



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Carlos Biavaschi Degrazia

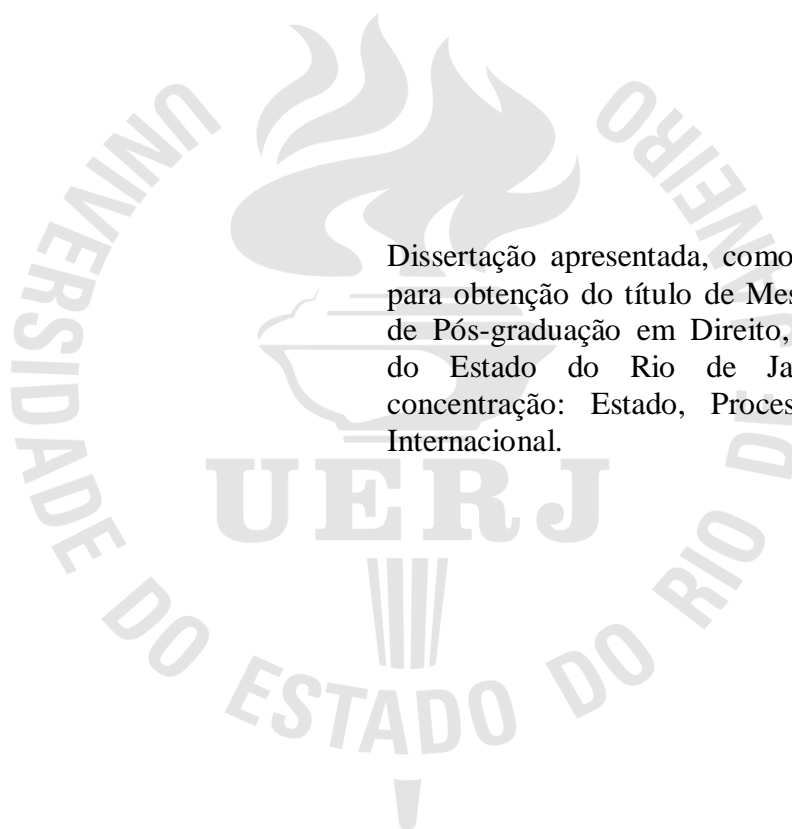
**Política e direito nas contramedidas no direito internacional geral e na
Organização Mundial do Comércio**

Rio de Janeiro

2013

Carlos Biavaschi Degrazia

**Política e direito nas contramedidas no direito internacional geral e na Organização
Mundial do Comércio**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional.

Orientadora: Prof.^a Dra. Ana Cristina Paulo Pereira

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

D321 Degrazia, Carlos Biavaschi.

Política e direito nas contramedidas no direito internacional geral e na Organização Mundial do Comércio / Carlos Biavaschi Degrazia. – 2013. 176 f.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Cristina Paulo Pereira.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Responsabilidade (Direito) - Teses. 2. Direito internacional público - Teses. 3. Responsabilidade do Estado- Teses. I. Pereira, Ana Cristina Paulo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341.29

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Carlos Biavaschi Degrazia

**Política e direito nas contramedidas no direito internacional geral e na Organização
Mundial do Comércio**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional.

Aprovada em 29 de agosto de 2013.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Ana Cristina Paulo Pereira (Orientadora)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Gustavo Sénéchal de Goffredo

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2013

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Antonio Carlos Candal Degrazia e Maria Adelaide Biavaschi Degrazia, e à minha irmã, Ana Biavaschi Degrazia, pelo apoio constante.

À minha namorada, Janaína Condessa, pelo companheirismo, pelo grande apoio ao longo desta etapa e pela ajuda muito concreta na elaboração desta dissertação.

À minha orientadora, Profa. Dra. Ana Cristina Paulo Pereira, pela grande ajuda na realização deste trabalho, em particular pela disposição em dar seguimento à orientação à distância.

Ao Prof. Dr. Gustavo Sénéchal de Goffredo, pelas diversas sugestões de leitura nas aulas de duas disciplinas que cursei neste mestrado, pelos muitos ensinamentos sobre o Direito Internacional e pelas importantes observações durante o Exame de Qualificação.

Ao Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier, pelas importantes observações durante o Exame de Qualificação.

Ao Prof. Me. Guilherme Fonseca Bystronski, a quem devo muito do que sei sobre o Direito Internacional, por ter, além disso, me fornecido carta de recomendação para ingresso no Mestrado.

Ao Prof. Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores, que me forneceu uma carta de recomendação para ingresso no Mestrado.

À Luciana de Oliveira, por ter gentilmente fornecido cópia de sua Tese de Doutorado.

Aos meus amigos e às demais pessoas que, direta e indiretamente, contribuíram para a realização desta dissertação.

RESUMO

DEGRAZIA, Carlos Biavaschi. *Política e direito nas contramedidas no direito internacional e na Organização Mundial do Comércio*. 2013. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

Esta dissertação concentra suas investigações nas contramedidas do direito internacional geral e da Organização Mundial do Comércio (OMC). No âmbito do direito internacional, estudou-se a essência política da sociedade internacional descentralizada, bem como a tendência do processo de fragmentação do direito internacional em direção a regimes mais regulados pelo direito. Além disso, investigou-se a tentativa de ampliação da normatização das contramedidas por meio do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado de 2001. No âmbito do regime especial da OMC, analisou-se o maior adensamento jurídico das contramedidas como ponto culminante na fase de implementação das decisões no sistema de solução de controvérsias da OMC. Com base na avaliação sobre a necessidade de reforma do instituto das contramedidas da OMC, foram pesquisadas as principais propostas para sua modificação, buscando-se identificar a tentativa de redução do espaço político. A hipótese deste trabalho partiu da afirmação sobre a existência de uma tendência evolutiva no direito internacional geral e na OMC no que tange ao aumento da juridicidade do instituto das contramedidas. Entretanto, essa hipótese confirmou-se apenas parcialmente, pois a tentativa de aprimorar a regulamentação jurídica do instituto das contramedidas ocorre em meio à permanência de elementos políticos.

Palavras-chave: Responsabilidade internacional. Solução de controvérsias. Fragmentação do direito internacional. Contramedidas. Suspensão de concessões. Organização Mundial do Comércio (OMC). Reforma do Sistema de Solução de Controvérsia (SSC) da OMC.

ABSTRACT

DEGRAZIA, Carlos Biavaschi. *Law and politics in the countermeasures of International Law and World Trade Organization*. 2013. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

This thesis focused on countermeasures in general International Law and in the World Trade Organization (WTO). Regarding International Law, the thesis studied the political foundation of the decentralized international society, as well as the trend of fragmentation of International Law towards law-based regimes. Moreover, this thesis researched the attempt to regulate countermeasures through the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Regarding the WTO special regime, the thesis analyzed its more law-based countermeasure as the last stage in the implementation of decisions in the WTO dispute settlement system. Based on the necessity of WTO countermeasures reform, the thesis investigated the main reform proposals, seeking to identify the attempt to reduce the political interference. The hypothesis of this research is the tendency towards a more law-based countermeasure in general International Law and in the WTO. However, this hypothesis has only been partially confirmed because political elements do not disappear despite the attempt to increase the legality of countermeasures.

Keywords: International Responsibility. Dispute Settlement. Fragmentation of International Law. Countermeasures. Suspension of Concessions. World Trade Organization (WTO). Reform of WTO Dispute Settlement.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ASMC	Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias
CDI	Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas
ESC	Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias
EUA	Estados Unidos da América
GATS	Acordo Geral sobre Comércio de Serviços
GATT	Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio
NMF	Cláusula da Nação Mais Favorecida
OA	Órgão de Apelação
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
OSC	Órgão de Solução de Controvérsias
PD	País Desenvolvido
PED	País em Desenvolvimento
PMA	Países Menos Avançados
SSC	Sistema de Solução de Controvérsias
TJ	Tribunal de Justiça
TRIPS	Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio
UE	União Europeia

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	9
1	A SOCIEDADE INTERNACIONAL E A FRAGMENTAÇÃO	12
1.1	A descentralização da sociedade internacional: a essência política.....	12
1.2	O fenômeno da fragmentação do direito internacional: em direção a regimes mais regulados pelo direito.....	16
1.2.1	<u>A multiplicação de tribunais internacionais.....</u>	23
1.2.2	<u>A questão dos "regimes autossuficientes".....</u>	30
1.2.2.1	O regime especial da OMC.....	38
2	AS CONTRAMEDIDAS NO DIREITO INTERNACIONAL GERAL ...	49
2.1	Aspectos gerais do instituto da responsabilidade internacional.....	49
2.2	Contramedidas e sanções: uma distinção necessária.....	52
2.3	A natureza das contramedidas: uma medida unilateral, instrumental e coercitiva.....	55
2.4	Finalidade e proporcionalidade das contramedidas: a indução ao cumprimento e seu limite básico.....	62
2.5	Limites e condições procedimentais: algumas restrições necessárias e a determinação da existência do ilícito.....	66
2.6	As contramedidas na prática internacional: análise de alguns casos paradigmáticos.....	72
2.6.1	<u>Caso <i>Naulilaa</i>, 1928 (Portugal v. Alemanha).....</u>	72
2.6.2	<u>Caso <i>Air Service Agreement</i>, 1978 (França v. Estados Unidos).....</u>	73
2.6.3	<u>Caso <i>Reféns em Teerã</i>, 1980 (Estados Unidos v. Irã).....</u>	75
2.6.4	<u>Caso <i>Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua</i>, 1986 (Nicarágua v. Estados Unidos).....</u>	78
2.6.5	<u>Caso <i>Projeto Gabčíkovo-Nagymaros</i>, 1997 (Hungria v. Eslováquia).....</u>	79
3	AS CONTRAMEDIDAS NO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC.....	84
3.1	O sistema de solução de controvérsias da OMC: da prevalência do pragmatismo político-diplomático ao maior legalismo.....	84
3.2	As contramedidas na OMC: uma medida unilateral sob controle jurisdicional.....	97

3.3	Limites às contramedidas: a necessidade de restrição da arbitrariedade.....	101
3.3.1	<u>Limites quantitativos.....</u>	101
3.3.2	<u>Limites qualitativos.....</u>	106
3.4	A finalidade das contramedidas: duas concepções conflitantes	108
3.4.1	<u>Finalidade de restabelecer o equilíbrio das concessões.....</u>	111
3.4.2	<u>Finalidade de indução ao cumprimento.....</u>	114
3.5	Comparação com as medidas compensatórias no MERCOSUL: semelhanças e diferenças em relação às contramedidas da OMC.....	118
4	A NECESSIDADE DE REFORMA DAS CONTRAMEDIDAS NO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC.....	127
4.1	Diagnóstico de alguns problemas envolvendo a fase de implementação...	128
4.1.1	<u>Um "tiro no pé".....</u>	128
4.1.2	<u>Paradoxo em relação à essência do sistema multilateral de comércio.....</u>	131
4.1.3	<u>O problema da eficácia das contramedidas.....</u>	134
4.1.4	<u>O desequilíbrio de poder entre os Membros.....</u>	137
4.1.5	<u>A ausência de dimensão retroativa na reparação dos danos.....</u>	141
4.2	Principais propostas para a fase de implementação: os novos remédios jurídicos e o reforço dos atuais.....	146
4.2.1	<u>Contramedidas coletivas.....</u>	146
4.2.2	<u>Contramedidas negociáveis.....</u>	149
4.2.3	<u>Contramedidas retroativas.....</u>	150
4.2.4	<u>O fortalecimento da “retaliação cruzada”.....</u>	152
4.2.5	<u>Compensação compulsória.....</u>	153
4.2.6	<u>Compensação monetária.....</u>	155
4.2.7	<u>Suspensão de direitos políticos.....</u>	158
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	162
	REFERÊNCIAS.....	167

INTRODUÇÃO

A presente dissertação concentra suas investigações no instituto das contramedidas tal como regulamentado pelo direito internacional geral e pelo direito da Organização Mundial do Comércio.

O problema suscitado refere-se aos elementos da política e do direito que estão presentes nas contramedidas no direito internacional geral e na OMC. Esse problema pode ser identificado com o fato de que, com a maior regulamentação jurídica das contramedidas, diminui-se o espaço para arbitrariedades, embora persistam elementos da política internacional na aplicação desse instituto.

O tema da implementação do direito internacional tem sido objeto de grandes debates pelos doutrinadores, em razão de sua sensibilidade para os Estados. Qual instrumento é capaz de fazer com que um Estado soberano cumpra suas obrigações internacionais, caso se verifique o descumprimento e a ausência de vontade de cumpri-las? Como exercer essa pressão pelo cumprimento das obrigações em uma sociedade internacional marcada pela descentralização, em que não há uma autoridade política superior capaz de impor o direito pela força? Qual a relação que o fenômeno da fragmentação do direito internacional tem com essas dificuldades? Como esse problema foi equacionado em um regime mais regulado, como o regime especial de direito internacional da OMC?

Nesse sentido, esta pesquisa propõe-se a evidenciar os elementos políticos que conformam o quadro no qual são aplicadas as contramedidas no direito internacional geral, bem como a tentativa de regulamentação do instituto promovida pela Comissão de Direito Internacional (CDI) da Organização das Nações Unidas (ONU). Esta pesquisa também se propõe a mostrar o marco regulatório juridicamente mais adensado do instituto no regime especial OMC, bem como suas dificuldades e propostas de mudança.

As fontes consultadas para a elaboração desta pesquisa constituem-se, para a parte do direito internacional geral, no seguinte: Carta das Nações Unidas; Jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional; Jurisprudência da Corte Internacional de Justiça; Decisões arbitrais; Projeto de Artigos da CDI sobre Responsabilidade Internacional do Estado por Fatos Ilícitos Internacionais de 2001; Relatório da CDI sobre Fragmentação do direito internacional: dificuldades derivadas da diversificação e expansão do direito internacional; Trabalhos elaborados pela CDI; parte significativa da doutrina especializada, na forma de livros e artigos acadêmicos.

Quanto à parte referente ao direito da OMC, as fontes utilizadas são as seguintes: Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT); Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio; Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC); Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC); atas de reuniões realizadas no âmbito do GATT 1947 e da OMC; Relatórios dos grupos especiais no GATT 1947 e na OMC; Relatórios do Órgão de Apelação da OMC; parte significativa da doutrina especializada, na forma de livros e artigos acadêmicos.

A hipótese deste trabalho parte da afirmação de que existe uma tendência evolutiva no direito internacional geral e na OMC no que tange ao aumento da juridicidade do instituto das contramedidas¹. Com a finalidade de investigar a hipótese levantada, esta dissertação está organizada na forma de quatro capítulos, somados a esta introdução e à conclusão.

O capítulo 1 concentra-se no aspecto mais geral do tema, particularmente o quadro geral em que estão situadas as contramedidas. Para tanto, foi examinada a essência política da sociedade internacional, estruturada de forma descentralizada. Além disso, foi feito estudo sobre a fragmentação do direito internacional contemporâneo, adotando como referência, em grande parte, o Relatório da CDI sobre fragmentação. Também foi conferida atenção especial para dois aspectos marcantes desse fenômeno: a existência dos chamados “regimes autossuficientes” e a multiplicação dos tribunais internacionais.

O capítulo 2 explica as contramedidas tal como regulamentadas no direito internacional geral, adotando como referência, em grande parte, a tentativa de normatização da responsabilidade internacional do Estado pela CDI. Este trabalho buscou investigar os importantes questionamentos apresentados pela jurisprudência e pela doutrina internacionalista acerca, por exemplo, da natureza, da finalidade e das limitações ao emprego das contramedidas no âmbito do direito internacional geral.

O capítulo 3 versa sobre as contramedidas no regime especial da OMC, tendo como referência, em grande parte, o ESC e a jurisprudência dos grupos especiais e do Órgão de Apelação. Além da análise de pontos relevantes do sistema de solução de controvérsias da organização, serão investigadas a natureza, as características gerais e os limites ao emprego do instituto, bem como o intenso debate sobre sua finalidade.

O capítulo 4 trata de dois assuntos conexos, com referencial, sobretudo, na literatura especializada sobre o tema. Por um lado, foi examinado o diagnóstico de alguns dos

¹ A formulação da hipótese tal como feita aqui deve crédito, em grande parte, à hipótese do livro de Arantes Neto (2008).

principais problemas que envolvem a fase de implementação das decisões do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, que apontam no sentido da necessidade de reforma do instituto. Por outro, foram estudadas as principais propostas de mudanças no sistema no que se refere a esse tema, fazendo-se uma apreciação acerca das propostas que possivelmente aperfeiçoariam o mecanismo.

1 A SOCIEDADE INTERNACIONAL E A FRAGMENTAÇÃO

1.1 A descentralização da sociedade internacional: a essência política

A sociedade internacional é, ainda hoje, uma sociedade descentralizada. Nela, não há uma autoridade central com competências gerais sobre os sujeitos de Direito internacional. Não há um órgão com autoridade geral para a criação de leis; não há um tribunal com jurisdição obrigatória sobre todos os sujeitos de Direito; não há um sistema universalmente aceito que assegure o cumprimento das leis (SHAW, 2010, p. 2). Essa característica descentralizada parece ser o grande fator distintivo dessa sociedade.

Essa constatação baseia-se, em grande medida, no contraste que se observa entre a sociedade internacional e as sociedades nacionais. No âmbito destas, que se organizam, em grande parte, na forma do Estado-nação, a centralização é a regra, conforme a teoria da tripartição dos poderes, tal como aparece em Montesquieu, em *O espírito das leis*, de 1748. Nessas sociedades, há um órgão incumbido de criar as leis; há uma jurisdição obrigatória sobre pessoas e bens; há um poder encarregado de garantir o cumprimento das leis (MONSTESQUIEU, 2005)².

² Como o Estado é, ainda hoje, o principal sujeito de Direito internacional (CASSESE, 2005, p. 3), é possível considerar que essa especificidade deve-se, em grande parte, ao seu elemento diferenciador: a soberania. A figura do Estado soberano continua como uma característica fundamental dessa sociedade, fazendo com que persista um sistema internacional interestatal. (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 413) Apesar disso, o impacto da Era das Organizações Internacionais, do reconhecimento da personalidade internacional do indivíduo, das normas de proteção aos Direitos Humanos e das normas de *jus cogens* trouxe importantes distinções ao sistema atual, em relação ao sistema clássico. Existe uma concepção tradicional de soberania, que tem base em Jean Bodin. Em “Os seis livros da República”, publicado em 1576, o autor afirma, no capítulo VIII, que a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República (BODIN, 1599, p. 122). Em contraposição, a soberania, contemporaneamente, costuma ser entendida em sentido relativo, uma vez que está limitada pelo Direito Internacional. A soberania, em sua faceta internacional, pode ser equiparada à noção de independência jurídica dos Estados. Na jurisprudência internacional, na arbitragem no caso Ilha de Palmas, entre Estados Unidos e Países baixos, em 1928, o árbitro Max Huber fez considerações gerais acerca do conceito de soberania, nos seguintes termos: “Soberania, nas relações entre Estados, significa independência. Independência em relação a uma porção do globo é o direito de exercer aí, com a exclusão de qualquer outro Estado, as funções de um Estado.” (ONU, 2006a, p. 838, tradução do autor). Outra jurisprudência, em sentido semelhante, foi a Opinião Consultiva do Juiz Anzilotti, na Corte Permanente de Justiça, no caso *Customs Regime between Germany and Austria*, em 1931, que afirmou: “Independência assim entendida é, de fato, não mais que a condição normal dos Estados de acordo com o Direito internacional; também pode ser descrita como soberania (suprema potestas), ou soberania externa, que significa que o Estado não tem acima de si outra autoridade que a do Direito internacional” (CPJI, 1931, p. 57, tradução do autor).

A sociedade internacional caracteriza-se, desse modo, como relativamente anárquica, na medida em que é composta, precipuamente, da justaposição de entidades soberanas, que não encontram, acima de si, uma autoridade central. Nesse sentido, Oliveira afirma que:

A doutrina é unânime em reconhecer a ausência de um poder unificado e de uma coerção centralmente organizada, a despeito da presença de uma autoridade normativa centralizada nos Ordenamentos Jurídicos Internos, dotada de poder efetivo para executar as suas decisões, conforme a presente investigação intui demonstrar.

A descentralização, portanto, perfaz uma das características estruturais da sociedade internacional, o que eleva sobremaneira a relevância da discussão a respeito da eficácia da arquitetura do Direito Internacional Contemporâneo em meio às normas, instituições e aos remédios jurisdicionais que o compõem (OLIVEIRA, 2012, p. 15).

Em uma sociedade assim caracterizada, as relações entre os Estados continuam sendo, essencialmente, horizontais. Diferentemente dos sistemas nacionais de Direito, uma estrutura estritamente verticalizada não se consolidou no sistema internacional. A autotutela, como expressão dessa descentralização, tem uma importância significativa para o funcionamento dessa sociedade.

O termo autotutela (em inglês, *self-help*) tem sido bastante empregado pelos doutrinadores de Direito internacional e de Relações Internacionais, mas sem grande uniformidade. Neste trabalho, o termo vai ser utilizado com o sentido geral de uma medida unilateral, adotada como reação a um ato ilícito ou inamistoso de um Estado, que viola um direito ou um interesse do Estado que praticou esse ato anterior (NOORTMANN, 2005, p. 16). Nessa definição, estão abrangidos na expressão autotutela os institutos da legítima defesa, da suspensão e terminação de tratados, da retorsão e das contramedidas³.

A proibição do uso da força, estabelecida no artigo 2º, parágrafo 4º, da Carta da ONU⁴, reduziu o conjunto de medidas que os Estados podem adotar em resposta a violações do direito internacional e limitou, desse modo, o sistema de autotutela no direito internacional (ABASS; WHITE, 2010, p. 532). A legítima defesa é uma exceção a essa proibição, pois é um direito inerente dos Estados, caso sofram um ataque armado, conforme o artigo 51, da Carta da ONU⁵ e o costume internacional. A CIJ, em sua Opinião Consultiva sobre a

³ As contramedidas no Direito Internacional serão abordadas em capítulo próprio.

⁴ Artigo 2, parágrafo 4º. “Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas”.

⁵ Artigo 51. Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.

Legalidade da ameaça ou do uso de armas nucleares, em 1996, sustentou que a legítima defesa consiste em um direito fundamental de todo Estado à sobrevivência, mas sua aplicação está submetida aos princípios da proporcionalidade e da necessidade (CIJ, 1996, p. 244-245; 263)⁶. Desse modo, a legítima defesa é uma reação armada em resposta a um ataque armado.

A suspensão ou extinção da execução de um tratado em razão de sua violação está prevista no artigo 60 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, a qual garante, em termos gerais, que uma violação a um tratado autoriza a outra parte a invocar a suspensão ou extinção desse tratado⁷. Essas medidas do artigo 60 referem-se a obrigações legais substantivas, enquanto as contramedidas, por exemplo, relacionam-se à responsabilidade internacional do Estado que resulta dessa violação (ONU, 2007, p. 128). Além disso, as contramedidas podem ser adotadas contra qualquer violação do direito internacional (e não apenas contra a violação de um tratado), e não se restringem ao tratado violado, como ocorre com as medidas do artigo 60 (ABASS; WHITE, 2010, p. 535-536).

Por sua vez, a retorsão consiste em uma reação que não viola o direito internacional. Uma definição clássica de retorsão foi dada por Rivier, em seu *Principes du droit des gens*. Ao examinar os meios coercivos que não consistam em guerra, como retorsão, represálias e bloqueio pacífico, o autor afirmou:

Um Estado em relação ao qual outro Estado tomou uma medida que, embora legal e lícita, é descortês, rigorosa e danosa, pode adotar, por sua vez, em relação àquele Estado, medidas com o mesmo caráter, a fim de chegar a uma composição. Esse meio coercivo chama-se retorsão (RIVIER, 1896, p. 189, tradução do autor).

Os atos de retorsão, desse modo, consistem em atos inamistosos adotados em retaliação a uma violação do Direito internacional ou a um ato também inamistoso de outro

⁶ Existem diversos problemas jurídicos bastante complexos tanto em relação ao uso da força quanto ao instituto da legítima defesa. Esta pesquisa não busca aprofundá-los, a fim de não se desviar de seu objeto. Para este trabalho, é suficiente mencionar a legítima defesa como mais um exemplo de remédio unilateral, adotado pelos Estados, para garantir seus direitos.

⁷ “Artigo 60. 1. Uma violação substancial de um tratado bilateral por uma das partes autoriza a outra parte a invocar a violação como causa de extinção ou suspensão da execução de tratado, no todo ou em parte. 2. Uma violação substancial de um tratado multilateral por uma das partes autoriza: a) as outras partes, por consentimento unânime, a suspenderem a execução do tratado, no todo ou em parte, ou a extinguirem o tratado, quer: i) nas relações entre elas e o Estado faltoso; ii) entre todas as partes; b) uma parte especialmente prejudicada pela violação a invocá-la como causa para suspender a execução do tratado, no todo ou em parte, nas relações entre ela e o Estado faltoso; c) qualquer parte que não seja o Estado faltoso a invocar a violação como causa para suspender a execução do tratado, no todo ou em parte, no que lhe diga respeito, se o tratado for de tal natureza que uma violação substancial de suas disposições por parte modifique radicalmente a situação de cada uma das partes quanto ao cumprimento posterior de suas obrigações decorrentes do tratado. 3. Uma violação substancial de um tratado, para os fins deste artigo, consiste: a) numa rejeição do tratado não sancionada pela presente Convenção; ou b) na violação de uma disposição essencial para a consecução do objeto ou da finalidade do tratado. 4. Os parágrafos anteriores não prejudicam qualquer disposição do tratado aplicável em caso de violação. 5. Os parágrafos 1 a 3 não se aplicam às disposições sobre a proteção da pessoa humana contidas em tratados de caráter humanitário, especialmente às disposições que proibem qualquer forma de represália contra pessoas protegidas por tais tratados”.

Estado, que não chegam a constituir violações do Direito internacional (CASSESE, 2005, p. 310). O rompimento unilateral de relações diplomáticas e a retirada de assistência econômica a um Estado são exemplos de retorsões. Um exemplo histórico de grande relevância foi o boicote aos Jogos Olímpicos de Moscou de 1980, liderado pelos Estados Unidos, e o boicote aos Jogos Olímpicos de Los Angeles de 1984 pelos países do Leste (PELLET; DAILLIER; DIHN, 2003, p. 977). A principal diferença é que a retorsão se materializa em um ato não proibido pelo Direito internacional, enquanto as contramedidas, como será visto em capítulo próprio, vão além de medidas inamistosas, envolvendo a violação de uma obrigação internacional. Um elemento da definição de contramedidas é sua ilicitude intrínseca (ALLAND, 2010, p. 1131).

Por fim, conforme será visto adiante neste trabalho, as contramedidas no âmbito do Direito internacional consistem em uma resposta a um fato⁸ ilícito internacional, com a finalidade de obter cessação e reparação, autorizada pelo Direito internacional, embora contrária às obrigações internacionais do Estado lesado em relação ao Estado responsável (ONU, 2007, p. 128).

Conforme se observou nos institutos jurídicos estudados anteriormente, pode-se considerar que o sistema de autotutela caracteriza-se pela horizontalidade, na medida em que as ações contra um Estado responsável pela violação do Direito internacional são adotadas em um contexto bilateral, de Estado soberano contra Estado soberano. Isso não significa que o Direito internacional seja constituído exclusivamente de relações desse tipo. Com efeito, o impacto da Era das Organizações Internacionais provocou transformações significativas no Direito internacional, que passou a incorporar, igualmente, relações verticais, inclusive com aplicação de sanções, como será visto adiante.

No âmbito do direito internacional geral, a simples permanência e importância da autotutela jurídica indica, por si só, não apenas que a sociedade internacional é descentralizada em sua essência, mas que seus principais sujeitos não pretendem abdicar de sua parcela de autonomia soberana em favor de uma autoridade central com jurisdição

⁸ A expressão fato internacionalmente ilícito merece um esclarecimento terminológico, em razão da estranheza que gera em português. O texto do Projeto de Artigos da CDI/ONU, na versão em inglês, traz a expressão *internationally wrongful act*; na versão em francês, a expressão *fait internationalement illicite*; na versão em espanhol, a expressão *hecho internacionalmente ilícito*. Essa terminologia, nas línguas latinas, deve-se à questão de que a palavra “ato” não traz a ideia de omissão. Conforme os comentários ao projeto, “a expressão francesa *fait internationalement illicite* é preferível a *délit* ou outros termos similares que possam ter significado especial em direito interno. Pela mesma razão, é melhor evitar os termos em inglês *tort*, *delict*, *delinquency* ou, em espanhol, o termo *delito*. A expressão francesa *fait internationalement illicite* é melhor que *acte internationalement illicite*, já que a ilicitude, frequentemente, é consequência de omissões que dificilmente possam ser indicadas pela palavra *acte*. Pela mesmas razões, adotou-se em espanhol a expressão *hecho internacionalmente ilícito*” (CRAWFORD, 2002, p. 80).

compulsória para determinar a existência do ilícito e para implementar a sanção correspondente. De algum modo, o reconhecimento pelo direito internacional da possibilidade de reação a um ilícito é benéfico para a juridicidade do sistema, no sentido de que legitima a adoção de instrumentos de garantia do cumprimento das obrigações internacionais. Entretanto, trata-se de medidas unilaterais com elevado grau de parcialidade e, não raramente, arbitrariedade, o que põe em relevo o aspecto político da sociedade internacional. Uma alternativa para a superação do problema da discricionariedade política surge com o fenômeno da fragmentação do direito internacional, a ser estudado a seguir.

1.2 O fenômeno da fragmentação do direito internacional: em direção a regimes mais regulados pelo direito

Recentemente, tem havido um intenso debate doutrinário, com repercussões na jurisprudência internacional, acerca da possível fragmentação do direito internacional. Demonstrando a relevância desse tema na contemporaneidade, Dupuy afirma que “[...] a questão da fragmentação do direito internacional constitui o debate doutrinário por excelência na era da globalização” (DUPUY, 2007, p. 1, tradução do autor).

Desde o século passado, o alcance do direito internacional tem passado por um alargamento bastante intenso. Com essa expansão, seu alcance passou a abranger distintas formas de atividade internacional, como a regulamentação do comércio, a proteção aos direitos humanos e ao meio ambiente, a cooperação científica e tecnológica, além da criação de organizações internacionais. Entretanto, como afirmado pelo Grupo de Estudos da CDI sobre o tema da fragmentação⁹ (A/CN.4/L.702), “[...] esta expansão teve lugar de maneira não coordenada no marco de determinados grupo regionais ou funcionais de Estados”¹⁰. Essa situação demonstra:

⁹ Em reconhecimento das preocupações geradas pela fragmentação do direito internacional, em 2000, no 52º período de sessões, a Comissão de Direito Internacional incluiu o tema “Riscos resultantes da fragmentação do direito internacional” em seu programa de trabalho (A/57/10). Em 2002, no 54º período de sessões, a Comissão incluiu o tema sob o nome “Fragmentação do direito internacional: dificuldades derivadas da diversificação e expansão do direito internacional”. O relatório, elaborado pelo presidente do Grupo de Estudos, Martti Koskenniemi, foi apresentado no documento A/CN.4/L.682, em 13 de abril de 2006 e, posteriormente, no Relatório do Grupo de Estudos da CDI, documento A/CN.4/L.702, em 18 de julho de 2006.

¹⁰ Em sentido semelhante, Shaw sustenta que o grande aumento das normas e das instituições de direito internacional, assim como o surgimento de ramos especializados, como o direito internacional do comércio, o direito ambiental internacional e o direito internacional dos direitos humanos, deu fundamento a argumentos

[...] um conhecido paradoxo da mundialização, que, embora tenha dado lugar a uma uniformização crescente da vida social em todo mundo, conduziu também à sua crescente fragmentação, isto é, à aparição de esferas especializadas e relativamente autônomas de estrutura e ação social (ONU, 2006d, p. 3).

Em termos gerais, a fragmentação do direito internacional comporta dois aspectos, que serão estudados individualmente: um é o aspecto institucional (multiplicação dos tribunais internacionais), e o outro o substantivo (surgimento de “regimes autossuficientes”)¹¹. Essa divisão do tema pode ser observada em Dupuy, para quem as causas do debate doutrinário sobre a fragmentação do direito internacional na era da globalização são múltiplas: algumas são mais técnicas e outras mais políticas e culturais. Debruçando-se sobre as causas técnicas, o autor afirma que se dividem em duas: “a primeira, normativa, se alimenta da tendência à ‘autonomização’ dos regimes especiais; a segunda, orgânica e institucional, se justifica pela multiplicação de instâncias e procedimentos de controle, nem sempre judiciários, de aplicação do direito”. Ambas estão ligadas ao fenômeno geral da expansão do campo material coberto pelo direito internacional (DUPUY, 2007, p. 2)¹².

Hafner faz um resumo das causas da fragmentação, elencando sete fatores: 1) a falta de órgãos centralizados, característica correspondente à própria natureza do direito internacional; 2) a especialização, derivada da autonomia temática de ramos como os direitos humanos, o direito do mar, o direito ao desenvolvimento e o direito ambiental; 3) a diferente configuração das normas internacionais, com normas que geram obrigações na relação entre dois Estados, em relação a pessoas e em relação à comunidade com um todo; 4) as normativas paralelas nos âmbitos universal e regional acerca dos mesmos assuntos; 5) a concorrência entre normativas, resultado de regimes diferentes elaborados por distintos organismos internacionais; 6) ampliação do âmbito de aplicação material do direito internacional; 7) os diferentes regimes de normas secundárias, que teriam precedência sobre as normas secundárias gerais do direito internacional (HAFNER, 2000, p. 298-303).

como o de que o direito internacional, como um sistema holístico, estava em processo de fragmentação (SHAW, 2008, p. 65).

¹¹ Relativamente ao primeiro, trata-se do fenômeno do aumento de instâncias jurisdicionais, que traz preocupações como a jurisprudência divergente e o *forum-shopping*. Quanto ao segundo, trata-se do surgimento de direitos especiais, de regimes estabelecidos por tratados e de ramos especializados do direito internacional, que enseja problemas na relação entre essas normas e o direito internacional geral (KOSKENNIEMI, 2006, p. 284-285).

¹² Como resultado do incremento da especialização no direito internacional, vários de seus ramos, como direito ambiental, direitos humanos e direito do comércio, têm passado por um grande desenvolvimento. Ao mesmo tempo, esse fenômeno tem contribuído para o surgimento de novas instituições e novos órgãos judiciais, com mandatos para lidar com temas bastante específicos dentro dos respectivos campos do direito. A diversidade de regras e de instituições pode ensejar sérias dificuldades, a exemplo de quando estas estão em discordância com o direito internacional. Daí surgem questões importantes sobre a relação do direito internacional geral com essas novas áreas mais específicas (LINDROOS; MEHLING, 2006, p. 858).

Um dos efeitos negativos realçado por alguns autores é o de que a fragmentação do direito internacional traria o risco de que normas, princípios, sistemas de normas e práticas institucionais contradigam umas às outras e sejam incompatíveis entre si. Com a especialização, certas normas previstas em tratados se tornariam incompatíveis com o direito internacional geral ou mesmo incompatíveis com normas de outros ramos específicos (KOSKENNIEMI, 2006, p. 15). Além disso, alguns autores afirmam que não há um sistema de direito internacional homogêneo, pois este está composto, em sua maior parte, por diferentes sistemas parciais, cujo produto final seria um sistema desorganizado (HAFNER, 2000, p. 294).

