

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL II

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

VALTER MOURA DO CARMO

CARLA NOURA TEIXEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito internacional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carla Noura Teixeira; Florisbal de Souza Del Olmo; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-330-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Internacional. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL II

Apresentação

Texto de Apresentação – GT Direito Internacional II

O Direito Internacional na contemporaneidade tem oferecido reflexões para além da arena tradicional das relações interestatais, apresentando relações jurídicas, por vezes privadas com interesse público ou públicas com a presença de novos sujeitos internacionais como as organizações não governamentais e o indivíduo. A observância de tal cenário rompe qualquer alocação primeira nas áreas de Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado ou Direito Internacional do Comércio, e exsurge em temas voltados a Teoria do Direito Internacional, as fontes jurídicas, aos princípios regentes, bem como a ética aplicada as relações internacionais, bem como o papel das Organizações Internacionais no século XXI e a sistemática de funcionamento e enfrentamento em face os desafios globais permeados pela Tecnologia, a mudança das relações de trabalho e a globalização, sem olvidar a situação da pandemia pelo coronavírus COVID-19.

Durante o III Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado virtualmente em junho de 2021, foi realizado o Grupo de Trabalho (GT) Direito Internacional II. A presente publicação é fruto de parte dos artigos apresentados, já que alguns foram encaminhados aos periódicos do Index Law Journals. Eis o trabalhos apresentados:

Lucas David Campos De Siqueira Camargo, Miguel Mendes Filho e Paulo Marcio Reis Santos apresentam o artigo intitulado “O PADRÃO ÉTICO COMO REQUISITO DE CONFORMIDADE NOS CONTRATOS DE NA COMPRA E VENDA INTERNACIONAL”, versando sobre a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, questionando se configuram um rol exemplificativo ou taxativo, indicando a observância de padrões éticos para se aferir a conformidade.

Na sequência tem-se o artigo “VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS ATRAVÉS DE EMPRESAS DE TELEFONIA E A LGPD: ANÁLISE COMPARADA ENTRE AS INICIATIVAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRA, EUROPEIA E NORTE-AMERICANA”, de autoria de Mariana Webá Lobato Vaz, Kelton Felipe Carvalho de Santana e Florisbal de Souza Del Olmo que aborda uma comparação entre as agências

reguladoras de proteção de dados pessoais do Brasil, União Europeia e Estados Unidos da América. Busca-se evidenciar através das legislações de cada um desses entes governamentais o tratamento que seria realizado com as empresas de telefonia caso ocorresse um incidente de segurança. O artigo “WIKILEAKS: A AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DOS CONTEÚDOS PUBLICADOS NA INTERNET” de autoria de João Pedro Carvalho de Barros apresenta a discussão sobre a responsabilidade por publicações on-line, mais precisamente com relação ao Wikileaks e a falta de regulamentação Internacional a respeito da divulgação dessas informações, para ao final propor a necessidade de regulamentação Internacional, pela alternativa de um Tratado.

O artigo “LIMITES PARA A LIBERDADE DE REUNIÃO E A AUTONOMIA PRIVADA: FUNDAMENTOS EM CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS” de Mario Jorge Philocreon De Castro Lima e Keyla Cristina Farias Dos Santos traz o contexto da pandemia pelo COVID-19 para observar a aplicação de medidas restritivas que afetam liberdades individuais, oferecendo soluções compatíveis encontradas nas convenções internacionais de direitos humanos, pela utilização de cláusulas de exceção, pela demanda de deveres fundamentais, ou pela promoção de soluções jurídicas de proporcionalidade entre normas internacionais de mesmo valor. No âmbito de cooperação internacional tem-se o artigo “O APOSTILAMENTO DE HAIA COMO FONTE DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL” de Beatriz Peixoto Nóbrega e Ivanka Franci Delgado Nobre em que buscam demonstrar como os atos e informações expedidos pelos notários brasileiros podem ser utilizados como mecanismos de cooperação jurídica internacional.

Na linha de artigos acerca da homologação de sentença estrangeira o artigo “EM MATÉRIA TRABALHISTA, A COMPETÊNCIA PARA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA DEVERIA SER DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO?” de autoria de Tiago Batista dos Santos, Ricardo Galvão de Sousa Lins e Yara Maria Pereira Gurgel busca investigar se a competência para homologação de sentença estrangeira em matéria trabalhista deveria ser do TST. E o “(IR)RESPONSABILIDADE CORPORATIVA E A COGNIÇÃO (I)LIMITADA NA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS: UM ESTUDO DA SEC Nº 8.542 (CASO CHEVRON-TEXACO – AMAZON CHERNOBYL)” de Renan de Marco D'Andréa Maia e Cynthia Soares Carneiro verifica, a partir da análise da SEC nº 8.542 (Caso Chevron-Texaco), o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a extensão do juízo de delibação na homologação de sentenças estrangeiras.

Apresentando as Organizações Internacionais o artigo “MODERNIZAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC): PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES

NO FUNCIONAMENTO DO “DISPUTE SETTLEMENT BODY – DSB”” de autoria de Matheus Fernandino Bonaccorsi descreve a necessidade de modernização do Dispute Settlement Body no âmbito da Organização Mundial do Comércio a partir das propostas da União Européia. Por seu turno, o artigo “OPINIÃO CONSULTIVA 26/2020 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: SUBSISTEM OBRIGAÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS AO ESTADO-MEMBRO DA OEA QUE DENUNCIA A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS?” de Eneida Orbage De Britto Taquary e Catharina Orbage De Britto Taquary Berino refere-se as obrigações que subsistem ao Estado-membro da Organização dos Estados Americanos que denuncia a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A autora Mariangela Ariosi apresenta o artigo intitulado “A TEORIA CLÁSSICA DA SOBERANIA NAS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO: UMA ANÁLISE DAS REGRAS DESSA RELAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL” apresenta panorama dos estudos das relações entre o Direito Internacional – DI e o Direito Interno representando a soberania um papel de interface dessa relação; ademais, uma breve transcrição das duas principais teorias clássicas que se dedicam a explicar essa relação: monista e dualista.

Na sequência, o artigo “COSMOPOLITISMO JURÍDICO: DIRETRIZES GERAIS PARA A PROPOSITURA DE UM DIREITO DO TRABALHO GLOBAL” de Stéfani Clara da Silva Bezerra, Alexandre Antonio Bruno da Silva e Amanda Ingrid Cavalcante de Moraes apresenta a possibilidade de um compartilhamento de valores a nível mundial no âmbito do trabalho, sob a égide da teoria do Cosmopolitismo Jurídico, na construção de um Direito do Trabalho Global.

O artigo “TESOUROS DE ÁFRICA PELO MUNDO: A RESTITUIÇÃO DE PATRIMÔNIO CULTURAL FRENTE AO DIREITO INTERNACIONAL” de Juliana Muller e Carolina Nunes Miranda Carasek da Rocha analisa as restituições de bens culturais originários do continente africano frente ao Direito Internacional, no texto é explorada a alienação do patrimônio originário dos povos da África e é demonstrada a legislação internacional aplicável a estes objetos de valor.

Augusto Guimarães Carrijo e Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff, autores do artigo “ATAQUES DIRECIONADOS ÀS FONTES DE MÍDIA DURANTE CONFLITOS ARMADOS: UMA ANÁLISE DO BOMBARDEAMENTO DA ESTAÇÃO RTS NA EX-IUGOSLÁVIA CONSOANTE O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO” debatem a possibilidade de estações midiáticas serem considerados alvos

legítimos, passíveis de sofrerem ataques em meio a hostilidades, observando o caso do bombardeio realizado pelas tropas da Organização do Tratado do Atlântico Norte à Estação de Rádio e Televisão da Sérvia durante a guerra do Kosovo em 1999, utilizando-se como base analítica as regras do I Protocolo Adicional e as interpretações de tribunais internacionais.

O artigo “AS CONTRIBUIÇÕES DO COSMOPOLITISMO SUBALTERNO AO DIREITO INTERNACIONAL” de Gabriel Pedro Moreira Damasceno traz a análise das contribuições do Cosmopolitismo Subalterno ao Direito Internacional, buscando-se uma conceptualização cosmopolita descolonial alternativa do sistema-mundo. Por derradeiro, o artigo “A ORDEM MUNDIAL ESTÁ CONTAMINADA - A GLOBALIZAÇÃO SOBREVIVERÁ À ATUAL PANDEMIA?” de Chantal Correia de Castro compartilha um questionamento: o mundo polarizado, cuja antiga ordem já se encontrava ameaçada, foi atingido pelo vírus mais globalizado da história. Os sintomas como populismo e protecionismo que já se manifestavam foram agravados e o Covid-19 pode representar o golpe fatal para a globalização e a ordem multilateral. Que tipo de ordem internacional emergirá em um mundo pós-pandemia?.

Por todos os temas aqui reunidos, demonstra-se que as questões que antes eram locais estão cada vez mais globais e instam os pesquisadores internacionalistas - cientistas do Direito - à investigação, a reflexão e ao enfrentamento propositivo de soluções para o bem-viver coletivo.

O desafio está posto!

Em tudo, indica-se como bom começo a leitura dos artigos aqui reunidos.

Profa Dra Carla Noura Teixeira – UNAMA – carlanoura@gmail.com

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del Olmo – UNICURITIBA – florisbaldelolmo@gmail.com

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – Universidade de Marília – vmcarmo86@gmail.com

**MODERNIZAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC):
PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES NO FUNCIONAMENTO DO “DISPUTE
SETTLEMENT BODY – DSB”**

**MODERNIZATION OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO):
PROPOSED CHANGES IN THE OPERATION OF THE “DISPUTE SETTLEMENT
BODY - DSB”**

Matheus Fernandino Bonaccorsi ¹

Resumo

O Dispute Settlement Body (DSB) necessita de modernização. A União Europeia (UE) propõe, de forma acertada, as seguintes modificações: (i) emissão do relatório com as decisões e recomendações do Órgão de Apelação dentro do prazo máximo de 90 dias; (ii) inserção no DSU de regras de transição para os membros do Órgão de Apelação; (iii) apreciação pelo Órgão de Apelação somente das questões necessárias à resolução da controvérsia; (iv) interpretação prática do artigo 17.6 do DSU pelo Órgão de Apelação referente à legislação interna de um Estado-membro; (v) adoção pelo Órgão de Apelação dos seus relatórios como “precedentes”.

