

Aspectos Procedimentais do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC

Luiz Guilherme Costa Koury*

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Visão geral sobre o OSC - 3. O procedimento para a solução de controvérsias - 3.1 Consultas - 3.2 Grupos Especiais - 3.3 Órgão de Apelação 3.4 Supervisão e Aplicação das Recomendações e Decisões - 3.5 Compensação e Suspensão de Concessões - 4. Conclusão 5. Referências Bibliográficas

RESUMO: O artigo examina os procedimentos do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC através de uma análise sistemática dos artigos do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias. São explicadas as etapas do procedimento: consultas, Grupos Especiais, Órgão de Apelação, Supervisão e Aplicação das Recomendações e Decisões e Compensação e Suspensão de Concessões. Ao final há uma conclusão acerca de aspectos a serem aperfeiçoados no mecanismo, com destaque para uma maior participação dos países em desenvolvimento.

ABSTRACT: The article examines the WTO Dispute Settlement Body through a systematic analysis of the Dispute Settlement Understanding articles. There is an explanation of all the procedural stages: Consultations, Panels, Appellate Body, Surveillance of Implementation of Recommendations and Rulings and Compensation and the Suspension of Concessions. At the end, there is a conclusion relating to aspects that need to be improved in the mechanism, with a distinction to the necessity of an increasing participation of the developing countries.

1. Introdução

Pode-se considerar que a Organização Mundial do Comércio (OMC), criada em 1995, fruto das negociações multilaterais realizadas na Rodada do Uruguai em 1994, tem, como um de seus resultados mais significativos, o estabelecimento de seu Órgão de Solução de Controvérsias (OSC).

A possibilidade de os Estados resolverem suas divergências comerciais no âmbito da OMC, através do OSC, é elemento essencial para trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral do comércio internacional.

Este artigo procura examinar o Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC) que configura o Anexo 2 do Acordo Constitutivo da OMC e é o instrumento que materializa o mecanismo de solução de controvérsias. O ESC, formado

* Membro do GEDI – Grupo de Estudos de Direito Internacional.

por 27 artigos e 4 Apêndices, determina as regras procedimentais do OSC, de forma que o objeto deste trabalho é fornecer uma visão geral desse conjunto normativo, analisando cada um dos temas abrangidos pelos artigos.

2. Visão geral sobre o OSC

Algumas características e princípios fundamentais do OSC são percebidos quando se faz uma análise sistemática do ESC. Essas características contribuem para que se explique a grande utilização do mecanismo de solução de controvérsias atualmente, assim como permitem, dentro de uma análise sistemática, delimitar as perspectivas e os problemas do OSC. A não implementação ou a implementação ainda insuficiente desses princípios gera discussões acerca do futuro do Órgão, sobretudo no que se refere a uma utilização ainda mais eficaz e justa desse mecanismo.

Nesse sentido, percebe-se que em todo o ESC há uma prioridade à negociação como forma de dirimir os conflitos – essa característica prevalece em relação à outra, que é a possibilidade de serem aplicadas sanções aos Estados¹. A meta é sempre conseguir uma solução mutuamente satisfatória para as partes envolvidas².

Vale, nesse ponto, uma observação interessante, pois um dos principais motivos que tornam o mecanismo de solução de controvérsias conhecido, e que de certa forma contribui para sua ampla divulgação na mídia, é justamente essa possibilidade que existe de serem aplicadas sanções aos Estados envolvidos em um conflito. Essa possibilidade será analisada posteriormente, mas é importante perceber que essa idéia comumente passada está, de certa maneira, em desacordo com esse princípio fundamental do OSC, que é a busca constante da solução mutuamente satisfatória.

De fato, há no ESC a possibilidade de aplicação de sanções, mas, de forma alguma, essa previsão significa que o OSC não dê preferência à negociação de uma solução pacífica para as controvérsias. Nota-se, portanto, a necessidade de uma análise detalhada e sistemática do ESC,

1 - Art. 3º (7) do ESC.

2 - LAFER, Celso. *A OMC e a Regulamentação do Comércio Internacional: Uma Visão Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 148.

uma vez que um exame superficial ou isolado de seus dispositivos pode levar a conclusões precipitadas e equivocadas.

Ainda que durante o presente artigo fiquem mais claras as exposições do parágrafo anterior, é interessante, desde já, exemplificar algumas situações encontradas no ESC que comprovam a valorização da negociação entre as partes envolvidas em uma controvérsia. Dessa maneira, tem-se, antes do estabelecimento de Grupos Especiais³, obrigatoriamente, o procedimento de consultas⁴, cujo objetivo é solucionar a controvérsia de modo cooperativo e diplomático, antes de se iniciar uma disputa formal entre as partes no âmbito do OSC com a criação de um Grupo Especial.

Há também a possibilidade de as partes, em qualquer etapa do procedimento de solução de controvérsias, mesmo após a abertura de um Grupo Especial, solucionarem o conflito através de um acordo. As partes podem, inclusive, recorrer aos métodos tradicionais de solução de controvérsias, tais como, os bons ofícios, a conciliação, a mediação e a arbitragem⁵.

A possibilidade de se recorrer à arbitragem está presente nos artigos 21(3). c, 22(6) e 25 do ESC⁶, devendo, por isso, receber uma atenção especial. As hipóteses dos dois primeiros artigos tratam da arbitragem como etapa do procedimento, enquanto que a arbitragem do artigo 25 assemelha-se mais à arbitragem tradicional. O artigo 21(3). c determina a arbitragem para definir o prazo razoável para um Membro⁷ envolvido em uma controvérsia implementar as recomendações definidas por um Grupo Especial. Essa hipótese é compulsória e ocorre no caso de não existir acordo em relação ao prazo proposto pelo país ao qual se dirigem as recomendações⁸.

3 - Grupos Especiais (GE) será a tradução aqui utilizada para os “panels” da OMC. Ressalta-se que é possível encontrar a utilização da palavra painéis como tradução, mas será utilizada a expressão Grupos Especiais por se entender que ela representa melhor a natureza do órgão.

