

2

Organização Mundial do Comércio e o sistema de solução de controvérsias

No caso específico dos contenciosos, o Acordo de Marrekesh prevê a solução de controvérsias comerciais por um Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC)¹. Todos os membros da organização estão comprometidos com seus dispositivos, uma vez que os signatários de seu acordo constitutivo se comprometeram a aceitar todos os documentos legais produzidos e as decisões tomadas ao final da Rodada Uruguai sem exceção (*single undertaking approach*)².

O sistema de resolução de controvérsias da OMC foi criado para reforçar a disciplina multilateral em que a organização está baseada, sendo reconhecido como um dos resultados mais positivos da rodada Uruguai (Delich 2002). Sua função é prover segurança e previsibilidade aos membros da organização para preservar e garantir seus direitos e obrigações bem como esclarecer provisões dos acordos em vigência (Art. 3.2/ESC). Este é um aspecto a que o presente trabalho estará particularmente atento – a importância desse tipo de mecanismo para os países em desenvolvimento. Uma vez fixadas as regras para a solução de disputas, cabe avaliar se elas beneficiam países desenvolvidos e em desenvolvimento igualmente. Em princípio, dir-se-ia que países em desenvolvimento seriam beneficiados pelo novo sistema, já que possuem poder de barganha menor em negociações bilaterais, daí a importância do respaldo de um *framework* legal que garantisse, minimamente, a oportunidade de conduzir o regime de comércio em situação verdadeiramente justa:

¹ O ESC constitui Anexo 2 do Acordo de Marrakesh (1994).

² O *single undertaking* foi adotado a partir da Rodada Uruguai e implica que todos os países que desejam tornar-se membros da Organização Mundial do Comércio são obrigados a adotar todos os acordos determinados em uma rodada de negociação (*package deal*). A inovação é tema de artigo de Van Grastek e Sauvé, que destacam as vantagens do instrumento, sem deixarem de criticá-lo: “[i]t is to be distinguished from the à la carte option, either in the form of code reciprocity (per the Tokyo and Kennedy rounds) or critical-mass agreements (per the ‘built-in agenda’ period after the Uruguay Round). [...] The single undertaking ensures that whatever agreements are finally reached will be accepted universally, but runs the risk that ambitions will be limited to the least common denominator” (Van Grastek & Sauvé 2004: 1-3).

“[t]he WTO is unique among international organizations in that it has a well-functioning, binding dispute settlement mechanism. This is of great importance to developing countries, which generally will not be able to induce compliance with negotiated rules in bilateral disputes with large industrial economies. In practice, because countries value the trading system, the large and powerful tend to abide by the rulings of dispute settlement panels, providing an incentive for developing countries to ensure that they are able to use the system” (Hoekman; Mattoo & English 2002: 39).

Nos textos sobre resolução de controvérsias na OMC, é comum ver seu sistema descrito como *rule-oriented*, em contraposição à dinâmica *power-oriented* (Jackson 1997; Lafer 1999; Barral 2004; Weiler 2000). Tais expressões não estão, nesse contexto, relacionadas a teorias de RI³ especificamente. Jackson definiu originalmente as duas abordagens com precisão: em uma negociação *power-oriented*, em que A e B sejam as partes envolvidas, a resolução de controvérsias será feita por referência, implícita ou explícita, ao *status* de cada parte. Ajuda estrangeira, manobras militares, restrição a importações ou retaliação poderiam ser utilizadas por A ou B conforme o tamanho de seu mercado e o grau de dependência de seu comércio em relação ao outro país. Já a resolução de conflitos por meio do uso de normas e regras previamente acordadas por A e B é característica da abordagem *rule-oriented*, em que o entendimento sobre tais normas e regras não é suficiente: quando há questões relativas à utilização e à aplicação de regras, o mecanismo de solução de controvérsias terá de prover sistema justo para sua interpretação (Jackson 1997: 109-111). Ou seja, não basta criar as regras, é preciso fazê-las funcionar.

A adoção do Entendimento sobre Solução de Controvérsias deixa claro movimento rumo à segunda abordagem, *rule-oriented*. Hudec (2002) descreve-o como um crescendo no que diz respeito ao cumprimento de regras sobre solução de controvérsias na mudança do regime do GATT para a OMC. Lafer (1999) assinala um “adensamento de juridicidade”, que, em verdade, tem o mesmo teor semântico das análises de Jackson (1997) e Hudec (2002).

³ Entre as teorias de Relações Internacionais (RI), a expressão *rule-oriented* está comumente associada ao construtivismo de Nicholas Onuf (1989), e a expressão *power-oriented* é sinônima das abordagens realistas (ver Morgenthau 1948) e neo-realistas (ver Waltz 1979).

2.1. Linha do tempo

As normas e regras adotadas para resolução de controvérsias a partir da criação da OMC, em 1995, não foram criadas abruptamente. Na análise da história do sistema multilateral de comércio, percebe-se o continuum formado pela evolução de tais regras: uma vez formuladas como diretrizes gerais no âmbito do GATT, sua aplicação e sua interpretação foram aprimoradas através das rodadas de negociação até a adoção do Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC) da OMC.

Isso não significa que não houve percalços. Para Hudec, deve-se ressaltar grave problema quando se analisa o GATT sob essa perspectiva otimista:

“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 (...). The fact that governments wanted freedom to disobey was the starting point from which 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 2000: 3).

A raiz desse problema encontra-se na forma descentralizada do sistema internacional e no fato de que acordos como o GATT trazem limitações à “soberania”, sobretudo quando se discute o uso de determinados instrumentos na política comercial. Ocorre, no entanto, que governos tendem a dar preferência a arranjos institucionais mais flexíveis em nível internacional, de modo a reter margem de manobra para operar suas políticas de acordo com as demandas de suas *constituencies* (Rosendorff & Milner 2001).

Na seção abaixo, apresento as normas sobre solução de controvérsias relativas ao sistema multilateral de comércio no âmbito do GATT, um precursor do ESC/OMC, e seu contexto de criação. Em seguida, detenho-me sobre a questão na Organização Mundial do Comércio.

2.1.1.

O sistema de solução de controvérsias do GATT

O sistema de solução de controvérsias do GATT foi o precursor do mecanismo da OMC⁴. Sabe-se que suas regras não eram tão claras como as do ESC e que era preciso o consenso das partes para que houvesse resolução efetiva de controvérsias. O procedimento do GATT para solucionar diferenças era único, dada as peculiaridades relativas à sua própria criação. Hoje, podemos perceber suas limitações mais claramente e ser mais críticos a respeito da imprecisão ou falta de rigor iniciais.

A intenção original era a de que o GATT fosse um Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, ao abrigo institucional da Organização Internacional do Comércio (OIC). O rascunho para a carta constitucional da OIC indicava a necessidade de rigoroso sistema de disputas que contemplasse o uso efetivo de arbitragem e da possibilidade de se recorrer à Corte de Justiça (Jackson 2000: 113). Sem a OIC, cuja existência nunca saiu do papel⁵, restou o GATT, que não se estendia muito sobre o procedimento sobre solução de controvérsias. Como afirma Jackson: *“The ITO Charter would have established a rather elaborate dispute settlement procedure, but the GATT, not intended to be an ‘organization’, had only a few paragraphs devoted to this subject”* (Jackson 1997: 114).

Eram dois os artigos do GATT que tratavam da questão: Artigos 22 e 23. De acordo com o primeiro, as partes contratantes deveriam buscar consultar umas as

⁴ Para comparações entre o mecanismo de solução de controvérsias do GATT e da OMC, ver Lafer (1996), Jackson (1997), Hudec (2000) e Montaña i Mora (1997).

⁵ Em 1948, quatro anos após a criação do FMI e no contexto da discussão sobre a ordem econômica do pós-guerra, mais de 50 países assinaram a Carta de Havana para a criação da Organização Internacional do Comércio. A carta continha diretrizes gerais para a regulamentação de políticas dos Estados signatários relativas ao comércio entre as nações e incluía capítulos sobre barreiras tarifárias e não-tarifárias, práticas restritivas de comércio e estabilização de commodities. O maior incentivador da proposta foi o governo americano, que, ironicamente, teve sua adesão à organização vetada pelo Congresso americano. Das negociações para o estabelecimento da OIC, restou o GATT: *“All that remained after years of intensive negotiations was a trade agreement negotiated in October 1947[...]. The 1947 conference had been held at the urging of US officials anxious to take advantage of the president’s tariff-cutting authority before it expired. The results were codified in the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT); which consisted of the tariff concessions agreed to by the twenty-three signatories and most of the trade barrier rules that later were [supposed to be] incorporated into the commercial policy chapter of the ITO Charter [...]. When the ITO failed to materialize, the GATT was transformed from a temporary agreement into a normative-institutional framework in which governments pursued multilateral regulation and discussed trade policy”* (Finlayson & Zacher, in Krasner 1983: 274).

outras em caso de reclamação⁶, recurso de utilidade evidente na prática diplomática. O Artigo 23⁷, por sua vez, constituía, em si, o cerne da resolução de controvérsias. Jackson assinala três características associadas que lhe conferem esse *status*: (1) era evocado em caso de “anulação” ou “impedimento”⁸ de possíveis benefícios advindos do acordo, sem depender de um descumprimento de fato do GATT; (2) conferia poder às partes contratantes para dar parecer a respeito de determinada medida, investigar e recomendar ações posteriores e (3) concedia às partes contratantes a possibilidade de suspender obrigações relativas ao GATT com outras partes, em casos considerados graves o suficiente para justificar tais medidas (Jackson 1997: 114-115).

