements generally. They shall be unaffiliated with any government. The Appellate Body membership shall be broadly representative of membership in the WTO. All persons serving on the Appellate Body shall be available at all times and on short notice, and shall stay abreast of dispute settlement activities and

⁷ If a meeting of the DSB is not scheduled within this period at a time that enables the requirements of paragraphs 1 and 4 of Article 16 to be met, a meeting of the DSB shall be held for this purpose.

other relevant activities of the WTO. They shall not participate in the consideration of any disputes that would create a direct or indirect conflict of interest.

4. Only parties to the dispute, not third parties, may appeal a panel report. Third parties which have notified the DSB of a substantial interest in the matter pursuant to paragraph 2 of Article 10 may make written submissions to, and be given an opportunity to be heard by, the Appellate Body.

5. As a general rule, the proceedings shall not exceed 60 days from the date a party to the dispute formally notifies its decision to appeal to the date the Appellate Body circulates its report. In fixing its timetable the Appellate Body shall take into account the provisions of paragraph 9 of Article 4, if relevant. When the Appellate Body considers that it cannot provide its report within 60 days, it shall inform the DSB in writing of the reasons for the delay together with an estimate of the period within which it will submit its report. In no case shall the proceedings exceed 90 days.

6. An appeal shall be limited to issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel.

7. The Appellate Body shall be provided with appropriate administrative and legal support as it requires.

8. The expenses of persons serving on the Appellate Body, including travel and subsistence allowance, shall be met from the WTO budget in accordance with criteria to be adopted by the General Council, based on recommendations of the Committee on Budget, Finance and Administration.

Procedures for Appellate Review

9. Working procedures shall be drawn up by the Appellate Body in consultation with the Chairman of the DSB and the Director-General, and communicated to the Members for their information.

10. The proceedings of the Appellate Body shall be confidential. The reports of the Appellate Body shall be drafted without the presence of the parties to the dispute and in the light of the information provided and the statements made.

11. Opinions expressed in the Appellate Body report by individuals serving on the Appellate Body shall be anonymous.

12. The Appellate Body shall address each of the issues raised in accordance with paragraph 6 during the appellate proceeding.

13. The Appellate Body may uphold, modify or reverse the legal findings and conclusions of the panel.

Adoption of Appellate Body Reports

14. An Appellate Body report shall be adopted by the DSB and unconditionally accepted by the parties to the dispute unless the DSB decides by consensus not to adopt the Appellate Body report within 30 days following its circulation to the Members.⁸ This adoption procedure is without prejudice to the right of Members to express their views on an Appellate Body report.

Article 18

Communications with the Panel or Appellate Body

1. There shall be no *ex parte* communications with the panel or Appellate Body concerning matters under consideration by the panel or Appellate Body.

2. Written submissions to the panel or the Appellate Body shall be treated as confidential, but shall be made available to the parties to the dispute. Nothing in this Understanding shall preclude a party to a dispute from disclosing statements of its own positions to the public. Members shall treat as confidential information submitted by another Member to the panel or the Appellate Body which that

⁸ If a meeting of the DSB is not scheduled during this period, such a meeting of the DSB shall be held for this purpose.

Member has designated as confidential. A party to a dispute shall also, upon request of a Member, provide a non-confidential summary of the information contained in its written submissions that could be disclosed to the public.

Article 19

Panel and Appellate Body Recommendations

1. Where a panel or the Appellate Body concludes that a measure is inconsistent with a covered agreement, it shall recommend that the Member concerned⁹ bring the measure into conformity with that agreement.¹⁰ In addition to its recommendations, the panel or Appellate Body may suggest ways in which the Member concerned could implement the recommendations.

2. In accordance with paragraph 2 of Article 3, in their findings and recommendations, the panel and Appellate Body cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements.

Article 20

Time-frame for DSB Decisions

Unless otherwise agreed to by the parties to the dispute, the period from the date of establishment of the panel by the DSB until the date the DSB considers the panel or appellate report for adoption shall as a general rule not exceed nine months where the panel report is not appealed or 12 months where the report is appealed. Where either the panel or the Appellate Body has acted, pursuant to paragraph 9 of Article 12 or paragraph 5 of Article 17, to extend the time for providing its report, the additional time taken shall be added to the above periods.

⁹ The "Member concerned" is the party to the dispute to which the panel or Appellate Body recommendations are directed.

¹⁰ With respect to recommendations in cases not involving a violation of GATT 1994 or any other covered agreement, see Article 26.

Article 21

Surveillance of Implementation of Recommendations and Rulings

1. Prompt compliance with recommendations or rulings of the DSB is essential in order to ensure effective resolution of disputes to the benefit of all Members.
2. Particular attention should be paid to matters affecting the interests of developing country Members with respect to measures which have been subject to dispute settlement.
3. At a DSB meeting held within 30 days¹¹ after the date of adoption of the panel or Appellate Body report, the Member concerned shall inform the DSB of its intentions in respect of implementation of the recommendations and rulings of the DSB. If it is impracticable to comply immediately with the recommendations and rulings, the Member concerned shall have a reasonable period of time in which to do so. The reasonable period of time shall be:
 - (a) the period of time proposed by the Member concerned, provided that such period is approved by the DSB; or, in the absence of such approval,
 - (b) a period of time mutually agreed by the parties to the dispute within 45 days after the date of adoption of the recommendations and rulings; or, in the absence of such agreement,
 - (c) a period of time determined through binding arbitration within 90 days after the date of adoption of the recommendations and rulings.¹² In such arbitration, a guideline for the arbitrator¹³ should be that the reasonable period of time to implement panel or Appellate Body recommendations should not exceed 15 months from the date of adoption of a panel or Appellate Body report. However, that time may be shorter or longer, depending upon the particular circumstances.
4. Except where the panel or the Appellate Body has extended, pursuant to paragraph 9 of Article 12 or paragraph 5 of Article 17, the time of providing its report, the period from the date of establishment of the panel by the DSB until the

¹¹ If a meeting of the DSB is not scheduled during this period, such a meeting of the DSB shall be held for this purpose.

¹² If the parties cannot agree on an arbitrator within ten days after referring the matter to arbitration, the arbitrator shall be appointed by the Director-General within ten days, after consulting the parties.

¹³ The expression "arbitrator" shall be interpreted as referring either to an individual or a group.

date of determination of the reasonable period of time shall not exceed 15 months unless the parties to the dispute agree otherwise. Where either the panel or the Appellate Body has acted to extend the time of providing its report, the additional time taken shall be added to the 15-month period; provided that unless the parties to the dispute agree that there are exceptional circumstances, the total time shall not exceed 18 months.

5. Where there is disagreement as to the existence or consistency with a covered agreement of measures taken to comply with the recommendations and rulings such dispute shall be decided through recourse to these dispute settlement procedures, including wherever possible resort to the original panel. The panel shall circulate its report within 90 days after the date of referral of the matter to it. When the panel considers that it cannot provide its report within this time frame, it shall inform the DSB in writing of the reasons for the delay together with an estimate of the period within which it will submit its report.

6. The DSB shall keep under surveillance the implementation of adopted recommendations or rulings. The issue of implementation of the recommendations or rulings may be raised at the DSB by any Member at any time following their adoption. Unless the DSB decides otherwise, the issue of implementation of the recommendations or rulings shall be placed on the agenda of the DSB meeting after six months following the date of establishment of the reasonable period of time pursuant to paragraph 3 and shall remain on the DSB's agenda until the issue is resolved. At least 10 days prior to each such DSB meeting, the Member concerned shall provide the DSB with a status report in writing of its progress in the implementation of the recommendations or rulings.

7. If the matter is one which has been raised by a developing country Member, the DSB shall consider what further action it might take which would be appropriate to the circumstances.

8. If the case is one brought by a developing country Member, in considering what appropriate action might be taken, the DSB shall take into account not only

the trade coverage of measures complained of, but also their impact on the economy of developing country Members concerned.

Article 22

Compensation and the Suspension of Concessions

1. Compensation and the suspension of concessions or other obligations are temporary measures available in the event that the recommendations and rulings are not implemented within a reasonable period of time. However, neither compensation nor the suspension of concessions or other obligations is preferred to full implementation of a recommendation to bring a measure into conformity with the covered agreements. Compensation is voluntary and, if granted, shall be consistent with the covered agreements.

2. If the Member concerned fails to bring the measure found to be inconsistent with a covered agreement into compliance therewith or otherwise comply with the recommendations and rulings within the reasonable period of time determined pursuant to paragraph 3 of Article 21, such Member shall, if so requested, and no later than the expiry of the reasonable period of time, enter into negotiations with any party having invoked the dispute settlement procedures, with a view to developing mutually acceptable compensation. If no satisfactory compensation has been agreed within 20 days after the date of expiry of the reasonable period of time, any party having invoked the dispute settlement procedures may request authorization from the DSB to suspend the application to the Member concerned of concessions or other obligations under the covered agreements.

3. In considering what concessions or other obligations to suspend, the complaining party shall apply the following principles and procedures:

(a) the general principle is that the complaining party should first seek to suspend concessions or other obligations with respect to the same sector(s) as that in which the panel or Appellate Body has found a violation or other nullification or impairment;

(b) if that party considers that it is not practicable or effective to suspend concessions or other obligations with respect to the same sector(s), it may seek to suspend concessions or other obligations in other sectors under the same agreement;

(c) if that party considers that it is not practicable or effective to suspend concessions or other obligations with respect to other sectors under the same agreement, and that the circumstances are serious enough, it may seek to suspend concessions or other obligations under another covered agreement;

(d) in applying the above principles, that party shall take into account:

(i) the trade in the sector or under the agreement under which the panel or Appellate Body has found a violation or other nullification or impairment, and the importance of such trade to that party;

(ii) the broader economic elements related to the nullification or impairment and the broader economic consequences of the suspension of concessions or other obligations;

(e) if that party decides to request authorization to suspend concessions or other obligations pursuant to subparagraphs (b) or (c), it shall state the reasons therefor in its request. At the same time as the request is forwarded to the DSB, it also shall be forwarded to the relevant Councils and also, in the case of a request pursuant to subparagraph (b), the relevant sectoral bodies;

(f) for purposes of this paragraph, "sector" means:

(i) with respect to goods, all goods;

(ii) with respect to services, a principal sector as identified in the current "Services Sectoral Classification List" which identifies such sectors;¹⁴

(iii) with respect to trade-related intellectual property rights, each of the categories of intellectual property rights covered in Section 1, or Section 2, or Section 3, or Section 4, or Section 5, or Section 6, or Section 7 of Part II, or the obligations under Part III, or Part IV of the Agreement on TRIPS;

(g) for purposes of this paragraph, "agreement" means:

(i) with respect to goods, the agreements listed in Annex 1A of the WTO Agreement, taken as a whole as well as the Plurilateral Trade Agreements in so far as the relevant parties to the dispute are parties to these agreements;

(ii) with respect to services, the GATS;

(iii) with respect to intellectual property rights, the Agreement on TRIPS.