Palavras-chave: Organização mundial do comércio (omc), Órgão de solução de controvérsias (dsb), Acordo constitutivo da omc, Entendimento relativo às normas e procedimentos sobre solução de controvérsias (dsu)

Abstract/Resumen/Résumé

The WTO's Dispute Settlement Body - DSB needs modernization. The European Union (EU) rightly proposes the following changes: (i) Issuance of the report with decisions and recommendations by the Appellate Body within a maximum period of 90 days; (ii) insertion in the DSU of transition rules for the members of the Appellate Body; (iii) review by the Appellate Body only of issues to resolve the dispute; (iv) practical interpretation of Article 17.6 of the DSU by the Appellate Body regarding the domestic legislation of a Member State; (v) the Appellate Body's adoption of its reports as “precedents”.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: World trade organization (wto), Dispute settlement body (dsb), Article 17 of understanding on rules and procedures governing the settlement disputes (dsu)

¹ Advogado e Professor. Mestre em Direito e doutorando pela Universidade de Coimbra - UC, em Portugal.

1. Introdução: necessidade de alterações e modernização da OMC¹

A partir de 2018, vimos intensificar as iniciativas de modernização da OMC por parte da União Europeia (UE). A Comissão (órgão que representa a UE) em cooperação com outros membros da OMC (Austrália, Canadá, China, Coreia, Índia, Islândia, México, Noruega, Nova Zelândia, Singapura e Suíça) formulou um documento único (oficial) denominado “*Concept Paper*” para apresentação formal de sugestões de alterações nas normas de funcionamento da OMC.² Essa divulgação teve por finalidade conceder notoriedade geral às respectivas propostas de melhorias da UE para superação dos problemas experimentados pela OMC no desempenho da função de órgão regente do comércio internacional multilateral.

A UE apresentou sugestões em três áreas distintas para modernização das atuais regras internas da OMC, assim agrupadas: (i) maior *regulamentação e desenvolvimento* das atividades de controle sobre o comércio internacional; (ii) melhorias *estruturais* nos trabalhos regulares dos conselhos e comitês para mais transparência nas políticas comerciais dos membros da OMC; e (iii) modernização das *regras e procedimentos* que orientam o órgão de solução de controvérsias.

Realmente, as discussões sobre as modificações na OMC são de caráter relevante, ainda que os países envolvidos possam ter pontos de vista diferentes sobre as particularidades dessas mudanças. Após 23 anos de existência, a OMC necessita de modificações urgentes na estrutura e regras essenciais que regulamentam o comércio internacional para manutenção da estabilidade da ordem política e a sustentabilidade do crescimento econômico. A economia mundial está altamente integrada com cadeias globais de valor e depende do comércio internacional baseado em regras previsíveis tanto para importações e exportações.

No que se refere especificamente ao mecanismo vigente de solução de controvérsias da OMC denominado “*Dispute Settlement Body*” (*DSB*), atualmente o mesmo está com seu funcionamento ameaçado apesar de ter sido eficaz e contribuído para a organização do comércio multilateral até o presente momento. O sistema de resolução de litígios em breve deve sofrer paralisia por conta dos bloqueios às novas nomeações e outras ineficiências, o que significará um retrocesso de 20 anos na governação econômica global e volta de um ambiente de negociação no qual as regras somente eram aplicadas quando conveniente pelo país interessado e a força econômica predominou sobre a regulação nas relações comerciais.

Inclusive, a presença de um sistema de solução de controvérsias adequado às normas multilaterais (tal qual o *DSB*) foi o que garantiu a estabilidade do comércio mundial durante décadas, com segurança e previsibilidade ao comércio multilateral.

¹ Apesar do texto ter sido escrito em português, as abreviaturas utilizadas serão mantidas em inglês por ser a linguagem oficial utilizada no âmbito da OMC.

² A notícia em questão foi veiculada pela Comissão por meio do seu site oficial na internet e também repercutida por outros canais de comunicação no restante mundo. Inclusive, o vídeo com as imagens da divulgação oficial feita pela Comissão sobre o “*Concept Paper*” pode ser vista no seguinte endereço eletrônico: <https://youtu.be/1OUkXFsyP0>

No presente escrito, iremos analisar o grupo de sugestões constantes no “*Concept Paper*” da UE para a modernização das normas vigentes do DSB. As alterações propostas são pertinentes ao artigo do 17 do “*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement Disputes*” (DSU),³ inserido como Anexo nº 2 do *Acordo Constitutivo da OMC* e contempla as seguintes modificações: (i) emissão do relatório com as decisões e recomendações do Órgão de Apelação dentro do prazo máximo de 90 dias; (ii) inserção no DSU de regras de transição para os membros do Órgão de Apelação; (iii) apreciação pelo Órgão de Apelação somente das questões necessárias à resolução da controvérsia; (iv) interpretação prática do artigo 17.6 do DSU pelo Órgão de Apelação referente à legislação interna de um Estado-membro; (v) adoção pelo Órgão de Apelação dos seus relatórios como “precedentes”; (vi) outras sugestões da UE sobre a estrutura do Órgão de Apelação.

2. Propostas de modernização das regras e procedimentos do DSB

Após 24 anos de criação do DSB, não há dúvidas de que o sistema de solução de controvérsias da OMC exerce hoje um importante papel no exercício da previsibilidade, no estabelecimento de maior segurança jurídica e no controle dos desvios e excessos cometidos por seus membros. A OMC desenvolveu um arcabouço jurídico especializado com regras voltadas à sua administração (enquanto organização internacional), à gestão dos acordos comerciais, e ainda, à resolução de litígios.⁴

O DSB tem sido louvado pelas melhorias e desenvolvimentos trazidos sobre os aspectos institucionais da OMC em relação ao sistema anterior do GATT-47. A análise empírica dos números sugere que o novo sistema legal proporcionou um crescimento do comércio entre todos os países, incluindo partes em litígio e terceiros. Assim, os resultados sublinham que o comércio multilateral teve um ganho natural advindo da implantação do novo sistema de resolução de disputas.⁵

O DSB foi uma das principais realizações advindas do acordo firmado em *Marrakesh* no ano de 1994. A adjudicação obrigatória das suas decisões para resolver todos os litígios decorrentes dos acordos multilaterais é uma característica fundamental da OMC “*rule based*”, em oposição ao GATT-47 mais suave fundamentado no “*power based*”. O mecanismo recorre à uma combinação de meios diplomáticos (as consultas iniciais), órgãos arbitrais e judiciais (os painéis e o Órgão de Apelação) e a outorga das responsabilidades gerais e finais aos órgãos políticos da OMC, principalmente ao Conselho Geral no papel

³ Mais adiante, faremos a análise pormenorizada do artigo 17 do DSU. Por ora, importante mencionar o nº 1 desse dispositivo legal que criou em caráter permanente o Órgão de Apelação (“*Appellate Body*”) que exerce a função de receber e analisar apelações das decisões dos painéis interpostas pelos Estados-membros em disputa. Esse órgão é composto por sete especialistas de reconhecida competência, com experiência comprovada em direito, comércio internacional e nos assuntos tratados pelos acordos abrangidos em geral.

⁴ GULLO, MARCELLY FUZARO. sobre a ineficácia do sistema de solução de disputas cominado no GATT-47. A *compensação Monetária como sugestão de fortalecimento ao Sistema de Solução de Controvérsias da OMC*. Coimbra: BFDUC, 2013, *separata* do vol. LVI, pp. 319-321.

⁵ Essa é a análise feita sobre os números do comércio internacional entre 1995 a 2010 por WONKYU SHIN e DUKGEUN AHN. *Trade Gains from Legal Rulings in the WTO Dispute Settlement System*, em *World Trade Review*. Geneva: University of Sussex, 2019 (January) pp. 28-29.

do órgão de solução de disputas e dentro de um mandato estritamente definido pelas recomendações e decisões dos relatórios.⁶

Em suma, o atual sistema de solução de controvérsias é considerado como a “*joia da coroa*”⁷ da OMC. É uma das raras áreas do direito internacional público em que se observa um mecanismo que fornece adjudicação obrigatória face à um Estado soberano em disputa. Com centenas de casos ao longo da sua existência, o DSB é provavelmente o sistema internacional de solução de controvérsias no mundo que mais funciona em comparação com o “*Tribunal Internacional Criminal*” (*International Criminal Court*, que existe há cerca de 15 anos e lidou com apenas 23 casos, dentre os quais emitiu 6 veredictos)⁸ e o “*Tribunal Internacional do Direito do Mar*” (existente desde 1994 e até agora tem lidado com 25 casos).⁹ Assim, o amplo uso do sistema de solução de controvérsias da OMC sem dúvida reflete seu sucesso e o fato de que os Estados-membros confiam a ele as suas demandas comerciais na busca de uma solução.¹⁰

No entanto, o DSB apresenta algumas lacunas e deficiências. Muitas delas são de natureza pontual, que se revelaram progressivamente na medida do seu funcionamento ao longo dos anos pela análise da efetividade e alcance dos seus dispositivos, especificamente quando a mescla dos princípios de “*common law*” com “*civil law*” foram sendo testados. Também, alguns outros temas mais complexos sobre o alcance do mecanismo se revelaram com visões distintas entre os membros, cujo equacionamento não é de fácil solução.¹¹

A ideia de promover ajustes pontuais no DSU não é nova. Na Conferência Ministerial de Marrakesh em 1994 quando o DSU foi aprovado os Ministros decidiram efetuar a sua revisão dentro dos próximos quatro anos seguintes à fundação da OMC (ou seja, em 1999). Na Acordo Constitutivo da OMC os Estados-membros convidaram a Conferência Ministerial a concluir uma revisão completa das regras e procedimentos de solução de controvérsias no âmbito da OMC dentro de quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo, bem como a tomar uma decisão por ocasião de sua primeira reunião para a conclusão da revisão, seja para continuar, modificar ou terminar tais regras e procedimentos de solução de controvérsias.¹²

⁶ SACERDOTI, GIORGIO. *The nature of WTO arbitrations on retaliation*, em *The Law, economics and politics of retaliation in WTO dispute settlement* (coord. Chad Philips Brown). New York: Cambridge University Press, 2010, p. 23.

⁷ Tal expressão foi utilizada por PASCAL LAMY, ex-Diretor Geral da OMC (2005/2013), no comunicado à imprensa divulgado por ocasião do atingimento do número de 400 casos de *Dispute Settlement (DS)* já propostos perante o DSB pelos Estados-membros desde a fundação do mecanismo de resolução e controvérsias. Esse Diretor ressaltou na época que “*The dispute settlement system is widely considered to be the jewel in the crown of the WTO (...) (many disputes is a) vote of confidence in a system which many consider to be a role model for the peaceful resolution of disputes.*”. *Dispute Settlement. Press Release* n° 578. WTO: 2009. O texto integral desse *Press Release* pode ser conferido no site oficial da OMC em: https://www.wto.org/english/news_e/pres09_e/pr578_e.htm.