“Anulação” e “impedimento” são chaves para a compreensão do procedimento de resolução de controvérsias no sistema multilateral de comércio e continuam a ser evocadas até hoje no âmbito do Entendimento sobre Soluções de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio. Inicialmente, os conceitos foram definidos de modo muito geral: a anulação ou o impedimento ficariam

⁶ “Each contracting party shall accord sympathetic consideration to, and shall afford adequate opportunity for consultation regarding, such representations as may be made by another contracting party with respect to any matter affecting the operation of this Agreement”. Ver GATT/1947, no sítio http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_02_e.htm#articleXXII, acessado em 16/11/2006, às 16h.

⁷ “1. If any contracting party should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of

(a) the failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement, or

(b) the application by another contracting party of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement, or

(c) the existence of any other situation, the contracting party may, with a view to the satisfactory adjustment of the matter, make written representations or proposals to the other contracting party or parties which it considers to be concerned. Any contracting party thus approached shall give sympathetic consideration to the representations or proposals made to it.

2. If no satisfactory adjustment is effected between the contracting parties concerned within a reasonable time, or if the difficulty is of the type described in paragraph 1 (c) of this Article, the matter may be referred to the CONTRACTING PARTIES. The CONTRACTING PARTIES shall promptly investigate any matter so referred to them and shall make appropriate recommendations to the contracting parties which they consider to be concerned, or give a ruling on the matter, as appropriate”. Ver

http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_02_e.htm#articleXXIII, acessado em 16/11/2006, às 16h02.

⁸ Diz-se que anulação (“*nullification*”) ocorre quando não se consegue extrair benefício decorrente de acordo, por esse estar sendo anulado ou prejudicado. Em relação a impedimento (“*impairment*”), ele ocorreria quando houvesse impedimento capaz de impossibilitar que determinado objetivo previsto em acordo fosse atingido. A ocorrência de anulação ou impedimento segue como elemento essencial na resolução de controvérsias da OMC (Art. 3.8)/ESC; Art.10.4/ESC; Art.12/ESC; Art. 24/ESC e ART. 26/ESC).

caracterizados quando uma parte contratante tomasse medidas que não pudessem ser razoavelmente antecipadas e que prejudicassem o comércio da outra⁹. Com o tempo, o GATT adotou a prática de considerar três situações como anulação ou impedimento “*prima facie*”: (1) falha em cumprimento de obrigação de qualquer acordo; (2) uso de subsídios domésticos para inibir importações em certas situações e (3) adoção de restrições quantitativas (Jackson 1997: 115).

Em mais de 40 anos de funcionamento, o sistema sofreu diversas alterações. No começo, as disputas eram levadas à direção que presidia a plenária semestral para que esta elaborasse parecer a respeito. Com o aumento do número de queixas, a alternativa encontrada foi encaminhar as diferenças para comitês (“*working parties*”), compostos pelas partes envolvidas e terceiros interessados. Na primeira metade dos anos 50, essa prática foi modificada e formalizada: em vez de grupos de trabalho compostos por países, a disputa seria encaminhada a um grupo especial, composto por especialistas (painel). Três ou cinco peritos (“panelistas”) seriam indicados para analisar a questão levantada e deveriam agir baseados em suas capacidades e não como representantes dos Estados-membros. Os painéis emitiam pareceres com base na interpretação legal e no exame de evidências submetidas pelas partes e podiam fazer recomendações sobre os próximos passos a serem seguidos para que as medidas questionadas entrassem em conformidade com as regras do GATT ou sobre medidas compensatórias para restituir o reclamante. O uso de painéis, daí em diante, seria recorrente no GATT. Esse momento deve ser assinalado pela mudança que representa: maior judicialização ou maior ênfase no procedimento de arbitragem.

Novamente, nos anos 60 e 70, outras mudanças foram introduzidas, com acesso especial para países em desenvolvimento e um esforço, no âmbito da Rodada Tóquio (1973-1979), para codificar e reforçar o sistema (Hudec 2000; Jackson 1997; Reinhardt 1999). No entendimento negociado sobre solução de controvérsias¹⁰, ficou estabelecido que a reclamação deveria ser apresentada a um

⁹ Ver Artigo XXIII/GATT/1947 (os termos “*nullification*” e “*impairment*” aparecem no artigo). Segundo Jackson, “*an early case in GATT [Australian Ammonium Sulphate, GATT, BISD Vol. II, 188, 1952] defined the nullification or impairment phrase as including actions by a contracting party that harmed the trade of another, and that ‘could not reasonably have been anticipated...’ by the other at the time it negotiated for a concession (...). But even this elaboration is ambiguous*” (Jackson 1997: 15).

¹⁰ “*During the Tokyo Round negotiation, some initiative was taken to improve the dispute-settlement process of the GATT. The so-called Group Framework Committee of the negotiation*

painel, que deveria remetê-la ao Conselho do GATT (composto por todos os signatários). Para instaurar painel, aprovar seu relatório final e autorizar contra-medidas em casos de não-implementação haveria, agora, necessidade de consenso entre todas as partes contratantes, que compunham o Conselho do GATT. Esse é um dos pontos mais criticados do sistema GATT para solução de controvérsias, pois o demandado poderia bloquear o processo se o reclamante não conseguisse seu aval para levar a cabo uma disputa. O sistema não deixava ninguém de fora do processo de decisão, mas, ao fazê-lo, criava uma situação em que o reclamado ficaria sujeito a “dar um tiro no próprio pé”.

Nos anos 80, ocorrem outras mudanças, assim resumidas por Hudec: “*an explosion in the volume of legal complaints, an increasing juridification of the enforcement procedure, and a significant increase in the importance and political sensitivity of the matters submitted to adjudication procedure*” (2000: 2). Foram, ainda, estabelecidas regras mais rígidas para uso do veto unilateral, para acelerar certas etapas do processo, além de ter sido acertada assistência a países menos desenvolvidos, interessados em apresentar reclamações (Reinhardt 1999). Tais alterações, por fim, culminaram na Rodada Uruguai (1986-1994) e na criação de renovado regime multilateral de comércio.

As críticas ao mecanismo de solução de controvérsias do GATT eram inúmeras: o sistema era precário, baseado na tomada de decisão por consenso – era preciso o consentimento do demandado para várias etapas chave da disputa, como a criação de painel, a definição de seus membros, a adoção de seu relatório final e a autorização para retaliação. Para ser efetivo, um sistema não depende apenas dos procedimentos e das regras que adota, mas também da capacidade de aplicá-los, e o GATT apresentava deficiências nessa área: apontavam-se o *status* legal ambíguo dos painéis e a precariedade dos procedimentos de implementação como falhas a serem corrigidas (Lipson 1983). As alternativas para mitigar prejuízos advindos de medidas que violavam o acordo também eram limitadas: determinada a violação, caberia uma recomendação à parte reclamada para que

was given this task, among others (...). The result was a document entitled, ‘Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance’, which was adopted by the contracting parties (...) in 1979. Like the other understandings resulting from the Tokyo Round, the precise legal status of this understanding is not clear. (...) This document is nevertheless very interesting and also was very influential, given that along with its annex, it

entrasse em conformidade com suas obrigações, mas tal recomendação era dirigida apenas à conduta futura, sem compensação por perdas sofridas enquanto a medida ainda estava em vigência (Hudec 2002).

O mecanismo de solução de controvérsias do GATT, contudo, evoluiu e, apesar das críticas, foi aprimorado com o tempo. No início da vigência do GATT, o procedimento para apresentação de queixas era informal, ocorrendo pela via diplomática – no acordo de 1947, não estavam especificados claramente os procedimentos pelos quais os Estados deveriam elaborar e conduzir eventuais diferenças. Com a prática, houve mudanças e um sistema mais elaborado foi firmado a partir de meados dos anos 50. Uma disputa seguia os seguintes passos tipicamente: um país identificava práticas e condutas reprováveis do outro. O demandante, então, notificava sua queixa junto ao GATT e solicitava consultas junto à outra parte. Se, ao longo de meses ou anos, as negociações nessa fase resultassem infrutíferas, o demandante poderia requerer o estabelecimento de painel (do inglês *panel*), formado por grupo de especialistas no assunto para dar parecer sobre a disputa. O painel levava um ano em média para analisar argumentos e circular sua decisão, que somente seria considerada válida após sua adoção por todos os membros do GATT. Deve-se ressaltar que (1) em qualquer momento, as partes poderiam chegar a acordo bilateral para solucionar a diferença; (2) a decisão de estabelecer o painel, de selecionar seus membros e de adotar seu relatório final estava sujeita a veto unilateral por parte do demandado e (3) o demandante poderia retaliar unilateralmente em qualquer fase da disputa, mas sem autoridade legal, o que só ocorreria se os demais membros lhe concedessem aprovação *ex ante* para tal (Reinhardt 1999).