4 - Art. 4º (5) do ESC.

5 - Art. 5º (3) do ESC. Trata da possibilidade de se recorrer aos bons ofícios, à conciliação ou à mediação.

6 - SALVIO, Gabriela Giovanna Lucarelli de. *A Arbitragem na OMC: Uma Visão Comparativa com a Arbitragem como Contraponto a Justiça Estatal*. <www.idcid.org.br>. Acesso em 19/05/2005.

7 - “Membro” será utilizado no sentido de país-parte do OSC.

8 - A aplicação da arbitragem prevista pelo artigo 21(3). c já ocorreu em alguns casos como, por exemplo: WT/DS 27, 48, 54, 55, 59, 64, 84.

O artigo 22(6) trata da arbitragem para o caso de objeção ao montante das suspensões propostas ou quando houver ofensa às disposições relativas à compensação ou suspensão de concessões, previstas no artigo 22 do ESC⁹. Na ocorrência desta arbitragem os árbitros devem ser preferencialmente do Grupo Especial que elaborou o relatório, uma vez que estes terão mais conhecimento acerca da matéria envolvida.

A disposição do artigo 25 refere-se à arbitragem como uma solução alternativa aos procedimentos do OSC. Para que ocorra é necessário que a controvérsia seja claramente definida pelas partes. Uma diferença em relação à arbitragem tradicional está na necessidade de comunicação aos outros Membros sobre a utilização do recurso à arbitragem na forma do artigo 25. A arbitragem tradicional, ao contrário, pode ser realizada em sigilo. Embora sejam notificados do recurso à arbitragem, terceiros interessados só poderão participar dela com a anuência das partes envolvidas. Assim, caso um terceiro sinta-se prejudicado por um laudo arbitral, deve submeter-se a um procedimento próprio do OSC. Ressalte-se que aos laudos arbitrais se aplicam as disposições dos artigos 21 e 22 do ESC, que tratam, respectivamente, da supervisão da aplicação das recomendações e decisões e da compensação e suspensão de concessões.

Ainda decorrente do princípio da busca da solução mutuamente satisfatória para as partes em uma controvérsia, o ESC enfatiza que o objetivo do mecanismo é reforçar a adoção de práticas compatíveis com os acordos negociados. Somente com a recusa da parte em adotar práticas compatíveis é que se torna possível a sanção. De fato, ao menos teoricamente, é muito menos oneroso e ao mesmo tempo muito mais razoável que se chegue a um acordo no sentido de reforçar as práticas de um acordo já existente, antes de se aplicar sanções. Na verdade, a aplicação das sanções é o último recurso para solucionar uma controvérsia: primeiro tenta-se a supressão das medidas incompatíveis,

9 - O Brasil já se envolveu em um caso no qual ocorreu esse tipo de arbitragem. No caso do Programa de Financiamento para Exportação de Aeronaves Civis, interposto pelo Canadá contra o Brasil (WT/DS 46), o Grupo Especial determinou que as medidas adotadas pelo Brasil eram incompatíveis com o Acordo sobre Subsídios. O Brasil então efetuou modificações em suas medidas, mas essas não foram consideradas suficientes pelo Canadá. As compensações oferecidas pelo Brasil também não foram aceitas pelo Canadá, que pediu ao OSC para retaliar o Brasil. A arbitragem do artigo 22 (6) foi, portanto, estabelecida, a pedido do Brasil, para determinar o valor da retaliação cabível.

depois, se for impossível a supressão, tenta-se a compensação e, como último recurso, tem-se a suspensão de concessões ou do cumprimento de obrigações relativas aos acordos abrangidos¹⁰.

Existem certas características do OSC que podem ser consideradas como fatores determinantes para sua freqüente utilização¹¹. A unificação dos procedimentos¹², que passou a existir após a criação do OSC na Rodada do Uruguai, fez com que os procedimentos fossem os mesmos independentemente da matéria discutida e, com isso, facilitou a utilização do OSC¹³.

A criação de um Órgão de Apelação para analisar questões de direito ou relativas às interpretações de direito de questões controversas do Grupo Especial representou uma inovação em relação ao antigo mecanismo que vigorava nos tempos do GATT¹⁴. Esse Órgão de Apelação dá mais credibilidade ao mecanismo ao possibilitar às partes “perdedoras” o questionamento do relatório apresentado pelo Grupo Especial.

No entanto, a mudança mais significativa em relação ao antigo mecanismo do GATT de 1947 e que, sem qualquer dúvida, foi fundamental para dar mais eficácia ao OSC, refere-se à inversão da regra do consenso. Com essa regra, um Grupo Especial só não será constituído ou só não terá seu relatório aprovado, por exemplo, se a totalidade dos Membros, por consenso, assim desejarem – é a chamada regra do consenso negativo¹⁵.

10 - Art. 22 do ESC.

11 - O mecanismo de solução de controvérsias da OMC tem uma demanda muito grande em relação a outros órgãos de solução de controvérsias internacionais. Desde 1995 o OSC já atuou em mais de 320 casos. Possivelmente é o mecanismo de solução de controvérsias que obteve maior êxito na história, tendo em vista o número de casos, o índice de cumprimento das decisões e os acordos realizados. O site da OMC traz informações detalhadas sobre cada um desses casos (www.wto.org).

12 - MARTINS, Eliane Maria Octaviano. *A Sistemática de Solução de Controvérsias no Âmbito da OMC*. <www1.jus.com.br/doutrina>. Acesso em 22/05/2005.

13 - Algumas matérias, destacadamente relativas às questões sobre têxteis e de subsídios, têm algumas regras processuais específicas.

14 - PRADO, Víctor Luiz do. *Mecanismo de Solução de Controvérsias: Fonte de Poder e de Problemas na OMC*. In: *A OMC e o Comércio Internacional* / Coordenador: Alberto do Amaral Júnior. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 266.

15 - Art. 16 (4) do ESC. No sistema anterior vigorava o consenso positivo, ou seja, o procedimento poderia ser brecado se apenas um país, que poderia inclusive estar envolvido na controvérsia, se manifestasse nesse sentido.