⁸ O “*Tribunal Penal Internacional*” é um tribunal criminal instituído em caráter permanente, cujo objetivo é promover a justiça mediante julgamento de indivíduos suspeitos de cometer crimes contra os direitos humanos. Esse Tribunal possui sede em Haia, nos Países Baixos, e foi estabelecido pelo “*Estatuto de Roma*” assinado em 17 de julho de 1998 por 122 países aderentes em Roma, na Itália. Essas e outras informações podem ser obtidas no site oficial do Tribunal em: <https://www.icc-cpi.int/>

⁹ Sobre o “*Tribunal Internacional do Direito do Mar*”, veja a nota acima sobre o assunto.

¹⁰ De acordo com a visão de ARIE REICH. *The Effectiveness of The Wto Dispute Settlement System: a statistical analysis. Italy: European University Institute – Departament o Law*, 2017, pp. 01-02.

¹¹ BENJAMIM, DANIELA ARRUDA. *O sistema de Solução de Controvérsias da OMC: uma perspectiva brasileira* (coord. Daniela Arruda Benjamim). Brasília: FUNAG, 2013, pp. 771-772.

¹² Em relação ao DSU, no *Uruguay Round* o Comitê de Negociações Comerciais em 15 de dezembro de 1993 e 14 de abril de 1994 adotou as seguintes decisões e declarações para revisão das normas e procedimentos do mecanismo de solução de

As discussões para a revisão do sistema foram iniciadas pela OMC a partir de 1997 com amplos debates sobre vários temas em que muitas sugestões de melhoria foram levantadas pelos Estados membros, mas nenhum acordo foi alcançado em 1999. Os membros não concluíram a revisão a tempo e as negociações não avançaram após a Conferência Ministerial de 1999 em *Seattle*.¹³

Em 2001, os Ministros da Conferência Ministerial de *Doha* voltaram a aceitar a necessidade de concluir a revisão do *DSU* a fim de melhorar e esclarecer o mecanismo, mas também concordaram que a revisão não seria parte do “compromisso único” (“*single undertaking*”) da *Doha Development Agenda (DDA)*.¹⁴ Ou seja, restou definido pelos Ministros que a revisão não estaria vinculada a outras questões sob negociação, nem sujeita à conclusão da DDA. Com isso, o mandato de Doha restabeleceu um novo prazo para maio de 2003 com objetivo de concluir a revisão.

Em julho de 2003, o Conselho Geral da OMC prorrogou o prazo para maio de 2004. Naquela época, os Estados membros haviam feito propostas sobre várias alterações ao sistema e um projeto de texto legal foi preparado pelo Presidente do Conselho de Sessão do *DSB*. Embora tenha sido expressamente acordado que a revisão do *DSU* não seria parte do “compromisso único” da *Doha Round*, os membros não puderam finalizar a revisão e acordo sobre as alterações necessárias.¹⁵

Novamente, uma outra prorrogação foi acordada pelo Conselho Geral em 1º de agosto de 2004 sem agora estabelecer um novo prazo de conclusão dos trabalhos de revisão.¹⁶ Com efeito, desde novembro de 2016 o grupo especial de negociação (“Comitê de Negociações Comerciais”) atualmente coordenado pelo presidente do *DSB* (embaixador Coly Seck) realizou trabalhos para análise dessas questões de maneira sequencial e focada, com reuniões em Sessão Extraordinária dedicadas ao estudo das matérias pertinentes à modernização do *DSU*.¹⁷ A revisão do *DSU* atualmente está sendo realizada pela

controvérsias: “Ministers, Recalling the Decision of 22 February 1994 that existing rules and procedures of GATT 1947 in the field of dispute settlement shall remain in effect until the date of entry into force of the Agreement Establishing the World Trade Organization, Invite the relevant Councils and Committees to decide that they shall remain in operation for the purpose of dealing with any dispute for which the request for consultation was made before that date; Invite the Ministerial Conference to complete a full review of dispute settlement rules and procedures under the World Trade Organization within four years after the entry into force of the Agreement Establishing the World Trade Organization, and to take a decision on the occasion of its first meeting after the completion of the review, whether to continue, modify or terminate such dispute settlement rules and procedures.” Essa decisão e todas as demais adotadas pelo Comitê pode ser obtida no site oficial da OMC em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm#wtoagreement

¹³ Todos os materiais (atas, minutas, propostas, releases, discursos, material de background, etc) sobre a *The Third WTO Ministerial Conference* realizada em *Seattle (Washington State, US)* no período entre 30 de novembro a 03 de dezembro de 1999 podem ser conferidos no site oficial da OMC em: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min99_e/min99_e.htm

¹⁴ Em breves linhas, segundo notas da OMC a *Doha Round* é a mais recente rodada de negociações comerciais entre os membros da OMC. O seu objetivo é conseguir uma grande reforma do sistema de comércio internacional através da introdução de barreiras comerciais mais baixas e regras comerciais revistas, dentro de um programa de trabalho que abrange cerca de 20 áreas de comércio. Essa Rodada também é conhecida extraoficialmente como a *Doha Development Agenda (DDA)* devido ao seu objetivo fundamental que é melhorar as perspectivas do comércio para os países em desenvolvimento. A Rodada foi lançada oficialmente em novembro de 2001 na *WTO's Fourth Ministerial Conference* em *Doha*, no *Qatar*. Todos os materiais (atas, minutas, propostas, releases, discursos, material de background, etc) sobre esse ciclo de negociações pode ser obtido no site oficial da OMC em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dda_e.htm

¹⁵ ARIE REICH (2017), p.02.

¹⁶ Os relatórios e documentos que trazem as reiteradas decisões do *DSB* de estender o prazo de revisão podem ser consultados no site oficial da OMC em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_negs_e.htm

¹⁷ De acordo com o recente relatório nº TN/DS/31 (lavrado em 17 de junho de 2019), o *DSB* realizou 47 reuniões sobre as revisões durante os mandatos do ex-Presidente Sr. Stephen Karau e do atual Presidente embaixador Coly Seck. 50

OMC dentro de uma estrutura de doze questões “temáticas” cobrindo uma ampla gama de propostas.¹⁸ São elas: (i) soluções mutuamente acordadas; (ii) direitos de terceiros; (iii) informações estritamente confidenciais; (iv) sequenciamento; (v) pós-retaliação; (iv) transparência e *amicus curiae*; (vii) prazos; (viii) repreensão; (ix) composição do painel; (x) flexibilidade e controle de membros; (xi) conformidade efetiva; (xii) interesses dos países em desenvolvimento, incluindo tratamento especial e diferenciado.¹⁹

Todavia, sem dúvida existe um fator que torna o debate sobre a revisão das normas e procedimentos do *DSU* mais complexo e a obtenção de uma resolução a curto prazo mais difícil. Trata-se do comportamento e visão dos próprios Estados-membros sobre qual o melhor modelo de mecanismo de solução adotar. Desde a época do GATT-47, é perceptível que os Estados-membros oscilam entre o interesse de contar com um sistema de solução de controvérsias efetivo (baseado na aplicação de regras) e o desejo de ter maior flexibilidade na adoção de políticas comerciais (com espaço para negociações amplas e manobras para ajustes com autonomia por parte de cada Estado). Ao longo dos anos, viu-se a alternância de períodos caracterizados pelo maior legalismo com períodos em que prevalecia o “*power play*”. Tudo isso acaba por refletir sobre as discussões da atual reforma do sistema de controvérsias, fato que em certa medida justifica a falta de consenso e demora da finalização do processo de revisão que se arrasta desde 1999 por vários anos.²⁰

Inclusive, as negociações que começaram desde 1999 enfrentam vários desafios que ainda persistem sob a forma de baixas expectativas, disposição limitada por parte dos membros para firmar os compromissos, e ainda, a falta de autoconfiança sobre o grupo de negociação. Nos últimos anos, os participantes geralmente tiveram baixas sobre a possibilidade de concluir com sucesso as negociações sobre o *DSU*. As negociações não se beneficiaram da vontade política e participação coletiva necessárias para a sua conclusão. Em alguns casos, os proponentes tentaram estabelecer ligações entre questões comerciais que não estão relacionados com os temas das revisões, comportamento que gera falta de confiança sobre o grupo de negociação e sua capacidade de obter resultados. Por outro lado, todo esse contexto complexo transparece também que, na ausência de uma necessidade de realização de mudanças urgentes, os membros têm uma visão de que o *DSB* em sua história (ou boa parte dela) funcionou de forma eficaz.²¹

¹⁸ A OMC mantém uma página dedicada a divulgar informações e acompanhar os trabalhos de revisão das normas e procedimentos do *DSU*. Essa página pode ser no site oficial da OMC em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_negs_e.htm

¹⁹ Para uma análise detalhada de cada um desses temas e suas respectivas avaliações pelas Sessões Extraordinárias do *DSU* abertas a todos Estados-membros, recomendamos a leitura dos relatórios oficiais n° TN/DS/29 (emitido em 02 de maio de 2017), TN/DS/30 (datado de 27 de novembro de 2017) e o mais recente n° TN/DS/31 (lavrado em 17 de junho de 2019) que descrevem, detalhadamente, os resultados dos trabalhos desenvolvidos pelo embaixador Kokou Yackoley Johnson, incluindo naquele primeiro Relatório de 02/05/17 as conclusões também emitidas pelo seu antecessor ex-Presidente Sr. Stephen Karau. Esses relatórios podem ser obtidos no site oficial da OMC em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Language=ENGLISH&SourcePage=FE_B_009&Context=Script&DataSource=Cat&Query=\(%40Symbol%3DTN%2FDS*+NOT+\(TN%2FDS%2FM%2F*+OR+TN%2FDS%2FW%2F*\)\)&DisplayContext=popup&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Language=ENGLISH&SourcePage=FE_B_009&Context=Script&DataSource=Cat&Query=(%40Symbol%3DTN%2FDS*+NOT+(TN%2FDS%2FM%2F*+OR+TN%2FDS%2FW%2F*))&DisplayContext=popup&languageUIChanged=true#)

²⁰ Esse reflexo é narrado por THOMAS A. ZIMMERMANN que, de forma lúcida, analisou a variação do comportamento dos próprios Estados-membros sobre a perspectiva desejável do *DSB*. *Negotiating the Review of the WTO Dispute Settlement Understanding*. London: Camaron May, 2005, p. 57.

