

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DIR03 - DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

LARISSA ANACLETO LOPES

**A PARALISIA DO ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA OMC E ALTERNATIVAS DE
GOVERNANÇA**

Porto Alegre
2022

LARISSA ANACLETO LOPES

**A PARALISIA DO ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA OMC E ALTERNATIVAS DE
GOVERNANÇA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Costa Morosini

Porto Alegre
2022

LARISSA ANACLETO LOPES

A PARALISIA DO ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA OMC E ALTERNATIVAS DE GOVERNANÇA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em: Porto Alegre, 07 de outubro de 2022.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Fábio Costa Morosini — Orientador
UFRGS

Profa. Dra. Martha Lucía Olivar Jimenez
UFRGS

Prof. Dr. Fabrício José Rodrigues de Lemos
FACCAT

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Fábio Costa Morosini, agradeço por ministrar a disciplina de Direito Internacional Econômico que despertou meu interesse pela área, pela disponibilidade ao longo dos últimos anos, pelo imenso conhecimento compartilhado, por ser exemplo de Professor.

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pelo ensino público de qualidade.

À minha mãe, Simone Anacleto, obrigada pelo incentivo para batalhar e por ser colo quando as batalhas são perdidas. Toda a minha admiração pela pessoa, profissional e acadêmica com quem tenho o privilégio de aprender.

Ao meu pai, Anir, pelo acolhimento das angústias, por ser porto seguro, pelo amor: eu tu, tu eu.

À minha irmã, Paola, pelo esforço — que eu reconheço ser grande — de escutar conversas sobre Direito. Agradeço ao amparo amoroso do silêncio.

À minha avó, Dione Anacleto, e ao meu avô, Alceu Anacleto, que muito fazem falta e que tanto se orgulhariam das minhas conquistas.

Aos meus amigos, minha gratidão por todas as trocas que me instigam a ser melhor, me fazem mais feliz e preenchem a minha vida de companhia. Por mais injusto que possa ser nomear afetos, devo muito a algumas pessoas e, não como forma de retribuição, mas de reconhecimento, gostaria de citar alguns nomes.

À Marina Nogara, que tantas vezes cruzou o meu caminho e em mim fez morada. Sou grata pela paciência, pelo auxílio, pela calma, por tanto e mais.

Ao Lucas Lopes, por partilhar, ao acaso, um sobrenome e, por eleição, uma amizade que nos revelou irmãos.

Ao Giordano, também pelo incentivo em relação ao Direito Internacional Econômico, mas principalmente por toda a cumplicidade ao longo do curso e dos anos. Que o nosso vínculo siga estreito a despeito dos diferentes caminhos.

À Vitória Dalagnol, que foi minha primeira parceira no Direito, pedindo esmola no trote sob o sol da Ramiro, e que nunca hesitou em ajudar.

Ao Lorenzo, Francisco Bonamigo, Eduarda Paiva, João Rodolfo, por terem sido, desde o princípio, bons amigos.

Ao Luiz Marcelo, agradeço por uma amizade construída à distância e pelo incentivo que foi essencial para que eu chegasse até aqui. Obrigada pela confiança cega na minha capacidade e pelos incontáveis auxílios.

Ao Leonardo Kristem, agradeço às tardes de estudo e ao apoio afetuoso.

*"El sistema está roto y perdido, por eso tenéis
futuro"*

(José Luis Sampedro)

RESUMO

Este trabalho visa a analisar a crise do Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio. Em um primeiro momento, busca-se assimilar as bases para a constituição da Organização Mundial do Comércio, bem como compreender a concepção original do Órgão de Apelação em cotejo com a atuação do órgão na prática. O exame empírico do Órgão de Apelação revela as causas que conduziram à sua crise e ao bloqueio da indicação de novos membros ao Órgão de Apelação por parte dos Estados Unidos. Frente à paralisia do sistema de solução de controvérsias, faz-se relevante averiguar as alternativas capazes de permitir a continuidade do procedimento, a negociação multilateral da reforma do Órgão de Apelação, o recurso à arbitragem e o acordo plurilateral provisório de recorrer à arbitragem. Outrossim, a retaliação unilateral vem sendo empregada por legislações domésticas, como a brasileira, e há de ser analisada enquanto alternativa unilateral em caso de apelações estagnadas pela ausência de órgão capaz de julgá-las.

Palavras-chave: OMC; Órgão de Apelação; solução de controvérsias; crise.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the crisis of the Appellate Body of the World Trade Organization. At first, it seeks to assimilate the bases for the constitution of the World Trade Organization, as well as to understand the original conception of the Appellate Body in comparison with the performance of the body in practice. The examination of the Appellate Body's empirical performance reveals the causes that led to its crisis and to the blockage new members' appointment to the Appellate Body by the United States. Faced with the paralysis of the dispute settlement system, it is important to investigate the alternatives capable of allowing the continuity of the procedure: the multilateral negotiation of the reform of the Appellate Body, the use of arbitration and the provisional plurilateral agreement to resort to arbitration. Furthermore, unilateral retaliation has been used by domestic legislation, such as the Brazilian one, and must be analyzed as a unilateral alternative in case of appeals paralyzed due to the absence of a body capable of judging them.

Key words: WTO; Appellate Body; dispute settlement; crisis.

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|-------|--|
| BIRD | Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento |
| CAMEX | Câmara de Comércio Exterior |
| CDI | Comissão de Direito Internacional |
| ESC | Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias |
| EUA | Estados Unidos |
| FMI | Fundo Monetário Internacional |
| GATT | Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio |
| MPIA | <i>Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement</i> |
| OA | Órgão de Apelação |
| OIC | Organização Internacional do Comércio (OIC) |
| OMC | Organização Mundial do Comércio |
| OSC | Órgão de Solução de Controvérsias |
| UE | União Europeia |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 FUNDAMENTOS DA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NA OMC | 13 |
| 2.1. Breve Contexto da Organização Mundial do Comércio | 13 |
| 2.2. A Concepção Original do Órgão de Solução de Controvérsias..... | 17 |
| 2.3. Alguns Dados Relacionados à Atuação do OSC até 2022 | 24 |
| 3 A CRISE DO ÓRGÃO DE APELAÇÃO | 30 |
| 3.1. Desrespeito ao prazo de 90 dias para emissão do relatório pelo Órgão de Apelação | 31 |
| 3.2. A permanência de membros do Órgão de Apelação cujos mandatos tenham expirado | 32 |
| 3.3. Preenchimento de lacunas: análise sobre a extensão e restrição de direitos por parte do Órgão de Apelação | 32 |
| 3.4. A Revisão dos Fatos pelo Órgão de Apelação | 36 |
| 3.5. O Sistema de Precedentes | 38 |
| 4 ALTERNATIVAS AO ATUAL SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC..... | 43 |
| 4.1. Alternativa Multilateral: a reforma do OA | 43 |
| 4.2. Alternativas Plurilaterais e Bilaterais..... | 44 |
| 4.1.1. O artigo 25 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias | 45 |
| 4.1.2. The Multiparty Interim Appeal Arbitration Arrangement | 47 |
| 4.3. Alternativas unilaterais | 48 |
| 4.2.1. Estados Unidos: Seção 301 da Lei de Comércio e Tarifas de 1974 | 49 |
| 4.2.2. União Europeia: Regulamento (UE) 654/2014 e 2021/167 | 51 |
| 4.2.3. Brasil: A Lei Nº 14.353, de 26 de maio de 2022 | 53 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 60 |
| 6 REFERÊNCIAS..... | 62 |

1 INTRODUÇÃO

O Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC) está em crise. Desde 2019, o Órgão de Apelação (OA) está paralisado pela falta de membros. O OA é um órgão permanente composto por sete membros e cada disputa é julgada por uma divisão de três membros. Sem quórum, o OA fica impossibilitado de julgar as apelações que continuam a ser submetidas e são denominadas de "apelos no vazio". A pronta solução dos conflitos é considerada essencial para o funcionamento eficaz da OMC e para a manutenção do equilíbrio entre os membros, mas os apelos no vazio obstruem o procedimento de solução de controvérsias.¹

A OMC, criada em 1995, estabeleceu-se como pilar e prova de força do regime do comércio internacional, a partir de um sistema jurídico ordenado baseado em regras e dispositivos vinculantes aos países signatários. O OSC foi alvo de elogios por boa parte da doutrina, inclusive tendo sido apelidado de a "joia da coroa da OMC". Em 2019, entretanto, ficou evidente a sua fragilidade e, desde então, a queda do sistema tem se agravado perante a dificuldade de retorno à atividade.

A estrutura do OSC é composta pela fase de consultas, pelos painéis, fase de apelação e pela fase de cumprimento das recomendações do OSC. Após, na ausência de cumprimento, procede-se à compensação e à retaliação. Trata-se de sistema que visa ao retorno à situação de equilíbrio do comércio internacional, sem que necessariamente haja uma compensação ao dano causado pela violação de um ou mais acordos da OMC. Ademais, há uma primazia por soluções mutuamente acordadas, de modo que o recurso aos painéis e à apelação deveria ser empregado somente nos casos em que não se alcançou solução positiva de forma consensual. Na prática, o número de casos resolvidos em consultas foi diminuindo e as apelações sempre foram elevadas, denotando distanciamento entre o que inicialmente se previu para o OSC e a realidade.

O OA foi uma das grandes inovações introduzidas na OMC, revelando-se um dos seus grandes destaques. Seus membros são encarregados da revisão de aspectos jurídicos dos relatórios dos painéis e o órgão funciona como última etapa da adjudicação.

As críticas que motivaram a paralisação do OA advêm de condutas que se distanciam dos dispositivos do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de

¹ De acordo com o art. 3.3, ESC: "É essencial para o funcionamento eficaz da OMC e para a manutenção de equilíbrio adequado entre os direitos e as obrigações dos Membros a pronta solução das situações em que um Membro considere que quaisquer benefícios resultantes, direta ou indiretamente, dos acordos abrangidos tenham sofrido restrições por medidas adotadas por outro Membro."

Controvérsias (ESC).² O OA, com o decorrer do tempo, passou a desrespeitar prazos previstos no ESC, a emitir interpretações próprias sobre determinados assuntos, a revisitar fatos com base em interpretação extensiva de artigos do ESC e a considerar como vinculantes seus precedentes, o que motivou críticas lideradas pelos Estados Unidos e endossadas por outros membros.

Como as decisões no OSC são adotadas por consenso, isso equivale a conferir poder de veto a cada um dos membros, e é esse poder que os Estados Unidos vêm exercendo. Não obstante, há empenho de diversos membros para reformar o OA e a própria OMC — diversos membros têm organizado propostas de reforma e firmaram intenções e compromisso de reestabelecer o OA.

Nesse ínterim, existem alternativas que permitem a continuidade das disputas, evitando uma paralisação total do sistema — ainda que o sistema como um todo tenha perdido grande parte da força e legitimidade que uma vez possuiu. Tais alternativas podem ser multilaterais, plurilaterais, bilaterais ou unilaterais, sendo relevante analisar os benefícios que cada uma delas pode representar e a que futuro conduzem.

A OMC representou grande avanço no campo do Direito Internacional Econômico e foi responsável pelo aumento do comércio internacional, não só entre os membros, mas também entre não membros. O OA também foi revolucionário na medida em que é extremamente difícil criar tribunais internacionais cujas decisões sejam vinculantes, exista um segundo grau de jurisdição e haja adesão.

Jennifer Hillmann destaca no painel "Restoring WTO Dispute Settlement: Lessons from the Crisis",³ promovido pela OMC em setembro de 2021, a preocupação de que o debate sobre o OA está morrendo e, se no princípio havia grande discussão acadêmica a respeito do tema, parece existir pouco compromisso com o retorno do sistema. Assim, o presente trabalho busca fazer uma análise geral do problema da vacância do OA e as possíveis alternativas de continuidade da solução das disputas na ausência do órgão, principalmente em vista dos desdobramentos a nível nacional, quais sejam, a MP 1.098, de 26 de janeiro de 2022,⁴ e a Lei 14.353, de 26 de maio de 2022.⁵ Aqui destaca-se que o Brasil, a partir da MP 1.098 de 26 de janeiro de 2022, pela primeira vez resolveu engajar-se na retaliação unilateral, o que merece ser

² Também chamado de Entendimento sobre Solução de Controvérsias.

³ WTO Conference Services. Restoring WTO Dispute Settlement: Lessons from the Crisis. Youtube, 30 set. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DpdTA2FYgO0>. Acesso em: 30 mai. 2022.

⁴ BRASIL. Medida provisória n. 1.098, de 26 de janeiro de 2022. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Brasília, DF, 27 jan. 2022.

⁵ BRASIL. Lei n. 14.353, de 26 de maio de 2022. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Brasília, DF, 27 mai. de 2022.

analisado em relação às regras da própria OMC e também em relação à aplicação da retaliação unilateral por outros países.

A questão precípua do presente trabalho consiste em analisar a crise do Órgão de Apelação da OMC e as alternativas de governança ao atual modelo de solução de controvérsias. Foram feitas as seguintes indagações: (i) Quais as causas da crise do OA da OMC? (ii) Quais alternativas estão sendo empregadas na vacância do sistema de solução de controvérsias? (iii) Todas as alternativas são legítimas? Em relação ao procedimento, utilizou-se tanto a pesquisa bibliográfica como a documental. Trata-se, à vista disso, de pesquisa qualitativa, que visa à compreensão da crise do OSC e das possíveis alternativas ao sistema de solução de controvérsias, capazes de permitir a sobrevivência do sistema.

Para tanto, na primeira parte do trabalho buscou-se traçar um panorama do OA da OMC para melhor compreensão da sua atuação e das suas fragilidades. Assim, além de uma contextualização da OMC e do OA, examinou-se o procedimento do OA e foi feita análise dos casos interpostos e dos prazos para conclusão das disputas, depreendendo daí se o sistema é tão efetivo quanto se propôs a ser. Na segunda parte, foi feita análise das causas que conduziram à paralisação do OA, nomeadamente, das causas alegadas pelos Estados Unidos que motivaram o bloqueio da indicação de novos membros ao OA. Por fim, a terceira parte destina-se a investigar as alternativas que possibilitam a conservação do mecanismo de solução de controvérsias, bem como a legitimidade dessas alternativas.

2 FUNDAMENTOS DA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NA OMC

A OMC é sucessora do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT). Compreender como se deu a sua constituição, em qual contexto, e em que medida a instituição do sistema de solução de controvérsias foi transformadora, possibilita melhor compreensão das fragilidades do sistema.

À vista disso, para o presente trabalho, imprescindível analisar o procedimento do OSC. Na sequência, faz-se um cotejo entre a concepção do OA, suas previsões teóricas, e atuação empírica do órgão até o ano de 2022.

2.1. Breve Contexto da Organização Mundial do Comércio

Se o Comércio Internacional permeia a história, a necessidade da colaboração comercial entre países ficou evidente sobretudo no período pós Segunda Guerra Mundial. A falha provocada pelas altas sanções impostas à Alemanha, em decorrência da Primeira Guerra Mundial, trouxe notoriedade para a afinidade entre comércio e paz. Cordell Hull,⁶ Secretário de Estado dos Estados Unidos de 1933 a 1945, revela em suas memórias ter percebido, já em 1914, a relação estreita entre comércio, guerra e paz. Sustenta que guerras, em qualquer lugar do mundo, abalam o comércio de modo geral, da mesma forma que frequentemente guerras possuem como fato gerador rivalidades comerciais malconduzidas.⁷ Desse modo, a criação de uma organização internacional destinada ao comércio favoreceria a paz.

A manutenção da estabilidade da paz mundial, ao término da Segunda Guerra, era central. A consequência dessa preocupação foi a criação de novas instituições internacionais, tal qual a Organização das Nações Unidas, mas não só. Em 1944, na Conferência de Bretton Woods, foram estruturados o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), instituições em atividade até o presente.⁸ Além disso, previu-se a criação da Organização Internacional do Comércio (OIC) que não se concretizou.

Apesar de a tentativa de criação da OIC ter sido frustrada, no ano de 1947, alcançou-se a assinatura do GATT. O GATT também é incluído nas instituições de Bretton Woods,⁹ visto

⁶ HULL, Cordell. **The Memoirs of Cordell Hull**. 1. ed. Londres: Hodder & Stoughton, 1848, v. 1.

⁷ Ibid.

⁸ COZENDEY, Carlos Márcio B. **Instituições de Bretton Woods**: desenvolvimento e implicações para o Brasil. Brasília: FUNAG, 2013.

⁹ THE GATT years: from Havana to Marrakesh. **WTO**. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact4_e.htm. Acesso em: 18 mai. 2022.

que, junto ao FMI, estabeleceu um novo sistema econômico dedicado à criação de condições estáveis para o comércio internacional, buscando evitar novas fragmentações similares às ocorridas na década de 1930.¹⁰

Chegar a um consenso em relação a um acordo sobre comércio internacional e tarifas foi tarefa árdua, visto que, na época, havia fortes divergências entre os Estados Unidos e a Inglaterra. Enquanto os Estados Unidos defendiam um sistema baseado em regras que almejava a redução de obstáculos no comércio, a Inglaterra pleiteava a manutenção do tratamento preferencial para os países da *Commonwealth*.¹¹ De novembro de 1947 a março de 1948, aconteceu em Havana a Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Emprego, cujo objetivo era a criação da OIC. Apesar do empenho estadunidense em debates que conduziram à elaboração da Carta de Havana, o Presidente Truman estava ciente de que a carta não seria ratificada, optando por sequer remetê-la ao Senado dos Estados Unidos.¹² Sendo os Estados Unidos um dos países mais influentes no cenário do comércio internacional, a criação da OIC restou paralisada e, nesse contexto, sobreveio o GATT.

O GATT nasceu como uma estrutura temporária, ocupando o lugar originalmente destinado à OIC.¹³ Emergiu a partir de uma reestruturação da Carta de Havana e entrou em vigor em maio de 1948.

O grande problema do acordo foi, em especial, a carência de um método organizado para a solução de disputas. Em outras palavras, o GATT era um acordo que passou a portar-se como se organização fosse, e jamais teve poder executivo para coordenar a aplicação dos princípios e solucionar disputas de modo efetivo. As decisões sob o GATT eram todas por consenso, o que, na prática, conferia poder de veto a todos os membros. Além disso, as negociações sob o GATT eram todas plurilaterais, isto é, vinculantes apenas para os países que optassem por aderir a determinados acordos — ao contrário da OMC, cujas negociações são, como regra, multilaterais, ou seja, vinculantes a todos os membros. Essa falta de unidade normativa passou a ser apelidada de "GATT à la carte" que consistia em diferentes signatários

¹⁰ COZENDEY, Carlos Márcio B. **Instituições de Bretton Woods: desenvolvimento e implicações para o Brasil**. Brasília: FUNAG, 2013.

¹¹ JAKOBSEN, Kjeld. **Comércio internacional e desenvolvimento: do GATT à OMC — discurso e prática**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005.

¹² *Ibid.*, p. 15.