Antigamente, na vigência do sistema anterior do GATT, a possibilidade de impedir a formação de um Grupo Especial ou mesmo de não aceitar um relatório poderia acontecer caso apenas um Estado se manifestasse nesse sentido. Obviamente, essa possibilidade, na maioria dos casos, inviabilizava o funcionamento efetivo do mecanismo de solução de controvérsias uma vez que o próprio Estado envolvido na demanda poderia brevar isoladamente o funcionamento de um Grupo Especial¹⁶.

Feitas essas considerações iniciais que demonstram, ao menos genericamente, o “espírito” do OSC, deve-se passar ao exame do ESC, analisando cada um dos temas por ele tratado.

3. O procedimento para a solução de controvérsias

A- Âmbito de Aplicação do ESC

As regras do ESC que determinam as normas procedimentais do OSC devem ser aplicadas aos chamados “acordos abrangidos”, constantes no Apêndice 1 do próprio Entendimento¹⁷. No que se refere à aplicação do Entendimento, deve-se lembrar que há o intuito de se preservar regras e procedimentos específicos ou adicionais que porventura existam em algum acordo. Esses procedimentos especiais devem ser aplicados na medida do possível, sendo que os procedimentos “gerais” do Entendimento devem ser aplicados na medida necessária para evitar o conflito de normas. Nesse sentido, o Apêndice 2 do ESC lista os Acordos e suas respectivas regras específicas que devem ser respeitadas nos procedimentos para a solução de controvérsias¹⁸.

16 - THORSTENSEN, Vera. *OMC: As Regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais*. 2ª.ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001, p. 371.

17 - O Apêndice 1 do ESC lista esses acordos: Acordo Constitutivo da OMC; Acordos Comerciais Multilaterais (Acordos Multilaterais sobre o Comércio de Mercadorias, Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços, Acordos sobre Aspectos de Direito de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, Entendimento Relativos às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias); Acordos Comerciais Plurilaterais (Acordo sobre o Comércio de Aeronaves Civis, Acordo sobre Compras Governamentais, Acordo Internacional sobre Produtos Lácteos, Acordo Internacional de Carne Bovina).

18 - Apêndice 2 - Normas e Procedimentos Especiais ou Adicionais contidos nos Acordos Abrangidos.

B - Administração do mecanismo de solução de controvérsias e a questão dos países em desenvolvimento

Cabe ao OSC a administração do mecanismo de solução de controvérsias. Isso significa que é competência do Órgão a aplicação, nas situações concretas, dos procedimentos previstos no ESC. Assim, são exemplos de atribuições do OSC ao longo do procedimento de solução de controvérsias: estabelecer Grupos Especiais; acatar relatórios desses Grupos ou do Órgão de Apelação; acompanhar a implementação das decisões e recomendações do relatório; autorizar a suspensão de concessões e outras obrigações determinadas dentro dos acordos abrangidos¹⁹.

As questões relacionadas à administração organizacional do OSC são de responsabilidade do Secretariado, com destaque para a assistência aos Membros e ao OSC no que refere ao próprio funcionamento do Órgão e às informações prestadas às partes envolvidas em uma controvérsia. É o Secretariado o responsável por auxiliar os Grupos Especiais, prestando a devida assistência – técnica, jurídica e histórica, para o adequado desenvolvimento dos trabalhos²⁰.

Deve-se salientar que é dever do Secretariado prestar assistência adicional a países em desenvolvimento²¹. Essa busca por um tratamento diferenciado aos países em desenvolvimento é, aliás, uma constante em todo o ESC e reflete uma preocupação, ao menos teórica, com uma maior participação desses países no mecanismo de solução de controvérsias.

Alguns dos artigos do ESC demonstram expressamente esse cuidado com os países em desenvolvimento. O artigo 8(10) determina que quando há a participação de um país em desenvolvimento em uma controvérsia, o Grupo Especial deve ser formado necessariamente por, ao menos, um integrante natural de um país em desenvolvimento. O artigo 12(10) concede uma extensão no prazo de argumentação para os países em desenvolvimento. Ainda no mesmo sentido, o artigo 12(11) impõe que o relatório dos Grupos Especiais deve indicar explicitamente a maneira pela qual foram levadas em consideração as disposições

19 - Art. 2º do ESC.

20 - Art. 27 (1) do ESC.

21 - Art. 27 (2) do ESC.

referentes ao tratamento diferenciado e mais favorável aos países em desenvolvimento.

O artigo 21(2) trata da atenção especial que deve ser dada às medidas que tenham sido objeto da solução de controvérsias no caso da participação de países em desenvolvimento, e o artigo 22(8) ressalta que os possíveis impactos econômicos das medidas determinadas na solução de controvérsias devem ser considerados, não devendo apenas ser avaliados os impactos comerciais. Já o artigo 24 é destinado exclusivamente a procedimentos especiais para casos que envolvam países de menor desenvolvimento relativo. Este artigo consagra a aplicação do princípio da moderação nesses casos, o que significa que deve ser levada em consideração a realidade do país de menor desenvolvimento relativo. O artigo 24 determina também a possibilidade de o Diretor-Geral ou do Presidente do OSC realizar os bons ofícios, a conciliação ou a mediação, caso haja solicitação do país de menor desenvolvimento, como forma de auxiliar as partes na busca de uma solução antes do estabelecimento de um Grupo Especial.

A existência desses dispositivos infelizmente não traz resultados eficientes na prática. O pouco acesso desses países ao mecanismo de solução de controvérsias da OMC é, inclusive, uma das maiores queixas com relação ao futuro do mecanismo. Há a necessidade de se garantir o efetivo acesso dos países em desenvolvimento ao OSC como forma de fortalecer o próprio mecanismo. Essa necessidade é urgente para dar, de fato, uma real oportunidade para que países em desenvolvimento, que porventura estejam prejudicados em uma relação comercial, tenham possibilidade de ter essa questão solucionada no âmbito da OMC.