O caso *Mox Plant*, entre Reino Unido e Irlanda, ilustra algumas dificuldades apresentadas pelo fenômeno da fragmentação, em particular os problemas de coerência no Direito internacional. Nesse caso, estão presentes problemas de ordem tanto institucional quanto normativa, pois o caso foi apresentado com base em diferentes procedimentos jurisdicionais, quais sejam o da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar de 1982, o da Convenção para Proteção do Meio Ambiente Marinho do Atlântico Nordeste de 1992 e o do Tribunal de Justiça da União Europeia.

A disputa entre os dois países refere-se à construção e funcionamento de uma instalação MOX em Sellafield, Reino Unido. Essa instalação destina-se a reciclar o plutônio resultante do processamento de combustível nuclear. Em um primeiro momento, a Irlanda, em razão de receios quanto aos efeitos ambientais da *Mox plant*, instituiu um tribunal internacional contra o Reino Unido, devido à violação do artigo 9º da Convenção para Proteção do Meio Ambiente Marinho do Atlântico Nordeste de 1992. O tribunal arbitral considerou-se competente e decidiu que o Reino Unido não havia violado seu dever de prestar as informações necessárias segundo a Convenção¹³.

Em um segundo momento, a Irlanda sustentou que houve violação da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar de 1982 em razão da contaminação da água pela *Mox Plant*. Por isso, ingressou com uma demanda contra o Reino Unido no Tribunal Internacional para o Direito do Mar, o qual se considerou competente, mas suspendeu o processo para evitar o risco de decisões conflitantes em relação ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

Em um terceiro momento, a Comissão Europeia ingressou no Tribunal de Justiça da União Europeia contra a Irlanda, em razão de esta ter acionado o Reino Unido perante a

¹³ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention (Ireland versus United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*. Final award, 2 July 2003. VOLUME XXIII, p. 59-151.

arbitragem internacional, não respeitando a jurisdição exclusiva do Tribunal de Justiça da União Europeia, nem seu dever de cooperação. O Tribunal de Justiça concluiu que tinha jurisdição exclusiva sobre o caso e que a Irlanda descumpriu sua obrigação de submetê-lo às instituições comunitárias antes de instituir o procedimento arbitral internacional¹⁴.

É importante salientar nesse caso a grande complexidade do direito internacional contemporâneo. Do ponto de vista normativo, pelo menos três regimes baseados em tratados eram aplicáveis. Além disso, três procedimentos jurisdicionais foram instaurados para aplicar os respectivos tratados internacionais. Trata-se de três vias para a solução do mesmo problema, sem uma clara coordenação e hierarquia entre elas (VARELLA; OLIVEIRA, 2009, p. 125 – 126).

Cabe neste ponto fazer uma breve abordagem¹⁵ do debate teórico que permeia muitos estudos sobre o tema. Partindo da reflexão de Comtois-Dinel, pode-se argumentar que quando se fala em um novo fenômeno de fragmentação, supõe-se, em sentido contrário, que a unidade da ordem internacional existiria *a priori*. O autor busca investigar, então, se o que se verifica na atualidade é a fragmentação do direito internacional ou uma mudança de paradigma (COMTOIS-DINEL, 2006, p. 2)¹⁶. Para isso, será realizada uma análise da corrente normativista, da noção de constitucionalismo e da corrente que defende o pluralismo jurídico.

Para os normativistas, a unidade do direito é entendida por meio de uma sistematização baseada na ideia de uma hierarquia de normas que conduz à noção de ordem jurídica (COMTOIS-DINEL, 2006, p. 7). Nessa linha, uma posição que deve ser citada é a de Hart, que, em sua obra *O Conceito de Direito*, fornece a distinção entre normas primárias e secundárias. Para Hart, as regras de tipo básico ou primário exigem que as pessoas façam ou se abstenham de fazer certas ações; são as “regras primárias de obrigação”. Por sua vez, as regras secundárias referem-se às regras primárias, determinando como estas podem ser determinadas, criadas, eliminadas e alteradas. Enquanto as regras primárias impõem deveres, as secundárias atribuem poderes públicos ou privados (HART, 2001, p. 91, 104).

Por sua vez, Kelsen sustenta que “[o] Direito internacional é uma ordem normativa, e uma ordem normativa é um sistema de normas válidas”. Seguindo seu raciocínio, Kelsen sustenta que o direito internacional “não contém normas limitantes de domínios de validade; e, na medida em que essa ordem normativa é considerada ordem jurídica suprema não sujeita

¹⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Processo C-459/03*. Ação de incumprimento. Comissão das Comunidades Europeias contra Irlanda. Acórdão de 30 de maio de 2006.

¹⁵ É importante fazer uma ressalva aqui, pois, embora o tema comporte e até suscite uma discussão mais aprofundada, isto não será possível, na medida em que fugiria do escopo desta dissertação.

¹⁶ Como será visto em seguida, para o autor, o que ocorre é uma mudança de paradigma.

a qualquer outra ordem jurídica, a sua validade não pode ser limitada em qualquer sentido.” (KELSEN, 2010, p. 135-136) Mais adiante, entrando especificamente sobre a questão do monismo, Keslen afirma que:

Diversas normas pertencem à mesma ordem jurídica quando sua validade jurídica deriva de uma mesma norma fundamental. A questão do fundamento de validade de uma norma conduz necessariamente a uma norma última. Quando várias normas recebem sua validade de uma mesma norma fundamental, então – por definição – todas elas pertencem a um mesmo sistema. [...] Uma vez que o Direito Nacional tem a razão de sua validade, devendo, por isso, o direito internacional ser sua “fonte”, a fonte última daquele deve ser idêntica à deste (KELSEN, 2010, p. 501; 511-512).

Para alguns autores, a solução para o problema da fragmentação surgiria por meio da noção de constitucionalização do direito internacional. Nesse sentido, uma candidata a Constituição da sociedade internacional seria a Carta das Nações Unidas¹⁷. Um fundamento jurídico para esse argumento é o disposto no artigo 103 da Carta¹⁸, que estabelece a primazia das obrigações contidas na Carta em relação às demais obrigações dos Membros. Assim, a solução para eventual antinomia entre a Carta e as demais obrigações dos Estados é o critério da hierarquia, prevalecendo as obrigações contidas na Carta.

Dupuy, que defende a unidade do direito internacional, sustenta que “[u]ma ordem jurídica internacional somente pode existir na medida em que garanta aos seus sujeitos uma

¹⁷ Na visão de alguns autores, outro conjunto de normas que poderia constituir o núcleo fundamental desta constitucionalização do direito internacional seria o das normas de *jus cogens*, que não são identificadas necessariamente com a Carta da ONU. Essas normas também trazem uma hierarquização para o direito internacional, pois são normas superiores de direito internacional geral. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, em seu artigo 53, consagrou essa noção, definindo que as normas imperativas de direito internacional geral somente podem ser modificadas por outra norma de mesma natureza, sendo nulo um tratado que entre em conflito com normas imperativas. Um exemplo dessa proposta pode ser observado em Otávio Cançado Trindade: “É a constituição moderna a que oferece mais elementos para que se possa entender o significado de uma constitucionalização do direito internacional. Em primeiro lugar, surge a idéia de núcleo rígido e inalterável inerente à constituição. Em segundo lugar, no ambiente pós-revolucionário, surgem as idéias de limite do poder e de garantia de direitos fundamentais. No direito internacional, a existência de núcleo rígido e inalterável de normas implicaria a existência de hierarquia entre obrigações, por conseguinte, uma ordem jurídica. Normas constitucionais, contidas nesse núcleo, seriam indisponíveis pelos Estados, inegociáveis. A rigidez de normas fundamentais é elemento essencial da constitucionalização do direito internacional. O reconhecimento de normas *jus cogens*, positivado na Convenção de Viena (1969), equivale a reconhecer a rigidez de certas normas no direito internacional, que desfrutam de hierarquia mais elevada do que normas de tratados ou consuetudinárias. A principal consequência é que a norma *jus cogens* não pode ser derogada pelos Estados nem por tratados nem por costumes com igual força normativa. Além disso, podem ter efeito no ordenamento jurídico doméstico sobre normas que violem um *jus cogens*. As idéias do constitucionalismo moderno relativas à limitação do poder são de difícil equivalência no debate sobre a constitucionalização do direito internacional. No plano nacional, elas dizem respeito à diferenciação funcional dos órgãos do Estado e dos controles a serem exercidos entre eles. No plano internacional, a limitação do poder pode ser associada a discussões relativas ao controle da legalidade dos atos do Conselho de Segurança das Nações Unidas. A esse respeito, não apenas são divergentes as posições doutrinárias, mas também as decisões judiciais sobre o tema. Enquanto a CIJ recusou-se a exercer tal controle no caso *Lockerbie* (1992), o Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia (ICTY) exerceu tal controle ao declarar a possibilidade de o Conselho criar tribunais penais *ad hoc*, em exceção preliminar no caso *Tadic* (1995)” (TRINDADE, 2008, p. 282-283).

¹⁸ Carta da ONU. Artigo 103. “No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta.”

unidade orgânica e substancial suficiente para servir como quadro eficaz para suas relações internacionais” (DUPUY, 2007, p. 10, tradução do autor). O autor, em outro estudo, desta vez específico sobre a dimensão constitucional da Carta da ONU, conclui com a seguinte afirmação:

A promoção da Carta como a constituição efetiva e estável da comunidade internacional constitui um desafio de importância particular. Existem várias razões para isso, tanto legais quanto políticas. A Carta das Nações Unidas é ao mesmo tempo um projeto político e um compromisso jurídico para seus Estados-Membros, assim como um tratado vinculante e um programa de cooperação ambicioso. Ela é, ao mesmo tempo, o tratado básico da comunidade internacional e a constituição mundial já realizada e ainda por realizar (DUPUY, 1997, p. 32-33, tradução do autor).

Peters apresenta outra perspectiva sobre a constitucionalização¹⁹. A autora afirma que “[a] velha ideia de uma constituição internacional para a comunidade jurídica internacional merece uma reconsideração na era da globalização” (PETERS, 2005, p. 40, tradução do autor). Segundo a autora,

[...] a reconstrução constitucionalista do direito internacional chama atenção para as deficiências de legitimidade existentes nesse ramo do direito, que obviamente não pode mais contar apenas com a soberania e o consentimento. Em suma, a reconstrução constitucionalista do direito internacional ajuda a construir um genuíno e multi-nível constitucionalismo global, apto a compensar as crescentes deficiências das constituições nacionais. O constitucionalismo global pode contribuir para a construção de uma rede transnacional de ordens jurídicas universalmente aceitáveis. (PETERS, 2005, p. 67, tradução do autor)

Contextualizando outro paradigma distinto do normativismo, Souza e Macedo defendem que alguns autores “[...] começaram a enxergar a ascensão de um modelo baseado no pluralismo jurídico, que deriva da diversificação de modos de regulação do direito” (SOUZA; MACEDO, 2012, p. 405). Nessa linha, uma visão sobre o pluralismo jurídico foi defendida por Burke-White. O autor afirma que o direito internacional não está propriamente em um processo de fragmentação, mas se está transformado em um sistema pluralista. Segundo o autor,

Hoje, o sistema jurídico internacional parece estar no centro de dois conjuntos de forças opostas – um puxando para a fragmentação, e o outro para a interconexão e coerência. Na medida em que essas forças interagem, um novo tipo de sistema jurídico internacional começa a emergir – um que não é inteiramente fragmentado, nem completamente uno. O sistema emergente pode ser descrito como pluralista

¹⁹ Como se pode perceber, a perspectiva acerca do fenômeno da constitucionalização do direito internacional não é unívoca. Outro ponto de vista, que defende o movimento de constitucionalização, foi apresentado por Barros, para quem: [o] fenômeno da constitucionalização do direito internacional, ao nosso entender, constitui um processo gradativo, porém irreversível, reforçado pelo ideal de justiça global e caracterizado e pela busca de consolidação de uma ordem pública internacional que vele efetivamente pelos princípios universais e pela solução dos problemas mundiais. Para que esse processo se realize de forma legítima, é imprescindível que se garanta a participação efetiva e igualitária das partes na formulação da vontade do todo, de modo a construir um sistema adequado de representação dos Estados e dos povos, que respeite a identidade cultural de cada uma das comunidades integrantes” (BARROS, 2012, p. 80).

[...] a concepção pluralista do sistema jurídico internacional reconhece – e possivelmente favorece a diversidade do sistema. Uma ampla gama de cortes interpretará, aplicará e desenvolverá o *corpus* do direito internacional. Estados enfrentarão divergentes conjuntos de obrigações que podem ser interpretados diferentemente por vários tribunais e podem, às vezes, entrar em conflito. De modo possivelmente mais significativo, processos jurídicos nacionais e internacionais irão interagir e influenciar uns aos outros, resultando em procedimentos, decisões e cortes híbridos. No entanto, esses procedimentos irão ocorrer dentro de um sistema comum de direito internacional engajado em um diálogo construtivo e autorreferenciado que conscientemente buscará a manutenção da coerência do sistema em geral (BURKE-WHITE, 2005, p. 977-978, tradução do autor).

Concluindo seu estudo, Comtois-Dinel critica a teoria normativista e afirma que a teoria do pluralismo jurídico parece mais apta para lidar com a complexidade atual, nos seguintes termos:

[...] a fragmentação do direito internacional significa essencialmente uma mudança de paradigma. Essa expressão que traz a ideia de problema e de incoerência constitui principalmente um temor da escola normativista. Função da expansão internacional, a proliferação de instituições internacionais, a multiplicação de tribunais judiciais, a diversificação de fontes do direito internacional, o potencial de conflitos de normas e a existência de regimes autônomos agem como um transbordamento do quadro desse modelo teórico. Essas consequências são, em resumo, a ilustração da agonia do modelo teórico normativista ao nível global. Com efeito, não sendo o modelo hierárquico mais capaz de abarcar a crescente complexidade da sociedade internacional, a teoria do pluralismo parece mais apta a explicar esse processo de expansão (COMTOIS-DINEL, 2006, p. 18, tradução do autor).

Nesse debate teórico, cabe levar em consideração algumas conclusões do Grupo de Estudos da CDI (A/CN.4/L.702). Em seu Relatório, o Grupo chegou à conclusão geral de que o direito internacional é, efetivamente, um sistema jurídico, na medida em que suas regras e princípios “[...] operam em relação a outras normas e princípios e devem ser interpretadas no contexto destas últimas.” Nessas normas do direito internacional, em que há relações significativas entre elas, podem existir “[...] normas de nível hierárquico superior ou inferior, sua formulação pode requerer critérios gerais ou específicos em maior ou menor medida e sua validade pode ser recente ou de longa data.” Por isso, enquanto sistema jurídico, o direito internacional não é simplesmente “[...] uma compilação aleatória dessas normas” (ONU, 2006d, p. 7, tradução do autor).

Outra conclusão importante do estudo da CDI é a de que o direito internacional nunca teve o mesmo grau de coerência dos ordenamentos jurídicos dos Estados, e mesmo neste a pretensa homogeneidade do Estado-Nação tem sido desafiada pela complexidade da sociedade contemporânea. No direito internacional, o surgimento de normas de conflito e de regimes jurídicos sobrepostos enseja a dificuldade de coordenação no plano internacional. No entanto, “não há, em realidade, um metassistema hierárquico e homogêneo que possa eliminar esses problemas” (KOSKENNIEMI, 2006, p. 286-287, tradução do autor).

Apresentado, sucintamente, esse quadro de referência teórico, cabe aqui o reconhecimento da complexidade do tema, tal como feito por Souza e Macedo: “[...] é evidente que não existe uma única resposta viável ou um único modelo a ser adotado que consiga absorver toda a complexidade que envolve a atual ordem jurídica internacional globalizada” (SOUZA; MACEDO, 2012, p. 407).

Serão tratados, em seguida, os desdobramentos dessa fragmentação, por meio da análise, em um primeiro momento, do fenômeno da multiplicação de tribunais internacionais e, posteriormente, dos “regimes autossuficientes”.

1.2.1 A multiplicação de tribunais internacionais

Recentemente, muitos estudiosos do direito internacional têm-se dedicado a investigar o número cada vez maior de cortes internacionais. Essas instituições têm produzido mais precedentes, o que contrasta com a até então relativa escassez de jurisprudência internacional, que era produzida sobretudo pela antiga CPJI e depois pela CIJ. Hoje existem diversas instituições julgadoras em mecanismos de solução de controvérsias especializados, como OSC da OMC, o Tribunal Internacional para o Direito do Mar, o Tribunal Penal Internacional, os tribunais arbitrais instituídos no âmbito do Centro Internacional de Solução de Controvérsias relativas a Investimento. Nesse contexto, surge a questão de saber se essas instituições contribuem para o desenvolvimento de um conjunto uniforme do direito internacional ou se criam seu próprio direito, tornando o direito internacional cada vez mais fragmentado²⁰ (REINISCH, 2008, p. 107).

A proliferação de órgãos judiciais internacionais e regionais, que tem sido uma característica das últimas décadas, reflete tanto o aumento do alcance e da utilização do direito internacional quanto o aumento do valor concedido à resolução de disputas por terceiro imparcial, que é um modo efetivo de solucionar controvérsias. Essa prática é importante para a evolução do direito internacional, uma vez que o desenvolvimento de normas e a criação de instituições com adjudicação compulsória ocorrem paralelamente (SHAW, 2008, p. 1115).

²⁰ Em outras palavras, segundo Dupuy, a proliferação de cortes internacionais levanta a questão de saber se esse fenômeno irá levar à fragmentação do sistema legal internacional ou à fragmentação na interpretação de suas normas. Esse resultado seria prejudicial à unidade básica da ordem legal internacional (DUPUY, 1999, p. 792).

Charney, em seu curso da Haia, faz uma avaliação histórica do fenômeno. Segundo o autor, através da história do direito internacional, tribunais nunca estiveram no centro do sistema legal internacional, nem tiveram o papel mais importante no desenvolvimento do direito internacional. Para o autor, o centro do direito internacional é o Estado, apesar de foros para solução de controvérsias por terceiros terem um importante papel. Comparadas com decisões de tribunais domésticos, as decisões prolatadas por cortes internacionais são numericamente limitadas. Entretanto, com a criação da antiga CPJI e sua sucessora, a CIJ, a comunidade internacional passou a contar com uma corte permanente de grande proeminência. As decisões e opiniões consultivas da Corte têm uma influência significativa sobre o comportamento dos Estados e sobre a evolução do direito internacional. Como consequência, a Corte tem grande importância, pois seus julgamentos ajudam a concretizar, desenvolver e unificar as regras de direito internacional (CHARNEY, 1998, p. 117-118).

A Corte Internacional de Justiça, principal órgão judicial das Nações Unidas, tem, com base em seu estatuto, vocação universal e jurisdição geral. Essa vocação universal observa-se, por exemplo, no artigo 93, par. 1º da carta da ONU²¹, que afirma que todos os membros das Nações Unidas são também membros do estatuto da Corte Internacional de Justiça. A jurisdição geral, por sua vez, foi estabelecida no artigo 36, parágrafo 1º do Estatuto da Corte²², que afirma serem da competência da Corte todas as questões que lhe forem submetidas pelas partes, respeitados os limites do artigo 2.7 da Carta da ONU de 1945. A Corte ainda é, na atualidade, o órgão judiciário internacional com jurisdição mais ampla.

Entretanto, não se deve ignorar o fato de que a CIJ não é o único foro judicial para resolver controvérsias com base no direito internacional. A antiga CPJI foi precedida por uma longa história de foros arbitrais especializados, que serviram para resolver disputas com adjudicação a terceiros, como os Tratados Jay de 1794, que marcam o começo da moderna arbitragem internacional. Por exemplo, entre 1795 e 1922, aproximadamente 350 arbitragens internacionais foram estabelecidas (CHARNEY, 1998, p. 118-119).

Essas arbitragens históricas, somadas ao desenvolvimento mais recente das arbitragens internacionais, indicam que a antiga CPJI e a CIJ não estavam sozinhas na qualidade de terceiro imparcial na resolução de controvérsias no direito internacional, o que continua a existir na atualidade. No entanto, embora a corte tenha tradicionalmente experimentado a

²¹ Artigo 93. 1. Todos os Membros das Nações Unidas são ipso facto partes do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

²² Artigo 36. 1. A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.

competição de outros foros, essa situação tem-se intensificado atualmente (CHARNEY, 1998, p. 127-128).

Com efeito, a partir de 1945 e, em particular, após o fim da Guerra Fria, muitos tribunais foram criados com características distintas da Corte Internacional de Justiça. Houve a criação de tribunais com jurisdição limitada em termos geográficos, como é o caso do Tribunal de Justiça da União Europeia, da Corte Europeia de Direitos humanos, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Além disso, houve o surgimento de tribunais com jurisdição limitada em relação à matéria, como é o caso do Tribunal Penal Internacional, do Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia, do Tribunal Internacional para o Direito do Mar.

A jurisprudência conflitante é um aspecto negativo do fenômeno da proliferação de tribunais internacionais, pois, para questões semelhantes, é possível que surja um corpo jurisprudencial distinto. Na medida em que os Estados conheçam os diferentes posicionamentos dos tribunais sobre a mesma controvérsia, é possível que escolham propor a demanda no tribunal que seja mais favorável aos seus interesses: o chamado *forum shopping*.

Souza e Macedo sustentam que “[...] a multiplicidade de regimes jurídicos, que é responsável pela proliferação de tribunais e órgãos quase jurisdicionais e pelos conflitos de competência, proporciona o fenômeno intitulado doutrinariamente de ‘forum shopping’”. Seguindo essa argumentação, os autores afirmam que:

Os movimentos acima apresentados tornam-se, em certa medida, responsáveis pela geração de conflitos de jurisprudência. Isso porque a descentralização do processo jurisdicional ocasionada pela especialização das instituições jurisdicionais pode interferir no julgamento. Essa tendência justifica-se pelo fato de cada subsistema atribuir primazia a certos valores que visa proteger. Portanto, o surgimento de cortes especializadas em julgar determinado tema poderia originar interpretações distintas a respeito de um mesmo assunto (SOUZA; MACEDO, 2012, p. 401).

Em outra perspectiva, Pauwelyn e Salles, em estudo específico sobre o tema do *forum shopping*, buscam soluções para o problema. Segundo os autores, como os princípios do direito interno dos Estados que disciplinam a matéria não são adequados para tratar desse problema no âmbito do direito internacional, são necessárias outras soluções, mais apropriadas ao direito internacional:

O principal propósito deste artigo é demonstrar que os princípios do direito interno que tratam do *forum shopping* entre cortes internas – *res judicata*, *lis pendens* e *forum non conveniens* – não resolvem as potenciais preocupações com o *forum shopping* entre tribunais internacionais. [...] No curto para médio prazo, o melhor modo de resolver o *forum shopping* entre tribunais internacionais é regular explicitamente as sobreposições em tratados relevantes. [...] No médio para o longo prazo, se os princípios gerais se desenvolverem para lidar com o *forum shopping* entre tribunais internacionais, o melhor ponto de partida é uma cláusula *forum non conveniens* reformulada e adaptada às necessidades do direito internacional. Qualquer noção de *juge naturel* ou forum natural não deve se basear em um critério mecânico, como tempo, mas em um critério material, como as conexões do caso

com a jurisdição do tribunal, a história, os procedimentos prévios, o conteúdo substantivo, ou as principais questões na disputa assim como o contexto institucional, a expertise e a legitimidade dos respectivos tribunais (PAUWELYN; SALLES, 2009, p. 117-118, tradução do autor).

Um dos exemplos mais citados sobre esse risco de jurisprudência conflitante é o caso *Nicaragua*, julgado pela CIJ em 1986²³, em comparação com o caso *Tadic*, julgado pelo Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia em 1999²⁴. No caso *Tadic*, uma importante questão era saber se as forças armadas dos Sérvios da Bósnia da Republica Srpska eram forças armadas da República Federal da Iugoslávia ou da Bósnia e Herzegovina, pois, caso fossem da RFI, tratar-se-ia de conflito internacional. Para tanto, era necessário fazer o “teste do controle”, para saber qual o grau de controle exercido que determina se as forças pertencem a um ou outro Estado. A Câmara de Apelação afastou-se da ideia de “controle efetivo”, tal como estabelecido pela CIJ relativamente ao caso que envolvia a participação dos Estados Unidos na ajuda aos *contras* da Nicarágua²⁵. Conforme a Câmara de Apelação, “o controle de um Estado sobre unidades paramilitares, milícias ou forças armadas subordinadas deve ser de caráter total”, incluindo mais do que a mera assistência financeira ou o treinamento militar²⁶.

Alguns autores destacam o aspecto negativo da multiplicação de tribunais internacionais. Investigando os foros de solução de controvérsias estabelecidos pela Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, Oda, em seu curso na Haia, afirma que a criação de uma judicatura em paralelo com a CIJ é um grande erro. Isso porque o direito do mar é uma parte integrante do direito internacional como um todo. Por isso, o direito do mar deveria ser interpretado em vista do desenvolvimento uniforme da jurisprudência dentro da comunidade internacional, e não de um modo fragmentado. Conforme o autor, o Estado de Direito, baseado nesse desenvolvimento jurisprudencial uniforme, seria mais bem assegurado por meio do reforço da CIJ, e não pela dispersão judicial da função de solução de controvérsias entre vários órgãos espalhados (ODA, 1993, p. 144-145).

Shabtai afirma que o problema com essa proliferação não é tanto que ela intensifique a fragmentação do direito internacional, embora esse risco possa ser agravado enquanto não houver uma autoridade estabelecida para determinar possíveis conflitos de jurisdição e de

²³ International Court of Justice, Case Concerning Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment of 27 June 1986.

²⁴ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Prosecutor v. Tadić, case No. IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgment of 15 July 1999.

²⁵ Este caso será comentado em mais detalhe no capítulo 2.

²⁶ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Prosecutor v. Tadić, case No. IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgment of 15 July 1999, par. 137.

competência. Shabtai destaca como problema a dificuldade de escolha para o tomador de decisão em razão da sobreposição de jurisdições, levando à possibilidade de que as partes não entrem em acordo sobre o mecanismo judicial de solução de controvérsias (SHABTAI, 2004, p. 100-101).

Outro risco seria o da excessiva especialização em determinado ramo por parte de um tribunal. Como esse tribunal é constituído para aplicar as normas e princípios de um sistema específico, é possível que ele desconsidere a importância do direito internacional geral. A Corte Internacional de Justiça tem esse papel de aplicação do direito internacional, mas, pelas características da sociedade internacional, os demais tribunais não estão obrigados a seguir seus precedentes. Por não haver uma hierarquia entre os tribunais e a Corte Internacional de Justiça, no direito internacional não se aplica o sistema do *stare decisis*. Nesse sentido, o artigo 59 do Estatuto da Corte²⁷ dispõe que suas decisões são obrigatórias apenas para as partes que estão em litígio e acerca do caso que está sendo julgado.

Segundo Shabtai, apesar da ausência de precedentes judiciais vinculantes, na prática, outras cortes e tribunais internacionais, em geral, seguem a linha de raciocínio e as conclusões da CIJ, quando relevantes e apropriados. Qualquer tribunal internacional que não considere as decisões da CIJ perderia a confiança de seus jurisdicionados, já que, na atualidade, não se pode tecer considerações sobre diversos temas do direito internacional sem recurso ao corpo jurisprudencial desenvolvido no âmbito da CIJ (SHABTAI, 2004, p. 101)²⁸.

Dirigindo-se ao plenário da Assembleia Geral da ONU, o Presidente da CIJ Stephen M. Schwebel, em discurso de 26 de outubro de 1999, chamou atenção para a questão da proliferação dos tribunais internacionais e apresentou uma visão positiva sobre o fenômeno, nos seguintes termos:

A entrada de outros atores além dos Estados no cenário internacional, que também influenciou o processo de elaboração e administração do direito internacional, tem, entre outros fatores, encorajado a criação de tribunais internacionais especializados. Esse desenvolvimento é bem vindo. Ele torna o direito internacional mais efetivo, dotando obrigações jurídicas com os meios para sua determinação e implementação. A preocupação de que a proliferação de tribunais internacionais poderia produzir conflitos substanciais entre eles e de que esvaziaria o papel da Corte Internacional de Justiça não se materializou até agora. Um maior conjunto de *foros* possivelmente significa que mais disputas estão sendo submetidas à resolução judicial (tradução do autor)²⁹.

²⁷ Artigo 59. A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão.

²⁸ Charney chega a conclusão semelhante, ao afirmar que as posições da CIJ, quando adequadas, são frequentemente levadas em consideração pelos demais tribunais internacionais. Desse modo, um aumento do número de tribunais não ameaçaria o sistema jurídico internacional (CHARNEY, 1998, p. 347).

²⁹ Disponível em: <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=87&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1&PHPSESSID=> . Acesso em 7 de janeiro de 2013. Tradução do autor.

Em 2001, o Presidente da CIJ Gilbert Guillaume, no discurso na Assembleia Geral da ONU, foi mais incisivo e demonstrou os riscos da proliferação de tribunais internacionais, como o *forum shopping* e a sobreposição de jurisdições. O Juiz afirmou que a “proliferação de cortes internacionais pode colocar em risco a unidade do direito internacional e, como consequência, seu papel nas relações interestatais”. O Juiz também fez um alerta aos demais juízes internacionais, ao afirmar que estes “devem estar conscientes dos perigos envolvidos na fragmentação do direito e esforçar-se em evitar esses perigos” (tradução do autor)³⁰.

Analisando o fenômeno da proliferação de tribunais internacionais sob a perspectiva dos tribunais de investimento, Reinisch chega a uma conclusão positiva acerca do fenômeno. O grande aumento recente de arbitragens sobre investimentos demonstra que o cumprimento de tratados e obrigações costumeiras tornou-se rotineira na atualidade. O aumento da probabilidade do real cumprimento de padrões internacionais de proteção do investimento é apropriado em um sistema, como o sistema internacional, que, muitas vezes, padece com mecanismos de cumprimento pouco efetivos. Além disso, arbitragens de investimento têm contribuído para o desenvolvimento do direito internacional geral, por meio de decisões acerca de questões como atribuição de uma conduta a um Estado, circunstâncias excludentes de ilicitude, interpretação de tratados (REINISCH, 2008, p. 125).

Acerca do fenômeno geral da proliferação de tribunais internacionais, a tese de Charney parece ser adequada. Segundo o autor, a existência de outros foros não tem necessariamente um efeito deletério no sistema jurídico internacional, pois os novos foros podem contribuir para expandir a aplicação do direito internacional a disputas que possivelmente não seriam apresentadas diante da CIJ. Além disso, esses foros podem fornecer oportunidades adicionais para o desenvolvimento do direito internacional, sem minar sua legitimidade (CHARNEY, 1998, p. 116).

Uma proposta de mudança no atual sistema, para lidar com o problema da proliferação de tribunais internacionais, foi apresentada pelo Juiz Swebel³¹. O Juiz fez uma proposta de reforço do papel da CIJ, a fim de minimizar a possibilidade de interpretações conflitantes em direito internacional, permitindo que outros tribunais internacionais solicitassem Opiniões Consultivas em casos que fossem importantes para a unidade do direito internacional³².

³⁰Disponível em <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=82&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1&PHPSESSID=&lang=en>. Acesso em 7 de janeiro de 2013.

³¹ Disponível em: <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=87&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1&PHPSESSID=>. Acesso em 7 de janeiro de 2013.

³² Em termos realistas, a viabilidade prática de propostas como essa é difícil imaginar (SHAW, 2008, p. 1117).

Após concluir que uma estrutura estritamente hierárquica de tribunais não seria viável nem desejável, Charney afirma que dois fatores poderiam contribuir para conter as forças centrífugas no direito internacional. O primeiro é que a CIJ continue com sua liderança intelectual no direito internacional, o que pressiona os demais tribunais a não se afastarem de suas conclusões. O segundo é o fortalecimento do diálogo entre a CIJ e os demais tribunais. Apesar de haver referências às decisões de outros tribunais, isso é limitado. Se esse diálogo substancial fosse encorajado, a “comunidade internacional dos tribunais” sairia fortalecida. Com isso haveria maior pressão contra as forças centrífugas, sem abalo à independência dos tribunais especializados (CHARNEY, 1998, p. 371-372).

A proposta de maior interação entre os diferentes tribunais parece ter tido certo êxito, conforme relato da anterior Presidente da CIJ, Juíza Rosalyn Higgins, na Reunião dos Conselheiros Jurídicos dos Ministros das Relações Exteriores, em 2007. A Juíza afirmou que a fragmentação do direito internacional, por meio da proliferação de tribunais, pode ser evitada com um diálogo regular entre as cortes e com trocas de informação. A Juíza relata a existência de um detalhado programa de cooperação entre a CIJ e outros órgão judiciais. Em particular, refere-se a um avançado programa de cooperação com o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia³³.

Pode-se considerar que a criação de diversos tribunais internacionais favorece a maior legalidade na sociedade internacional. Com a maior jurisdicionalização, as normas do direito internacional tornam-se mais efetivas, na medida em que as obrigações jurídicas passam a ser asseguradas por um terceiro imparcial, que tem como objetivo a aplicação do direito. Além disso, maior número de tribunais internacionais significa maior possibilidade de acesso à jurisdição e, conseqüentemente, menor número de litígios resolvidos à margem da legalidade.

Sob o ponto de vista específico das contramedidas, o aumento dos sistemas jurisdicionais de solução de controvérsias aumenta a jurisdicionalização do instituto. A determinação da existência de um ilícito é condição prévia para a legalidade da aplicação das contramedidas, conforme será analisado no próximo capítulo. Com o aumento do número de tribunais, essa determinação passa a ser realizada por um terceiro imparcial, ao qual é adjudicada a disputa.

³³ Speech by H.E. Judge Rosalyn Higgins, President of the International Court of Justice, at the meeting of Legal Advisers of the Ministries of Foreign Affairs 29 October 2007. Disponível em <http://www.icj-cij.org/presscom/files/7/14097.pdf>. Acesso em 19 de fevereiro de 2013.

Analisados os pontos mais relevantes para esta pesquisa relativamente à multiplicação de tribunais internacionais, passa-se agora ao estudo do segundo aspecto da fragmentação do direito internacional: a possível existência de “regimes autossuficientes”.

1.2.2 A questão dos “regimes autossuficientes”

Em relação à terminologia, a expressão “regimes autossuficientes”³⁴ (em inglês, *self-contained regimes*) não é muito adequada, motivo pelo qual será utilizada entre aspas. Essa expressão sugere uma autonomia completa em relação ao direito internacional, o que não parece estar de acordo com a realidade do direito internacional contemporâneo, já que os principais candidatos a “regimes autossuficientes” não o são na prática, como será argumentado a seguir.

Essa expressão “regimes autossuficientes” foi usada, pela primeira vez, pela Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso S.S Wimbledon, em 1923. Decidindo sobre a aplicação de normas primárias, a CPJI afirmou que “as regras previstas no Tratado de Versalhes acerca do canal Kiel são, então, autossuficientes” (CPJI, 1923, p. 23, tradução do autor). No âmbito da CIJ, no caso *Reféns em Teerã*, em 1980, a expressão foi usada em referência a normas secundárias. A CIJ afirmou o seguinte acerca do direito diplomático:

Em resumo, as normas do direito diplomático constituem um regime autossuficiente que, por um lado, enuncia as obrigações do Estado acreditado em relação às instalações, privilégios e imunidades a serem concedidos às missões diplomáticas e, por outro lado, prevê o possível abuso por membros da missão, especificando os meios à disposição do Estado acreditado para conter esse abuso (CIJ, 1980, p. 40, tradução do autor).