¹³ TOYE, Richard. **Developing Multilateralism: The Havana Charter and the Fight for the International Trade Organization, 1947-1948**. Cambridge: *The International History Review*, 25:2. 281-305. DOI: 10.1080/07075332.2003.9640997.

para cada acordo e regras não uniformizadas para a solução de controvérsias, que variavam conforme o acordo em questão.¹⁴

O GATT é, em si, um resultado da rodada de Genebra e, até 1994, ocorreram outras sete rodadas. As rodadas equivalem a períodos de intensificação das negociações do comércio internacional que almejam certos parâmetros, ou seja, são definidos alguns temas que devem ser negociados e resolvidos para que as rodadas sejam concluídas. As rodadas foram, respectivamente, a de Genebra (1947), Annecy (1949), Torquay (1951), Genebra (1956), Dillon (1960-1961), Kennedy (1964-1967), Tóquio (1973-1979) e, por fim, Uruguai (1986-1994).¹⁵

A rodada do Uruguai buscava soluções mais amplas, havia demanda dos países do eixo sul por acordos sobre agricultura e têxteis, ao passo que, no eixo norte, a preocupação era com os "novos temas", ou seja, serviços, investimentos e propriedade intelectual.¹⁶ Sob a vigência da rodada do Uruguai, em 1994, foi assinado o Acordo Constitutivo de Marrakesh, que criou a OMC. O Acordo Constitutivo da OMC, em seu Anexo 2, introduz o Entendimento sobre Solução de Controvérsias.¹⁷ Além disso, o GATT 47 foi reformado e passou a ser conhecido como GATT 94, a base normativa para a operação da OMC.

Para corrigir o problema do "GATT à la carte", na OMC adotou-se o princípio do *Single Undertaking*,¹⁸ sob o qual os membros vinculam-se a todos os acordos multilaterais — os acordos plurilaterais existem somente em caráter de excepcionalidade. Nesse mesmo sentido, tem-se que os acordos não podem ser fracionados, ou seja, para que haja conclusão de um texto, ou os membros o aceitam na íntegra ou o texto não entra em vigor. A consequência disso é um maior equilíbrio nas negociações em combate direto às fragmentações.¹⁹

O fortalecimento do OSC também merece destaque. No GATT, tanto o estabelecimento de um painel quanto a adoção de um relatório dependiam do consenso dos membros, ou seja, existia a possibilidade de a parte requerida bloquear o procedimento.²⁰ Já no âmbito da OMC, as decisões do OSC passaram a ser adotadas por meio do consenso reverso. No consenso reverso, uma decisão só não será acatada caso todos os estados votem de modo contrário,

¹⁴ WTO Secretariat. **A Handbook on the WTO Dispute Settlement System**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. DOI: 10.1017/9781108265423.

¹⁵ THE GATT years: from Havana to Marrakesh. **WTO**. Disponível em:

https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact4_e.htm. Acesso em: 18 mai. 2022.

¹⁶ URUGUAY Round. **WTO**. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact5_e.htm. Acesso em: 29 mai. 2022.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Agreement Establishing the World Trade Organization**. 1994. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf. Acesso em: 25 jun. 2022.

¹⁸ WTO Secretariat, op. cit.

¹⁹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC**. São Paulo: Atlas, 2008.

²⁰ WAGNER, Markus. **The impending demise of the WTO Appellate Body: from centrepiece to historical relic?**. Wollongong: Faculty of Law, Humanities and the Arts – Papers. 4020, 2019.

inclusive o membro demandante.²¹ Na prática, isso implica em uma adoção automática de todas as decisões do OSC, visto que pelo menos o país que se sagrou vencedor na disputa será favorável à adoção do relatório.

A partir de então, o OSC passou a ser conhecido como "a joia da coroa da OMC", sendo "elemento essencial para trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio".²² A presença de um órgão adjudicador conferiu maior efetividade aos acordos multilaterais, ou seja, se antes o GATT era considerado um "tigre sem dentes",²³ a OMC corrigiu esse problema. O sistema baseado em regras, e não em relações de poder, auxilia a reduzir inequidades entre países, garantindo maior estabilidade ao sistema de comércio.²⁴ De acordo com Welber Barral:

O resultado destas visões contrapostas foi o Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC), que passou a constituir um dos acordos obrigatórios para os Membros da então criada OMC. [...] o ESC consolidou uma visão mais legalista (rule-oriented) das relações comerciais internacionais; ao mesmo tempo, manteve algumas importantes brechas para que as soluções negociadas fossem preferíveis ao litígio entre os Membros da OMC.²⁵

No ESC da OMC, há expressa preferência por soluções consensuais e somente em casos em que não se tenha alcançado uma solução em comum acordo é que se deve recorrer à adjudicação. Importante ressaltar que a prioridade do sistema não é compensar o país que tenha sido prejudicado por alguma prática comercial contrária às regras da OMC, mas sim o retorno ao *status quo*.

Os princípios basilares da OMC são o princípio da não discriminação, que engloba o princípio da nação mais favorecida e o princípio do tratamento nacional, a previsibilidade, a concorrência leal, a proibição de restrições quantitativas e o tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento.²⁶

²¹ MESQUITA, Paulo Estivallet de. **A Organização Mundial do Comércio**. Brasília: FUNAG, 2013.

²² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias**. 1994, art. 3.2. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/mdic/comercio-exterior/certificado-form-27>. Documento original disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf. Acesso em: 25 jun. 2022.

²³ DIEBOLD, Nicolas F. **The Morals and Order Exceptions in WTO LAW: Balancing the Toothless Tiger and the Undermining Mole**. Oxford: Journal of International Economic Law, vol. 11, p. 43–74, 2008.

²⁴ WTO Secretariat. **A Handbook on the WTO Dispute Settlement System**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. DOI: 10.1017/9781108265423.

²⁵ BARRAL, Welber. **Solução de Controvérsias na Organização Mundial do Comércio**. Brasília: Ministério das Relações Exteriores: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p.19.

²⁶ OMC: Princípios. **CAMEX — Ministério da Economia**, 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/omc-organizacao-mundial-do-comercio/omc-principios>. Acesso em: 06 jul. 2022.

O princípio da nação mais favorecida encontra previsão já no primeiro artigo do GATT 1994, no qual destaca-se a relevância da não discriminação a fim de alcançar os objetivos da OMC de comércio livre e transparente. De acordo com esse princípio, caso um membro estenda alguma vantagem ou privilégio a outro membro, ele automaticamente obriga-se a estender essa vantagem aos demais. O princípio do tratamento nacional, por sua vez, busca garantir tratamento igualitário a produtos nacionais e importados, a fim de afastar a discriminação de produtos estrangeiros.

A previsibilidade é fundamental para a atuação do comércio internacional, visto que ela é capaz de garantir a estabilidade do sistema. Assim, os compromissos tarifários assumidos são vinculantes e buscam afastar restrições de comércio, garantindo que os atores do comércio internacional operem sob normas previsíveis e estáveis.

A concorrência leal busca afastar práticas desleais de comércio, tais quais dumping e subsídios. Apesar de ser tarefa árdua definir o que consiste em prática leal ou desleal, os acordos da OMC possuem como objetivo garantir práticas justas. Também nesse sentido está a proibição de restrições quantitativas, que consiste em proibir quotas e outras medidas que estabeleçam limites na quantidade de importações como instrumentos de proteção.

Por fim, o tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento corresponde a medidas mais favoráveis e flexíveis para países em desenvolvimento, tal qual disposto no art. XXVIII bis e na parte IV do GATT 1994.

A OMC estimula um sistema que afaste a discriminação e práticas desleais, seja livre, previsível, transparente e benéfico para todos, com tratamento especial para países em desenvolvimento.

2.2. A Concepção Original do Órgão de Solução de Controvérsias

A concepção do OSC advém do Acordo Constitutivo da OMC e do ESC. O sistema de solução de controvérsias é composto pelas fases de consultas, painéis,²⁷ apelação e, após, ocorre a adoção das recomendações feitas pelo OSC pelo Membro que estiver em desacordo com as normas da OMC. Caso, ainda, o Membro falhe em adotar as recomendações, procede-se à compensação e retaliação.

²⁷ Nas traduções oficiais brasileiras, o termo *panel* é traduzido por "grupos especiais". No presente trabalho, optou-se por utilizar o vocábulo *painel* e seu plural, *painéis*, à título de clareza e uniformidade com a nomenclatura utilizada por demais acadêmicos.

A primeira etapa do sistema de solução de controvérsias é a fase de consultas. Durante esse período, incentiva-se o diálogo entre as partes a fim de resolver o conflito com o amparo formal do OSC, em conformidade com o artigo 4º do ESC²⁸. Ainda que haja diálogo entre os membros antes da abertura formal do caso na OMC, uma disputa não pode ser imediatamente encaminhada a um painel, é necessário primeiro passar por essa fase — a menos que não haja resposta ao pedido de consultas ou caso o demandado se recuse a entrar em consultas, ficando o demandante autorizado a solicitar o encaminhamento do caso ao painel.²⁹ O prazo estabelecido no art. 4.7 do ESC é de 60 dias para alcançar uma solução consensual no procedimento de consultas, após o qual o demandante pode requerer a adjudicação por um painel.³⁰ Como o objetivo do OSC é alcançar soluções positivas para todas as partes,³¹ a qualquer momento do processo os membros podem retomar o diálogo e alcançar soluções mutuamente acordadas. O artigo 5.3 do ESC estabelece que bons ofícios, conciliação e mediação podem ser requisitados a qualquer tempo por qualquer das partes de uma disputa.

Caso a fase de consultas não tenha alcançado solução positiva, procede-se, em conformidade com o artigo 6º do ESC, ao estabelecimento de um painel.³² Os painéis funcionam como a primeira instância e analisam tanto aspectos legais quanto factuais de uma disputa. São compostos por três especialistas escolhidos *ad hoc* a não ser que, em um prazo de dez dias, as partes da disputa optem por um painel composto por cinco especialistas.³³ O prazo para a composição e estabelecimento de um painel é de no máximo 45 dias, considerando o prazo para solicitação do estabelecimento do painel no OSC e o limite de prazo para que se chegue no consenso quanto à composição do painel.³⁴ Ao término da análise, encaminham um

²⁸ O artigo 4º do ESC é intitulado "Consultas" e se dedica a tratar desta fase.

²⁹ WTO Secretariat. **A Handbook on the WTO Dispute Settlement System**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. DOI: 10.1017/9781108265423.

³⁰ De acordo com o art. 4.7, ESC: "Se as consultas não produzirem a solução de uma controvérsia no prazo de 60 dias contados a partir da data de recebimento da solicitação, a parte reclamante poderá requerer o estabelecimento de um painel. A parte reclamante poderá requerer o estabelecimento de um painel dentro do referido prazo de 60 dias se as partes envolvidas na consulta considerarem conjuntamente que as consultas não produziram solução da controvérsia." (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1994).

³¹ O artigo 7º do ESC dispõe: "[...] O objetivo do mecanismo de solução de controvérsias é garantir uma solução positiva para as controvérsias. Deverá ser sempre dada preferência à solução mutuamente aceitável para as partes em controvérsia e que esteja em conformidade com os acordos abrangidos. [...]". (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1994).

³² De acordo com o art. 6.1, ESC: "Se a parte reclamante assim o solicitar, um painel será estabelecido no mais tardar na reunião do OSC seguinte àquela em que a solicitação aparece pela primeira vez como item da agenda do OSC, a menos que nessa reunião o OSC decida por consenso não estabelecer o painel". (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1994).

³³ De acordo com o art. 8.5, ESC: "Os painéis serão compostos por três integrantes a menos que, dentro do prazo de 10 dias a partir de seu estabelecimento, as partes em controvérsia concordem em compor um painel com cinco integrantes. [...]". (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1994).

³⁴ De acordo com o art. 8.7, ESC: "Se não houver acordo quanto aos integrantes do painel dentro de 20 dias após seu estabelecimento, o Diretor-Geral, a pedido de qualquer das partes, em consulta com o Presidente do OSC e o

relatório ao OSC, no qual os especialistas indicam se as medidas questionadas são consistentes ou inconsistentes com os acordos da OMC. Neste segundo caso, o relatório é emitido com uma recomendação de que a medida questionada seja posta em conformidade com o acordo ou com os acordos em questão e, de forma adicional, o relatório também pode sugerir formas para implementação das recomendações.³⁵ De acordo com o artigo 12.8, ESC, o prazo de duração do painel, desde a sua composição até a data de emissão do relatório final, não pode superar 6 meses, limitado a 3 meses em casos de urgência.³⁶ Na sequência, o art. 12.9 estabelece que, caso não seja possível emitir o relatório nos prazos mencionados, as razões para o atraso devem ser informadas por escrito ao OSC e, em hipótese alguma, o prazo pode extrapolar 9 meses³⁷. Após a distribuição do relatório emitido pelo painel, os membros possuem 20 dias para examiná-lo antes de ser analisado pelo OSC³⁸. Existe a possibilidade, em discordando de alguma matéria de direito, de apelar perante o OA.

O OA é, ao contrário dos painéis, um órgão permanente composto por sete membros, sendo que, rotativamente, três deles servem em cada caso, sendo essa composição de três membros chamada de divisão. Não obstante a fase de apelações possua uma natureza judicial, “os Membros da OMC não consideram o OA uma corte *per se*”³⁹. Os membros do OA são nomeados pelo OSC para mandatos de quatro anos, renováveis uma vez. Seus membros devem ser “pessoas de reconhecida competência, com experiência comprovada em direito, comércio

Presidente do Conselho ou Comitê pertinente, determinará a composição do painel, e nomeará os integrantes mais apropriados segundo as normas e procedimentos especiais ou adicionais do acordo abrangido ou dos acordos abrangidos de que trate a controvérsia após consulta com as partes em controvérsia”. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1994).

³⁵ De acordo com o art. 19.1, ESC: “Quando um painel ou o Órgão de Apelação concluir que uma medida é incompatível com um acordo abrangido, deverá recomendar que o Membro interessado torne a medida compatível com o acordo. Além das suas recomendações, o painel ou o Órgão de Apelação poderá sugerir a maneira pela qual o Membro interessado poderá implementar as recomendações.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1994).

³⁶ O art. 12.8 do ESC dispõe: “Com o objetivo de tornar o procedimento mais eficaz, o prazo para o trabalho do grupo especial, desde a data na qual seu estabelecimento e termos de referência tenham sido acordados (ilegível) data em que seu relatório final tenha sido divulgado para as ações em controvérsia, não deverá, como regra geral, exceder a seis meses. Em casos de urgência, incluídos aqueles que tratem de bens perecíveis, o grupo especial deverá procurar divulgar seu relatório para as partes em controvérsia dentro de três meses.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1994).

³⁷ De acordo com o art. 12.9, ESC: “ Quando o grupo especial considerar que não poderá divulgar seu relatório dentro de seis meses, ou dentro de três meses em casos de urgência, deverá informar por escrito ao OSC as razões do atraso juntamente com uma estimativa do prazo em que procederá à divulgação do relatório. O período de tempo entre o estabelecimento do grupo especial e a divulgação do relatório para os Membros não poderá, em caso algum, exceder a nove meses”. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1994).

³⁸ De acordo com o art. 16.1, ESC: “A fim de que os Membros disponham de tempo suficiente para examinar os relatórios dos painéis, tais relatórios não serão examinados para efeito de aceitação pelo OSC até 20 dias após a data de distribuição aos Membros.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1994).

³⁹ KUCIK, Jeffrey; PUIG, Sergio. **Extending Trade Law Precedent**. Arizona: Arizona Legal Studies Discussion Paper nº 20-41, out. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3710289>. Acesso em: 25 ago. 2022.

internacional e nos assuntos tratados pelos acordos abrangidos em geral"⁴⁰, sem vinculação com governos, com representatividade da composição da OMC e deverão estar disponíveis em curto intervalo de tempo. Em consonância com o art. 2.4 do ESC, os membros devem ser nomeados por consenso.⁴¹ Ou seja, não é necessária anuência individual de cada um dos membros, mas basta que um deles discorde para que uma indicação seja bloqueada.⁴²

Apesar de a divisão em cada caso ser composta por três membros, todos os sete membros reúnem-se antes de finalizar um relatório emitido pelo OA, é o que está disposto na seção “colegialidade” do *Working Procedures for Appellate Review*.⁴³ O objetivo de tal disposição é garantir consistência e coerência na tomada de decisões, contando com a expertise de todos os membros.⁴⁴

Caso uma das partes deseje apelar, sua vontade deve ser comunicada ao OSC antes da adoção do relatório do painel, isto é, em até 60 dias após a circulação do relatório.⁴⁵ Importante ressaltar que, de acordo com o art. 17.6 do ESC, o escopo do OA é restrito a matérias de direito contidas no relatório, sendo proibitivo o reexame de matérias de fato: "A apelação deverá limitar-se às questões de direito tratadas pelo relatório do grupo especial e às interpretações jurídicas por ele formuladas."⁴⁶

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias**. 1994, art. 17.3. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/mdic/comercio-exterior/certificado-form-27>. Documento original disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf. Acesso em: 25 jun. 2022.

⁴¹ O art. 2.4 do ESC assim dispõe: " Nos casos em que as normas e procedimentos do presente Entendimento estabeleçam que o OSC deve tomar uma decisão tal procedimento será por consenso". (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1994).

⁴² A nota de rodapé n. 1 atrelada ao dispositivo 2.4 do ESC estabelece que: "Considerar-se-á que o OSC decidiu por consenso matéria submetida a sua consideração quando nenhum Membro presente à reunião do OSC na qual a decisão foi adotada a ela se opuser formalmente." (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1994).

⁴³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Working Procedure for Appellate Review**. WT/AB/WP/6. 2010, art. 4(3). Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/AB/WP6.pdf&Open=True>. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁴⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Working Procedure for Appellate Review**. WT/AB/WP/6. 2010, art. 4(1). Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/AB/WP6.pdf&Open=True>. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁴⁵ De acordo com o art. 16.4: "Dentro dos 60 dias seguintes à data de distribuição de um relatório de um painel a seus Membros, o relatório será adotado em uma reunião do OSC 7 a menos que uma das partes na controvérsia notifique formalmente ao OSC de sua decisão de apelar ou que o OSC decida por consenso não adotar o relatório. Se uma parte notificar sua decisão de apelar, o relatório do painel não deverá ser considerado para efeito de adoção pelo OSC até que seja concluído o processo de apelação. O referido procedimento de adoção não prejudicará o direito dos Membros de expressar suas opiniões sobre o relatório do painel." (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1994).

⁴⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias**. 1994, art. 17.6. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/mdic/comercio-exterior/certificado-form-27>. Documento original disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf. Acesso em: 25 jun. 2022.

Da mesma forma que o painel, o OA indica se considera que as medidas questionadas estão em conformidade ou não com os tratados da OMC e emite recomendações, também podendo indicar modos de implementação. Importante ressaltar, novamente, o art. 3.2 do ESC, segundo o qual “recomendações e decisões do OSC não podem aumentar ou diminuir os direitos e obrigações previstos nos acordos abrangidos”.⁴⁷ Em outros termos, afasta-se a possibilidade de um sistema de precedentes, visto que o OA deve limitar-se aos acordos da OMC, sem possibilidade de aumentar ou diminuir os direitos que estão contidos em tais acordos. Sendo assim, cada caso deve ser avaliado com objetividade à luz, exclusivamente, das particularidades daquela disputa.

O prazo para a conclusão de um relatório do OA não deve ser superior a sessenta dias, a contar da data de notificação de uma apelação. Caso não seja possível concluir o relatório no prazo estipulado, deve haver notificação ao OSC, contendo as razões para a impossibilidade de cumprimento do prazo, bem como uma estimativa de tempo para que o relatório seja emitido e circulado, não sendo permitido extrapolar o limite de noventa dias.⁴⁸

O OSC, então, possui prazo de 60 dias para a adoção de um relatório, no caso de um painel, e de 30 dias, no caso de uma apelação,⁴⁹ tornando, então, o relatório vinculante para as partes. Caso as medidas questionadas não sejam postas em conformidade com o tratado ou com os tratados em questão, parte-se para a compensação e para a suspensão de concessões.⁵⁰ Importante notar, mais uma vez, que a retaliação e a compensação são as últimas etapas de todo

⁴⁷ O art. 3.2 do ESC dispõe: "O sistema de solução de controvérsia da OMC é elemento essencial para trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio. Os Membros reconhecem que esse sistema é útil para preservar direitos e obrigações dos Membros dentro dos parâmetros dos acordos abrangidos e para esclarecer as disposições vigentes dos referidos acordos em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público. As recomendações e decisões do OSC não poderão promover o aumento ou a diminuição dos direitos e obrigações definidos nos acordos abrangidos." (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1994).