Os maiores problemas enfrentados pelos países em desenvolvimento referem-se desde a simples dificuldade em acionar o sistema de solução de controvérsias até a própria eficácia em implementar as decisões que lhes são favoráveis. Essas dificuldades ocorrem por razões diversas. A escassez de recursos técnicos disponíveis, o alto custo político de uma demanda no OSC e a falta de material humano qualificado impedem muitas vezes que o mecanismo de solução de controvérsias seja acionado. No que se refere à implementação das decisões favoráveis, percebe-se a ausência de instrumentos de retaliação contra países desenvolvidos. Muitas vezes, uma decisão favorável de um Grupo Es-

pecial não se concretiza em favor do país em desenvolvimento, uma vez que a discrepância econômica em relação ao outro país envolvido torna ineficaz toda medida porventura adotada pelo país em desenvolvimento.

Outro aspecto relevante no que diz respeito às situações em que há discrepância entre os países envolvidos se refere ao fato de que as medidas disponíveis para coagir o país em melhores condições econômicas a implementar uma decisão de um Grupo Especial não são suficientes para atingir esse objetivo. Essa situação demonstra que, assim como em outras áreas do direito internacional, o direito internacional comercial, no caso representado pelo OSC da OMC, não está imune às forças político-econômicas existentes no cenário internacional.

C - Etapas do procedimento de solução de controvérsias

O ESC define as regras e etapas do mecanismo de solução de controvérsias. Dentre as disposições, algumas devem ser entendidas como regras gerais para todas as disputas no OSC.

Deve-se destacar, por exemplo, a presunção de que, normalmente, toda e qualquer transgressão, por parte de um Membro, das normas de um acordo abrangido, produz efeitos desfavoráveis para outros Membros do acordo em questão e, por conta disso, a prova de que não houve prejuízo caberá ao Membro contra o qual a reclamação de violação foi apresentada. Essa presunção decorre da disposição do ESC que determina que, nos casos em que não são cumpridas obrigações oriundas de um acordo abrangido, essa medida constitui uma hipótese de anulação ou de restrição desse acordo²².

Outra disposição geral que deve ser salientada relaciona-se à compatibilidade das soluções encontradas com os acordos abrangidos. O acordo é que define o âmbito de aplicação e o procedimento deve ter como finalidade a conservação do acordo na medida do possível. Dessa forma, as soluções não devem anular ou prejudicar benefícios de qualquer Membro em virtude dos acordos, uma vez que, assim, elas estariam impedindo a realização de objetivos previamente convencionados²³.

22 - Art. 3º (8) do ESC.

23 - Art. 3º (5) do ESC.

3.1 Consultas²⁴

O procedimento de consultas decorre do já citado princípio do ESC de se buscar uma solução mutuamente satisfatória para as partes através da via diplomática. É uma fase prévia obrigatória antes de ser estabelecido um Grupo Especial.

Nesse procedimento o Membro deve conceder oportunidade para consulta com relação às medidas adotadas, que afetem o funcionamento de qualquer acordo abrangido. As consultas não prejudicam o direito de qualquer Membro em qualquer procedimento posterior.

Como é procedimento obrigatório, o OSC e os Comitês da OMC pertinentes à matéria devem ser notificados sobre qualquer solicitação de consultas. As consultas devem ser feitas por escrito, contendo todas as razões que as fundamentem (indicação das medidas controversas e embasamento legal). Se um Membro não participante ou não envolvido, pelo menos em princípio, diretamente com a questão demonstrar interesse comercial substancial nas consultas, este Membro poderá ser integrado às mesmas, como terceiro interessado.

O requerimento de abertura de um Grupo Especial poderá ser feito nos casos de falta de resposta para a solicitação de consultas no prazo de 10 dias, de não efetivação das consultas dentro de prazo não superior a 30 dias, ou de inviabilidade de se encontrar uma solução efetiva para a controvérsia através das consultas realizadas.

Ressalta-se que todos os prazos da fase de consultas devem ser acordados entre as partes. Esses prazos variam muito na prática em função da natureza da questão envolvida. Uma questão que envolva, por exemplo, bens perecíveis é considerada caso de urgência e, por isso, tenta-se acelerar todas as etapas do processo, inclusive a fase das consultas.

3.2 Grupos Especiais

Os Grupos Especiais têm a função de auxiliar o OSC no desempenho de suas obrigações e realizam esse papel ao efetuarem uma avaliação objetiva da matéria envolvida no caso que lhe é apresentado. É feita uma análise detalhada que aponta todos os aspectos atinentes à

24 - Art. 4º do ESC.

questão, visando verificar com a maior precisão possível a conformidade das medidas adotadas com os acordos abrangidos. Dessa forma, considerando sempre o interesse das partes envolvidas e o princípio da busca da solução mutuamente satisfatória, o Grupo Especial deve realizar freqüentemente consultas com as partes envolvidas na controvérsia.

A abertura de um Grupo Especial se dá a pedido da parte interessada no caso. Esse pedido deve ser apresentado em uma reunião do OSC e é fundamental que seja bem claro e identifique as medidas da controvérsia, assim como a forma pela qual se deu o procedimento de consultas e o embasamento legal que fundamenta a reclamação²⁵. Ressalta-se que a regra do consenso negativo já se aplica para a criação do Grupo Especial no OSC, de modo que esse só não será criado no caso de uma decisão negativa unânime do OSC. Percebe-se que essa é uma hipótese difícil de ocorrer, pois o Membro que requereu a formação do Grupo Especial teria que votar contra seu próprio pedido²⁶.

Os Grupos Especiais devem ser compostos por três indivíduos. No entanto, existe a possibilidade de as partes acordarem que o Grupo Especial seja composto por cinco indivíduos. A indicação dos integrantes será feita pelo Diretor Geral da OMC caso as partes não cheguem a um acordo sobre os indivíduos indicados. Ressalte-se que a oposição a uma indicação só é possível se for motivada por razões imperiosas.