²¹ Consoante relato introdutório feito pelo embaixador Coly Seck no relatório oficial n° TN/DS/31 referente à Sessão Extraordinária do *DSU* realizada em 17 de junho de 2019.

A UE propôs a modernização das *regras e procedimentos* que orientam o órgão de solução de controvérsias no documento divulgado como “*Concept Paper*”. A UE optou por focar sobre o artigo 17 do *DSU* todas as suas propostas de alteração *DSB*, a fim de ganhar rapidez e agilidade na aprovação dessas modificações. Os demais temas tratados (12 temáticas no total) pelo grupo especial da OMC (que cuida internamente da revisão em caráter institucional-oficial) devem ficar para uma análise secundária. Essa é a estratégia manifestada pela UE em seu documento conceito.

As alterações com o foco no artigo 17 do *DSU* são mais simples de serem abordadas dentro da OMC, além de figurarem como problemas já conhecidos por todos os Estados-membros. A aprovação institucional dessas modificações se dará mediante o procedimento de alteração disposto no artigo 10, n° 1 do Acordo Constitutivo da OMC,²² segundo a qual alterações sobre o *DSU* podem ser decididas pela Conferência Ministerial, após apresentação de proposta por qualquer Estado-membro da OMC. A decisão será tomada por consenso dentro do prazo de 90 dias (salvo se for estipulado prazo maior) e as alterações entrarão em vigor após a aprovação pela Conferência Ministerial. Caso se alcance o consenso, a Conferência Ministerial apresentará prontamente a proposta de alteração aos membros para aceitação. Caso o consenso não seja possível na reunião da Conferência Ministerial, dentro do período estabelecido a Conferência Ministerial decidirá pelo quórum qualificado da maioria de dois terços dos membros para aprovação da proposta e aceitação.

Ademais, se os Estados-membros tiverem o entendimento sobre a necessidade de se realizar as alterações no artigo 17 do *DSU* antes da próxima Conferência Ministerial, o Conselho Geral poderá se reunir para desempenhar as funções da Conferência. Nos intervalos entre reuniões da Conferência Ministerial, o Conselho Geral desempenhará as mesmas funções da Conferência, consoante determina o artigo 4, n° 2 do Acordo Constitutivo da OMC.

2.1. Emissão do relatório com as decisões e recomendações do Órgão de Apelação dentro do prazo máximo de 90 dias

Por certo, qualquer sistema de resolução de desavenças para ser considerado eficaz precisa deter a capacidade de fornecer uma resposta em um prazo de tempo relativamente curto. É preciso de alguma forma que esteja assegurada a emissão de uma decisão dentro de um período razoável de tempo a fim de que o funcionamento desse organismo goze de credibilidade por parte daqueles precisam à ele recorrer na busca de uma tutela institucional para preservação dos seus direitos.

²² Confira os principais trechos do artigo 10, n°1 do Acordo Constitutivo da OMC aplicáveis às alterações pretendidas sobre o *DSU*: “Article X. Amendments. 1. Any Member of the WTO may initiate a proposal to amend the provisions of this Agreement or the Multilateral Trade Agreements in Annex 1 by submitting such proposal to the Ministerial Conference. (...) Unless the Ministerial Conference decides on a longer period, for a period of 90 days after the proposal has been tabled formally at the Ministerial Conference any decision by the Ministerial Conference to submit the proposed amendment to the Members for acceptance shall be taken by consensus. (...) If consensus is reached, the Ministerial Conference shall forthwith submit the proposed amendment to the Members for acceptance. If consensus is not reached at a meeting of the Ministerial Conference within the established period, the Ministerial Conference shall decide by a two-thirds majority of the Members whether to submit the proposed amendment to the Members for acceptance. (...)”

Conforme artigo 17.5 do *DSU*, como regra geral o procedimento na fase de apelação não deverá exceder 60 dias contados a partir da data em que a parte reclamante notificar formalmente a sua decisão de apelar. Dentre a manifestação da parte recorrente até a data em que o Órgão de Apelação distribuir o seu relatório aos membros, não poderá decorrer mais de 60 dias como prazo ordinário. Para tanto, o Órgão de Apelação deverá estabelecer o seu cronograma de trabalho, levando inclusive em consideração os casos de urgência e aqueles que envolvem bens perecíveis. Se eventualmente o Órgão de Apelação entender que não poderá apresentar seu relatório em 60 dias, deverá informar por escrito ao *DSB* as razões do atraso juntamente com uma estimativa do prazo dentro do qual poderá concluir o relatório, mas em caso algum o procedimento poderá exceder o prazo extraordinário e total de 90 dias.²³

Entretanto, desde 2011 os Estados Unidos e outros Membros têm expressado preocupação com relação a conduta do Órgão de Apelação de ignorar o prazo obrigatório de 90 dias para decidir os recursos estabelecidos na OMC. O Órgão de Apelação não tem cumprido esse prazo (utiliza o tempo que considera mais apropriado) e não explica em que base legal poderia optar por violar uma cláusula clara e regra categórica definida pelos membros da OMC. Até 2011, o Órgão de Apelação respeitava o artigo 17.5 do *DSU* e, em casos excepcionais, obtinha o aval das partes em litígio para estender o prazo naquele específico procedimento em disputa. Contudo, a partir de então o Órgão de Apelação mudou a sua abordagem e não consulta mais as partes para prévia ciência ou autorização, mas simplesmente informa que não cumprirá o prazo limite de 90 dias definido nas normas do *DSU*.²⁴

Da mesma forma, nos últimos anos o Órgão de Apelação também se recusa a cumprir a exigência do *DSU* de fornecer, dentro de 60 dias, uma estimativa do período em que apresentará o seu relatório. Se o relatório não for apresentado em 60 dias, o Órgão de Apelação deveria ter o cuidado de informar por comunicação escrita às partes em qual prazo apresentará o seu relatório.²⁵

Por isso, os Estados Unidos e outros membros incluindo Argentina, Austrália, Canadá, Chile, Costa Rica, Guatemala, Japão, México, Noruega e Turquia expressaram repetidamente suas preocupações com a recente abordagem do Órgão de Apelação em relação ao seu funcionamento no passado e repetida violação de uma obrigação explícita imposta à ele pelo *DSU*. Como consequência, tudo isso levanta preocupações sob o aspecto da transparência dos trabalhos do Órgão de Apelação que deveria nortear pela condução respeitosa às normas do *DSU*. Ao mesmo tempo, o excesso de prazo gera certa

²³ A regulação temporal dos trabalhos do Órgão da Apelação é feita nos seguintes termos: “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.”

²⁴ De acordo com a percepção dos EUA sobre o funcionamento do Órgão de Apelação manifestada por meio da agência *United States Trade Representative (USTR)* em seu *2018 Annual Press Report*, especificamente na parte que se refere à agenda comercial do presidente (tópico denominado “*The President’s Trade Policy Agenda*” (pp. 22-29)). A *USTR* é uma agência que representa os EUA nas relações comerciais em todas as regiões do mundo. Esse órgão governamental possui as funções de negociar diretamente com governos estrangeiros os acordos comerciais, resolver disputas, participar de organizações globais de política comercial, reunir com governos, grupos empresariais, legisladores e grupos de interesse público na recolha de informações sobre questões comerciais e discutir as posições de política comercial do presidente. A íntegra do relatório anual de 2018 pode ser obtida em: <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Reports/2018/AR/2018%20Annual%20Report%20I.pdf>

²⁵ *2018 Annual Press Report da United States Trade Representative (USTR)*, p. 24

inconsistência com o compromisso propugnado pela OMC de "resolução rápida das disputas" e incertezas sobre a validade jurídica do relatório emitido após o prazo legal, incluindo a eventual exequibilidade e submissão das suas decisões e recomendações por parte do Estado-membro reclamado.²⁶

À título de exemplo sobre o desempenho do Órgão de Apelação mencionado acima, cite-se o apelo apresentado no processo envolvendo os EUA e a União Europeia sobre grandes aeronaves civis (assim designado como “*European Communities and Certain member States — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*”), no qual em 6 de outubro de 2004 os EUA solicitaram consultas aos governos da Alemanha, França, Reino Unido e Espanha (os “Estados membros”) e com a UE sobre medidas que afetam o comércio de grandes aeronaves civis. Após os painéis, em 13 de outubro de 2016 a União Europeia notificou o DSB da sua decisão de recorrer a determinadas questões de direito e interpretações jurídicas desenvolvidas pelo painel de conformidade. Em 10 de novembro de 2016, os Estados Unidos notificaram o DSB da sua decisão de recurso subordinado. Em 21 de dezembro de 2016, o Órgão de Apelação informou ao DSB que não poderia circular o relatório do Órgão de Apelação no presente apelo até o final do período de 60 dias, ou dentro do prazo de 90 dias previsto na última sentença, devido à excepcional dimensão e complexidade desses procedimentos de cumprimento (ou seja, cumprir com os termos do artigo 17.5 do DSU). O Órgão de Apelação também informou ao DSB que a data de circulação do relatório do Órgão de Apelação neste apelo seria comunicada aos participantes e terceiros participantes no devido tempo. Em 4 de maio de 2018, o Órgão de Apelação informou ao DSB que seu relatório no presente apelo seria distribuído até 15 de maio de 2018. Nesta data, o relatório do Órgão de Apelação foi distribuído aos membros. Na sua reunião de 28 de maio de 2018, o DSB adotou o relatório do Órgão de Apelação e o relatório do painel, modificados pelo relatório do Órgão de Apelação. Assim, é possível verificar que essa demanda durou em torno de 19 meses.²⁷

Da mesma forma, outro exemplo que pode ser mencionado é a mais recente disputa envolvendo os EUA e a União Europeia também a respeito as Medidas que afetam o comércio de aeronaves civis de grande porte - Segunda Denúncia (denominado “*United States — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft — Second Complaint*”), no qual em 27 de junho de 2005 a UE solicitou consultas aos EUA a respeito de subsídios proibidos e acionáveis fornecidos a produtores americanos de grandes aeronaves civis. Após os painéis, em 29 de junho de 2017 a União Europeia notificou o DSB da sua decisão de recorrer a determinadas questões de direito e interpretações jurídicas desenvolvidas pelo painel de conformidade. Em 10 de agosto de 2017, os Estados Unidos notificaram o DSB da sua decisão de recurso subordinado. Em 18 de setembro de 2017, ao expirar o prazo de 60 dias previsto, o Órgão de Apelação informou ao DSB que não poderia circular o relatório do Órgão de Apelação neste apelo até o final do período de 60 dias. dia, nem dentro do prazo de 90 dias previsto no artigo 17.5 do DSU. O Órgão de Apelação referiu-se ao tamanho e complexidade excepcionais desses procedimentos de conformidade, incluindo o tempo necessário para adotar e cumprir procedimentos adicionais para proteger informações