⁴⁸ De acordo com o art. 17.5, ESC: "Como regra geral, o procedimento não deverá exceder 60 dias contados a partir da data em que uma parte em controvérsia notifique formalmente sua decisão de apelar até a data em que o órgão de Apelação distribua seu relatório. Ao determinar seu calendário, o órgão de Apelação deverá levar em conta as disposições do parágrafo 9 do artigo 4, se pertinente. Quando o órgão de Apelação entender que não poderá apresentar seu relatório em 60 dias, deverá informar por escrito ao OSC das razões do atraso, juntamente com uma estimativa do prazo dentro do qual poderá concluir o relatório. Em caso algum o procedimento poderá exceder a 90 dias." (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1994).

⁴⁹ De acordo com o art. 17.14, ESC: " Os relatórios do órgão de Apelação serão adotados pelo OSC e aceitos sem restrições pelas partes em controvérsia a menos que o OSC decida por consenso não adotar o relatório do órgão de Apelação dentro do prazo de 30 dias contados a partir da sua distribuição aos Membros 8. Este procedimento de adoção não prejudicará o direito dos Membros de expor suas opiniões sobre o relatório do órgão de Apelação." (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1994).

⁵⁰ O art. 22.1 estabelece: A compensação e a suspensão de concessões ou de outras obrigações são medidas temporárias disponíveis no caso de as recomendações e decisões não serem implementadas dentro de prazo razoável. No entanto, nem a compensação nem a suspensão de concessões ou de outras obrigações é preferível à total implementação de uma recomendação com o objetivo de adaptar uma medida a um acordo abrangido. A compensação é voluntária e, se concedida, deverá ser compatível com os acordos abrangidos. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1994).

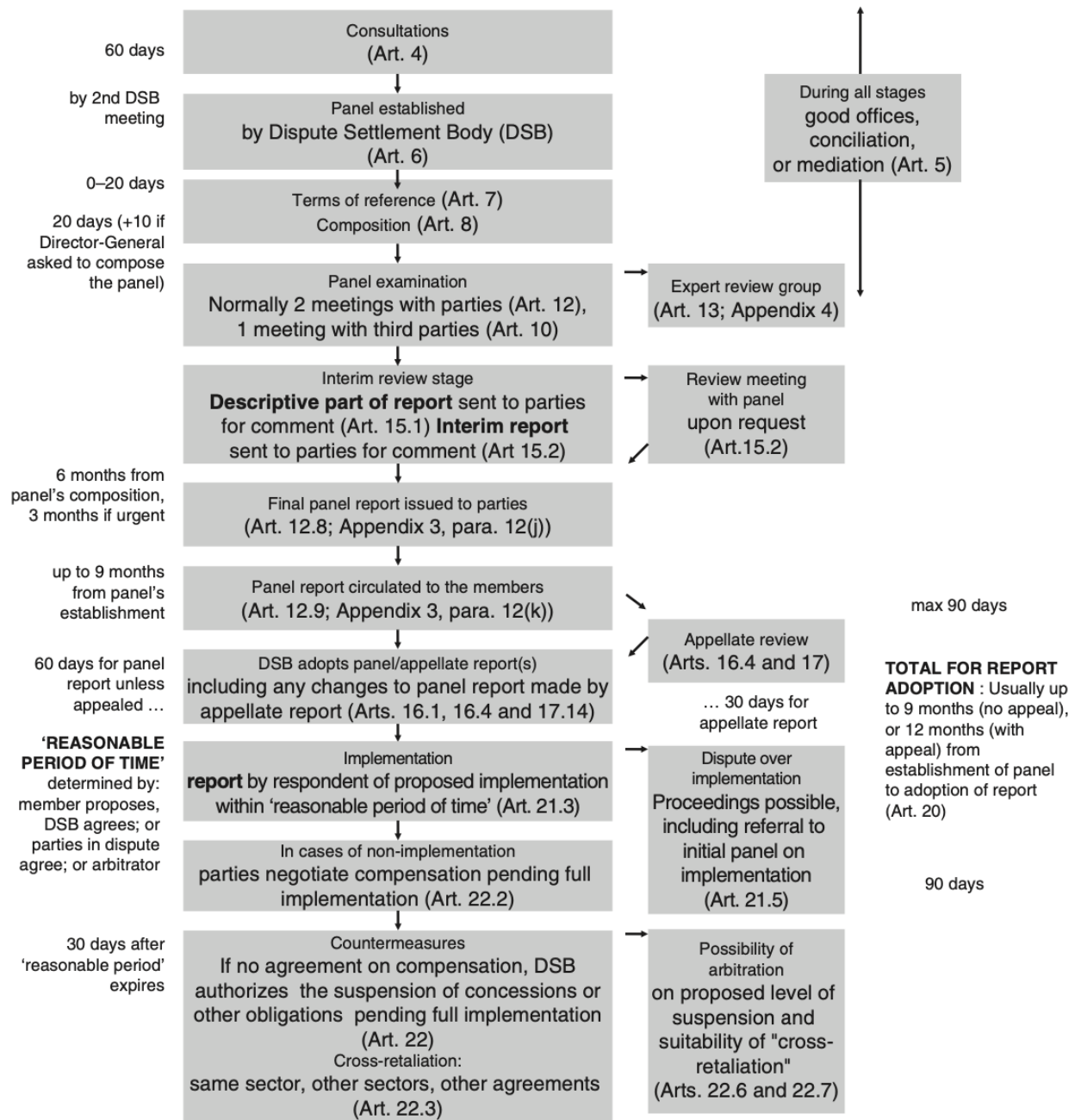
o sistema, devendo haver recurso a esses mecanismos tão somente nos casos em que um membro falhar em agir em conformidade com as recomendações do OSC e são aplicadas na forma de medidas temporárias.

De todo modo, uma análise conjunta dos prazos mencionados permite concluir que uma disputa sem apelação deveria ocorrer, desde a fase de consultas até a adoção pelo OSC em aproximadamente 12 meses (345 dias), 15 meses (435 dias) caso tenha sido estendido o tempo para emissão do relatório pelo painel e, havendo apelação, entre 15 e 19 meses. A implementação do relatório, na sequência, deveria obedecer a um período razoável e a retaliação poderia ocorrer 30 dias após expirado o tempo razoável, em conformidade com o procedimento disposto no art. 21 do ESC.

A Figura 1 dispõe os prazos de forma gráfica, facilitando a compreensão do procedimento e prazos:⁵¹

⁵¹ WTO Secretariat. **A Handbook on the WTO Dispute Settlement System**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 190. DOI: 10.1017/9781108265423.

Figura 1 — Fluxograma mecanismo de solução de controvérsias da OMC



Fonte: (WTO Secretariat, 2017)

Além do procedimento descrito, o artigo 25 do ESC autoriza a arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias, mediante acordo mútuo das partes.⁵² Conforme já exposto, o objetivo do sistema é o retorno à estabilidade do comércio internacional, de modo

⁵²De acordo com o art. 25, ESC: "Um procedimento rápido de arbitragem na OMC como meio alternativo de solução de controvérsias pode facilitar a resolução de algumas controvérsias que tenham por objeto questões claramente definidas por ambas as partes." (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1994).

que acordos mútuos são sempre incentivados, podendo bons ofícios, conciliação e mediação ser requisitados a qualquer tempo por qualquer das partes de uma disputa.

2.3. Alguns Dados Relacionados à Atuação do OSC até 2022

Ainda que o ESC disponha regras, prazos e princípios sob os quais rege-se o OSC, a prática acabou consolidando algumas medidas distintas das acordadas pelos membros, o que acarretou críticas. Importante, portanto, analisar alguns dados que ilustram a diferença entre a realidade do OSC e a sua teoria.

O primeiro paralelo a traçar é em relação às consultas, painéis e apelações, com o fim de identificar se os números refletem o propósito almejado com o ESC para o OSC. A finalidade do OSC, conforme mencionado, não é a compensação ou a retaliação, mas a manutenção da estabilidade e da segurança do comércio internacional. Desde a fundação do OSC, portanto, primou-se por soluções mutuamente acordadas, incentivando-as em todas as etapas do procedimento. A etapa de apelações, por seu turno, foi concebida para funcionar em caráter de excepcionalidade, sobretudo para aprimorar eventuais painéis medianos, resguardando os membros de más decisões. Havia apreensão por parte da União Europeia e dos Estados Unidos de que o OA se tornasse um órgão poderoso demais,⁵³ de modo que buscou-se balizar seu poder limitando a atuação a matérias de direito.

Neste subcapítulo, buscar-se-á analisar a atuação prática do OSC, por meio de dados disponibilizados pela própria OMC,⁵⁴ a fim de constatar a efetividade do Órgão. Para tanto, observou-se (i) os números de casos das consultas até a fase de apelações — tendo em vista que o objetivo do OSC é a solução consensual, uma menor quantidade de casos que chegar à fase de apelações indica maior efetividade em consonância com o ESC; e (ii) os prazos cumpridos na prática pelo OSC — a pronta solução das disputas é fundamental para que o OSC seja considerado eficaz.

Os primeiros dados explorados referem-se ao número de consultas, painéis estabelecidos sob o ESC, relatórios circulados, apelações submetidas e relatórios emitidos pelo OA. Três recortes temporais foram feitos: (i) de 1995 a 2005, primeiros dez anos do OSC; (ii)

⁵³ WAGNER, Markus. **The impending demise of the WTO Appellate Body: from centrepiece to historical relic?**. Wollongong: Faculty of Law, Humanities and the Arts – Papers. 4020, 2019, p. 5.

⁵⁴ DISPUTE settlement activity — some figures. **WTO**, 2021. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispustats_e.htm. Acesso em: 11 jul. 2022.

de 2006 a 2019, anos subsequentes até a paralisação do OA; e (iii) de 2020 a junho de 2022, período posterior à paralisação do OA.

Entre 1995 e 2005, registrou-se 336 pedidos de consultas, enquanto o número de painéis estabelecidos no mesmo período foi de 135 e 104 relatórios foram circulados. Os dados sobre o OA atestam que foram notificadas 67 apelações e foram circulados 64 relatórios do OA, tendo os 64 sido adotados.

Sendo assim, é possível constatar que, nesse primeiro período, cerca de 60% do total de casos foi solucionado na fase de consultas. Já o número de apelações notificadas representa aproximadamente 64% dos relatórios circulados, ou seja, somente cerca de 36% relatórios não sofreram nenhuma apelação.

Depreende-se, portanto, que, nos primeiros dez anos do OSC, houve alta eficácia da fase de consultas, constatando-se um alinhamento dos membros em relação às preferências da OMC por soluções mutuamente acordadas. Procedendo à fase de adjudicação, contudo, verifica-se que houve alto número de apelações.

Analisa-se, na sequência, o período compreendido entre 2006 e 2019, ou seja, intervalo até a paralisação do OA. Nesse período, houve 257 pedidos de consultas, 160 painéis foram estabelecidos e 106 relatórios foram circulados. Registrou-se, ainda, 70 notificações de apelação, tendo sido circulados 57 relatórios do OA, dos quais 55 foram adotados.

Nesse segundo intervalo, percebe-se que o número de casos solucionados na fase de consultas diminuiu, representando cerca de 38% dos casos, isto é, aproximadamente 62% das disputas foram levadas aos painéis. Em relação aos casos que deram sequência ao procedimento de solução de controvérsias, 66% dos relatórios foram apelados, denotando constância em relação ao período anterior, com alto número de apelações interpostas.

Em 2019, ocorreu a paralisação do OA devido ao bloqueio da indicação de novos membros. A partir de 2020, não só o OA restou prejudicado, mas todo o sistema. De 2020 até junho de 2022, registra-se somente 19 solicitações de consultas, 18 painéis estabelecidos, 15 relatórios circulados e 10 apelações. O número médio de consultas solicitadas por ano entre 1995 e 2019 foi de 23 consultas por ano, mas entre 2020 e 2022 esse número foi reduzido a 6 consultas por ano. Além disso, dos 15 relatórios circulados, houve 10 notificações de apelação que, no momento, não poderão ser avaliadas. Esses dados demonstram a fragilização do sistema, desde as consultas até as apelações.

Para melhor visualização, dispôs-se os dados acima na Tabela 1 e na Tabela 2:

Tabela 1 — Número de consultas, painéis estabelecidos, relatórios circulados, apelações submetidas e relatórios emitidos pelo OA

| PERÍODO | CONSULTAS | PAINÉIS | RELATÓRIOS | | RELATÓRIOS |
|-------------|-----------|---------|-------------|-----------|---------------|
| | | | DOS PAINÉIS | APELAÇÕES | DAS APELAÇÕES |
| 1995 a 2005 | 336 | 135 | 104 | 67 | 64 |
| 2006 a 2019 | 257 | 160 | 106 | 70 | 57 |
| 2020 a 2022 | 19 | 18 | 15 | 10 | --- |

Fonte: (DISPUTE settlement activity, 2021)

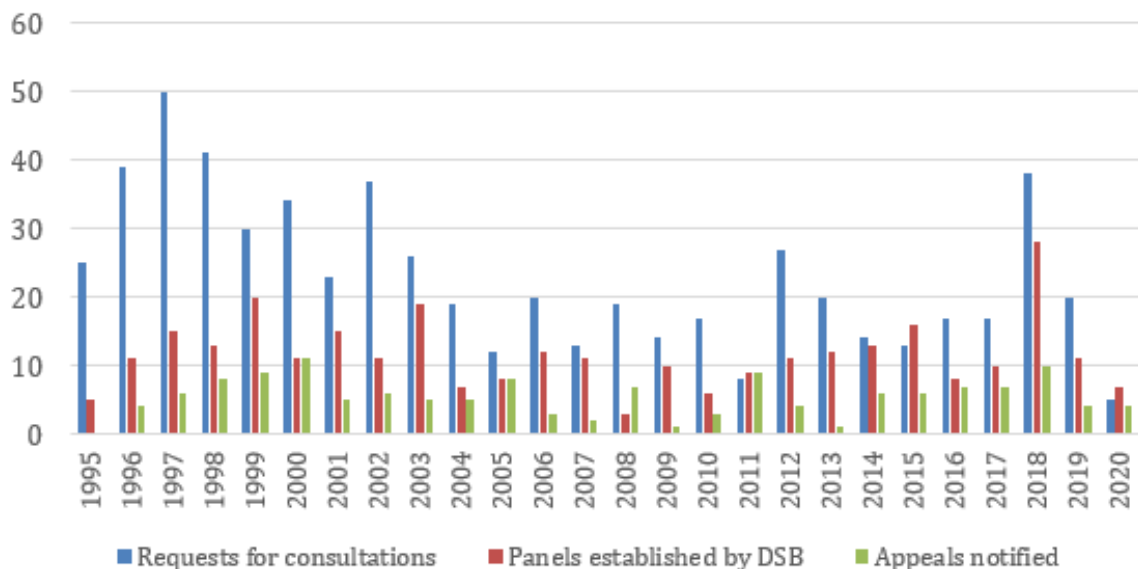
Tabela 2 — Percentual dos casos resolvidos na fase de consultas e apelações

| PERÍODO | PERCENTUAL DOS CASOS | PERCENTUAL DE APELAÇÃO |
|-------------|-----------------------|------------------------|
| | RESOLVIDOS NA FASE DE | DOS RELATÓRIOS DOS |
| | CONSULTAS | PAINÉIS |
| 1995 a 2005 | 60% | 64% |
| 2006 a 2019 | 38% | 66% |
| 2020 a 2022 | 5% | 66% |

Fonte: autoria própria.

A Figura 2 ilustra o número de consultas, painéis e apelações por ano, até 2020:

Figura 2 — Número de disputas iniciadas, painéis estabelecidos e notificações de apelação



Fonte: (DISPUTE settlement activity, 2021)

Para além da análise da relação entre consultas, painéis e apelações, outro dado importante de ser analisado é o devido cumprimento dos prazos estabelecidos no ESC – detalhados no ponto 2.1. O artigo 3.3 do ESC assim prescreve:

É essencial para o funcionamento eficaz da OMC e para a manutenção de equilíbrio adequado entre os direitos e as obrigações dos Membros a pronta solução das situações em que um Membro considere que quaisquer benefícios resultantes, direta ou indiretamente, dos acordos abrangidos tenham sofrido restrições por medidas adotadas por outro Membro.

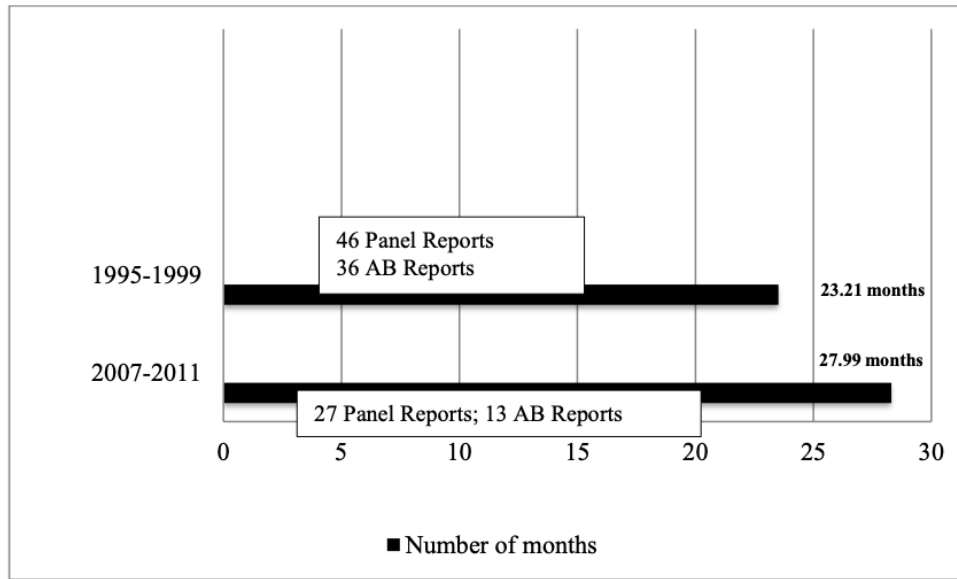
Observa-se, então, a relação central traçada entre a pronta solução das disputas, a eficácia da OMC e a manutenção do equilíbrio entre direitos e obrigações dos membros. Tal relação é fundamental, também, para a manutenção da segurança e previsibilidade do sistema multilateral de comércio, ou seja, a pronta solução das disputas relaciona-se diretamente com o objetivo mor da OMC. Não à toa o Órgão de Soluções de Controvérsias foi apelidado de a "joia da coroa da OMC".

O Professor Arie Reich, dedicou-se à análise dos prazos de fato do OSC no artigo intitulado "The Effectiveness of the WTO Dispute Settlement System: A Statistical Analysis"⁵⁵, e reputo oportuno referenciar tal pesquisa para melhor compreensão das críticas tecidas ao OSC.

O objetivo da análise foi observar o período real de tempo entre as consultas e a adoção do relatório pelo OSC. Os recortes temporais observados foram de 1995 a 1999 e de 2007 a 2011, e os resultados foram os observados na Figura 3:

⁵⁵ REICH, Arie. **The Effectiveness of the WTO Dispute Settlement System**: A Statistical Analysis. Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper N. 18-01, EUI Department of Law Research Paper N. 2017/11, Tel Aviv, 2017, p. 24–25. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2997094> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2997094>. Acesso em: 27 jul. 2022.