O Secretariado mantém uma lista com nomes de indivíduos com notório conhecimento na área de política comercial, que são qualificados para atuarem em Grupos Especiais, visando auxiliar os países na indicação dos integrantes. Obviamente, essas pessoas atuarão de acordo com suas capacidades individuais e não como representantes do governo de seus países, conforme dispõem os artigos 8(1) e 8(2). Percebe-se que eles devem agir pautados pelos princípios da autonomia, independência e imparcialidade.

Não obstante essas disposições, o artigo 8(3) determina que nacionais de países que estejam envolvidos em uma controvérsia só podem atuar se houver acordo entre as partes. O significado de “nacionais” deve ser entendido de forma ampla, abrangendo nacionais cujos

25 - Art. 6 do ESC.

26 - PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio Internacional e Protecionismo: As Barreiras Técnicas na OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 55.

Estados pertençam a uma união aduaneira ou mercado comum, que estejam envolvidos em uma controvérsia. Assim, no caso de uma controvérsia envolvendo a Comunidade Européia, nenhum nacional de Estados-membros da Comunidade Européia poderá compor o Grupo Especial sem o consentimento da outra parte envolvida²⁸.

Após a criação do Grupo Especial, deve ser elaborado um Termo de Referência pelas partes com o intuito de nortear o trabalho do Grupo Especial e esclarecer a questão a ser apreciada, informando as próprias partes e os terceiros sobre o pleito existente. O ESC, em seu artigo 7(1), traz um Termo padrão que é muito utilizado pelas partes. O Termo de Referência deve ser sempre considerado pelo Grupo Especial em todas as etapas de análise da questão que lhe é apresentada.

No caso de pluralidade de partes reclamantes em uma mesma controvérsia, um único Grupo Especial deve ser estabelecido e este terá a obrigação de levar em consideração o interesse de todas as partes envolvidas no litígio²⁹. Os Membros que demonstrarem interesse concreto em um caso analisado por um Grupo Especial podem atuar como terceiros interessados, desde que notifiquem formalmente esse interesse ao OSC. Nessa condição, os referidos Membros têm oportunidade para serem ouvidos nos procedimentos orais e também de tecerem alegações por escrito ao Grupo Especial. No entanto, deve-se ressaltar que, por estarem apenas como terceiros, o interesse desses Membros pode ser deixado de lado nas considerações apresentadas pelo Grupo Especial³⁰.

Para alcançar o objetivo de chegar a uma solução para a controvérsia, o Grupo Especial deve buscar todas as informações que possam auxiliar na solução do caso. Nesse contexto, o próprio ESC prevê, no Apêndice 4, a existência de um Grupo Consultivo de Peritos que tem a função de assistir o trabalho dos Grupos Especiais, prestando informações técnico-científicas específicas que podem emergir em um caso concreto.

27 - Cabe ressaltar que na OMC é a Comunidade Européia que é parte da OMC e não a União Européia, como se poderia pensar. A Comunidade Européia forma a União Européia e representa sua vertente econômica.

28 - Art. 8 do ESC.

29 - Art. 9 do ESC.

30 - Art. 10 do ESC.

O Apêndice 3 do ESC dispõe sobre os procedimentos de trabalho que, assim como as regras do próprio ESC, devem ser respeitados pelos Grupos Especiais. O objetivo desses procedimentos é assegurar a qualidade do trabalho dos Grupos Especiais. Cabe salientar que a questão do prazo é uma das mais importantes no trabalho dos Grupos Especiais. Nesse sentido, tão logo tenham definidos sua composição e seu Termo de Referência, os Grupos Especiais devem, visando dar certeza e celeridade aos trabalhos, definir um calendário para os procedimentos.

Há uma proposta de calendário no parágrafo 12 do Apêndice 3. Pode-se dizer que os procedimentos devem ser flexíveis no que se refere aos prazos, considerando as especificidades de cada caso e o objetivo de solucionar a controvérsia, mas, de maneira geral, devem estar presentes no calendário de qualquer Grupo Especial as seguintes etapas: recebimento das argumentações escritas das partes antes da primeira reunião (3 a 6 semanas); reunião dos Grupos Especiais com as partes e terceiros interessados (2 a 3 semanas); réplicas escritas das partes (1 a 2 semanas); segunda reunião (2 a 3 semanas); parte expositiva do relatório do Grupo Especial (1 a 2 semanas); comentários das partes sobre a parte expositiva (2 a 4 semanas); relatório provisório (2 semanas); comentários das partes (possibilidade de nova reunião) (3 semanas); revisão do Grupo Especial (2 a 4 semanas); distribuição do relatório final (5 semanas)³¹.

Destaca-se a importância dos prazos para os trabalhos dos Grupos Especiais uma vez que é a realização das etapas de maneira célere e ao mesmo tempo eficaz que dará credibilidade ao OSC. Dessa forma, a apresentação do relatório final dos Grupos Especiais não deve exceder 6 meses da data de sua composição. Em determinados casos esse prazo pode chegar a 9 meses e deste prazo não pode passar sob nenhuma hipótese. Por outro lado, em casos considerados urgentes o prazo deve ser de 3 meses³². Há também a possibilidade de suspensão dos trabalhos dos Grupos Especiais a pedido da parte reclamante. Essa suspensão não pode durar mais do que 12 meses, sob pena de o Grupo Especial perder autoridade sobre o caso em questão³³. No que diz res-

31 - Informações baseadas no calendário proposto pelo parágrafo 12 do Apêndice 3 do ESC.

32 - Art. 12 (8) do ESC.

33 - Art. 12 (12) do ESC.

-peito aos prazos, é interessante ressaltar que, embora as controvérsias comerciais sejam complexas por natureza, os procedimentos do OSC são notadamente céleres, especialmente se comparados com a duração dos procedimentos de outras cortes internacionais e dos ordenamentos internos³⁴.

Deve-se salientar que no relatório final são apresentadas as considerações e conclusões finais dos Grupos Especiais e é sobre este instrumento que o OSC emitirá recomendações e proferirá suas decisões. Esse relatório final deve ser redigido sem a presença das partes, baseando-se nas informações e argumentações obtidas durante todas as etapas do procedimento. O relatório final é imprescindível nos procedimentos do OSC. Mesmo no caso de ocorrer um acordo entre as partes no decorrer das etapas do procedimento deve haver um relatório do Grupo Especial que, neste caso, se aterá a expor os fatos da controvérsia.