4. The level of the suspension of concessions or other obligations authorized by the DSB shall be equivalent to the level of the nullification or impairment.

5. The DSB shall not authorize suspension of concessions or other obligations if a covered agreement prohibits such suspension.

6. When the situation described in paragraph 2 occurs, the DSB, upon request, shall grant authorization to suspend concessions or other obligations within 30 days of the expiry of the reasonable period of time unless the DSB decides by consensus to reject the request. However, if the Member concerned objects to the level of suspension proposed, or claims that the principles and procedures set forth in paragraph 3 have not been followed where a complaining party has requested authorization to suspend concessions or other obligations pursuant to paragraph 3(b) or (c), the matter shall be referred to arbitration. Such

¹⁴ The list in document MTN.GNS/W/120 identifies eleven sectors.

arbitration shall be carried out by the original panel, if members are available, or by an arbitrator¹⁵ appointed by the Director-General and shall be completed within 60 days after the date of expiry of the reasonable period of time. Concessions or other obligations shall not be suspended during the course of the arbitration.

7. The arbitrator¹⁶ acting pursuant to paragraph 6 shall not examine the nature of the concessions or other obligations to be suspended but shall determine whether the level of such suspension is equivalent to the level of nullification or impairment. The arbitrator may also determine if the proposed suspension of concessions or other obligations is allowed under the covered agreement. However, if the matter referred to arbitration includes a claim that the principles and procedures set forth in paragraph 3 have not been followed, the arbitrator shall examine that claim. In the event the arbitrator determines that those principles and procedures have not been followed, the complaining party shall apply them consistent with paragraph 3. The parties shall accept the arbitrator's decision as final and the parties concerned shall not seek a second arbitration. The DSB shall be informed promptly of the decision of the arbitrator and shall upon request, grant authorization to suspend concessions or other obligations where the request is consistent with the decision of the arbitrator, unless the DSB decides by consensus to reject the request.

8. The suspension of concessions or other obligations shall be temporary and shall only be applied until such time as the measure found to be inconsistent with a covered agreement has been removed, or the Member that must implement recommendations or rulings provides a solution to the nullification or impairment of benefits, or a mutually satisfactory solution is reached. In accordance with paragraph 6 of Article 21, the DSB shall continue to keep under surveillance the implementation of adopted recommendations or rulings, including those cases where compensation has been provided or concessions or other obligations have been suspended but the recommendations to bring a measure into conformity with the covered agreements have not been implemented.

¹⁵ The expression "arbitrator" shall be interpreted as referring either to an individual or a group.

¹⁶ The expression "arbitrator" shall be interpreted as referring either to an individual or a group or to the members of the original panel when serving in the capacity of arbitrator.

9. The dispute settlement provisions of the covered agreements may be invoked in respect of measures affecting their observance taken by regional or local governments or authorities within the territory of a Member. When the DSB has ruled that a provision of a covered agreement has not been observed, the responsible Member shall take such reasonable measures as may be available to it to ensure its observance. The provisions of the covered agreements and this Understanding relating to compensation and suspension of concessions or other obligations apply in cases where it has not been possible to secure such observance.¹⁷

Article 23

Strengthening of the Multilateral System

1. When Members seek the redress of a violation of obligations or other nullification or impairment of benefits under the covered agreements or an impediment to the attainment of any objective of the covered agreements, they shall have recourse to, and abide by, the rules and procedures of this Understanding.

2. In such cases, Members shall:

(a) not make a determination to the effect that a violation has occurred, that benefits have been nullified or impaired or that the attainment of any objective of the covered agreements has been impeded, except through recourse to dispute settlement in accordance with the rules and procedures of this Understanding, and shall make any such determination consistent with the findings contained in the panel or Appellate Body report adopted by the DSB or an arbitration award rendered under this Understanding;

¹⁷ Where the provisions of any covered agreement concerning measures taken by regional or local governments or authorities within the territory of a Member contain provisions different from the provisions of this paragraph, the provisions of such covered agreement shall prevail.

(b) follow the procedures set forth in Article 21 to determine the reasonable period of time for the Member concerned to implement the recommendations and rulings; and

(c) follow the procedures set forth in Article 22 to determine the level of suspension of concessions or other obligations and obtain DSB authorization in accordance with those procedures before suspending concessions or other obligations under the covered agreements in response to the failure of the Member concerned to implement the recommendations and rulings within that reasonable period of time.

Article 24

Special Procedures Involving Least-Developed Country Members

1. At all stages of the determination of the causes of a dispute and of dispute settlement procedures involving a least-developed country Member, particular consideration shall be given to the special situation of least-developed country Members. In this regard, Members shall exercise due restraint in raising matters under these procedures involving a least-developed country Member. If nullification or impairment is found to result from a measure taken by a least-developed country Member, complaining parties shall exercise due restraint in asking for compensation or seeking authorization to suspend the application of concessions or other obligations pursuant to these procedures.

2. In dispute settlement cases involving a least-developed country Member, where a satisfactory solution has not been found in the course of consultations the Director-General or the Chairman of the DSB shall, upon request by a least-developed country Member offer their good offices, conciliation and mediation with a view to assisting the parties to settle the dispute, before a request for a panel is made. The Director-General or the Chairman of the DSB, in providing the above assistance, may consult any source which either deems appropriate.

Article 25

Arbitration

1. Expeditious arbitration within the WTO as an alternative means of dispute settlement can facilitate the solution of certain disputes that concern issues that are clearly defined by both parties.
2. Except as otherwise provided in this Understanding, resort to arbitration shall be subject to mutual agreement of the parties which shall agree on the procedures to be followed. Agreements to resort to arbitration shall be notified to all Members sufficiently in advance of the actual commencement of the arbitration process.
3. Other Members may become party to an arbitration proceeding only upon the agreement of the parties which have agreed to have recourse to arbitration. The parties to the proceeding shall agree to abide by the arbitration award. Arbitration awards shall be notified to the DSB and the Council or Committee of any relevant agreement where any Member may raise any point relating thereto.
4. Articles 21 and 22 of this Understanding shall apply *mutatis mutandis* to arbitration awards.

Article 26

1. *Non-Violation Complaints of the Type Described in Paragraph 1(b) of Article XXIII of GATT 1994*

Where the provisions of paragraph 1(b) of Article XXIII of GATT 1994 are applicable to a covered agreement, a panel or the Appellate Body may only make rulings and recommendations where a party to the dispute considers that any benefit accruing to it directly or indirectly under the relevant covered agreement is being nullified or impaired or the attainment of any objective of that Agreement is being impeded as a result of the application by a Member of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of that Agreement. Where and to the

extent that such party considers and a panel or the Appellate Body determines that a case concerns a measure that does not conflict with the provisions of a covered agreement to which the provisions of paragraph 1(b) of Article XXIII of GATT 1994 are applicable, the procedures in this Understanding shall apply, subject to the following:

(a) the complaining party shall present a detailed justification in support of any complaint relating to a measure which does not conflict with the relevant covered agreement;

(b) where a measure has been found to nullify or impair benefits under, or impede the attainment of objectives, of the relevant covered agreement without violation thereof, there is no obligation to withdraw the measure. However, in such cases, the panel or the Appellate Body shall recommend that the Member concerned make a mutually satisfactory adjustment;

(c) notwithstanding the provisions of Article 21, the arbitration provided for in paragraph 3 of Article 21, upon request of either party, may include a determination of the level of benefits which have been nullified or impaired, and may also suggest ways and means of reaching a mutually satisfactory adjustment; such suggestions shall not be binding upon the parties to the dispute;

(d) notwithstanding the provisions of paragraph 1 of Article 22, compensation may be part of a mutually satisfactory adjustment as final settlement of the dispute.

2. Complaints of the Type Described in Paragraph 1(c) of Article XXIII of GATT 1994

Where the provisions of paragraph 1(c) of Article XXIII of GATT 1994 are applicable to a covered agreement, a panel may only make rulings and recommendations where a party considers that any benefit accruing to it directly or indirectly under the relevant covered agreement is being nullified or impaired or the attainment of any objective of that Agreement is being impeded as a result of the existence of any situation other than those to which the provisions of

paragraphs 1(a) and 1(b) of Article XXIII of GATT 1994 are applicable. Where and to the extent that such party considers and a panel determines that the matter is covered by this paragraph, the procedures of this Understanding shall apply only up to and including the point in the proceedings where the panel report has been circulated to the Members. The dispute settlement rules and procedures contained in the Decision of 12 April 1989 (BISD 36S/61-67) shall apply to consideration for adoption, and surveillance and implementation of recommendations and rulings. The following shall also apply:

- (a) the complaining party shall present a detailed justification in support of any argument made with respect to issues covered under this paragraph;
- (b) in cases involving matters covered by this paragraph, if a panel finds that cases also involve dispute settlement matters other than those covered by this paragraph, the panel shall circulate a report to the DSB addressing any such matters and a separate report on matters falling under this paragraph.

Article 27

Responsibilities of the Secretariat

1. The Secretariat shall have the responsibility of assisting panels, especially on the legal, historical and procedural aspects of the matters dealt with, and of providing secretarial and technical support.
2. While the Secretariat assists Members in respect of dispute settlement at their request, there may also be a need to provide additional legal advice and assistance in respect of dispute settlement to developing country Members. To this end, the Secretariat shall make available a qualified legal expert from the WTO technical cooperation services to any developing country Member which so requests. This expert shall assist the developing country Member in a manner ensuring the continued impartiality of the Secretariat.