Ademais, surpreendentemente, o sistema funcionava. Painéis foram estabelecidos e seus relatórios foram adotados. Os países signatários pareciam seguir uma lógica de compromisso de longo-prazo, em que estavam dispostos a ceder para dar força ao regime de comércio multilateral (Krasner 1983; Keohane 1984), pois o uso excessivo de vetos poderia dar lugar a respostas beligerantes em termos comerciais, o que enfraqueceria o GATT, ou não comerciais, o que minaria relações bilaterais entre as partes. Voltemo-nos então à análise da economia política empírica produzida no âmbito do GATT.

consisted of a detailed description of the dispute-settlement process of GATT. It thus formed a sort

O trabalho de Robert Hudec merece menção especial aqui. O autor realizou extensas pesquisas, empíricas inclusive, sobre a solução de diferenças no âmbito do GATT e chama-nos a atenção não apenas para as falhas do sistema, mas para seus êxitos: de 207 casos examinados entre 1948 e 1989¹¹, em 88 foram emitidos pareceres legais, sendo 68 pareceres atestando violações. Nos casos em que foram emitidos pareceres legais, 89% resultaram em “satisfação plena” ou “satisfação parcial” em relação à queixa (*apud* Sevilla 1997). “Satisfação plena” ocorre nos casos em que a reclamação é total ou quase totalmente atendida, o que é feito, normalmente, pela remoção das medidas inconsistentes com o GATT. A definição de “satisfação parcial” indica que a providência tomada não foi a completa supressão das medidas em litígio, mas alguma outra alternativa satisfatória o suficiente para indicar que a queixa foi sanada com sucesso.

“In its first three decades the GATT system achieved almost a 100 percent success rate in producing a satisfactory response to legal rulings. In the 1980s, when governments began to use the dispute settlement system to deal with more politically controversial matters, the success rate dropped to about 81% - not up to the standards of most domestic legal systems, but still a very impressive performance for an international legal regime, especially in the politically sensitive area of trade policy” (Hudec 2002: 82).

Somente em 12% das disputas a pesquisa de Hudec aponta resultados negativos, em que o sistema não conseguiu suprir uma demanda válida por falta de ação reparatória por parte do demandado ou por imposição de restrição ao comércio (*apud* Sevilla 1997). Esse dado está em conformidade com o apresentado por outro especialista da área, John Jackson, que aponta baixo número de resultados negativos no GATT: entre oito e dez casos resultaram na adoção de relatórios que não foram cumpridos em suas determinações (Jackson 1997: 117). Alguns desses casos resultaram em transformações significativas nas legislações dos reclamados. Não foram, portanto, apenas disputas “fáceis” que deram resultados positivos¹².

of constitutional framework for these processes in the GATT prior to WTO” (Jackson 1997: 116).

¹¹ Esse número está relacionado apenas ao estudo de Hudec (1993). Dados compilados por Jackson chegam a contar 418 casos até a metade de 1994, incluindo casos citados por fontes extra-oficiais e casos que não constituíram queixas formais. Um outro índice estatístico do GATT, o *GATT Analytical Index* contabilizava, até janeiro de 1995, 196 casos, mas não incluía os que não resultaram em painel e que foram resolvidos por via de negociação. Jackson estima que o GATT tenha cuidado de cerca de 500 casos desde sua entrada em vigor.

¹² Sevilla enumera alguns dos casos que resultaram em mudanças drásticas para as partes reclamadas: “[t]he removal of QRs in sensitive products by France; termination of an exchange rate guarantee for Airbus Industrie by Germany; amendment of Superfund legislation by the US to

Sobre a diferença entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, a pesquisa de Hudec é clara: nos quase 50 anos de vigência do GATT, apenas 28 casos foram iniciados por países em desenvolvimento, embora já fossem a maior parte dos signatários do GATT¹³. Cerca de 30% dos casos tinham países em desenvolvimento como reclamantes e, em 11%, estes figuravam como reclamados (Bown 2003: 8). Desses casos, 17 geraram pareceres legais. Em 11 desses casos, considerou-se que havia violação do acordo e 10 dos 11 produziram resultado positivo. Dos 22 casos que apresentaram demandas válidas, 18 (82%) produziram resultados satisfatórios.

“The quantitative analysis of individual country performance makes it pretty clear that the GATT dispute settlement system is, at the margin, more responsive to the interests of the strong than to the interest of the weak. The evidence for this hypothesis occurs in all phases of performance – in the rates of success as complainants, in the rates of noncompliance as defendants, in the quality of outcomes achieved, and in the extent to which complainants are able to carry complaints forward to a decision” (apud Jackson 1997: 118).

Contra-intuitivos em princípio, os resultados positivos das soluções de diferenças no GATT guardam algumas lições. A aplicação de sanções pesadas no âmbito internacional para os *outliers* no regime multilateral de comércio não define, exclusivamente, a eficácia e a solidez do sistema (Hudec 2002; Hasenclever *et al* 1997). Por que países fortes, tendo o poder de bloquear reclamações contra si, deixaram de fazê-lo? O governo reclamado pode seguir as resoluções do GATT por achar que são uma “boa política”, ou seja, ajuda a manter a solidez do sistema e, se hoje é usada contra ele, amanhã poderá ser por ele usada contra um terceiro – as regras são justas e devem valer para todos. Esse, contudo, é apenas um modo de pensar sobre a questão.

Pensem, por exemplo, em um governo racional, agindo com base no interesse próprio e preocupado com os frutos que o cumprimento de regras em casos individuais pode lhe trazer no longo-prazo. Esse governo tende a comportar-se positivamente, seguindo os parâmetros do regime. É possível que esse governo,

remove a discriminatory tax on foreign petroleum imports; removal of discriminatory taxes on foreign alcoholic beverages by Japan; adjustment of the calculation of the Value Added Tax to lower the threshold for foreign bidding on government contracts in the European Community (...)” (Sevilla 1997: 6).

¹³ A era GATT, iniciada em 1947, começou com apenas 23 partes contratantes, entre as quais 13 poderiam ser classificadas como “em desenvolvimento”: Brasil, Burma, Chile, República Tcheca, Cuba, Índia, Líbano, Míamar, Paquistão, África do Sul, Sri Lanka, Síria e Zimbábue.

tendo o poder para tal, alie-se a outros e exerça pressão sobre os demais, estimulando alinhamento e formando alianças para punir transgressores, num jogo coercitivo (Martin 1992), que poderia transcender a arena comercial. Isso significa que, em termos de regime de comércio, não havia outra saída aos países a não ser seguir as regras negociadas, evitando o bloqueio do processo de solução de controvérsias no GATT, para garantir que nenhuma sanção comercial ou política lhes fosse imposta.

Além disso, o fato de haver um mecanismo de solução de controvérsias, por mais imperfeito que fosse, era um *plus* na discussão das regras do regime e em sua aplicação *ex post* (Sevilla 1997). Se o ímpeto multilateral era real, não havia por que, nesse caso, impedir esse “processo cognitivo”, forçando negociações diplomáticas bilaterais a cada contenda surgida entre dois países signatários do GATT.

2.1.2.

O novo sistema de solução de controvérsias : a Rodada Uruguai, a Seção 301 e a criação da OMC

O período entre 1986 e 1994 foi marcado, na história do regime multilateral de comércio, pelos trabalhos envolvendo a maior e mais complexa negociação já ocorrida na área desde a Segunda Guerra Mundial. A oitava e última rodada do GATT, conhecida como Rodada Uruguai (iniciada em Punta del Este, Uruguai) estendeu a competência do sistema de comércio para novos temas, como serviços e propriedade intelectual, marcou a criação da Organização Mundial do Comércio e também reparou falhas relativas ao mecanismo de resolução de disputas:

“[the WTO Agreement] overhauled the remarkable but flawed GATT system of dispute settlement procedures, and created the World Trade Organization (WTO), thus establishing (after 47 years of GATT ‘provisional application’) the first true world trade international organization which ‘completed’ the triad of organizations contemplated by the Bretton Woods Conference of 1944” (Jackson 2005: 2).

O Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC), adotado com a criação da Organização Mundial do Comércio, supera o GATT não apenas em número de páginas, mas também em clareza procedimental. Trata-se de um

Entre os anos 60 e 80, o número de países em desenvolvimento mais que dobrou, sendo que estes já eram maioria na Rodada Uruguai.

documento de trinta e cinco páginas, anexo ao Acordo de Marrakesh¹⁴, que estabelece os parâmetros e regras para a resolução de diferenças entre os membros da organização. Muitos dos artigos refletem a preocupação em preencher os vazios deixados pela linguagem vaga e imprecisa do GATT no tema, como, por exemplo, o Art.2/ESC, que instituiu o Órgão de Solução de Controvérsias, cujas competências são estabelecer painéis, adotar relatórios de painéis e do Órgão de Apelação (OAp), acompanhar a implementação das decisões e das recomendações e autorizar a suspensão de concessões e outras obrigações dentro dos acordos¹⁵.

Do ponto de vista estritamente liberal e multilateral, o novo empreendimento legal sobre solução de controvérsias foi um marco da institucionalização do regime. Ocorre, contudo, que o espírito multilateral da Rodada Uruguai não foi o único responsável pela adoção do ESC. Desde que o GATT fora criado havia movimentação no sentido de codificar a solução de contendas. O que ocasionou a mudança de comportamento dos governos, principalmente dos Estados Unidos, que teria ainda mais suas “mãos amarradas” por esse código? O estopim do processo foi a considerável intensificação da “Seção 301” da Lei de Comércio Americana (Bhagwati 1999; Hudec 2000), seção esta que permitia a imposição de sanções comerciais unilaterais contra os membros do GATT sempre que os EUA determinassem que estes estivessem em violação a suas obrigações nos termos do acordo ou que agissem em detrimento às práticas de comércio americano. Em 1988, o Congresso americano aprovou a Seção 301, ampliando-na para uma “Super 301” ainda mais severa, que contava ainda com uma “Seção Especial 301” para propriedade intelectual e uma outra para aplicável em casos de demandas para o setor de telecomunicações.

Os demais membros do GATT perceberam a nova legislação americana como “ameaça” e convocaram sessão especial do Conselho, demandando aos EUA que mudassem sua política. Em resposta, os Estados Unidos justificaram sua

¹⁴ O Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC, na sigla em português ou DSU, na sigla em inglês, abreviação de *Dispute Settlement Understanding*, nome curto para o original do documento, *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*) é o Anexo 2 do Acordo de Marrakesh, ou Acordo Estabelecendo a OMC (*WTO Agreement*), firmado ao final da Rodada Uruguai e ao qual estão ligados acordos complementares. O formato institucional da OMC e suas atribuições legais estão ali contidos. Ver http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm.

¹⁵ O Órgão de Solução de Controvérsias (OSC, na sigla em português ou DSB, do inglês *Dispute Settlement Body*) é formado por todos 150 membros da OMC e conta com um

recorrência à adoção de restrições unilaterais com base na morosidade e na debilidade do mecanismo de solução de controvérsias do GATT, que não oferecia, segundo o governo americano, proteção adequada aos interesses comerciais dos EUA. O país também enfatizou o “poder de veto” que impedia maior fluidez ao processo, uma vez que era necessário consenso em etapas-chave do processo – relatórios finais de determinado painel, por exemplo, somente poderiam ser adotados mediante aquiescência do próprio demandado. Os membros do GATT acataram as reclamações americanas e, por fim, chegou-se ao documento hoje conhecido como ESC.

Had the governments suddenly discovered that they were ready to comply with a more rigorous procedure? Hardly. The change of position was a choice between two evils – between an almost certain legal meltdown if the US were to carry out its new Section 301 instructions, and a very serious risk of legal failure, in the somewhat more distant future, if GATT adopted a dispute settlement procedure that was more demanding than governments were ready to obey. The fact that GATT governments chose the latter option does not mean that they were confident it would work. There is a general rule in diplomacy (and probably in all human affairs) that, when choosing between evils, the evil in the more distant future is to be preferred (Hudec 2000: 351).

Pelo menos quatro pontos podem ser ressaltados no ESC como índices de aperfeiçoamento em relação ao mecanismo anterior:

(1) *Independência* – não houve mudanças em relação à formação de painéis¹⁶, que continuam sendo compostos por especialistas (em geral três) para oferecer avaliação independente com base em critérios objetivos, mas foi criado o Órgão de Apelação (OAp) para revisar os relatórios produzidos pelos painéis em casos de apelação. Trata-se de um tribunal permanente, formado por sete membros, que se revezam, atuando três em cada caso¹⁷. A perenidade na

chairperson. As Comunidades Européias contam como um membro na organização e serão referidas neste trabalho como CE.

¹⁶ Para o procedimento de composição dos painéis, ver o Art.8/ESC. As deliberações dos painéis são confidenciais e as opiniões expressadas individualmente não são identificadas, o que garante o anonimato dos panelistas (ver Art.6 e 14/ESC). Membros de nacionalidade dos países litigantes também não devem servir na disputa, a menos que as partes tenham acordado o inverso. Os painéis devem conduzir sua investigação em seis meses (ver Art.12/ESC). Passados 60 dias desde que o relatório final do painel foi circulado entre os membros, ele deve ser adotado em reunião do OSC a não ser que uma das partes da disputa notifique formalmente o Órgão de sua decisão de recorrer ou que OSC resolva, por consenso, não adotar o relatório.

¹⁷ Além disso, os membros são apontados para mandatos de quatro anos e atuam em caráter independente (não podem estar ligados a governos). A apelação está limitada a questões e interpretações legais consideradas pelo painel, sendo que uma decisão do OAp pode manter, modificar ou reverter as resoluções do painel. Os trabalhos do OAp não devem exceder 60 dias e são confidenciais, formulados sem a presença das partes e também adotando o critério de anonimato, que impede a identificação de opiniões individuais nos documentos por ele produzidos

constituição do OAp confere caráter menos *ad hoc* ao processo, tornando-o mais coerente e consistente.

(2) *Automaticidade* – um dos maiores avanços ocasionado pela adoção do ESC foi a reversão do consenso em etapas-chave do processo. Conhecida como “consenso negativo”, a regra agora indica que no estabelecimento de um painel, na adoção do relatório produzido por ele ou do relatório final do Órgão de Apelação (OAp), o OSC precisa aprovar a decisão a menos que haja consenso contrário (Artigos 6.1/ESC, 16.4/ESC, 17.14/ESC e 22.6/ESC). Nessas instâncias, todos os membros devem concordar em não ir adiante ou não adotar as decisões do OAp para que ele não siga em frente. Com essa mudança, a dinâmica do processo de solução de controvérsias é tida como mais “automática” (Jackson 1997: 125) e menos dependente do poder dos países envolvidos que poderiam, anteriormente, bloquear etapas chave da disputa, como a criação de painel, a definição de seus membros, a adoção de seu relatório final e a autorização para retaliação e instâncias posteriores.

(3) *Unidade* – o ESC estabelece um sistema de solução de controvérsias com base em regras bem definidas (*rule-oriented*) e elaborado para conveniência de todas as partes, países desenvolvidos ou em desenvolvimento, e todas as matérias que a OMC abrange, incluindo as novas questões como serviços e propriedade intelectual¹⁸, com que os países tiveram de concordar pelo *single undertaking*. O Art.23/ESC estabelece o seguinte:

“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” (OMC 1995).

(Art.17/ESC). Se o OAp concluir que as medidas em questão no litígio violam regras da OMC, ele deve recomendar que o membro reclamado entre em conformidade com os acordos da instituição (Art.19/ESC). Os relatórios produzidos pelo OAp deverão ser adotados pelo OSC e aceitos incondicionalmente pelas partes na controvérsia, a menos que o OSC decida, por consenso, não adotar o relatório no prazo de 30 dias desde sua circulação entre os membros (Art.17.14/ESC). Atualmente, há um brasileiro no OAp, o jurista Luiz Olavo Baptista. Os outros seis membros são nacionais do Egito, Índia, EUA, Itália, Japão e África do Sul.

¹⁸ Embora o sistema de solução de controvérsias seja unificado e aplicável a todos os acordos da organização, regras especiais existentes em acordos particulares podem criar situações específicas. Como exemplo, há o padrão de revisão específico do Acordo Antidumping (Artigo 17 do AA). Em relação às reclamações, a possibilidade jurídica tem de estar formulada a partir de qualquer benefício decorrente do acordo estar sendo anulado ou prejudicado (*nullification*) ou do impedimento de se atingir os objetivos de um acordo (*impairment*), o que constitui herança do GATT.

Isso significa que, a partir da Rodada Uruguai, os membros concordaram que o sistema de solução de controvérsias da organização seria o recurso exclusivo a ser empregado em caso de disputa relativa aos textos da OMC.