Com o aumento das normas internacionais e com o maior desenvolvimento do direito internacional, surgiram ramos específicos no âmbito do próprio direito internacional. Devido à maior especialização de cada um desses ramos, houve a tendência de surgimento de sistemas autônomos, que se afastaram do direito internacional geral (GALINDO, 2000, p. 9). Essa especialização está na base das teorizações acerca dos “regimes autossuficientes”.

A diferenciação entre normas primárias e normas secundárias é um elemento importante na definição dos “regimes autossuficientes”. Partindo da distinção de Hart sobre normas primárias e secundárias, anteriormente abordada, Crawford, nos comentários ao

³⁴ Outra tradução possível para a expressão seria “regimes autônomos”. Neste trabalho, optou-se pela tradução “regimes autossuficientes” por ser mais próxima da ideia contida na expressão em inglês.

Projeto de artigos sobre responsabilidade dos Estados por fatos ilícitos internacionais de 2001³⁵, afirmou que as normas codificadas no projeto são normas secundárias, pois o objetivo não é definir o conteúdo da violação das obrigações internacionais que enseja a responsabilidade, mas estabelecer as condições gerais para que o Estado seja considerado responsável por ações ou omissões ilícitas, assim como as consequências jurídicas desses atos ou omissões (CRAWFORD, 2002, p. 74).

Com a multiplicação das normas sobre responsabilidade do Estado deu origem a distintos sistemas especiais no âmbito do direito internacional, surge a questão sobre a possibilidade de aplicação do direito internacional geral da responsabilidade do Estado de modo residual nos regimes especiais estabelecidos por tratados. Partindo dessa questão, Simma e Pulkovski buscaram construir um conceito de “regimes autossuficientes”. Relativamente ao regime da responsabilidade internacional do Estado, determinada norma especial poderia excluir a aplicação de apenas uma regra, deixando as demais plenamente aplicáveis. No entanto, um regime de normas especiais mais robusto poderia tentar excluir a aplicação de todo o conjunto de normas sobre a responsabilidade do Estado. Esse regime especial mais robusto, que exclui totalmente a aplicação do direito internacional geral sobre responsabilidade, seria o que se chama “regime autossuficiente” na concepção desses autores (SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 490).

Simma e Pulkowski afirmam que a noção de “regimes autossuficientes” não se aplica ao nível das normas primárias, mas apenas à ideia de completude de um subsistema de normas secundárias. Os autores afirmam que a expressão “regimes autossuficientes” serve para

[...] designar uma categoria particular de subsistemas, nomeadamente aqueles que compreendem um completo, exaustivo e definitivo conjunto de normas secundárias. Desse modo, a principal característica de um regime autossuficiente é sua intenção de excluir totalmente a aplicação das consequências jurídicas gerais de atos ilícitos tal como codificado pela CDI, em particular a aplicação de contramedidas pelo Estado lesado (SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 492-493, tradução do autor).

Há definições menos restritivas sobre o fenômeno que também podem ser consideradas. Em particular, no relatório da CDI sobre fragmentação, Martii Koskenniemi estabelece uma distinção entre dois usos da expressão “regimes autossuficientes”. Em sentido restrito, a expressão é utilizada para designar um conjunto especial de normas secundárias em relação ao direito da responsabilidade dos Estados, tal como a definição fornecida acima. Em sentido mais amplo, a expressão é utilizada em referência a conjuntos inter-relacionados de

³⁵ Neste trabalho, o referido projeto será mencionado diversas vezes e, por isso, será usada a forma abreviada “Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001”.

normas primárias e secundárias, chamadas sistemas ou subsistemas, que regulam temas particulares de modo distinto do direito geral (KOSKENNIEMI, 2006, p. 75-76). O autor também faz uma compilação das definições de “regimes autossuficientes” adotadas pelos relatores da CDI sobre responsabilidade dos Estados:

Os relatores especiais [da CDI sobre o tema responsabilidade dos Estados] utilizaram constantemente o conceito de regimes autossuficientes tanto em sentido estrito quanto amplo e ambos se incorporaram ao comentário da Comissão ao artigo 55. Por ser um regime autossuficiente, pode-se qualificá-lo: a) como conjunto especial de normas secundárias que estabelece as consequências do descumprimento de determinadas normas primárias (inclusive procedimento para tal determinação); assim como b) qualquer grupo inter-relacionado (conjunto, regime, subsistema) de normas aplicáveis a um problema limitado, junto com as normas para a criação, interpretação, aplicação, modificação ou extinção – em uma palavra, administração – dessas normas. Ademais, na doutrina e na prática se faz constantemente referência a uma terceira noção – ramos do direito internacional -, das que também se presume que funcionam do mesmo modo que os regimes autossuficientes e afirmam reger-se por seus próprios princípios (KOSKENNIEMI, 2006, p. 92, tradução do autor).

Por sua vez, Dupuy, em uma visão crítica acerca da ideia de “regimes autossuficientes”, entende-os como “um tipo de mônada Leibnitziana transposta para o direito internacional; entidades imaginadas como totalmente autônomas, flutuando livremente em um éter jurídico” (DUPUY, 2007, p. 2, tradução do autor).

Partindo dessa visão mais crítica de Dupuy, é importante investigar os limites da autonomia desses subsistemas de direito internacional. Não importando o quão autônomo e particular um regime especial seja, é possível argumentar que não poderia haver um regime totalmente “autossuficiente” dentro de uma ordem legal. Esses subsistemas não seriam, então, regimes completamente autônomos, pois não poderiam existir em isolamento completo de seu ambiente. Como afirmou Georges Abi-Saab, sem uma ligação com o direito internacional geral, os regimes especiais se tornariam uma espécie de “Frankenstein jurídico” e não partilhariam a mesma base de legitimidade da ordem jurídica internacional (ABI-SAAB, 1999, p. 926).

Willem Riphagen, que foi relator da CDI sobre responsabilidade dos Estados, expressa essa mesma ideia:

Em resumo, um tratado pode criar um subsistema de direito internacional com suas próprias normas secundárias, tácitas ou expressas, ajustadas às suas normas primárias. Isso não quer dizer necessariamente que a existência do subsistema exclua permanentemente a aplicação das normas gerais de direito internacional consuetudinário relativas às consequências jurídicas dos fatos ilícitos. [...] o próprio subsistema em seu conjunto pode falhar, caso em que talvez seja inevitável recorrer a outro subsistema (ONU, 1982, p. 35, tradução do autor).

Antonio Cassese adota uma posição semelhante em relação ao direito internacional dos direitos humanos:

Seria contrário ao espírito de todo o conjunto do direito internacional relativo aos direitos humanos sugerir que o sistema de supervisão previsto no Pacto e no Protocolo proíbe aos Estados Partes abandonar o regime autossuficiente contemplado no Pacto e aplicar, de modo supletivo, o sistema de direito consuetudinário de recorrer a contramedidas pacíficas (CASSESE, 2005, p. 276, tradução do autor).

Em sentido semelhante e também fazendo menção especial ao regime de direitos humanos, Dupuy sustenta que:

Mesmo quando um subsistema é original em termos de suas normas secundárias de reconhecimento, de produção e de adjudicação, para usar a terminologia de H. L. A. Hart, ele não necessariamente se separa do corpo dos princípios que governam, em particular, a interpretação das obrigações internacionais, especialmente as convencionais. [...] Quanto aos direitos do homem, um ponto em que se pode colocar de acordo com os denunciadores do *droit-de-l'hommisme*, eles não constituem um direito autônomo em relação ao direito internacional, mas continuam, evidentemente, parte integrante dele (DUPUY, 2007, p. 3-4).

Um princípio importante, que merece maior desenvolvimento neste ponto, é o da *lex specialis derogat legi generali* aplicado à responsabilidade internacional. O artigo 55 do Projeto de artigos da CDI/ONU de 2001 estabelece explicitamente esse princípio, ao afirmar que as normas sobre responsabilidade do direito internacional geral não são aplicáveis em caso de fatos ilícitos regidos por normas especiais de direito internacional³⁶. Com esse artigo, é possível afirmar o caráter residual da tentativa de codificação promovida pela CDI. Caso o mesmo assunto seja regulado no direito internacional geral e em determinado regime especial baseado em tratado, este último prevalecerá.

O princípio da *lex specialis* sofre limitações gerais impostas pelo direito internacional. Em relação às condições para a criação de um regime especial, a maior parte do direito internacional, incluindo-se aí o direito da responsabilidade dos Estados, tem caráter dispositivo, o que significa ser possível eximir-se desse sistema contratual por meio da criação de um regime especial. Entretanto, existe a limitação imposta pelas normas imperativas de direito internacional geral (KOSKENNIEMI, 2006, p. 94). Essas normas com caráter de *ius cogens*, que não podem ser derogadas pela vontade particular dos Estados, são hierarquicamente superiores às demais normas, sendo inaplicável o princípio da especialidade quando houver colisão entre normas de distinta hierarquia.

Pauwelyn corrobora essa afirmação ao sustentar que, nas relações regulamentadas por tratados, os Estados podem excluir uma, mais de uma ou, teoricamente, todas as normas de direito internacional, a não ser que tenham caráter de *jus cogens*. Assim, apenas se um tratado

³⁶ “Artigo 55. *Lex specialis*. Os presentes artigos não se aplicarão no caso e na medida em que as condições de existência de um fato internacionalmente ilícito, o conteúdo da responsabilidade internacional de um Estado ou o modo de fazê-la efetiva sejam regidos por normas especiais de direito internacional. (tradução do autor)”

não excluir o direito internacional, o recurso a este poderá ser uma alternativa. A extensão da exclusão feita pelo tratado determina a extensão em que este tratado será *lex specialis* em relação ao direito internacional geral. Entretanto, o que os Estados não poderiam fazer é excluir o próprio sistema de direito internacional, o que está diretamente ligado ao princípio *pacta sunt servanda* (PAUWELYN, 2003, p. 37; 212).

Como Pauwelyn afirmou, essa é uma visão unitarista do direito internacional, que proíbe a criação de subsistemas completamente desconectados do direito internacional. Para o autor, essa visão é importante para evitar que um regime particular de direito internacional, como a OMC, torne-se um refúgio tanto para Estados escaparem de obrigações internacionais assumidas em outros contextos quanto para grupos de pressão domésticos contornarem restrições legais internas, baseando-se em um regime impermeável às limitações da ordem interna. Essa visão, assim, estaria no centro do conteúdo legítimo e democrático do direito internacional (PAUWELYN, 2003, p. 38).

Além dessas razões políticas, Koskenniemi desenvolve uma argumentação que parte de outro ponto de vista. Os Estados não podem deixar de lado o princípio do *pacta sunt servanda*, a não ser que se considere que a natureza especial do regime tenha como base a ideia de que ele próprio não cria qualquer tipo de obrigação. Se fosse esse o caso, seria difícil perceber onde recairia a força vinculante de um acordo desse tipo (KOSKENNIEMI, 2006, p. 106).

Nesse sentido, o princípio da *lex specialis* é uma forma de estabelecer a conexão entre o direito internacional geral e os novos subsistemas de direito internacional, sendo que as normas de um regime especial, em princípio, devem prevalecer.

Segundo Koskenniemi, pode-se considerar que as normas de direito internacional geral têm um caráter supletivo nesse aspecto. Nos casos em que o “regime autossuficiente” “falhe”, aplicam-se as normas de direito internacional geral. Isso se deve, em grande parte, ao fato de que a razão de ser dos regimes especiais é justamente reforçar a norma em relação a um tema particular ou proteger mais eficazmente determinados interesses. Apesar das controvérsias acerca do significado dessas “falhas”, pode-se considerar que se dividem em “falhas” de fundo, quando o propósito do regime não é alcançado, ou “falhas” procedimentais, quando as instituições do regime não funcionam do modo devido (KOSKENNIEMI, 2006, p. 110-112).

Neste ponto, cabem algumas considerações sobre a aplicação do princípio da *lex specialis* na jurisprudência internacional. Pode-se considerar que tribunais internacionais costumam analisar a relação entre lei especial e lei geral em ordem distinta. Tribunais que têm

como base a aplicação do direito internacional geral costumam examinar, em primeiro lugar, a norma de direito internacional geral para, em segundo lugar, investigar se, nas relações recíprocas entre os Estados no caso concreto, há norma especial que prevaleça. Por sua vez, o Órgão de Apelação da OMC e o Tribunal de Justiça da União Europeia, estabelecidos segundo normas especiais de um subsistema, costumam aplicar, primeiramente, a respectiva norma especial e, secundariamente, a norma de direito internacional geral (SIMMA; PULKOWISKI, 2006, p. 488).

Nesse sentido, é possível considerar que instituições especializadas tendem a enfrentar cada problema surgido do ponto de vista de sua especialização. Dessa forma, instituições de comércio tendem a ver certas políticas nacionais como restrições ao comércio internacional; tribunais de direitos humanos tendem a perceber nessas políticas as violações aos direitos humanos; tribunais de integração tendem a considerá-las ameaças ao projeto integrador e assim por diante (KOSKENNIEMI, 2007, p. 5). Usando a metáfora de que o direito internacional se mostraria em diferentes “caixas” como a do “direito do comércio” e do “direito ambiental”, Koskenniemi afirma que:

Não apenas as caixas têm diferentes regras. Mesmo se tivessem as mesmas regras, elas seriam aplicadas diferentemente, porque cada caixa tem objetivo e *ethos* diferentes, um viés estrutural diferente: examinar as armas nucleares a partir da perspectiva dos direitos humanos é diferente de analisá-las sob a perspectiva do direito da guerra; a perspectiva do livre comércio sobre o transporte de armas químicas não produz o mesmo resultado em relação à perspectiva ambiental, independentemente das regras (KOSKENNIEMI, 2007, p. 4).

Neste ponto, cabe investigar sobre a existência efetiva de “regimes autossuficientes” no direito internacional. Alguns autores sustentam que existiriam quatro possíveis “regimes autossuficientes”: direito diplomático, direito da União Europeia, direito da OMC e direito internacional dos direitos humanos. Nesses quatro regimes, existem normas secundárias que preveem consequências jurídicas para a violação de normas primárias. No entanto, é possível argumentar que nenhum desses regimes pode ser considerado plenamente “autossuficiente”, conforme afirmado anteriormente, pois não são subsistemas herméticos, completamente alheios ao direito internacional geral.

Acerca da inexistência de efetivos “regimes autossuficientes”, Arangio-Ruiz, relator anterior da CDI sobre responsabilidade dos Estados, afirmou o seguinte:

Em conclusão, nenhuma das hipóteses de regimes autossuficientes parece verificar-se na realidade. Por outro lado, a análise dessas hipóteses leva a expressar as mais sérias dúvidas com respeito à própria admissibilidade teórica do conceito de regime autossuficiente como ‘subsistema’ de direito da responsabilidade dos Estados ou, para empregar os termos do anterior Relator Especial, ‘circuito jurídico fechado para um campo particular de relações de fato’, como os que criam os conjuntos de normas que regulam os direitos humanos, as relações diplomáticas, a normativa em

matéria de tarifas e comércio ou o direito das Comunidades Europeias (ONU, 1992, p. 44, tradução do autor).

Koskenniemi soma-se ao debate, afirmando que a conclusão que pode ser tirada da prática e da doutrina é que os artigos 31³⁷ e 32³⁸ da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, acerca das regras sobre interpretação de tratados, são sempre aplicáveis, não havendo provas de que exista algum regime especial que funcione de modo independente da Convenção de 1969. Além disso, os regimes de direito internacional, diferentemente do direito nacional, são sempre parciais, no sentido de que unicamente regulam alguns aspectos da conduta dos Estados, pressupondo a existência de um grande número de outras normas. Os regimes especiais estão, assim, situados em um entorno sistêmico (KOSKENNIEMI, 2006, p. 107).

Nesse ponto, uma análise do Direito da União Europeia pode ajudar a ilustrar a ideia de um regime especial que não é propriamente “autossuficiente”. Um ponto de partida é a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, que esclareceu algumas características essenciais da UE. Segundo essa jurisprudência, “diversamente dos tratados internacionais ordinários, o Tratado CEE institui uma ordem jurídica própria”, conforme o acórdão no caso *Costa v. ENEL*, em 1964³⁹. Em outra importante decisão, o caso *Van Gend & Loos*⁴⁰, o Tribunal de Justiça afirmou que “a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos”.

Ainda conforme essa jurisprudência, os tratados fundadores são mais do que simples acordos internacionais, pois têm natureza de carta constitucional. No caso *Parti écologiste "Les Verts" v. European Parliament*, o TJ da UE afirmou que a então Comunidade Econômica Europeia é uma “comunidade de direito, no sentido de que nem seus Estados-

³⁷ Artigo 31. 1. 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. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

³⁸ Artigo 32. Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31: a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.

³⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, em 15 de julho de 1964, no Processo 6/64, p. 555.

⁴⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 5 de fevereiro de 1963, no Processo 26/62, p. 210.

Membros, nem suas instituições escapam ao controle da conformidade de seus atos em relação à carta constitucional de base, o Tratado” (tradução do autor)⁴¹.

Em sentido semelhante, o TJ da UE, no caso *Commision v. Italy*, em 1976, afirmou que quaisquer atrasos que possam ter ocorrido da parte de um membro no cumprimento de suas obrigações não podem ser invocados pelo outro membro para justificar o próprio descumprimento de suas obrigações. Segundo o Tribunal, o Tratado não apenas cria obrigações recíprocas entre os membros, mas também “estabelece uma nova ordem legal que rege os poderes, direitos e deveres dos sujeitos, assim como os procedimentos necessários para constatar e sancionar toda violação” (tradução do autor)⁴².

Entretanto, caso não se adote a perspectiva do direito da integração de que houve a criação de uma ordem jurídica independente, mas a perspectiva do direito internacional público geral, o sistema jurídico da União Europeia continua sendo um regime especial de direito internacional, ainda dominado pelo espírito deste (SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 516).

Pellet faz uma apreciação crítica em relação a alguns especialistas em direito da integração. Segundo o autor, muitos desses especialistas entendem que a ordem jurídica comunitária é completamente distinta e separada da ordem jurídica internacional, não tendo mais relação com esta. Pellet julga que essa tentativa “desinternacionalização” do direito da União Europeia, promovida pela doutrina e pela jurisprudência, é errônea e insustentável diante da realidade do direito internacional. Complementando sua posição, Pellet afirma que o direito internacional não é estranho ao direito comunitário; ao contrário, o direito internacional é o fundamento daquele (PELLET, 1997, p. 203-204).

Além disso, Pellet afirma que a ordem jurídica comunitária é uma ordem jurídica de direito internacional. Por um lado, o direito comunitário constitui uma ordem jurídica autônoma em relação ao direito internacional, pois se trata de verdadeira ordem jurídica. Por outro lado, essa autonomia é relativa, pois se trata de uma ordem jurídica parcial, em que a organização tem as competências necessárias para atingir seu fim, limitadas aos domínios restritos concedidos à União Europeia (PELLET, 1997, p. 247-250).

⁴¹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Judgment of the Court of 23 April 1986, Parti écologiste "Les Verts" v European Parliament, Action for annulment, Information campaign for the elections to the European Parliament, Case 294/83, par. 23.

⁴² Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Judgment of the Court of 26 February 1976, Commission of the European Communities v Italian Republic, Case 52-75, par. 11.

Após essa investigação acerca dos “regimes autossuficientes”, cabe fazer algumas considerações gerais acerca do debate. Segundo as conclusões do Relatório da CDI sobre fragmentação,

[...] o surgimento de regimes especiais estabelecidos por tratados (que não deveriam denominar-se “autossuficientes”) não minou seriamente a segurança jurídica, a previsibilidade do direito e a igualdade dos sujeitos de direito. As técnicas da *lex specialis*, *lex posterior* e os acordos *inter se* e a posição superior conferida às normas imperativas e à noção (até agora não suficientemente elaborada) de ‘obrigações para com a comunidade internacional em seu conjunto’ oferecem um repertório técnico básico que permite responder de maneira flexível aos problemas mais substantivos da fragmentação (KOSKENNIEMI, 2006, p. 286, tradução do autor).

Relativamente à relação entre direito e política, pode-se argumentar que os “regimes autossuficientes” representam, em essência, a expansão normativa do direito internacional em direção a ramos especializados. Essa maior autonomia de determinados ramos do direito internacional viabiliza maior regulamentação das regras que definem as formas de implementação da responsabilidade internacional, aumentando a juridicidade do sistema internacional.

Nesse sentido, é possível afirmar que um dos efeitos positivos que se pode destacar do fenômeno é a relativamente rápida expansão das atividades jurídicas (normativas e jurisdicionais) em direção a novas áreas do direito internacional, antes não regulamentadas precisamente por este.

1.2.2.1 O regime especial da OMC

Dos quatro “candidatos” a “regimes autossuficientes” anteriormente mencionados, cabe uma análise, de modo mais detalhado, do regime da OMC. A necessidade de analisar o regime da OMC justifica-se não apenas pelo fato de esse ser um dos mais citados exemplos de “regimes autossuficientes”, mas também para que se possa fornecer um panorama geral desse regime que será desenvolvido nos capítulos 3 e 4, indicando que ele se situa no direito internacional na forma de um ramo especializado.

No âmbito da OMC, tem surgido a questão de se é possível que um Grupo Especial (mais conhecido pelo termo em inglês *panel*) ou o Órgão de Apelação aplicar direito não previsto nos acordos celebrados no âmbito da organização. Trata-se de uma questão que

suscita controvérsias, pois não há norma expressa que proíba a aplicação do direito internacional geral.

No direito internacional, a jurisdição dos órgãos de solução de controvérsias constituídos por tratados está limitada pelo seu instrumento constitutivo. No caso da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, por exemplo, há uma norma limitativa de jurisdição expressa, que afirma ter o tribunal jurisdição apenas sobre controvérsias derivadas da interpretação ou da aplicação da própria convenção⁴³. Relativamente ao direito aplicável, a Convenção de Montego Bay também é expressa, ao afirmar que o Tribunal deve aplicar tanto a Convenção quanto outras normas de direito internacional⁴⁴. Nesse exemplo do direito do mar, há normas específicas tanto sobre a jurisdição quanto sobre o direito aplicável, exemplificando a distinção entre os dois conceitos.

Com frequência, demandas submetidas à solução de controvérsias pela OMC também estão baseadas em regras que não estão contidas nos acordos abarcados. É possível que as medidas contestadas por uma parte, em razão de violarem o livre comércio, estejam sendo adotadas pela outra como forma de cumprimento de outra obrigação segundo o direito internacional. Nesse exemplo, surge a necessidade de saber se outras fontes de direito internacional aplicam-se aos temas de comércio e, em caso positivo, qual a extensão dessa aplicação (LINDROOS; MEHLING, 2006, p. 861).

Um ponto de partida nessa discussão é o artigo 19, parágrafo 2º, do ESC, que estabelece que “as conclusões e recomendações do grupo especial e do Órgão de Apelação não poderão ampliar ou diminuir os direitos e obrigações derivados dos acordos abrangidos”. Uma possível interpretação desse dispositivo é a de que as normas fora da OMC não podem afetar os direitos e obrigações estabelecidos pelo direito da OMC. Isso significaria que os *panels* e o Órgão de Apelação somente poderiam aplicar as normas substantivas da OMC, não estando autorizados a aplicar o direito internacional geral substantivo (TRACHTMAN, 1999, p. 342).

Sem negar esse uso de normas de interpretação do direito internacional geral, Trachtman afirma que o único direito aplicável é o da OMC, usando como fundamento o artigo 3º, par. 2, do ESC. Segundo o autor, o “mandato para a resolução de disputas na OMC dos *panels*, do Órgão de Apelação e do Órgão de Solução de Controvérsias é claro: aplicar

⁴³Art. 288, par. 1º: “A corte ou tribunal a que se refere o artigo 287.º tem jurisdição sobre qualquer controvérsia relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção que lhe seja submetida de conformidade com a presente parte”.

⁴⁴Art. 293, par. 1º: “A corte ou tribunal que tiver jurisdição nos termos desta secção deve aplicar a presente Convenção e outras normas de direito internacional que não forem incompatíveis com esta Convenção”.

(diretamente) apenas o direito da OMC.” O autor também menciona que com “tanta referência específica [no ESC] aos acordos abrangidos como direito aplicável na solução de disputas na OMC, seria estranho se os membros pretendessem que o direito fora da OMC fosse aplicável” (TRACHTMAN, 1999, p. 338, tradução do autor).

Lindroos e Mehling resumem a posição mais restritiva dos autores que consideram a OMC como um sistema fechado, afirmando que esta busca, em parte, fundamentar-se na ideia de um desligamento de todas as normas do direito internacional que não tenham sido expressamente confirmadas ou incluídas pelas partes (LINDROOS; MEHLING, 2005, p. 863).

No entanto, o artigo 3º, parágrafo 2º do ESC, prevê que o sistema de solução de controvérsias da OMC serve para “esclarecer as disposições vigentes dos referidos acordos em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público.” Isso significa, por exemplo, que normas sobre interpretação de tratados da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, consideradas como reflexo do costume internacional na matéria, podem ser aplicadas no sistema da OMC.

Comentando essa norma, Souza e Macedo sustentam que:

Esse dispositivo, ao reportar-se às regras costumeiras de interpretação do direito internacional Público, comprovou a preocupação em preencher possíveis lacunas recorrendo a normas do DI geral, que se encontram na Convenção de Viena de 1969 sobre direito dos tratados. Essa interseção entre DI geral e especial promove o que a CDI chamou ‘integração sistêmica’, que se produz baseada na harmonização das regras contidas nos mais variados tratados internacionais. (SOUZA; MACEDO, 2012, p. 403)

Além disso, é importante fazer uma análise sobre a jurisdição do Órgão de Apelação da OMC. Diferentemente da Corte Internacional de Justiça, que, como visto, possui jurisdição geral, os *panels* e o Órgão de Apelação possuem jurisdição específica sobre os “acordos abrangidos”, expressão que aparece muitas vezes no ESC para significar os acordos relacionados no anexo 1 do ESC. Segue-se daí que apenas disputas envolvendo alguma questão de comércio prevista nesses acordos podem ser levadas à OMC para solução de controvérsias. Segundo o Órgão de Apelação, no caso *Brazil – Desiccated Coconut*, em 1997, essa jurisdição significa o seguinte:

O ESC estabelece um mecanismo integrado para a solução de controvérsias que se apresentem no marco de quaisquer dos ‘acordos abrangidos’. (...) Os ‘acordos abrangidos’ incluem o Acordo sobre a OMC, os Acordos incluídos nos Anexos 1 e 2, assim como qualquer Acordo Comercial Plurilateral incluído no Anexo 4, cujo Comitê de signatários tenha adotado a decisão de aplicar o ESC. Em uma controvérsias submetida ao OSC, o grupo especial poderá examinar, em um mesmo procedimento de solução de controvérsias, todas as disposições pertinentes dos

acordos abrangidos que tenham sido invocados pelas partes na controvérsia (tradução do autor)⁴⁵.

Na OMC, os relatórios dos *panels* e do Órgão de Apelação somente se tornam vinculantes após decisão do Órgão de Solução de Controvérsias. Diferentemente do antigo GATT 1947, essas decisões são adotadas pela via do consenso negativo (artigos 16, par. 4^o⁴⁶ e 17, par. 14⁴⁷ do ESC), que implica a quase automaticidade do sistema⁴⁸. Na prática, os *panels* e o Órgão de Apelação “são estabelecidos, operam e adotam conclusões legais de modo inteiramente independente e com base no direito.” Por essa razão, eles “são tribunais judiciais no sentido do direito internacional” (PAUWELYN, 2003, p. 442, tradução do autor)⁴⁹.

Considerando a jurisdição compulsória sobre os membros nesse mecanismo de solução de controvérsias, surge a necessidade de retomar a diferença entre jurisdição e direito aplicável. Partindo disso, Bartels faz a seguinte proposta. O ESC reconhece os *panels* e o Órgão de Apelação como tribunais com jurisdição limitada, pois apenas resolverão disputas submetidas com base nos acordos abrangidos. Por outro lado, como o ESC não exclui outras fontes do direito internacional como direito aplicável às disputas, todas as fontes de direito internacional deverão ser aceitas como potencialmente aplicáveis ao procedimento de solução de controvérsias da OMC. Entretanto, há um limite previsto no próprio ESC: quando houver um conflito entre os direitos e obrigações estabelecidos nos acordos abrangidos com outras normas, os direitos e obrigações previstos nos acordos abrangidos prevalecem sobre outras normas na medida da inconsistência, conforme art. 3^o, par. 2^o⁵⁰ (BARTELS, 2001, p. 518).

⁴⁵ WTO, Brazil - Measures Affecting Desiccated Coconut, WT/DS22/AB/R, Appellate Body, 21 February 1997, p. 13.

⁴⁶ Artigo 16.4: “Dentro dos 60 dias seguintes à data de distribuição de um relatório de um grupo especial a seus Membros, o relatório será adotado em uma reunião do OSC ⁷ a menos que uma das partes na controvérsia notifique formalmente ao OSC de sua decisão de apelar ou que o OSC decida por consenso não adotar o relatório. Se uma parte notificar sua decisão de apelar, o relatório do grupo especial não deverá ser considerado para efeito de adoção pelo OSC até que seja concluído o processo de apelação. O referido procedimento de adoção não prejudicará o direito dos Membros de expressar suas opiniões sobre o relatório do grupo especial”.

⁴⁷ Artigo 17.14: “Os relatórios do órgão de Apelação serão adotados pelo OSC e aceitos sem restrições pelas partes em controvérsia a menos que o OSC decida por consenso não adotar o relatório do órgão de Apelação dentro do prazo de 30 dias contados a partir da sua distribuição aos Membros ⁸. Este procedimento de adoção não prejudicará o direito dos Membros de expor suas opiniões sobre o relatório do órgão de Apelação”.

⁴⁸ As noções mais específicas da solução de controvérsias na OMC, como o consenso negativo, serão melhor desenvolvidos no Capítulo 3 desta Dissertação.

⁴⁹ Apesar disso, dada a natureza eminentemente política do OSC, a qualificação técnica do sistema como propriamente jurisdicional é passível de questionamento, embora seja inegável a redução significativa da influencia política no sistema da OMC, comparado ao antigo sistema do GATT 1947. A evolução do sistema de solução de controvérsias da OMC será retomado no capítulo 3 deste trabalho.

⁵⁰ Art. 3^o, par. 2^o: “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

Amaral Júnior afirma que, de forma semelhante ao Tribunal Internacional do Mar, os *panels* e o Órgão de Apelação podem aplicar todas as fontes do direito internacional na solução das controvérsias que lhes são submetidas. Além disso, o autor também sustenta que a jurisprudência não tem sido favorável à interpretação mais restritiva e tem buscado integrar o direito da OMC ao direito internacional (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 252).

É possível afirmar que não existem normas multilaterais de comércio que limitem o direito a ser aplicado às disputas. Apesar de a jurisdição dos *panels* e do Órgão de Apelação estar limitada pelo acordos abrangidos, não há semelhante disposição acerca das fontes do direito aplicável. Como qualquer tratado, o acordo institutivo da OMC foi criado no âmbito mais amplo do direito internacional. Por isso, o sistema multilateral de comércio continua a ser regido pelos preceitos do direito internacional público, ao menos na medida em que aquele não tenha excluído a aplicação deste (LINDROOS; MEHLING, 2005, p. 861).

No mesmo sentido, Pauwelyn defende a possibilidade de que todo o direito internacional relevante seja parte do direito aplicável perante os *panels* da OMC, afirmando que:

De modo crucial – este é um dos principais pontos do livro -, o fato de que a jurisdição substantiva dos *panels* da OMC seja limitada a demandas com base nos acordos abarcados da OMC não significa que o direito aplicável disponível ao *panel* da OMC seja necessariamente limitado aos acordos abarcados da OMC. (...) O tratado da OMC, assim como seu sistema de solução de controvérsias, não foi criado nem existe em um vácuo legal. Esse sistema, tratando da solução judicial de disputas segundo certas regras de direito internacional, é apenas uma ferramenta ou um instrumento para fazer cumprir os acordos abarcados da OMC na medida em que eles foram criados e necessariamente continuam a existir no corpo mais amplo do direito internacional (PAUWELYN, 2003, p. 460-461, tradução do autor).

Essa posição doutrinária encontra amparo na jurisprudência da OMC. O Órgão de Apelação, no caso *US – Shrimp*, em 1998, afirmou que se deve fazer uso do direito internacional geral quando adequado:

O *caput* do artigo XX [do GATT] em realidade não é senão uma expressão do princípio da boa fé. Este princípio, que é tanto um princípio geral de direito quanto um princípio geral de direito internacional, regula o exercício dos direitos pelos Estados. (...) nosso trabalho neste caso consiste em interpretar o texto do *caput*, buscando, quando apropriado, uma orientação interpretativa adicional nos princípios gerais do direito internacional (tradução do autor)⁵¹.

O Grupo Especial, no caso *Korea – Procurement*, em 2000, defendeu expressamente a possibilidade de aplicação do direito internacional geral:

internacional público. As recomendações e decisões do OSC não poderão promover o aumento ou a diminuição dos direitos e obrigações definidos nos acordos abrangidos”.

⁵¹ WTO, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, 12 October 1998, WT/DS58/AB/R, p. 61-61, par. 158.

Notamos que, em virtude do parágrafo 2º do artigo 3º do ESC, devemos tratar, no contexto de cada controvérsia em particular, de esclarecer as disposições vigentes dos acordos da OMC em conformidade com a normas usuais de interpretação do direito internacional público. No entanto, as relações entre os acordos da OMC e o direito internacional consuetudinário têm maior alcance. O direito internacional consuetudinário se aplica de forma geral às relações econômicas entre os membros da OMC, sempre que os acordos da OMC não se ‘afastem’ dele. Para dizer de outra forma, sempre que não exista conflito ou incompatibilidade, ou haja uma expressão em um acordo da OMC abarcado que implique outra coisa, opinamos que as normas consuetudinárias do direito internacional são aplicáveis aos tratados da OMC e ao processo de elaboração de tratados no marco da OMC (tradução do autor)⁵².

Em outra passagem desse relatório, o Grupo Especial corrobora a ideia de não exclusão do direito internacional geral:

Os mandatos têm o propósito de determinar adequadamente as reclamações das partes e, em consequência, o alcance do exame do grupo especial. Não acreditamos que tenha fundamento algum a arguição de que os mandatos têm o objetivo de excluir toda referência a normas mais amplas do direito internacional consuetudinário para analisar adequadamente uma reclamação submetida ao grupo especial (tradução do autor)⁵³.

No Relatório sobre Fragmentação do direito internacional, Koskenniemi, buscando uma ideia de síntese, chega a uma conclusão semelhante à apresentada no Caso *Korea – Procurement*, afirmando que o direito internacional geral complementa o direito da OMC, a não ser que este o tenha excluído de modo específico; o mesmo ocorre em relação a outros tratados, que devem, preferencialmente, ser interpretados em harmonia com os acordos abrangidos da OMC (KOSKENNIEMI, 2006, p. 103). Essa posição, também adotada por Pauwelyn, parece ser a mais apropriada em relação ao direito aplicável na OMC.

Resumindo os argumentos apresentados até agora, pode-se considerar que existem duas posições sobre as normas aplicáveis no âmbito da OMC. Uma está centrada na ideia de que o ESC exige que os *panels* e o Órgão de Apelação nem aumentem, nem diminuam os direitos e as obrigações dos Membros estabelecidas pelos acordos abrangidos, restringindo, assim, a aplicação do direito fora da OMC. A segunda posição é a de que a OMC é parte integrante do direito internacional, funcionando dentro do sistema geral de normas e princípios do direito internacional. Dessa forma, para essa segunda posição, o direito aplicável pelos *panels* e pelo Órgão de Apelação não se limita apenas aos acordos abarcados.