3. The Secretariat shall conduct special training courses for interested Members concerning these dispute settlement procedures and practices so as to enable Members' experts to be better informed in this regard.

ANEXO V

ENTENDIMENTO RELATIVO ÀS NORMAS E PROCEDIMENTOS SOBRE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Os Membros pelo presente acordam o seguinte:

Artigo 1

Âmbito e Aplicação

1. As regras e procedimentos do presente Entendimento se aplicam às controvérsias pleiteadas conforme as disposições sobre consultas e solução de controvérsias dos acordos enumerados no Apêndice 1 do presente Entendimento (denominados no presente Entendimento "acordos abrangidos"). As regras e procedimentos deste Entendimento se aplicam igualmente às consultas e solução de controvérsias entre Membros relativas a seus direitos ou obrigações ao amparo do Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio (denominada no presente Entendimento "Acordo Constitutivo da OMC") e do presente Entendimento, considerados isoladamente ou em conjunto com quaisquer dos outros acordos abrangidos.

2. As regras e procedimentos do presente Entendimento se aplicam sem prejuízo das regras e procedimentos especiais ou adicionais sobre solução de controvérsias contidos nos acordos abrangidos, conforme identificadas no Apêndice 2 do presente Entendimento. Havendo discrepância entre as regras e procedimentos do presente Entendimento e as regras e procedimentos especiais ou adicionais constantes do Apêndice 2, prevalecerão as regras e procedimentos especiais ou adicionais constantes do Apêndice 2. Nas controvérsias relativas a normas e procedimentos de mais de um acordo abrangido, caso haja conflito entre as regras e procedimentos especiais ou adicionais dos acordos em questão,

e se as partes em controvérsia não chegarem a acordo sobre as normas e procedimentos dentro dos 20 dias seguintes ao estabelecimento do grupo especial, o Presidente do Órgão de Solução de Controvérsias previsto no parágrafo 1 do artigo 2 (denominado no presente Entendimento "OSC"), em consulta com as partes envolvidas na controvérsia, determinará, no prazo de 10 dias contados da solicitação de um dos Membros, as normas e os procedimentos a serem aplicados. O Presidente seguirá o princípio de que normas e procedimentos especiais ou adicionais devem ser aplicados quando possível, e de que normas e procedimentos definidos neste Entendimento devem ser aplicados na medida necessária para evitar conflito de normas.

Artigo 2

Administração

1. Pelo presente Entendimento estabelece-se o Órgão de Solução de Controvérsias para aplicar as presentes normas e procedimentos e as disposições em matéria de consultas e solução de controvérsias dos acordos abrangidos, salvo disposição em contrário de um desses acordos. Conseqüentemente, o OSC tem competência para estabelecer grupos especiais, acatar relatórios dos grupos especiais e do Órgão de Apelação, supervisionar a aplicação das decisões e recomendações e autorizar a suspensão de concessões e de outras obrigações determinadas pelos acordos abrangidos. Com relação às controvérsias que surjam no âmbito de um acordo dentre os Acordos Comerciais Plurilaterais, entender-se-á que o termo "Membro" utilizado no presente Entendimento se refere apenas aos Membros integrantes do Acordo Comercial Plurilateral em questão. Quando o OSC aplicar as disposições sobre solução de controvérsias de um Acordo Comercial Plurilateral, somente poderão participar das decisões ou medidas adotadas pelo OSC aqueles Membros que sejam partes do Acordo em questão.

2. O OSC deverá informar os pertinentes Conselhos e Comitês da OMC do andamento das controvérsias relacionadas com disposições de seus respectivos acordos.
3. O OSC se reunirá com a frequência necessária para o desempenho de suas funções dentro dos prazos estabelecidos pelo presente Entendimento.
4. Nos casos em que as normas e procedimentos do presente Entendimento estabeleçam que o OSC deve tomar uma decisão tal procedimento será por consenso.¹

Artigo 3

Disposições Gerais

1. Os Membros afirmam sua adesão aos princípios de solução de controvérsias aplicados até o momento com base nos artigos XXII e XXIII do GATT 1947 e ao procedimento elaborado e modificado pelo presente instrumento.
2. O sistema de solução de controvérsias da OMC é elemento essencial para trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio. Os Membros reconhecem que esse sistema é útil para preservar direitos e obrigações dos Membros dentro dos parâmetros dos acordos abrangidos e para esclarecer as disposições vigentes dos referidos acordos em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público. As recomendações e decisões do OSC não poderão promover o aumento ou a diminuição dos direitos e obrigações definidos nos acordos abrangidos.
3. É essencial para o funcionamento eficaz da OMC e para a manutenção de equilíbrio adequado entre os direitos e as obrigações dos Membros a pronta

¹. Considerar-se-á que o OSC decidiu por consenso matéria submetida a sua consideração quando nenhum Membro presente à reunião do OSC na qual a decisão foi adotada a ela se opuser formalmente.

solução das situações em que um Membro considere que quaisquer benefícios resultantes, direta ou indiretamente, dos acordos abrangidos tenham sofrido restrições por medidas adotadas por outro Membro.

4. As recomendações ou decisões formuladas pelo OSC terão por objetivo encontrar solução satisfatória para a matéria em questão, de acordo com os direitos e obrigações emanados pelo presente Entendimento e pelos acordos abrangidos.

5. Todas as soluções das questões formalmente pleiteadas ao amparo das disposições sobre consultas e solução de controvérsias, incluindo os laudos arbitrais, deverão ser compatíveis com aqueles acordos e não deverão anular ou prejudicar os benefícios de qualquer Membro em virtude daqueles acordos, nem impedir a consecução de qualquer objetivo daqueles acordos.

6. As soluções mutuamente acordadas das questões formalmente pleiteadas ao amparo das disposições sobre consultas e solução de controvérsias dos acordos abrangidos serão notificadas ao OSC e aos Conselhos e Comitês correspondentes, onde qualquer Membro poderá levantar tópicos a elas relacionadas.

7. Antes de apresentar uma reclamação, os Membros avaliarão a utilidade de atuar com base nos presentes procedimentos. O objetivo do mecanismo de solução de controvérsias é garantir uma solução positiva para as controvérsias. Deverá ser sempre dada preferência a solução mutuamente aceitável para as partes em controvérsia e que esteja em conformidade com os acordos abrangidos. Na impossibilidade de uma solução mutuamente acordada, o primeiro objetivo do mecanismo de solução de controvérsias será geralmente o de conseguir a supressão das medidas de que se trata, caso se verifique que estas são incompatíveis com as disposições de qualquer dos acordos abrangidos. Não se deverá recorrer à compensação a não ser nos casos em que não seja factível a supressão imediata das medidas incompatíveis com o acordo abrangido e como solução provisória até a supressão dessas medidas. O último recurso previsto no presente Entendimento para o Membro que invoque os procedimentos de solução

de controvérsias é a possibilidade de suspender, de maneira discriminatória contra o outro Membro, a aplicação de concessões ou o cumprimento de outras obrigações no âmbito dos acordos abrangidos, caso o OSC autorize a adoção de tais medidas.

8. Nos casos de não cumprimento de obrigações contraídas em virtude de um acordo abrangido, presume-se que a medida constitua um caso de anulação ou de restrição. Isso significa que normalmente existe a presunção de que toda transgressão das normas produz efeitos desfavoráveis para outros Membros que sejam partes do acordo abrangido, e em tais casos a prova em contrário caberá ao Membro contra o qual foi apresentada a reclamação.

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

10. Fica entendido que as solicitações de conciliação e a utilização dos procedimentos de solução de controvérsias não deverão ser intentados nem considerados como ações contenciosas e que, ao surgir uma controvérsia, todos os Membros participarão do processo com boa-fé e esforçando-se para resolvê-la. Fica ainda entendido que não deverá haver vinculação entre reclamações e contra-reclamações relativas a assuntos diferentes.

11. O presente Entendimento se aplicará unicamente às novas solicitações de consultas apresentadas conforme as disposições sobre consulta dos acordos abrangidos na data da entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC ou posteriormente a essa data. Com relação às controvérsias cujas solicitações de consultas tenham sido feitas baseadas no GATT 1947 ou em qualquer outro acordo anterior aos acordos abrangidos antes da data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, continuarão sendo aplicadas as normas e

procedimentos de solução de controvérsias vigentes imediatamente antes da data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.²

12. Sem prejuízo das disposições do parágrafo 11, se um país em desenvolvimento Membro apresenta contra um país desenvolvido Membro uma reclamação baseada em qualquer dos acordos abrangidos, a parte reclamante terá o direito de se valer das disposições correspondentes da Decisão de 5 de abril de 1966 (BISD 14S/20), como alternativa às disposições contidos nos Artigos 4, 5, 6 e 12 do presente Entendimento, com a exceção de que, quando o Grupo Especial julgar que o prazo previsto no parágrafo 7 da referida Decisão for insuficiente para elaboração de seu relatório e com aprovação da parte reclamante, esse prazo poderá ser prorrogado. Quando houver diferenças entre normas e procedimentos dos Artigos 4, 5, 6 e 12 e as normas e procedimentos correspondentes da Decisão, prevalecerão estes últimos.

Artigo 4

Consultas

1. Os Membros afirmam sua determinação de fortalecer e aperfeiçoar a eficácia dos procedimentos de consulta utilizados pelos Membros.

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.³

3. Quando a solicitação de consultas for formulada com base em um acordo abrangido, o Membro ao qual a solicitação for dirigida deverá respondê-la, salvo

². Este parágrafo será igualmente aplicado às controvérsias cujos relatórios dos grupos especiais não tenham sido adotados ou aplicados plenamente.

³. Quando as disposições de qualquer outro acordo abrangido relativos a medidas adotadas por governos ou autoridades regionais ou locais dentro do território de um Membro forem diferentes dos previstos neste parágrafo, prevalecerão as disposições do acordo abrangido.

se mutuamente acordado de outro modo, dentro de um prazo de 10 dias contados a partir da data de recebimento da solicitação, e deverá de boa-fé proceder a consultas dentro de um prazo não superior a 30 dias contados a partir da data de recebimento da solicitação, com o objetivo de chegar a uma solução mutuamente satisfatória. Se o Membro não responder dentro do prazo de 10 dias contados a partir da data de recebimento da solicitação, ou não proceder às consultas dentro de prazo não superior a 30 dias, ou dentro de outro prazo mutuamente acordado contado a partir da data de recebimento da solicitação, o Membro que houver solicitado as consultas poderá proceder diretamente a solicitação de estabelecimento de um grupo especial.