Após a divulgação do relatório final, os Membros - incluindo-se dentre eles, obviamente, as partes envolvidas - têm um prazo de 60 dias para examiná-lo. Decorrido esse prazo, ocorre a reunião do OSC que irá aprovar ou não o relatório. Deve-se salientar que para essa decisão se aplica a regra do consenso negativo.

3.3 Órgão de Apelação³⁵

O relatório final do Grupo Especial pode não ser considerado para efeito de adoção pelo OSC se, na reunião do OSC para sua aprovação, uma das partes envolvidas – excluindo-se terceiros - notificar sua decisão de apelar ao Órgão de Apelação. Não restam dúvidas que a existência desse Órgão foi uma das grandes inovações com relação ao antigo sistema de solução de controvérsias existente no GATT. Essa “segunda instância” do OSC dá oportunidade à parte que se sentir prejudicada de evitar que o relatório seja adotado na forma em que foi

34 - Pode-se considerar que há uma explicação política para a celeridade nos procedimentos do OSC. Existe nos EUA um conjunto de leis - Seção 301, que determina prazos – que são um pouco maiores do que os prazos do OSC, para que o país imponha sanções de forma unilateral, na existência de violações de tratados internacionais de comércio. Com o intuito de evitar a aplicação dessas sanções buscou-se garantir que o procedimento multilateral, no âmbito da OMC, fosse mais rápido do que o procedimento interno dos EUA.

35 - Art. 17 do ESC.

elaborado pelo Grupo Especial. No entanto, deve-se ressaltar que a atuação do Órgão de Apelação limita-se às questões de direito tratadas pelo relatório e às interpretações jurídicas formuladas. Dessa forma, é terminantemente proibido que o Órgão de Apelação analise as questões de fato das controvérsias. Este órgão poderá, portanto, confirmar, modificar ou revogar as conclusões e decisões jurídicas do Grupo Especial, respeitando essa limitação *rationae materiae*.

Da mesma maneira que o relatório formulado pelo Grupo Especial, o relatório do Órgão de Apelação deve ser apresentado em uma reunião do OSC no prazo de 30 dias de sua distribuição e para definir sua aprovação também será aplicada a regra do consenso negativo, ou seja, ele só não será adotado na hipótese de haver um consenso no OSC em não adotá-lo. O prazo para o Órgão de Apelação apresentar seu relatório será de 60 dias, contados da data em que a parte decidiu apelar. Percebe-se que, ocorrendo apelação, o prazo total de duração de uma controvérsia junto ao OSC da OMC não poderá exceder 12 meses³⁶. A regra geral para os casos em que não há apelação, como mencionado, é de 9 meses.

Há também uma distinção entre os Grupos Especiais e o Órgão de Apelação no que diz respeito à composição desse último. O Órgão de Apelação é um órgão permanente, constituído pelo OSC e é formado por sete pessoas³⁷. No entanto, em cada controvérsia, apenas três dos sete integrantes atuam. A atuação dos integrantes em um determinado caso é feita por alternância e o critério desta é determinado por procedimentos internos do OSC. Os integrantes do Órgão de Apelação são nomeados pelo OSC para um mandato de quatro anos, renovável por mais quatro. Eles devem ser profissionais do mais alto gabarito e sem nenhuma vinculação com governos nacionais.

O Grupo Especial ou o Órgão de Apelação pode fazer recomendações a um determinado Membro envolvido em uma controvérsia quando concluir que determinada medida adotada por este é incompatível com um acordo abrangido. As recomendações serão no intuito de que o Membro em questão torne a medida compatível com o acordo. A título de sugestão o Grupo Especial ou o Órgão de Apelação pode sugerir os meios para implementar a dita recomendação. Ressalta-se

36 - Ver art. 20 do ESC.

37 - Atualmente o brasileiro Luís Olavo Baptista é integrante do Órgão de Apelação.

que se trata de uma sugestão de como implementar, de forma que esta não se torna obrigatória para o membro em questão. Outro aspecto a ser salientado é que as recomendações não podem ampliar ou diminuir os direitos e obrigações dos acordos abrangidos, devendo sempre se pautar por eles³⁸.

3.4 Supervisão e Aplicação das Recomendações e Decisões³⁹

É fundamental que as recomendações e decisões elaboradas pelos Grupos Especiais ou pelo Órgão de Apelação sejam cumpridas pelos países membros. Não há sentido em se pensar em um mecanismo realmente eficaz sem que as decisões sejam implementadas pelos países envolvidos em uma controvérsia. Além do evidente benefício que o cumprimento das recomendações e decisões gera para os envolvidos em um caso, elas fortalecem o sistema de solução de controvérsias na medida em que se cria uma maior confiabilidade na autoridade do OSC para dirimir os conflitos que a ele são apresentados.

O procedimento para aplicação das recomendações e decisões do OSC inicia-se tão logo o relatório final é aprovado. A partir desse momento, o Membro sobre o qual recaem as recomendações e decisões deve informar suas intenções para adoção das medidas pertinentes. Novamente a questão do prazo ganha destaque uma vez que é mister que seja informado por este Membro o prazo razoável⁴⁰ para aplicar as recomendações e decisões, caso essas não possam ser implementadas de imediato. Em princípio deve-se buscar seguir o prazo proposto pelo Membro, desde que este prazo tenha seja aprovado pelo OSC. Na hipótese de não aceitação do prazo proposto, as partes devem tentar um acordo mutuamente satisfatório. Caso isso não ocorra, deve ser instaurada uma arbitragem compulsória, como visto anteriormente, para definir o prazo para adoção das recomendações e decisões.

Com o intuito de assegurar a plena implementação de suas recomendações e decisões dentro do prazo estabelecido, o OSC deve averiguar a adoção delas por parte do Membro sobre o qual recaem. A implementação das medidas deve constar sempre nas pautas das reuni-

38 - Art. 19 do ESC.