Para alguns autores, a OMC teria se movido na direção de um “regime autossuficiente”. O direito da OMC poderia ser considerado um “subsistema específico de direitos internacional”, com direitos e obrigações específicas, com demandas específicas, com mecanismo de implementação específico e com remédios jurídicos específicos em caso de

⁵² WTO, Korea – Measures Affecting Government Procurement, WT/DS163/R, 1 May 2000, p. 183, par. 7.96.

⁵³ WTO, Korea – Measures Affecting Government Procurement, WT/DS163/R, 1 May 2000, par. 7.101, p. 775.

violação de suas normas. Entretanto, a OMC também não pode ser considerada um regime plenamente “autossuficiente”, na medida em que não é um sistema hermético, isolado do direito internacional geral. De forma mais adequada, o direito da OMC pode ser considerado um sistema de *lex specialis* (MARCEAU, 2002, p. 755, 766-767).

Nesse sentido, é possível afirmar que as normas da OMC não existem de forma isolada, mas são partes integrantes do direito internacional público (STEGGER, 2007, p.113). O Órgão de Apelação da OMC, em seu primeiro caso, afirmou exatamente isso, ao sustentar que as normas do Acordo Constitutivo da OMC não devem ser interpretadas em “isolamento clínico” relativamente ao direito internacional Público⁵⁴.

Relativamente às contramedidas, o regime especial da OMC tem normas próprias que, pelo critério da especialidade para solução de antinomias, aplicam-se em detrimento das normas gerais do direito internacional. As contramedidas da OMC estão reguladas no Entendimento relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias, previsto no Anexo 2 ao Acordo de Marraqueche, enquanto as contramedidas no direito internacional estão regulamentadas pelo costume internacional e estão em processo de codificação, por meio do Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001. A relação entre um regime e outro é a relação entre lei especial e lei geral.

Nesse ponto, surge a seguinte questão: um Estado pode aplicar, no âmbito da OMC, as contramedidas unilaterais do direito internacional geral, tal como codificadas no Projeto da CDI/ONU de 2001?

Há um debate doutrinário e algumas posições jurisprudenciais a esse respeito, com visões antagônicas. Segundo Simma e Pulkowski, as contramedidas do direito internacional geral permanecem como última opção para os Estados. Embora reconheçam que o procedimento do ESC deva ter precedência, as contramedidas fora do quadro da OMC permaneceriam como uma opção em caso de um contínuo descumprimento por parte do membro recalcitrante. Os autores afirmam que, para grandes potências comerciais, essas contramedidas fora da OMC não seriam um opção na prática. Entretanto, para países em desenvolvimento (PEDs), o recurso a contramedidas fora do sistema da OMC poderia ser um necessário último recurso, já que fortaleceria a posição do pequeno país que não tinha meios

⁵⁴ World Trade Organization - United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline - Report of the Appellate Body - 29 April 1996 – p. 17.

efetivos de induzir a parte perdedora ao cumprimento pela suspensão de concessões apenas nos acordos da OMC (SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 522-523)⁵⁵.

Alguns autores defendem posição semelhante, com base em uma interpretação do artigo 23, par. 1º do ESC⁵⁶. Segundo essa interpretação, o fato de que os membros deverão recorrer às normas do ESC e acatá-las não significa uma derrogação expressa do direito de adotar contramedidas do direito internacional geral, quando a parte perdedora não implementa a decisão dos órgãos envolvidos na solução de controvérsia e quando os remédios fornecidos pelo tratado tiverem sido exauridos sem resultado positivo.

Crawford, nos comentários ao artigo 50 do Projeto da CDI/ONU de 2001, que trata das obrigações não afetadas pelas contramedidas, adotou posição oposta. O relator afirma que os Estados podem acordar entre eles acerca de normas que não estejam submetidas às contramedidas. Essa possibilidade está prevista na noção de *lex specialis* do artigo 55 do projeto, e não no próprio artigo 50. Na medida em que as cláusulas de derrogação ou outras cláusulas do tratado sejam interpretadas como indicadoras de que as disposições do tratado são invioláveis, elas ensejarão a exclusão das contramedidas (CRAWFORD, 2002, p. 291).

Para Crawford, as normas especiais sobre contramedidas previstas na OMC prevalecem sobre as normas gerais estabelecidas pelo direito internacional, conforme o Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001. O artigo 55 desse projeto prevê que as normas gerais do projeto não se aplicam quando existam normas especiais sobre o modo de tornar efetiva a responsabilidade dos Estados. No caso das contramedidas da OMC, há disposições específicas sobre a suspensão de obrigações. Nesse sentido, as contramedidas no direito

⁵⁵ Segundo Simma e Pulkowski, utilizando raciocínio semelhante ao aplicado na análise das contramedidas do direito internacional na OMC, os membros da União Europeia somente renunciaram a suas faculdades recíprocas segundo o direito internacional a favor do regime especial, na medida em que os procedimentos deste sistema sejam eficazes. Por essa razão, recurso residual às contramedidas é possível, embora apenas em dois cenários emergenciais: violação contínua do Direito comunitário por um membro da União Europeia e reparação interestatal por violação do Direito comunitário. Por isso, segundo os autores, o Direito da União Europeia não se caracteriza, conceitualmente, como um “regime autossuficiente”, já que existe a possibilidade de recurso ao regime geral de responsabilidade dos Estados (SIMMA; PULKOWSKI, 2006, p. 516-519)⁵⁵. Em sentido semelhante, Conway, referindo-se ao que hoje é o Tratado sobre Funcionamento da União Europeia afirma: “Se o Tratado fornece um sistema de responsabilidade do Estado menos compreensivo do que o fornecido pelo direito internacional geral (o que parece ser o caso), as medidas adicionais de autotutela proporcionadas pelo direito internacional não podem estar absolutamente proibidas (CONWAY, 2002, p. 686-687, tradução do autor). Apesar da linha de raciocínio seguida por esses autores, essa possibilidade de aplicação de contramedidas parece não ser lícita na UE, pois um tratado pode renunciar à possibilidade de aplicação desse instituto, sendo esse o caso da união Europeia. Assim, pelo critério da especialidade, as contramedidas parecem estar proibidas no âmbito da União.

⁵⁶ Art. 23, 1: “Ao procurar reparar o não-cumprimento de obrigações ou outro tipo de anulação ou prejuízo de benefícios resultantes de acordos abrangidos ou um impedimento à obtenção de quaisquer dos objetivos de um acordo abrangido, os Membros deverão recorrer e acatar as normas e procedimentos do presente Entendimento”.

internacional geral têm um caráter residual, podendo ser excluídas por uma norma especial em contrário (CRAWFORD, 2002, p. 283).

Na jurisprudência da OMC, a interpretação do artigo 23 do ESC segue a tese mais restritiva em relação às contramedidas fora da OMC. O *panel* do caso *US – Section 301 Trade Act* afirmou que:

[...] a finalidade geral [do referido artigo] é impedir que os membros da OMC resolvam unilateralmente suas controvérsias com respeito aos direitos e obrigações decorrentes das normas da OMC. Para isso, obriga aos membros a seguir as normas e procedimentos multilaterais do ESC⁵⁷.

Pauwelyn também advoga a tese de que o regime da OMC excluiu as contramedidas do direito internacional geral. Considerando que o direito da OMC estabelece um regime especial de contramedidas, esse regime especial é a escolha explícita dos membros da OMC. Dessa forma, os membros decidiram *contract out* o direito internacional a esse respeito. Se as partes em um tratado multilateral decidiram excluir o direito internacional geral, não cabe a uma parte unilateralmente voltar à situação anterior (*contract back in*) apenas com a alegação de que o regime especial da OMC não é efetivo. Se essa parte estiver descontente com a exclusão do direito internacional geral, deve convencer as demais a emendar o tratado (PAWELYN, 2003, p. 231-232).

Koskenniemi também advoga tese semelhante, afirmando que o regime de solução de controvérsias da OMC é um regime especial, pois o artigo 23 do ESC exclui tanto a determinação unilateral de descumprimento das normas da OMC quanto a adoção de contramedidas fora do subsistema específico do regime da OMC (KOSKENNIEMI, 2006, p. 80).

Nesse debate, a posição da impossibilidade de aplicação de contramedidas fora dos procedimentos previstos no ESC parece ser adequada. A OMC, embora não esteja isolada do direito internacional geral, é um regime especial de direito internacional. Pelo critério da especialidade na solução de antinomias, a OMC pode excluir a adoção de contramedidas à margem de seu sistema de solução de controvérsias, sem ferir o direito internacional geral, já que não se trata de normas imperativas de direito internacional geral.

Sob o ponto de vista da relação entre política e direito, como as contramedidas devem obedecer aos procedimentos previstos no ESC, entre os quais se destacam a submissão a um terceiro imparcial e a garantia do princípio do duplo grau de jurisdição, há prevalência de maior legalismo e juridicidade nesse aspecto.

⁵⁷ WTO, United States–Sections 301–310 of the Trade Act of 1974, paras. 7.35–7.46, Report of the Panel, 22 December 1999, WT/DS152/R.

Terminada a abordagem acerca do fenômeno da fragmentação do direito internacional, ao final deste capítulo, pode-se resumir a análise empreendida até aqui afirmando que, em uma sociedade internacional descentralizada, que tem como uma de suas características a autotutela, os elementos da política e do poder sobressaem. Nessa sociedade, a interseção da política internacional e do direito internacional parece ser uma de suas características.

No âmbito do direito internacional geral, a simples permanência e importância da autotutela jurídica indica, por si só, não apenas que a sociedade internacional é descentralizada em sua essência, mas que seus principais sujeitos não pretendem abdicar de sua parcela de autonomia soberana em favor de uma autoridade central com jurisdição compulsória para determinar a existência do ilícito e para implementar a sanção correspondente. O reconhecimento pelo direito internacional da possibilidade de reação a um ilícito poderia ser considerado benéfico para a juridicidade do sistema, no sentido de que legitima a adoção de instrumentos de garantia do cumprimento das obrigações internacionais. Entretanto, trata-se de medidas unilaterais com elevado grau de parcialidade e, não raramente, arbitrariedade.

Uma alternativa para a superação do problema da discricionariedade política surge com o fenômeno da fragmentação do direito internacional. Conforme observado, a fragmentação do direito internacional comporta dois aspectos: um deles consiste no fenômeno da multiplicação de tribunais internacionais; o outro, no surgimento de ramos especializados do direito, chamados de “regimes autossuficientes”.

Do ponto de vista institucional, a criação de diversos tribunais internacionais favorece a maior legalidade na sociedade internacional. Com a maior jurisdicionalização, as normas do direito internacional tornam-se mais efetivas, na medida em que as obrigações jurídicas passam a ser asseguradas por um terceiro imparcial, que tem como objetivo a aplicação do direito. Além disso, um maior número de tribunais internacionais significa maior possibilidade de acesso à jurisdição e, conseqüentemente, menor número de litígios resolvidos à margem da legalidade.

Sob o ponto de vista específico das contramedidas, o aumento dos sistemas jurisdicionais de solução de controvérsias reforça a ideia de legalidade. É importante considerar que a determinação da existência de um ilícito é condição prévia para a legalidade da aplicação das contramedidas, conforme será analisado no próximo capítulo. Com o aumento do número das instituições judiciais, essa determinação passa a ser realizada por um terceiro imparcial, ao qual é adjudicada a disputa.

Por sua vez, os “regimes autossuficientes” representam, em essência, a expansão normativa do direito internacional em direção a ramos especializados. Essa maior autonomia de determinados ramos do direito internacional viabiliza maior regulamentação das regras que definem as formas de implementação da responsabilidade internacional. No caso da OMC, um exemplo desses “regimes autossuficientes”, as normas especiais sobre contramedidas previstas no Entendimento sobre Solução de Controvérsias prevalecem, pelo critério da especialidade, sobre as normas gerais do direito internacional. Por exemplo, isso significa que, para que sejam utilizadas de forma lícita, as contramedidas na OMC devem obedecer aos procedimentos previstos nesse tratado, entre os quais se destaca a submissão a um terceiro imparcial, garantido o princípio do duplo grau de jurisdição.

Este capítulo concentrou-se no aspecto mais geral do tema, particularmente o quadro geral em que estão situadas as contramedidas. Cabe agora estudar especificamente as contramedidas, tal como regulamentadas no direito internacional geral.

2 AS CONTRAMEDIDAS NO DIREITO INTERNACIONAL GERAL

2.1 Aspectos gerais do instituto da responsabilidade internacional

Antes de tratar especificamente das contramedidas, é importante contextualizá-las no quadro mais amplo da responsabilidade internacional. Demonstrando a importância desse domínio do direito internacional, Dupuy afirma, na introdução de seu curso na Academia de direito internacional de Haia, que a “responsabilidade constitui o epicentro de um sistema jurídico” (DUPUY, 1984, p. 21).

Pode-se considerar que existem duas modalidades de responsabilidade internacional: a responsabilidade internacional por fatos ilícitos internacionais e a responsabilidade por atos não proibidos pelo direito internacional. A responsabilidade sem ilícito é a exceção no direito internacional, sendo possível em relação a Estados-Partes em tratados que a prevejam. A primeira modalidade é a regra no direito internacional, estando, ainda hoje, baseada sobretudo no costume internacional, apesar da tentativa de sua codificação e desenvolvimento progressivo no Projeto de artigos sobre responsabilidade dos Estados por fatos ilícitos internacionais, elaborado no âmbito da Comissão de Direito Internacional da ONU e finalizado em 2001.

Tendo por base o Projeto sobre responsabilidade da CDI de 2001, pode-se classificar a responsabilidade internacional em três grandes categorias. A primeira trata do fato ilícito internacional, em particular as condições e requisitos necessários para o surgimento da responsabilidade internacional do Estado. Nesse âmbito, observa-se, por exemplo, a regra geral de que todo o fato ilícito enseja a responsabilidade do Estado. Além disso, pertencem a essa categoria os requisitos para a existência de uma violação de uma obrigação internacional, para a imputabilidade fato ilícito e para as circunstâncias que excluem a ilicitude.

A segunda categoria trata do conteúdo da responsabilidade internacional do Estado, referindo-se às consequências que surgem para o Estado responsável pelo ilícito. Essas consequências traduzem-se, sobretudo, na cessação do ilícito e na reparação integral dos danos. O Estado responsável tem a obrigação de colocar fim à conduta ilícita e de dar garantias de que não irá repeti-la, caso seja necessário. Por sua vez, a reparação dos prejuízos pode ocorrer por meio da restituição, restabelecendo o *status quo ante*; caso isso não seja possível ou adequado, a reparação poderá ocorrer na forma de uma indenização de todos os

danos suscetíveis de avaliação financeira; por fim, a reparação poderá ser na forma de satisfação, a exemplo do reconhecimento do dano, da manifestação de pesar, do pedido formal de desculpas.

A terceira categoria consiste na implementação da responsabilidade internacional, que são os modos de torná-la efetiva. Nessa categoria, são estabelecidos os critérios que definem quem são os Estados que podem invocar a responsabilidade internacional do Estado violador. Além disso, é nessa categoria que se estabelecem as modalidades segundo as quais essa reação pode ocorrer, particularmente, a possibilidade de adoção de contramedidas para que o ilícito cesse e para que os danos sejam reparados, em conformidade com a segunda categoria.

As contramedidas, então, pertencem ao domínio da implementação da responsabilidade do Estado. Conforme Arantes Neto, trata-se de um “contencioso da execução”, que, da esfera político-diplomática, passa a integrar o sistema da responsabilidade do Estado. Nesse sistema, a função das contramedidas é fundamentalmente instrumental, no sentido de servir como meio de coerção para forçar o adimplemento das obrigações internacionais. As contramedidas, que são subsidiárias e temporárias, têm a finalidade de conferir efetividade à “proteção jurídica da legalidade”. Nesse sentido, “o direito da responsabilidade transforma a *liberdade* dos recursos unilaterais ao ilícito em *direito*” (ARANTES NETO, 2008, p. 23).

O Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001 será adotado como referência neste trabalho em razão de ser considerado, em muitos dispositivos e notadamente no que concerne às contramedidas, a expressão do costume internacional na matéria e de poder ser entendido como o documento internacional mais importante no domínio da responsabilidade internacional na atualidade. Essa posição baseia-se, por exemplo, em decisão arbitral do Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos, no caso *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States*. O México sustentou que a imposição de taxas em contrariedade ao NAFTA era uma contramedida adotada em resposta a um ilícito anterior praticado pelos Estados Unidos. O tribunal arbitral rejeitou a alegação mexicana, afirmando que não se tratava de uma contramedida válida. Nesse ponto, o tribunal arbitral sustentou que o Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001 reflete o costume internacional na matéria nos seguintes termos: “O Tribunal toma como fonte de autoridade em matéria de direito internacional consuetudinário

sobre contramedidas a posição da Corte Internacional de Justiça, confirmada pelo Projeto de Artigos da CDI⁵⁸.

Apesar da referida importância desse projeto, é importante fazer algumas atenuações necessárias, especialmente a dificuldade de torná-lo norma jurídica independente do costume internacional⁵⁹.

O objetivo de codificação da responsabilidade internacional do Estado surgiu logo na primeira sessão da CDI no ano de 1949. Após requisição da Assembleia Geral da ONU em 1954, a Comissão começou a estudar o tópico da responsabilidade internacional, nomeando Francisco García Amador como Relator Especial em 1955, o qual apresentou seis relatórios sobre o tema da responsabilidade por danos físicos e a propriedades de estrangeiros. Em sua 15ª sessão de 1963, a Comissão entendeu que deveria ser dada prioridade à definição de regras gerais para regulamentar a responsabilidade do Estado e nomeou Roberto Ago como novo Relator. Entre 1969 e 1980, Ago apresentou oito relatórios até ser eleito para a CIJ. Em 1979, Willen Riphagen foi nomeado Relator Especial, apresentando entre 1980 e 1986, sete relatórios. Em 1987, Gaetano Arangio-Ruiz foi nomeado Relator, apresentando também sete relatórios entre 1988 e 1995. Em 1996, a Comissão realizou a primeira leitura e transmitiu aos Estados um projeto de artigos provisório. Em 1997, a CDI começou a segunda leitura do projeto, com base em relatórios preparados por James Crawford e nas contribuições dos Estados, completando-a em 2001. Por fim, na 53ª sessão, em 2001, a CDI adotou o projeto definitivo sobre o tema. A Assembleia Geral das Nações Unidas tomou nota do projeto pela Resolução 56/83 de 12 de dezembro de 2001.

É interessante observar a forma como alguns Estados se manifestaram acerca da possibilidade de regulamentação das contramedidas pela CDI. Alguns Estados afirmaram que o projeto impunha limitações arbitrárias e injustificadas no que tange ao recurso às contramedidas (CRAWFORD, 2002, p. 48). A delegação dos Estados Unidos, por exemplo, manifestando-se sobre o texto de 2000, afirmou que “as disposições sobre as contramedidas enunciam restrições que não existem no direito internacional consuetudinário.” Além disso, a delegação americana “pergunta se não seria melhor suprimir as disposições sobre as

⁵⁸ ICSID Case No. ARB(AF)/04/5, p. 49.

⁵⁹ O rumo da argumentação seguida neste ponto ao longo da realização deste trabalho foi alterado. As considerações que seguem decorrem de uma reflexão suscitada pelo Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo durante o Exame de Qualificação deste trabalho.

contramedidas do projeto de artigos ou estudar meios para melhorar o texto atual para que se ajuste melhor ao direito consuetudinário”⁶⁰.

Duas observações são dignas de nota acerca desse projeto. Tendo em vista que o objetivo de codificação começou em 1949 na CDI, percebe-se que a gestação do projeto durou mais de cinquenta anos, o que demonstra tanto a complexidade do tema quanto a resistência oferecida pelos Estados. Além disso, passados doze anos da adoção do projeto, este ainda não se concretizou em um tratado internacional.

A demora na elaboração do projeto de artigos sobre responsabilidade e a dificuldade de torná-lo um tratado internacional demonstram, além da complexidade do tema, a relutância dos Estados em juridicizar um tema tão sensível ao seu poder soberano. Isso indica que, apesar da tentativa e do desejo de maior legalidade para o sistema, ocorre uma permanência de elementos políticos na sociedade internacional que dificultam a tentativa de redução do espaço discricionário dos Estados.

2.2 Contramedidas e sanções: uma distinção necessária

Em relação à terminologia, entre as medidas de coerção adotadas “por ocasião de crises internacionais”, destaca-se o termo sanção. Segundo Leben, “[o termo] mais frequentemente utilizado é, sem dúvida, ‘sanção’, seja empregado absolutamente, seja acompanhado de qualificativos: sanções econômicas, comerciais ou financeiras” (LEBEN, 1982, p. 13).

Entretanto, a definição de sanção no direito internacional é objeto de muitas controvérsias. Isso se explica, em parte, em razão de o termo também ser usado em outros campos do conhecimento, como na Política Internacional ou mesmo na Economia, assim como no âmbito do Direito interno dos Estados. Do ponto de vista do direito internacional, não se pode negar a existência de alguma indeterminação terminológica, pois alguns autores usam o termo sanção, por exemplo, como sinônimo de contramedidas ou de retaliação. Em um sentido mais geral, todas as medidas que sirvam para impor o direito podem ser consideradas sanções. Entretanto, neste trabalho, será adotada uma definição mais estrita do

⁶⁰ Naciones Unidas, Asamblea General, Quincuagésimo quinto período de sesiones, Documentos Oficiales, Distr. general 26 de marzo de 2001, A/C.6/55/SR.18, pars. 69-70.

termo sanção no direito internacional, que inclui apenas atos adotados por organizações internacionais que tenham esse poder.

Neste ponto, é importante mencionar a posição de Kelsen, para quem o Direito é uma ordem coercitiva que estabelece sanções socialmente organizadas. O Direito é uma técnica social que busca promover determinada conduta por meio da ameaça do emprego de medidas de coerção em caso de comportamento contrário. Nesse sistema apresentado por Kelsen, “delito” e sanção são elementos fundamentais do Direito, pois o ato coercitivo da sanção é a consequência da conduta delituosa, e o delito é a condição da sanção. Caso ocorra um delito, uma sanção “deve ser” aplicada (KELSEN, 2010, p. 31-33). Segundo Kelsen, tanto a guerra (a interferência ilimitada no domínio de interesses de um Estado) quanto as represálias (a interferência limitada no domínio de interesses de um Estado) são sanções no direito internacional, pois, além de serem reações a violações do direito internacional, são ações coercitivas, diferentemente das retorsões, que não são ações coercitivas⁶¹ (KELSEN, 2010, p. 53-55). Nesse sentido, o direito internacional (como qualquer direito) só poder ser considerado verdadeiro Direito se o emprego da força por um Estado contra outro ou seja sanção, ou seja delito (KELSEN, 2010, p. 47).

Para diferenciar o conceito de contramedidas do conceito de sanções, a CDI, em um comentário mais antigo sobre o projeto anterior de Responsabilidade dos Estados, em que o Relator Especial era Roberto Ago, trouxe uma definição de sanção no direito internacional. Segundo a CDI, no direito internacional contemporâneo existe uma tendência generalizada de empregar o termo sanção para medidas reativas aplicadas em razão de decisões adotadas por organizações internacionais, especialmente aquelas adotadas no seio das Nações Unidas no marco do sistema de manutenção da paz e da segurança internacionais (ONU, 1979, p. 145).

Arantes Neto afirma que, em sentido amplo, “o termo ‘sanção’ serve tanto para designar represálias como as retorsões.” Entretanto, baseando-se no conceito de sanção de Abi-Saab, para quem as sanções não se identificam com as medidas de “justiça privada” pois dependem do grau de institucionalização do direito internacional, e no conceito de Linos-Alexander Sicilianos, que opõe a noção de reações descentralizadas ao ilícito à noção de “sanções institucionais”, Arantes Neto sustenta que

⁶¹ A tese de Kelsen vai ainda mais longe, afirmando que, ao recorrer a retaliações nas condições determinadas pelo Direito Internacional, o Estado pode ser considerado um órgão da comunidade internacional. Para Kelsen, o monopólio da força pode ser centralizado ou descentralizado. É centralizado quando a ordem social institui órgãos especiais para a aplicação das sanções estabelecidas pela ordem jurídica. É descentralizado quando prevalece o princípio da autotutela, em que a ordem jurídica delega a aplicação de sanções aos indivíduos. Quando esses indivíduos aplicam sanções, estão atuando de maneira legalmente autorizada e, portanto, aplicando o direito. Nesse caso, o monopólio da força permanece com a comunidade (KELSEN, 2010, 41-42; 55).

[...] o termo “sanção” passou também a designar, em direito das gentes, numa acepção mais estrita, as reações ao ilícito que resultam da decisão de um terceiro imparcial, e particularmente as reações ao ilícito resultantes de um processo vertical de implementação do direito no interior de uma organização internacional. Tipicamente, o emprego do termo “sanção” no direito internacional contemporâneo dá-se no contexto do sistema de segurança coletiva do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, para designar as medidas de coerção impostas pelo Conselho de Segurança da ONU (ARANTES NETO, 2008, p. 162-163).

A título exemplificativo, as Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, com base no Capítulo VII da Carta da ONU mostram a existência de sanções no direito internacional. O Conselho de Segurança tem a responsabilidade primária pela manutenção da paz e da segurança internacionais e, com base no artigo 25 da Carta da ONU⁶², suas decisões são obrigatórias. Essas decisões, com base no Capítulo VII da Carta da ONU, poderão ou não conter medidas que envolvam o uso da força, mas, em ambos os casos, há aplicação de sanções.

Outro exemplo que pode ser mencionado é o da União Europeia, onde existe a possibilidade de aplicação de sanções propriamente ditas. Esse é o caso das sanções pecuniárias aplicadas pelo Tribunal de Justiça. Para analisá-las, cabe fazer menção ao sistema judicial da UE, que as prevê. Existem basicamente duas “ações por incumprimento”⁶³: o Tribunal de Justiça pode condenar o Estado-Membro ao pagamento das sanções pecuniárias no primeiro acórdão por incumprimento, caso o Estado não comunique as medidas nacionais de transposição de uma diretiva, conforme artigo 260, par. 3º do referido tratado⁶⁴; na segunda “ação por incumprimento”, em que o Estado-Membro não cumpriu o acórdão que constatou o

⁶² Artigo 25. Os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.

⁶³ O Tribunal de Justiça da União Europeia, que é a principal instância judiciária na UE, aprecia a legalidade dos atos da União e assegura a interpretação e aplicação uniforme do direito da União. Existem quatro tipos principais de processos no âmbito do Tribunal: o reenvio prejudicial, que é um incidente processual em que juízes nacionais dirigem perguntas ao Tribunal de Justiça sobre a validade ou a interpretação do direito da União; o recurso de anulação, que é proposto contra a legislação da União que viole os Tratados da União ou os direitos fundamentais prevista na União; ação por omissão, proposta contra as instituições da União que não adotem as decisões de sua competência; e a “ação por incumprimento”. Nos artigos 258 a 260 do Tratado sobre funcionamento da União Europeia, está prevista a “Ação por incumprimento”, caso um Estado-Membro não cumpra as obrigações decorrentes do Direito da União. A legitimidade ativa para a proposição dessa ação é tanto da Comissão quanto dos demais Estados-Membros. Se o Estado-Membro não cumprir o acórdão do Tribunal de Justiça que constatou o não cumprimento de suas obrigações, surge uma segunda “ação por incumprimento”.

⁶⁴ “Quando propuser uma ação no Tribunal ao abrigo do artigo 258.o, por considerar que o Estado-Membro em causa não cumpriu a obrigação de comunicar as medidas de transposição de uma directiva adoptada de acordo com um processo legislativo, a Comissão pode, se o considerar adequado, indicar o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar por esse Estado, que considere adaptado às circunstâncias. Se o Tribunal declarar o incumprimento, pode condenar o Estado-Membro em causa ao pagamento de uma quantia fixa ou de uma sanção pecuniária compulsória, no limite do montante indicado pela Comissão. A obrigação de pagamento produz efeitos na data estabelecida pelo Tribunal no seu acórdão”.

não cumprimento de suas obrigações, o Tribunal poderá aplicar sanções pecuniárias ao Estado que descumpriu essa decisão, conforme artigo 260, par. 2º do referido tratado⁶⁵.

Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça,

A condenação no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória e/ou de uma sanção de montante fixo não se destina a compensar um dano em concreto causado pelo Estado-Membro em causa, mas a exercer sobre este uma pressão económica que o leve a pôr termo ao incumprimento declarado. As sanções pecuniárias aplicadas devem, portanto, ser adoptadas em função do grau de persuasão necessário para que o Estado-Membro em causa modifique o seu comportamento⁶⁶.

Um caso de aplicação de sanção na União Europeia, que ilustra os argumentos apresentados, ocorreu na (segunda) Ação de Incumprimento, Processo C-304/02, em trâmite no TJ da UE. Nesse caso, a então Comissão das Comunidades Europeias solicitou ao TJ que declarasse que a República Francesa não adotou as medidas necessárias para dar execução ao acórdão de 11 de Junho de 1991, na (primeira) Ação de Incumprimento, Processo C-64/88, condenando-a ao pagamento de sanção pecuniária. O TJ deferiu o pedido e condenou a França a pagar à Comissão uma sanção pecuniária progressiva no valor de 57 761 250 EUR, a cada período de seis meses, e uma sanção pecuniária fixa no valor de 20 000 000 EUR. É importante salientar nesse caso que a França não foi condenada a pagar para algum Estado-Membro em particular, mas para a própria Comissão, na conta “Recursos próprios da Comunidade Europeia”⁶⁷.

Com base na argumentação desenvolvida, é possível defender que as sanções se diferenciam das contramedidas, em razão das características verticais daquela e horizontais desta. Além disso, uma das características essenciais das sanções é o seu caráter punitivo, ao passo que a finalidade das contramedidas, como será visto mais adiante, é a de induzir o cumprimento do direito internacional. Por fim, as sanções têm um caráter de medida exemplar dirigida também aos demais países, o que não é explícito no caso das contramedidas (ABASS; WHITE, 2010, p. 549).

Excluída a noção de sanção das contramedidas, cabe agora analisar sua natureza.

2.3 A natureza das contramedidas: uma medida unilateral, instrumental e coercitiva

⁶⁵ “Se o Tribunal declarar verificado que o Estado-Membro em causa não deu cumprimento ao seu acórdão, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária”.

⁶⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 14 de Março de 2006 - Processo C-177/04 - Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa.

⁶⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 12 de julho de 2005 - Processo C-304/02 - Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa

As contramedidas são, como visto anteriormente, uma forma de autotela na sociedade internacional ou, nos termos de Alland, um instrumento da “justiça privada”. A “justiça privada” consiste na busca de autoproteção daquilo que o Estado considera que seja seu direito. Isso se manifesta na característica de autoavaliação que está presente nas contramedidas. As contramedidas tomam forma com base em alegações subjetivas, pois o Estado alega que sofreu o dano e alega que houve uma violação ao direito internacional, sendo que é esta alegação a base para a adoção das contramedidas (ALLAND, 2002, p. 1234). Trata-se, assim, de um sujeito do direito internacional que busca proteger e fazer valer seu direito, por seus próprios meios e sem a intervenção de um ente político superior⁶⁸. É possível argumentar que, no direito internacional geral, não há a participação de uma autoridade externa que faça uma avaliação prévia independente acerca da existência do dano e do ilícito. Em sistemas mais institucionalizados como os da OMC e do MERCOSUL, essa avaliação é feita por meio do procedimento de solução de controvérsias⁶⁹.

O argumento de Alland segue nesse sentido, ao afirmar que as contramedidas constituem um “mecanismo de ‘justiça privada’ que tem sua *raison d’être* na falha das instituições” (ALLAND, 2002, p. 1226). Se os mecanismos de responsabilização internacional e de solução pacífica de controvérsias funcionassem adequadamente, não haveria a necessidade do instituto das contramedidas, como ocorre no sistema da União Europeia.

Especificamente em relação à União Europeia, são cabíveis algumas considerações, a fim de se ilustrar a ideia de que a razão de ser das contramedidas está na “falha das instituições”. Segundo Alland, o recurso às contramedidas está explicitamente excluído na UE, por ser este um sistema bem institucionalizado (ALLAND, 2002, p. 1234). Wieler também defende a exclusão das contramedidas do direito internacional na União Europeia, afirmando que o efeito combinado da constitucionalização e da evolução do sistema judicial

⁶⁸ Sverrisson inicia seu livro com um depoimento pessoal que demonstra certa perplexidade acerca do tema: “My parents and, later, my wife diligently tried to teach me that two wrongs do not make a right. Although I generally agree with the notion, it might not be true in all instances. One of such instances is the countermeasures doctrine. It permits a state that is a victim of an international wrong to commit another international wrong in order to remedy the situation. Thus, two wrongs can make a right (SVERRISSON, 2008, p. 1). O texto original foi mantido em razão do efeito produzido pelo uso de expressão idiomática e pelos significados da palavra *wrong*, difíceis de serem mantidos em português: “Meus pais e depois do autor esposa zelosamente tentaram ensinar-me que não se repara uma injustiça com outra. Embora eu concorde com essa noção em termos gerais, ela pode não ser verdadeira em todos os casos. Um desses casos é o da doutrina das contramedidas. Essa doutrina permite a um Estado que é vítima de um ilícito internacional praticar outro ilícito internacional para remediar a situação. Logo, uma injustiça pode ser reparada com outra” (tradução do autor).

⁶⁹ Por exemplo, na OMC, o Órgão de Solução de Controvérsias deve autorizá-las previamente para que sejam legitimamente adotadas pelo membro da OMC lesado, conforme será visto no capítulo 3.

resultou na exclusão da aplicação da responsabilidade do Estado segundo o direito internacional geral. Para o autor,

Não há, por isso, possibilidade de recurso à reciprocidade, nem às contramedidas, mesmo em face de real ou potencial fracasso [do sistema da União Europeia]. Sem essas características, tão centrais à ordem legal internacional clássica, a Comunidade tornou-se verdadeiramente algo novo (WIELER, 1991, p. 2422).

No caso *Mutton and Lamb*, o Tribunal de Justiça da UE afirmou que a França não poderia justificar a existência de um regime nacional restritivo à importação de carne ovina do Reino Unido com o argumento de que este, por sua parte, havia mantido a organização nacional do mercado no mesmo setor. Se a França considera que o sistema inglês é incompatível com o direito comunitário, ela poderia agir “no âmbito do Conselho, através da Comissão ou, por fim, com recurso jurisdicional, a fim de obter a eliminação dessas incompatibilidades.” Seguindo seu raciocínio, o Tribunal afirma que “um Estado membro não está autorizado, em nenhuma circunstância, a adotar unilateralmente, sob sua própria autoridade, medidas corretivas ou medidas de defesa do comércio destinadas a evitar o não cumprimento das regras do Tratado pela outra parte” (tradução do autor)⁷⁰. Na decisão no caso *CEE v. Luxemburgo e Bélgica*, decidido em 1964⁷¹, o Tribunal de Justiça afirmou que, “com exceção dos casos expressamente previstos, o sistema do Tratado supõe a proibição de que os Estados-Membros pratiquem a autotutela jurídica”. Segundo essa jurisprudência, no Direito da União Europeia, o recurso às contramedidas, em regra, não é permitido⁷².