Figura 3 — Número de meses para emissão dos relatórios

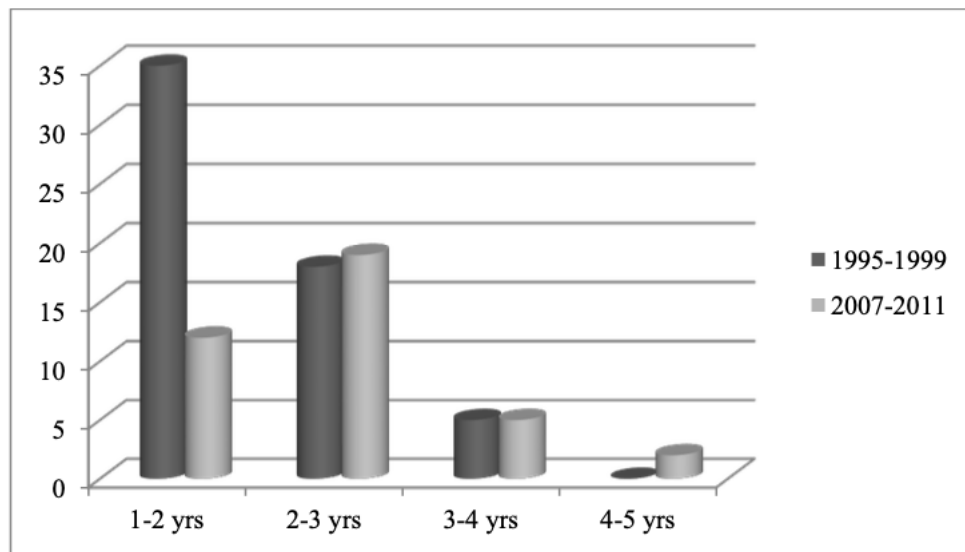


Fonte: (REICH, 2017)

Dessa forma, considerando os prazos destacados no ponto anterior — período máximo de duração de um caso de 19 meses, já considerando apelações e as tolerâncias concedidas pelo ESC em relação a eventuais atrasos —, percebe-se que o OSC jamais conseguiu cumprir os prazos estabelecidos no ESC. Merece destaque o fato de que se trata, no gráfico, de médias, englobando tanto casos que não foram apelados e deveriam ter sido solucionados em até 15 meses, bem como os casos em que houve apelação e o período deveria ter sido o de 19 meses. Assim, observa-se que desde os primeiros de atuação do OSC, os prazos estabelecidos pelo ESC não eram empiricamente respeitados, sendo de 4 a 8 meses superiores aos prazos hipotéticos estabelecidos. Ademais, a média já elevada nos primeiros cinco anos, aumentou consideravelmente nos anos subsequentes.

No mesmo artigo, Reich, traz outra perspectiva em relação aos prazos reais do OSC, elencando-os de acordo com o número de anos de duração, vide Figura 4:

Figura 4 — Duração total dos casos



Fonte: (REICH, 2017)

Constatou-se, portanto, que nos primeiros cinco anos do OSC as disputas foram solucionadas em até dois anos. Já nos cinco anos subsequentes, a maior parte das disputas foi resolvida entre dois e três anos, com diminuição significativa do percentual de disputas resolvidas entre um e dois anos. Por fim, as disputas com desfecho entre três e cinco anos são minoria, mas também se percebe um aumento, principalmente em relação à faixa entre quatro e cinco anos.

Reich elenca três causas para os atrasos que são frequentemente mencionadas em documentos oficiais do OSC circulados: (i) falta de advogados experientes no Secretariado; (ii) indisponibilidade de painelistas; e (iii) atrasos devidos à necessidade de traduzir os relatórios para as línguas oficiais da OMC.⁵⁶

As figuras analisadas demonstram que há uma expressiva distância entre os prazos do ESC e os prazos de fato seguidos pelo OSC. Não obstante o próprio ESC considere a pronta solução das disputas essencial para a eficácia da OMC, parece que os prazos estabelecidos originalmente são, na verdade, impossíveis de ser cumpridos enquanto a organização do sistema permanecer a mesma, o que conduz, inevitavelmente, à frustração dos membros que desejam ter suas disputas solucionadas em conformidade com os prazos acordados.

⁵⁶ REICH, Arie. **The Effectiveness of the WTO Dispute Settlement System: A Statistical Analysis**. Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper N. 18-01, EUI Department of Law Research Paper N. 2017/11, Tel Aviv, 2017, p. 24–25. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2997094> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2997094>. Acesso em: 27 jul. 2022.

3 A CRISE DO ÓRGÃO DE APELAÇÃO

A partir do bloqueio sistemático pelos Estados Unidos às indicações de novos membros do OA, o órgão redundou sem o número mínimo de membros para julgar uma apelação. O OA é composto por sete membros, sendo que cada disputa deve ser julgada por uma divisão de três membros. A nomeação dos membros do OA é feita por consenso, isto é, qualquer manifestação contrária à indicação é capaz de bloqueá-la. Assim, os Estados Unidos adotam a conduta de bloqueio com fundamento em críticas que há muitos anos já vinham sido tecidas. As críticas podem ser resumidas da seguinte forma:

- Desrespeito ao prazo de 90 dias para emissão do relatório pelo OA, prescrito no artigo 17.5 do ESC;⁵⁷
- Interpretações extensivas e restritivas de direitos por parte do OA;⁵⁸
- Formulação pelo OA de opiniões consultivas para além das questões de direito;⁵⁹
- Revisão de fatos pelo OA;⁶⁰
- A criação empírica de um sistema de precedentes vinculantes pelo OA;⁶¹
- Autorização para os membros cujos mandatos tenham expirado para permanecer julgando as disputas pendentes de relatório.⁶²

De forma bastante austera, os Estados Unidos fizeram as seguintes indagações:⁶³ "as palavras no Acordo Constitutivo da OMC importam? Ou o Órgão de Apelação é livre para

⁵⁷ U.S. MISSION GENEVA. **Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, 22 June 2018.** Disponível em: <https://geneva.usmission.gov/2018/06/22/statements-by-the-united-states-at-the-june-22-2018-dsb-meeting/>. Acesso em: 2 ago. 2022.

⁵⁸ U.S. MISSION GENEVA. **Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, 29 October 2018.** Disponível em: <https://geneva.usmission.gov/2018/10/30/statements-by-the-united-states-at-the-october-29-2018-dsb-meeting/>. Acesso em: 2 ago. 2022.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ U.S. MISSION GENEVA. **Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, 27 August 2018.** Disponível em: <https://geneva.usmission.gov/2018/08/27/statements-by-the-united-states-at-the-august-27-2018-dsb-meeting/>. Acesso em: 2 ago. 2022.

⁶¹ U.S. MISSION GENEVA. **Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, 18 December 2018.** Disponível em: <https://geneva.usmission.gov/2018/12/19/statements-by-the-united-states-at-the-december-18-2018-dsb-meeting/>. Acesso em: 2 ago. 2022.

⁶² U.S. MISSION GENEVA. **Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, 28 February 2018.** Disponível em: <https://geneva.usmission.gov/2018/03/01/statements-by-the-united-states-at-the-february-28-2018-dsb-meeting/>. Acesso em: 2 ago. 2022.

⁶³ U.S. MISSION GENEVA. **Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, 22 June 2018.** Disponível em: <https://geneva.usmission.gov/2018/06/22/statements-by-the-united-states-at-the-june-22-2018-dsb-meeting/>. Acesso em: 2 ago. 2022.

desprezar e efetivamente reescrever essas palavras quando julgue necessário ou apropriado?"⁶⁴ (tradução nossa). Assim, neste capítulo, objetiva-se analisar as críticas dos Estados Unidos — vale dizer que as críticas também foram endossadas por outros membros da OMC, porém de forma menos sistemática. Pretende-se partir dessas críticas para analisar os problemas que converteram a joia da coroa em uma coroa de espinhos.⁶⁵

3.1. Desrespeito ao prazo de 90 dias para emissão do relatório pelo Órgão de Apelação

O artigo 17 do ESC versa sobre a fase de apelação. O artigo 17.5 assim prescreve:

Como regra geral, o procedimento não deverá exceder 60 dias contados a partir da data em que uma parte em controvérsia notifique formalmente sua decisão de apelar até a data em que o órgão de Apelação distribua seu relatório. Ao determinar seu calendário, o órgão de Apelação deverá levar em conta as disposições do parágrafo 9 do artigo 4, se pertinente. Quando o órgão de Apelação entender que não poderá apresentar seu relatório em 60 dias, deverá informar por escrito ao OSC das razões do atraso, juntamente com uma estimativa do prazo dentro do qual poderá concluir o relatório. Em caso algum o procedimento poderá exceder a 90 dias.

A pronta solução das disputas é um princípio sob o qual o ESC foi concebido, de modo que o respeito aos prazos deveria ser obedecido com primazia. Como visto no capítulo anterior, a obediência aos prazos previstos no ESC é um problema considerável.

Os Estados Unidos sustentam que, até 2011, havia um esforço para cumprir os prazos do ESC.⁶⁶ Assim, de forma contrária ao ESC, o OA, desde 2011, passou a não consultar os membros para extrapolar o prazo previsto de 60 dias e tampouco obedece a limitação de 90 dias para o procedimento. Sustentam que o prazo foi constantemente alargado e o tempo médio para o relatório das apelações, desde 2011, passou a ser de 149 dias (até 2018), em oposição aos 90 dias que já consistiam em concessão em relação aos 60 dias inicialmente previsto. Se fossem consideradas as disputas a partir de 2014, o tempo médio seria de 163 dias. Outro fator é que o OA cessou de notificar estimativas para a publicação do relatório, apenas havendo notificação de que o prazo de 90 dias não seria cumprido.

⁶⁴ No original: Or is the Appellate Body free to disregard and effectively re-write those words whenever it thinks that is necessary or appropriate?

⁶⁵ CREAMER, Cosette D. **Can International Trade Law Recover?** From the WTO's Crown Jewel to its Crown of Thorns. Cambridge: AJIL Unbound, 2019.

⁶⁶ U.S. MISSION GENEVA. **Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, 22 June 2018.** Disponível em: <https://geneva.usmission.gov/2018/06/22/statements-by-the-united-states-at-the-june-22-2018-dsb-meeting/>. Acesso em: 2 ago. 2022.

A questão da não obediência dos prazos estabelecidos no ESC é fática e com pouca margem para discussão. Não obstante, as causas para o aumento do tempo médio para a emissão dos relatórios merecem ser exploradas, são elas (i) as interpretações que extrapolam questões de direito, (ii) a revisão de fatos e (iii) o sistema de precedentes.

3.2. A permanência de membros do Órgão de Apelação cujos mandatos tenham expirado

Trata-se da crítica dos Estados Unidos proferida na reunião do OSC do dia 28 de fevereiro de 2018.⁶⁷ A controvérsia diz respeito aos membros cujos mandatos já tenham expirado, de permanecer julgando as disputas que iniciaram. Como exemplo o parecer dos Estados Unidos cita um mandato já havia expirado há oito meses e o ex-membro do OA seguia compondo uma divisão. Outro exemplo citado é o de ex-membro que seguia em cinco apelações, número superior ao de qualquer membro em atividade do OA, à época.

Os Estados Unidos defendem que "O Órgão de Apelação simplesmente não tem autoridade para considerar alguém que não seja um membro do Órgão de Apelação como membro."⁶⁸ (tradução nossa). Afirmam que há casos nos quais o mandato de um membro já estava expirando e mesmo assim houve nomeação para uma divisão, indicando que já havia expectativa de que a apelação fosse julgada fora do mandato daquele membro, com destaque para caso em que a nomeação para a divisão ocorreu apenas três dias antes do mandato expirar.

Também se trata de situação fática claramente contrária às disposições do ESC. Não obstante, por si só não é causa para paralisar o sistema, mas merece atenção e deve ser corrigida por meio da obediência ao disposto no ESC.

3.3. Preenchimento de lacunas: análise sobre a extensão e restrição de direitos por parte do Órgão de Apelação

As críticas a respeito do OA da OMC têm grande relação com o fato de o órgão, na teoria, servir exclusivamente para a revisão de matérias de direito. O OA, no entanto, ao deparar-se com inúmeras lacunas nos acordos, começou a emitir opiniões consultivas (*advisory opinions*) para além das restritas questões de direito.

⁶⁷ U.S. MISSION GENEVA. **Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, 28 February 2018**. Disponível em: <https://geneva.usmission.gov/2018/03/01/statements-by-the-united-states-at-the-february-28-2018-dsb-meeting/>. Acesso em 2 ago. 2022.

⁶⁸ No original: The Appellate Body simply does not have the authority to "deem" someone who is not an Appellate Body member to be a member.

Opiniões consultivas consistem em interpretações do direito por aqueles que as emitem. Não possuem força vinculante, mas podem ser citadas em outros relatórios e suscitadas por outras partes, de modo que acabam uniformizando interpretações. A fim de suprir vazios e alcançar soluções que firmassem entendimentos, estabeleceu, na prática, um sistema de precedentes responsável por consolidar o posicionamento do OA.

Acordos internacionais, todavia, costumam ser deliberadamente vagos em diversos aspectos, isso porque decorrem de rodadas de discussões políticas, com embate de soberanias, em que se busca um certo grau de ambiguidade que comporte conjunturas não possíveis de precisar. Katerina Linos e Tom Pegram elucidam:⁶⁹

Para chegar a um acordo, negociadores frequentemente substituem uma linguagem rígida por uma linguagem flexível: eles tornam os termos controversos vagos ou opcionais e introduzem ressalvas e condições. (tradução nossa)⁷⁰

Não é à toa, portanto, que há inúmeras lacunas nos acordos da OMC. Caso os acordos fossem redigidos de forma mais restritiva, muito provavelmente não teriam sido aprovados por países com interesses, muitas vezes, diametralmente opostos.

Dessa forma, há de se notar que o Acordo Constitutivo da OMC⁷¹, porquanto vago, reserva, por meio do artigo IX:2, à Conferência Ministerial e ao Conselho Geral a “autoridade exclusiva para adotar interpretações do presente Acordo e dos Acordos Multilaterais de Comércio”.⁷² Ao emitir interpretações que aumentam ou diminuem o sentido de um texto, o OA acaba assumindo o papel que foi expressamente reservado aos membros da OMC, por intermédio da Conferência Ministerial e do Conselho Geral.

Por outro lado, o artigo 3.2 do ESC dispõe:

O sistema de solução de controvérsia da OMC é elemento essencial para trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio. Os Membros reconhecem que esse sistema é útil para preservar direitos e obrigações dos Membros dentro dos parâmetros dos acordos abrangidos e para esclarecer as disposições vigentes dos referidos acordos em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público. As recomendações e decisões do OSC

⁶⁹ LINOS, Katerina; PEGRAM, Tom. **The Language of Compromise in International Agreements:** International Organization. Cambridge: Cambridge University Press, v. 3, n. 3, 2016, p. 587 – 621.

⁷⁰ No original: “To reach a compromise, negotiators often replace firm language with flexible language: they make controversial terms vague or optional and introduce caveats and conditions.”

⁷¹ O acordo é incorporado no Brasil pelo Decreto n. 1.355, de 30 de Dezembro de 1994.

⁷² BRASIL. **Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994.** Ata Final que Incorpora os Resultados das Negociações Comerciais Multilaterais da Rodada Uruguai, Marraqueche, 15 abr. 1994. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1355-94.pdf. Acesso em: 27 ago. 2022.

não poderão promover o aumento ou a diminuição dos direitos e obrigações definidos nos acordos abrangidos.

Percebe-se que tanto o artigo 3.2 autoriza a interpretação pelo sistema de solução de controvérsias, aí compreendido o OA, quanto limita a atuação do OSC aos direitos já existentes nos acordos, isto é, busca afastar do OSC a função de criar novas normas. Evidente que em casos concretos a linha entre interpretação das disposições de acordos e extensão e restrição de direitos pode ser bastante tênue.

Os Estados Unidos, na reunião do OSC do dia 29 de outubro de 2018, emitiram parecer alegando preocupação em relação à emissão de opiniões consultivas pelo OA.⁷³ Chamaram a atenção para o fato de os painéis da OMC e o OA estarem proferindo declarações, conclusões e interpretações desnecessárias para a resolução dos conflitos suscitados nas disputas, o que, em conjunto, são chamadas de opiniões consultivas (*advisory opinions*). Prosseguem o parecer posicionando-se no sentido de que se trata de uma tentativa dos painéis e do OA de criar regras, em vez de resolver disputas específicas, infringindo as regras da OMC. Aduzem que o propósito do sistema de solução de controvérsias não é nem o de emitir interpretações nem de legislar, mas simplesmente o de auxiliar os membros a solucionar disputas.

Suscitam o artigo 3.7, que estabelece que “o objetivo do mecanismo de solução de controvérsias é garantir uma solução positiva para as controvérsias”, ou seja, função com escopo delimitado. Ressaltam que no artigo IX:2 do Acordo Constitutivo da OMC os membros reservaram a si a autoridade exclusiva para adotar interpretações dos acordos da OMC.

Em relação ao OA, arguem que, de acordo com o art. 17.6 do ESC, “a apelação deverá limitar-se às questões de direito tratadas pelo relatório do painel e às interpretações jurídicas por ele formuladas” o que, na prática, não ocorre. Sugerem, ainda, que o artigo 3.2 do ESC foi mal interpretado por algumas partes, que inferiram a possibilidade de o OA emitir opiniões consultivas, visto que o artigo 3.2 delega ao sistema de solução de controvérsias a possibilidade de “esclarecer as disposições vigentes dos referidos acordos em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público”, o que foi feito inúmeras vezes, principalmente com base na Convenção de Viena. Os Estados Unidos, no entanto, posicionam-se no sentido de que o texto do artigo 3.2 não é uma diretriz nem uma autorização, em oposição ao artigo IX:2 do Acordo Constitutivo da OMC, por exemplo. Por fim, também destacam a

⁷³ U.S. MISSION GENEVA. **Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, 29 October 2018**. Disponível em: <https://geneva.usmission.gov/2018/10/30/statements-by-the-united-states-at-the-october-29-2018-dsb-meeting/>. Acesso em: 2 ago. 2022.

controvérsia relativa ao art. 17.12 do ESC, segundo o qual “O órgão de Apelação abordará cada uma das questões pleiteadas em conformidade com o parágrafo 6 durante o procedimento de apelação” (tradução nossa).⁷⁴ O parecer sustenta que a palavra *address* significa “pensar e começar a lidar com uma questão ou com um problema”, de forma que esse artigo não autoriza o OA a emitir opiniões e conclusões jurídicas sobre cada uma das questões suscitadas na apelação, devendo-se ater exclusivamente às questões que auxiliam o OSC no cumprimento das suas responsabilidades — resolver as disputas específicas.

Os Estados Unidos destacam a disputa *US — Wool Shirts and Blouses*, cujo relatório foi circulado em 1997, contendo ressalva feita pela divisão à limitação imposta pelo artigo IX:2 do Acordo Constitutivo da OMC, confirmando que a função interpretativa dos acordos é reservada aos membros. Prosseguem o parecer defendendo a posição de que, com o passar do tempo, o OA começou a ultrapassar as funções pré-estabelecidas do órgão, examinando problemas não essenciais para a resolução das disputas, proferindo e circulando interpretações dos acordos da OMC que passaram a ser vinculantes aos membros. Citaram casos em que houve excesso de interpretação por parte do OA, tais quais *Canada — Continued Suspension and United States, China — Publications and Audiovisual Products, Argentina — Financial Services, Indonesia — Import Licensing Regimes, Eu — PET (Pakistan)*. Da mesma forma, diversos membros já se manifestaram em reuniões do OSC lamentando a inclusão de interpretações que extrapolam a mera revisão de questões de direito nos relatórios do OA.