4. Todas as solicitações de consultas deverão ser notificadas ao OSC e aos Conselhos e Comitês pertinentes pelo Membro que as solicite. Todas as solicitações de consultas deverão ser apresentadas por escrito e deverão conter as razões que as fundamentam, incluindo indicação das medidas controversas e do embasamento legal em que se fundamenta a reclamação.

5. Durante as consultas realizadas em conformidade com as disposições de um acordo abrangido, os Membros procurarão obter uma solução satisfatória da questão antes de recorrer a outras medidas previstas no presente Entendimento.

6. As consultas deverão ser confidenciais e sem prejuízo dos direitos de qualquer Membro em quaisquer procedimentos posteriores.

7. Se as consultas não produzirem a solução de uma controvérsia no prazo de 60 dias contados a partir da data de recebimento da solicitação, a parte reclamante poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial. A parte reclamante poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial dentro do referido prazo de 60 dias se as partes envolvidas na consulta considerarem conjuntamente que as consultas não produziram solução da controvérsia.

8. Nos casos de urgência, incluindo aqueles que envolvem bens perecíveis, os Membros iniciarão as consultas dentro de prazo não superior a 10 dias contados da data de recebimento da solicitação. Se as consultas não produzirem

solução da controvérsia dentro de prazo não superior a 20 dias contados da data de recebimento da solicitação, a parte reclamante poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial.

9. Em casos de urgência, incluindo aqueles que envolvem bens perecíveis, as partes em controvérsia, os grupos especiais e o Órgão de Apelação deverão envidar todos os esforços possíveis para acelerar ao máximo os procedimentos.

10. Durante as consultas os Membros deverão dar atenção especial aos problemas e interesses específicos dos países em desenvolvimento Membros.

11. Quando um Membro não participante das consultas considerar que tem interesse comercial substancial nas consultas baseadas no parágrafo 1 do Artigo XXII do GATT 1994, parágrafo 1 do Artigo XXII do GATS, ou nas disposições pertinentes de outros acordos abrangidos⁴ tal Membro poderá notificar os Membros participantes da consulta e o OSC, dentro de um prazo de 10 dias contados da data da distribuição da solicitação de consultas baseadas em tal Artigo, de seu desejo de integrar-se às mesmas. Tal Membro deverá associar-se às consultas desde que o Membro ao qual a solicitação de consultas foi encaminhada entenda que a pretensão de interesse substancial tenha fundamento. Nesse caso, o OSC deverá ser devidamente informado. Se a requisição para participação das consultas não for aceita, o Membro requerente poderá solicitar consultas com base no parágrafo 1 do Artigo XXII ou parágrafo 1 do Artigo XXIII do GATT 1994, parágrafo 1 do Artigo XXII ou parágrafo 1 do Artigo XXIII do GATS, ou nas disposições pertinentes dos acordos abrangidos.

⁴. Enumeram-se, a seguir, as disposições pertinentes em matéria de consultas de acordos abrangidos: Acordo sobre Agricultura, Artigo 19; Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, parágrafo 1 do Artigo 11; Acordo sobre Têxteis e Vestuário, parágrafo 4 do Artigo 8; Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio, parágrafo 1 do Artigo 14; Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas com o Comércio, Artigo 8; Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do GATT 1994, parágrafo 2 do Artigo 17; Acordo sobre a Implementação do Artigo VII do GATT 1994, parágrafo 2 do Artigo 19; Acordo sobre Inspeção Pré-Embarque, Artigo 7; Acordo sobre Regras de Origem, Artigo 7; Acordo sobre Licenças de Importação, Artigo 6; Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, Artigo 30; Acordo sobre Salvaguardas, Artigo 14; Acordo sobre Aspectos de Direito de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, parágrafo 1 do Artigo 64; e as disposições pertinentes em matéria de consultas dos Acordos Comerciais Plurilaterais que os órgãos pertinentes de cada acordo determinem e notifiquem ao OSC.

Artigo 5

Bons Ofícios, Conciliação e Mediação

1. Bons ofícios, conciliação e mediação são procedimentos adotados voluntariamente se as partes na controvérsia assim acordarem.
2. As diligências relativas aos bons ofícios, à conciliação e à mediação, e em especial as posições adotadas durante as mesmas pelas partes envolvidas nas controvérsias, deverão ser confidenciais e sem prejuízo dos direitos de quaisquer das partes em diligências posteriores baseadas nestes procedimentos.
3. Bons ofícios, conciliação ou mediação poderão ser solicitados a qualquer tempo por qualquer das partes envolvidas na controvérsia. Poderão iniciar-se ou encerrar-se a qualquer tempo. Uma vez terminados os procedimentos de bons ofícios, conciliação ou mediação, a parte reclamante poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial.
4. Quando bons ofícios, conciliação ou mediação se iniciarem dentro de 60 dias contados da data de recebimento da solicitação, a parte reclamante não poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial antes de transcorrido o prazo de 60 dias a partir da data de recebimento da solicitação de consultas. A parte reclamante poderá solicitar o estabelecimento de um grupo especial no correr do prazo de 60 dias se as partes envolvidas na controvérsia considerarem de comum acordo que os bons ofícios, a conciliação e a mediação não foram suficientes para solucionar a controvérsia.
5. Se as partes envolvidas na controvérsia concordarem, os procedimentos para bons ofícios, conciliação e mediação poderão continuar enquanto prosseguirem os procedimentos do grupo especial.

6. O Diretor-Geral, atuando *ex officio*, poderá oferecer seus bons ofícios, conciliação ou mediação com o objetivo de auxiliar os Membros a resolver uma controvérsia.

Artigo 6

Estabelecimento de Grupos Especiais

1. Se a parte reclamante assim o solicitar, um grupo especial será estabelecido no mais tardar na reunião do OSC seguinte àquela em que a solicitação aparece pela primeira vez como item da agenda do OSC, a menos que nessa reunião o OSC decida por consenso não estabelecer o grupo especial.⁵

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.

Artigo 7

Termos de referência dos Grupos Especiais

1. Os termos de referência dos grupos especiais serão os seguintes, a menos que as partes envolvidas na controvérsia acordem diferentemente dentro do prazo de 20 dias a partir da data de estabelecimento do grupo especial:

⁵. Se a parte reclamante assim solicitar, uma reunião do OSC será convocada com tal objetivo dentro dos quinze dias seguintes ao pedido, sempre que sedê aviso com antecedência mínima de 10 dias.

"Examinar, à luz das disposições pertinentes no (indicar o(s) acordo(s) abrangido(s) citado(s) pelas partes em controvérsia), a questão submetida ao OSC por (nome da parte) no documento ... e estabelecer conclusões que auxiliem o OSC a fazer recomendações ou emitir decisões previstas naquele(s) acordo(s)."

2. Os grupos especiais deverão considerar as disposições relevantes de todo acordo ou acordos abrangidos invocados pelas partes envolvidas na controvérsia.

3. Ao estabelecer um grupo especial, o OSC poderá autorizar seu Presidente a redigir os termos de referência do grupo especial com a colaboração das partes envolvidas na controvérsia, de acordo com as disposições do parágrafo 1. Os termos de referência assim redigidos serão distribuídos a todos os Membros. Caso os termos de referência sejam diferentes do padrão, qualquer Membro poderá levantar qualquer ponto a ele relativo no OSC.

Artigo 8

Composição dos Grupos Especiais

1. Os grupos especiais serão compostos por pessoas qualificadas, funcionários governamentais ou não, incluindo aquelas que tenham integrado um grupo especial ou a ele apresentado uma argumentação, que tenham atuado como representantes de um Membro ou de uma parte contratante do GATT 1947 ou como representante no Conselho ou Comitê de qualquer acordo abrangido ou do respectivo acordo precedente, ou que tenha atuado no Secretariado, exercido atividade docente ou publicado trabalhos sobre direito ou política comercial internacional, ou que tenha sido alto funcionário na área de política comercial de um dos Membros.

2. Os membros dos grupos especiais deverão ser escolhidos de modo a assegurar a independência dos membros, suficiente diversidade de formações e largo espectro de experiências.

3. Os nacionais de Membros cujos governos⁶ sejam parte na controvérsia ou terceiras partes, conforme definido no parágrafo 2 do Artigo 10, não atuarão no grupo especial que trate dessa controvérsia, a menos que as partes acordem diferentemente.

4. Para auxiliar na escolha dos integrantes dos grupos especiais, o Secretariado manterá uma lista indicativa de pessoas, funcionários governamentais ou não, que reúnem as condições indicadas no parágrafo 1, da qual os integrantes dos grupos especiais poderão ser selecionados adequadamente. Esta lista incluirá a relação de peritos não-governamentais elaborada em 30 de novembro de 1984 (BISD 31S/9), e outras relações ou listas indicativas elaboradas em virtude de qualquer acordo abrangido, e manterá os nomes dos peritos que figurem naquelas relações e listas indicativas na data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC. Os Membros poderão periodicamente sugerir nomes de pessoas, funcionários governamentais ou não, a serem incluídos na lista indicativa, fornecendo informação substantiva sobre seu conhecimento de comércio internacional e dos setores ou temas dos acordos abrangidos, e tais nomes serão acrescentados à lista após aprovação pelo OSC. Para cada pessoa que figure na lista, serão indicadas suas áreas específicas de experiência ou competência técnica nos setores ou temas dos acordos abrangidos.

5. Os grupos especiais serão compostos por três integrantes a menos que, dentro do prazo de 10 dias a partir de seu estabelecimento, as partes em controvérsia concordem em compor um grupo especial com cinco integrantes. Os Membros deverão ser prontamente informados da composição do grupo especial.

6. O Secretariado proporá às partes em controvérsia candidatos a integrantes do grupo especial. As partes não deverão se opor a tais candidaturas a não ser por motivos imperiosos.