39 - Art. 21 do ESC.

40 - Entende-se que, teoricamente, esse prazo não pode exceder 15 meses.

ões do OSC, devendo o Membro elaborar, até antes da cada reunião, relatório escrito que informe sobre as medidas adotadas para dar cumprimento às recomendações e decisões.

3.5 Compensação e Suspensão de Concessões⁴¹

O mais interessante e menos oneroso para as partes envolvidas em controvérsias no âmbito da OMC é que ocorra a implementação das recomendações e decisões do OSC, com o Membro adaptando suas medidas aos acordos abrangidos. No entanto, quando isso não é possível ou simplesmente não ocorre, o sistema de solução de controvérsias da OMC fornece meios para que, de certa maneira, o Membro sinta-se compelido a se adequar, evitando assim o agravamento dos prejuízos decorrentes de determinada medida adotada por este, que possa ferir os acordos abrangidos.

Nessa perspectiva é que se insere a possibilidade de compensação e de suspensão de concessões. Elas são, portanto, medidas temporárias que só devem ser concedidas quando não forem implementadas as recomendações e decisões do OSC. Por essa razão, elas só devem durar até a supressão das medidas consideradas incompatíveis com os acordos abrangidos ou até que o Membro responsável por implementar as recomendações e decisões do OSC forneça uma solução considerada satisfatória pela outra parte envolvida, para anular os prejuízos sofridos, ou até que se chegue, no decorrer do processo, a uma solução mutuamente satisfatória para os envolvidos.

A compensação deve ser negociada pelo Membro que não cumpriu as recomendações e decisões ou que as cumpriu fora do prazo estabelecido, com o Membro prejudicado pela medida incompatível com um acordo abrangido, adotada por aquele Membro. Esse processo de negociação depende de solicitação do Membro prejudicado e deve ser realizado antes da expiração do prazo previamente estabelecido para o cumprimento. A compensação deve ser vista como uma concessão tarifária, que é o que realmente ocorre na prática, mas também como uma verdadeira compensação monetária pelos prejuízos sofridos.

A suspensão de concessões ou de outras obrigações decorrentes dos acordos abrangidos é uma alternativa para o caso de não se obter

41 - Art. 22 do ESC.

um acordo referente às compensações. Ela pode ser solicitada se dentro dos 20 dias seguintes à data de expiração do prazo razoável não se houver acordado uma compensação entre as partes envolvidas na controvérsia. Obviamente, essa medida atingirá o Membro que não cumpriu as recomendações e decisões do ESC. Ela visa reparar ou diminuir os efeitos das medidas incompatíveis com os acordos abrangidos, adotadas por esse Membro, e que prejudicam as outras partes envolvidas na controvérsia.

Corroborando com o princípio da proporcionalidade, o grau da suspensão de concessões ou outras obrigações deve ser equivalente ao grau de anulação ou prejuízo sofrido pela parte prejudicada na controvérsia. Conforme visto anteriormente, uma arbitragem deve ser instaurada na hipótese de discordância relacionada com o grau da suspensão de concessões ou outras obrigações. Os árbitros, nesse caso, determinarão o grau do prejuízo de maneira tal que este fique equivalente ao grau da suspensão estabelecida bem como, em alguns casos, a própria possibilidade de ocorrer a suspensão em determinados acordos abrangidos. No que se refere a esta questão deve-se ressaltar o princípio de que as disposições dos acordos abrangidos prevalecem sobre as disposições do ESC, uma vez que estas são gerais enquanto que aquelas são especiais. O laudo arbitral deve ser comunicado ao OSC que pode, novamente em decisão em que se aplica a regra do consenso negativo, outorgar autorização para suspensão de concessões ou outras obrigações.

O ESC determina alguns princípios e procedimentos fundamentais quando se refere à suspensão de concessões ou outras obrigações. Em termos gerais, pode-se dizer que preferencialmente as medidas devem ser tomadas nos mesmos setores afetados pelas medidas incompatíveis (exemplo: setores de bens, de serviços, direitos de propriedade intelectual). Caso isso seja impraticável ou ineficaz, a suspensão de concessões deve recair sobre outros setores abarcados pelo mesmo acordo abrangido. Se ainda assim a medida for considerada impraticável ou ineficaz, e a parte prejudicada considerar que os danos sofridos acarretaram circunstâncias mais graves, a suspensão poderá recair sobre obrigações decorrentes de outros acordos abrangidos (é a chamada “retaliação cruzada”)⁴². Ressalta-se que, para implementação de algu-

42 - Um exemplo de retaliação cruzada seria o caso em que, numa controvérsia que envolvesse o TRIPS (propriedade intelectual), houvesse um pedido de suspensão de concessões envolvendo o GATS (bens e serviços).

ma espécie dessas suspensões, é imprescindível que haja autorização do OSC, ou seja, nenhuma dessas medidas pode ser tomada de forma unilateral pela parte envolvida.

Essas disposições demonstram que há uma ordem no que se refere à aplicação de medidas que buscam chegar a uma solução satisfatória para as partes envolvidas. Assim, observa-se que, em um primeiro momento, tenta-se que o Membro adote de imediato, ou dentro de um prazo razoável, as recomendações determinadas pelo OSC. Somente no caso de essas recomendações, que visam fundamentalmente a supressão de uma medida incompatível com um acordo abrangido, não serem adotadas, permite-se que se negocie uma compensação. E apenas na hipótese de inexistência ou insuficiência dessas últimas para reparar os prejuízos sofridos é que surge a possibilidade da suspensão de concessões ou outras obrigações. Ressalta-se também que todas essas etapas e possíveis soluções devem se ater à questão tratada na controvérsia de modo que devem ser proporcionais ao prejuízo sofrido. Percebe-se, portanto, como pensa Thorstensen, que o objetivo do mecanismo de solução de controvérsia, antes de punir pela adoção de práticas consideradas incompatíveis com os acordos abrangidos, é reforçar a adoção de práticas compatíveis com os acordos negociados⁴³.