Todavia, faz-se necessário entender que, por mais que as críticas tecidas pelos Estados Unidos possuam amparo em problemas fáticos também endossados por outros membros, a compreensão quanto ao que é definido como mera interpretação e o que é definido como extensão e restrição de direitos pode ser discrepante entre os membros. Historicamente, os Estados Unidos possuem uma visão com tendência restritiva, como consta no próprio Parecer mencionado, segundo a qual tudo aquilo que não constar expressamente como proibição é considerado permitido. Desse entendimento depreende-se que o poder do OA ficaria limitado frente a lacunas, sem poder de atuação, devendo, em conformidade com o ESC, remeter todas as questões ao Conselho Geral da OMC, o que, na prática, nunca ocorreu. A outra alternativa seria a redação de um texto extremamente abrangente, capaz de englobar todas as situações de proibição, o que não é uma ideia realista.

⁷⁴ No original: “The Appellate Body shall address each of the issues raised in accordance with paragraph 6 during the appellate proceeding”.

3.4. A Revisão dos Fatos pelo Órgão de Apelação

Os Estados Unidos, na reunião do OSC do dia 27 de agosto de 2018, circularam parecer sustentando a violação sistêmica do artigo 17.6 do ESC pelo OA, visto que o Órgão repetidamente revisou matérias de fato, incluindo legislações domésticas.⁷⁵ O artigo 17.6 do ESC estabelece que “a apelação deverá limitar-se às questões de direito tratadas pelo relatório do painel e às interpretações jurídicas por ele formuladas”, de forma que a função do OA é bastante clara e delimitada, sem quaisquer margens para interpretações distintas a respeito da função que deve desempenhar.

A partir do caso *EC — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*,⁷⁶ o OA aceitou a possibilidade de revisão de fatos, ainda que de modo restrito, amparando-se no artigo 11 do ESC que determina:

O painel deverá fazer uma avaliação objetiva do assunto que lhe for submetido, incluindo uma avaliação objetiva dos fatos, da aplicabilidade e concordância com os acordos abrangidos pertinentes, e formular conclusões que auxiliem o OSC a fazer recomendações ou emitir decisões previstas nos acordos abrangidos.

O artigo citado passou a ser utilizado como base para o OA analisar fatos de uma disputa sob alegação de que o painel não teria feito avaliação objetiva dos fatos. Os Estados Unidos alegaram que ao aceitar a revisão de fatos a partir do art. 11 do ESC, o OA ignorou o próprio texto do ESC violando o que foi de fato acordado entre os membros. Um ponto que os Estados Unidos destacaram é que no texto original do ESC, em inglês, optou-se pela utilização, no artigo 11, da palavra *should*, e não da palavra *shall*. A diferença entre os vocábulos é quanto à assertividade: enquanto *should* carrega um grau de incerteza, *shall* define uma certeza. No sentido legal, *shall* representa algo que deve invariavelmente acontecer, enquanto *should* indica algo que deveria acontecer, de modo mais vago. É o que os Estados Unidos apontaram, afirmando que os membros, ao optarem por um ou por outro vocábulo, o fizeram deliberadamente, tendo sido resultado de semanas de negociação. Aduziram que no caso mencionado, *EC — Measures Concerning Meat And Meat Products (Hormones)*, não houve

⁷⁵ U.S. MISSION GENEVA. **Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, 27 August 2018.** Disponível em:

<https://geneva.usmission.gov/2018/08/27/statements-by-the-united-states-at-the-august-27-2018-dsb-meeting/>. Acesso em: 2 ago. 2022.

⁷⁶ APPELLATE BODY. **EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)**,

WT/DS26/AB/R, WT/DS27/AB/R. Disponível em:

https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?DataSource=Cat&query=@Symbol=WT/DS26/AB/R&Language=English&Context=ScriptedSearches&languageUIChanged=true. Acesso em: 31 ago. 2022.

menção ao termo *should* pelo OA, que passou considerar o dispositivo como a expressão de algo mandatório, de um requisito obrigatório aos painéis.

Ressaltaram, também, que o próprio OA repetidamente reclamou do aumento da carga de trabalho decorrente das apelações sob o artigo 11 do ESC, tendo havido acréscimo tanto das apelações em si, quanto da complexidade e extensão delas.

Ainda, arguíram que permitir apelações sob o artigo 11 implica autorizar casos em que membros tentam anular todas as conclusões dos painéis, litigando uma segunda vez sobre os mesmos fatos. Como consequência, tem-se tanto a dificuldade em cumprir os prazos estabelecidos no ESC, quanto a diminuição da eficiência da fase dos painéis. Nesse segundo caso, em vez de direcionar as críticas aos painéis, a parte pode considerar melhor reservá-las para uma apelação, esta capaz de rever as conclusões do painel, o que inclusive poderia causar interferência na qualidade dos relatórios emitidos pelos painéis.

Para além do Parecer dos Estados Unidos acima, Simon Lester⁷⁷ destaca:

Ao pensar no artigo 11 como um mecanismo para apelação, é importante observar que a linguagem do artigo 11 foi uma herança da Rodada de Tóquio. [...] o parágrafo 16 espelha de perto a linguagem do artigo 11. Parece claro que essa linguagem não foi originalmente planejada como um padrão para a revisão no âmbito de apelação dos painéis, porque existia antes mesmo de haver um mecanismo de apelação.⁷⁸ (tradução nossa).

Assim, notório que não havia intenção dos membros em autorizar a utilização do artigo 11 como base para uma revisão dos fatos na fase de apelação. Tanto é que a linguagem que consta no artigo 17.6 do ESC, este sim reportando-se diretamente ao OA, veda expressamente a análise de qualquer outra questão que não matérias de direito e as interpretações legais pelo Órgão.

Não se discute que o OA vem sistematicamente aceitando revisar os fatos de uma disputa, ainda que a previsão do artigo 17.6 do ESC seja clara. A consequência é que há um incentivo à invocação do artigo 11 pelas partes, como base para uma revisão fática. Tal revisão tem direta relação com os problemas mencionados no Capítulo 2, quais sejam, o alto número de apelações e a demora no cumprimento dos prazos estabelecidos no ESC. O efeito é o

⁷⁷ LESTER, Simon. **DSU Article 11 and Appellate Review: Past, Present and Future**. International Economic Law and Policy Blog. United States, 2020. Disponível em: <https://ielp.worldtradelaw.net/2020/08/dsu-article-11-past-present-and-future-1.html>. Acesso em: 20 ago. 2022.

⁷⁸ No original: When thinking about Article 11 as a mechanism for appeal, it is worth noting at the outset that the language of Article 11 was carried over from the Tokyo Round Dispute Settlement Understanding. [...] Thus, paragraph 16 mirrors closely the language of Article 11. It seems clear that this language was not originally designed as a standard for appellate review of panel proceedings, because it existed prior to there being an appeal mechanism.

estímulo à interposição de apelações que invocam o artigo 11, culminando na ampliação da complexidade das disputas e no aumento do tempo necessário para a emissão de um relatório pelo OA.

3.5. O Sistema de Precedentes

A controvérsia que diz respeito à criação de um sistema de precedentes no OSC é ponto fundamental para compreender a crise do OA. Trata-se de um dos principais alvos de críticas dos Estados Unidos, que se posicionam enfaticamente contra a existência de precedentes vinculantes criados pelo OA.

De regra, no Direito Internacional, não há reconhecimento do *stare decisis*, ao contrário da teoria aplicada nos países do *common law*.⁷⁹ Não obstante, no OSC há reiteradas menções a disputas anteriores, sobretudo a decisões elaboradas pelo OA. Na prática, ainda que um painel não seja obrigado a seguir uma decisão prévia do OA, se não o fizer, o OA culmina por reformar a decisão do painel. A própria OMC afirma que ⁸⁰

Se o raciocínio desenvolvido em relatório anterior em relação a uma interpretação dada a uma regra da OMC for persuasivo da perspectiva do painel ou do Órgão de Apelação em caso subsequente, é extremamente provável que o painel ou o Órgão de Apelação irão seguir e repetir tal raciocínio.⁸¹

Como já mencionado, os Estados Unidos possuem uma visão bastante restritiva em relação aos acordos da OMC e, para eles, deve-se fazer uma interpretação estrita do artigo IX:2 do Acordo Constitutivo da OMC, segundo o qual “a Conferência Ministerial e o Conselho Geral terão autoridade exclusiva para adotar interpretações do presente Acordo e dos Acordos Multilaterais de Comércio”.⁸² Tal entendimento, portanto, caminha no mesmo sentido dos pontos acima, (i) de que o OA não poderia preencher lacunas, aumentando ou diminuindo direitos, em obediência ao art. 3.2 do ESC, e (ii) um sistema de precedentes seria contrário à

⁷⁹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC**. São Paulo: Atlas, 2008.

⁸⁰ **Dispute Settlement System Training Module**. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settlement_cbt_e/c7s2p1_e.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.

⁸¹ No original: If the reasoning developed in the previous report in support of the interpretation given to a WTO rule is persuasive from the perspective of the panel or the Appellate Body in the subsequent case, it is very likely that the panel or the Appellate Body will repeat and follow it.

⁸² BRASIL. **Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Ata Final que Incorpora os Resultados das Negociações Comerciais Multilaterais da Rodada Uruguai. Marraqueche, 15 abr. 1994, IX:2. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1355-94.pdf. Acesso em: 27 ago. 2022.

competência exclusiva dos membros para adotar interpretações. Em Parecer de 18 de dezembro de 2018,⁸³ os Estados Unidos sustentam:

O ESC não designa valor de precedente aos relatórios dos painéis ou do Órgão de Apelação adotados pelo OSC ou interpretações contidas nesses relatórios. Em vez disso, reserva tal peso às interpretações vinculantes adotadas pelos Membros da OMC em um órgão diferente, a Conferência Ministerial ou o Conselho Geral, agindo não por consenso negativo, mas por consenso positivo e sob diferentes procedimentos que promovem conscientização e participação dos Membros. (tradução nossa)⁸⁴

Das críticas tecidas pelos Estados Unidos, é possível perceber a insatisfação quanto à atuação prática do OSC, sobretudo do OA. Isso porque, apesar de terem aceitado a jurisdição de um sistema com base em normas, e não com base em relações diplomáticas, na prática o sistema estabeleceu-se de modo mais rígido do que inicialmente previsto, alterando as relações de poder dentro da OMC e no cenário do comércio internacional.

Os precedentes são importantes na medida em que tornam qualquer sistema jurídico mais coerente. A partir da uniformização de interpretações, a previsibilidade e a estabilidade ganham força, conferindo maior legitimidade às decisões e à Corte em si.⁸⁵ No contexto do Direito Internacional, a legitimidade é um aspecto árduo isso porque “Cortes Internacionais carecem de força coercitiva e, portanto, precisam converter a autoridade formal em autoridade de fato” (tradução nossa).⁸⁶

Se, por um lado, os precedentes são benéficos pela coerência, previsibilidade e estabilidade, no cenário do Direito Internacional também implicam em maiores níveis de inflexibilidade. A regra nos acordos internacionais é a multiplicidade de interpretações, com lacunas intencionais e palavras escolhidas criteriosamente. Nesse sentido, Kucik e Puig argumentam:⁸⁷

⁸³ U.S. MISSION GENEVA. **Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, 18 December 2018.** Disponível em:

<https://geneva.usmission.gov/2018/12/19/statements-by-the-united-states-at-the-december-18-2018-dsb-meeting/>. Acesso em: 23 ago. 2022.

⁸⁴ No original: "the DSU does not assign precedential value to panel or Appellate Body reports adopted by the DSB or interpretations contained in those reports. Instead, it reserves such weight to authoritative interpretations adopted by WTO Members in a different body, the Ministerial Conference or General Council, acting not by negative consensus but by positive consensus and under different procedures that promote awareness and participation by Members."

⁸⁵ KUCIK, Jeffrey; PUIG, Sergio. **Extending Trade Law Precedent.** Arizona: Arizona Legal Studies Discussion Paper nº 20-41, out. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3710289>. Acesso em: 25 ago. 2022.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 5. No original: "ICs lack coercive force and therefore need to convert the formal legal authority into *de facto* authority".

⁸⁷ *Ibid.*, p. 2.

Enquanto Cortes Internacionais aumentam a sua autoridade ao utilizar precedentes para construir um histórico de coerência legal, esforços para reforçar a autoridade produzem efeitos negativos porque estados podem responder contrariamente às decisões. [...] Dada a incerteza sobre o futuro, ambiguidade estratégica nos tratados pode auxiliar a moldar o grau de comprometimento enquanto novas informações vem à tona.⁸⁸ (tradução nossa)

Tem-se, então, de um lado, os membros que, por meio de rodadas de negociação, procuram voluntariamente convencionar ambiguidades e, de outro lado, o OA, que busca esclarecer os termos e disposições vagas, definindo interpretações que passam a ser reiteradas em decisões futuras. Notório que se trata de interesses antagônicos, em que um lado almeja a manutenção das lacunas e o outro procura esclarecer o conteúdo dos acordos.

À vista disso, os Estados Unidos manifestam-se defendendo que, ainda que seja possível referenciar decisões anteriores, considerá-las como precedentes é aceitar que o OA e o OSC ultrapassem a sua competência:⁸⁹

Se o OSC não tem autoridade sob o ESC para adotar uma interpretação vinculante, então um painel ou o Órgão de Apelação auxiliando o OSC tampouco possui essa autoridade. Isso não significa que os Estados Unidos considerem que as interpretações de um painel anterior ou do Órgão de Apelação não possuam nenhum valor. Por exemplo, na medida em que um painel considere persuasivas as argumentações anteriores do Órgão de Apelação ou de um painel, um painel pode se referir a essas argumentações ao conduzir sua própria avaliação objetiva do assunto. [...], mas considerar uma interpretação de um relatório anterior do Órgão de Apelação é muito diferente de uma declaração de que a interpretação é dominante ou precedente para disputas posteriores.⁹⁰

Alegam que o sistema de precedentes vinculantes no OA poderia aprisionar eventuais erros, de modo que a partir da “primeira vez que o OA avaliar uma questão de interpretação, necessariamente resultará não apenas em uma interpretação correta, mas na melhor

⁸⁸ No original: "While ICs increase their authority by using precedent to build up a record of legal coherence, efforts to bolster authority backfire because states may respond adversely to decisions. From the standpoint of political officials, international trade agreements need to result in net political gains relative to their costs.⁷ Given the uncertainty about the future, strategic ambiguity in treaties can help tailor the degree of commitments as new information comes to light."

⁸⁹ U.S. MISSION GENEVA. **Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, 18 December 2018.** Disponível em: <https://geneva.usmission.gov/2018/12/19/statements-by-the-united-states-at-the-december-18-2018-dsb-meeting/>. Acesso em: 23 ago. 2022.

⁹⁰ No original: "if the DSB does not have the authority under the DSU to adopt an authoritative interpretation, then a panel or the Appellate Body assisting the DSB does not have this authority either. This does not mean that the United States considers a prior panel or Appellate Body interpretation to be without any value. For example, to the extent that a panel finds prior Appellate Body or panel reasoning to be persuasive, a panel may refer to that reasoning in conducting its own objective assessment of the matter. [...] But considering an interpretation in a prior Appellate Body report is very different from a statement that the interpretation is controlling or “precedent” in a later dispute."

interpretação”.⁹¹ Da maneira como o sistema restou configurado na prática — com o OA seguindo rigidamente os precedentes de disputas anteriores —, correções do rumo das interpretações passaram a ser escassas, o que pode ser problemático. A doutrina afirma que as interpretações proferidas pelos painéis e pelo OA não são vinculantes, de tal forma que, a qualquer momento, caso entendam que as particularidades do caso exigem solução diversa, poderiam e deveriam adotar a melhor interpretação à luz das especificidades da disputa.

Na teoria não há um sistema de precedentes vinculantes, mas na prática os precedentes são frequentemente suscitados pelo OA, e o grau de rigidez com que se segue tais precedentes é expressivo. No caso *Stainless Steel (Mexico)*,⁹² por exemplo, o painel não seguiu precedente do OA e o relatório do OA continha a seguinte crítica:

Nós estamos profundamente preocupados em relação à decisão do Painel de afastar-se de uma jurisprudência bem estabelecida do Órgão de Apelação esclarecendo a interpretação das mesmas questões legais. A abordagem do Painel tem sérias implicações para o devido funcionamento do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC [...] ⁹³ (tradução nossa)

Jeffrey Kucik e Sergio Puig analisaram objetivamente quantas vezes relatórios do OA citaram decisões passadas. A conclusão foi que 77% das vezes o OA segue seus precedentes. Veja Tabela 3:

Tabela 3 — Análise de Precedentes

| Form of Precedent | Number of Applications | Percent of Total Applications |
|-------------------|------------------------|-------------------------------|
| Follow | 4246 | 77 |
| Extend | 575 | 10 |
| Narrow | 374 | 7 |
| Distinguish | 323 | 6 |

Fonte: (KUCIK; PUIG, 2020)

⁹¹ U.S. MISSION GENEVA. **Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, 18 December 2018**. §36, p. 11. Disponível em: <https://geneva.usmission.gov/2018/12/19/statements-by-the-united-states-at-the-december-18-2018-dsb-meeting/>. Acesso em: 23 ago. 2022.

⁹² APPELLATE BODY. **United States – Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico**, WT/DS344/AB/R. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=63488&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 27 ago. 2022.

⁹³ No original: "We are deeply concerned about the Panel's decision to depart from well-established Appellate Body jurisprudence clarifying the interpretation of the same legal issues. The Panel's approach has serious implications for the proper functioning of the WTO dispute settlement system."

Ademais, em 10% dos casos um precedente anterior foi estendido, em 7% restringido e, em apenas 6% dos casos, foi feita distinção entre um precedente anterior e o caso que se apresentava. Outro dado interessante é que, desde o início do funcionamento do OA, o OA jamais rejeitou interpretação anteriormente proferida.⁹⁴

Kucik e Puig concluem que deve haver um equilíbrio entre coerência, previsibilidade e flexibilidade nas Cortes Internacionais. Do contrário, os precedentes removem importante grau de flexibilidade crucial no Direito Internacional e tal aplicação rígida das normas pode acarretar a falha do cumprimento dos acordos internacionais, prejudicando a sua eficácia.⁹⁵ Dessa forma, há de se pensar que os precedentes, apesar de por si só não serem algo negativo, possuem um custo e é exatamente o que se percebe com o bloqueio da nomeação de membros para o OA que atualmente se enfrenta.

⁹⁴ KUCIK, Jeffrey; PUIG, Sergio. **Extending Trade Law Precedent**. Arizona: Arizona Legal Studies Discussion Paper nº 20-41, out. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3710289>. Acesso em: 25 ago. 2022.

⁹⁵ Ibid.

4 ALTERNATIVAS AO ATUAL SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC

A questão que se coloca é quais alternativas existem capazes de permitir a continuidade do sistema de solução de controvérsias da OMC — se é que existem e são suficientes. No presente capítulo, buscar-se-á o cotejo das alternativas multilaterais, plurilaterais, bilaterais e unilaterais ao atual sistema de solução de controvérsias da OMC. A alternativa mais almejada para recuperação do sistema é a negociação de novos termos que permitissem a atividade do OA sem oposições que conduzissem a bloqueios. Em relação a alternativas institucionais, apresenta-se a arbitragem como solução que pode ser conduzida tanto em uma perspectiva plurilateral quanto bilateral.