⁶. Caso uma união aduaneira ou um mercado comum seja parte em uma controvérsia, esta disposição se aplicará aos nacionais de todos os países membros da união aduaneira ou do mercado comum.

7. Se não houver acordo quanto aos integrantes do grupo especial dentro de 20 dias após seu estabelecimento, o Diretor-Geral, a pedido de qualquer das partes, em consulta com o Presidente do OSC e o Presidente do Conselho ou Comitê pertinente, determinará a composição do grupo especial, e nomeará os integrantes mais apropriados segundo as normas e procedimentos especiais ou adicionais do acordo abrangido ou dos acordos abrangidos de que trate a controvérsia, após consulta com as partes em controvérsia.

8. Os Membros deverão comprometer-se, como regra geral, a permitir que seus funcionários integrem os grupos especiais.

9. Os integrantes dos grupos especiais deverão atuar a título pessoal e não como representantes de governos ou de uma organização. Assim sendo, os Membros não lhes fornecerão instruções nem procurarão influenciá-los com relação aos assuntos submetidos ao grupo especial.

10. Quando a controvérsia envolver um país em desenvolvimento Membro e um país desenvolvido Membro, o grupo especial deverá, se o país em desenvolvimento Membro solicitar, incluir ao menos um integrante de um país em desenvolvimento Membro.

11. As despesas dos integrantes dos grupos especiais, incluindo viagens e diárias, serão cobertas pelo orçamento da OMC, de acordo com critérios a serem adotados pelo Conselho Geral, baseados nas recomendações do Comitê de Orçamento, Finanças e Administração.

Artigo 9

Procedimento para Pluralidade de Partes Reclamantes

1. Quando mais de um Membro solicitar o estabelecimento de um grupo especial com relação a uma mesma questão, um único grupo especial deverá ser estabelecido para examinar as reclamações, levando em conta os direitos de

todos os Membros interessados. Sempre que possível, um único grupo especial deverá ser estabelecido para examinar tais reclamações.

2. O grupo especial único deverá proceder a seus exames da questão e apresentar suas conclusões ao OSC de maneira a não prejudicar os direitos que caberiam às partes em controvérsia se as reclamações tivessem sido examinadas por vários grupos especiais. Se houver solicitação de uma das partes, o grupo especial deverá apresentar relatórios separados sobre a controvérsia examinada. As comunicações escritas de cada parte reclamante deverão estar à disposição das outras partes, e cada parte reclamante deverá ter direito de estar presente quando qualquer outra parte apresentar sua argumentação ao grupo especial.

3. No caso de ser estabelecido mais de um grupo especial para examinar reclamações relativas ao mesmo tema, na medida do possível as mesmas pessoas integrarão cada um dos grupos especiais e os calendários dos trabalhos dos grupos especiais que tratam dessas controvérsias deverão ser harmonizados.

Artigo 10

Terceiros

1. Os interesses das partes em controvérsia e os dos demais Membros decorrentes do acordo abrangido ao qual se refira a controvérsia deverão ser integralmente levados em consideração no correr dos trabalhos dos grupos especiais.

2. Todo Membro que tenha interesse concreto em um assunto submetido a um grupo especial e que tenha notificado esse interesse ao OSC (denominado no presente Entendimento "terceiro") terá oportunidade de ser ouvido pelo grupo especial e de apresentar-lhe comunicações escritas. Estas comunicações serão também fornecidas às partes em controvérsia e constarão do relatório do grupo especial.

3. Os terceiros receberão as comunicações das partes em controvérsia apresentadas ao grupo especial em sua primeira reunião.

4. Se um terceiro considerar que uma medida já tratada por um grupo especial anula ou prejudica benefícios a ele advindos de qualquer acordo abrangido, o referido Membro poderá recorrer aos procedimentos normais de solução de controvérsias definidos no presente Entendimento. Tal controvérsia deverá, onde possível, ser submetida ao grupo especial que tenha inicialmente tratado do assunto.

Artigo 11

Função dos Grupos Especiais

A função de um grupo especial é auxiliar o OSC a desempenhar as obrigações que lhe são atribuídas por este Entendimento e pelos acordos abrangidos. Conseqüentemente, um grupo especial deverá fazer uma avaliação objetiva do assunto que lhe seja submetido, incluindo uma avaliação objetiva dos fatos, da aplicabilidade e concordância com os acordos abrangidos pertinentes, e formular conclusões que auxiliem o OSC a fazer recomendações ou emitir decisões previstas nos acordos abrangidos. Os grupos especiais deverão regularmente realizar consultas com as partes envolvidas na controvérsia e propiciar-lhes oportunidade para encontrar solução mutuamente satisfatória.

Artigo 12

Procedimento dos Grupos Especiais

1. Os grupos especiais seguirão os Procedimentos de Trabalho do Apêndice 3, salvo decisão em contrário do grupo especial após consulta com as partes em controvérsia.

2. Os procedimentos do grupo especial deverão ser suficientemente flexíveis para assegurar a qualidade de seus relatórios, sem atrasar indevidamente os trabalhos do grupo especial.
3. Os integrantes do grupo especial deverão, após consultar as partes em controvérsia, o quanto antes e se possível dentro da semana seguinte em que sejam acordados a composição e os termos de referência do grupo especial, estabelecer um calendário para seus trabalhos, considerando as disposições do parágrafo 9 do Artigo 4, se pertinente.
4. Ao determinar o calendário para seus trabalhos, o grupo especial deverá estipular prazos suficientes para que as partes em controvérsia preparem suas argumentações escritas.
5. Os grupos especiais deverão definir prazos exatos para que as partes apresentem suas argumentações escritas e as partes deverão respeitar tais prazos.
6. Cada parte em controvérsia deverá consignar suas argumentações escritas ao Secretariado para transmissão imediata ao grupo especial e à outra parte ou às outras partes em controvérsia. A parte reclamante deverá apresentar sua primeira argumentação antes da primeira argumentação da parte demandada, salvo se o grupo especial decidir, ao estabelecer o calendário previsto no parágrafo 3 e após consultar as partes em controvérsia, que as partes deverão apresentar suas argumentações simultaneamente. Quando se houver decidido pela consignação sucessiva das primeiras argumentações, o grupo especial deverá fixar um prazo rígido para recebimento das argumentações da parte demandada. Quaisquer argumentações escritas posteriores deverão ser apresentadas simultaneamente.
7. Nos casos em que as partes envolvidas na controvérsia não consigam encontrar uma solução mutuamente satisfatória, o grupo especial deverá apresentar suas conclusões em forma de relatório escrito ao OSC. Em tais casos, o relatório do grupo especial deverá expor as verificações de fatos, a

aplicabilidade de disposições pertinentes e o arrazoado em que se baseiam suas decisões e recomendações. Quando se chegar a uma solução da questão controversa entre as partes, o relatório do grupo especial se limitará a uma breve descrição do caso, com indicação de que a solução foi encontrada.

8. Com o objetivo de tornar o procedimento mais eficaz, o prazo para o trabalho do grupo especial, desde a data na qual seu estabelecimento e termos de referência tenham sido acordados até a data em que seu relatório final tenha sido divulgado para as partes em controvérsia, não deverá, como regra geral, exceder a seis meses. Em casos de urgência, incluídos aqueles que tratem de bens perecíveis, o grupo especial deverá procurar divulgar seu relatório para as partes em controvérsia dentro de três meses.

9. Quando o grupo especial considerar que não poderá divulgar seu relatório dentro de seis meses, ou dentro de três meses em casos de urgência, deverá informar por escrito ao OSC as razões do atraso juntamente com uma estimativa do prazo em que procederá à divulgação do relatório. O período de tempo entre o estabelecimento do grupo especial e a divulgação do relatório para os Membros não poderá, em caso algum, exceder a nove meses.

10. No âmbito de consultas envolvendo medidas tomadas por um país em desenvolvimento Membro, as partes poderão acordar a extensão dos prazos definidos nos parágrafos 7 e 8 do Artigo 4. Se, após expiração do prazo concernente, as partes em consulta não acordarem com a sua conclusão, o Presidente do OSC deverá decidir, após consultar as partes, se o prazo concernente será prorrogado e, em caso positivo, por quanto tempo. Ademais, ao examinar uma reclamação contra um país em desenvolvimento Membro, o grupo especial deverá proporcionar tempo bastante para que o país em desenvolvimento Membro prepare e apresente sua argumentação. As disposições do parágrafo 1 do Artigo 20 e parágrafo 4 do Artigo 21 não serão afetadas por nenhuma ação decorrente deste parágrafo.

11. Quando uma ou mais das partes for um país em desenvolvimento Membro, o relatório do grupo especial indicará explicitamente a maneira pela qual foram

levadas em conta as disposições pertinentes ao tratamento diferenciado e mais favorável para países em desenvolvimento Membros que façam parte dos acordos abrangidos invocados pelo país em desenvolvimento Membros no curso dos trabalhos de solução de controvérsias.

12. O grupo especial poderá suspender seu trabalho a qualquer tempo a pedido da parte reclamante por período não superior a doze meses. Ocorrendo tal suspensão, os prazos fixados nos parágrafos 8 e 9 deste Artigo, parágrafo 1 do Artigo 20, e parágrafo 4 do Artigo 21 deverão ser prorrogados pela mesma extensão de tempo em que forem suspensos os trabalhos. Se o trabalho do grupo especial tiver sido suspenso por mais de 12 meses, a autoridade para estabelecer o grupo especial caducará.

Artigo 13

Direito à Busca de Informação

1. Todo grupo especial terá direito de recorrer à informação e ao assessoramento técnico de qualquer pessoa ou entidade que considere conveniente. Contudo, antes de procurar informação ou assessoramento técnico de pessoa ou entidade submetida à jurisdição de um Membro o grupo especial deverá informar as autoridades de tal Membro. O Membro deverá dar resposta rápida e completa a toda solicitação de informação que um grupo especial considere necessária e pertinente. A informação confidencial fornecida não será divulgada sem autorização formal da pessoa, entidade ou autoridade que a proporcionou.

2. Os grupos especiais poderão buscar informação em qualquer fonte relevante e poderão consultar peritos para obter sua opinião sobre determinados aspectos de uma questão. Com relação a um aspecto concreto de uma questão de caráter científico ou técnico trazido à controvérsia por uma parte, o grupo especial poderá requerer um relatório escrito a um grupo consultivo de peritos. As

normas para estabelecimento de tal grupo e seus procedimentos constam do Apêndice 4.