²⁶ 2018 Annual Press Report da United States Trade Representative (USTR), p. 25

²⁷ Ex vi o documento oficial de comunicação feito pelo Órgão de Apelação nº WT/DS316/31 às partes. Todos os demais documentos e informações a disputa desse caso podem ser obtidos no site oficial da OMC em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds316_e.htm

confidenciais de negócios (*Business Confidential Information - BCI*) e informações comerciais altamente sigilosas (*Highly Sensitive Business Information - HSBI*), juntamente com as extensões subsequentes dos prazos para apresentação de pedidos. O Órgão de Apelação também se referiu à carga de trabalho substancial que enfrentou, a sobreposição na composição das Divisões ouvindo vários recursos simultâneos, e a falta de pessoal no Secretariado do Órgão de Apelação. Além disso, o Órgão de Apelação também informou ao DSB que a data de circulação do relatório do Órgão de Apelação neste apelo seria comunicada aos participantes e terceiros participantes no devido tempo. Em 15 de março de 2019, o Órgão de Recurso informou o DSB de que deveria divulgar o relatório do Órgão de Recurso no presente recurso em 28 de março de 2019. Na sua reunião de 11 de abril de 2019, o DSB adotou o relatório do Órgão de Apelação e o relatório do painel, modificados pelo relatório do Órgão de Apelação. Portanto, denota-se que a presente controvérsia permeou o prazo de 22 meses de duração.²⁸

Além dessas, existem outras demonstrações de descumprimento de prazos por parte do Órgão de Apelação quando da realização da sua comunicação formal às partes. Pode-se mencionar as notificações feitas pelo Órgão de Apelação por determinação do artigo 17.5 do DSU nos casos: WT/DSB/M/299; WT/DSB/M/301; WT/DSB/M/304; WT/DSB/M/317 e WT/DSB/M/364.²⁹

Para a UE, a proposta constante no “*Concept Paper*” que considera razoável é a alteração de parte da redação atual do artigo 17.5 do DSU. A sugestão é flexibilização da rigidez inerente à regra dos 90 dias, com a inserção da previsão de que “em nenhum caso, o processo poderá exceder 90 dias, salvo se as partes acordarem em contrário”. Dessa forma, o Órgão de Apelação terá a obrigação de consultar as partes no início dos procedimentos de apelação se estimam ou concordam que o relatório possa ser distribuído fora 90 dias. Com a anuência, todos estarão acautelados da aplicação do novo tempo estimado de forma consensual por uma “norma incidental” (e de caráter substantivo-processual) conjuntamente acordada sobre o procedimento. Se não houver acordo entre as partes sobre a ultrapassagem deste prazo, poderia haver algum mecanismo no DSU segundo o qual o procedimento deveria ter a cooperação de todos para garantir a sua conclusão dentro dos 90 dias de prazo. Por exemplo, o Órgão de Apelação poderia propor tomar medidas àquele caso em concreto para reduzir o prazo de emissão do seu relatório: (i) concentrar-se somente no escopo do recurso; (ii) definir um limite de páginas indicativas para as manifestações das partes; (iii) tomar as medidas adequadas para reduzir a duração do seu relatório; (iv) publicar o relatório somente no idioma correspondente ao recurso da parte, com a intenção de que a tradução para as outras línguas oficiais da OMC e sua circulação formal sejam postergadas para momento posterior.

2.2. Inserção no DSU de regras de transição para os membros do Órgão de Apelação

²⁸ De acordo com o a comunicação feita pelo Órgão de Apelação nº WT/DS353/29 às partes. Todos os demais documentos e informações a disputa desse caso podem ser obtidos no site oficial da OMC em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds353_e.htm

²⁹ A respeito desses casos, todos os documentos e informações poderão ser pesquisados via site oficial da OMC em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm

Para os EUA, outro exemplo de incumprimento da OMC sobre suas próprias regras se refere à continuação das funções de decisão sobre os recursos por pessoas que formalmente não são mais membros do Órgão de Apelação. Em casos recentes, as decisões emanadas do órgão recursal foram proferidas por pessoas cujo mandato tinha se expirado, em que do ponto de vista jurídico não tinham mais jurisdição e legitimidade para manifestar em nome do *DSB* como membro do Órgão de Apelação.³⁰

Em primeiro lugar, e acima de tudo, o Órgão de Apelação simplesmente não tem autoridade para eleger ou conferir mandato à alguém que não é mais membro. O Órgão de Apelação não tem o poder de “autorizar” uma pessoa que não detém mais vínculo à instituição a continuar exercendo as suas funções já finalizadas, especialmente para ouvir os apelos das partes e julgar as disputas entre os países dentro desse mesmo órgão. A justificativa que o Órgão de Apelação pretende encontrar no uso do artigo 15 do “*Working Procedures for Appellate Review*”³¹ não se sustenta. De fato, o próprio comando incerto nesse dispositivo reconhece que se aplica a “uma pessoa que (cessou) de ser um membro do Órgão de Apelação”. Antes de 2017, tal norma era invocada com parcimônia e utilizada para cobrir extensões relativamente curtas. Isso mudou significativamente em 2017, pois o Órgão de Apelação invocou a regra do artigo 15 em várias disputas, por períodos indefinidos e prolongados, e até mesmo em recursos nos quais o trabalho sequer existia no período em que o membro trabalhava na função (ou seja, tratam-se de casos novos).³²

Realmente, ao analisar as colocações acima dos EUA somos chamados à reflexão. Consoante o Acordo Constitutivo da OMC caberá ao Órgão de Solução de Controvérsias (representado pelo Conselho Geral nos termos do artigo 4, n° 3),³³ e não ao órgão de Apelação, a competência para decidir a respeito das funções dos membros componentes do mecanismo de solução. O Conselho Geral se reunirá quando couber para desempenhar as funções do *DSB* estabelecido no memorando de entendimentos do *DSU* firmado pelos Estados-membros por ocasião da constituição da OMC. Além disso, o *DSB* terá o seu próprio presidente e estabelecerá as regras de procedimentos que considera necessárias para o cumprimento de tais funções. Sem dúvida, os Estados-membros atribuíram ao *DSB* a competência, autoridade e responsabilidade para decidir sobre a designação das pessoas que irão compor os órgãos integrantes do mecanismo de solução de controvérsias, incluindo a eventual prorrogação de mandato ou de funções específicas dos colaboradores cujo prazo de mandato tenha expirado para, assim e mediante prévia autorização, continuar servindo à OMC.

No que se refere ao uso do artigo 15 do “*Working Procedures for Appellate Review*” como escudo, também entendemos que os EUA têm razão sobre a conduta ilegal do Órgão de Apelação. Esse dispositivo reza que se uma pessoa deixar de ser membro do Órgão de Apelação, ela poderá com a

³⁰ 2018 Annual Press Report da United States Trade Representative (USTR), p. 25

³¹ De forma textual: “Transition. 15. A person who ceases to be a Member of the Appellate Body may, with the authorization of the Appellate Body and upon notification to the DSB, complete the disposition of any appeal to which that person was assigned while a Member, and that person shall, for that purpose only, be deemed to continue to be a Member of the Appellate Body.”

³² 2018 Annual Press Report da United States Trade Representative (USTR), p. 25-26

³³ Veja a atribuição de competências dentro da estrutura organizacional da OMC: “3. The General Council shall convene as appropriate to discharge the responsibilities of the Dispute Settlement Body provided for in the Dispute Settlement Understanding. The Dispute Settlement Body may have its own chairman and shall establish such rules of procedure as it deems necessary for the fulfilment of those responsibilities.”

autorização do Órgão de Apelação e após notificação ao *DSB*, completar a disposição de qualquer recurso para o qual tinha sido designada enquanto membro. Apenas para esse fim específico, tal pessoa deverá ser considerada como membro do Órgão de Apelação de forma transitória. Isso quer dizer que esse colaborador pode continuar atuando em casos em que já tinha contato e estava trabalhando no momento da expiração do seu mandato. O artigo 15 não se refere a outras hipóteses de extemporaneidade do mandato ou das suas funções específicas, notadamente a atuação sobre: (i) disputas em que o membro por rodízio interno do órgão não havia sido designado como um dos três julgadores competentes para apreciar o apelo; (ii) novas demandas recursais que sequer existiam na ocasião do seu desligamento das funções de julgador (ainda não tinham sido propostas pelos Estados-membros). Nessas duas hipóteses exemplificativas, o Órgão de Apelação não deterá competência para conceder o tipo de autorização descrita no artigo 15 das normas de trabalhos do procedimento de revisão da OMC.

No intuito de dirimir essas questões, a UE propõe no “*Concept Paper*” a inserção dos mesmos termos do artigo 15 “*Working Procedures for Appellate Review*” ou norma similar no *DSU*. Pela visão da UE, esse conflito poderá ser resolvido se a OMC fizer a “codificação” da regra de atuação transitória de membros após o término do seu mandato, por meio da inserção de norma que regule essa matéria no *DSU*.

De fato, consideramos que essa nova disposição legal a ser incutida no *DSU* criará a possibilidade legal de que os colaboradores já desligados atuem em casos para suprir a demanda de recursos do órgão de solução de controvérsias. A estipulação desse lastro jurídico irá resguardar a legitimidade da atuação desse membro enquanto representante do Órgão de Apelação, bem como gerar segurança sobre as decisões e recomendações proferidas por esse órgão, incluindo a sua posterior coercibilidade e exequibilidade em desfavor do Estado-membro reclamado. Também, será preciso estabelecer os critérios de conexões dos colaboradores a serem relacionados com o momento da expiração do seu mandato, de forma a definir previamente no *DSU* se será permitida a sua atuação transitória e específica em casos cujas as condições sejam, isoladamente ou em conjunto, assim verificadas: (i) casos que estavam andamento quando do término do mandato; (ii) casos que ainda não tinham ingressado no Órgão de Apelação até o final do mandato; (iii) casos em que o colaborador estava a atuar na expiração do mandato; (iv) casos que o membro nunca trabalhou até a finalização do mandato.