Por fim, existem instrumentos unilaterais aos quais alguns membros vêm recorrendo e é importante analisá-los com atenção. Esses instrumentos podem ser tanto provisórios, que é o caso do Brasil e da União Europeia, cuja aplicação é restrita à paralisação do OA, quanto definitivos, caso dos Estados Unidos, que possui instrumento anterior ao GATT de 1994 e a partir dele pode exercer a retaliação unilateral. O maior fator negativo dos instrumentos unilaterais é que carecem da legitimidade da OMC mediante autorização do OSC, de forma que sua aplicação é muito mais questionada.

4.1. Alternativa Multilateral: a reforma do OA

A reforma do OA é certamente a alternativa mais almejada e permitiria a recuperação do sistema de solução de controvérsias de forma mais definitiva. Enquanto alternativa multilateral, a reforma, seja do OA quanto da OMC em si, depende de rodadas de negociação e de consenso dos membros, de forma que é a mais difícil de ser alcançada.

As tentativas de negociação da reestruturação do OA vêm sendo conduzidas desde antes da paralisação do órgão. Nas reuniões subsequentes à paralisação, os Estados Unidos se opuseram a diversas propostas de reforma, sem apresentar contrapartidas. O embaixador da Nova Zelândia, David Walker, foi, em 2019, escolhido para ser um facilitador a liderar uma alternativa multilateral para a solução das controvérsias envolvendo o OA. Ele foi responsável pela elaboração da proposta de reforma do OA que passou a ser conhecida como "Walker

Principles",⁹⁶ que se propunha a melhorar os aspectos criticados sobretudo pelos Estados Unidos. Das problemáticas, seis delas foram abordadas pelos *Walker Principles*: a necessidade de regras de transição para membros do OA cujos mandatos estivessem prestes a expirar; a obrigatoriedade de emitir os relatórios em até 90 dias; proibição da revisão de fatos e de legislações domésticas pelo OA; proibição da emissão de opiniões consultivas; definição de que precedentes não são vinculantes; e as recomendações e decisões do OA não poderiam adicionar ou restringir direitos ou obrigações previstos nos acordos da OMC. Além disso, também foi proposto mecanismo para diálogo entre o OSC e o OA, de modo que membros poderiam se manifestar sobre questões de forma desvinculada à adoção de relatórios, em reunião informal a ser conduzida uma vez por ano, no mínimo.

Os *Walker Principles* não foram adotados, os Estados Unidos permaneceram questionando se o OA seria capaz de seguir os princípios se nem mesmo seguem o ESC. Na sequência, diversos membros submeteram propostas de reforma do OA, tais quais Canadá, China, União Europeia, Japão, Austrália, Brasil e outros. De forma geral, as propostas tangenciam os mesmos temas, com abordagens semelhantes e pequenas variações. As propostas vêm sendo feitas desde 2018, sem sucesso. Muito embora os EUA sustentem que apoiam a reforma do OA, reiteram que suas preocupações seguem sem respostas.

Na Conferência Ministerial da OMC, ocorrida de 12 a 16 de junho de 2022, os membros reconheceram expressamente a necessidade de reforma da OMC e afirmaram a importância de resolver os impasses do sistema de solução de controvérsias com urgência, pactuando compromisso de conduzir as discussões a fim de ter um OSC recuperado e acessível a todos os membros até o ano de 2024.⁹⁷

4.2. Alternativas Plurilaterais e Bilaterais

As alternativas plurilaterais e bilaterais mais imediatas estão relacionadas ao artigo 25 do ESC, que versa sobre a arbitragem e autoriza seu uso em qualquer fase do procedimento de solução de controvérsias. Caso os membros envolvidos em uma disputa desejem apelar, podem recorrer à arbitragem para julgamento dos pontos controvertidos, desde que haja consentimento

⁹⁶ WALKER, David. **Informal Process on Matters Related to the Functioning of the Appellate Body** — Report by the Facilitator, H.E. Dr. David Walker (New Zealand). JOB/GC/222. 15 out. 2019.

⁹⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **MC12 Outcome Document**. WT/MIN(22)/24 WT/L/1135. Genebra: 17 jun. 2022. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/MIN22/24.pdf&Open=True>. Acesso em: 21 jun. 2022.

das partes envolvidas na disputa. Também é possível firmar um acordo contendo o compromisso dos membros de recorrer à arbitragem caso sobrevenha apelação, firmando a intenção de resolver a disputa e evitando a paralisia do sistema. É o caso do *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement* (MPIA). O MPIA é exemplo de alternativa plurilateral, enquanto o uso direto do art. 25 por dois membros é exemplo de alternativa bilateral.

4.1.1. O artigo 25 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias

O artigo 25 do ESC contém previsões relacionadas à arbitragem, consistindo em alternativa bilateral à adjudicação de uma disputa por um painel ou pelo OA.⁹⁸ A arbitragem, até então, apenas havia sido utilizada em uma única disputa, e não como substituição ao painel ou ao OA, mas sim na fase de implementação, após o relatório do OSC já ter sido adotado.

O artigo 25.1 dispõe que consiste em "meio alternativo de solução de controvérsias [que] pode facilitar a resolução de algumas controvérsias que tenham por objeto questões claramente definidas por ambas as partes".⁹⁹ Na sequência, o artigo 25.2 preceitua que "o recurso à arbitragem estará sujeito a acordo mútuo entre as partes".¹⁰⁰

Dessa forma, ainda que seja possível recorrer à arbitragem na ausência do OA, deve haver anuência entre as partes de uma disputa, de modo que determinado Membro pode concordar com arbitragem em uma disputa específica e, em caso menos favorável, opor-se ao estabelecimento de painel arbitral. A consequência é uma quebra na estabilidade garantida pelo sistema de solução de controvérsias da OMC, espécie de retorno à era do GATT 47. Outro ponto negativo é que as decisões de um painel arbitral não seriam formalmente adotadas pelo OSC,¹⁰¹ o que pode representar risco quanto à implementação das decisões.

Na ausência do OA, a arbitragem apresenta-se como alternativa bilateral já institucionalizada pelo ESC, que pode garantir o segundo grau de jurisdição, uma vez ocupado pelo OA, e pode julgar apelações sobre pontos específicos acordados entre as partes. Trata-se, então, de uma espécie de apelação-arbitragem, com fulcro no artigo 25.

⁹⁸ WTO Secretariat. **A Handbook on the WTO Dispute Settlement System**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. DOI: 10.1017/9781108265423.

⁹⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias**. 1994, p. 23. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/mdic/comercio-exterior/certificado-form-27>. Documento original disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf. Acesso em: 25 jun. 2022.

¹⁰⁰ Ibid., p. 23.

¹⁰¹ HILLMAN, Jennifer. **Three Approaches to Fixing the World Trade Organization's Appellate Body: The Good, the Bad and the Ugly**. IIEL Issue Brief, Georgetown University Law Center, Washington D.C., 2018. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2018/12/Hillman-Good-Bad-Ugly-Fix-to-WTO-AB.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2022.

Até o momento, em apenas um caso foi notificada apelação-arbitragem sob o artigo 25 do ESC: DS583, *Turkey – Certain Measures concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products*. Em março de 2022, houve notificação pela Turquia e pela União Europeia da intenção de estabelecer Arbitragem caso qualquer das partes tivesse intenção de apelar. As partes firmaram, nesta data, o “*Agreed Procedures for Arbitration Under Article 25 of the DSU*”.¹⁰² Nesse documento, as partes estabeleceram que, na ausência do OA da OMC, recorrer-se-ia a um painel Arbitral. Note-se que foi dada prioridade à competência do OA, pois estabeleceu-se que a arbitragem só ocorreria se o OA não pudesse dar seguimento à apelação.

Deu-se prioridade ao cumprimento do prazo de 90 dias para a prolação da sentença pelo painel arbitral. As partes expressamente acordaram que, caso fosse necessário para o devido cumprimento do prazo, os árbitros poderiam sugerir a exclusão de reclamações com base no artigo 11 do ESC, ou seja, afastamento dos argumentos de ausência de objetividade na análise dos fatos pelo painel.

No dia 25 de abril de 2022, a Turquia deu início à apelação com base no artigo 25 e, no dia 25 de julho de 2022, os árbitros circularam para a OMC a sentença,¹⁰³ ou seja, foi respeitado o prazo de 90 dias, favorecendo a pronta resolução da controvérsia — o que por si só é objetivo do ESC e, por consequência, da OMC. Apesar de as partes terem acordado que cumprirão a sentença, ela não precisa ser adotada pelo OSC.

Conforme apontado, como fatores negativos há a necessidade de acordo mútuo entre as partes em cada disputa para que se proceda à instalação de painel arbitral e a não adoção da decisão pelo OSC. De outro lado, percebe-se que houve pronta resolução da disputa e foi dada margem para afastar a reanálise de fatos com base no artigo 11 do ESC.

Não obstante, os Estados Unidos, em parecer circulado na Reunião do OSC de 29 de agosto de 2022, em Genebra, manifestaram preocupação em relação ao Acordo firmado entre Turquia e UE porque “o Acordo previa uma arbitragem que incorporava muitas das práticas mais preocupantes de revisão pelo OA” (tradução nossa).¹⁰⁴

¹⁰² TURKEY – Certain measures concerning the production, importation and marketing of pharmaceutical products. **Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU**. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/583-10.pdf&Open=True>. Acesso em: 31 de ago. de 2022.

¹⁰³ ARBITRATORS notify award in EU–Türkiye pharmaceuticals dispute. **WTO**, Dispute Settlement. Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news22_e/disp_25jul22_e.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

¹⁰⁴ No original: "The agreement provided for an arbitration that incorporated many of the most troubling practices of appellate review under the Appellate Body."

Em artigo intitulado *The Good, the Bad and the Ugly*, Jennifer Hillman considera o recurso ao artigo 25 como “the bad”, isso porque (i) utilizar a arbitragem significa abdicar do sistema vinculante de duas etapas instituído pela OMC; (ii) requer o consenso das partes em cada uma das disputas para iniciar o processo de apelação pela arbitragem; e (iii) as decisões do painel arbitral não seriam adotadas formalmente pelo OSC, de modo que o OSC não teria mecanismos à disposição para fazer cumprir uma decisão arbitral não adotada.¹⁰⁵

Assim, percebe-se que apesar de o recurso à Arbitragem estar disponível no ESC, trata-se de mecanismo fraco frente à antiga “joia da coroa da OMC”. Malgrado isso, a Arbitragem possui a grande vantagem de ser o meio institucional de pronto disponível, viabilizando a continuidade do sistema.

4.1.2. The Multiparty Interim Appeal Arbitration Arrangement

Também com base no artigo 25 do ESC, alguns membros da OMC, a partir da coordenação da União Europeia, criaram o MPIA.¹⁰⁶ O MPIA foi criado no dia 30 de abril de 2020 pelos seguintes membros: Austrália, Brasil, Canadá, China, Chile, Colômbia, Costa Rica, União Europeia, Guatemala, Hong Kong (China), Islândia, México, Nova Zelândia, Noruega, Paquistão, Singapura, Suíça, Ucrânia e Uruguai. A adesão ao MPIA é voluntária e consiste, portanto, em alternativa plurilateral.

O MPIA possui os mesmos pontos positivos e negativos destacados no tópico anterior, visto que, na verdade, também se ocupa de garantir a apelação com base no artigo 25 do ESC. Foi a primeira movimentação entre os membros para evitar a paralisação total do sistema de solução de controvérsias da OMC, demonstrando que há interesse por parte considerável dos membros de preservar o sistema.

Apesar de ser acordo aderido por 47 membros, depende da notificação dos membros envolvidos em uma disputa específica para que possa ser invocado, configurando nada mais que um compromisso dos membros signatários de que, na superveniência de apelação entre eles, o MPIA será invocado e acionada a arbitragem sob o artigo 25, sendo que as regras do procedimento serão as estabelecidas no acordo que em grande medida replica o OA. Denota,

¹⁰⁵ HILLMAN, Jennifer. **Three Approaches to Fixing the World Trade Organization's Appellate Body: The Good, the Bad and the Ugly**. IIEL Issue Brief, Georgetown University Law Center, Washington D.C., 2018. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2018/12/Hillman-Good-Bad-Ugly-Fix-to-WTO-AB.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2022.

¹⁰⁶ MULTI-PARTY Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU. JOB/DSB/1/Add.12. 30 abr. 2020. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=263504. Acesso em: 25 set. 2022.

portanto, boa intenção dos membros para evitar os “apelos no vazio” e a consequente paralisação do sistema de solução de controvérsias.

Além do mais, também foi precursor ao introduzir a possibilidade de os árbitros afastarem os argumentos baseados na falta de análise objetiva dos fatos com base no artigo 11, o que foi replicado no caso *Turkey – Certain Measures concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products*.

Percebe-se, pois, que é um esforço coordenado dos membros que têm como objetivo a continuidade do sistema de solução de controvérsias. É um acordo importante sobretudo no campo político, porque permite afastar os apelos no vazio por meio da coordenação diplomática entre os membros. Arca, no entanto, com a falta de poder executivo que é de incumbência do OSC.

Na prática, a atuação do MPIA não vem sendo tão proveitosa, tanto é que o primeiro caso em que foi invocado o artigo 25 para uma apelação foi o caso *Turkey – Certain Measures concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products*, sendo que a Turquia não é signatária do MPIA. Nos demais casos entre membros signatários do MPIA não se chegou à fase de apelação. Conforme visto anteriormente, desde 2020 houve um número muito diminuto de solicitações de disputas e grande número de apelações, o que denota a incapacidade do MPIA de aproximar-se do OA e, por si só, não é capaz de garantir a autoridade e legitimidade que uma vez o OA conferia ao OSC e à OMC.

4.3. Alternativas unilaterais

Frente à paralisia do OA, os relatórios dos painéis caem em um limbo, visto que não podem produzir os efeitos de um painel adotado pelo OSC.¹⁰⁷ Assim, não há obrigatoriedade da implementação, tampouco prevalece o período razoável para adoção das recomendações e não há autorização para retaliação pelo OSC em caso de não-cumprimento das recomendações.¹⁰⁸ Nesse contexto, alguns países conceberam alternativas unilaterais para execução de terceiros. Os Estados Unidos foram os primeiros a criar instrumento que permite a retaliação unilateral, seguido muitos anos depois pela União Europeia e, atualmente, também o Brasil possui instrumento do gênero. Em relação a esses instrumentos, o ponto negativo

¹⁰⁷ VIDIGAL, Geraldo. Living Without the Appellate Body: Multilateral, Bilateral and Plurilateral Solutions to the WTO Dispute Settlement Crisis. *The Journal of World Investment & Trade*, Amsterdam, 20(6), 862-890, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1163/22119000-12340160>. Acesso em: 14 jun. 2022.

¹⁰⁸ Ibid.

comum é a falta de legitimidade das retaliações unilaterais — uma vez que o OSC autorizava a retaliação, havia todo um sistema que amparava a legitimidade da contramedida.

4.2.1. Estados Unidos: Seção 301 da Lei de Comércio e Tarifas de 1974

A seção 301 da Lei de Comércio e Tarifas de 1974 (*Trade Act of 1974*)¹⁰⁹ está inserida no título 3º desta Lei, denominado alívio de práticas de comércio desleal que, por sua vez, estabelece medidas para a “execução dos direitos dos Estados Unidos sob acordos de comércio e respostas a certas práticas de comércio exterior”.¹¹⁰ A seção 301 autoriza ações coercitivas, tais quais a imposição de sanções e a retaliação, quando necessárias para garantir os direitos dos Estados Unidos no âmbito do comércio internacional.

É um instrumento unilateral, criado como resposta à falha do GATT 47 em relação à solução de disputas, contrapondo-se diretamente aos modelos multilaterais do comércio internacional.¹¹¹ Por meio da seção 301, o Poder Executivo dos Estados Unidos fica autorizado a adotar medidas coercitivas contra políticas e práticas comerciais que forem consideradas, sob a própria 301, prejudiciais ao País. Assim, os Estados Unidos assumem a posição tanto de investigadores quanto de juízes, definindo a própria agenda e procedimentos.

A seção 301 é uma evolução da seção 252 da Lei de Expansão Comercial de 1962, que já autorizava o Presidente a impor sanções a outros países caso julgasse que fosse alvo de restrições injustificáveis a exportações, mas com limitação a produtos agrícolas.¹¹² A seção 301 da Lei de Comércio e Tarifas de 1974 “ampliou o escopo de aplicação do poder retaliatório da legislação comercial norte-americana”,¹¹³ conferindo maiores poderes ao Presidente.

É obrigação do Representante de Comércio dos EUA agir com base na seção do 301 (a) sempre que os direitos dos Estados Unidos forem negados sob algum acordo comercial; (b) quando um ato, política ou prática de país estrangeiro violar ou for inconsistente com

¹⁰⁹ ESTADOS UNIDOS. **Trade Act of 1974**. Public Law 93–618, as amended. As Amended Through P.L. 116–113, Enacted January 29, 2020. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-10384/pdf/COMPS-10384.pdf>. Acesso em: 05 set. 2022.

¹¹⁰ No original: "enforcement of United States rights under trade agreements and response to certain foreign trade practices"

¹¹¹ SCHWARZENBERG, Andres B. **Section 301 of the Trade Act of 1974: Origin, Evolution, and Use**. Washington D.C.: Congressional Research Service, 2020. Disponível em: <https://sgp.fas.org/crs/misc/R46604.pdf>. Acesso em: 05 set. 2022.

¹¹² ARSLANIAN, Regis P. **O Recurso à Seção 301 da Legislação de Comércio Norte-Americana e a Aplicação de seus Dispositivos contra o Brasil**. Brasília: Instituto Rio-Branco, 1994.

¹¹³ *Ibid.*, p. 22.

disposições de acordo comercial ou sob ele negue benefícios aos Estados Unidos, ou quando for injustificável e onere ou restrinja o comércio dos EUA.¹¹⁴

Os poderes do Presidente, no entanto, não são ilimitados e discricionários, existem procedimentos rígidos que devem ser obedecidos. Caso haja um relatório do OSC, busca-se afastar a aplicação da seção 301. Cabe destacar que o uso das palavras para os Estados Unidos é importante e deve ser analisado com precisão. Na letra da Lei, consta que o Representante de Comércio dos EUA não é obrigado a aplicar as medidas da seção 301 (c),¹¹⁵ o que não equivale à obrigatoriedade de afastar a aplicação da seção 301 caso haja relatório do OSC, ainda que tal aplicação viesse a ser considerada ilegítima pela OMC. Da mesma forma, caso o Representante de Comércio conclua que o país estrangeiro está adotando medidas para garantir os direitos dos Estados Unidos, tenha concordado em eliminar o ato, política, prática ou tenha acordado uma solução para o encargo ou restrição que seja considerada satisfatória, o Representante de Comércio não é obrigado a agir de acordo com a seção 301.