Crawford, nos comentários ao artigo 50 do Projeto da CDI/ONU de 2001, que trata das obrigações não afetadas pelas contramedidas, adotou posição semelhante à do TJ da UE. O relator afirma que os Estados podem estipular entre eles que determinadas normas não estejam submetidas às contramedidas previstas no direito internacional geral. O fundamento dessa alegação está no princípio da especialidade, conforme estudado no capítulo anterior. Um tratado multilateral pode renunciar à possibilidade de aplicação de contramedidas

⁷⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Judgment of the Court of 25 September 1979, Commission of the European Communities v French Republic, *Mutton and Lamb*, Case 232/78, par. 9.

⁷¹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, em 13 de novembro de 1964, nos Processos 90/63 e 91/63.

⁷² Em caso mais recente, em sede de reenvio prejudicial, o TJ da UE respondeu às questões apresentadas seguindo essa mesma linha de raciocínio. Para o Tribunal, um Estado-Membro “não pode permitir-se tomar unilateralmente medidas correctivas ou de defesa destinadas a sanar uma eventual violação, por outro Estado-Membro, das normas do direito comunitário”. Com esse fundamento, o Tribunal respondeu Consequentemente, deve responder-se à primeira questão que o direito comunitário se opõe a que um Estado-Membro invoque o artigo 36. do Tratado para justificar uma limitação das exportações de mercadorias para outro Estado-Membro, pelo único motivo de, no entender do primeiro Estado, o segundo não respeitar as exigências de uma directiva comunitária de harmonização que prossegue o objectivo que o recurso ao artigo 36 visa proteger, sem no entanto prever procedimentos de fiscalização da sua aplicação nem sanções em caso de violação. Acórdão do Tribunal de 23 de Maio de 1996, *The Queen contra Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte: *Hedley Lomas (Ireland) Ltd.* - Pedido de decisão prejudicial: High Court of Justice, Queen's Bench Division - Reino Unido, Processo C-5/94, pars. 20-21.

adotadas em razão de sua violação. O relator fornece como exemplo justamente os tratados da União Europeia, que tem seu próprio sistema de cumprimento (CRAWFORD, 2002, p. 290-291).

No capítulo 1 deste trabalho, argumentou-se que a simples permanência e importância da autotutela jurídica indicam, por si só, que a sociedade internacional é descentralizada em sua essência. Essa ideia pode ser retomada especificamente em relação às contramedidas, pois elas “testemunham, em realidade, a persistência do caráter fundamentalmente descentralizado da sociedade internacional” (LEBEN, 1982, p. 19, tradução do autor). Nesse sentido, a prática dos Estados em matéria de contramedidas revela algumas tensões que existem na sociedade internacional, sendo que as contramedidas demonstram que a sociedade internacional não avançou totalmente em direção a uma ordem jurídica mais centralizada que assegure “sanções” jurídicas eficazes iguais para todos (LEBEN, 1982, p. 59).

Em uma posição bastante negativa acerca das contramedidas, Leben afirma também a existência dessa instabilidade nas relações internacionais, fazendo uma correlação com a ideia sanção. Segundo o autor,

[t]oda a sanção tem por função reforçar a eficácia do direito, punir suas violações e dissuadir infrações futuras. Então, a sanção é, em princípio, um elemento que permite o bom funcionamento do sistema jurídico (...). Mas não é possível imaginar um sistema em que as sanções sejam tais que, em lugar de fortalecer, elas entrem sistematicamente sua atividade. Ora, é isso que se constata com a contramedidas interestatais: longe de conduzir a uma aplicação mais efetiva do direito internacional, elas tendem, ao contrário, a fazer as relações internacionais mais difíceis e o respeito ao direito mais incerto. Em uma palavra, elas desestabilizam o sistema, embora o devessem fortalecer (LEBEN, 1982, p. 39).

Leben conclui que as contramedidas são como um “fermento de anarquia” para as relações internacionais. Entretanto, o autor faz uma importante apreciação, ao afirmar que “as contramedidas não são a causa dessa anarquia; elas são apenas o seu sintoma” (LEBEN, 1982, p. 76).

Embora não pareçam plenamente adequadas as afirmações incisivas de Leben, é possível argumentar que as contramedidas no direito internacional podem aumentar a instabilidade nas relações internacionais. Em primeiro lugar, como são os próprios Estados lesados que qualificam a situação jurídica do ato praticado pelo Estado responsável, salvo em sistemas como os da OMC e do MERCOSUL, há margem para desvios de finalidade no instituto. Em segundo lugar, a escolha do remédio aplicável cabe ao próprio Estado lesado,

que a fará de forma unilateral⁷³ (LESAPFRE, 2010, p. 469). Nesse sentido, existe certo grau de insegurança jurídica, na medida em que os Estados agem como juízes em causa própria ao adotarem as contramedidas.

Isso decorre, em grande medida, do fato de que as contramedidas são o reflexo de uma ordem internacional descentralizada, conforme afirmado anteriormente. Essa característica foi ressaltada pela Comissão de Direito Internacional da ONU, nos comentários ao Projeto de artigos sobre responsabilidade dos Estados por fatos ilícitos internacionais, ao afirmar que: “Contramedidas são a característica de um sistema descentralizado, em que Estados lesados podem buscar reivindicar seus direitos e restaurar a relação legal com o Estado responsável que foi rompida pelo fato internacionalmente ilícito” (ONU, 2007, p. 128).

Pellet afirma que “à descentralização normativa, tão característica do direito internacional clássico, corresponde uma descentralização da sanção em caso de desrespeito ao direito”. Em contraposição,

[d]entro do Estado – e é uma de suas características mais evidentes -, a coerção, centralizada, é posta a serviço da aplicação do direito. O próprio Estado tem o monopólio e o exerce por órgãos especializados: administração, polícia, juízes. Não há nada similar no plano internacional. [...] Em definitivo, no plano universal e em todo o caso, a única sanção eficaz da violação do direito é constituída pelo mecanismo da responsabilidade, apoiada sobre o que se convencionou chamar de “contramedidas”, isto é, a utilização de medidas tomadas pelos Estados para a defesa de seus próprios direitos, e que nada mais são que as tradicionais represálias (PELLET, 2004, p. 13-14).

Cabe, neste ponto, fazer algumas considerações acerca da terminologia, considerando que a palavra contramedidas é relativamente recente na doutrina do direito internacional. As referências ao termo eram escassas antes dos anos de 1970. O termo passou a ganhar notoriedade a partir da sentença arbitral no caso *Air Service Agreement*, prolatada em 1978, sendo, no mesmo período, usado em substituição ao termo sanção no Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001. Após esses eventos, o termo também foi usado na jurisprudência da CIJ, em particular nos casos *Reféns em Teerã*, em 1980, *Nicarágua*, em 1986, e *Projeto Gabčíkovo-Nagymaros*, em 1997 (ALLAND, 2010, p. 1127-1128).

Segundo Leben, as principais vantagens da utilização do termo contramedidas podem ser descritas pela noção de neutralidade transmitida pelo termo. De fato, afirmar que uma ação de um Estado constitui uma contramedida significa expressar, simplesmente, a posterioridade uma ação em relação a um ato prévio. O termo, em si, expressa apenas a noção

⁷³ Certamente, caso a própria reação seja incompatível com o Direito Internacional, a contramedida poderá ser considerada ilícita, como ocorreu no caso do projeto Gabčíkovo-Nagymaros, julgado pela CIJ em 1997. O ponto aqui é a margem de apreciação que é reservada aos Estados na consideração da ilicitude do ato.

abrangente de reação a medidas prévias, embora, no contexto da responsabilidade internacional, signifique uma reação, de caráter derogatório do direito internacional, a um ato ilícito anterior (LEBEN, 1982, p. 16). O autor conclui essa questão terminológica de forma positiva em relação ao termo *contramedidas*:

Desse modo, com a expressão “*contramedidas*”, pode-se cobrir um largo campo semântico que engloba, ao mesmo tempo, as represálias, as retorsões, os boicotes, os embargos e outras “*sanções*” econômicas ou financeiras, ao menos o que se designa como tal na linguagem corrente (LEBEN, 1982, p. 17, tradução do autor).

Alland, após analisar cada um dos elementos constitutivos das *contramedidas*, oferece uma definição⁷⁴. Para o autor,

[...] *contramedidas* são reações unilaterais pacíficas, intrinsecamente ilícitas, adotadas por um ou mais Estados contra outro Estado, quando aquele (s) considerar (em) que este tenha cometido um fato internacionalmente ilícito que possa justificar tal reação (ALLAND, 2010, p. 1135, tradução do autor).

Nesse sentido, as *contramedidas* constituem, em si mesmas, uma ilegalidade autorizada pelo direito internacional como reação a um ilícito anterior. Conforme Cassese, “em caso de uma violação ao direito internacional, o Estado ofendido está legalmente autorizado a não observar uma obrigação internacional devida ao Estado ofensor” (CASSESE, 2005, p. 302, tradução do autor). Desse modo, as *contramedidas* seriam atos proibidos pelo direito internacional se não resultassem de uma reação a uma ilegalidade prévia.

As *contramedidas* são justificáveis, desse modo, como reação a um ilícito prévio. Quando essa circunstância ocorre, o fato de essa ação ser uma *contramedida* exclui a ilicitude do ato. Essa é a disposição do artigo 22 do Projeto da CDI/ONU de 2001, que afirma que a ilicitude do fato é excluída na medida em que essa ação constitua uma *contramedida* adotada em conformidade com as disposições do Projeto. As *contramedidas*, ao excluírem a ilicitude do fato, exoneram o Estado que as adota de responsabilidade internacional (LESALFRE, 2010, p. 469).

A existência desse ilícito anterior é uma condição indispensável para a imposição de *contramedidas*. Essa afirmativa se sustenta com base na jurisprudência internacional. No Caso *Naulilaa*, julgado em 1928, a sentença, referindo-se ao conceito de represálias, afirmou que “A primeira condição – *sine qua non* – do direito de exercer represálias é um motivo fornecido por um ato preliminar, contrário ao direito das gentes” (ONU, 2006b, p. 1027, tradução do autor). A CIJ, referindo-se ao conceito atual de *contramedidas*, sustentou, no caso

⁷⁴ O caminho a ser percorrido aqui será o inverso, na medida em que se tomará como base a definição de *contramedidas* para, em seguida, desenvolver seus principais aspectos.

Projeto Gabčíkovo-Nagymaros, em 1997, que “para que seja justificável, a contramedida deve respeitar certas condições (...). Em primeiro lugar, ela deve ser adotada em resposta a um fato ilícito internacional prévio de um Estado e deve ser dirigida contra esse Estado” (CIJ, 1997, p. 55).

Dessa condição depreende-se o caráter essencialmente unilateral de uma contramedida. Conforme Alland, ao recorrer a uma contramedida, o Estado busca a proteção ou o cumprimento daquilo que ele considera ser seu direito, não havendo a necessidade de uma autorização prévia por parte de um órgão judicial. Nesse sentido, as contramedidas não são exatamente a consequência de um fato ilícito internacional, mas a consequência da crença, por parte do Estado que as adota, de que esse ilícito efetivamente ocorreu. Não se trata da interpretação adotada por um órgão judicante, mas da interpretação feita pelo Estado que adota a contramedida de que houve um ilícito anterior (ALLAND, 2010, p. 1129).

A comparação com o antigo instituto das represálias pode tornar a natureza das contramedidas mais clara. Alguns autores identificam que uma distinção essencial entre ambas se refere à finalidade, pois o objetivo das contramedidas é instrumental, enquanto o das represálias é punitivo (ABASS; WHITE, 2010, p. 537). Existe, entretanto, uma aproximação entre os dois conceitos.

As represálias, com base em definição clássica de Vattel, “são utilizadas pelas Nações com o intuito de obter justiça, quando ela não pode ser obtida de outra forma” (VATTEL, 2004, p. 396). O Instituto de direito internacional, em sua sessão de 1934, em Paris, ao abordar o regime de represálias em tempo de paz, definiu o instituto no artigo primeiro da Resolução: “As represálias são medidas de coação, derogatórias das regras ordinárias do Direito das Gentes, tomadas por um Estado em seguida a atos ilícitos em seu prejuízo por outro Estado e tendo por fim impor a este, por meio de um dano, o respeito ao direito” (tradução do autor)⁷⁵.

Na atualidade, as represálias armadas não são autorizadas pelo direito internacional (BÖHLKE, 2011, p. 116), pois, além da proibição geral do uso e da ameaça do uso da força no artigo 2º, parágrafo 4º da Carta da ONU, a Declaração sobre Princípios de Direito Internacional concernentes a Relações Amistosas e Cooperação entre Estados em conformidade com a Carta das Nações Unidas de 24 de outubro de 1970, anexa à Resolução 2625 da Assembleia Geral da ONU, afirma, dentro do princípio 1, que “os Estados têm o dever de não recorrer a atos de represália envolvendo o uso da força”.

⁷⁵ Disponível no site do Instituto de Direito Internacional: http://www.idi-il.org/idiF/resolutionsF/1934_paris_03_fr.pdf

Por sua vez, com o atual termo *contramedidas*, busca-se deixar claro que o uso da força está excluído, em razão de seu caráter exclusivamente pacífico. Segundo a CDI, o termo *contramedidas* “cobre a parte do tema das represálias que não esteja associada a conflito armado” (ONU, 2007, p. 128). Desse modo, independentemente da discussão sobre a possibilidade jurídica de represálias envolverem o uso da força, pode-se considerar que o conceito de represálias pacíficas foi assimilado ao de *contramedidas*, sendo ambos os termos, nesse sentido, sinônimos⁷⁶ (ALLAND, 2010, p. 1130).

Arantes Neto contextualiza essa natureza das *contramedidas* tal como prevista no Projeto da CDI/ONU de 2001 no quadro evolutivo da responsabilidade internacional, afirmando que a “concepção instrumental-coercitiva das *contramedidas* consagrada pela CDI vem complementar a construção de um sistema de responsabilidade internacional do Estado que converge para o objetivo de proteção da legalidade internacional” (ARANTES NETO, 2008, p. 169).

As *contramedidas* são, desse modo, uma medida unilateral adotada como meio de tornar efetiva a responsabilidade internacional do Estado violador. Elas consistem, essencialmente, em um remédio jurídico instrumental e temporário com caráter coercitivo, pois são meios de execução das obrigações secundárias do Estado violador. Essa coerção tem a finalidade de induzir o Estado faltoso a cumprir suas obrigações secundárias de interrupção do ilícito e de reparação integral dos danos, conforme será visto no tópico seguinte.

2.4 Finalidade e proporcionalidade das *contramedidas*: a indução ao cumprimento e seu limite básico

A base para a análise da finalidade das *contramedidas* parte da regulamentação estabelecida no Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001, em seu artigo 49, parágrafo 1º. Neste artigo, está previsto que “O Estado lesado *somente* poderá adotar *contramedidas* contra um Estado que seja responsável por um fato internacionalmente ilícito *com o objetivo de induzi-lo a cumprir as obrigações que lhe incumbam* a teor do disposto na Parte Dois”

⁷⁶ Apesar dessa sinonímia, nesta pesquisa e também no Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001, prefere-se o termo *contramedida* ao de *represálias*. Isso se deve ao fato de que as ideias de punição e de beligerância estão muito associadas ao conceito *represália*, sendo que a doutrina das *contramedidas* pretende excluí-las. Arangio-Ruiz, que foi o Relator anterior para o projeto de responsabilidade dos Estados, apresenta esses argumentos como justificativa para a consagração do termo *contramedidas*.

(tradução e grifo do autor). Dessa forma, o propósito das contramedidas é forçar o Estado responsável a cessar a violação (e fornecer garantias de não repetição, se necessário) e a promover a reparação devida.

A finalidade das contramedidas, então, tem íntima relação com as consequências jurídicas da responsabilidade internacional para o Estado violador, que compreendem a substância dessa responsabilidade. A obrigação de prestar a reparação devida foi a primeira que surgiu e está consolidada no direito internacional, e sua expressão na jurisprudência internacional teve como precedente o caso *Factory at Chorzów*, julgado pela CPJI. Na decisão sobre a jurisdição, em 1927, a Corte afirmou:

É um princípio de direito internacional que a violação de um compromisso envolve a obrigação de prestar reparação de forma adequada. A reparação, então, é o complemento indispensável da não aplicação de uma convenção, não sendo necessário que isso esteja expresso na própria convenção (tradução do autor)⁷⁷.

No ano seguinte, julgando o mérito do caso, a Corte especificou o conteúdo dessa obrigação de reparação:

O princípio essencial contido na noção atual de ato ilícito – um princípio que parece estar estabelecido na prática internacional e, em particular, nas decisões dos tribunais arbitrais – é que a reparação deve, na medida do possível, suprimir todas as consequências do ato ilícito e restabelecer a situação que, provavelmente, teria existido, se aquele ato não tivesse sido praticado (tradução do autor)⁷⁸.

Embora não tenha sido o primeiro propósito a ser estabelecido no direito internacional, a cessação da conduta ilícita é “o primeiro requisito para eliminar as consequências de um comportamento ilícito.” Tanto a cessação do ilícito quanto as garantias de não repetição são aspectos do restabelecimento e da reconstituição da relação jurídica afetada pela violação. Enquanto a cessação é o aspecto negativo do adimplemento futuro, visando à interrupção do comportamento ilícito, a garantia de não repetição tem função preventiva, consistindo em reforço positivo do adimplemento futuro. Nesse sentido, “a cessação tem como função colocar fim a uma violação do direito internacional e salvaguardar a contínua validade e eficácia da norma primária correspondente.” Por isso, essa consequência jurídica protege não só o Estado lesado, mas também a “a comunidade internacional em seu conjunto, por preservar e manter a confiança no império do direito” (CRAWFORD, 2002, p. 196-197, tradução do autor).

Dupuy, ao tratar do restabelecimento da legalidade e da reparação do prejuízo, traça essa distinção essencial no campo da responsabilidade, relacionando a cessação do ilícito à

⁷⁷ *Factory at Chorzów*, Jurisdiction, 1927, PCIJ, Series A, Nº 9, p. 21.

⁷⁸ *Factory at Chorzów*, Merits, 1928, PCIJ, Series A, Nº 17, p.47.

garantia da integridade do direito e a reparação dos danos à salvaguarda do interesse da vítima. O autor, então, insiste na ideia de restauração, que consiste não apenas na restauração da situação material da vítima, mas também no restabelecimento da situação jurídica que existia antes da violação do direito. Essa restauração, que designa o objeto e o fim da responsabilidade, “engloba o restabelecimento do ordenamento jurídico anterior ao fato, a fim de garantir a integridade do direito, e a reparação dos prejuízos sofridos, para salvaguardar o interesse da vítima” (DUPUY, 1984, p. 93-94, tradução do autor).

Partindo dessa distinção, Arantes Neto afirma que:

[...] a titularidade do interesse na proteção da integridade do direito não corresponde necessariamente à titularidade do direito de obtenção da reparação. O interesse na reparação é, necessariamente, exclusivo do Estado lesado, o que corresponde ao modelo bilateral e civilista da responsabilidade, baseado na reciprocidade das obrigações internacionais. O interesse na cessação, ao contrário, pode não se limitar ao Estado que sofreu o dano, estendendo-se a outros Estados que não o Estado diretamente lesado, especialmente no caso das obrigações *erga omnes partes* e *erga omnes*, que promovem interesses extra-estatais ou coletivos (ARANTES NETO, 2008, p. 110-11).

Desse modo, considerando-se que as contramedidas consistem em um meio instrumental de coerção do Estado violador com a finalidade de coagi-lo não só a reparar integralmente o dano causado, mas também a cessar e garantir que não irá repetir sua conduta ilícita, as contramedidas contribuem para aumentar a proteção do direito na sociedade internacional.

Uma questão que se coloca neste momento é se as contramedidas podem ter propósito punitivo conforme o direito internacional. Nos comentários ao projeto, a CDI afirmou claramente que as contramedidas não são instrumento para a punição de uma conduta ilícita, mas uma forma de se alcançar o cumprimento das obrigações do Estado violador de interromper o ilícito e de reparar o dano. Esse objetivo limitado e essa natureza excepcional das contramedidas podem ser observados pelo emprego da palavra “somente” no artigo 49, parágrafo 1º (ONU, 2007, p. 130).

É possível argumentar que a finalidade das contramedidas não deve ser considerada um requisito autônomo, capaz de tornar a medida ilícita, pois a finalidade não punitiva das contramedidas está intimamente relacionada com a ideia de reciprocidade e de proporcionalidade. O Estado, ao adotar uma contramedida proporcional ao dano sofrido, busca restabelecer a situação anterior ao cometimento do ilícito. Na medida em que se circunscreva a esse parâmetro, a contramedida pode ser considerada lícita segundo o direito internacional.

A consideração que pode ser feita é a de que a noção de punição vai além da reciprocidade, pois o objetivo de uma medida de natureza punitiva ultrapassa a cessação do ilícito e a reparação. Por essa razão, se uma contramedida for punitiva, ela será ilícita do ponto de vista do direito internacional.

Neste ponto, cabe analisar de forma mais detalhada, essa noção de proporcionalidade. A base para a definição de proporcionalidade pode ser encontrada no artigo 51, do Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001⁷⁹. Em primeiro lugar, a proporção que deve ser levada em conta na aplicação da medida refere-se ao prejuízo sofrido pelo Estado lesado. Além disso, tanto a gravidade do ilícito cometido inicialmente quanto os direitos envolvidos devem ter peso relevante na aferição da proporcionalidade da contramedida.

Conforme o conceito da CDI, a proporcionalidade é uma baliza para o aplicador da contramedida, sendo que a finalidade do artigo 51 é evitar que o Estado lesado cause um dano maior ao Estado responsável. Se a cessação do ilícito e a sua reparação forem conseguidos antes da aplicação completa da contramedida, parece certo que o Estado lesado deva dar-se por satisfeito. O obstáculo à continuidade da contramedida, entretanto, é a finalidade do instituto, que, uma vez alcançada, deve fazer com que a contramedida cesse, segundo artigo 53 do Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001. Desse modo, uma reação proporcional ao dano é o máximo que o Estado lesado pode fazer ao aplicar a contramedida. Caso a finalidade do instituto (cessação e reparação) seja alcançada por meio de um ato menos gravoso, o Estado não deve buscar igualar sua resposta ao dano sofrido.

Caso a contramedida seja desproporcional, o Estado que a adota pode ser responsabilizado internacionalmente, pois estará, desse modo, praticando um ato contrário ao direito internacional. Na jurisprudência internacional, houve casos em que as medidas adotadas foram consideradas desproporcionais e outros em que foram consideradas proporcionais. A análise de dois precedentes ajudará a delimitar melhor as fronteiras do que se entende por proporcionalidade no direito internacional.

No caso *Projeto Gabčíkovo-Nagymaros*, em 1997, a CIJ considerou desproporcional a contramedida imposta pela Tchecoslováquia contra a Hungria. Em 1977, ambos os países haviam firmado um Tratado para a construção de um sistema declusas Gabčíkovo-Nagymaros. A CIJ considerou que a Hungria não tinha direito a suspender e depois abandonar, em 1989, sua parte nas obras do projeto. Como resposta ao ilícito da Hungria, a Tchecoslováquia começou a executar a “variante C”, que consistia no desvio das águas do rio

⁷⁹ “Artigo 51. Proporcionalidade. As contramedidas devem ser proporcionais ao prejuízo sofrido, levando-se em conta a gravidade do fato internacionalmente ilícito e os direitos em questão” (tradução do autor).

Danúbio de forma unilateral. A corte considerou a contramedida adotada pela Tchecoslováquia ilícita, pois, entre outros motivos, era desproporcional.

No caso *Air Service agreement*, decidido em sentença arbitral de 1978, o tribunal arbitral considerou proporcional a contramedida adotada pelos Estados Unidos contra a França. Em 1978, a autoridade francesa não autorizou (e depois suspendeu) os voos da transportadora norte-americana Pan American World Airways na rota Costa Ocidental-Londres-Paris, pois isso contrariaria o acordo de 1946, que não previa a mudança de aeronave em terceiro Estado. Em retaliação, os Estados Unidos suspenderam os voos da empresa francesa Air France entre Paris e Los Angeles, o que causou um prejuízo econômico maior a esta companhia.

2.5 Limites e condições procedimentais: algumas restrições necessárias e a determinação da existência do ilícito

Ademais da proporcionalidade, que está intimamente relacionada à questão da finalidade, há outros limites impostos às contramedidas. Um desses limites é a forma como elas devem ser adotadas. As contramedidas apenas podem ser impostas como suspensão de obrigações internacionais que são devidas ao Estado responsável pelo cometimento do ato ilícito (ABASS; WHITE, 2010, p. 538). Não podem ser direcionadas a terceiros Estados, como expresso no artigo 49, parágrafo 1º do Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001⁸⁰. Além disso, essa suspensão, por sua vez, encontra restrições impostas pelo direito internacional, tanto em relação à sua forma quanto à sua extensão.

As contramedidas não podem envolver atos de força. O artigo 50, parágrafo 1º, alínea *a*, do Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001⁸¹, refere-se expressamente à necessidade de que o uso das contramedidas esteja em conformidade com a proibição geral do uso e da ameaça de uso de força prevista na Carta das Nações Unidas⁸². Essa prescrição sustenta-se na

⁸⁰ “Artigo 49. Objeto e limites das contramedidas. 1. O Estado lesado somente poderá adotar contramedidas contra um Estado que seja responsável por um fato internacionalmente ilícito com o objetivo de induzi-lo a cumprir as obrigações que lhe incumbam a teor do disposto na Parte Dois” (tradução do autor).

⁸¹ “Artigo 50. Obrigações que não podem ser afetadas pelas contramedidas. 1. As contramedidas não afetarão: a) a obrigação de abster-se de recorrer à ameaça ou ao uso da força, como está enunciado na Carta das Nações Unidas” (tradução do autor).

⁸² Em particular, a proibição prevista no artigo 2º, parágrafo 4º, da Carta: “Artigo 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: 4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força

jurisprudência e em Resolução da Assembleia Geral da ONU. A Resolução 2625 da Assembleia Geral de 1970, no parágrafo 6º do primeiro princípio, afirma expressamente que “Os Estados têm o dever de abster-se de atos de represália que envolvam o uso da força”. Por sua vez, a Corte Internacional de Justiça, no caso das atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua, em 1986, declarou expressamente a impossibilidade do uso da força por meio de contramedidas, ao sustentar que os atos de que a Nicarágua é acusada “não podem justificar contramedidas adotadas por terceiro Estado, os Estados Unidos, e particularmente não podem justificar intervenção que envolva o uso da força” (CIJ, 1986, p. 127).

Além disso, as contramedidas devem ser temporárias. Esse aspecto tem relação direta com a finalidade das contramedidas, que é induzir o ajustamento na conduta do Estado faltoso. Essa é a disciplina expressamente adotada pelo artigo 49⁸³, parágrafo 2º, do Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001, que prevê que o não cumprimento das obrigações internacionais por parte do Estado lesado deve ser provisório. Caso as contramedidas cumpram com o objetivo de forçar o Estado responsável a reparar e cessar o ilícito, o Estado lesado deve dar-se por satisfeito e interromper o uso das contramedidas (ONU, 2007, p. 131). O artigo 53 do Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001⁸⁴ complementa essa disposição, ao estatuir que as contramedidas devam ser interrompidas quando o Estado responsável cumprir suas obrigações, pois, nesse momento, não haverá mais motivo para sua continuidade.

Igualmente, sempre que possível, as contramedidas devem ser reversíveis. O artigo 49, parágrafo 3º, do Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001⁸⁵, estabelece que as contramedidas sejam adotadas de modo a permitir que, quando não haja mais motivo para sua continuidade, as obrigações internacionais violadas pelo Estado lesado possam voltar a ser cumpridas. Segundo os comentários ao Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001, essa disposição inspira-se em uma analogia com o artigo 72, parágrafo 2º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969⁸⁶, o qual prevê que, em caso de suspensão da execução de um tratado, as partes devam evitar a prática de atos que possam acarretar a impossibilidade futura de execução do tratado (ONU, 2007, p. 131). Há, também, um fundamento na jurisprudência

contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.

⁸³ “Artigo 49. Objeto e limites das contramedidas. 2. As contramedidas são limitadas à inexecução temporária de obrigações internacionais do Estado que adota as medidas contra o Estado responsável” (tradução do autor).

⁸⁴ “Artigo 53. Cessação das contramedidas. Colocar-se-á fim às contramedidas tão logo o Estado responsável tenha cumprido suas obrigações em relação ao fato internacionalmente ilícito em conformidade com o disposto na Parte Dois” (tradução do autor).

⁸⁵ “Artigo 49. Objeto e limites das contramedidas. 3. As contramedidas devem, na medida do possível, ser adotadas de maneira a permitir a retomada do cumprimento das obrigações em questão” (tradução do autor).

⁸⁶ “Artigo 72. Consequências da Suspensão da Execução de um Tratado. 2. Durante o período da suspensão, as partes devem abster-se de atos tendentes a obstruir o reinício da execução do tratado.”

internacional para esse dispositivo, pois a Corte Internacional de Justiça, no caso *Projeto Gabčíkovo-Nagymaros*, em 1997, alegou a necessidade de que as contramedidas sejam reversíveis, embora não tenha aprofundado o tema (CIJ, 1997, p. 57).

Essa necessidade de reversibilidade das contramedidas não tem caráter absoluto. Isso fica claro na expressão “na medida do possível”, usada no referido artigo do Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001, que indica a necessidade de que o Estado lesado, caso tenha opção de aplicar contramedidas reversíveis ou irreversíveis, escolha as primeiras (ONU, 2007, p. 131). Se o Estado lesado se afastar desse preceito, infundindo um dano irreparável no Estado responsável, a licitude da medida poderá ser contestada, pois essa medida punitiva pode estar mais próxima de uma represália, cuja legalidade é discutível (ABASS; WHITE, 2010, p. 539).

Outro ponto é que não há necessidade de que as contramedidas sejam adotadas em relação à mesma obrigação violada pelo Estado infrator. Assim, a reação à violação de um tratado internacional pelo Estado lesado pode envolver o descumprimento de outro tratado entre as partes, desde que sejam respeitados os demais limites às contramedidas (SHAW, 2010, p. 584). Esse é um tema bastante importante no que se refere às contramedidas na OMC, como será visto adiante neste trabalho. Na OMC, a suspensão de obrigações pode ser no mesmo setor do mesmo acordo abrangido, em outro setor do mesmo acordo abrangido e em outro acordo abrangido, conforme artigo 22, parágrafo 3, alíneas a, b e c do ESC⁸⁷.

Analisadas algumas restrições à aplicação das contramedidas, cabe, neste ponto, investigar as condições procedimentais para aplicação do instituto e tentar responder à seguinte questão: quem determina a existência ou não do ilícito?

O objetivo da imposição de condições procedimentais é regulamentar as circunstâncias que podem dar ensejo ao uso lícito das contramedidas por parte do Estado lesado. A razão da existência dessas condições é o caráter precário em que as contramedidas estão baseadas. Em particular, trata-se da incerteza inicial que fornece a base para aplicação das contramedidas, pois a ilicitude do ato que deu causa para as contramedidas não é, em geral, objetivamente

⁸⁷ Indiretamente, o artigo 50, parágrafo 1º, do Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001 estabelece outros limites. Segundo esse artigo, as contramedidas não poderão afetar: “(b) obrigações de proteção dos direitos humanos fundamentais; (c) obrigações de caráter humanitário que proibam as represálias; (d) outras obrigações estabelecidas pelas normas peremptórias de direito internacional geral”. O Estado lesado, ao adotar as contramedidas contra o Estado responsável, deve continuar a respeitar essas obrigações substantivas, em razão de sua natureza fundamental para a sociedade internacional. Além dessas limitações substantivas, o parágrafo 2º, do artigo 50, do Projeto de Artigos da CDI de 2001, estabelece mais duas limitações em relação à resolução da disputa entre as partes (ONU, 2008, p. 133). Conforme esse artigo, o Estado que adota a contramedida não está isento de cumprir suas obrigações: “(a) em virtude de qualquer procedimento de solução de disputa aplicável entre ele e o Estado responsável; (b) de respeitar a inviolabilidade dos agentes, locais, arquivos e documentos consulares e diplomáticos”.

verificável por um terceiro ente independente, mas pelo próprio Estado que sofreu o dano, diferentemente do que ocorre na OMC, como será visto no próximo capítulo (IWASAWA; IWATSUKI, 2010, p. 1149).

O artigo 52 do Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001 regulamenta as condições procedimentais de recurso às contramedidas. A primeira condição (art. 52, parágrafo 1º, alínea *a*, do Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001) é a seguinte: o Estado lesado, antes de adotar as contramedidas, deve requerer ao Estado responsável a reparação do dano causado. O propósito dessa condição é oferecer a oportunidade ao Estado que supostamente cometeu o ilícito de rever seu ato ou tentar justificá-lo. Esse requisito faz parte do costume internacional e foi reconhecido pela jurisprudência no caso *Naulilaa*, em que a Alemanha adotou represálias (consideradas ilícitas) sem ter feito o requerimento prévio de reparação (ONU, 2006, p. 1027). Além desse precedente, a CIJ afirmou, no caso *Projeto Gabčíkovo-Nagymaros*, em 1997, que o Estado lesado deve demandar ao Estado responsável que interrompa o ilícito ou que faça a reparação (CIJ, 1997, p. 55-56).

A segunda condição procedimental é a notificação, conforme artigo 52, parágrafo 1º, alínea *b*, do Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001. O Estado lesado deve notificar o Estado responsável de sua decisão de adotar contramedidas e deve oferecer negociação. O objetivo maior dessa condição é evitar uma escalada do conflito, abrindo às partes a possibilidade de alcançarem a solução do conflito por vias pacíficas. Na prática, essas negociações costumam ocorrer de forma ampla e detalhada (ONU, 2008, p. 136)⁸⁸.

A relação entre as contramedidas e os procedimentos de solução pacífica de controvérsias é objeto de muita discussão na literatura. No projeto anterior da CDI, havia a previsão de um procedimento compulsório de verificação da legalidade das contramedidas, o que não foi contemplado no Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001. Simma, ao referir-se ao projeto anterior da CDI, sustentou que as próprias contramedidas, que não envolvem o uso da força, consistem em meios pacíficos de solução de controvérsias. Por isso, a exigência de que se busquem meios pacíficos antes de recorrer às contramedidas é questionável. Isso significaria punir a parte errada, favorecendo o Estado infrator, em vez do Estado vítima (SIMMA, 1994, p. 103). Em contraposição, Condorelli afirma, em consonância com o projeto anterior, que os meios de solução pacífica deveriam ser exauridos previamente. O autor

⁸⁸ Independentemente dessa condição de notificação prévia, o Estado lesado pode adotar contramedidas urgentes que forem necessárias para preservar seu direito, segundo o artigo 52, parágrafo 2º, do Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001. No projeto anterior, mencionava-se que poderiam ser adotadas contramedidas “provisórias”, termo que foi substituído no atual projeto pelo termo “urgentes”, uma vez que todas as contramedidas têm natureza provisória.

defende que, em razão da necessidade de a demanda de reparação não ter tido êxito, o direito internacional exige o esgotamento preliminar da negociação como condição de legitimidade para o emprego das contramedidas (CONDORELLI, 1994, p. 112).

Uma posição interessante sobre esse tema foi feita pelo Reino Unido em relação ao texto de 2000 do projeto sobre responsabilidade. Trata-se de uma posição que demonstra a recalcitrância dos Estados em relação à necessidade de submissão da determinação da existência do ilícito a um meio de solução de controvérsias determinado. A delegação do Reino Unido afirmou:

A presumida obrigação de oferecer negociações antes de adotar contramedidas e de suspender as contramedidas enquanto se estejam celebrando negociações não está em conformidade com o direito internacional geral. O tribunal arbitral que decidiu sobre o assunto no caso *Air Services Agreement*, entre Estados Unidos e França, observou que não considerava que, no Estado atual das relações internacionais, fosse possível estabelecer uma norma que proibisse o uso de contramedidas durante as negociações, e essa posição não se modificou. Além disso, não é uma norma de índole prática, nem desejável de *lege ferenda* (tradução do autor)⁸⁹.