Artigo 14

Confidencialidade

1. As deliberações do grupo especial serão confidenciais.
2. Os relatórios dos grupos especiais 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 consignadas em seu relatório serão anônimas.

Artigo 15

Etapas Intermediárias de Exame

1. Após consideração das réplicas e apresentações orais, o grupo especial distribuirá os capítulos expositivos (fatos e argumentações) de esboço de seu relatório para as partes em controvérsia. Dentro de um prazo fixado pelo grupo especial, as partes apresentarão seus comentários por escrito.
2. Expirado o prazo estabelecido para recebimento dos comentários das partes, o grupo especial distribuirá às partes um relatório provisório, nele incluindo tanto os capítulos descritivos quanto as determinações e conclusões do grupo especial. Dentro de um prazo fixado pelo grupo especial, qualquer das partes poderá apresentar por escrito solicitação para que o grupo especial reveja aspectos específicos do relatório provisório antes da distribuição do relatório definitivo aos Membros. A pedido de uma parte, o grupo especial poderá reunir-se

novamente com as partes para tratar de itens apontados nos comentários escritos. No caso de não serem recebidos comentários de nenhuma das partes dentro do prazo previsto para tal fim, o relatório provisório será considerado relatório final e será prontamente distribuído aos Membros.

3. As conclusões do relatório final do grupo especial incluirão uma análise dos argumentos apresentados na etapa intermediária de exame. Esta etapa deverá ocorrer dentro do prazo estabelecido no parágrafo 8 do Artigo 12.

Artigo 16

Adoção de Relatórios dos Grupos Especiais

1. A fim de que os Membros disponham de tempo suficiente para examinar os relatórios dos grupos especiais, tais relatórios não serão examinados para efeito de aceitação pelo OSC até 20 dias após a data de distribuição aos Membros.

2. Os Membros que opuserem alguma objeção ao relatório do grupo especial deverão apresentar por escrito razões explicativas de suas objeções para serem distribuídas ao menos 10 dias antes da reunião do OSC na qual o relatório do grupo especial será examinado.

3. As partes em controvérsia deverão ter direito de participar plenamente do exame do relatório do grupo especial feito pelo OSC, e suas opiniões serão integralmente registradas.

4. Dentro dos 60 dias seguintes à data de distribuição de um relatório de um grupo especial a seus Membros, o relatório será adotado em uma reunião do OSC ⁷ a menos que uma das partes na controvérsia notifique formalmente ao OSC de sua decisão de apelar ou que o OSC decida por consenso não adotar o

⁷. Se não houver uma reunião do OSC prevista dentro desse período em data que permita cumprimento das disposições dos parágrafos 1 e 4 do Artigo 16, será realizada uma reunião do OSC para tal fim.

relatório. Se uma parte notificar sua decisão de apelar, o relatório do grupo especial não deverá ser considerado para efeito de adoção pelo OSC até que seja concluído o processo de apelação. O referido procedimento de adoção não prejudicará o direito dos Membros de expressar suas opiniões sobre o relatório do grupo especial.

Artigo 17

Apelação

Órgão Permanente de Apelação

1. O OSC constituirá um Órgão Permanente de Apelação, que receberá as apelações das decisões dos grupos especiais. Será composto por sete pessoas, três das quais atuarão em cada caso. Os integrantes do Órgão de Apelação atuarão em alternância. Tal alternância deverá ser determinada pelos procedimentos do Órgão de Apelação.
2. O OSC nomeará os integrantes do Órgão de Apelação para períodos de quatro anos, e poderá renovar por uma vez o mandato de cada um dos integrantes. Contudo, os mandatos de três das sete pessoas nomeadas imediatamente após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, que serão escolhidas por sorteio, expirará ao final de dois anos. As vagas serão preenchidas à medida que forem sendo abertas. A pessoa nomeada para substituir outra cujo mandato não tenha expirado exercerá o cargo durante o período que reste até a conclusão do referido mandato.
3. O Órgão de Apelação será composto de pessoas de reconhecida competência, com experiência comprovada em direito, comércio internacional e nos assuntos tratados pelos acordos abrangidos em geral. Tais pessoas não deverão ter vínculos com nenhum governo. A composição do Órgão de Apelação deverá ser largamente representativa da composição da OMC. Todas as pessoas

integrantes do Órgão de Apelação deverão estar disponíveis permanentemente e em breve espaço de tempo, e deverão manter-se a par das atividades de solução de controvérsias e das demais atividades pertinentes da OMC. Não deverão participar do exame de quaisquer controvérsias que possam gerar conflito de interesses direto ou indireto.

4. Apenas as partes em controvérsia, excluindo-se terceiros interessados, poderão recorrer do relatório do grupo especial. Terceiros interessados que tenham notificado o OSC sobre interesse substancial consoante o parágrafo 2 do Artigo 10 poderão apresentar comunicações escritas ao Órgão de Apelação e poderão ser por ele ouvidos.

5. Como regra geral, o procedimento não deverá exceder 60 dias contados a partir da data em que uma parte em controvérsia notifique formalmente sua decisão de apelar até a data em que o Órgão de Apelação distribua seu relatório. Ao determinar seu calendário, o Órgão de Apelação deverá levar em conta as disposições da parágrafo 9 do Artigo 4, se pertinente. Quando o Órgão de Apelação entender que não poderá apresentar seu relatório em 60 dias, deverá informar por escrito ao OSC das razões do atraso, juntamente com uma estimativa do prazo dentro do qual poderá concluir o relatório. Em caso algum o procedimento poderá exceder a 90 dias.

6. A apelação deverá limitar-se às questões de direito tratadas pelo relatório do grupo especial e às interpretações jurídicas por ele formuladas.

7. O Órgão de Apelação deverá receber a necessária assistência administrativa e legal.

8. As despesas dos integrantes do Órgão de Apelação, incluindo gastos de viagem e diárias, serão cobertas pelo orçamento da OMC de acordo com critérios a serem adotados pelo Conselho Geral, baseado em recomendações do Comitê de Orçamento, Finanças e Administração.

9. O Órgão de Apelação, em consulta com o Presidente do OSC e com o Diretor Geral, fixará seus procedimentos de trabalho e os comunicará aos Membros para informação.

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.

11. As opiniões expressas no relatório do Órgão de Apelação por seus integrantes serão anônimas.

12. O Órgão de Apelação examinará cada uma das questões pleiteadas em conformidade com o parágrafo 6 durante o procedimento de apelação.

13. O Órgão de Apelação poderá confirmar, modificar ou revogar as conclusões e decisões jurídicas do grupo especial.

Adoção do Relatório do Órgão de Apelação

14. Os relatórios do Órgão de Apelação serão adotados pelo OSC e aceitos sem restrições pelas partes em controvérsia a menos que o OSC decida por consenso não adotar o relatório do Órgão de Apelação dentro do prazo de 30 dias contados a partir da sua distribuição aos Membros⁸. Este procedimento de adoção não prejudicará o direito dos Membros de expor suas opiniões sobre o relatório do Órgão de Apelação.

⁸. Caso não esteja prevista reunião do OSC durante esse período, será realizada uma reunião do OSC para tal fim.

Artigo 18

Comunicações com o Grupo Especial ou o Órgão de Apelação

1. Não haverá comunicação *ex parte* com o grupo especial ou com o Órgão de Apelação com relação a assuntos submetidos à consideração do grupo especial ou do Órgão de Apelação.

2. As comunicações escritas com o grupo especial 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 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.

Artigo 19

Recomendações dos Grupos Especiais e do Órgão de Apelação

1. Quando um grupo especial ou o Órgão de Apelação concluir que uma medida é incompatível com um acordo abrangido, deverá recomendar que o

Membro interessado⁹ torne a medida compatível com o acordo¹⁰. Além de suas recomendações, o grupo especial ou o Órgão de Apelação poderá sugerir a maneira pela qual o Membro interessado poderá implementar as recomendações.

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

Artigo 20

Calendário das Decisões do OSC

Salvo acordado diferentemente pelas partes em controvérsia, o período compreendido entre a data de estabelecimento do grupo especial pelo OSC e a data em que o OSC examinar a adoção do relatório do grupo especial ou do órgão de apelação não deverá, como regra geral, exceder nove meses quando o relatório do grupo especial não sofrer apelação ou 12 meses quando houver apelação. Se o grupo especial ou o Órgão de Apelação, com base no parágrafo 9 do Artigo 12 ou parágrafo 5 do Artigo 17, decidirem pela prorrogação do prazo de entrega de seus relatórios, o prazo adicional será acrescentado aos períodos acima mencionados.

Artigo 21

Supervisão da Aplicação das Recomendações e Decisões

⁹. O "Membro interessado" é a parte em controvérsia à qual serão dirigidas as recomendações do grupo especial ou do Órgão de Apelação.

¹⁰. Com relação às recomendações nos casos em que não haja infração das disposições do GATT 1994 nem de nenhum outro acordo abrangido, vide Artigo 26.

1. O pronto cumprimento das recomendações e decisões do OSC é fundamental para assegurar a efetiva solução das controvérsias, em benefício de todos os Membros.

2. As questões que envolvam interesses de países em desenvolvimento Membros deverão receber atenção especial no que tange às medidas que tenham sido objeto da solução de controvérsias.

3. Em reunião do OSC celebrada dentro de 30 dias¹¹ após a data de adoção do relatório do grupo especial ou do Órgão de Apelação, o membro interessado deverá informar ao OSC suas intenções com relação à implementação das decisões e recomendações do OSC. Se for impossível a aplicação imediata das recomendações e decisões, o Membro interessado deverá para tanto dispor de prazo razoável. O prazo razoável deverá ser:

(a) o prazo proposto pelo Membro interessado, desde que tal prazo seja aprovado pelo OSC; ou, não havendo tal aprovação,

b) um prazo mutuamente acordado pelas partes em controvérsia dentro de 45 dias a partir da data de adoção das recomendações e decisões; ou, não havendo tal acordo,

(c) um prazo determinado mediante arbitragem compulsória dentro de 90 dias após a data de adoção das recomendações e decisões¹². Em tal arbitragem, uma diretriz para o árbitro¹³ será a de que o prazo razoável para implementar as recomendações do grupo especial ou do Órgão de Apelação não deverá exceder

¹¹. Caso não esteja prevista reunião do OSC durante esse período, será realizada uma reunião do OSC para tal fim.