2.3. Apreciação pelo Órgão de Apelação somente das questões necessárias à resolução da controvérsia

O artigo 3.4 do *DSU*³⁴ estabelece que as recomendações ou decisões formuladas pelo *DSB* terão por objetivo encontrar solução satisfatória para a matéria em questão, de acordo com os direitos e obrigações emanados pelo presente *DSU* e pelos acordos comerciais abrangidos. Da mesma forma, a

³⁴ Confira esses objetivos: “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.”

primeira parte do artigo 3.7³⁵ estabelece que a finalidade maior do mecanismo de solução de controvérsias é garantir uma solução positiva para as controvérsias.

Para tanto, de acordo com os artigos 7.1 e 11 do *DSU*, os painéis e o Órgão de Apelação são encarregados de examinar, à luz das disposições pertinentes, os acordos comerciais citados pelas partes em controvérsia, a questão submetida ao *DSB* no documento, estabelecer conclusões que o auxiliem a fazer recomendações ou emitir decisões previstas naqueles acordos. Nesse sentido, quando o painel ou o Órgão de Apelação concluir que uma medida é incompatível com um acordo abrangido, deverá recomendar que o membro reclamado torne a medida compatível com o acordo. Além de suas recomendações, esses órgãos ainda poderão sugerir a maneira pela qual o membro demandado poderá implementar as recomendações.

Todavia, os EUA estão cada vez mais preocupados com a tendência dos relatórios da OMC de inserir resultados desnecessários para resolver uma disputa ou sobre questões não apresentadas na disputa. Os EUA repetidamente levantaram preocupações por mais de 16 anos sobre esta questão, que propuseram orientação formal para os membros evitarem de fazer esclarecimentos que não visassem resolver a disputa. No entanto, existem numerosas ocasiões em que um painel ou o Órgão de Apelação fez considerações desnecessárias ou “opiniões consultivas.” Os painéis da OMC e o Órgão de Apelação estão a fazer interpretações, esclarecimentos e consultas que não ajudam o *DSB* a fazer as suas recomendações. O objetivo do sistema de solução de controvérsias não é produzir relatórios ou “tornar lei”, mas sim para ajudar os Estados-membros a resolver disputas comerciais entre eles. Os membros da OMC não deram aos painéis o poder de dar “opiniões consultivas” como detêm alguns tribunais nacionais ou internacionais. O Acordo Constitutivo da OMC e o *DSU* estabelecem de maneira expressa que somente os Estados-membros são competentes para emitir opiniões ou interpretar os acordos comerciais, por meio da sua atuação como Conferência Ministerial ou no papel de Conselho Geral.³⁶

Para ilustrar a situação apontada pelos EUA, veja a disputa envolvendo a Guatemala e México (denominada “*Anti-Dumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico*”), no qual em 15 de outubro de 1996 o México solicitou consultas com a Guatemala a respeito de uma investigação antidumping iniciada pela Guatemala com relação às importações de cimento Portland do México. Os demais Estados-membros EUA, Canadá, Honduras e El Salvador reservaram seus direitos de terceiros.³⁷ Sobre esse caso, os EUA observaram que mais de dois terços da análise do Órgão de Apelação (46 páginas) estava na natureza de “*obiter dicta*”.³⁸ O Órgão de Apelação reverteu considerações do painel e descartou as suas conclusões todas as outras questões abordadas no relatório do painel. Não bastasse, o

³⁵ Trata-se, em última instância, da razão da própria existência do *DSB* como órgão solucionador de diferenças (“apontador de soluções”), e não necessariamente órgão de julgamento: “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.(...)”

³⁶ 2018 Annual Press Report da United States Trade Representative (USTR), p. 26.

³⁷ O relatório do Órgão de Apelação (*Appellate Body Report and Panel Report*) nº WT/DS60/12 emitido em 09 de abril de 1999 e todos os demais documentos e informações sobre essa disputa podem ser obtidos no site oficial da OMC em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds60_e.htm

relatório do Órgão de Apelação prosseguiu em grande medida para definir interpretações de várias disposições do GATS que não serviram para resolver a disputa - elas eram recursos de resultados do painel discutido. Assim, mais de dois terços da análise do Órgão de Apelação compreendia pareceres consultivos sobre questões legais. Isto não é apenas contrário às regras da OMC, conforme acordado pelos Estados Unidos e membros da OMC, mas levanta preocupações sobre a qualidade e o propósito de tais interpretações desnecessárias.³⁹

Novamente, percebemos que as preocupações dos EUA têm certa pertinência. Somente a Conferência Ministerial e o Conselho Geral são quem, por definição dos Estados-membros, têm a competência como “autoridades” dentro da estrutura da OMC para interpretação dos acordos comerciais. O artigo 9, n° 2 do Acordo Constitutivo da OMC⁴⁰ define que a Conferência Ministerial e o Conselho Geral terão autoridade exclusiva para adotar interpretações do Acordo Constitutivo da OMC e dos acordos multilaterais de comércio. No caso de uma interpretação de um acordo multilateral de comércio inserido no Anexo 1 do Acordo Constitutivo da OMC,⁴¹ a Conferência Ministerial e o Conselho Geral exercerão sua autoridade com base em uma recomendação do Conselho responsável pelo funcionamento do Acordo em questão. A decisão de adotar uma interpretação será tomada por maioria de três quartos dos membros.

Para além disso, as disposições do *DSU* não devem prejudicar o direito dos Estados-membros de buscar interpretação autorizada das disposições do Acordo Constitutivo da OMC ou de qualquer acordo comercial. A atuação das estruturas orgânicas do *DSB*, incluindo sem se limitar ao seu Órgão de Apelação, não podem confrontar com o direito dos Estados-membros de se valerem da Conferência Ministerial e do Conselho Geral como autoridades competentes para adotar interpretações do Acordo Constitutivo da OMC e dos acordos multilaterais de comércio. Esse direito subjetivo se encontra insculpido no artigo 3.9 do *DSU*.⁴²

Sendo assim, resta evidente que existe (ou deveria existir) uma fronteira bem clara entre as competências e funções do Órgão de Apelação e do conjunto formado pela Conferência Ministerial e o

³⁸ Conforme conclusões apontadas pelos EUA na Sessão Especial do *DSB* por meio da comunicação denominada “Contribuição Adicional dos Estados Unidos para Melhorar a Flexibilidade e controle de membros na solução de controvérsias da OMC - Comunicação dos Estados Unidos – Termo Aditivo” de n° TN/DS/W/82/Add.2.

³⁹ 2018 Annual Press Report da United States Trade Representative (USTR), p. 27.

⁴⁰ Realmente, a Conferência Ministerial e o Conselho Geral serão as “autoridades exclusivas” dentro da OMC para consultoria e interpretações no que se refere aos acordos comerciais, nos exatos termos do artigo 9, n° 2: “2. The Ministerial Conference and the General Council shall have the exclusive authority to adopt interpretations of this Agreement and of the Multilateral Trade Agreements. In the case of an interpretation of a Multilateral Trade Agreement in Annex 1, they shall exercise their authority on the basis of a recommendation by the Council overseeing the functioning of that Agreement. The decision to adopt an interpretation shall be taken by a three-fourths majority of the Members. This paragraph shall not be used in a manner that would undermine the amendment provisions in Article X.”

⁴¹ Cumpre lembrar que no Anexo n° 1 temos: (i) Anexo 1A: “Acordos Multilaterais de Comércio de Bens” (*Multilateral Agreements on Trade in Goods*), que englobam os: Acordo Geral de Tarifas e Comércio de 1994; Acordo sobre Agricultura; Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias; Acordo sobre Têxteis e Vestuário; Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio; Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas com o Comércio; Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do GATT 1994; Acordo sobre a Implementação do Artigo VII do GATT 1994; Acordo sobre Inspeção Pré-Embarque; Acordo sobre Regras de Origem; Acordo sobre Procedimentos para o Licenciamento de Importações; Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias; Acordo sobre Salvaguardas; (ii) Anexo 1B: “Acordo Geral sobre Comércio de Serviços e Anexos” (*General Agreement on Trade in Services and Annexes – GATS*) e (iii) Anexo 1C: “Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio” (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*).

⁴² Confirma verbalmente o dispositivo 3.9 do *DSU*: “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.”

Conselho Geral. As recomendações ou decisões formuladas pelo Órgão de Apelação terão por objetivo encontrar uma solução satisfatória à controvérsia em questão, dentro dos limites da discussão que permeiam a disputa e da devolução da matéria recorrida descrita nas peças dos recursos de apelação apresentados pelas partes. As questões a serem analisadas pelo Órgão de Apelação em seu relatório devem necessariamente conter pertinência com os direitos e obrigações dos acordos comerciais referenciados nos apelos recursais dos membros.

Por parte da UE, o “*Concept Paper*” traz consigo a proposta de modificação do artigo 17.12 do DSU, segundo a qual o Órgão de Apelação “deve abordar cada uma das questões levantadas” em recurso. Para maior esclarecimento da questão, pode ser adicionado ao artigo 17.12 o seguinte trecho: “na medida em que tal seja necessário para a resolução do litígio”. Com isso, as preocupações do EUA e de eventuais outros Estados-membros serão atendidas na medida em que o Órgão de Apelação deixará de fazer pareceres longos ou manifestações “*obiter dicta*” que não estritamente são necessárias à resolução da disputa.

2.4. Interpretação prática do artigo 17.6 do DSU pelo Órgão de Apelação referente à legislação interna de um Estado-membro

Outra discussão existente entre os Estados-membros se refere à aplicação prática do artigo 17.6, mais especificamente sobre a atuação do Órgão de Apelação para revisar os fatos que permeiam as disputas. Conforme se depreende do artigo 17. 6 do DSU,⁴³ a apelação deverá se limitar-se às questões de direito tratadas pelo relatório dos painéis e às interpretações jurídicas por ele formuladas. Isso significa dizer também que o Órgão de Apelação deverá, por consequência, ater-se a manifestar dentro dos limites delineados pelas questões de direito descritas pelas partes em seus apelos, notadamente a interpretar as discussões jurídicas que as partes apontaram nos recursos (cuja posição discordam) dentre todas as demais debatidas os painéis.