Ao tratar desse dispositivo do Projeto de 1996 que estabelecia que o Estado que aplicasse a contramedida aderiria também a uma espécie de cláusula de jurisdição obrigatória, Arantes Neto afirmou o seguinte:

Esse dispositivo era visto por Gaetano Arangio-Ruiz como uma forma corretiva dos inconvenientes e perigos do uso unilateral das contramedidas: ao mesmo tempo em que não impedida o recurso às contramedidas pelos Estados, provia um juízo imparcial *ex post facto* sobre sua legalidade, de caráter compulsório e de efeitos vinculantes para as partes (ARANTES NETO, 2008, p. 174).

Algumas disposições previstas na Carta da ONU servem de baliza para este tema. No artigo 2º, parágrafo 3º, da Carta da ONU, está prevista obrigação positiva de os Estados buscarem resolver suas controvérsias de forma pacífica, nos seguintes termos: “Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.” Além disso, essa disposição é complementada pelo artigo 33, parágrafo 1º, da Carta da ONU⁹⁰, que assim prevê o dever de os Estados buscarem, antes de tudo, resolver suas controvérsias por algum dos meios citados, sem fazer uma enumeração exaustiva. Desse modo, há dois princípios básicos: os Estados estão obrigados a recorrer a meios pacíficos, mas têm liberdade para escolher entre os meios disponíveis.

⁸⁹ Naciones Unidas, Asamblea General, Quincuagésimo Quinto Período De Sesiones, Documentos Oficiales, Sexta Comisión, 14ª Sesión Celebrada El Lunes, 23 De Octubre De 2000, A/C.6/55/Sr.14, Par. 35.

⁹⁰ Artigo 33, par. 1º. As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha.

A Declaração de Manila sobre Solução de Pacífica de Controvérsias, feita por meio da Resolução da Assembleia Geral 37/10, em 1982, também fornece parâmetros para a presente discussão. Conforme o parágrafo 8º da Declaração, os Estados devem abster-se de adotar qualquer medida que possa agravar a situação ao ponto de colocar em risco a manutenção da paz e da segurança internacionais, tornando, assim, mais difícil a solução pacífica da controvérsia. Em sentido semelhante, a CIJ afirmou, no caso *Reféns em Teerã*, que nenhuma ação deveria ser tomada pelas partes que pudesse agravar a tensão entre os dois países (CIJ, 1980, p. 43). Tendo em vista essa liberdade de escolha e a pressão dos Estados, a CDI acabou cedendo e retirando o dispositivo de seu projeto, por não estar de acordo com o atual desenvolvimento do direito internacional.

Acerca da possibilidade de se recorrer a contramedidas durante as negociações, não há regra em direito internacional que as considere proibidas nessa situação. No caso *Air Service Agreement*, o tribunal arbitral sustentou esse ponto, afirmando que não é possível estabelecer “uma norma que proíba o uso de contramedidas durante as negociações, especialmente quando essas contramedidas estão acompanhadas de uma oferta de um procedimento que viabilize a possibilidade de acelerar a solução da disputa” (ONU, 2006c, p. 445).

Relativamente ao uso de contramedidas quando a questão está submetida a um procedimento judicial, a regulamentação é mais restritiva. Conforme o artigo 52, parágrafo 3º, alínea *b*, do Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001, as contramedidas não devem ser adotadas (ou devem ser suspensas, se já tiverem sido aplicadas), caso “a disputa esteja pendente em um tribunal que tenha autoridade para adotar decisões vinculantes para as partes”. Desse modo, as contramedidas não são admitidas na hipótese de o litígio estar submetido a uma corte que tenha jurisdição sobre a disputa e que possa prolatar decisões obrigatórias.

Essa impossibilidade está condicionada à pressuposição de que o Estado alvo das contramedidas aja, durante os procedimentos judiciais, de boa fé. Esse Estado não poderia usar o procedimento apenas como um meio protelatório, por exemplo, para tentar retardar o cumprimento de suas obrigações. Essa regra da boa fé está disciplinada no parágrafo 4º do artigo 52 do Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001.

Iwasawa e Iwatsuki relacionam essa disposição à aplicação do princípio da necessidade. Para os autores, em razão da natureza unilateral e coercitiva das contramedidas, o Estado lesado pode recorrer a contramedidas com a limitação de que estas sejam necessárias para a resolução pacífica de suas controvérsias. Desse modo, a legalidade das contramedidas deve ser avaliada diante da situação concreta, tendo em vista o princípio da necessidade. Caso

o Estado alvo das contramedidas esteja se submetendo de boa fé a procedimentos judiciais de um tribunal que adota decisões vinculantes, fica claro que a necessidade de adotá-las não existe (IWASAWA; IWATSUKI, 2010, p. 1153-1154).

Respondendo à pergunta formulada anteriormente, é possível afirmar que, da forma como apresentada no atual Projeto da CDI/ONU de 2001, a determinação da condição de possibilidade de sua aplicação de modo lícito incumbe ao próprio Estado que aplicará as contramedidas. Desse modo, percebe-se que o princípio do *nemo iudex in causa sua*, segundo o qual, para se evitar a parcialidade no julgamento, ninguém deve ser juiz em causa própria, não é respeitado no âmbito da implementação da responsabilidade internacional por meio deste instituto. Nesse ponto, a juridicidade do instituto cede espaço para a política.

2.6 As contramedidas na prática internacional: análise de alguns casos paradigmáticos

2.6.1 Caso Naulilaa, 1928 (Portugal v. Alemanha)

O caso envolve a adoção de represálias com o uso da força, mas fornece alguns elementos caracterizadores das contramedidas, como a necessidade de um ilícito internacional prévio, o dever de notificação e o princípio da proporcionalidade (SVERRISSON, 2008, p. 87).

O tribunal arbitral foi estabelecido com base no Tratado de Versalhes. A sentença arbitral foi proferida em 31 de julho de 1928, envolvendo Portugal como demandante e Alemanha como demandada (ONU, 2006b, p. 1013).

Os fatos são os seguintes. Em 24 de agosto de 1914, um destacamento alemão atacou de surpresa o posto vizinho português de Maziua, em Moçambique, que era colônia portuguesa naquele período. O comandante alemão acreditava, erroneamente, que Portugal estivesse em guerra com a Alemanha. Em 19 de outubro de 1915, um funcionário e dois oficiais alemães foram mortos no posto português de Naulilaa. Em represália a esse incidente, forças alemãs atacaram e destruíram, na região do Bas-Cubango, o forte de Cuangar, os postos de Bunga, Sambio, Dirico e Mucusso (ONU, 2006b, p. 1014).

A reclamação portuguesa envolvia os danos causados pelos ataques, e a Alemanha afirmou que sua ação justificava-se como represália. O tribunal rejeitou o argumento alemão

basicamente por três motivos. Em primeiro lugar, o tribunal afirmou que é uma *conditio sine qua non* a existência um ato ilícito prévio para que seja justificável a represália. Para os árbitros, essa condição não foi cumprida pela Alemanha, uma vez que os atos praticados por Portugal não constituíram um ilícito internacional. Em segundo lugar, com base no princípio da notificação, é necessário um aviso antes da aplicação das represálias, o que não foi feito pela Alemanha. Em terceiro lugar, deve-se respeitar o princípio da proporcionalidade entre a represália e a ofensa sofrida. As represálias alemãs foram excessivas, pois houve uma desproporção evidente entre o incidente de Naulilaa e os seis atos de represália que o seguiram (ONU, 2006b, p. 1027-1028).

Por esses motivos, os árbitros chegaram à conclusão de que as represálias alemãs não foram lícitas segundo o direito internacional e que a Alemanha era responsável, devendo reparar os danos causados a Portugal pelas agressões de Maziua, Cuangar, Bunga, Sambio, Dirico, Mucusso e Naulilaa (ONU, 2006b, p. 1028; 1033).

2.6.2 Caso *Air Service Agreement*, 1978 (França v. Estados Unidos)

Este foi um dos casos paradigmáticos acerca das contramedidas, a começar pelo fato de que se referiu expressamente a esse termo. Além disso, o tribunal arbitral precisou o conceito de contramedidas, afirmando a necessidade de violação prévia do direito internacional, o princípio da proporcionalidade e a possibilidade de aplicação de contramedidas durante as negociações.

Por meio de um compromisso arbitral de 11 de julho de 1978, os Estados Unidos da América e a França submeteram a disputa acerca da interpretação do *Air Service Agreement of 1946* ao tribunal arbitral, que prolatou sua sentença em 9 de dezembro de 1978 (ONU, 2006c, p. 418).

Os fatos eram os seguintes. Em 20 de fevereiro de 1978, a empresa americana Pan American World Airways (Pan Am) informou às autoridades francesas seu plano de retomar o serviço West Coast-London-Paris, com troca de aeronave (*change of gauge*) em Londres. Esse plano de voo não foi aceito pelas autoridades francesas, que alegaram que o referido tratado permite a troca de aeronave apenas no território das partes contratantes. Em 3 de maio de 1978, as autoridades francesas instruíram o capitão de um voo da Pan Am a retornar sem

desembarcar os passageiros, nem as cargas. A partir desse momento, os voos da Pan Am foram suspensos (ONU, 2006c, p. 420).

Em 4 de maio, os Estados Unidos propuseram à França submeter a questão à arbitragem. Em 9 de maio, a autoridade competente norte-americana deu ordem às companhias francesas *Air France* e *Union de transports aériens (UTA)* para que estas apresentassem todos os seus planos de voos com destino e origem aos Estados Unidos. Em 18 de maio de 1978, a autoridade americana deu uma segunda ordem, sujeita à aprovação do Presidente, para proibir a *Air France* de operar seus voos com destino e origem em Los Angeles e Paris por via de Montreal, enquanto a proibição de voos da Pan Am continuasse. Essa ordem não foi implementada (ONU, 2006c, p. 420-421).

A França alegou que sua decisão de proibir os voos da Pan Am não foi uma violação ao Tratado e, desse modo, não constituiria justificativa para as contramedidas. Além disso, a França sustentou que as contramedidas só poderiam ser usadas na ausência de outros meios e que os Estados Unidos não fizeram uma notificação formal. Por fim, a França alegou que as ordens feitas pela autoridade americana eram desproporcionais, pois os direitos das companhias francesas não eram contestados (diferentemente dos direitos da empresa americana) e que os danos sofridos pela *Air France* foram maiores que os sofridos pela *Pan Am*. Por sua vez, os Estados Unidos contestaram esses argumentos, afirmando que as contramedidas estavam em conformidade com o direito internacional (ONU, 2006c, p. 427-428).

Para o tribunal, caso uma situação resulte em violação a uma obrigação internacional por outro Estado, o Estado lesado pode afirmar seus direitos através de contramedidas. É interessante que, segundo o tribunal, cabe ao próprio Estado avaliar se houve essa violação. Segundo a sentença arbitral, apesar de ser admitido que a noção de equivalência seja fundamental na aplicação das contramedidas, em um caso concreto essa aferição é difícil e deve ser feita de modo aproximativo. Para o Tribunal, não basta a não equivalência quantitativa exata dos prejuízos sofridos pelas empresas dos dois países para caracterizar a contramedida americana como desproporcional, pois deveria ser levada em consideração a importância da violação inicial francesa no marco da política norte-americana geral em transporte aéreo. Assim, o tribunal adotou uma perspectiva mais ampla, ao considerar a gravidade da violação inicial ao livre transporte aéreo. Além disso, o Tribunal, ao considerar proporcionais e lícitas as contramedidas aplicadas pelos Estados, afirmou que elas “reconstituem, de uma maneira negativa, a simetria das posições iniciais” (ONU, 2006c, p. 484).

A questão seguinte referiu-se aos meios alternativos às contramedidas, como negociação e procedimentos judiciais. O tribunal concordou que existe um dever geral dos Estados, com base no artigo 33 da Carta da ONU⁹¹, de buscarem resolver suas controvérsias de forma pacífica, além de disposições específicas do tratado bilateral de 1946. O tribunal considerou que ambas essas disposições, tanto do direito internacional geral quanto do Tratado bilateral, não implicam a proibição do uso de contramedidas no curso de negociações. Avaliando o sentido das contramedidas no quadro da proporcionalidade, o tribunal afirmou que seu fim é restaurar a igualdade entre as partes e encorajá-las a continuarem as negociações com o desejo de alcançar uma solução aceitável. Assim, não há proibição de aplicá-las, desde que as partes estejam imbuídas de um espírito de moderação e de um desejo genuíno de resolver a disputa (ONU, 2006c, p. 444-445).

Em relação ao uso de contramedidas durante um procedimento judicial ou arbitral, o tribunal adotou postura mais comedida. O tribunal sustentou que deve ser mais bem elaborada a tese de que o recurso a contramedidas é proibido durante procedimentos judiciais ou arbitrais. O tribunal afirmou que, se esses procedimentos formarem parte de um arcabouço institucional que assegure a execução das obrigações, a justificativa para as contramedidas desaparece. Entretanto, isso ocorre em razão desse arcabouço institucional, e não propriamente dos procedimentos judiciais e arbitrais (ONU, 2006c, p. 445).

O tribunal decidiu, por fim, que a transportadora aérea dos Estados Unidos tem o direito de operar o plano West Coast - Paris com troca de aeronave em Londres e que os Estados Unidos tinham o direito de adotar a medida contestada pela França (ONU, 2006c, p. 446-447).

2.6.3 Caso *Reféns em Teerã*, 1980 (Estados Unidos v. Irã)

Nesse caso histórico, a CIJ abordou duas questões que se referem ao tema desta pesquisa. Em primeiro lugar, a tomada de *Reféns em Teerã* poderia ter sido considerada como uma contramedida, em razão de atos ilícitos cometidos previamente pelos Estados Unidos. Em segundo lugar, os Estados Unidos adotaram algumas medidas em resposta à tomada de

⁹¹ “Artigo 33. 1. As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha”

reféns, sendo que algumas podem ser enquadradas como retorsões e outras como contramedidas.

No contexto histórico da Revolução Iraniana, estudantes muçulmanos invadiram a embaixada norte-americana em Teerã e fizeram diversos funcionários reféns. Em 16 de janeiro de 1979, o xá do Irã, monarca da dinastia Pahlavi, foi para o exílio, e a Revolução Iraniana venceu, destacando-se a figura do Aiatolá Khomeini.

Em outubro de 1979, o Xá do Irã foi admitido nos Estados Unidos para tratamento médico, com protestos do governo iraniano, que antes havia garantido aos Estados Unidos a proteção à sua embaixada. Em 4 de novembro de 1979, manifestantes armados, pertencentes ao grupo “Estudantes muçulmanos partidários da política do Imam”, invadiram a embaixada americana em Teerã, fazendo reféns o pessoal diplomático e consular, além de outros indivíduos (CIJ, 1980, p. 11-12).

Em 29 de novembro de 1979, os Estados Unidos iniciaram os procedimentos judiciais contra o Irã perante a CIJ. O Irã não reconheceu a jurisdição da Corte sobre o caso, não apresentando defesa. Entretanto, o Irã enviou uma carta à Corte, explicando sua posição. A sentença da Corte foi prolatada em 24 de maio de 1980 (CIJ, 1980, p. 4-8).

A Corte afirmou sua jurisdição com base nos Protocolos Adicionais às Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e sobre Relações Consulares, de 1961 e de 1963, os quais estabelecem resolução de disputas compulsória pela CIJ. Como a disputa está no escopo dessas duas convenções multilaterais e como ambos os países são partes nos protocolos adicionais, a Corte considerou que possuía jurisdição (CIJ, 1980, p. 24-25).

Como medidas unilaterais que podem ser caracterizadas como retorsões, o governo norte-americano começou deportações contra iranianos irregulares nos Estados Unidos e rompeu relações diplomáticas com o Irã. Em termos de contramedidas propriamente, os Estados Unidos congelaram ativos do Irã que estavam nos Estados Unidos, incluindo depósitos em bancos americanos e suas subsidiárias (CIJ, 1980, p. 16-17). A Corte, ao considerar se as medidas adotadas pelos Estados Unidos o impediriam de invocar o Tratado bilateral, mencionou explicitamente o termo “contramedidas”, afirmando que elas são “medidas adotadas em resposta ao que os Estados Unidos acreditavam ser violações graves e manifestas do direito internacional pelo Irã” (CIJ, 1980, p. 27-28).

Quanto à questão de fundo, a Corte afirmou que, na primeira fase, os fatos de 4 de novembro não poderiam ser considerados como praticados pelo Irã, pois não restou comprovado que os militantes agiram em nome do Estado, como seus agentes ou órgãos. No

entanto, as autoridades iranianas falharam em sua obrigação de proteger a embaixada americana, o que ensejou a responsabilidade internacional do Irã (CIJ, 1980, p. 29-33).

Na segunda fase, o Irã foi considerado responsável pela continuidade da detenção dos reféns e da ocupação da embaixada. Muitas autoridades do Irã aprovaram esses atos, inclusive o próprio Aiatolá Khomeini, que declarou que os reféns continuariam detidos até que os Estados Unidos entregassem o Xá. Como alguns órgãos do Estado do Irã aprovaram os atos e decidiram usá-los como meio de pressão contra os Estados Unidos, esses atos se transformaram em atos do Estado do Irã, que passou a ser internacionalmente responsável, pois os militantes se tornaram agentes do Estado do Irã (CIJ, 1980, p. 33-35).

A questão seguinte relaciona-se ao tema das contramedidas. O Irã violou obrigações contidas nas Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e sobre Relações Consulares, além de obrigações previstas em tratado bilateral. A dúvida era se essas violações poderiam ter sido interpretadas como reações (contramedidas) a 25 anos “vergonhosa exploração” do Irã pelos Estados Unidos. A Corte considerou que, apenas com a carta enviada pelo Irã, não foi possível estabelecer a existência das alegadas violações que teriam sido cometidas pelos Estados Unidos no período anterior à invasão (CIJ, 1980, p. 37-38).

Além disso, a Corte afirmou que, mesmo se as atividades ilícitas dos EUA tivessem sido comprovadas, isso não seria justificativa para os atos cometidos, pois o direito diplomático prevê meios de defesa contra atividades como espionagem e intervenção em assuntos internos, a exemplo da declaração de *persona non grata* do funcionário que as pratica (CIJ, 1980, p. 38-39).

Embora a corte não tenha sustentado esse ponto com base na teoria das contramedidas, sua linha de argumentação indica que, se uma reação menos gravosa estiver à disposição e for suficiente para resolver o problema, o Estado lesado não deve recorrer a contramedidas. Além disso, como as contramedidas iranianas envolveram ações violadoras das normas de proteção ao pessoal diplomático, elas também seriam consideradas ilícitas (SVERRISSON, 2008, p. 99).

Outra questão relevante para o tema das contramedidas refere-se à incursão militar feita pelos Estados Unidos em território iraniano em 24 e 25 de abril de 1980. A Corte considerou que esse ato unilateral americano, adotado durante o procedimento perante a Corte, mina o respeito pelo processo judicial nas relações internacionais. Além disso, a corte ordenara anteriormente que nenhuma ação deveria ser tomada pelas partes que pudesse agravar as tensões. Esse ponto da decisão teve influência na questão da legalidade da adoção de contramedidas enquanto pendente um caso em juízo. No entanto, a corte asseverou que

essa operação americana não afeta as afirmações feitas sobre a responsabilidade do Irã (CIJ, 1980, p. 43-44).

2.6.4 Caso Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua, 1986 (Nicarágua v. Estados Unidos)

Este caso teve importância na evolução jurisprudencial acerca da regulamentação das contramedidas. Em particular, teve importância em relação ao tema do uso da força como contramedida e do direito a contramedidas coletivas.

A disputa submetida à Corte envolve os eventos ocorridos após a queda do governo do Presidente Anastasio Somoza, na Nicarágua, em julho de 1979, e as atividades do governo americano em relação à Nicarágua desde esse período. O governo instalado na Nicarágua, após a queda de Somoza, era liderado pela Frente Sandinista de Libertação Nacional. A partir de 1981, os Estados Unidos interromperam sua ajuda à Nicarágua afirmando que esta estava apoiando uma guerrilha em El Salvador (CIJ, 1986, p. 20-21).

Posteriormente, os Estados Unidos começaram a prestar apoio aos *contras*, um termo cunhado para designar os movimentos de oposição ao novo governo da Nicarágua. Segundo a Nicarágua, os *contras* praticaram diversos crimes, como a morte de prisioneiros e de civis, estupro, sequestro, tortura. A Nicarágua também sustentou que certas atividades não foram levadas a cabo pelos *contras*, mas por pessoas pagas pelo governo americano e sob seu comando (CIJ, 1986, p. 21-22).

Em 9 de abril de 1984, o governo da Nicarágua iniciou uma demanda perante a CIJ contra os Estados Unidos em relação a atividades militares e paramilitares praticadas contra a Nicarágua. Em novembro de 1984, a Corte afirmou que tinha jurisdição sobre o caso, com base na cláusula facultativa de jurisdição obrigatória de seu Estatuto, que os Estados Unidos haviam depositado em 1946. Os Estados Unidos sustentavam que a Corte não teria essa jurisdição, pois, em 6 de abril de 1984, fizeram uma reserva unilateral à jurisdição da Corte, dizendo que essa jurisdição não se aplicaria a disputas com países da América Central ou a eventos ocorridos na América Central. A Corte rejeitou essa alegação, pois a reserva americana não poderia entrar em vigor imediatamente. Depois disso, os Estados Unidos abandonaram o caso (CIJ, 1984, p. 415-421).

Quanto às questões de mérito, a Corte, inicialmente, decidiu rechaçar a alegação de legítima defesa coletiva apresentada pelos Estados Unidos em relação às atividades militares e paramilitares. A Corte também considerou que os Estados Unidos, ao treinar, equipar e financiar os *contras*, infringiram sua obrigação, prevista no direito consuetudinário, de não intervir nos assuntos internos da Nicarágua. Além disso, a Corte considerou que os Estados Unidos, ao praticarem ataques contra a Nicarágua, violaram a obrigação costumeira internacional de não usar a força nas relações internacionais. Em sentido diverso, a Corte considerou que os Estados Unidos, ao elaborarem o manual “Operações psicológicas em guerra de guerrilhas” e difundi-lo aos *contras*, estimularam o cometimento de atos contrários ao direito internacional humanitário; entretanto, o cometimento desses atos contrários ao direito internacional humanitário não podem ser imputados aos Estados Unidos como atos praticados pelos Estados Unidos. Essas são algumas das violações às normas internacionais praticadas pelos Estados Unidos que, por isso, foram condenados também a pagar indenização à Nicarágua (CIJ, 1986, p. 146-149).

Relativamente ao tema das contramedidas, a CIJ analisou se os atos dos Estados Unidos poderiam ser justificados com base no “direito de adotar contramedidas em resposta à conduta da Nicarágua”, o que foi feito em conexão com análise do princípio de não intervenção (CIJ, 1986, p. 106).

Os Estados Unidos justificaram seu apoio aos *contras* ao alegar que a Nicarágua adotou conduta similar ao armar a oposição em El Salvador e, em menor extensão, em Honduras e na Costa Rica. A Corte rejeitou essa justificativa como direito de legítima defesa coletiva. Relativamente às contramedidas, a CIJ afirmou o seguinte:

Os atos dos quais a Nicarágua é acusada, mesmo assumindo que tenham sido estabelecidos e sejam imputáveis àquele Estado, apenas podem justificar contramedidas proporcionais por parte do Estado que foi vítima desses atos, no caso, El Salvador, Honduras e Costa Rica. Eles não podem justificar contramedidas adotadas por terceiro Estado, os Estados Unidos, e particularmente não podem justificar intervenção envolvendo o uso da força (CIJ, 1986, p. 127).

2.6.5 Caso Projeto *Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997 (Hungria v. Eslováquia)

Este caso teve importância para as contramedidas ao estabelecer alguns de seus requisitos, como a necessidade de ser uma resposta a um ilícito, de ser dirigida contra o Estado ofensor, de ser reversível e de ter o objetivo de induzir o cumprimento da obrigação

internacional. O maior destaque, entretanto, deve-se à análise da proporcionalidade das contramedidas.

Hungria e Eslováquia, mediante notificação conjunta, apresentaram o caso à CIJ em virtude de um acordo especial que submetia a controvérsia a essa corte. O caso decorre de um tratado firmado em 16 de setembro de 1977 entre a República Popular da Hungria e a República Popular da Tchecoslováquia relativo à construção e ao funcionamento do sistema de eclusas Gabčíkovo-Nagymaros. O investimento conjunto destinava-se essencialmente à produção de energia hidroelétrica, à melhoria da navegação em parte do Rio Danúbio e à proteção contra inundações nas zonas ribeirinhas. A seção do Danúbio a que se refere este caso é de aproximadamente 200 km, situada entre Bratislava, na Eslováquia, e Budapeste, na Hungria. Uma das eclusas projetadas era em Gabčíkovo, na Checoslováquia, e a outra em Nagymaros, na Hungria (CIJ, 1997, p. 17-18).

Em razão de críticas internas ao projeto, em 1989 a Hungria suspendeu e depois abandonou sua parte nas obras do projeto. Celebraram-se negociações entre as partes, e a Tchecoslováquia decidiu continuar o projeto com algumas mudanças. A solução alternativa da Tchecoslováquia foi a “Variante C”, que consistia em um desvio unilateral do Danúbio pela Tchecoslováquia em seu território. Em seu estágio final, incluía a construção, em Cunovo, de uma barragem e de um dique que unisse a barragem à margem sul do canal de desvio, além de obras secundárias (CIJ, 1997, p. 25). A corte tinha a tarefa de julgar se essa “Variante C” era uma medida unilateral ilegal ou não.

A Hungria sustentou que a “Variante C” violava o Tratado de 1977 e o direito internacional geral. Além disso, a Hungria defendeu que a consideração de que a “Variante C” era uma contramedida justificável não se sustentava, pois não se adequava ao requisito da proporcionalidade (CIJ, 1997, p. 52).

A Eslováquia, que se tornou independente em 1993, alegou que suas ações eram legais em razão do princípio da aplicação aproximada, que as ações da Hungria tornaram impossível a implementação do Tratado de 1977 e que a “Variante C” era o mais próximo possível da solução original. A Eslováquia também sustentou que tinha a obrigação de mitigar os danos sofridos pelo não cumprimento do Tratado de 1977 pela Hungria. A Eslováquia, por fim, defendeu que a “Variante C” justificava-se como contramedida. (CIJ, 1997, p. 52)

A Corte rejeitou as teses da aplicação aproximada e do dever de mitigar danos como justificativa para a “Variante C”, considerando-a um fato internacionalmente ilícito (CIJ, 1997, p. 53-55).

Depois de determinar que a “Variante C” constituía um ilícito, a Corte passou a analisar o argumento de que a “Variante C” justificava-se, com base no direito internacional, pela doutrina das contramedidas. A CIJ afirmou que a aplicação de contramedidas deve observar certas condições. Em primeiro lugar, elas devem ser adotadas em resposta a um fato ilícito internacional e ser dirigidas contra o Estado que o causou. A Corte considerou que a “Variante C”, adotada pela Eslováquia, era uma resposta ao ilícito praticado pela Hungria ao abandonar o projeto e era dirigida contra este Estado. Em segundo lugar, a Corte decidiu que o Estado lesado deve demandar ao Estado responsável que pare o ilícito ou que faça a reparação. A Eslováquia efetivamente solicitou à Hungria que retomasse o cumprimento de suas obrigações decorrentes do Tratado (CIJ, 1997, p. 55-56).

Entretanto, a Corte considerou que o desvio do Danúbio praticado pela Eslováquia não atingiu o critério da proporcionalidade em relação ao dano sofrido, tendo em vista os direitos em causa. A “Variante C” não era, assim, uma contramedida lícita. A CIJ assim se manifestou:

Na opinião da Corte, uma condição importante é que os efeitos de uma contramedida devem ser proporcionais aos danos sofridos, tendo em conta os direitos em causa. (...) A Corte considera que a Tchecoslováquia, assumindo o controle de um recurso compartilhado de forma unilateral e, assim, privando a Hungria de seu direito a uma parte equitativa e razoável de recursos naturais do Danúbio – com os efeitos continuados do desvio dessas águas na ecologia da zona ribeirinha Szigetköz -, não respeitou a proporcionalidade requerida pelo direito internacional (CIJ, 1997, p. 56, tradução do autor).

Por fim, a Corte afirmou que existem outros critérios a serem observados na aplicação de contramedidas, como a necessidade de que estas tenham o objetivo de induzir o Estado faltoso a cumprir suas obrigações internacionais e de que sejam reversíveis. Entretanto, como já tinha determinado que elas eram ilícitas, a Corte não analisou esses dois outros critérios (CIJ, 1997, p. 56-57).

Após análise desses casos paradigmáticos e ao final deste capítulo, pode-se perceber, em resumo, que as contramedidas são, ao mesmo tempo, o reflexo de um direito internacional clássico e a expressão de novas limitações trazidas pelo direito internacional contemporâneo. Por um lado, o instituto está próximo ao direito internacional clássico, na medida em que reafirma a noção de autotutela na sociedade internacional. Por outro, a atual tentativa de limitação precisa dos contornos jurídicos do instituto, por meio do Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001, demonstra a pretensão a uma sociedade internacional cada vez mais regulada pelo Direito e com menos espaço para a arbitrariedade dos Estados.

O esforço atual da sociedade internacional pretende reduzir, em parte, esse espaço dedicado à política, por meio de maior normatização do sistema. Ao diminuir a margem de arbitrariedade dos Estados em resposta a ilícitos internacionais, por intermédio da definição mais clara das contramedidas, o direito internacional contemporâneo avança no sentido de atingir maior previsibilidade e estabilidade nas relações internacionais, duas de suas principais finalidades.

Essa maior definição é muito necessária à sociedade internacional, pois, em casos de violação ao direito internacional, raramente um Estado admite ser o primeiro ofensor. Na prática do direito internacional, as violações às normas internacionais são apresentadas como reações a um ato prévio do outro Estado. O Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001 visa a limitar os abusos e os excessos frequentemente cometidos pelos Estados ao invocarem seu direito à autotela.

Entretanto, é necessário fazer uma atenuação a essas afirmações. A demora na elaboração do projeto de artigos sobre responsabilidade e a dificuldade de torná-lo um tratado internacional demonstram, além da complexidade do tema, a relutância dos Estados em juridicizar um tema tão sensível ao seu poder soberano. Isso indica que, apesar da tentativa e do desejo de maior legalidade para o sistema, ocorre uma permanência de elementos políticos na sociedade internacional que dificultam a tentativa de redução do espaço discricionário dos Estados.

Especificamente sobre a natureza e a finalidade das contramedidas no direito internacional atual, cabem também algumas observações. Considerando-se que as contramedidas consistem em um meio instrumental de coerção do Estado violador com a finalidade de coagi-lo não só a reparar integralmente o dano causado, mas também a cessar e garantir que não irá repetir sua conduta ilícita, as contramedidas contribuem para aumentar a proteção do direito na sociedade internacional. Uma restrição básica a essa finalidade é necessidade de reação proporcional ao prejuízo sofrido, de modo a não tornar a medida um ato punitivo excessivo.

Acerca das condições procedimentais para a aplicação das contramedidas, observa-se que o direito internacional padece de um defeito grave, sob o ponto de vista da jurisdicalização do sistema internacional. O princípio do *nemo iudex in causa sua*, segundo o qual, para se evitar a parcialidade no julgamento, ninguém deve ser juiz em causa própria, não é respeitado no âmbito da implementação da responsabilidade internacional. A determinação da existência ou não do ilícito internacional, condição prévia essencial para a aplicação de contramedidas, não é realizada necessariamente em um meio jurisdicional de

solução de controvérsias, como os meios arbitrais internacionais ou os meios judiciários. Como o próprio Estado pode fazer essa determinação, percebe-se a importância do espaço político nesse aspecto.

Após essa investigação sobre as contramedidas tal como regulamentadas no direito internacional geral, cabe, neste momento, fazer análise sobre as contramedidas tal como regulamentadas no regime especial da OMC.

3 AS CONTRAMEDIDAS NO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC

3.1 O sistema de solução de controvérsias da omc: da prevalência do pragmatismo político-diplomático ao maior legalismo

Antes de começar a tratar especificamente das contramedidas na OMC, é importante contextualizá-las no âmbito do sistema de solução de controvérsias da organização, que foi um dos mais importantes resultados da Rodada Uruguai (1986-1994)⁹², uma vez que produziu a maior reforma do sistema multilateral de comércio desde a criação do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio em 1947, o GATT 1947.

Os procedimentos de solução de controvérsias entre os Membros, criados juntamente com a nova organização internacional, consubstanciaram-se no Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC) previsto no Anexo 2 da Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, de 1994, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Conforme artigo 3.2 do ESC, “o sistema de solução de controvérsias da OMC é elemento essencial para trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio”.

Ao tratar da finalidade do sistema de solução de controvérsias, Ana Cristina Paulo Pereira faz a seguinte avaliação:

O mecanismo de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio constitui o pilar central do sistema multilateral de comércio, garantindo aos Membros a previsibilidade e a segurança necessárias para que continuem assumindo compromissos nos diferentes setores regulados pelos acordos administrados pela referida organização internacional (acordos abrangidos) (PEREIRA, 2003, p. 1).

O procedimento da OMC não é inédito, pois o GATT 1947 também previa uma solução de controvérsias entre as Partes-Contratantes, tendo como centro o disposto nos seus artigos XXII⁹³ e XXIII⁹⁴. O procedimento previsto nesse Artigo XXIII.2 dispunha que as

⁹² Como afirmado por Horlick, a “joia da coroa da Rodada Uruguai é o Entendimento sobre Solução de Controvérsias.” (HORLICK, 2002, p. 636)

⁹³ Artigo XXII. *Consultas*. 1. Cada parte contratante examinará com compreensão as representações que lhe sejam encaminhadas por qualquer outra parte contratante e deverá se prestar a consultas a respeito daquelas representações, desde que elas digam respeito a questões relativas à aplicação do presente acordo. 2. As partes contratantes poderão, a pedido de uma das partes contratantes, entrar em entendimentos com uma ou

próprias Partes-Contratantes, atuando em conjunto, ficavam encarregadas de tratar de qualquer disputa que surgisse entre elas. Nos primeiros anos do GATT 1947, as disputas foram resolvidas por resoluções do Presidente do Conselho. Posteriormente, as disputas foram submetidas a Grupos de Trabalho compostos de representantes de todas as partes interessadas, inclusive as partes diretamente envolvidas na disputa, que adotavam relatórios por consenso. Por sua vez, esses grupos de trabalho foram substituídos por Grupos Especiais, compostos de 3 a 5 especialistas independentes, que não eram vinculados às partes em disputa. Esses Grupos Especiais adotavam relatórios com recomendações e resoluções acerca da controvérsia, submetendo-os ao Conselho do GATT 1947. Para que esses relatórios se tornassem juridicamente vinculantes às partes na controvérsia, era necessário que o Conselho os aprovasse (WTO SECRETARIAT, 2004, p. 12). Acerca do aspecto positivo dessa nova situação, Lafer afirma que a “inclusão do *tertius*, de maneira institucionalizada, despolitizava a situação e o processo de qualificação jurídica dos fatos” (LAFER, 1998, p. 118).