¹². Caso as partes não cheguem a consenso para indicação de um árbitro nos 10 dias seguintes à submissão da questão à arbitragem, o árbitro será designado pelo Diretor-Geral em prazo de 10 dias, após consulta com as partes.

¹³. Entende-se pela expressão "árbitro" tanto uma pessoa quanto um grupo de pessoas.

a 15 meses da data de adoção do relatório do grupo especial ou do Órgão de Apelação. Contudo, tal prazo poderá ser maior ou menor, dependendo das circunstâncias particulares.

4. A não ser nos casos em que o grupo especial ou o Órgão de Apelação tenham prorrogado o prazo de entrega de seu relatório com base no parágrafo 9 do Artigo 12 ou no parágrafo 5 do Artigo 17, o período compreendido entre a data da estabelecimento do grupo especial pelo OSC e a data de determinação do prazo razoável não deverá exceder a 15 meses, salvo se as partes acordarem diferentemente. Quando um grupo especial ou o Órgão de Apelação prorrogarem o prazo de entrega de seu relatório, o prazo adicional deverá ser acrescentado ao período de 15 meses; desde que o prazo total não seja superior a 18 meses, a menos que as partes em controvérsia convenham em considerar as circunstâncias excepcionais.

5. Em caso de desacordo quanto à existência de medidas destinadas a cumprir as recomendações e decisões ou quanto à compatibilidade de tais medidas com um acordo abrangido, tal desacordo se resolverá conforme os presentes procedimentos de solução de controvérsias, com intervenção, sempre que possível, do grupo especial que tenha atuado inicialmente na questão. O grupo especial deverá distribuir seu relatório dentro de 90 dias após a data em que a questão lhe for submetida. Quando o grupo especial considerar que não poderá cumprir tal prazo, deverá informar por escrito ao OSC as razões para o atraso e fornecer uma nova estimativa de prazo para entrega de seu relatório.

6. O OSC deverá manter sob vigilância a aplicação das recomendações e decisões. A questão da implementação das recomendações e decisões poderá ser argüida por qualquer Membro junto ao OSC em qualquer momento após sua adoção. Salvo decisão em contrário do OSC, a questão da implementação das recomendações e decisões deverá ser incluída na agenda da reunião do OSC seis meses após a data da definição do prazo razoável conforme o parágrafo 3 e

deverá permanecer na agenda do OSC até que seja resolvida. Ao menos 10 dias antes de cada reunião, o Membro interessado deverá fornecer ao OSC relatório escrito do andamento da implementação das recomendações e decisões.

7. Se a questão tiver sido levantada por país em desenvolvimento Membro, o OSC deverá considerar quais as outras providências que seriam adequadas às circunstâncias.

8. Se o caso tiver sido submetido por país em desenvolvimento Membro, ao considerar a providência adequada a ser tomada o OSC deverá levar em consideração não apenas o alcance comercial das medidas em discussão mas também seu impacto na economia dos países em desenvolvimento Membros interessados.

Artigo 22

Compensação e Suspensão de Concessões

1. A compensação e a suspensão de concessões ou de outras obrigações são medidas temporárias disponíveis no caso de as recomendações e decisões não serem implementadas dentro de prazo razoável. No entanto, nem a compensação nem a suspensão de concessões ou de outras obrigações é preferível à total implementação de uma recomendação com o objetivo de adaptar uma medida a um acordo abrangido. A compensação é voluntária e, se concedida, deverá ser compatível com os acordos abrangidos.

2. Se o Membro afetado não adaptar a um acordo abrangido a medida considerada incompatível ou não cumprir de outro modo as recomendações e decisões adotadas dentro do prazo razoável determinado conforme o parágrafo 3 do Artigo 21, tal Membro deverá, se assim for solicitado, e em período não

superior à expiração do prazo razoável, entabular negociações com quaisquer das partes que hajam recorrido ao procedimento de solução de controvérsias, tendo em vista a fixação de compensações mutuamente satisfatórias. Se dentro dos 20 dias seguintes à data de expiração do prazo razoável não se houver acordado uma compensação satisfatória, quaisquer das partes que hajam recorrido ao procedimento de solução de controvérsias poderá solicitar autorização do OSC para suspender a aplicação de concessões ou de outras obrigações decorrentes dos acordos abrangidos ao Membro interessado.

3. Ao considerar quais concessões ou outras obrigações serão suspensas, a parte reclamante aplicará os seguintes princípios e procedimentos:

(a) o princípio geral é o de que a parte reclamante deverá procurar primeiramente suspender concessões ou outras obrigações relativas ao(s) mesmo(s) setor(es) em que o grupo especial ou Órgão de Apelação haja constatado uma infração ou outra anulação ou prejuízo;

(b) se a parte considera impraticável ou ineficaz a suspensão de concessões ou outras obrigações relativas ao(s) mesmo(s) setor(es), poderá procurar suspender concessões ou outras obrigações em outros setores abarcados pelo mesmo acordo abrangido;

(c) se a parte considera que é impraticável ou ineficaz suspender concessões ou outras obrigações relativas a outros setores abarcados pelo mesmo acordo abrangido, e que as circunstâncias são suficientemente graves, poderá procurar suspender concessões ou outras obrigações abarcadas por outro acordo abrangido;

(d) ao aplicar os princípios acima, a parte deverá levar em consideração:

(i) o comércio no setor ou regido pelo acordo em que o grupo especial ou Órgão de Apelação tenha constatado uma violação ou outra anulação ou prejuízo, e a importância que tal comércio tenha para a parte;

(ii) os elementos econômicos mais gerais relacionados com a anulação ou prejuízo e as consequências econômicas mais gerais da suspensão de concessões ou outras obrigações;

(e) se a parte decidir solicitar autorização para suspender concessões ou outras obrigações em virtude do disposto nos subparágrafos (b) ou (c), deverá indicar em seu pedido as razões que a fundamentam. O pedido deverá ser enviado simultaneamente ao OSC e aos Conselhos correspondentes e também aos órgãos setoriais correspondentes, em caso de pedido baseado no subparágrafo (b).

(f) para efeito do presente parágrafo, entende-se por "setor":

(i) no que se refere a bens, todos os bens;

(ii) no que se refere a serviços, um setor principal dentre os que figuram na versão atual da "Lista de Classificação Setorial dos Serviços" que identifica tais setores¹⁴;

(iii) no que concerne a direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio, quaisquer das categorias de direito de propriedade intelectual compreendidas nas secções 1, 2, 3, 4, 5, 6 ou 7 da Parte II, ou as obrigações da Parte III ou da Parte IV do Acordo sobre TRIPS;

(g) para efeito do presente parágrafo, entende-se por "acordo":

(i) no que se refere a bens, os acordos enumerados no Anexo 1A do Acordo Constitutivo da OMC, tomados em conjunto, bem como os Acordos

¹⁴. Na lista integrante do documento MTN.GNG/W/120 são identificados onze setores.

Comerciais Plurilaterais na medida em que as partes em controvérsia sejam partes nesses acordos;

(ii) no que concerne a serviços, o GATS;

(iii) no que concerne a direitos de propriedade intelectual, o Acordo sobre TRIPS.

4. O grau da suspensão de concessões ou outras obrigações autorizado pelo OSC deverá ser equivalente ao grau de anulação ou prejuízo.

5. O OSC não deverá autorizar a suspensão de concessões ou outras obrigações se o acordo abrangido proíbe tal suspensão.

6. Quando ocorrer a situação descrita no parágrafo 2, o OSC, a pedido, poderá conceder autorização para suspender concessões ou outras obrigações dentro de 30 dias seguintes à expiração do prazo razoável, salvo se o OSC decidir por consenso rejeitar o pedido. No entanto, se o Membro afetado impugnar o grau da suspensão proposto, ou sustentar que não foram observados os princípios e procedimentos estabelecidos no parágrafo 3, no caso de uma parte reclamante haver solicitado autorização para suspender concessões ou outras obrigações com base no disposto nos parágrafos 3 (b) ou 3 (c), a questão será submetida a arbitragem. A arbitragem deverá ser efetuada pelo grupo especial que inicialmente tratou do assunto, se os membros estiverem disponíveis, ou por um árbitro¹⁵ designado pelo Diretor-Geral, e deverá ser completada dentro de 60 dias após a data de expiração do prazo razoável. As concessões e outras obrigações não deverão ser suspensas durante o curso da arbitragem.

¹⁵. Entende-se pela expressão "árbitro" indistintamente uma pessoa ou um grupo de pessoas.

7. O árbitro¹⁶ que atuar conforme o parágrafo 6 não deverá examinar a natureza das concessões ou das outras obrigações a serem suspensas, mas deverá determinar se o grau de tal suspensão é equivalente ao grau de anulação ou prejuízo. O árbitro poderá ainda determinar se a proposta de suspensão de concessões ou outras obrigações é autorizada pelo acordo abrangido. No entanto, se a questão submetida à arbitragem inclui a reclamação de que não foram observados os princípios e procedimentos definidos pelo parágrafo 3, o árbitro deverá examinar a reclamação. No caso de o árbitro determinar que aqueles princípios e procedimentos não foram observados, a parte reclamante os aplicará conforme o disposto no parágrafo 3. As partes deverão aceitar a decisão do árbitro como definitiva e as partes envolvidas não deverão procurar uma segunda arbitragem. O OSC deverá ser prontamente informado da decisão do árbitro e deverá, se solicitado, outorgar autorização para a suspensão de concessões ou outras obrigações quando a solicitação estiver conforme à decisão do árbitro, salvo se o OSC decidir por consenso rejeitar a solicitação.