4. Conclusão

Não restam dúvidas acerca da importância do OSC para dirimir as controvérsias entre Estados na área do comércio internacional, e da consequência que esse fato traz para o fortalecimento e consolidação da própria OMC como organização internacional única no cenário internacional. No entanto, essa constatação não impede que se faça uma análise realista, no sentido de considerar que o sistema de solução de controvérsias ainda necessita de algumas reformas para que possa se tornar ainda mais eficaz na concretização de seus objetivos.

Um dos aspectos mais questionados do OSC refere-se à necessidade de os procedimentos serem dotados de maior transparência⁴⁴. Defende-se principalmente uma maior divulgação dos relatórios dos

43 - THORSTENSEN, Vera. *OMC: As Regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais*. 2.ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001, p. 372.

44 - *Ibid.*, p. 387.

Grupos Especiais e uma abertura dos procedimentos de forma semelhante à que ocorre em outros órgãos internacionais de solução de controvérsias. Sobre esta questão cumpre salientar que, como lembra Prado, muitas vezes, ou na maioria delas, existem questões estratégicas envolvidas nas negociações comerciais⁴⁵. Na busca por uma solução satisfatória, um país pode ter que se comprometer a modificar uma política interna adotada, em virtude de possível incompatibilidade desta com um acordo abrangido.

Assim, é indubitável que a questão da transparência deve ser estudada, mas com a ressalva de que uma exposição excessiva pode acabar prejudicando possíveis acordos nos conflitos. Explica-se: com abertura exagerada das negociações e um crescente envolvimento da mídia e da opinião pública, um país pode se ver constrangido de abrir mão de alguns interesses setoriais relativamente importantes para seu país, em detrimento de interesses gerais dos Membros da OMC, o que, sem dúvida, prejudicaria os objetivos do mecanismo de solução de controvérsias.

Um outro fator que é muito discutido sobre o OSC e sobre o qual recaem mais elogios do que críticas é com relação à automaticidade das decisões, que decorre da aplicação da regra do consenso negativo⁴⁶, que inexistia no procedimento do GATT. Como já aludido anteriormente, essa regra facilitou muito a tomada de decisões no OSC e evitou que interesses políticos e particulares interferissem no curso de um processo. De fato o atual sistema de solução de controvérsias é formado por regras formalmente definidas e não se baseia somente em práticas reiteradas como ocorria com o antigo sistema do GATT⁴⁷.

Não obstante, ao mesmo tempo em que evita a intervenção política nos procedimentos, o excesso de juridicidade presente nas regras do OSC acaba, em alguns casos, prejudicando que se alcance a desejada solução satisfatória. O “adensamento de juridicidade”, na expressão de Lafer (1998), ou o “*rule oriented approach*”, como sugere Jackson (1998), acaba possibilitando que o procedimento seja muitas vezes procrastinado por uma das partes, quando esta não tem interesse na resolução rápida da controvérsia.

45 - PRADO, Victor Luiz do. Ob. cit, p.270.

46 - Ibid., p. 265.

47 - PRAZERES, Tatiana Lacerda. Cit. p. 63.

A questão que, no entanto, parece se mostrar mais séria e que, por essa razão, deve ser mais estudada e trabalhada nas discussões para melhoria do sistema de solução de controvérsias atualmente vigente, certamente refere-se à necessidade de existirem mecanismos que permitam uma participação mais efetiva dos países em desenvolvimento. Com relação a esse problema, devem ser encontradas soluções para o problema da escassez de recursos humanos e técnicos que impede que esses países tenham as condições de enfrentar em igualdade de condições uma demanda no OSC, tanto como reclamante quanto como reclamado.

Além disso, outra faceta desse problema, talvez a mais grave, desse problema relaciona-se com as dificuldades enfrentadas para que, na prática, se imponham as recomendações e decisões dos Grupos Especiais ou do Órgão de Apelação, ou que sejam aplicadas as retaliações autorizadas pelo OSC. Ressalta-se que a questão da implementação muitas vezes é enfrentada por qualquer Membro, independentemente de seu grau de desenvolvimento, no entanto, por razões óbvias, esse cenário é mais intenso e evidente quando estão envolvidos países em desenvolvimento.

Prado afirma que a autorização, dada pelo OSC para as retaliações por parte de um Membro a outro que for inadimplente em suas obrigações, é que confere à OMC poder singular no cenário internacional⁴⁸. Entretanto, devem ser adotadas medidas para que essas afirmações se tornem realidade. O OSC não pode funcionar apenas de acordo com o bel prazer e interesse de alguns. É imprescindível que sejam criados meios para que, de fato, o OSC se torne uma corte única no cenário internacional, capaz de promover a justiça de forma imparcial nas questões comerciais, independentemente das partes envolvidas na controvérsia.

48 - , Victor Luiz do. Ob. cit, p. 263. No mesmo sentido, Thorstensen assenta que o poder de impor suas decisões e a possibilidade de retaliações fazem com que a OMC “tenha dentes”. THORSTENSEN, Vera. Ob. cit., p.371.

5. Referências Bibliográficas.

JACKSON, John. *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*. London: Royal Institute of International Affairs, 1998.

LAFER, Celso. *A OMC e a Regulamentação do Comércio Internacional: Uma Visão Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. *A Sistemática de Solução de Controvérsias no Âmbito da OMC*. <www1.jus.com.br/doutrina>. Acesso em 22/05/2005.

PRADO, Victor Luiz do. *Mecanismo de Solução de Controvérsias: Fonte de Poder e de Problemas na OMC*. In: *A OMC e o Comércio Internacional / Coordenador: Alberto do Amaral Júnior*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio Internacional e Protecionismo: As Barreiras Técnicas na OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

SALVIO, Gabriela Giovanna Lucarelli de. *A Arbitragem na OMC: Uma Visão Comparativa com a Arbitragem como Contraponto a Justiça Estatal*. <www.idcid.org.br>. Acesso em 19/05/2005.

THORSTENSEN, Vera. *OMC: As Regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais*. 2.ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