Inobstante, na concepção dos EUA o Órgão de Apelação constantemente profere interpretações a respeito dos relatórios dos painéis sob diferentes padrões, com conclusões que se baseiam em discussões factuais do painel ou em fatos discutíveis. Os EUA observam que, por vezes, a análise do Órgão de Apelação reside sobre o significado de lei interna do Estado-membro que está sendo contestada. O Órgão de Apelação afirma que pode rever o significado de uma lei doméstica do Estado-membro como uma “questão de direito”, mas não fornece fundamentos e nem segue às conclusões das “questões de fato” expostas no painel. Por isso, os EUA não conseguem entender qual a lógica utilizada pelo Órgão de Apelação para se referir às leis internas os países, em afronta ao artigo 17.6 do DSU.⁴⁴ Só porque um painel avalia se um ato jurídico interno (que representa um fato sob a perspectiva do direito da OMC) é consistente ou inconsistente com a lei da OMC não transforma repentinamente o significado dessa

⁴³ É o que diz expressamente o artigo 7.6 do DSU: “6. An appeal shall be limited to issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel.”

⁴⁴ Conforme manifestações descritas nas atas de reuniões do DSB listadas sob os n.ºs WT/DSB/M/315 (realizada em 24 de abril de 2012) e WT/DSB/M/387 (ocorrida em 26 de outubro de 2016).

legislação nacional em uma questão de direito para julgamento dentro das bases da OMC. A abordagem do Órgão de Apelação é, portanto, não apenas contrária às regras da OMC, mas uma abordagem desnecessária e errônea.⁴⁵

Neste ponto, entendemos que a observação dos EUA deve realmente ser debatida por se tratar de relevante. Em uma disputa perante a “jurisdição” da OMC, o fato-chave a ser analisado se refere estritamente à medida comercial em debate. Cabe à OMC verificar se a medida comercial aplicada por um Estado-membro, e que está sendo contestada pelo outro Estado-membro, fere ou não os direitos e obrigações dispostos nos acordos comerciais firmados. A origem ou motivação que levou à adoção da medida comercial contestada pelo membro reclamado não importa. Se a política comercial implementada pelo membro reclamado que resultou na adoção da medida se fundamenta em questões internas, quer sejam de natureza política ou jurídica, isso não terá relevância para fins de análise e julgamento por parte da OMC.

Com efeito, o *DSB* por meio dos seus órgãos internos (sejam os painéis ou o Órgão de Apelação) deverão tratar a medida comercial contestada como um “todo factível” a ser analisado pela OMC, incluindo todas as circunstâncias que o rodeiam. A legislação doméstica que eventualmente está por detrás da medida comercial (e à fundamenta sob o ponto de vista interno legal) deverá também ser considerada pela OMC como o “próprio fato” a ser analisado sob a ótica das relações comerciais. Para a OMC, a fundamentação jurídica interna do Estado-membro assim como a sua medida comercial daí decorrente devem ser considerados como um “único fato”, a ser devidamente analisada dentro dos parâmetros das relações comerciais internacionais. Em suma, a legislação interna de um Estado-membro não deve ser confundida com as questões jurídicas em si oriundas dos direitos e obrigações estipulados nos acordos comerciais celebrados sob os auspícios da OMC.

Por isso, o Órgão de Apelação deve tomar o significado de uma lei interna do Estado-membro como uma “questão de fato” (em conjunto com a medida comercial propriamente dita em questão no *DSB*), em vez de entender que se trata de uma “questão de direito” e por consequência sujeita à análise jurídica da OMC, com interpretações e manifestações a respeito nos relatórios. O Órgão de Apelação deve evitar adentrar no mérito da legalidade ou significado da legislação doméstica de um Estado-Membro, em especial não fornecer quaisquer análises ou conclusões de cunho jurídico nas decisões e recomendações a serem adotadas pelo *DSB*.

Na visão da UE, as divergências existentes sobre o artigo 17.6 do DSU podem ser resolvidas com uma pequena alteração em sua redação. No “*Concept Paper*”, a UE propõe que esse dispositivo legal seja emendado com a inserção de um trecho que diga que “questões de direito cobertas no relatório do painel e interpretações jurídicas desenvolvidas pelo painel não incluem o significado das medidas domésticas”. Desse modo, o *DSB* evitará de realizar considerações ou ilações sobre os arcabouços jurídicos nacionais e focará nas consequências comerciais que são o objeto em disputa, ainda que seja preciso se referir à tal legislação interna para a caracterização da controvérsia comercial sob a ótica do direito da OMC. Ao final,

⁴⁵ 2018 Annual Press Report da United States Trade Representative (USTR), pp. 27-28.

os Estados-membros terão maior segurança sobre os relatórios dos painéis e do Órgão de Apelação emitidos sobre as demandas.

2.5. Adoção pelo Órgão de Apelação dos seus relatórios como “precedentes”

Outra questão bastante controversa sobre os trabalhos desenvolvidos pelo Órgãos de Apelação se refere à adoção dos seus relatórios anteriores como precedentes vinculantes aos novos julgamentos. Nos termos do artigo 17.4 do DSU, os relatórios do Órgão de Apelação serão adotados pelo *DSB* e aceitos sem restrições pelas partes em controvérsia. A vinculação das partes em litígio aos relatórios será obrigatória, a menos que o *DSB* decida por consenso não adotar o relatório do Órgão de Apelação dentro do prazo de 30 dias contados a partir da sua distribuição aos membros. Este procedimento de adoção dos relatórios não poderá prejudicar o direito dos membros de expor suas opiniões sobre o relatório do Órgão de Apelação.

Sendo assim, o artigo 17.4 do *DSU* é claro ao vincular os Estados-membros em confronto ao próprio relatório emitido pelo Órgão de Apelação para dirimir o respectivo litígio. Mas, em momento algum, o *DSU* afirma que o relatório a ser emitido (e por consequência as próprias partes) serão vinculadas a outros relatórios do Órgão de Apelação adotados em controvérsias anteriores. Não existe norma no *DSU* que preveja que as decisões e recomendações emanadas pelo Órgão de Apelação em casos anteriores devam ser assumidas como interpretações vinculantes para o julgamento dos casos atuais, como se fossem “normas em tese” regentes das relações internacionais, interpretações gerais feitas pela OMC, ou ainda, parte integrante dos próprios acordos comerciais entabulados pelos membros.

Inclusive, não custa reiterar como dito nos tópicos anteriores que somente a Conferência Ministerial e o Conselho Geral são quem, por definição dos Estado-membros, têm a competência como “autoridades” dentro da estrutura da OMC para interpretação dos acordos comerciais. O artigo 9, n° 2 do Acordo Constitutivo da OMC define que a Conferência Ministerial e o Conselho Geral terão autoridade exclusiva para adotar interpretações do Acordo Constitutivo da OMC e dos acordos multilaterais de comércio.

Na perspectiva dos EUA, o Órgão de Apelação vem agindo de forma equivocada no seu posicionamento. O Órgão de Apelação tem afirmado que os seus relatórios efetivamente servem como precedente e que os painéis devem seguir relatórios anteriores do Órgão de Apelação. No entanto, não existem “razões convincentes” para que isso seja tomado com regra dentro da OMC. Os relatórios do Órgão de Apelação podem fornecer esclarecimentos valiosos sobre os acordos abrangidos, mas não são, eles próprios, textos acordados nem são um substituto para os acordados comerciais. A abordagem do Órgão de Apelação significa que os painéis devem simplesmente abdicar da sua responsabilidade de realizar uma avaliação objetiva dos assuntos que lhes são apresentados e apenas seguir os relatórios anteriores do Órgão de Apelação.⁴⁶

Na busca de um consenso para essa questão, a UE propõe em seu “*Concept Paper*” que seja criado um “canal de comunicação” entre o Órgão de Apelação e os Estados-membros da OMC. Por meio

de um mecanismo que permita intercâmbios regulares entre o Órgão de Apelação e membros (por exemplo, reuniões anuais), as partes poderão expressar pontos de vista sobre os relatórios que foram adotados. Isso proporcionaria um diálogo adicional onde as preocupações com relação a algumas abordagens do Órgão de Apelação poderiam ser expressas, em especial e por exemplo, o tratamento decisões anteriores como precedentes e evolução da jurisprudência.

De fato, consideramos que a proposta acima da EU deve ser debatida entre os membros. Sem dúvida, todo “canal de comunicação” é válido como um tipo de mecanismo que estimula avanços e aprimoramentos a respeito de uma determinada temática, por meio da troca de experiências e pontos de vista entre os envolvidos que suportam os efeitos das decisões tomadas. A evolução da OMC em busca de uma constante eficiência virá da sua capacidade de debate e intercâmbio de ideias entre os Estados-membros para aprimoramento de forma contínua das suas normas, procedimentos e mecanismos de controle. A realidade comercial e econômica dos países (analisados sob a perspectiva individual) e do mundo (numa troca constante de relações) mudam rapidamente dentro do contexto globalizado, dinamizando as relações comerciais multilaterais e plurilaterais sobre as quais a OMC deve administrar para trazer segurança e previsibilidade.

Porém, não se poderá deixar que esse “canal de comunicação” (se vier a ser instalado) transforme-se numa instância de interferência entre as funções e competências de cada órgão da estrutura da OMC definidas no Acordo Constitutivo da OMC e no *DSU*. O diálogo aberto entre os Estado-membros e as estruturas administrativas da OMC (que representam os interesses da coletividade) não pode se transformar num mecanismo de pressão ou controle, seja de natureza política ou jurídica, que sirva como meio para determinados Estados-membros (ou grupo de membros) consiga impor as suas posições de forma a favorecer os seus interesses particulares e assim se beneficiar de forma indireta e ilícita.

Em se tratando do específico Órgão de Apelação, é preciso garantir de maneira contundente dentro da OMC a total autonomia desse órgão em suas análises e total independência dos seus membros para emitir decisões e recomendações. É de suma importância ter instrumentos legais que garantam um julgamento isento e dentro das regras de direito internacional que assegurem o *fair trade*, o comércio justo e a concorrência leal, com vistas à promoção da livre troca internacional entre os países.

2.6. Outras sugestões da União Europeia sobre a estrutura do Órgão de Apelação

Por último, cumpre mencionar ainda outras propostas de alterações feitas pela UE sobre o Órgão de Apelação. São sugestões constantes no “*Concept Paper*” que se referem aos colaboradores que desempenham os trabalhos de análise das apelações e confecção dos relatórios dentro do Órgão de Apelação. A UE com vistas à uma maior independência funcional do Órgão de Apelação propõe outras alterações conforme abaixo.