(4) *Autoridade* – a expressão mais comum é que a OMC, em contraposição ao GATT, agora possui “dentes”, pois tem poder de impor as decisões dos painéis e de autorizar retaliação aos membros que mantenham medidas consideradas incompatíveis pelos painéis ou pelo OAp com seus acordos¹⁹. Isso não requer consenso, como ocorria no GATT, em que era preciso a unanimidade do Conselho para avançar no processo e, por isso, a adoção de relatório final de um painel, por exemplo, podia ser bloqueada pelo demandado.

Além dessas modificações, as reformas resultantes da Rodada Uruguai impactaram dois dos setores mais importantes para os países em desenvolvimento: o Acordo sobre Têxteis e Vestuário (ATV) veio a substituir o Acordo Multifibras²⁰, forçando o setor à disciplina da OMC, e o Acordo sobre Agricultura²¹ firmou o compromisso de redução de subsídios à exportação e

¹⁹ Os procedimentos para esse tipo de ação constam nos Artigos 21.5/ESC e no Art.22/ESC. De acordo com o primeiro, tem-se que “*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*”. O artigo seguinte prevê que “*if no satisfactory compensation has been agreed, (...) 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*”. A parte reclamante deve primeiro suspender concessões ou outras obrigações na mesma área em que o painel observou as violações e determinou a ocorrência de prejuízo por *nullification* ou *impairment*. Caso isso não seja possível, o demandante pode procurar retaliação em outro setor do mesmo acordo e, em último caso, em circunstâncias suficientemente graves, pode-se recorrer à suspensão de concessões em relação a outro acordo.

²⁰ O Acordo Multifibras (AMF) foi o arranjo central para o setor de têxteis entre 1974 e 1994 (fim da Rodada Uruguai). O acordo representava um *framework* para acordos bilaterais ou ações unilaterais estabelecendo cotas para limitar importações para países em cujas indústrias estivessem passando por prejuízos palpáveis dada elevação abrupta de importações no setor. Houve a substituição do MFA pelo Acordo sobre Têxteis e Vestimentas (ATV) em 1995 e desde janeiro de 2005 o setor foi plenamente integrado às regras da OMC e o ATV deixou de vigorar: as cotas foram extintas e a discriminação entre exportadores tornou-se proibida para um país importador - “*The Agreement on Textiles and Clothing no longer exists: it’s the only WTO agreement that had self-destruction built in*” (WTO 2006, informação retirada do sítio da organização, acessado no dia 12/03/2007, às 23h20: http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm5_e.htm)

²¹ O GATT também era aplicado à agricultura, mas havia lacunas e loopholes: permitia que países utilizassem medidas não-tarifárias, como cotas para importação, e subsídios. O Acordo sobre Agricultura é o primeiro acordo multilateral sobre o setor, que acaba de passar por período de implementação, com *deadlines* distintas para países desenvolvidos, em desenvolvimento e menos desenvolvidos. Foi no âmbito desse acordo que existiram provisões de paz, ou cláusula da paz, cujo objetivo era limitar a possibilidade de adjudicação sobre subsídios agrícolas até o fim de 2003, justamente para incentivar a implementação do próprio acordo, que deverá sofrer emendar nos próximos anos.

outras políticas utilizadas por países desenvolvidos bem como o de “tarifar” medidas não-tarifárias que restringia o comércio no setor (Bown 2003: 6). Ademais, duas novas áreas foram incorporadas ao guarda-chuva de acordos da OMC: serviços e propriedade intelectual (PI). O primeiro ainda está relacionado a princípios gerais que, com certeza, terão importância em negociações futuras, e o segundo teve impacto direto sobre produtos farmacêuticos, importados largamente por países em desenvolvimento (Bown 2006: 6 *apud* Hamilton & Whalley 1995). É importante assinalar, portanto, que a Rodada Uruguaí representou uma reformulação geral para o comércio internacional e que não foram apenas as regras relativas à solução de controvérsias que sofreram alterações. Se somente a existência de regras mais claras fosse o suficiente para fazer o mecanismo funcionar e incentivar os países a utilizá-lo, o sistema GATT não teria tido o sucesso que teve. No capítulo seguinte, veremos como as mudanças nesses dois setores darão ensejo a proposições acerca da utilização do mecanismo pelos países em desenvolvimento.

Hoje, uma típica disputa segue, grosso modo, o seguinte procedimento:

- (1) *Consultas* – representa incentivo ao *early settlement*, em que as partes se encontram para negociar, com o objetivo de chegar a uma solução satisfatória para ambas sem litigar. O reclamante envia pedido de consulta ao reclamado, notificando também o OSC sobre sua ação. A solicitação deve identificar a medida em questão e a base legal de motivação do pedido (um ou mais acordos da OMC). Outros membros podem manifestar interesse em participar das consultas entre reclamante e reclamado, mas deverá obter autorização do demandado para tal. Caso não a obtenha, não há nada que force a participação de terceiros.
- (2) *Painel* – caso a fase de consultas não tenha gerado os resultados esperados, a parte reclamante tem o direito de solicitar o estabelecimento de painel para adjudicar a disputa. O pedido²² é

²² No Apêndice 3 do ESC, consta tabela referente aos prazos para o procedimento de painel:

feito ao OSC e deve indicar a medida objeto do litígio e a base legal para a queixa (um ou mais acordos da OMC que estejam sendo descumpridos). Na primeira reunião do OSC em que o pedido é feito, existe a possibilidade de não se estabelecer o painel por uma questão de agenda. Na segunda, no entanto, o painel é instaurado a menos que o OSC decida, por consenso (Art.6.1/ESC), o contrário. Os termos de referência do painel estão descritos no ESC (Art.7). Demandante e demandado são as duas partes da disputa, mas o ESC garante a outros membros a possibilidade de participar do painel, ocupando o lugar de “terceiras partes”. Os “terceiros” podem submeter documentos ao painel, mesmo que não tenham participado da fase inicial de consultas e têm de comprovar que possuem interesse especial na matéria em litígio (Art. 10.2/ESC). Os documentos submetidos por reclamantes e reclamados são confidenciais, mas o relatórios do painel são públicos, circulados aos membros e resumem os pontos levantados e argumentos das partes. As partes podem tornar públicas os argumentos por elas submetidos se assim o quiserem (Art.18.2/ESC). Em casos de uma mesma questão ser levada a painel por vários reclamantes, estabelece-se painel único e os documentos e argumentos submetidos por um reclamante são

1.	Receipt of the first written submissions of the parties: <input type="checkbox"/> (a) Complaining party: <input type="checkbox"/> (b) Party complained against:	3-6 weeks 2-3 weeks
2.	First substantive meeting with the parties; third party session:	1-2 weeks
3.	Receipt of written rebuttals of the parties:	2-3 weeks
4.	Second substantive meeting with the parties:	1-2 weeks
5.	Issuance of descriptive part of the report to the parties:	2-4 weeks
6.	Receipt of comments by the parties on the descriptive part of the report:	2 weeks
7.	Issuance of the interim report, including the findings and conclusions, to the parties:	2-4 weeks
8.	Deadline for party to request review of part(s) of report:	1 week
9.	Period of review by panel, including possible additional meeting with parties:	2 weeks
10.	Issuance of final report to parties to dispute:	2 weeks
11.	Circulation of the final report to the Members:	3 weeks

revelados aos demais demandantes também (Art.9.2/ESC). As constatações do painel são detalhadas, indicando posicionamento claro sobre violação ou não e interpretação das regras. Ou seja, “perguntada, a OMC tem de oferecer uma resposta” (Marceau 2006).

A decisão final de um painel deve sair em até seis meses após sua data de composição (ver Nota 17). Na prática, o procedimento do painel como um todo demora, em média, um ano até ser completado. O painel pode ser suspenso por até um ano, a pedido do reclamante, o que, normalmente ocorre com o objetivo de se conseguir uma solução mutuamente acordada (SMA, Art.3.7/ESC). O relatório final do painel, com suas decisões e recomendações, só passa a ter caráter obrigatório após ser adotado pelo OSC, o que é feito até 60 dias após a circulação do relatórios aos membros, a menos que uma das partes notifique ao OSC o desejo de recorrer da decisão ou que haja consenso negativo (contra a adoção). Em caso de apelação, o relatório não é adotado porque ainda pode ser modificado. Se nenhum dos dois ocorrer, a disputa procede à fase de implementação após a adoção do relatório do painel pelo OSC.

- (3) *Apelação* – o OAp tem competência para reexaminar a matéria, somente no que diz respeito a questões de direito – temas legais tratados no relatório do painel e interpretações dos tratados desenvolvidas pelo painel. O OAp não se ocupa de rever questões de fato ou de provas (Art. 17.6/ESC). O Art. 17.4/ESC deixa claro que apenas as partes de uma disputa tem o direito de recorrer das decisões. Terceiras partes não têm esse direito. O recurso das partes pode ser integral ou parcialmente admitido, com modificações para a decisão do painel; ou rejeitado, caso em que as resoluções do painel são mantidas. A decisão final do OAp possui eficácia automática e somente não será adotada pelo OSC se rejeitada por todos os membros (Art.17.14/ESC). Caso chegue ao OAp, um mínimo de 3 meses será acrescido à duração do

processo litigioso, ou seja, este levará, no mínimo, um ano e meio até ser resolvido.