Como se percebe, a solução de controvérsias passou por um processo de evolução ao longo da vigência da GATT 1947. Gradualmente, as Partes-Contratantes codificaram as práticas que estabeleciam em virtude do procedimento de solução de controvérsias. Entre as mais relevantes, encontram-se a Decisão de 5 de abril de 1966 sobre os procedimentos em virtude do artigo XXIII (BISD 14S/18); o Entendimento relativo às notificações, às consultas, à solução de controvérsias e à vigilância, adotado em 28 de novembro de 1979 (BISD

várias partes contratantes sobre questões para as quais a solução satisfatória não poderia ser alcançada através das consultas previstas no parágrafo primeiro.

⁹⁴Artigo XXIII. “*Proteção de concessões e vantagens* 1. No caso de uma parte contratante considerar que uma vantagem qualquer resultante para ela, direta ou indiretamente, do presente acordo, está sendo anulada ou reduzida, ou que um dos objetivos do acordo está sendo dificultado, em consequência: (a) do não cumprimento por outra das partes contratantes dos compromissos pela mesma assumidos em virtude do presente acordo; (b) da aplicação por outra das partes contratantes de uma medida, contrária ou não às disposições do presente acordo; ou (c) da existência de qualquer outra situação, dita parte contratante, a fim de obter solução satisfatória para a questão, poderá dirigir representações ou propostas por escrito à outra ou outras partes contratantes que lhe parecerem interessadas. Qualquer parte contratante, por essa forma interpelada, examinará, com boa vontade, as representações ou propostas que lhe tenham sido dirigidas. 2. Se as partes contratantes interessadas não chegarem a um acordo satisfatório dentro de um prazo razoável, ou se a dificuldade for uma das previstas no § 1 (c) deste artigo, a questão poderá ser submetida às partes contratantes. As partes contratantes iniciarão, sem demora, uma investigação sobre qualquer assunto que lhes seja submetido e, se julgarem conveniente, dirigirão recomendações especiais e apropriadas às partes contratantes que julguem interessadas, ou baixarão normas sobre a questão. As partes contratantes, quando acharem necessário, poderão efetuar consultas com as outras partes contratantes, com o conselho econômico e social das nações unidas e com qualquer outra organização intergovernamental competente. Se elas consideram que as circunstâncias são suficientemente graves para justificar uma tal medida, poderão autorizar uma ou várias partes contratantes a suspender, com respeito a tal outra ou tais outras partes contratantes, a aplicação de qualquer concessão ou outra obrigação resultantes do acordo geral cuja suspensão justificada elas examinarão, levando em conta as circunstâncias. Se uma tal concessão ou outra obrigação, for efetivamente suspensa com respeito a uma parte contratante, será permitido à referida parte contratante, no prazo de 60 dias, a contar da data da aplicação desta suspensão, notificar por escrito ao secretário executivo⁹⁴ das partes contratantes, sua intenção de denunciar o acordo geral; esta denúncia se efetuará ao término do prazo de 60 dias, contados a partir da data em que o secretário executivo das partes contratantes tiver recebido a aludida notificação”.

26S/210); a Decisão sobre solução de controvérsias, prevista na Declaração Ministerial de 29 de novembro de 1982 (BISD 29S/13); e a Decisão sobre solução de controvérsias, de 30 de novembro de 1984 (BISD 31S/9) (WTO Secretaria, 2004, p. 13).

Entretanto, o GATT 1947 padecia dos chamados na literatura de *birth defects* (JACKSON, 2000, p. 177), entre os quais se destaca o critério do consenso positivo no procedimento de solução de controvérsias, que vigorou até o surgimento da OMC. O consenso positivo do Conselho do GATT 1947 era necessário em três importantes momentos do procedimento: submissão da controvérsia a um Grupo Especial, mais conhecido pelo termo em inglês *panel*; adoção do relatório do Grupo Especial; autorização para aplicação de contramedidas. Isso significava que, para a decisão ser aprovada no Conselho, nenhuma das Partes-Contratantes poderia opor-se à sua adoção. Como as partes na controvérsia não estavam excluídas de participação na decisão, a parte que se sentisse prejudicada poderia bloquear a formação do consenso.

Apesar de ter havido vetos, as partes demandadas individualmente se abstiveram, na maior parte dos casos, de exercer esse direito de bloqueio da decisão, embora isso as prejudicasse no curto prazo. Muitos Grupos Especiais foram criados e muitos de seus relatórios adotados, embora com atraso em alguns casos, mas houve apenas uma autorização para aplicação de contramedidas. A razão era tanto um interesse sistêmico de longo prazo quanto o receio de que o uso do veto gerasse reciprocidade. Um dos problemas gerados pelo consenso positivo era o de que muitas demandas simplesmente não eram submetidas ao sistema do GATT, pois a parte demandante suspeitava que sua demanda não se concretizaria. Outro problema é que o risco de um possível bloqueio da decisão deve ter influenciado as resoluções dos Grupos Especiais, incentivando os especialistas a buscarem uma solução mais diplomática e menos jurídica. Além disso, nos anos de 1980, as partes efetivamente bloquearam, de modo crescente, a adoção de muitas decisões, o que gerou maior perda de confiança na capacidade de o sistema resolver controvérsias entre elas (WTO SECRETARIAT, 2004, p. 13-14).

A Rodada Uruguai trouxe modificações importantes por meio do ESC. No sistema atual, existem prazos detalhados e concretos, que permeiam todo o procedimento. Além disso, foi estabelecido um órgão permanente com competência para examinar as apelações dos relatórios dos Grupos Especiais, o Órgão de Apelação (OA). Além dessas duas, possivelmente a maior inovação do ESC foi o estabelecimento da regra do consenso negativo ou reverso. Por meio desse critério, o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), que é uma

especialização do Conselho Geral da OMC⁹⁵, composto por todos os Membros da Organização, apenas não adotará uma decisão, em momentos críticos do procedimento, se houver consenso em contrário. Desse modo, o estabelecimento de Grupos Especiais⁹⁶, a adoção dos relatórios dos Grupos Especiais⁹⁷ e do OA⁹⁸ e a autorização para aplicação de contramedidas⁹⁹ são aprovadas pelo OSC de forma quase automática, pois somente não serão adotadas caso haja consenso pela sua não adoção. Esse consenso reverso é quase impossível, já que há pelo menos uma parte interessada em adotar o relatório. Não há mais, portanto, a possibilidade de bloqueio da decisão pela parte que se sinta prejudicada, como ocorria no modelo do consenso positivo vigente no GATT 1947.

Lafer consagrou a expressão “adensamento da juridicidade” para caracterizar modificações introduzidas pelo novo sistema (LAFER, 1998, p. 31-32). No GATT 1947, havia uma prevalência do pragmatismo em detrimento do legalismo. Havia certa ojeriza à solução judicial, na medida em que a solução de disputas no GATT 1947 tendia mais a uma acomodação de posições divergentes do que à aplicação do direito por terceiro imparcial (LAWSON, 2009, p. 48). Na OMC, por sua vez, essa situação se inverteu, embora não tenha havido a eliminação do componente diplomático no procedimento. Ainda há, por exemplo, uma flexibilidade no sistema, conforme previsto no artigo 5º do ESC¹⁰⁰, que estabelece a

⁹⁵ Artigo IV.3 do Acordo Constitutivo da OMC. “O Conselho Geral se reunirá quando couber para desempenhar as funções do Órgão de Solução de Controvérsias estabelecido no Entendimento sobre Solução de Controvérsias. O Órgão de Solução de Controvérsias poderá ter seu próprio presidente e estabelecerá as regras de procedimento que considere necessárias para o cumprimento de tais funções”.

⁹⁶ Artigo 6.1 do ESC. “Se a parte reclamante assim o solicitar, um grupo especial será estabelecido no mais tardar na reunião do OSC seguinte àquela em que a solicitação aparece pela primeira vez como item da agenda do OSC, a menos que nessa reunião o OSC decida por consenso não estabelecer o grupo especial”.

⁹⁷ Artigo 16.4 do ESC. “Dentro dos 60 dias seguintes à data de distribuição de um relatório de um grupo especial a seus Membros, o relatório será adotado em uma reunião do OSC 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 grupo especial não deverá ser considerado para efeito de adoção pelo OSC até que seja concluído o processo de apelação. O referido procedimento de adoção não prejudicará o direito dos Membros de expressar suas opiniões sobre o relatório do grupo especial”.

⁹⁸ Artigo 17.14. “Os relatórios do órgão de Apelação serão adotados pelo OSC e aceitos sem restrições pelas partes em controvérsia a menos que o OSC decida por consenso não adotar o relatório do órgão de Apelação dentro do prazo de 30 dias contados a partir da sua distribuição aos Membros. Este procedimento de adoção não prejudicará o direito dos Membros de expor suas opiniões sobre o relatório do órgão de Apelação”.

⁹⁹ Artigo 22.6 do ESC. “Quando ocorrer a situação descrita no parágrafo 2, o OSC, a pedido, poderá conceder autorização para suspender concessões ou outras obrigações dentro de 30 dias seguintes à expiração do prazo razoável, salvo se o OSC decidir por consenso rejeitar o pedido. No entanto, se o Membro afetado impugnar o grau da suspensão proposto, ou sustentar que não foram observados os princípios e procedimentos estabelecidos no parágrafo 3, no caso de uma parte reclamante haver solicitado autorização para suspender concessões ou outras obrigações com base no disposto nos parágrafos 3.b ou 3.c, a questão será submetida a arbitragem. A arbitragem deverá ser efetuada pelo grupo especial que inicialmente tratou do assunto, se os membros estiverem disponíveis, ou por um árbitro designado pelo Diretor-Geral, e deverá ser completada dentro de 60 dias após a data de expiração do prazo razoável. As concessões e outras obrigações não deverão ser suspensas durante o curso da arbitragem”.

¹⁰⁰ 1. Artigo 5. “1. Bons ofícios, conciliação e mediação são procedimentos adotados voluntariamente se as partes na controvérsia assim acordarem. 2. As diligências relativas aos bons ofícios, à conciliação e à mediação, e em

possibilidade de solução para a questão por meio de mediação, bons ofícios e conciliação. Nesse sentido, pode-se afirmar que a solução de controvérsias na OMC apresenta “características de um sistema híbrido – político/legal”, pois, apesar de mais complexo e elaborado que o GATT 1947, “parece manter alguns resquícios do velho pragmatismo ‘gattiano’, de modo que não está ao abrigo de críticas dos juristas mais arraigados à tradição legalista” (PEREIRA, 2003, p. 5).

Thorstensen explica a mudança de um sistema baseado no poder para um sistema mais orientado pelo direito da seguinte forma:

A criação de um mecanismo de solução de controvérsias, com caráter mandatório (binding) para solucionar os conflitos comerciais, capaz de assegurar o cumprimento das normas negociadas nos acordos da OMC, configurou o diferencial da Rodada Uruguai, ciclo de negociações multilaterais que concebeu a Organização. A finalidade seria assegurar a estabilidade e a previsibilidade das regras acordadas, transformando o antigo processo de solução de controvérsias do GATT, baseado na busca de uma solução diplomática, negociada entre as partes, em um sistema mais adensado juridicamente. Na história da OMC, o novo mecanismo transformou um sistema fundado na força (power oriented) em um sistema construído sobre regras (rule-oriented), o que permitiu a evolução e a abrangência da regulação do sistema multilateral de comércio (THORSTENSEN, 2012, p. 2).

No sistema da OMC, o fundamento jurídico de uma disputa deve estar baseado, conforme artigo 1.1 do ESC¹⁰¹, em um dos “acordos abrangidos” enunciados no anexo 1, que estabelecem os direitos e as obrigações entre os Membros. No GATT 1994 (e muitas normas de outros acordos fazem referência expressa ele), há disposições sobre solução de controvérsias nos artigos XXII e XXIII, particularmente as alíneas de *a* a *c* do parágrafo 1º do

especial as posições adotadas durante as mesmas pelas partes envolvidas nas controvérsias, deverão ser confidenciais e sem prejuízo dos direitos de quaisquer das partes em diligências posteriores baseadas nestes procedimentos. 3. Bons ofícios, conciliação ou mediação poderão ser solicitados a qualquer tempo por qualquer das partes envolvidas na controvérsia. Poderão iniciar-se ou encerrar-se a qualquer tempo. Uma vez terminados os procedimentos de bons ofícios, conciliação ou mediação, a parte reclamante poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial. 4. Quando bons ofícios, conciliação ou mediação se iniciarem dentro de 60 dias contados da data de recebimento da solicitação, a parte reclamante não poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial antes de transcorrido o prazo de 60 dias a partir da data de recebimento da solicitação de consultas. A parte reclamante poderá solicitar o estabelecimento de um grupo especial no correr do prazo de 60 dias se as partes envolvidas na controvérsia considerarem de comum acordo que os bons ofícios, a conciliação e a mediação não foram suficientes para solucionar a controvérsia. 5. Se as partes envolvidas na controvérsia concordarem, os procedimentos para bons ofícios, conciliação e mediação poderão continuar enquanto prosseguirem os procedimentos do grupo especial. 6. O Diretor-Geral, atuando *ex officio*, poderá oferecer seus bons ofícios, conciliação ou mediação com o objetivo de auxiliar os Membros a resolver uma controvérsia”.

¹⁰¹ Artigo 1.1. “As regras e procedimentos do presente Entendimento se aplicam às controvérsias pleiteadas conforme as disposições sobre consultas e solução de controvérsias dos acordos enumerados no Apêndice 1 do presente Entendimento (denominados no presente Entendimento “acordos abrangidos”). As regras e procedimentos deste Entendimento se aplicam igualmente às consultas e solução de controvérsias entre Membros relativas a seus direitos ou obrigações ao amparo do Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio (denominada no presente Entendimento “Acordo Constitutivo da OMC”) e do presente Entendimento, considerados isoladamente ou em conjunto com quaisquer dos outros acordos abrangidos”.

artigo XXIII¹⁰², que estabelecem a chamada cláusula de anulação ou prejuízo (*nullification or impairment*) de benefícios. Essa cláusula tem sua origem no GATT 1947, que poderia ser interpretado no sentido de que não era necessária a violação de uma obrigação para que houvesse a implementação do mecanismo da responsabilidade, pois bastava que ocorresse anulação ou prejuízo de benefícios, já que era essa anulação ou prejuízo que determinava o surgimento da responsabilidade da Parte-Contratante. Isso está em consonância com a concepção predominante no início do GATT, no sentido de que era um foro de negociações com a finalidade de preservar o equilíbrio de concessões, dominado pelas técnicas de solução de controvérsias *power-oriented* (ARANTES NETO, 2008, p. 236).

No âmbito do art. XXIII.1 do GATT 1994, existem três circunstâncias em que um Membro pode recorrer ao sistema de solução de controvérsias: reclamação de violação (alínea *a*); reclamação por não violação (alínea *b*); reclamação de situação (alínea *c*). O tipo de reclamação mais frequente na OMC é a reclamação de violação, sendo que deve ser feita uma leitura conjunta desse artigo do GATT 1994 com o art. 3.8 do ESC¹⁰³. Assim, em conformidade com a jurisprudência que já havia sido estabelecida no GATT 1947, caso haja a violação de uma obrigação prevista em um acordo abrangido, presume-se que tenha havido a anulação ou o prejuízo de benefícios, incumbindo ao Membro violador a difícil prova em contrário. Com essa assimilação da violação da obrigação ao efeito da anulação ou prejuízo de benefícios (a qual se assemelha à ideia de dano), o sistema da OMC afasta-se da lógica de mero foro de negociações, com o objetivo principal de preservação do equilíbrio de concessões, e aproxima-se mais da ideia de um mecanismo de implementação estrita do direito, com um sistema de solução de controvérsias baseado em normas jurídicas vinculantes, que tem por finalidade a preservação da legalidade (ARANTES NETO, 2008, p. 239-240)¹⁰⁴.

¹⁰² Art. XXIII, par. 1º, do GATT: No caso de uma Parte Contratante considerar que uma vantagem qualquer resultante para ela, direta ou indiretamente, do presente Acordo, está sendo anulada ou reduzida, ou que um dos objetivos do Acordo está sendo dificultado, em consequência: (a) do não cumprimento por outra das Partes Contratantes dos compromissos pela mesma assumidos em virtude do presente Acordo; (b) da aplicação por outra das Partes Contratantes de uma medida, contrária ou não às disposições do presente Acordo; ou (c) da existência de qualquer outra situação, dita Parte Contratante, a fim de obter solução satisfatória para a questão, poderá dirigir representações ou propostas por escrito à outra ou outras Partes Contratantes que lhe parecerem interessadas. Qualquer Parte Contratante, por essa forma interpelada, examinará, com boa vontade, as representações ou propostas que lhe tenham sido dirigidas.

¹⁰³ Art. 3.8 do ESC. “Nos casos de não-cumprimento de obrigações contraídas em virtude de um acordo abrangido, presume-se que a medida constitua um caso de anulação ou de restrição. Isso significa que normalmente existe a presunção de que toda transgressão das normas produz efeitos desfavoráveis para outros Membros que sejam partes do acordo abrangido, e em tais casos a prova em contrário caberá ao Membro contra o qual foi apresentada a reclamação”.

¹⁰⁴ Relativamente à reclamação de não violação, Lawson, que dedicou sua Dissertação de Mestrado ao tema, assim destaca sua importância: “o regime de responsabilidade do GATT/OMC caracteriza-se não apenas por dispor de regras bem elaboradas a governar as relações jurídicas que surgem da *violação*, a cargo de um Membro, das normas substantivas do regime; *ele vai tão longe quanto estabelecer que pode haver*

Nesse ponto, cabe fazer uma abordagem das etapas de um contencioso na OMC. O contencioso inicia-se com o procedimento de consultas entre as partes, conforme artigo 4º do ESC. O Membro que se sentir prejudicado pela suspensão de vantagens comerciais previstas nas normas da OMC pode requerer consultas ao Membro que considera não estar cumprindo essas normas. Existe, por parte do Membro consultado, a obrigação de prestar as consultas requeridas. O prazo para a solução é de 60 dias. Se essa solução não for possível no prazo referido, o Membro que requereu a consulta poderá solicitar ao OSC a abertura de um Grupo Especial para investigar a situação. O Grupo Especial somente não será criado se houver consenso negativo no OSC.

Posteriormente, ocorre a atuação efetiva do Grupo Especial. Este grupo é composto por 3 ou, excepcionalmente, 5 especialistas, que atuam de forma independente a título pessoal, conforme artigo 8º, par. 5º e 9¹⁰⁵. Trata-se de órgão instituído de forma *ad hoc*, cujos Membros são escolhidos com base em lista mantida pelo Secretariado da OMC. Após as investigações e deliberações do Grupo Especial, haverá uma etapa intermediária de exame, que culminará no relatório final, contendo recomendações e decisões, conforme artigo 15 do ESC¹⁰⁶. Esse relatório será adotado em reunião do OSC, a não ser que haja recurso de apelação ou que o OSC decida por consenso pela sua não adoção, segundo artigo 16.4.

Considerando que tenha ocorrido recurso, o OA atuará em segunda instância, confirmando, modificando ou revogando as constatações e as conclusões jurídicas do Grupo Especial. O OA é composto de sete juízes, nomeados pelo OSC para mandatos renováveis pelo período de quatro anos, mas apenas três atuarão em cada caso, em conformidade com

responsabilidade sem violação de uma obrigação (sine delicto) do direito internacional do comércio. Isso por força da possibilidade de um Membro apresentar uma reclamação de não violação contra outro” (LAWSON, 2009, p. 13).

¹⁰⁵ Artigo 8.5. “Os grupos especiais serão compostos por três integrantes a menos que, dentro do prazo de 10 dias a partir de seu estabelecimento, as partes em controvérsia concordem em compor um grupo especial com cinco integrantes. Os Membros deverão ser prontamente informados da composição do grupo especial.” Artigo 8:9. “Os integrantes dos grupos especiais deverão atuar a título pessoal e não como representantes de governos ou de uma organização. Assim sendo, os Membros não lhes fornecerão instruções nem procurarão influenciá-los com relação aos assuntos submetidos ao grupo especial”.

¹⁰⁶ Artigo 15. “1. Após consideração das réplicas e apresentações orais, o grupo especial distribuirá os capítulos expositivos (fatos e argumentações) de esboço de seu relatório para as partes em controvérsia. Dentro de um prazo fixado pelo grupo especial, as partes apresentarão seus comentários por escrito. 2. Expirado o prazo estabelecido para recebimento dos comentários das partes, o grupo especial distribuirá às partes um relatório provisório, nele incluindo tanto os capítulos descritivos quanto as determinações e conclusões do grupo especial. Dentro de um prazo fixado pelo grupo especial, qualquer das partes poderá apresentar por escrito solicitação para que o grupo especial reveja aspectos específicos do relatório provisório antes da distribuição do relatório definitivo aos Membros. A pedido de uma parte, o grupo especial poderá reunir-se novamente com as partes para tratar de itens apontados nos comentários escritos. No caso de não serem recebidos comentários de nenhuma das partes dentro do prazo previsto para tal fim, o relatório provisório será considerado relatório final e será prontamente distribuído aos Membros. 3. As conclusões do relatório final do grupo especial incluirão uma análise dos argumentos apresentados na etapa intermediária de exame. Esta etapa deverá ocorrer dentro do prazo estabelecido no parágrafo 8 do Artigo 12”.

artigo 17.1¹⁰⁷. O relatório do OA será levado ao OSC que somente não o adotará se houver consenso reverso, como já foi dito anteriormente.

Quando o OSC adota o relatório do Grupo Especial/OA, haverá uma recomendação e decisão dirigida à parte vencida, nos caso em que a reclamação por infração tenha prosperado, a fim de que esta parte se coloque em conformidade com a as normas da OMC; ou, no caso em que a reclamação por não violação tenha prosperado, para que se encontre uma solução que seja mutuamente satisfatória (WTO SECRETARIAT, 2004, p. 75).

Sempre que possível, o cumprimento das recomendações e das decisões do OSC deve ser imediato. Não sendo factível a implementação imediata, será fixado um prazo razoável para que a parte derrotada adapte sua conduta às normas da OMC. Esse prazo deve ser proposto pela própria parte vencida, desde que aprovado pelo OSC; caso não haja essa aprovação, as partes podem celebrar acordo sobre o prazo de cumprimento; caso não haja esse acordo, a questão do prazo será submetida à arbitragem. As disposições sobre esse complexo procedimento de definição do prazo razoável estão previstas no artigo 21.3 do ESC¹⁰⁸. Na prática, os Membros não costumam cumprir as decisões do OSC de forma imediata, o que se justifica, em parte, pelo fato de que elas envolvem com frequência mudança legislativa (WTO SECRETARIAT, 2004, p. 76).

O OSC supervisiona a aplicação de suas recomendações e decisões. A parte vencida deve apresentar relatório ao OSC sobre os progressos em relação ao cumprimento de suas decisões e recomendações. Entretanto, é possível que haja desacordo entre as partes acerca do cumprimento efetivo das recomendações e decisões, pois, muitas vezes, a parte vencida aprova nova legislação, afirmando que, com isso, cumpriu as recomendações e decisões, mas a parte vencedora afirma que a violação persiste. Nesse caso, as partes na controvérsia podem

¹⁰⁷ Artigo:1. “O OSC constituirá um órgão Permanente de Apelação, que receberá as apelações das decisões dos grupos especiais. Será composto por sete pessoas, três das quais atuarão em cada caso. Os integrantes do órgão de Apelação atuarão em alternância. Tal alternância deverá ser determinada pelos procedimentos do órgão de Apelação”.

¹⁰⁸ Artigo 21.3. “Em reunião do OSC celebrada dentro de 30 dias ¹¹ após a data de adoção do relatório do grupo especial ou do órgão de Apelação, o Membro interessado deverá informar ao OSC suas intenções com relação à implementação das decisões e recomendações do OSC. Se for impossível a aplicação imediata das recomendações e decisões, o Membro interessado deverá para tanto dispor de prazo razoável. O prazo razoável deverá ser: a) o prazo proposto pelo Membro interessado, desde que tal prazo seja aprovado pelo OSC ou, não havendo tal aprovação; b) um prazo mutuamente acordado pelas partes em controvérsia dentro de 45 dias a partir da data de adoção das recomendações e decisões ou, não havendo tal acordo; c) um prazo determinado mediante arbitragem compulsória dentro de 90 dias após a data de adoção das recomendações e decisões. Em tal arbitragem, uma diretriz para o árbitro será a de que o prazo razoável para implementar as recomendações do grupo especial ou do órgão de Apelação não deverá exceder a 15 meses da data de adoção do relatório do grupo especial ou do órgão de Apelação. Contudo, tal prazo poderá ser maior ou menor, dependendo das circunstâncias particulares”.

solicitar o estabelecimento de um Grupo Especial, com base no artigo 21.5¹⁰⁹, usualmente chamado de *compliance panel*¹¹⁰. Esse grupo será composto, preferencialmente, pelos mesmos especialistas que formaram o Grupo Especial inicial, sendo possível apelação ao OA conforme prática da OMC. O mandato do grupo é tanto para verificar se as medidas cumprem as decisões e recomendações do OSC quanto para analisar a compatibilidade da medida com o acordo abrangido¹¹¹.

Em conformidade com o artigo 22.2¹¹², caso a parte vencida não adapte sua conduta às decisões e recomendações do OSC no prazo razoável, negociará com a parte vencedora uma

¹⁰⁹ Artigo 21.5. “Em caso de desacordo quanto à existência de medidas destinadas a cumprir as recomendações e decisões ou quanto à compatibilidade de tais medidas com um acordo abrangido, tal desacordo se resolverá conforme os presentes procedimentos de solução de controvérsias, com intervenção, sempre que possível, do grupo especial que tenha atuado inicialmente na questão. O grupo especial deverá distribuir seu relatório dentro de 90 dias após a data em que a questão lhe for submetida. Quando o grupo especial considerar que não poderá cumprir tal prazo, deverá informar por escrito ao OSC as razões para o atraso e fornecer uma nova estimativa de prazo para entrega de seu relatório”.

¹¹⁰ Uma questão procedimental bastante controversa na prática da solução de controvérsias ficou conhecida como *sequencing*, surgida na etapa de implementação das decisões do OSC. O problema começa com a expiração do prazo razoável dentro do qual a parte vencida deve cumprir a decisão do OSC. O problema envolve a relação entre o procedimento de revisão de cumprimento previsto no artigo 21.5 do ESC e a solicitação de autorização para a suspensão de concessões ou outras obrigações, segundo o artigo 22 do ESC (PALMETER; MAVROIDIS, 2004, p. 278). Esse problema reflete uma imprecisão do ESC, que gera uma solução caso a caso. Por essa razão, é um dos importantes temas a serem reformados na solução de controvérsias da OMC.

Segundo Árabe Neto, entre as normas do ESC que necessitam de reforma, “a mais notória concentra-se no aparente conflito sequencial entre os arts. 21.5 e 22”, uma vez que a “redação desses dispositivos não deixa clara a ordem que deve ser observada entre o painel de implementação e a solicitação para aplicação de sanções”. Além disso, o autor acrescenta que “[h]á unanimidade em assentar que o painel de implementação deve preceder a autorização para aplicar sanções, restando diferenças apenas na forma como regulamentar a questão” (ÁRABE NETO, 2008, 139-140). Nesse sentido, a questão do *sequencing* decorre de falta da clareza desses dispositivos do ESC, que não permitem interpretação unívoca sobre a sequência temporal entre pedido de autorização de aplicação de contramedidas e procedimento de verificação do cumprimento das decisões do OSC. Palmeter e Mavroidis fazem um interessante questionamento: “se o Membro demandante não esperar [o resultado favorável a ele por parte do Painel de Implementação], com que base ele poderá afirmar que o Membro perdedor não adequou sua conduta?” (PALMETER; MAVROIDIS, 2004, p. 280).

Na prática, os litigantes têm decidido essa questão mediante acordos ad hoc. Em alguns casos, as partes fazem solicitação simultânea do procedimento de investigação do cumprimento das decisões e dos procedimentos do artigo 22. Nesses casos, suspende-se a aplicação das contramedidas e a arbitragem do artigo 22.6 até que o Painel de Implementação conclua seus trabalhos. Em outros casos, as partes combinam que iniciarão o procedimento do Painel de Implementação antes dos procedimentos do artigo 22, no entendimento de que o demandado não se oporá à solicitação de autorização de aplicação de contramedidas com base na alegação de que o prazo de 30 dias que o OSC possui já expirou (WTO Secretariat, 2004, p. 85-86).

¹¹¹ O OA tem jurisprudência nesse sentido: “Quando a questão de que se trata é a compatibilidade de uma nova medida ‘destinada a cumprir’ as recomendações e decisões, a função de um grupo especial em um assunto submetido a ele pelo OSC para que seja objeto de um procedimento segundo o artigo 21, parágrafo 5º, consistem em examinar essa nova medida em sua integridade. (...) a função de um grupo especial estabelecido conforme o artigo 21, parágrafo 5º, consiste em examinar a ‘compatibilidade [...] com um acordo abrangido de medidas destinadas a cumprir as recomendações e decisões do OSC.’” WTO, Appellate Body Report, United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products — Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia, WT/DS58/AB/RW, adopted 21 November 2001, par. 87.

¹¹² Artigo 22.2. “Se o Membro afetado não adaptar a um acordo abrangido a medida considerada incompatível ou não cumprir de outro modo as recomendações e decisões adotadas dentro do prazo razoável determinado conforme o parágrafo 3 do Artigo 21, tal Membro deverá, se assim for solicitado, e em período não superior à expiração do prazo razoável, entabular negociações com quaisquer das partes que hajam recorrido ao procedimento de solução de controvérsias, tendo em vista a fixação de compensações mutuamente satisfatórias.

compensação que seja mutuamente satisfatória. Não se trata propriamente de uma compensação monetária, mas do oferecimento de uma vantagem comercial, como uma redução tarifária, que seja equivalente à anulação ou ao prejuízo. Essa compensação, entretanto, deve ser compatível com os demais acordos abrangidos, a exemplo da cláusula da nação mais favorecida. Como a redução tarifária deverá ser estendida aos demais Membros da OMC, ela é muitas vezes pouco atrativa para a parte perdedora, assim como para a parte vencedora, que não receberá um benefício exclusivo (WTO SECRETARIAT, 2004, p. 80).

Essa compensação, que não tem natureza pecuniária, difere, desse modo, do conceito tradicional de indenização, como forma de reparação segundo o direito internacional público (GRANÉ, 2008, p. 51). O objetivo dessa medida é compensar, de forma prospectiva, o prejuízo de benefícios causado a outro Membro. A lógica desse instituto, então, é a do reequilíbrio das concessões mútuas, por meio da concessão de benefício que substitua o benefício anulado. Assim, essa característica positiva da compensação está mais de acordo com o modelo de equilíbrio das concessões, centrado na reciprocidade, e não com o objetivo das contramedidas de cumprimento da obrigação secundária de cessação do ilícito (ARANTES NETO, 2008, p. 357-358).

Desse modo, a compensação prevista no ESC é uma medida provisória e que depende necessariamente da vontade de ambas as partes. Além disso, somente se deve recorrer a ela nos casos em que não seja possível a implementação imediata das decisões do OSC. Por fim, essa medida não pode ser incompatível com as demais normas da OMC.

O outro remédio jurídico são as contramedidas¹¹³. Se a parte vencida não ajusta sua conduta em conformidade com suas obrigações em um prazo razoável, a parte vencedora

Se dentro dos 20 dias seguintes à data de expiração do prazo razoável não se houver acordado uma compensação satisfatória, quaisquer das partes que hajam recorrido ao procedimento de solução de controvérsias poderá solicitar autorização do OSC para suspender a aplicação de concessões ou de outras obrigações decorrentes dos acordos abrangidos ao Membro interessado”.

¹¹³ Alguns aspectos acerca da terminologia do instituto devem ser esclarecidos. É frequente o uso das expressões “sanções comerciais” ou “retorsões” para designar as contramedidas na OMC, mas, neste trabalho, ambos os termos serão evitados. O problema com o termo sanção é o mesmo mencionado no capítulo anterior, pois pode trazer a ideia de uma punição vertical, aplicada por um ente com hierarquia superior ao outro, o que não é o caso da OMC. O termo retorsão, por sua vez, é usado, em direito internacional geral, para designar atos inamistosos, que não chegam a configurar um ilícito, o que também não é o caso das contramedidas na OMC. Embora o termo retaliação seja usado de forma ampla para designar tanto as contramedidas como as retorsões, seu uso também será evitado nesta dissertação.

Como visto anteriormente, o termo contramedidas ficou consagrado no direito internacional geral, sobretudo em razão do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade dos Estados de 2001, que disciplinou o instituto no capítulo II da Parte III do Projeto. Apesar de não ser empregado no ESC, o termo foi usado no Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, por exemplo nos artigos 4.10 e 7.9, os quais trazem algumas particularidades que serão analisadas adiante. Além disso, esse termo evoca conceitos jurídicos mais claros e melhor definidos. Por esses motivos e por ser mais consagrado na doutrina e jurisprudência internacional, esse termo será mais empregado neste trabalho.

pode recorrer a medidas temporárias, como a compensação ou a suspensão de obrigações ou outras concessões (contramedidas). Conforme os artigos 3.7¹¹⁴ e 22.1¹¹⁵ do ESC, essas medidas não são preferíveis e à implementação plena das recomendações e decisões do OSC, não as substituindo. Conforme Pereira,

[...] sempre que, por qualquer motivo, a parte 'faltosa' não cumprir com uma recomendação do OSC e não se alcançar entre as partes na controvérsia um acordo fixando uma compensação mutuamente satisfatória, a parte vencedora estará no direito de aplicar contramedidas, desde que autorizadas (PEREIRA, 2003, p. 55).

Palmer e Alexandrov explicam brevemente a situação em que é possível a aplicação das contramedidas: “[e]m termos simples, isso significa que se a medida inconsistente não é posta em conformidade e se as partes não concordam sobre uma compensação para essa inconsistência, o Membro vencedor pode impor restrições ao comércio do outro Membro” (PALMETER; ALEXANDROV, 2002, p. 646, tradução do autor).

Esse é, sucintamente, o procedimento de solução de controvérsias da OMC. Em termos gerais, é importante reiterar algumas especificidades do regime da OMC em relação ao direito internacional geral. Uma delas é a jurisdição obrigatória do OSC. Diferentemente de outros tribunais internacionais, como a CIJ e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição depende de um ato volitivo posterior do Estado, a exemplo da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória na CIJ, os Membros da OMC, ao aderirem à organização, aceitam a compulsoriedade da jurisdição do OSC, tal como prevista no ESC, a qual independente de acordo especial atributivo de jurisdição.

No entanto, deve-se reconhecer que a expressão “suspensão de concessões ou de outras obrigações” é a tecnicamente mais precisa. Quando o ESC trata do instrumento à disposição da parte vencedora para induzir a parte vencida ao cumprimento das decisões do OSC, faz menção apenas à expressão suspensão de concessões ou de outras obrigações, a exemplo do artigo 22.2 do ESC. Apesar disso, a expressão não é muito clara, nem tão usual quanto outros termos e expressões. Por isso, não é a expressão mais utilizada ao longo deste trabalho.