8. A suspensão de concessões ou outras obrigações deverá ser temporária e vigorar até que a medida considerada incompatível com um acordo abrangido tenha sido suprimida, ou até que o Membro que deva implementar as recomendações e decisões forneça uma solução para a anulação ou prejuízo dos benefícios, ou até que uma solução mutuamente satisfatória seja encontrada. De acordo com o estabelecido no parágrafo 6 do Artigo 21, o OSC deverá manter sob supervisão a implementação das recomendações e decisões adotadas, incluindo os casos nos quais compensações foram efetuadas ou concessões ou outras obrigações tenham sido suspensas mas não tenham sido aplicadas as recomendações de adaptar uma medida aos acordos abrangidos.

¹⁶. Entende-se pela expressão "árbitro" indistintamente uma pessoa, um grupo de pessoas ou os membros do grupo especial que inicialmente tratou do assunto, se atuarem na qualidade de árbitros.

9. As disposições de solução de controvérsias dos acordos abrangidos poderão ser invocadas com respeito às medidas que afetem sua observância, tomadas por governos locais ou regionais ou por autoridades dentro do território de um Membro. Quando o OSC tiver decidido que uma disposição de um acordo abrangido não foi observada, o Membro responsável deverá tomar as medidas necessárias que estejam a seu alcance para garantir sua observância. Nos casos em que tal observância não tenha sido assegurada, serão aplicadas as disposições dos acordos abrangidos e do presente Entendimento relativas à compensação e à suspensão de concessões e outras obrigações¹⁷.

Artigo 23

Fortalecimento do Sistema Multilateral

1. Ao procurar reparar o não-cumprimento de obrigações ou outro tipo de anulação ou prejuízo de benefícios resultantes de acordos abrangidos ou um impedimento à obtenção de quaisquer dos objetivos de um acordo abrangido, os Membros deverão recorrer e acatar as normas e procedimentos do presente Entendimento.

2. Em tais casos, os Membros deverão:

(a) não fazer determinação de que tenha ocorrido infração, de que benefícios tenham sido anulados ou prejudicados ou de que o cumprimento de quaisquer dos objetivos de um acordo abrangido tenha sido dificultado, salvo através do exercício da solução de controvérsias segundo as normas e procedimentos do presente Entendimento, e deverão fazer tal determinação consoante as conclusões contidas no relatório do grupo especial ou do Órgão de

¹⁷. Quando as disposições de qualquer acordo abrangido relativas às medidas adotadas pelos governos ou autoridades regionais ou locais dentro do território de um Membro forem diferentes das enunciadas no presente parágrafo, prevalecerão as disposições do acordo abrangido.

Apelação adotado pelo OSC ou em um laudo arbitral elaborado segundo este Entendimento;

(b) seguir os procedimentos definidos no Artigo 21 para determinar o prazo razoável para que o Membro interessado implemente as recomendações e decisões; e

(c) observar os procedimentos definidos no Artigo 22 para determinar o grau de suspensão de concessões ou outras obrigações e obter autorização do OSC, conforme aqueles procedimentos, antes de suspender concessões ou outras obrigações resultantes dos acordos abrangidos como resposta à não-implementação, por parte do Membro interessado, das recomendações e decisões dentro daquele prazo razoável.

Artigo 24

Procedimento Especial para Casos Envolvendo Países de Menor Desenvolvimento Relativo Membros

1. Em todas as etapas da determinação das causas de uma controvérsia ou dos procedimentos de uma solução de controvérsias de casos que envolvam um país de menor desenvolvimento relativo Membro, deverá ser dada atenção especial à situação particular do país de menor desenvolvimento relativo Membro. Neste sentido, os Membros exercerão a devida moderação ao submeter a estes procedimentos matérias envolvendo um país de menor desenvolvimento relativo Membro. Se for verificada anulação ou prejuízo em consequência de medida adotada por país de menor desenvolvimento relativo Membro, as partes reclamantes deverão exercer a devida moderação ao pleitear compensações ou solicitar autorização para suspensão da aplicação de concessões ou outras obrigações nos termos destes procedimentos.

2. Quando, nos casos de solução de controvérsias que envolvam um país de menor desenvolvimento relativo Membro, não for encontrada solução satisfatória no correr das consultas realizadas, o Diretor-Geral ou o Presidente do OSC

deverão, a pedido do país de menor desenvolvimento Membro, oferecer seus bons ofícios, conciliação ou mediação com o objetivo de auxiliar as partes a solucionar a controvérsia antes do estabelecimento de um grupo especial. Para prestar a assistência mencionada, o Diretor-Geral ou o Presidente do OSC poderão consultar qualquer fonte que considerem apropriada.

Artigo 25

Arbitragem

1. Um procedimento rápido de arbitragem na OMC como meio alternativo de solução de controvérsias pode facilitar a resolução de algumas controvérsias que tenham por objeto questões claramente definidas por ambas as partes.
2. Salvo disposição em contrário deste Entendimento, o recurso à arbitragem estará sujeito a acordo mútuo entre as partes, que acordarão quanto ao procedimento a ser seguido. Os acordos de recurso a arbitragem deverão ser notificados a todos os Membros com suficiente antecedência ao efetivo início do processo de arbitragem.
3. Outros Membros poderão ser parte no procedimento de arbitragem somente com o consentimento das partes que tenham convencionado recorrer à arbitragem. As partes acordarão submeter-se ao laudo arbitral. Os laudos arbitrais serão comunicados ao OSC e ao Conselho ou Comitê dos acordos pertinentes, onde qualquer Membro poderá questionar qualquer assunto a eles relacionados.
4. Os Artigos 21 e 22 do presente Entendimento serão aplicados *mutatis mutantis* aos laudos arbitrais.

Artigo 26

1. *Reclamações de Não-Violação do Tipo Descrito no Parágrafo 1 (b) do Artigo XXIII do GATT 1994*

Quando as disposições do parágrafo 1(b) do Artigo XXIII do GATT 1994 forem aplicáveis a um acordo abrangido, os grupos especiais ou o Órgão de Apelação somente poderão decidir ou fazer recomendações se uma das partes em controvérsia considera que um benefício resultante direta ou indiretamente do acordo abrangido pertinente está sendo anulado ou prejudicado ou que o cumprimento de um dos objetivos do Acordo está sendo dificultado em consequência da aplicação de alguma medida por um Membro, ocorrendo ou não conflito com as disposições daquele Acordo. Quando e na medida em que tal parte considere, e um grupo especial ou Órgão de Apelação determine, que um caso trate de medida que não seja contraditória com as disposições de um acordo abrangido ao qual as disposições do parágrafo 1(b) do Artigo XXIII do GATT 1994 sejam aplicáveis, deverão ser aplicados os procedimentos previstos no presente Entendimento, observando-se o seguinte:

(a) a parte reclamante deverá apresentar justificativa detalhada em apoio a qualquer reclamação relativa a medida que não seja conflitante com o acordo abrangido relevante;

(b) quando se considerar que uma medida anula ou restringe benefícios resultantes do acordo abrangido pertinente, ou que compromete a realização dos objetivos de tal acordo, sem infração de suas disposições, não haverá obrigação de revogar essa medida. No entanto, em tais casos, o grupo especial ou Órgão de Apelação deverá recomendar que o Membro interessado faça um ajuste mutuamente satisfatório;

(c) não obstante o disposto no Artigo 21, a arbitragem prevista no parágrafo 3 do Artigo 21 poderá incluir, a pedido de qualquer das partes, a determinação do grau dos benefícios anulados ou prejudicados e poderá também sugerir meios e maneiras de se atingir um ajuste mutuamente satisfatório; tais sugestões não deverão ser compulsórias para as parte em controvérsia;

(d) não obstante o disposto no parágrafo 1 do Artigo 22, a compensação poderá fazer parte de um ajuste mutuamente satisfatório como solução final para a controvérsia.

2. *Reclamações do Tipo Descrito no Parágrafo 1(c) do Artigo XXIII do GATT 1994*

Quando as disposições do parágrafo 1(c) do Artigo XXIII do GATT 1994 forem aplicáveis a um acordo abrangido, o grupo especial apenas poderá formular recomendações e decisões quando uma parte considerar que um benefício resultante direta ou indiretamente do acordo abrangido pertinente tenha sido anulado ou prejudicado ou que o cumprimento de um dos objetivos de tal acordo tenha sido comprometido em consequência de uma situação diferente daquelas às quais são aplicáveis as disposições dos parágrafos 1(a) e 1(b) do Artigo XXIII do GATT 1994. Quando e na medida em que essa parte considere, e um grupo especial determine, que a questão inclui-se neste parágrafo, os procedimentos deste Entendimento serão aplicados unicamente até o momento do processo em que o relatório do grupo especial seja distribuído aos Membros. Serão aplicáveis as normas e procedimentos de solução de controvérsias contidos na Decisão de 12 de abril de 1989 (BISD 36S/61-67) quando da consideração para adoção e supervisão e implementação de recomendações e decisões. Será também aplicável o seguinte:

(a) a parte reclamante deverá apresentar justificativa detalhada como base de qualquer argumentação a respeito de questões tratadas no presente parágrafo;

(b) nos casos que envolvam questões tratadas pelo presente parágrafo, se um grupo especial decidir que tais casos também se referem a outras questões relativas à solução de controvérsias além daquelas previstas neste parágrafo, o grupo especial deverá fornecer ao OSC um relatório encaminhando tais questões e um relatório separado sobre os assuntos compreendidos no âmbito de aplicação do presente parágrafo.

Artigo 27

Responsabilidades do Secretariado

1. O Secretariado terá a responsabilidade de prestar assistência aos grupos especiais, em especial nos aspectos jurídicos, históricos e de procedimento dos assuntos tratados, e de fornecer apoio técnico e de secretaria.
2. Ainda que o Secretariado preste assistência com relação à solução de controvérsias aos Membros que assim o solicitem, poderá ser também necessário fornecer assessoria e assistência jurídicas adicionais com relação à solução de controvérsias aos países em desenvolvimento Membros. Para tal fim, o Secretariado colocará à disposição de qualquer país em desenvolvimento Membro que assim o solicitar um perito legal qualificado dos serviços de cooperação técnica da OMC. Este perito deverá auxiliar o país em desenvolvimento Membro de maneira a garantir a constante imparcialidade do Secretariado.
3. O Secretariado deverá organizar, para os Membros interessados, cursos especiais de treinamento sobre estes procedimentos e práticas de solução de controvérsias a fim de que os especialistas dos Membros estejam melhor informados sobre o assunto.