- (4) *Implementação* – Se o painel ou o OAp concluírem que uma medida viola acordo(s) da OMC, eles devem recomendar ao demandado a alteração da medida a fim de entrar em conformidade com o(s) acordo(s) em questão. Eles podem fazer sugestões quanto aos meios de implementação. Dentro de 30 dias após a adoção dos relatórios pelo OSC, o demandado deve notificar o órgão sobre sua intenção de implementar as recomendações feitas e decisões tomadas (Art.21/ESC). Se não houver acordo sobre a implementação das medidas, pode-se recorrer a um painel de revisão (“[...] *including wherever possible resort to the original panel*”²³). O OSC deve manter sob monitoramento a adoção das medidas recomendadas e exige a apresentação de relatório sobre o progresso do demandado na questão.
- (5) *Compensação ou Retaliação* - caso a implementação não ocorra no tempo estabelecido, compensação e suspensão de concessões ou outras obrigações tornam-se medidas disponíveis (Art.22/ESC). A suspensão de concessões deve ocorrer somente em último caso e, preferencialmente, no mesmo setor afetado pela medida inconsistente. O nível de suspensão deve ser equivalente ao de anulação ou limitação de direitos produzidos enquanto a medida esteve em vigor (Art. 22.3/ESC). Embora as medidas de compensação e retaliação sejam mecanismos de *enforcement*, o modelo da OMC é similar a outros no sistema internacional – “*there is no scope to bring ex officio complaints and compliance ultimately rests on the persuasive force of multilaterally authorized bilateral countermeasures*” (Hoekman & Mavroidis 2000: 2).

O gráfico abaixo resume, de forma detalhada, as etapas-chave no procedimento de solução de controvérsias, com respectivas durações de cada um

²³ Art. 21.5/ESC.

dos estágios. Vale a pena ressaltar que o processo de escalada de litígio inicia-se com um incentivo para que a questão seja resolvida diplomaticamente por meio de consultas à parte demandada. Durante todo o processo, ainda, é possível que as partes optem por resolver sua contenda de modo mais diplomático, por meio de uma Solução Mutuamente Acordada ou por meio de conciliação, bons ofícios ou mediação. Essas últimas três práticas, contudo, ainda são inéditas na OMC, sendo a primeira mais utilizada.

Sem resultados que satisfaçam a ambas as partes, o processo segue seu curso, podendo chegar a painel. Uma vez divulgado, o resultado do painel ainda pode ser apelado. Há espaço para mais um painel no mesmo caso: o painel de revisão, cuja função é avaliar procedimentos de implementação do reclamado tendo em vista as decisões e recomendações do painel. A retaliação só deve ocorrer em última instância e o país demandantes terá de solicitar autorização para “suspender concessões” (Art. 22/ESC).

QuickTime™ and a
TIFF (Uncompressed) decompressor
are needed to see this picture.

Gráfico 1 – Etapas do processo de solução de controvérsias²⁴

O ESC prevê como obrigatórias as instâncias de consulta e decisão dos painéis, mas pode haver bons-ofícios, conciliação ou mediação (Art.5/ESC) ou arbitragem (Art.25/ESC.). Durante todo o processo, também é possível que, em qualquer etapa, as partes cheguem a uma solução mutuamente acordada (SMA, Art. 3.6/ESC)²⁵.

²⁴ Fonte: OMC (http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c6s1p1_e.htm)

²⁵ “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”.

2.1.3. Unidade de análise : a disputa

Uma disputa é identificada no “sistema OMC” pela sigla “WT/DS” ou, simplesmente “DS”, do inglês *Dispute Settlement*. Cada disputa vem acompanhada por número identificador, que se refere à ordem cronológica de apresentação dos casos. Desse modo, o DS1 foi o primeiro caso de solução de controvérsias pelo novo sistema, levado ao OSC em 10 de janeiro de 1995, e o DS359, o último, constando pedido de consultas em 26 de fevereiro de 2007. Neste trabalho, cada disputa será contada individualmente, obedecendo o pedido inicial de consultas feito por um ou mais países em cada caso. Desse modo, o DS2 e o DS4, embora relativos ao mesmo assunto (importação de gasolina), para o qual foi estabelecido painel único para avaliar as reclamações, serão contados como dois casos e não como um só, pois o pedido de estabelecimento de cada um foi feito separadamente junto ao OSC pela Venezuela e Brasil, respectivamente, contra os Estados Unidos. O DS27 também figura como um só caso, pois a reclamação (sobre regime de importação de bananas) foi feita por 5 países em conjunto: Equador, Guatemala, Honduras, México e Estados Unidos contra as Comunidades Européias, o que supõe algum nível de colaboração entre as partes reclamantes nas etapas do processo. Casos coletivos como o DS27 serão chamados de “mistos” na categorização utilizada para análise de padrões de resolução.

Além disso, há de se ressaltar que serão consideradas neste trabalho apenas as disputas que passaram pelo mecanismo de solução de controvérsias. Há disputas que não chegam ao mecanismo e, num cenário ideal, o pesquisador teria acesso a todas elas. Isso nos ajudaria a compreender, por exemplo, o que leva alguns casos a serem oficializados como litígio junto à OMC, em contraposição a não-casos (Busch & Reinhardt 2002: 6), que jamais chegam à organização. Por que determinadas disputas são resolvidas à sombra do mecanismo é uma questão em aberto: seria pelo fato de o reclamante preferir uma atitude *low-profile* em vista de práticas alheias que, na verdade, ele também utiliza (Busch & Reinhardt 2002; Petersmann 1994)? Ou, ainda, seria a cooperação mútua “à sombra da lei” um melhor cenário para negociação, produzindo resultados melhores do que no caso de uma resolução em “grande estilo”, via judicial (Mnookin 1998; Steinberg

2002)²⁶? Uma outra hipótese a ser levantada estaria relacionada à coerção bilateral: o fato de um país ter poder de impor barreiras não-tarifárias ou sanções ilegais sobre outro impediria que um membro recorresse à OMC contra outro mais poderoso, já prevendo coibição? As respostas nos escapam porque, infelizmente, não temos acesso a esses “não-casos”.

Cabe registrar, entretanto, o estudo de dois autores, Helmedach & Zangl (2004), que conseguiram encontrar meio criativo para trabalhar com os casos não-oficiais: pesquisa em periódicos. Com o objetivo de averiguar se a judicialização na OMC corresponde a uma transformação no modo de lidar com disputas comerciais, os autores buscaram trabalhar com questões comerciais que vieram a público não apenas via GATT ou OMC, mas também por meio de jornais. Para tornar a pesquisa possível, Helmedach & Zangl limitaram-se a dois setores (têxtil e agrícola), comparando as disputas comerciais enunciadas em três diários de renome – *Financial Times*, *New York Times* e *The Wall Street Journal* – entre os períodos de 1980-1985 e 1995-2000. Os resultados obtidos indicam que no “período-OMC”, entre 1995-2000, 78% das disputas (38 entre 49 identificadas) foram levadas ao mecanismo, o que representa um aumento em relação ao “período-GATT”, em que apenas 50% das disputas identificadas terminavam por evocar os meios de solução de controvérsias do mecanismo. Os autores não deixam de fazer auto-crítica por escolherem jornais apenas dos Estados Unidos e do Reino Unido e do fato de várias das disputas só chegarem aos jornais quando já se encontram no mecanismo oficial. Infelizmente, o trabalho também não contém divisões por reclamados e reclamante ou sobre conflitos entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

A pesquisa de Helmedach & Zangl, embora promissora, não pode nos fazer diminuir a importância das disputas que de fato passam pelo mecanismo de solução de controvérsias da OMC. É essa a questão central de Christina Sevilla

²⁶ Acordos feitos fora das cortes são tidos como alternativas mais baratas e mais rápidas ao processo normal: “*Alternative dispute resolution (ADR) refers to a set of practices and techniques aimed at permitting the resolution of legal disputes outside courts. It is normally thought to encompass mediation, arbitration, and a variety of ‘hybrid’ processes by which a neutral facilitates the resolution of legal disputes without formal adjudication. These alternatives to adjudication are advocated on a variety of grounds. Potential benefits are said to include the reduction of transaction costs of dispute resolution because ADR processes may be cheaper and faster than ordinary judicial proceedings; the creation of resolutions that are better suited to the parties’ underlying interests and needs; and improved ex post compliance with the terms of the resolution*” (Mnookin 1998: 1).