Por outro lado, caso o Representante de Comércio considere que de fato houve violação a algum direito dos EUA, as ações sob a seção 301 devem ser perseguidas sob autorização do Presidente, podendo ser a suspensão, remoção ou proibição da aplicação de benefícios e concessões, imposição de taxas ou outras restrições à importação de mercadorias ou taxas sobre serviços. Ainda, pode entrar em acordos vinculantes com o país estrangeiro que se comprometa a eliminar o ato, política ou prática investigado sob a seção 301 ou providenciar compensações aos Estados Unidos.¹¹⁶

Em relação à aplicação prática da seção 301, em 70% dos casos em que foi aplicada, o resultado foi positivo e, somente 8%¹¹⁷ dos casos foram considerados como totalmente falhos.¹¹⁸ O sucesso mencionado não diz respeito à aplicação das sanções e retaliações em si, mas relacionam-se ao sucesso ao negociar mediante a ameaça da retaliação. Nesse sentido, Arslanian sustenta que

¹¹⁴ Section 301. (A) (1) (A) e (B) *in*: ESTADOS UNIDOS. **Trade Act of 1974**. Public Law 93–618, as amended. As Amended Through P.L. 116–113, Enacted January 29,2020. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-10384/pdf/COMPS-10384.pdf>. Acesso em: 05 set. 2022.

¹¹⁵ Section 301. (A) (2) (A) e (B) *in*: ESTADOS UNIDOS. **Trade Act of 1974**. Public Law 93–618, as amended. As Amended Through P.L. 116–113, Enacted January 29,2020. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-10384/pdf/COMPS-10384.pdf>. Acesso em: 05 set. 2022.

¹¹⁶ Section 301 (C) Scope of Authority *in*: ESTADOS UNIDOS. **Trade Act of 1974**. Public Law 93–618, as amended. As Amended Through P.L. 116–113, Enacted January 29,2020. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-10384/pdf/COMPS-10384.pdf>. Acesso em: 05 set. 2022.

¹¹⁷ Pesquisa que avaliou os resultados até 2014, *in*: SILVERMAN, Jared R. *Multilateral Resolution Over Unilateral Retaliation: Adjudicating the Use of Section 301 Before the WTO*. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2014.

¹¹⁸ SILVERMAN, Jared R. **Multilateral Resolution Over Unilateral Retaliation: Adjudicating the Use of Section 301 Before the WTO**. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2014.

A 301 será tanto mais eficaz quanto for capaz de atemorizar outros países, de modo a forçá-los a abrir seus mercados para os produtos norte-americanos, sem que isso venha, necessariamente, a redundar na aplicação de sanções, que pode levar a um declínio do comércio mundial.¹¹⁹

Se a resposta à baixa efetividade do GATT 47 foi a criação da seção 301, no contexto em que o sistema de solução de controvérsias da OMC resta paralisado, é de se pensar que a 301, ainda que sempre tenha sido mantida em atividade, ganhe ainda mais relevância.

4.2.2. União Europeia: Regulamento (UE) 654/2014 e 2021/167

O Regulamento da União Europeia Nº 654/2014 estabeleceu regras e procedimentos para garantir os direitos da UE sob acordos de comércio internacional.¹²⁰ Apesar de ser instrumento unilateral, foi em grande medida pautado nos acordos multilaterais firmados pela UE. Pode-se pensar que tal regulamento é a “contrapartida europeia à Seção 301 da Lei de Comércio e Tarifas de 1974 dos Estados Unidos”.¹²¹

O Regulamento é muito menos flexível que a Seção 301, visto que, inicialmente, sua aplicação dependia substancialmente da atuação da OMC — as retaliações somente poderiam ser aplicadas em conformidade com a OMC. Aqui já é possível perceber grande diferença entre o Regulamento Nº 654/2014 da UE e a Seção 301 dos Estados Unidos: a Seção 301 é anterior à OMC e, apesar de ter havido uma adaptação ao GATT 94 e à OMC, a 301 ainda garante poderes flexíveis e discricionários ao Executivo, ao passo que o Regulamento Nº 654/2014 é muito menos flexível e, ainda que instrumento unilateral, inteiramente pautado nos acordos multilaterais.

Não é difícil, portanto, imaginar que o problema surge pelo fato de o Regulamento Nº 654/2014 ter sido criado assumindo que o sistema de soluções de controvérsias da OMC estaria

¹¹⁹ ARSLANIAN, Regis P. **O Recurso à Seção 301 da Legislação de Comércio Norte-Americana e a Aplicação de seus Dispositivos contra o Brasil**. Brasília: Instituto Rio-Branco, 1994.

¹²⁰ PARLAMENTO Europeu; CONSELHO da União Europeia. Regulamento UE N. 654/2014. **Jornal Oficial da União Europeia**, 15 mai. 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0654&from=EN>. Acesso em: 06 set. 2022.

¹²¹ MIGNOLLI, Alessandra. **The European Union Faces the Crisis of the WTO Dispute Settlement System: Tensions Between Multilateralism and Unilateralism in International Trade Law**. Roma: Ordine internazionale e diritti umani, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3648050. Acesso em: 10 set. 2022.

em atividade. É nesse contexto, da paralisação do OA, que foi promulgado o Regulamento 2021/167,¹²² que altera o texto original perante o contexto das “apelações no vazio”.

O Regulamento N° 654/2014 estabelecia “regras e procedimentos para assegurar o exercício efetivo e em tempo dos direitos que assistem à União de suspender ou retirar concessões ou outras obrigações ao abrigo de acordos internacionais de comércio”.¹²³ Em relação ao âmbito de aplicação, definido no seu art. 3º, constava que o regulamento seria aplicável, entre outros casos:

a) Na sequência da resolução de disputas comerciais no âmbito do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias da OMC, quando a União tenha sido autorizada a suspender concessões ou outras obrigações sob os acordos multilaterais e plurilaterais abrangidos pelo Entendimento sobre Solução de Controvérsias da OMC¹²⁴

A paralisação do OA, no entanto, impede o devido procedimento do OSC, de modo que não haverá autorização pela OMC em relação à suspensão de concessões ou outras obrigações se houver paralisação. Assim, o Regulamento 2021/167 contemplou tal problema, modificando os dispositivos, é o que se percebe:

a-A) Na sequência da distribuição de um relatório do painel da OMC que confirme, no todo ou em parte, as alegações apresentadas pela União, caso um recurso nos termos do artigo 17 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias da OMC não possa ser concluído e se o país terceiro não tiver aceite a arbitragem provisória nos termos do artigo 25 Entendimento sobre Solução de Controvérsias da OMC;

b-A) Nas disputas comerciais relacionadas com outros acordos internacionais de comércio, incluindo acordos regionais ou bilaterais, se a resolução não for possível porque o país terceiro não está adotando as medidas necessárias para permitir o funcionamento do procedimento de solução de controvérsias, inclusive atrasando indevidamente o processo, o que equivale a não cooperar no processo.¹²⁵

A modificação introduzida ainda se ampara no multilateralismo, respeitando ao máximo o devido procedimento de solução de controvérsias da OMC, ao mesmo tempo que estabelece que não serão aceitas violações a direitos baseadas no argumento de que o OA está paralisado,

¹²² PARLAMENTO Europeu; CONSELHO da União Europeia. Regulamento UE 2021/167. **Jornal Oficial da União Europeia**, 10 fev. 2021. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32021R0167>. Acesso em: 07 set. 2022.

¹²³ PARLAMENTO Europeu; CONSELHO da União Europeia. Regulamento UE N. 654/2014. **Jornal Oficial da União Europeia**, 15 mai. 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0654&from=EN>. Acesso em: 06 set. 2022.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ PARLAMENTO Europeu; CONSELHO da União Europeia. Regulamento UE 2021/167. **Jornal Oficial da União Europeia**, 10 fev. 2021. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32021R0167>. Acesso em: 07 set. 2022.

o que passa a ser equivalente à não-cooperação. Há um movimento perceptível de garantir a aplicação unilateral de medidas retaliatórias a fim de não sofrer lesões no âmbito do comércio internacional. Assim como a Seção 301, o Regulamento 2021/167 garante maior poder de barganha à União Europeia, tanto é que, como visto no capítulo 4.1.1, a Turquia aceitou submeter-se ao procedimento arbitral para garantir o julgamento da apelação, mesmo não integrando o MPIA, o que é, possivelmente, impacto da pressão de retaliação por parte da UE.

Assim, interessante observar que a UE, já em 2014, estava preocupada com a execução no campo do Comércio Internacional, a fim de garantir direitos e proteger seus interesses. A partir da paralisação do OA apenas houve modificação e inclusão de parâmetros que permitem a aplicação de sanções e contrapartidas em casos de supostas violações, alargando, de certo modo, o regulamento já existente, mas ainda pautando-se no multilateralismo e na OMC. O bloqueio imposto pelos Estados Unidos parece, assim, culminar por conferir maior importância ao instrumento unilateral da União Europeia.

4.2.3. Brasil: A Lei Nº 14.353, de 26 de maio de 2022

O Brasil, em oposição à União Europeia e aos Estados Unidos, não possuía na legislação doméstica um instrumento que versasse exclusivamente sobre a execução de países terceiros em caso de violação a acordos de comércio internacional. Em 2022, no entanto, foi promulgada a Medida Provisória Nº 1.098 que autoriza o Brasil a retaliar unilateralmente os membros da OMC que estejam descumprindo suas obrigações ao apelar no vazio.¹²⁶

A MP 1.098/2022 foi convertida na Lei Nº 14.353 em 26 de maio de 2022.¹²⁷ O artigo 1º da Lei é por si só bastante elucidativo: "esta Lei dispõe sobre procedimentos de suspensão de concessões ou de outras obrigações na hipótese de descumprimento de obrigações multilaterais por membro da Organização Mundial do Comércio (OMC)".¹²⁸

O artigo 2º, por sua vez, autoriza a Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) a retaliar unilateralmente países contra os quais o Brasil possua controvérsia, desde que haja painel favorável ao Brasil, o país terceiro tenha optado por apelar no vazio e tenha transcorrido o prazo de 60 dias após notificação do Brasil à parte.

¹²⁶ BRASIL. Medida provisória n. 1.098, de 26 de janeiro de 2022. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Brasília, DF, 27 jan. 2022.

¹²⁷ BRASIL. Lei n. 14.353, de 26 de maio de 2022. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Brasília, DF, 27 mai. de 2022.

¹²⁸ Ibid.

art. 2º Compete à Câmara de Comércio Exterior - CAMEX suspender concessões ou outras obrigações do País, nas seguintes hipóteses de descumprimento de obrigações multilaterais por membro da OMC:

I - quando a República Federativa do Brasil for autorizada pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC a suspender a aplicação de concessões ou de outras obrigações para o referido membro previstas em acordos da OMC; ou

II - quando o relatório de grupo especial da OMC confirmar, no todo ou em parte, as alegações apresentadas pela República Federativa do Brasil, na condição de parte demandante, desde que:

a) exista apelação pelo membro da OMC, na condição de parte demandada, nos termos do disposto no artigo 17 do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias, constante do Anexo 2 à Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, promulgada pelo Decreto no 1.355, de 30 de dezembro de 1994;

b) a apelação não possa ser apreciada pelo Órgão de Apelação ou o relatório deste último não possa ser aprovado pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC; e

c) tenha decorrido o prazo de sessenta dias após notificação da República Federativa do Brasil ao membro da OMC demandado sobre a intenção de suspensão de concessões ou de outras obrigações.

De acordo com o ESC, as medidas de retaliação são a última fase do procedimento do sistema de solução de controvérsias, podendo ser executadas somente após relatório do OSC — que conclua pela violação a algum acordo da OMC — e o país perdedor da disputa tenha decidido não implementar as recomendações do OSC. É o que dispõe o artigo 3.7 do ESC:

[...] O último recurso previsto no presente Entendimento para o Membro que invoque os procedimentos de solução de controvérsias é a possibilidade de suspender, de maneira discriminatória contra o outro Membro, a aplicação de concessões ou o cumprimento de outras obrigações no âmbito dos acordos abrangidos, caso o OSC autorize a adoção de tais medidas.¹²⁹

Assim, ao anunciar que a retaliação unilateral será autorizada pela CAMEX independente de relatório do OSC, o Brasil admite, pela legislação doméstica, uma violação ao ESC e, por consequência, à OMC. Como se pode perceber pelos exemplos dos Estados Unidos e da União Europeia, essa tendência não é brasileira e há claro impasse em relação a violações dos acordos da OMC e à impossibilidade de implementar as recomendações do painel e fazer cessar os danos que as medidas de países terceiros causam.

¹²⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias**. 1994. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-externior/pt-br/assuntos/mdic/comercio-externior/certificado-form-27>. Documento original disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf. Acesso em: 25 jun. 2022.

O Brasil atualmente possui os seguintes casos paralisados: Índia (DS579 – Sugar and Sugarcane) e Indonésia (DS484 – Chicken).¹³⁰ De acordo com a Confederação Nacional da Indústria,¹³¹ essas disputas perfazem o total de 1,37 bilhões de dólares,¹³² conforme Figura 5:

Figura 5 — Valor envolvido nas disputas em que o Brasil é demandante

| Disputa e setor que Brasil é demandante | País alvo | Valor envolvido ¹ (US\$ mi) |
|--|-----------|--|
| DS 484 - medidas SPS relacionadas à importação de carne e produtos de frango | Indonésia | 70 |
| DS 579 - medidas relacionadas à açúcar e cana de açúcar | Índia | 1.300,00 |

Fonte: (CNI, 2020)

Outras disputas envolvendo o Brasil permanecem na fase de consultas ou ocorrem entre membros que integram o MPIA. É de se pensar, no entanto, que o País não aceite de bom grado os apelos no vazio que causam prejuízos expressivos.

Em relação à legislação doméstica, a Lei Nº 14.353/2022 ingressa no ordenamento jurídico brasileiro com status de lei ordinária, assim como todos os tratados internacionais que não versem sobre Direitos Humanos.¹³³ Dessa forma, o ESC, por ter sido incorporado com os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT junto ao Acordo Constitutivo da OMC, também possui o status de norma infraconstitucional. Isso se dá em virtude da necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional dos tratados, acordos ou atos internacionais, com amparo no art. 49, I, e no art. 84, VIII, da Constituição Federal de 1988:

art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;
[...]

art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

¹³⁰ DISPUTE Settlement: The Disputes. Disputes by member. **WTO**. Disponível em:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm. Acesso em: 08 set. 2022.

¹³¹ CNI — Confederação Nacional da Indústria. **OMC Sem Órgão de Apelação: Cenários e Opções para o Setor Privado Brasileiro**. Brasília: CNI, 2020. Disponível em:

https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/31/5f/315fc8e2-efd1-4e5d-9703-4febca1ced5e/omc_sem_orgao_de_apelacao.pdf. Acesso em: 09 set. 2022.

¹³² Os dados foram extraídos do documento publicado pelo CNI em 2020 e atualizados em conformidade com o andamento das disputas em 2022 extraído do site da OMC.

¹³³ Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Emenda Constitucional nº 45, de 2004) *in*: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional,¹³⁴

Assim, os tratados, acordos ou atos internacionais ingressam no ordenamento jurídico nacional com status equivalente ao de leis federais ordinárias. O entendimento sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais em nosso sistema jurídico está assentado desde o julgamento do RE nº 80.004/SE,¹³⁵ no qual se afirmou a paridade entre eles e as leis ordinárias. A Lei Nº 14.353/2022 é tanto mais específica que o ESC quanto posterior a ele, de modo que a sua aplicação deve prevalecer, com base nos princípios "*lex specialis derogat generali*" e "*lex posterior derogat priori*".

Muito embora o procedimento da retaliação unilateral adotado contrarie o ESC, há de se pensar que a situação é inédita e o ESC não prevê nenhuma forma de combater a conduta dos países que apelam no vazio. Sendo assim, uma forma de alcançar uma solução para o imbróglio é recorrer aos princípios de Direito Internacional, o que é autorizado pelo artigo 3.2 do ESC, nos seguintes termos:

[...] Os Membros reconhecem que esse sistema é útil para preservar direitos e obrigações dos Membros dentro dos parâmetros dos acordos abrangidos e para esclarecer as disposições vigentes dos referidos acordos em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público. [...]¹³⁶

Poder-se-ia pensar que a medida adotada pelo Brasil encontra respaldo no artigo 52 dos artigos de Responsabilidade do Estado, da Comissão de Direito Internacional (CDI):

art. 52.

Condições relativas a recorrer a contramedidas

1. Antes de tomar as contramedidas, um Estado lesado deverá:

a) requerer ao Estado responsável, de acordo com o artigo 43, que cumpra com suas obrigações em conformidade com a Parte Dois;

¹³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004/SE. Convenção de Genebra, Lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias [...] Validade do Decreto-Lei nº 427, de 22.01.1969. Embora a convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Dec-Lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. [...] Recorrente: Belmiro da Silveira Gois. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. **Lex**: jurisprudência do STF, Brasília, 1977.

¹³⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias**. 1994. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/mdic/comercio-exterior/certificado-form-27>. Documento original disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf. Acesso em: 25 jun. 2022.

b) notificar o Estado responsável de qualquer decisão para tomar as contramedidas e oferecer para negociar com aquele Estado.

2. Sem desconsiderar o 1(b), o Estado lesado pode tomar contramedidas urgentes que sejam necessárias para preservar seus direitos.

3. As contramedidas não podem ser tomadas, e se já tomadas devem ser suspensas sem atraso injustificado caso:

- a) o ato internacionalmente ilícito tenha cessado; e
- b) a disputa esteja pendente perante uma corte ou tribunal que tenha a autoridade para proferir decisões vinculantes para as partes.

4. O parágrafo 3º não se aplicará se o Estado responsável falhar ao implementar os procedimentos de solução da controvérsia de boa-fé.¹³⁷

O artigo 55 do mesmo texto, porém, dispõe que os artigos não serão aplicados caso haja *Lex specialis*, que é o caso do ESC, dificultando a aplicação pura do art. 52. Ainda assim, a situação presente não está abrangida expressamente pelo ESC, dando margem para suscitar a aplicação das normas do direito internacional para preencher a lacuna que ora se apresenta.

Razoável, pois, suscitar a aplicação do princípio da boa-fé enquanto princípio geral do direito, com fundamento no art. 31(1) da Convenção de Viena que afirma que "um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade".¹³⁸ A boa-fé, seja nos ordenamentos jurídicos internos ou no direito internacional, demanda uma execução leal das obrigações, a fim de garantir o equilíbrio das obrigações e afastar práticas maliciosas.¹³⁹

O artigo 3.10 do ESC prescreve expressamente que "ao surgir uma controvérsia, todos os membros participarão do processo com boa-fé e esforçando-se para resolvê-la". Os apelos no vazio claramente opõem-se à ideia de esforço para resolver uma controvérsia, tampouco configuram conduta de boa-fé.

OA também se manifestou a respeito da recepção do princípio da boa-fé, referindo-se à boa-fé como princípio subjacente a todos os tratados.¹⁴⁰ Merece destaque o caso *US — Shrimp-*

¹³⁷ UNITED NATIONS. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.** International Law Commission, Supplement N. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1, 2001. Trad.: Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba.

¹³⁸ VIENNA Convention on the Law of Treaties. 22 maio 1969. Disponível em:

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

¹³⁹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC.** São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁴⁰ APPELLATE BODY. **United States — Transitional Safeguard Measure on Combed Cotton Yarn from Pakistan.** WT/DS192/AB/R, AB-2001-3, 8 out. 2001. Disponível em:

https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=31804,72124,45625,48567,89467,19759,41884,11690,14575&CurrentCatalogueIdIndex=2&FullTextSearch=%20. Acesso em: 10 set. 2022.