A primeira delas se refere ao mandato único para seus membros. Essa mudança consiste em estabelecer mais tempo de prazo para as pessoas de reconhecida competência nomeadas dentro do Órgão

⁴⁶ 2018 Annual Press Report da United States Trade Representative (USTR), pp. 27-28.

de Apelação (em torno de 6 a 8 anos), em detrimento do atual quadro que prevê um mandato de 4 anos, podendo ser renovado por uma vez conforme artigo 17, n° 2. Isso ajudaria a ilidir a preocupação de grande maioria dos membros da OMC no que diz respeito à independência e eficiência do Órgão de Apelação.

A segunda alteração é aumentar o número de membros do Órgão de Apelação dos atuais 7 para 9 pessoas, com revisão do previsto no artigo 17, n° 1 do DSU. Esse crescimento ajudaria a aumentar a eficiência do Órgão de Apelação, melhorando o equilíbrio geográfico após a adesão de importantes membros a partir de 1995. Além disso, a organização interna do Órgão de Apelação poderia ser melhorada como uma divisão mais racional ao designar as câmaras de julgamento dos três membros para cada apelo, eliminando ou diminuindo sobreposições.

A terceira proposta tem como objetivo tornar o trabalho do membro do Órgão de Apelação num labor em tempo integral. Isto é, modificar a norma que instituiu o formato de trabalho em tempo parcial constante no documento n° WT/DSB/1⁴⁷ que trata das “Recomendações do Comitê Preparatório” (*Recommendations by the Preparatory Committee for the WTO*) aprovadas em 10 de fevereiro de 1995 para subsequente instalação do DSB (que por sua vez foi estabelecido oficialmente no dia 19 de junho de 1995). De acordo com artigo 10 desse documento, o DSU estabeleceu que os membros do Órgão de Apelação devem estar disponíveis em todos os momentos e com pouca antecedência, dentro de uma relação de trabalho prioritária com a OMC. Mas os membros poderão ter outras atividades em paralelo aos trabalhos disponibilizados à OMC. Com a mudança do regime de trabalho para o integral (e exclusivo), possivelmente a eficiência do Órgão de Apelação irá melhorar porque poderá contar com maior compromisso e disponibilidade de tempo dos seus membros.

A quarta e última alteração proposta pela UE se refere à expansão dos recursos do Secretariado do Órgão de Apelação, como forma de agilizar os trabalhos e otimizar os recursos. O crescimento da estrutura interna de secretaria do Órgão de Apelação poderá ser considerado como uma medida a ser adotada, o que não exigiria qualquer alteração no DSU.

3. Conclusões

Por tudo o exposto, conclui-se que o sistema de solução de controvérsias da OMC exerce hoje um importante papel no exercício da previsibilidade, no estabelecimento de maior segurança jurídica e no controle dos desvios e excessos cometidos por seus membros. O DSB tem sido louvado pelas melhorias e desenvolvimentos trazidos sobre os aspectos institucionais da OMC em relação ao sistema anterior do GATT-47. A adjudicação obrigatória das suas decisões para resolver todos os litígios decorrentes dos acordos multilaterais é uma característica fundamental da OMC “*rule based*”, em oposição ao GATT-47 mais suave fundamentado no “*power based*”.

O grupo de sugestões constantes no “*Concept Paper*” da UE para a modernização das normas vigentes do DSB são pertinentes ao artigo do 17 do “*Understanding on Rules and Procedures Governing*

the Settlement Disputes” (DSU), inserido como Anexo nº 2 do *Acordo Constitutivo da OMC*. Tais propostas contemplam as seguintes modificações: (i) emissão do relatório com as decisões e recomendações do Órgão de Apelação dentro do prazo máximo de 90 dias; (ii) inserção no DSU de regras de transição para os membros do Órgão de Apelação; (iii) apreciação pelo Órgão de Apelação somente das questões necessárias à resolução da controvérsia; (iv) interpretação prática do artigo 17.6 do DSU pelo Órgão de Apelação referente à legislação interna de um Estado-membro; (v) adoção pelo Órgão de Apelação dos seus relatórios como “precedentes”; (vi) outras sugestões da UE sobre a estrutura do Órgão de Apelação.

A aprovação institucional dessas modificações se dará mediante o procedimento de alteração disposto no artigo 10, nº 1 do *Acordo Constitutivo da OMC*, segundo a qual alterações sobre o DSU podem ser decididas pela Conferência Ministerial, após apresentação de proposta por qualquer Estado-membro da OMC. A decisão será tomada por consenso dentro do prazo de 90 dias (salvo se for estipulado prazo maior) e as alterações entrarão em vigor após a aprovação pela Conferência Ministerial. Caso se alcance o consenso, a Conferência Ministerial apresentará prontamente a proposta de alteração aos membros para aceitação. Caso o consenso não seja possível na reunião da Conferência Ministerial, dentro do período estabelecido a Conferência Ministerial decidirá pelo quórum qualificado da maioria de dois terços dos membros para aprovação da proposta e aceitação.

Ademais, se os Estados-membros tiverem o entendimento sobre a necessidade de se realizar as alterações no artigo 17 do DSU antes da próxima Conferência Ministerial, o Conselho Geral poderá se reunir para desempenhar as funções da Conferência. Nos intervalos entre reuniões da Conferência Ministerial, o Conselho Geral desempenhará as mesmas funções da Conferência, consoante determina o artigo 4, nº 2 do *Acordo Constitutivo da OMC*.

4. Bibliografia

- BENJAMIM, DANIELA ARRUDA. *O sistema de Solução de Controvérsias da OMC: uma perspectiva brasileira* (coord. Daniela Arruda Benjamim). Brasília: FUNAG, 2013.
- GULLO, MARCELLY FUZARO. *A compensação Monetária como sugestão de fortalecimento ao Sistema de Solução de Controvérsias da OMC*. Coimbra: BFDUC, 2013, separata do vol. LVI.
- LAMY, PASCAL. *The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order*, em *European Journal of International Law*. EJIL, 2007, vol. 17.
- LAMY, PASCAL. Dispute Settlement. *Press Release* nº 578. WTO: 2009.
- *World Trade Organization (WTO)*. *Appellate Body Report and Panel Report* nº WT/DS316/31. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds316_e.htm. Acesso em 20 de julho de 2020
- *World Trade Organization (WTO)*. *Appellate Body Report and Panel Report* nº WT/DS353/29. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds353_e.htm. Acesso em 20 de julho de 2020

⁴⁷ O documento nº WT/DSB/1 - *Establishment of The Appellate Body* e as respectivas recomendações do Comitê Preparatório do DSB podem ser vistas no site oficial da OMC em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=13919&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextSearch

- *World Trade Organization (WTO). Appellate Body Report and Panel Report n° WT/DS60/12.* Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds60_e.htm. Acesso em 20 de julho de 2020
- *World Trade Organization (WTO). Dispute Settlement. Press Release n° 578.* Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/pres09_e/pr578_e.htm. Acesso em 20 de julho de 2020
- *World Trade Organization (WTO). Minute of meeting WT/DSB/M/315.* Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DSB/M315.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2020
- *World Trade Organization (WTO). Minute of meeting WT/DSB/M/387.* Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=234731,234272,233978,233206,233115,232524,232330,231963,231754,231034&CurrentCatalogueIdIndex=4&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=False. Acesso em 20 de julho de 2020
- *World Trade Organization (WTO). Oficial Reports TN/DS/29.* Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Language=ENGLISH&SourcePage=FE_B_009&Context=Script&DataSource=Cat&Query=\(%40Symbol%3DTN%2FDS*+NOT+\(TN%2FDS%2FM%2F*+OR+TN%2FDS%2FW%2F*\)\)&DisplayContext=popup&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Language=ENGLISH&SourcePage=FE_B_009&Context=Script&DataSource=Cat&Query=(%40Symbol%3DTN%2FDS*+NOT+(TN%2FDS%2FM%2F*+OR+TN%2FDS%2FW%2F*))&DisplayContext=popup&languageUIChanged=true#). Acesso em 20 de julho de 2020
- *World Trade Organization (WTO). Oficial Reports TN/DS/30.* Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Language=ENGLISH&SourcePage=FE_B_009&Context=Script&DataSource=Cat&Query=\(%40Symbol%3DTN%2FDS*+NOT+\(TN%2FDS%2FM%2F*+OR+TN%2FDS%2FW%2F*\)\)&DisplayContext=popup&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Language=ENGLISH&SourcePage=FE_B_009&Context=Script&DataSource=Cat&Query=(%40Symbol%3DTN%2FDS*+NOT+(TN%2FDS%2FM%2F*+OR+TN%2FDS%2FW%2F*))&DisplayContext=popup&languageUIChanged=true#). Acesso em 20 de julho de 2020
- *World Trade Organization (WTO). Oficial Reports TN/DS/31.* Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Language=ENGLISH&SourcePage=FE_B_009&Context=Script&DataSource=Cat&Query=\(%40Symbol%3DTN%2FDS*+NOT+\(TN%2FDS%2FM%2F*+OR+TN%2FDS%2FW%2F*\)\)&DisplayContext=popup&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Language=ENGLISH&SourcePage=FE_B_009&Context=Script&DataSource=Cat&Query=(%40Symbol%3DTN%2FDS*+NOT+(TN%2FDS%2FM%2F*+OR+TN%2FDS%2FW%2F*))&DisplayContext=popup&languageUIChanged=true#). Acesso em 20 de julho de 2020
- *World Trade Organization (WTO). The Third WTO Ministerial Conference.* Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min99_e/min99_e.htm
- *World Trade Organization (WTO). WT/DSB/1 - Establishment Of The Appellate Body.* Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=13919&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextSearch. Acesso em 20 de julho de 2020
- PETERSMANN, ERNST-ULRICH. *The GATT/WTO. Dispute Settlement System.* London: Kluwer Law International, 2002.
- REICH, ARIE. *The Effectiveness of The Wto Dispute Settlement System: a statistical analysis.* Italy: European University Institute – Departament o Law, 2017.
- SACERDOTI, GIORGIO. *The nature of WTO arbitrations on retaliation*, em *The Law, economics and politics of retaliation in WTO dispute settlement* (coord. Chad Philips Brown). New York: Cambrige University Press, 2010.
- SHIN, WONKYU; AHN, DUKGEUN. *Trade Gains from Legal Rulings in the WTO Dispute Settlement System*, em *World Trade Review.* Geneva: University of Sussex, 2019 (January).
- *United States Trade Representative (USTR). 2018 Annual Press Report da United States Trade Representative (USTR).* Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Reports/2018/AR/2018%20Annual%20Report%20I.pdf>
- ZIMMERMANN, THOMAS A. *Negotiating the Review of the WTO Dispute Settlement Understanding.* London: Camaron May, 2005.