(1997), cujos *insights* recaem sobre as motivações que levam um país a optar pela adjudicação oficial. Sevilla trabalha com o conceito de “seletividade” sobre os casos que chegam ao OSC, resultado de deliberação e ações empreendidas por governos e setores privados: *“the selection of complaints for litigation out of a universe of possible complaints is subject to a complex political process of demand by private producers and supply by governments”* (Sevilla 1997: 3). A “seletividade”, para Sevilla, está ligada ao jogo de dois níveis relacionado à política comercial, em que produtores domésticos têm muito mais influência local do que internacionalmente. Em seu estudo, uma das hipóteses é de que setores privados que venham a enfrentar problemas com importação tenderão a resolvê-los no plano doméstico. No entanto, quando práticas forâneas impedem a exportação de produtos locais, as empresas não têm tantas opções além de apelar a governos para tomar atitude junto aos demais governos: *“I hypothesize that private complaints brought to the attention of governments will target those areas where the greatest amount of trade is at stake”* (Sevilla 1997:19). Tendo em vista os altos custos do litígio, “grandes perdas” potenciais talvez induzam os governos a “comprarem grandes brigas”. A seletividade será atestada pela pesquisa empírica realizada sobre esses dez anos de prática do mecanismo. Vemos que as disputas, especialmente as que vão a panela, tendem a se concentrar nas áreas em que países apresentam vantagem comparativa, com grandes empresas atuantes.

Essa idéia é complementada pela observação da autora de que a probabilidade de se verificar reclamações é maior para países maiores, com grandes participações no mercado mundial, do que para países menores, que importam e exportam menos e têm mercado doméstico diminuto. Os dados do presente trabalho demonstram que, embora se verifique que a maior parte das reclamações é feita por e contra membros do QUAD (Canadá, Japão, EUA e CE), também são relativamente frequentes as reclamações de países menores. O motivo parece simples: esses países dependem mais dos mercados mundiais do que os demais, como é o caso do Equador, Antígua e Barbuda, Honduras, Costa Rica, Peru, Nicarágua e Guatemala.

Por fim, resta uma última observação sobre as disputas: houve zelo em acompanhar a escalada de litígio, atentando para todas as nuances do processo. Assim, se não há como tomar conhecimento das nuances exteriores ao mecanismo, há, pelo menos, meio de ressaltar aquelas que lhes são inerentes. A

parte empírica, portanto, foi feita com o cuidado de revelar todo o processo de escalada de cada uma das contendas. Desse modo, espera-se compensar com acuidade o que os dados disponíveis podem-nos oferecer. A sugestão de Busch & Reinhardt foi acatada para o presente estudo: *“those seeking to understand the political economy of dispute resolution under GATT/WTO follow Hudec in examining all cases, paneled or not, from the earliest point at which they come to the organization’s attention”* (Busch & Reinhardt 2002: 7).

Há de se notar que esse tipo de pesquisa ainda não é comumente feito. Vários autores trabalham apenas com relatórios de painéis adotados ou com decisões do OAp, sem se importar com os outros instrumentos presentes no mecanismo. Outros não oferecem noção clara sobre conceitos que podem ser interpretados de maneiras variadas quando lidamos com um mecanismo institucional tão pleno de nuances como este. É o caso do conceito de *“early settlement”* de Busch & Reinhardt (2003).

Para os autores, esse tipo de solução é preferível a um litígio completo, pois evita-se o uso das mais elaboradas instâncias no processo de escalada da adjudicação, que implica altos custos, principalmente para países em desenvolvimento, que já precisam lidar com a escassez de recursos econômicos e de *expertise*. Mas em que consiste o *“early settlement”*? Apresentando o argumento dos autores, tentamos extrair da passagem abaixo a definição de *“solução antecipada”* ou *“acordo antecipado”*:

“‘early settlement’ offers the greatest likelihood of securing full concessions from a defendant at the GATT/WTO, a pattern that has been less evident in cases involving developing countries. In general, defendants tend to offer the greatest concessions in the consultation stage, or at the Panel stage but before a ruling. These negotiations in the ‘shadow of the law’, as opposed to even pro-plaintiff rulings at the Panel or Appellate Body (AB) stage, account for most of the concessions that resolve cases, and most of the fullest concessions, in particular” (Busch & Reinhardt 2003: 720).

Na análise dos autores, no entanto, encontra-se ausente taxonomia dos casos, mesmo nas fases iniciais. Por exemplo, a que momento especificamente da disputa ocorre a solução antecipada? Seria só na fase de consultas? Se um país, após a fase de consultas, requer o estabelecimento de painel e, logo após seu estabelecimento, as partes chegam a uma solução mutuamente acordada, isso configura solução antecipada? O fato de o reclamante requerer o estabelecimento

de painel e obtê-lo não configura solução rápida porque já se recorreu a instância avançada no processo de resolução.

No caso do presente trabalho, foi considerado que a solução rápida ocorre em três casos: (1) quando se chega a acordo na fase de consultas; (2) quando as partes chegam a Solução Mutuamente Acordada (SMA) antes de painel ter sido estabelecido ou qualquer outra instância ter sido acionada; (3) quando o caso é classificado como OSIC (*other settled or inactive case*), sem ter havido painel, mas com registro, nos termos do Art. 3.6/ESC, de acordo²⁷.

Ademais, o argumento de Busch & Reinhardt é de que países tendem a ganhar mais concessões numa fase preliminar, antes que a escalada da disputa se complete e alcance a fase de publicação do relatório do painel ou do OAp. A afirmação dos autores acerca da possibilidade de maiores concessões recorrendo-se à solução por via antecipada, em princípio, não é tão simples, pois a negociação apenas diplomática, mesmo prevista pelo ESC, não segue regras tão definidas, sendo muito geral sobre a que tipo de acordo deve se chegar: “*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*” (WTO 1995). O Artigo 3.6/ESC, portanto, apenas informa que o acordo deve ser notificado ao OSC, mas não traz menção nenhuma sobre forma. A aceitação do argumento torna-se ainda mais problemática pelo fato de os autores não trabalharem com “não-casos” como Helmedach & Zangl. A lógica dos autores é apenas emprestada de modelos legais, agora aplicada à solução de controvérsias, em que se assinala as maiores barganhas antes que os casos sejam levados à corte:

“how the prospects for early settlement change as the cost (in terms of expense and complexity) of litigation increase, relative to the political rewards of inducing liberalization by the defendant? The basic idea is that the defendant with a weak case becomes more entrenched, gambling that the extra burdens of pursuing the case will deter further action by the complainant. In addition, the added complexity of litigation may decrease the complainant’s likelihood of victory in any resulting ruling, holding objective facts of the case constant” (Busch & Reinhardt 2003: 722).

²⁷ “*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*” (OMC 1995).

O argumento dos autores só faz sentido se entendermos que (1) há a possibilidade real de perda mesmo após levar o caso às últimas conseqüências – nesse caso, os custos do processo seriam altíssimos; (2) que a liberalização não está de fato garantida – ainda que o reclamante ganhe a disputa, é possível que haja um cenário do tipo “ganha, mas não leva” e que a liberalização não seja efetuada. A possibilidade existe, mas, se fosse regra, seria o caso de pôr em xeque a própria existência do OSC e do regime de comércio internacional: por que estabelecer elaborado mecanismo para dirimir controvérsias ou até mesmo um conjunto de práticas, normas e regras que coordenem as trocas mundiais se, ao final, nada impede que países disponham de modo discricionário sobre imposição de barreiras à liberalização comercial? Não é, contudo, o que se verifica. Muito embora os países disponham de soberania para decidir sobre suas regras comerciais, o regime de comércio internacional é dos mais bem sucedidos no sistema internacional, pois é efetivo e eficiente (Hasenclever et al. 1998), ainda que suas regras sejam flexíveis o suficiente, com espaço para “*escape clauses*” (Milner & Rosendorff 2003). O mecanismo de solução de controvérsias é parte integrante do regime sendo, ao mesmo tempo, causa e efeito – Estados escolhem e moldam instituições porque têm de lidar com questões que podem ser melhor resolvidas por via institucional: “*institutions are both the objects of state choice and consequential [...]. Once constructed, [they] will constrain and shape behavior, even as they are constantly challenged and reformed by their member states*” (Martin & Simmons 1998: 743).

Além disso, os autores afirmam que o incentivo que o ESC trouxe aos países em desenvolvimento não os ajudam a seguir caminho menos dispendioso, ou seja, de solução rápida, dadas as facilidades à disposição destes para que litigassem e para que paguem pelos custos do processo: “*the tight enforcement of newly standardized terms of reference, legal disincentives for disclosure, and the rules on standing all serve to place the onus on disputants and third parties to legally mobilize as soon as possible*” (Busch & Reinhardt 2003: 3). Com base em pesquisa empírica, que analisou 380 casos concluídos de janeiro de 1980 a dezembro de 2000, portanto de posse de dados relativos tanto do GATT quanto dos primeiros cinco anos da OMC, os autores chegam à conclusão de que os países em desenvolvimento não conseguiram assegurar mais concessões sob a OMC do que sob o GATT, justamente pelo fato de não serem capazes de investir

na solução antecipada, que requer coleta de dados e capacidade legal para que seja concluída. Portanto, o que os torna distantes dos países desenvolvidos é falta de *expertise* e não somente “*lack of market power with which to threaten retaliation*” (Busch & Reinhardt 2003: 2). A solução, para os autores, seria fornecer mais assistência aos países em desenvolvimento antes da escalada do processo.