*Turtle*¹⁴¹, ocasião em que o OA considerou que o caput do art. XX do GATT 94 incorpora o princípio da boa-fé e reconhece a aplicação da doutrina do abuso de direito:

O caput do artigo XX [do GATT 94] é, de fato, uma expressão do princípio da boa-fé. Este princípio, ao mesmo tempo um princípio geral do direito e um princípio geral do direito internacional, controla o exercício dos direitos pelos Estados. Uma aplicação desse princípio amplamente conhecida como a doutrina do *abus de droit*, proíbe o exercício abusivo dos direitos de um Estado e determina que sempre que a asserção de um direito 'influencie o campo coberto por [uma] obrigação de tratado, deve ser exercido de boa-fé, isto é, de forma razoável.' Um exercício abusivo de um direito de um tratado por um Membro resulta, assim, em uma violação dos direitos dos outros Membros e, da mesma forma, em uma violação da obrigação do tratado pelo Membro que assim agir.¹⁴² (tradução nossa)

O princípio da boa-fé, portanto, encontra amparo no ESC, tanto indiretamente quanto diretamente. Por outro lado, a doutrina do *abus de droit*, ainda que não tenha sido expressamente mencionada no ESC, foi admitida pelo OA enquanto aplicação derivada do princípio geral da boa-fé. Amaral Júnior esclarece que "a boa-fé abrange a condenação do abuso de direito e a tutela da confiança presente no valor que o ordenamento jurídico atribui à garantia das expectativas legítimas".¹⁴³

A posição do OA admitindo a doutrina do abuso de direito no âmbito dos acordos da OMC pode respaldar o uso de instrumentos unilaterais nos casos em que, sob a alegação de que apelar é um direito concedido pelo ESC, membros agem de má-fé a fim de evitar o desfecho das disputas. Assim, estes membros (i) não corrigem as medidas que já foram consideradas como infringentes a acordos da OMC perante um painel, (ii) bloqueiam qualquer tipo de contramedida que poderia ser autorizada pelo OSC em face da não implementação das recomendações, ao mesmo tempo que (iii) recusam outras formas de solucionar a disputa, como a arbitragem. Desse modo, valer-se do direito de recorrer da decisão de um painel para impedir o devido andamento de uma disputa não é ato de boa-fé, podendo ser considerado abuso de direito.

¹⁴¹ APPELLATE BODY. **United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products.** WT/DS58/AB/R, 12 out. 1998. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/58abr.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

¹⁴² No original: "The chapeau of Article XX is, in fact, but one expression of the principle of good faith. This principle, at once a general principle of law and a general principle of international law, controls the exercise of rights by states. One application of this general principle, the application widely known as the doctrine of *abus de droit*, prohibits the abusive exercise of a state's rights and enjoins that whenever the assertion of a right "impinges on the field covered by [a] treaty obligation, it must be exercised bona fide, that is to say, reasonably." An abusive exercise by a Member of its own treaty right thus results in a breach of the treaty rights of the other Members and, as well, a violation of the treaty obligation of the Member so acting.

¹⁴³ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 147.

Outra aplicação da boa-fé — que também pode ser justaposta com o abuso de direito — é o *pacta sunt servanda*. No âmbito do Direito Internacional, encontra previsão no artigo 26 da Convenção de Viena, que assim dispõe: "Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé".¹⁴⁴ De acordo com Mitchell,¹⁴⁵ um Estado pode incidir em violação à boa-fé ainda que não viole a letra do tratado, resultando em uma violação do princípio do *pacta sunt servanda*.

Sem a ambição de exaurir a discussão acerca da violação dos princípios do Direito Internacional em relação às apelações no vazio, é possível defender instrumentos unilaterais de execução frente a essas medidas causadoras de dano e violadoras dos acordos da OMC, sobretudo como instrumentos de pressão que permitam o retorno ao equilíbrio das relações comerciais.

¹⁴⁴ VIENNA Convention on the Law of Treaties. 22 maio 1969. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

¹⁴⁵ MITCHELL, Andrew D. Good Faith in WTO Dispute Settlement. Melbourne: **Melbourne Journal of International Law**, 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3157444. Acesso em: 11 set. 2022.

5 CONCLUSÃO

O bloqueio ao OA feito pelos Estados Unidos revelou a fragilidade do sistema de solução de controvérsias da OMC, um dos sistemas mais elogiados para dirimir conflitos a nível internacional. Se em um primeiro momento acreditava-se que o OA retornaria rapidamente à ativa, os três anos de paralisia demonstram que uma recuperação desse formato de solução de controvérsias no plano internacional é tarefa árdua.

A atuação do OSC de fato distanciou-se da vontade dos membros expressa no ESC. É possível constatar que a pronta solução das disputas foi um problema desde os anos iniciais da OMC, bem como constata-se número elevado de disputas que alcançam a fase de apelação, o que caminha em descompasso com a concepção original do sistema que primava por soluções positivas mutuamente acordadas.

O OA, apesar de ser alvo de muitos elogios, também foi alvo de inúmeras críticas, tendo estas sido determinantes para a estagnação do sistema. A composição da OMC é heterogênea e isso conduz a diferentes interpretações e vontades dos membros. Assim, vale notar que os acordos da OMC — e do Direito Internacional em geral — são ratificados após período extenso de negociações e resultam com lacunas intencionais e termos ambíguos. De um lado, é interessante para os membros que os termos sejam vagos, porque a eles é assegurado um espectro de atuação dentro do qual a legalidade ocupa maior espaço e, de outro lado, é interessante que os dispositivos sejam claros e restritos na medida em que tornam certo o direito dos membros, permitindo atuações comerciais mais previsíveis e afastando danos. Nessa seara, o OA passou a esclarecer as normas dos acordos, o que foi considerado como preenchimento de lacunas que culminava por ampliar ou restringir direitos dos membros — tarefa de competência exclusiva dos membros. A contrapartida é justamente a mencionada: em casos de impasse sem solução expressa nos acordos, os casos deveriam permanecer em um limbo? Como consequência, opiniões consultivas passaram a ser frequentes, fugindo do escopo inicial limitado a questões jurídicas propriamente ditas reservadas ao OA. Também se estabeleceu um sistema de precedentes que, apesar de não ter sido acordado, na prática foi adotado de forma rigorosa, confinando a solução de uma disputa às demais já julgadas. Esses fatores conduziram a casos mais complexos, que exigiam período maior de tempo para circulação dos relatórios. Assim, os prazos expressos no ESC passaram a ser sistematicamente desrespeitados e a pronta solução das disputas restou, com o passar do tempo, cada vez mais marginalizada.

De todo modo, o ativismo judicial do OA, o desrespeito a prazos, o sistema de

precedentes e também a permanência de membros no OA para além de seus mandatos foram alvo de críticas sobretudo dos Estados Unidos. Não obstante outros países, incluindo a União Europeia, por exemplo, concordem com as críticas tecidas de forma sistemática pelos Estados Unidos, os membros da OMC estão em empenho constante para recuperar o OA, tendo sido propostas diversas alternativas de reforma do OA e da OMC. As alternativas ocupam-se das críticas mencionadas, sobretudo baseadas na proposta de reforma feita pelo Embaixador Neozelandês David Walker, sendo a proposta conhecida como *Walker Principles*. Entretanto, o ceticismo dos Estados Unidos a respeito da capacidade de o OA de fato seguir novas determinações segue impedindo o retorno do órgão.

Constata-se, então, que o retorno negociado do OA, ainda que ideal, é laborioso e, nesse ínterim, é importante recorrer a outras formas de adjudicação que permitam a solução das controvérsias e o retorno ao *status quo* dos membros que forem considerados em desacordo com a OMC. O artigo 25 do ESC, que versa sobre a arbitragem, permite tanto uma abordagem bilateral quanto plurilateral. Os membros podem tanto acordar entre si recorrer à arbitragem para adjudicação de questões em determinada disputa, valendo-se da arbitragem como se OA fosse, ou então podem vários membros acordar previamente recorrer à arbitragem caso entre eles advenha disputa que chegue à fase de apelação, sendo esta alternativa plurilateral.

Por outro lado, o que fazer nos casos em que, apesar de já haver relatório do painel apontando uma violação de um membro, este membro decida apelar e se recuse a aceitar a arbitragem? Trata-se dos casos de apelos no vazio. A solução seria, então, aguardar o retorno do OA sem nada fazer? É nesse sentido que entram as alternativas unilaterais, já aplicadas desde antes da constituição da OMC pelos Estados Unidos, com adoção recente da União Europeia e, por último, também autorizada pelo Brasil.

Para legitimar os instrumentos de retaliação unilateral nos casos em que há apelação no vazio, é possível suscitar a aplicação do princípio da boa-fé, bem como abuso de direito e violação ao princípio do *pacta sunt servanda*. Ainda que controversos e não ideais, os instrumentos de retaliação unilateral funcionam como instrumentos de pressão que podem ser eficientes na recondução ao equilíbrio, de forma que a mera ameaça de retaliação pode ser suficiente para que um país cesse suas ofensas e cumpra suas obrigações.

Há de se pensar, ainda, que os instrumentos unilaterais de execução de países terceiros ganham relevância inédita no contexto do comércio internacional, de forma que talvez sejam incorporados com mais força em legislações domésticas e sejam empregadas de forma mais consistente e com mais abrangência. É um movimento importante de se observar, visto que a

crise do OA é crítica para a OMC e para o sistema multilateral de comércio que se conhecia até então.

6 REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC**. São Paulo: Atlas, 2008.

APPELLATE BODY. **EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)**, WT/DS26/AB/R, WT/DS27/AB/R. Disponível em:
https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?DataSource=Cat&query=@Symbol=WT/DS26/AB/R&Language=English&Context=ScriptedSearches&languageUIChanged=true. Acesso em: 31 ago. 2022.

APPELLATE BODY. **United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products**. WT/DS58/AB/R, 12 out. 1998. Disponível em:
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/58abr.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

APPELLATE BODY. **United States – Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico**, WT/DS344/AB/R. Disponível em:
https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=63488&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 27 ago. 2022.

APPELLATE BODY. **United States — Transitional Safeguard Measure on Combed Cotton Yarn from Pakistan**. WT/DS192/AB/R, AB-2001-3, 8 out. 2001. Disponível em:
https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=31804,72124,45625,48567,89467,19759,41884,11690,14575&CurrentCatalogueIdIndex=2&FullTextSearch=%20. Acesso em: 10 set. 2022.

ARBITRATORS notify award in EU–Türkiye pharmaceuticals dispute. **WTO**, Dispute Settlement. Disponível em:
https://www.wto.org/english/news_e/news22_e/dispu_25jul22_e.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

ARSLANIAN, Regis P. **O Recurso à Seção 301 da Legislação de Comércio Norte-Americana e a Aplicação de seus Dispositivos contra o Brasil**. Brasília: Instituto Rio-Branco, 1994.

BARRAL, Welber. **Solução de Controvérsias na Organização Mundial do Comércio**. Brasília: Ministério das Relações Exteriores: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p.19.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Ata Final que Incorpora os Resultados das Negociações Comerciais Multilaterais da Rodada Uruguai, Marraqueche, 15 abr. 1994. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1355-94.pdf. Acesso em: 27 ago. 2022.

BRASIL. Lei n. 14.353, de 26 de maio de 2022. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Brasília, DF, 27 mai. de 2022.

BRASIL. Medida provisória n. 1.098, de 26 de janeiro de 2022. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Brasília, DF, 27 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004/SE. Convenção de Genebra, Lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias [...] Validade do Decreto-Lei nº 427, de 22.01.1969. Embora a convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Dec-Lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título[...]. Recorrente: Belmiro da Silveira Gois. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. **Lex:** jurisprudência do STF, Brasília, 1977.

CNI — Confederação Nacional da Indústria. **OMC Sem Órgão de Apelação: Cenários e Opções para o Setor Privado Brasileiro**. Brasília: CNI, 2020. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/31/5f/315fc8e2-efd1-4e5d-9703-4febca1ced5e/omc_sem_orgao_de_apelacao.pdf. Acesso em: 09 set. 2022.

COZENDEY, Carlos Márcio B. **Instituições de Bretton Woods: desenvolvimento e implicações para o Brasil**. Brasília: FUNAG, 2013, p. 15.

CREAMER, Cosette D. **Can International Trade Law Recover? From the WTO's Crown Jewel to its Crown of Thorns**. Cambridge: AJIL Unbound, 2019.

DISPUTE settlement activity — some figures. **WTO**, 2021. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disputats_e.htm. Acesso em: 11 jul. 2022.

DISPUTE Settlement: The Disputes. Disputes by member. **WTO**. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm. Acesso em: 08 set. 2022.

DIEBOLD, Nicolas F. **The Morals and Order Exceptions in WTO LAW: Balancing the Toothless Tiger and the Undermining Mole**. Oxford: Journal of International Economic Law, vol. 11, p. 43–74, 2008.

ESTADOS UNIDOS. **Trade Act of 1974**. Public Law 93–618, as amended. As Amended Through P.L. 116–113, Enacted January 29, 2020. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-10384/pdf/COMPS-10384.pdf>. Acesso em: 05 set. 2022.

HILLMAN, Jennifer. **Three Approaches to Fixing the World Trade Organization's Appellate Body: The Good, the Bad and the Ugly**. IIEL Issue Brief, Georgetown University Law Center, Washington D.C., 2018. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2018/12/Hillman-Good-Bad-Ugly-Fix-to-WTO-AB.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2022.

HULL, Cordell. **The Memoirs of Cordell Hull**. 1. ed. Londres: Hodder & Stoughton, 1848, v. 1.

JAKOBSEN, Kjeld. **Comércio internacional e desenvolvimento: do GATT à OMC — discurso e prática.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005.

KUCIK, Jeffrey; PUIG, Sergio. **Extending Trade Law Precedent.** Arizona: Arizona Legal Studies Discussion Paper nº 20-41, out. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3710289>. Acesso em: 25 ago. 2022.

LESTER, Simon. **DSU Article 11 and Appellate Review: Past, Present and Future.** International Economic Law and Policy Blog. United States, 2020. Disponível em: <https://ielp.worldtradelaw.net/2020/08/dsu-article-11-past-present-and-future-1.html>. Acesso em: 20 ago. 2022.

LINOS, Katerina; PEGRAM, Tom. **The Language of Compromise in International Agreements:** International Organization. Cambridge: Cambridge University Press, v. 3, n. 3, 2016, p. 587 – 621.

MESQUITA, Paulo Estivallet de. **A Organização Mundial do Comércio.** Brasília: FUNAG, 2013.

MIGNOLLI, Alessandra. **The European Union Faces the Crisis of the WTO Dispute Settlement System:** Tensions Between Multilateralism and Unilateralism in International Trade Law. Roma: Ordine internazionale e diritti umani, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3648050. Acesso em: 10 set. 2022.

MITCHELL, Andrew D. Good Faith in WTO Dispute Settlement. Melbourne: **Melbourne Journal of International Law**, 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3157444. Acesso em: 11 set. 2022.

MULTI-PARTY Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU. JOB/DSB/1/Add.12. 30 abr. 2020. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=263504. Acesso em: 25 set. 2022.

OMC: Princípios. **CAMEX — Ministério da Economia**, 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/omc-organizacao-mundial-do-comercio/omc-principios>. Acesso em: 06 jul. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias.** 1994. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/mdic/comercio-exterior/certificado-form-27>. Documento original disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf. Acesso em: 25 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **MC12 Outcome Document.** WT/MIN(22)/24 WT/L/1135. Genebra: 17 jun. 2022. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/MIN22/24.pdf&Open=True>. Acesso em: 21 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Working Procedure for Appellate Review**. WT/AB/WP/6. 2010, art. 4(3). Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/AB/WP6.pdf&Open=True>. Acesso em: 02 jul. 2022.

PARLAMENTO Europeu; CONSELHO da União Europeia. Regulamento UE N. 654/2014. **Jornal Oficial da União Europeia**, 15 mai. 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0654&from=EN>. Acesso em: 06 set. 2022.

PARLAMENTO Europeu; CONSELHO da União Europeia. Regulamento UE 2021/167. **Jornal Oficial da União Europeia**, 10 fev. 2021. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32021R0167>. Acesso em: 07 set. 2022.

REICH, Arie. **The Effectiveness of the WTO Dispute Settlement System: A Statistical Analysis**. Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper N. 18-01, EUI Department of Law Research Paper N. 2017/11, Tel Aviv, 2017, p. 24–25. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2997094> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2997094>. Acesso em: 27 jul. 2022.

SCHWARZENBERG, Andres B. **Section 301 of the Trade Act of 1974: Origin, Evolution, and Use**. Washington D.C.: Congressional Research Service, 2020. Disponível em: <https://sgp.fas.org/crs/misc/R46604.pdf>. Acesso em: 05 set. 2022.

SILVERMAN, Jared R. **Multilateral Resolution Over Unilateral Retaliation: Adjudicating the Use of Section 301 Before the WTO**. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2014.

THE GATT years: from Havana to Marrakesh. **WTO**. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact4_e.htm. Acesso em: 18 mai. 2022.

TOYE, Richard. **Developing Multilateralism: The Havana Charter and the Fight for the International Trade Organization, 1947-1948**. Cambridge: The International History Review, 25:2. 281-305. DOI: 10.1080/07075332.2003.9640997.

TURKEY – Certain measures concerning the production, importation and marketing of pharmaceutical products. WT/DS583/10. **Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU**. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/583-10.pdf&Open=True>. Acesso em: 31 de ago. de 2022.

UNITED NATIONS. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**. International Law Commission, Supplement N. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1, 2001. Tradução: Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba.

URUGUAY Round. **WTO**. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact5_e.htm. Acesso em: 29 mai. 2022.

U.S. MISSION GENEVA. **Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, 28 February 2018**. Disponível em:

<https://geneva.usmission.gov/2018/03/01/statements-by-the-united-states-at-the-february-28-2018-dsb-meeting/>. Acesso em 23 ago. 2022.

U.S. MISSION GENEVA. **Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, 22 June 2018**. Disponível em: <https://geneva.usmission.gov/2018/06/22/statements-by-the-united-states-at-the-june-22-2018-dsb-meeting/>. Acesso em: 23 ago. 2022.

U.S. MISSION GENEVA. **Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, 27 August 2018**. Disponível em: <https://geneva.usmission.gov/2018/08/27/statements-by-the-united-states-at-the-august-27-2018-dsb-meeting/>. Acesso em: 23 ago. 2022.

U.S. MISSION GENEVA. **Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, 29 October 2018**. Disponível em: <https://geneva.usmission.gov/2018/10/30/statements-by-the-united-states-at-the-october-29-2018-dsb-meeting/>. Acesso em: 23 ago. 2022.

U.S. MISSION GENEVA. **Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva, 18 December 2018**. Disponível em: <https://geneva.usmission.gov/2018/12/19/statements-by-the-united-states-at-the-december-18-2018-dsb-meeting/>. Acesso em: 23 ago. 2022.

VIDIGAL, Geraldo. Living Without the Appellate Body: Multilateral, Bilateral and Plurilateral Solutions to the WTO Dispute Settlement Crisis. **The Journal of World Investment & Trade**, Amsterdam, 20(6), 862-890, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1163/22119000-12340160>. Acesso em: 14 jun. 2022.

VIENNA Convention on the Law of Treaties. 22 maio 1969. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

WAGNER, Markus. **The impending demise of the WTO Appellate Body**: from centrepiece to historical relic?. Wollongong: Faculty of Law, Humanities and the Arts – Papers. 4020, 2019.

WALKER, David. **Informal Process on Matters Related to the Functioning of the Appellate Body** — Report by the Facilitator, H.E. Dr. David Walker (New Zealand). JOB/GC/222. 15 out. 2019.

WTO Conference Services. Restoring WTO Dispute Settlement: Lessons from the Crisis. Youtube, 30 set. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DpdTA2FYgO0>. Acesso em: 30 mai. 2022.

WTO Secretariat. **A Handbook on the WTO Dispute Settlement System**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. DOI: 10.1017/9781108265423.