Refletindo sobre o trabalho de Busch & Reinhardt (2003), perguntamo-nos: como incluir nos dados as disputas que não produziram documentos significantes? Por que elas devem ser deixadas de fora? Mais uma vez, esse parece ser um resquício dos estudos de direito sobre a análise da economia política do OSC, pois não necessariamente aquilo que não produz relatório deve ser desconsiderado.

Por fim, o que se torna aparente, quando lidamos com os dados empíricos, é que os países em desenvolvimento nem sempre ganham mais na fase de consulta, dependendo do que está em jogo. Parece haver uma espécie de especialização em termos de solução de controvérsias de modo que levar o litígio até o final passa a valer a pena quando há uma “boa briga”. Por ora, fica registrada a discussão com esses autores, que será retomada mais adiante.

2.2.

A importância do OSC para o sistema multilateral de comércio

A complexidade do regime multilateral de comércio e os benefícios resultantes da liberalização comercial são parte central na discussão de política comercial de qualquer país e, comumente, geram confrontos distributivos entre os membros da organização: “*The WTO dispute settlement system acts as a public good if it improves property rights – in this context market access rights – and thus each member country’s ownership stake in the system*” (Bown & Hoekman 2005). O Órgão de Solução de Controvérsias possui papel de extrema relevância nesse regime, pois zela pela interpretação e pela aplicação das regras liberalizantes quando não observadas pelos membros²⁸. Isso significa que a

²⁸ Dentre as inúmeras regras liberalizantes da OMC, duas devem ser ressaltadas pela importância e pela orientação geral que difundem: a Nação Mais Favorecida (NMF) e o Tratamento Nacional. Pela primeira, tem-se que uma vantagem concedida a um país estende-se aos demais membros da organização. Desse modo, uma concessão tarifária de 5% feita ao produto de um parceiro comercial deve ser estendida ao mesmo produto originário de qualquer país-membro da OMC). A segunda assegura que concessões liberalizantes não serão distorcidas por imposição de impostos ou taxas domésticas, sendo garantido aos produtos importados o mesmo tratamento

liberalização do comércio e os benefícios dela advindos estão diretamente ligados ao funcionamento do mecanismo de solução de controvérsias – se este não estiver operando de modo razoável, todo o sistema pode ser afetado. As implicações são significativas tanto no âmbito doméstico quanto externo.

Internamente, uma queixa pode resultar em amplos benefícios para determinado setor da economia de um Estado-membro, aumentando seu volume de exportação, por exemplo. No nível multilateral, as queixas tornam-se advertências contra infrações e indicam “a identidade do transgressor e a natureza da transgressão”. Desse modo, funcionam como índices de cumprimento das regras de um acordo. Além disso, as disputas apresentam função relacionada ao *enforcement* do sistema multilateral de comércio, provendo estímulo para os que não estejam em conformidade com as regras da OMC passem a agir de modo consistente com o que a organização prescreve. Sevilla (1997) vai ainda mais longe em relação ao último ponto:

“[w]ho raises complaints against whom and which complaints are selected for litigation out of a potential universe of complaints has great significance for the operation of an agreement ex post. Because the primary objective of dispute settlement is to resolve trade issues which arise in the bilateral relations between states subject to the GATT/WTO code, and the WTO secretariat itself has no standing to bring proceedings against countries which infringe the rules, GATT/WTO rules and norms are only consequentially enforced as a result of formal complaints. The practical implication of this observation is that international trade rules are selectively enforced according to the interests of the countries initiating complaints” (Sevilla 1997: 7).

A participação ativa no sistema de solução de controvérsias também pode apresentar externalidades positivas se o litígio entre partes em determinada matéria contribuir para esclarecer regras e princípios que são parte do sistema OMC ou que resultem em alguma ação que afete o acesso a mercado de outros membros da organização.

2.3.

Tratamento diferenciado : países em desenvolvimento e o ESC

Referimo-nos, comumente, ao sistema internacional como um ambiente anárquico (Bull 1995; Waltz 1979; Wendt 1992), em que não há uma autoridade centralizadora e supranacional capaz de punir transgressores de acordos e regras

jurídico concedido aos nacionais: “[t]he requirement [is] that foreign products be treated no less favourably than competing domestically produced products” (Hoekman 2002: 42).

internacionais. Na ausência dela, o sistema depende dos incentivos de seus próprios membros para fazer uso dele – “*what matters then from a systemic perspective is whether all players have the same capacity to make good use of the system*” (Hoekman & Mavroidis 2000: 3). Em relação à OMC, devemos pensar em termos das assimetrias entre os membros da organização e analisar se as mudanças operadas pela adoção do Entendimento de Solução de Controvérsias ajudam países de menos recursos a zelar pelos possíveis benefícios gerados a partir da observação das regras contidas nos textos da organização.

No GATT, os recursos para solucionar disputas foram raramente utilizados por países em desenvolvimento. Para corrigir isso, várias das reformas feitas no mecanismo a partir da Rodada Uruguai foram apontadas como melhorias para incentivar o uso desse recurso por países em desenvolvimento, como a existência de regras estáveis para balizar o processo, a abolição do veto em etapas-chave da solução e a existência de provisões especiais, segundo as quais em qualquer disputa envolvendo país em desenvolvimento, dever-se-ia dar a este país “atenção especial” na fase de consultas (Art. 4.10/ESC), o painel indicaria como essas provisões foram levadas em consideração (Art. 12.10/ESC), em caso de disputa com país menos desenvolvido, a parte reclamante deveria exercer “*due restraint in asking for compensation*” (Art. 24.1) e o Secretariado deveria tornar disponível um quadro capacitado para prover cooperação técnica aos em desenvolvimento. Esse quadro de incentivo e de maior “legalização” do processo resultaram em um sistema que encoraja maior participação dos países em desenvolvimento, mas caberia a pergunta se as regras e não o poder exerceriam papel dominante nas disputas do mecanismo, principalmente aquelas envolvendo países em desenvolvimento.

As evidências sobre o uso de solução de controvérsias por parte desses países é hoje alvo de muita discussão. Para Busch & Reinhardt, as mudanças não constituíram ajuda: “[...] For poorer countries, such a move simply substitutes (or compounds) the traditional source of weakness – namely, the lack of market size and this retaliatory power – with a new one: legal capacity (...)” (2003: 4). Para outros autores, as mudanças podem sim trazer frutos para os países em desenvolvimento (Bown 2003). Essa discussão será aprofundada no capítulo seguinte.

O Entendimento sobre Solução de Controvérsias oferece provisões favorecendo países em desenvolvimento, que vão desde prazos mais extensos a provisão de suporte técnico necessário, mas estas raramente são utilizadas (Art. 21.7; Art. 24; Art. 27.2/ ESC), o que ocorre, majoritariamente, por falta de recursos e *expertise*²⁹. Outros artigos que levam em consideração a diferença entre países desenvolvidos e em desenvolvimento são considerados vagos e retóricos (Art. 8.10; Art. 12.10 e Art. 21.8³⁰).

O mecanismo de solução de controvérsias é hoje alvo de atenção da mídia, de governos, de Organizações Não-Governamentais e da sociedade civil como um todo. As implicações de sua existência e das ações por ele produzidas ainda está sendo medida neste curto período de 10 anos desde seu estabelecimento. Por ora, é importante frisar que em apenas uma década, 336 casos passaram pelo OSC, número próximo à soma de disputas que passaram pelo GATT em cerca de quatro décadas (ver Nota 12).

²⁹ Art. 21.7 do ESC : “*if the matter is one which has been raised by a developing country Member, the DSB shall consider what further action might take which would be appropriate to the circumstances*”. Art. 24: “*At all stages of the determination of a dispute and of a dispute settlement procedures involving a least-developed country Member, particular consideration shall be given to the special situation of least-developed country Members [...]*”. Art. 27.2: “[T]he Secretariat shall make available a qualified legal expert from the WTO technical cooperation services to any developing country Member which so requests [...]”.

³⁰ O primeiro artigo refere-se à composição de painéis : “*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*” (Art. 8.10/ESC); o Art. 12.10/ESC afirma que os prazos para consultas serão maiores quanto um país em desenvolvimento for parte na disputa e o Art. 21.8/ESC assevera que, em caso de retaliação, “*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*”.