¹¹⁴ Artigo 3.7. “Antes de apresentar uma reclamação, os Membros avaliarão a utilidade de atuar com base nos presentes procedimentos. O objetivo do mecanismo de solução de controvérsias é garantir uma solução positiva para as controvérsias. Deverá ser sempre dada preferência à solução mutuamente aceitável para as partes em controvérsia e que esteja em conformidade com os acordos abrangidos. Na impossibilidade de uma solução mutuamente acordada, o primeiro objetivo do mecanismo de solução de controvérsias será geralmente o de conseguir a supressão das medidas de que se trata, caso se verifique que estas são incompatíveis com as disposições de qualquer dos acordos abrangidos. Não se deverá recorrer à compensação a não ser nos casos em que não seja factível a supressão imediata das medidas incompatíveis com o acordo abrangido e como solução provisória até a supressão dessas medidas. O último recurso previsto no presente Entendimento para o Membro que invoque os procedimentos de solução de controvérsias é a possibilidade de suspender, de maneira discriminatória contra o outro Membro, a aplicação de concessões ou o cumprimento de outras obrigações no âmbito dos acordos abrangidos, caso o OSC autorize a adoção de tais medidas.

¹¹⁵ Artigo 22.1. “A compensação e a suspensão de concessões ou de outras obrigações são medidas temporárias disponíveis no caso de as recomendações e decisões não serem implementadas dentro de prazo razoável. No entanto, nem a compensação nem a suspensão de concessões ou de outras obrigações é preferível à total implementação de uma recomendação com o objetivo de adaptar uma medida a um acordo abrangido. A compensação é voluntária e, se concedida, deverá ser compatível com os acordos abrangidos”.

Outro aspecto que merece destaque é a exclusividade dessa jurisdição do OSC. Os Membros da OMC devem recorrer ao sistema previsto no ESC, caso busquem reparação pela violação de normas primárias da OMC ou pela anulação de benefícios. Isso está expressamente previsto no art. 23.1 do ESC, que dispõe que, nessa situação, os “Membros deverão recorrer e acatar as normas e procedimentos do presente Entendimento”. Isso significa que os Membros da OMC não podem agir unilateralmente, buscando uma reparação por violação sem passar pelos procedimentos previstos no ESC. Nesse sentido, Pereira afirma que uma função importante do mecanismo é:

[...] evitar que os Membros ajam unilateralmente, impondo medidas punitivas contra os demais Membros sempre que estimarem que seus interesses, protegidos pelo sistema normativo da OMC, estão ameaçados. Nesse sentido, o art. 23 do Entendimento impõe uma obrigação geral aos Membros de se utilizarem unicamente das regras e procedimentos previstos no Entendimento para reparar uma violação das obrigações ou uma anulação ou prejuízo de um benefício assegurado pelos acordos da OMC (PEREIRA, 2003, p. 2).

A fim de ilustrar o procedimento de solução de controvérsias da OMC, cabe aqui a análise do caso *United States — Subsidies on Upland Cotton (DS 267)*, pois, além de sua relevância para o Brasil, houve autorização para aplicação das contramedidas, que não foram, até o momento, adotadas.

O caso iniciou em 27 de setembro de 2002, quando o Brasil solicitou a celebração de consultas aos Estados Unidos acerca de medidas adotadas por este para proteger os produtores e exportadores de algodão, alegando que essas medidas eram incompatíveis com as obrigações previstas no ASMC e no Acordo sobre Agricultura. Por solicitação brasileira, o OSC estabeleceu o Grupo Especial em 18 de março de 2013. O Relatório do Grupo Especial constatou que algumas das medidas adotadas pelos EUA eram subsídios à exportação e eram proibidos pela OMC e, além disso, essas medidas causavam prejuízo grave ao Brasil, em razão de evitarem a subida nos preços no mercado internacional. Os Estados Unidos recorreram do Relatório, e o Órgão de Apelação confirmou as conclusões do Grupo Especial sobre o programa de garantia de crédito às exportações, sobre o pagamento aos usuários para comercialização e sobre a questão do prejuízo grave ao Brasil. Em 21 de março de 2005, o OSC adotou o Relatório do OA e do Grupo Especial modificado, recomendando que os EUA removessem os efeitos adversos de subsídios recorríveis ou os retirassem no prazo de seis meses; tornassem suas medidas compatíveis com o Acordo sobre Agricultura; e retirassem os subsídios proibidos sem demora.

Após a suspensão do procedimento de arbitragem previsto no artigo 22.6 do ESC, o Brasil solicitou o estabelecimento de Grupo Especial sobre o cumprimento das

recomendações (Painel de Implementação). O Painel de Implementação constatou que os EUA não cumpriram as recomendações do OSC e, após recurso dos EUA e do Brasil, o OA confirmou as conclusões do Grupo Especial, e a adoção pelo OSC ocorreu em 20 de junho de 2008.

Em 4 de julho de 2005, antes de iniciado o procedimento arbitral sobre a verificação do cumprimento, o Brasil solicitou autorização do OSC para adotar contramedidas apropriadas em conformidade com o art. 4.10 do ASMC e para suspender concessões ou outras obrigações com base no art. 22.2 do ESC. Os EUA apresentaram objeções à solicitação do Brasil, e a questão foi remetida à arbitragem nos termos do art. 22.6, mas este procedimento foi suspenso por solicitação conjunta das partes, sendo retomado a partir de 25 de agosto de 2008, após finalizado o procedimento sobre o cumprimento. Em 31 de agosto de 2009, o Árbitro divulgou suas decisões sobre as contramedidas, e o Brasil foi autorizado pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, em 19 de novembro de 2009, a adotar contramedidas na área de bens, serviços e propriedade intelectual.

Em 11 de fevereiro de 2010, foi publicada a Medida Provisória nº 482, de 10 de fevereiro de 2010, posteriormente convertida na Lei 12.270/2010, que “dispõe sobre medidas de suspensão de concessões ou outras obrigações do País relativas aos direitos de propriedade intelectual e outros, em casos de descumprimento de obrigações do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio”. A lista de mercadorias objeto de contramedidas foi adotada pela Resolução Camex nº 15 de 05/03/2010, e o procedimento de consulta pública sobre aplicação de contramedidas na área de propriedade intelectual foi instaurado pela Resolução Camex nº 16 de 12/03/2010. O valor total das contramedidas em relação a bens foi estimado em US\$ 591 milhões e, em relação a serviços e propriedade intelectual, foi estimado em US\$ 238 milhões, o que perfaz o total autorizado de US\$ 829 milhões. Esse valor das contramedidas é o segundo maior da história da OMC.

Ante a iminência de aplicação das contramedidas, Brasil e Estados Unidos celebraram, em 20 de abril de 2010, o Memorando de Entendimento que estabelece o marco jurídico entre os dois países, de modo a permitir a criação de fundo para a transferência de recursos a serem destinados ao setor cotonicultor brasileiro. Além disso, o governo americano comprometeu-se suspender recursos e adotar novos termos para o funcionamento do programa de garantia de crédito à exportação dos EUA (GSM-102), além de publicar norma que reconheça o Estado de Santa Catarina como livre de determinadas doenças animais, passo fundamental para o reconhecimento sanitário da carne brasileira. De modo a gerir os recursos oriundos do

Commodity Credit Corporation, órgão do governo americano, foi criado o Instituto Brasileiro do Algodão.

Em 30 de abril 2010, o Brasil notificou o OSC de que iria postergar a aplicação das contramedidas autorizadas, em razão do diálogo entre os dois governos com vistas a uma solução mutuamente satisfatória. Por meio da Resolução Camex nº 43, de 17 de junho de 2010, as Resoluções Camex nº 15 e nº 16 foram suspensas. Até o momento, embora os Estados Unidos não tenham cumprido as recomendações do OSC, o Brasil optou por não aplicar as contramedidas¹¹⁶.

3.2 As contramedidas na OMC: uma medida unilateral sob controle jurisdicional

Cabe, inicialmente, fazer uma abordagem sobre as contramedidas no GATT 1947. Conforme visto anteriormente (3.1), o procedimento de solução de controvérsias no GATT 1947, previsto no artigo XXIII, estabelecia a possibilidade de suspensão de concessões ou de outras obrigações, a ser autorizada pelas Partes-Contratantes, com o critério do consenso positivo. Essa autorização somente poderia ocorrer após o cumprimento das etapas previstas nesse dispositivo, entre as quais se destacava a atuação de um terceiro imparcial, o *Panel*, que verificaria a anulação ou prejuízo de benefícios alegada pela parte demandante. É importante levar em consideração que a finalidade central do sistema do GATT 1947 era preservar o equilíbrio das concessões negociadas pelas partes no acordo de 1947 e nas rodadas que lhe sucederam. Sob o ponto de vista jurídico, os Estados pretendiam preservar sua liberdade de não se vincularem às regras do acordo de modo rígido, contanto que se mantivesse certo equilíbrio nas concessões mútuas. A tentativa de conferir maior densidade jurídica às normas do GATT esbarrava nessa dificuldade de privilegiar a solução política em detrimento da jurídica.

O instituto da suspensão de concessões estava em conformidade com essa finalidade do sistema, pois se tratava de uma exceção de inadimplemento que estava baseada no princípio da reciprocidade. Com a evolução do sistema em direção a maior juridicidade, especialmente pela presunção de prejuízo de benefícios nos casos em que há violação da

¹¹⁶ Segundo reportagem do jornal Valor Econômico, publicada em 06/06/2013 e intitulada *Abrapa e produtores dos EUA chegam a acordo em contencioso do algodão*, a “disputa na OMC, que resultou na condenação dos Estados Unidos a pagarem US\$ 830 milhões ao Brasil, já significou o depósito de US\$ 420 milhões desde 2010 ao Instituto Brasileiro do Algodão (IBA) — valor anual de US\$ 147,3 milhões.” Acesso em 8 de agosto de 2013.

norma primária, a suspensão de concessões também passou a ser entendida como uma forma de “sanção” em relação à parte recalcitrante. Essa modificação no instituto foi sobretudo obra jurisprudencial, que passou a ser considerado como último recurso, subsidiário e instrumental (ARANTES NETO, 2008, p. 354).

Nos anos do GATT 1947, houve apenas uma autorização para a suspensão de concessões. No caso *US – Suspension of Obligations*, os países baixos solicitaram e obtiveram a autorização para a suspensão de concessões contra os Estados Unidos na forma de redução anual de suas exportações de farinha de trigo¹¹⁷. Entretanto, os Países Baixos não aplicaram efetivamente a medida.

O fato de que esse instrumento de último recurso nunca fora utilizado na prática do GATT é reflexo das características gerais do sistema. A aplicação de contramedidas de forma institucionalizada, por meio de procedimento específico de solução de controvérsias, indica que existe uma proteção contra os desvios de conduta dos Estados recalcitrantes. Diferentemente, a violação das normas do GATT não ensejava, na prática, a aplicação desse instituto, pois não havia vontade política que sustentasse uma proteção jurídica significativa contra a violação de suas normas. Nas palavras de Robert Hudec, o GATT era um “sistema jurídico que se negava propositadamente à aplicação de sanções econômicas, contando, ao invés disso, com a força da pressão normativa organizada” (HUDEC, 1975, p. 185).

Feita essa abordagem histórica sobre as contramedidas no GATT 1947, cabe tratar agora da natureza jurídica e das características das contramedidas na OMC.

As contramedidas previstas no ESC podem ser caracterizadas como medidas unilaterais, pois não são medidas coletivas, aplicadas por um grupo de Estados ou por uma organização que os represente. Nesse sentido, as contramedidas previstas na OMC são uma forma de medida unilateral, pois são executadas pela parte vencedora na disputa. A diferença específica das contramedidas na OMC, relativamente a esse tema, é que ela só pode ser aplicada se for autorizada pelo OSC, de acordo com os procedimentos e regras previstos em um tratado multilateral, o ESC. De forma mais completa, então, as contramedidas são atos unilaterais aplicados em conformidade com o disposto no ESC.

Nesse ponto, é interessante contrastar as contramedidas com as medidas compensatórias, em caso de impossibilidade de adoção do relatório pela parte vencida. Para que as medidas compensatórias sejam implementadas, não basta a vontade da parte vencedora, pois é necessária a anuência da parte vencida. Nesse sentido, o recurso à

¹¹⁷ *Netherlands Action under Article XXIII.2 to Suspend Obligations to the United States* - Report of the GATT Working Party adopted 7 November 1952 - GATT DOC L/61.

compensação pode ser considerado bilateral¹¹⁸. Diferentemente, as contramedidas não necessitam da aprovação da outra parte, bastando que, não cumpridas as decisões no prazo razoável, a parte vencedora tenha a vontade de aplicar a contramedida e que esta seja aprovada pelo critério quase automático do consenso reverso no OSC (BRAZ, 2006, p. 94-95).

Outra característica dessa natureza das contramedidas na OMC é sua provisoriedade. O artigo 22.1 do ESC é expresso ao afirmar que tanto a compensação quanto a suspensão de concessões são medidas temporárias, a serem empregadas se a parte vencida não cumprir as decisões do OSC. Corroborando esse entendimento, a jurisprudência da OMC, no Caso *EC - Bananas III*, afirmou que a “autorização para suspender concessões ou outras obrigações traduz-se em uma medida temporária enquanto pendente a total implementação pelo Membro afetado.” (tradução do autor)¹¹⁹ Essa provisoriedade está relacionada à própria finalidade das contramedidas, como medida para induzir o cumprimento das decisões, o que será analisado na seção seguinte. Desse modo, essa natureza temporária indica que o ESC prefere o cumprimento das decisões e recomendações do OSC à aplicação da suspensão de concessões, e que esta é apenas uma medida alternativa, a ser aplicada enquanto esse cumprimento não ocorrer (LIMENTA, 2012, p. 91).

O artigo 22.8 do ESC¹²⁰ reforça a natureza temporária das contramedidas e define o prazo de duração máxima da medida. O artigo prevê três hipóteses de prazo máximo das contramedidas, a depender do caso em análise: i) até que a medida ilícita seja suprimida; ii) até que o Membro recalcitrante forneça uma solução para a anulação ou o prejuízo de benefícios; iii) até que uma solução mutuamente aceitável seja encontrada.

As contramedidas são o último recurso à disposição das partes na solução de controvérsias. Isso significa que as partes deverão submeter-se, obrigatoriamente, ao procedimento de solução de controvérsias previsto no ESC antes de aplicarem a medida,

118 Apenas nesse sentido, pois, conforme afirmado anteriormente, a compensação deve ser compatível com os demais acordos da OMC, em particular com a cláusula da nação mais favorecida, tornando-se, assim, uma medida multilateralizável.

119 WTO - European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas - Recourse To Arbitration By The European Communities Under Article 22.6 Of The DSU - Decision by The Arbitrators - WT/DS27/ARB - 9 April 1999 – Par. 6.3.

120 Art. 22.8. A suspensão de concessões ou outras obrigações deverá ser temporária e vigorar até que a medida considerada incompatível com um acordo abrangido tenha sido suprimida, ou até que o Membro que deva implementar as recomendações e decisões forneça uma solução para a anulação ou prejuízo dos benefícios, ou até que uma solução mutuamente satisfatória seja encontrada. De acordo com o estabelecido no parágrafo 6 do Artigo 21, o OSC deverá manter sob supervisão a implementação das recomendações e decisões adotadas, incluindo os casos nos quais compensações foram efetuadas ou concessões ou outras obrigações tenham sido suspensas mas não tenham sido aplicadas as recomendações de adaptar uma medida aos acordos abrangidos.

conforme expressamente previsto no artigo 3.7 do ESC¹²¹. Isso está relacionado com a característica subsidiária desse instrumento, que não tem uma finalidade em si, mas na coerção do Membro recalcitrante a adequar sua conduta à normativa da OMC. Como consequência, as contramedidas são instrumentais e subsidiárias, não devendo ser consideradas substitutivas ou satisfativas (ARANTES NETO, 2008, p. 361). Em sentido semelhante, pode-se dizer que as “contramedidas – diferentemente da compensação, por exemplo – não são um fim em si mesmas” (PAUWELYN, 2000, p. 344).

Existem, ao menos, dois significados possíveis para a expressão último recurso. O primeiro refere-se ao fato de que, na ordem de preferência para a solução de uma disputa, ele vem por último. A ordem hierárquica estabelecida pelo artigo 3.7 do ESC é a seguinte: a) solução bilateral, consistente com as demais normas da OMC; b) retirada das medidas inconsistentes; c) compensação; d) suspensão de concessões ou outras obrigações (MCGIVERN, 2002, p. 142). O segundo significado refere-se ao disposto no artigo 22.2, que prevê dois remédios judiciais caso o Membro violador não cumpra com as decisões no prazo razoável: a compensação e as contramedidas. Assim, estas são o último recurso no sentido de que não haverá outro remédio judicial previsto no ESC após a aplicação das contramedidas, caso estas não sejam efetivas (LIMENTA, 2012, p. 44-45).

A forma que as contramedidas adquirem no ESC é a suspensão de concessões ou de outras obrigações. Essas concessões decorrem, frequentemente, dos compromissos assumidos pelos Membros de reduções tarifárias nas negociações comerciais multilaterais. Um exemplo disso está no artigo 2º do GATT 1994, que dispõe sobre as listas de concessões dos Membros. Por meio desse artigo, os Membros se comprometem a conceder aos demais Membros tratamento não menos favorável que o previsto nessas listas¹²².

As concessões são apenas um tipo de obrigações decorrentes dos acordos da OMC. Por essa razão, o ESC, ao dispor sobre o tema, afirma, de modo mais genérico, que podem ser

121 Artigo. 3.7. 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.

122 Um exemplo concreto ilustra essas afirmações. Em decorrência de suas obrigações decorrentes do GATT 1994, o Brasil apresentou à OMC sua lista de concessões tarifárias, a chamada Lista III¹²². Essa lista correlaciona os bens classificados na Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) com a respectiva alíquota consolidada na OMC, a qual consiste no Imposto de Importação máximo que o Brasil se comprometeu a aplicar sobre os respectivos bens. No Brasil, em decorrência do Mercosul, esse direito aduaneiro chama-se Tarifa Externa Comum (TEC)¹²². A título de exemplo, no caso de automóvel de passageiro, com cilindrada não superior a 1000 cm³, classificado na NCM 8703.21.00, o Brasil consolidou tarifa na OMC de 35% e sua TEC também é de 35%. No contencioso “Estados Unidos da América – Subsídios ao Algodão” (WT/DS 267), o Brasil foi autorizado, pelo OSC, a suspender concessões contra os Estados Unidos. Uma das concessões que seria suspensa era justamente o bem classificado na NCM 8703.21.00, que passaria a ter alíquota de 50% em relação aos Estados Unidos, conforme Resolução Camex nº 15 de 5 de março de 2010, posteriormente suspensa.

suspensas outras obrigações decorrentes dos acordos abrangidos pela organização. Nesse caso, podem ser enquadrados igualmente: os direitos de propriedade intelectual, protegidos pelo Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPS, na sigla em inglês), previsto no Anexo 1C da Carta da OMC, bem como as obrigações assumidas no âmbito do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS, na sigla em inglês), previsto no Anexo 1 B da Carta da OMC¹²³.

A obrigação prevista no artigo 22 sobre as contramedidas é mais robusta que a do artigo XXIII.2 do GATT, o que se observa na própria forma de redação dos dois dispositivos. No GATT 1947, as Partes Contratantes poderiam autorizar a suspensão de concessões, caso a situação fosse suficientemente grave, enquanto que, na OMC, o OSC deve conceder a autorização, caso terminado o prazo razoável sem o cumprimento. Essa diferença mostra uma maior densidade jurídica do instrumento da OMC, que tem um caráter mandatório sem margem de discricionariedade ao OSC (OLIVEIRA, 2012, p. 145).

É importante fazer uma distinção quanto a esse ponto. O destinatário desse caráter mandatório da norma é o OSC, e não a parte vencedora na disputa. Se a parte entender que a aplicação da medida é um “tiro no pé” ou não é politicamente conveniente, não há obrigação jurídica que imponha sua aplicação. Trata-se, assim, de um instrumento facultativo à disposição da parte vencedora, que fará uso caso seja esse o seu interesse.

3.3 Limites às contramedidas: a necessidade de restrição da arbitrariedade

3.3.1 Limites quantitativos

Na prática, a questão da determinação da quantidade das contramedidas a serem autorizadas pelo OSC é de grande relevância. A parte vencedora não tem total liberdade nessa definição, pois essa determinação, feita inicialmente por ela, costuma ser objeto da arbitragem do art. 22.6 do ESC. Além disso, a normativa da OMC impõe limites a serem usados como

¹²³ Retomando o exemplo do contencioso “Estados Unidos da América – Subsídios ao Algodão” (WT/DS 267), o Brasil foi autorizado a suspender obrigações referentes aos direitos de propriedade intelectual. Na Resolução CAMEX n. 16 de 12 de março de 2010, posteriormente suspensa, previu-se que uma das possíveis medidas a serem aplicadas pelo Brasil seria, por exemplo, a “Subtração, por tempo determinado, do prazo de proteção de direitos sobre patentes de produtos ou processos relativos a medicamentos, inclusive veterinários”, conforme anexo III dessa Resolução.

critérios para a definição do grau de suspensão de concessões ou de outras obrigações. Esses critérios são basicamente dois: contramedidas equivalentes e contramedidas apropriadas. O primeiro está previsto no ESC para a maioria das situações; o segundo está previsto no ASMC para o caso dos subsídios.

Segundo o art. 22.4 do ESC, as contramedidas devem ser equivalentes “ao grau de anulação ou prejuízo”¹²⁴. Em termos simples, isso significa que as contramedidas aplicadas pelo demandante não devem causar dano maior que o causado pelo demandado. Apesar da simplicidade e clareza da redação do dispositivo legal, existe muito debate doutrinário acerca da abrangência dessa limitação, bem como divergência jurisprudencial na determinação do nível de equivalência na prática dos casos submetidos à OMC.

A aferição do que seja a equivalência não é simples nos casos concretos. Um método bastante usado pelos árbitros é o das situações contrafactuais. Trata-se de uma situação hipotética que teria ocorrido caso a parte demandada tivesse cumprido com suas obrigações. Como afirmou McGivern, o uso desse recurso envolve certo grau de subjetividade por parte dos árbitros no estabelecimento do nível das contramedidas (MCGIVERN, 2002, p. 150-151).

No caso *EC – Bananas III*, esse modelo de cálculo baseado na situação contrafactual foi expressamente adotado pelos árbitros:

É necessário utilizar a mesma base para estimar o nível de anulação ou prejuízo para medir o nível da suspensão de concessões. Dado que este último é o valor bruto das importações americanas procedentes das Comunidades Europeias, a base comparável para estimar a anulação de prejuízo é, em nossa opinião, o impacto sobre o valor das importações comunitárias pertinentes procedentes dos Estados Unidos (e não os custos e benefícios das empresas americanas, utilizados na comunicação dos EUA). Mais concretamente, comparamos o valor das importações comunitárias pertinentes procedentes dos Estados Unidos no regime atual para a importação de bananas (situação real) com o valor que teriam obtido em um regime compatível com a OMC (situação ‘contrafactual’) (tradução do autor)¹²⁵.

Em sentido semelhante, no caso *EC – Hormones*, a pergunta feita pelos árbitros indica a adoção desse cálculo contrafactual: “quais seriam as exportações anuais prospectivas de carne bovina e produtos de carne bovina tratados com hormônio do Canadá para as CE, se as CE tivessem suprimido a proibição em 13 de maio de 1999?” (tradução do autor)¹²⁶.

¹²⁴ Art. 22.4 do ESC. O grau da suspensão de concessões ou outras obrigações autorizado pelo OSC deverá ser equivalente ao grau de anulação ou prejuízo.

¹²⁵ WTO - European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas - Recourse To Arbitration By The European Communities Under Article 22.6 of the DSU - Decision by The Arbitrators - WT/DS27/ARB - 9 April 1999 – Par. 7.1.

¹²⁶ European Communities – Measures Concerning Meat And Meat Products (Hormones) - Original Complaint By Canada - Recourse To Arbitration By The European Communities Under Article 22.6 Of The DSU - Decision By The Arbitrators - WT/DS48/ARB - 12 July 1999 – par. 37.

Outra dificuldade envolvendo a noção de equivalência ocorreu no caso *United States – Anti-dumping Act of 1916*, em que os árbitros afirmaram que estavam de acordo que as então Comunidades Europeias poderiam suspender concessões ou outras obrigações decorrentes do GATT e do Acordo Antidumping. Entretanto, quaisquer que fossem as obrigações suspensas, “o nível global quantificado da suspensão não pode exceder o nível quantificado de anulação ou prejuízo” (tradução do autor)¹²⁷. As CE buscavam a autorização do OSC para adotar um “regulamento espelho” contra os Estados Unidos, implementando os mesmos procedimentos das medidas antidumping da legislação americana de 1916 consideradas ilícitas. Tratava-se do sentido qualitativo de equivalência, que não foi aceito, nesses termos, pelos árbitros. Estes não consideraram ilícito o regulamento espelho, mas deveria ser mantido o nível quantitativo de equivalência.

No que tange à difícil tarefa de definir o *quantum* correspondente, a única forma de determinar a equivalência no caso era, segundo os árbitros, por meio da quantificação dos efeitos comerciais ou econômicos da medida violadora sobre o Membro lesado:

Para determinar se a ‘suspensão qualitativa’ poderia ser aplicada de forma que excedesse o nível de anulação ou prejuízo, é necessário determinar os efeitos comerciais ou econômicos da Lei de 1916 sobre as Comunidades Europeias. As Comunidades Europeias poderiam, então, aplicar a suspensão até essa soma, mas não mais além. Isso, por sua vez, requer uma determinação dos efeitos comerciais ou econômicos da Lei de 1916 nas Comunidades Europeias em termos quantitativos ou monetários. Esse é o único critério, por meio do qual os árbitros podem determinar a ‘equivalência’ no presente contexto (tradução do autor)¹²⁸.

No caso *US – Offset Act (Byrd Amendment)*, os árbitros rebateram o argumento de que, como a própria infração seria uma forma de anulação ou prejuízo e como um direito seria aplicável de forma geral *erga omnes*, cada Membro teria o direito de adotar contramedidas nos limites do efeito total da infração. Os árbitros afirmaram que:

[...] a anulação ou prejuízo de uma vantagem pode ser a ‘consequência’ da infração de um direito, o que implica que não se deve confundir a infração com a própria anulação ou prejuízo. Ao invés disso, a infração é a causa da anulação ou prejuízo de uma vantagem. Dito de outra forma, os direitos outorgam vantagens (por exemplo, condições previsíveis de competência), mas não são vantagens no sentido do artigo XXIII do GATT 1994 e do ESC. (...) Consideramos, além disso, que este argumento não reconhece a diferença entre a infração de um direito e a consequência dela, ou seja, a anulação ou prejuízo no sentido do artigo XXIII.1 do GATT 1994. Consequentemente, consideramos que, ainda que a infração de uma obrigação possa afetar todos os Membros, não tem *ipso facto* como consequência uma anulação ou

¹²⁷ United States – Anti-Dumping Act of 1916 (Original Complaint by the European Communities) Recourse to Arbitration by the United States Under Article 22.6 of the DSU - Decision by the Arbitrators – WT/DS136/ARB - 24 February 2004 - par. 6.2.

¹²⁸ United States – Anti-Dumping Act of 1916 (Original Complaint by the European Communities) Recourse to Arbitration by the United States Under Article 22.6 of the DSU - Decision by the Arbitrators – WT/DS136/ARB - 24 February 2004 - par. 7.2.

prejuízo de vantagens resultantes para determinado Membro até o ‘valor’ da infração (tradução do autor)¹²⁹.

Ainda no caso *US – Offset Act (Byrd Amendment)*, os árbitros sustentaram que a base para a análise dos benefícios anulados pode ser em função dos efeitos sobre o comércio ou em função dos efeitos econômicos. Diferentemente da grande maioria das arbitragens, as quais se baseiam no critério dos efeitos diretos sobre o comércio, por ser mais facilmente quantificável e identificável, a arbitragem nos casos relacionados aos subsídios proibidos do ASMC segue outra lógica. No caso, os árbitros preferiram a utilização do conceito mais amplo, considerando os efeitos econômicos como critério de análise dos benefícios anulados¹³⁰.

Estudadas as contramedidas equivalentes, cabe agora tratar das contramedidas apropriadas. Nesse caso, vale lembrar que o acordo sobre subsídios estabelece normas especiais para regulamentar as contramedidas. Diferentemente do ESC, que utiliza a expressão “suspensão de concessões ou de outras obrigações”, o acordo sobre subsídios utiliza propriamente o termo “contramedidas”, como afirmado anteriormente. Além disso, enquanto a limitação quantitativa estabelecida pelo ESC é o critério da “equivalência”, a limitação fixada no ASMC é a proporcionalidade.

Dentro do próprio ASMC, existe uma distinção entre três tipos de subsídios: subsídios proibidos; subsídios acionáveis; e subsídios irrecorríveis. Os subsídios proibidos (caixa vermelha) são os vinculados, de fato ou de direito, ao desempenho exportador ou ao uso preferencial de produtos nacionais; esses subsídios são específicos e pressupõem a existência do dano. Os subsídios acionáveis (caixa amarela), além de específicos, devem causar efeitos adversos no outro Membro, como dano, prejuízo grave ou anulação ou diminuição de benefícios. A categoria dos subsídios não acionáveis (caixa verde) não existe mais, pois o acordo previa sua extinção passados 5 anos da criação da OMC, o que ocorreu em 31 de dezembro de 1999¹³¹.

¹²⁹ United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (Original Complaint by Korea) Recourse to Arbitration by the United States Under Article 22.6 of The DSU - Decision by the Arbitrator - WT/DS217/ARB/KOR - 31 August 2004 – par. 3.32-3.34.

¹³⁰ United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (Original Complaint by Korea) Recourse to Arbitration by the United States Under Article 22.6 of The DSU - Decision by the Arbitrator - WT/DS217/ARB/KOR - 31 August 2004 – par. 3.39-40

¹³¹ Apenas a título de esclarecimento, não se confunde o conceito de contramedidas com o de medidas compensatórias no âmbito do ASMC. No comércio internacional, existem as chamadas práticas desleais de comércio, como o dumping e o subsídio. Para combatê-las, existem as chamadas medidas de defesa comercial: medidas antidumping para combater o dumping e as medidas compensatórias para combater o subsídio. As salvaguardas também são medidas de defesa comercial, mas não para combater práticas desleais de comércio, e sim para proteger a indústria nacional de um surto de importações que lhe cause dano grave. Pois bem, essas

No caso dos subsídios proibidos, quando a parte demandada não cumpre as decisões do OSC no prazo razoável, a parte demandante pode aplicar “contramedidas apropriadas”, autorizadas pelo OSC pelo critério do consenso reverso. Na prática, com base no termo “apropriada”, a adoção das contramedidas tem sido aceita em nível superior ao da estrita equivalência à anulação ou prejuízo de benefícios causados pelo subsídio proibido. Dessa forma, pode-se considerar que as contramedidas previstas no ASMC contribuem mais para a indução ao cumprimento do que as contramedidas gerais do ESC (WTO SECRETARIAT, 2004, p. 85).

Essa posição de que não há a limitação da equivalência quando se tratar de subsídios proibidos tem sido adotada na jurisprudência em casos como no caso *US – FSC*. Após examinarem o termo contramedidas, os árbitros passaram a interpretar o termo “apropriadas”, notando que, ao utilizar essa expressão, o acordo não pretendeu fixar uma fórmula quantitativa rígida, o que, por si só, já é digno de nota. Além disso, os árbitros destacaram que essa noção continha elemento de flexibilidade para a análise de casos concretos¹³². Os árbitros também extraíram conclusões acerca da nota de rodapé no acordo, que fala em medidas não desproporcionais:

[...] a formulação negativa da obrigação que estabelece a nota 9 tem o sentido de permitir um grau maior de liberdade do que teria permitido uma obrigação positiva: a nota 9 esclarece que o artigo 4.10 não tem por finalidade permitir contramedidas que sejam desproporcionais. Não exige uma proporcionalidade estrita (tradução do autor)¹³³.

Quanto aos subsídios recorríveis, o artigo 7.9 do ASMC¹³⁴ estabelece que, se a parte demandada não retirar o subsídio ou não remover os seus efeitos danosos no prazo de seis meses da adoção do relatório pelo OSC, o OSC deverá, na ausência de acordo de

medidas de defesa comercial são aplicadas unilateralmente (no caso dos subsídios, existe a possibilidade de contestação por meio da chamada *multilateral track*) após uma investigação pelo país que está sofrendo com o dumping, com o subsídio ou com o surto de importações. Diferentemente, as contramedidas, objeto desta pesquisa, somente podem ser aplicadas como último recurso no âmbito do procedimento de solução de controvérsias tal como previsto no ESC.

¹³² United States – Tax Treatment For “Foreign Sales Corporations” Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the *DSU* and Article 4.11 of the *SCM Agreement* - Decision Of The Arbitrator - WT/DS108/ARB - 30 August 2002 – par. 5.8 a 5.12

¹³³ United States – Tax Treatment For “Foreign Sales Corporations” Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the *DSU* and Article 4.11 of the *SCM Agreement* - Decision Of The Arbitrator - WT/DS108/ARB - 30 August 2002 – par. 5.26.

¹³⁴ Art. 7.9 do ASMC. No caso de o Membro não tomar as medidas adequadas para remover os efeitos danosos ou eliminar o subsídio no prazo de 6 meses a contar da data em que o OSC adotar o relatório do grupo especial ou o do Órgão de Apelação, e na eventualidade de ausência de acordo sobre compensação, o OSC autorizará o Membro reclamante a tomar contramedidas proporcionais ao grau e à natureza dos efeitos danosos que se tenham verificado, a menos que o OSC decida por consenso rejeitar o pedido.

compensação, autorizar o demandante a adotar contramedidas proporcionais ao grau e à natureza dos efeitos danosos verificados.

3.3.2 Limites qualitativos

Essa limitação refere-se ao tipo de obrigações que podem ser objeto de suspensão. Esses limites estão regulamentados de forma clara no artigo 22.3 do ESC ¹³⁵. Em primeiro lugar, as obrigações objeto das contramedidas devem ser de um mesmo setor; em segundo lugar, caso isso seja ineficaz, essas obrigações podem pertencer a setores distintos em um mesmo acordo; por fim, caso isso seja ineficaz e as circunstâncias sejam graves, essas obrigações podem estar previstas em acordos distintos.

Para a melhor compreensão dessas definições, é necessária a explicitação de algumas noções prévias. Os acordos comerciais multilaterais estão previstos no Anexo 1 do Acordo sobre a OMC e se dividem em três grandes grupos: Acordos Multilaterais sobre o Comércio de Bens (Anexo 1 A); Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (Anexo 1 B); Acordo sobre aspectos da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Anexo 1 C). Em cada um desses acordos, podem ser feitas diversas distinções de setores. Em relação aos bens, todos

¹³⁵ Ao considerar quais concessões ou outras obrigações serão suspensas, a parte reclamante aplicará os seguintes princípios e procedimentos: (a) o princípio geral é o de que a parte reclamante deverá procurar primeiramente suspender concessões ou outras obrigações relativas ao(s) mesmo(s) setor(es) em que o grupo especial ou órgão de Apelação haja constatado uma infração ou outra anulação ou prejuízo; (b) se a parte considera impraticável ou ineficaz a suspensão de concessões ou outras obrigações relativas ao(s) mesmo(s) setor(es), poderá procurar suspender concessões ou outras obrigações em outros setores abarcados pelo mesmo acordo abrangido; (c) se a parte considera que é impraticável ou ineficaz suspender concessões ou outras obrigações relativas a outros setores abarcados pelo mesmo acordo abrangido, e que as circunstâncias são suficientemente graves, poderá procurar suspender concessões ou outras obrigações abarcadas por outro acordo abrangido; (d) ao aplicar os princípios acima, a parte deverá levar em consideração: (i) o comércio no setor ou regido pelo acordo em que o grupo especial ou órgão de Apelação tenha constatado uma violação ou outra anulação ou prejuízo, e a importância que tal comércio tenha para a parte; (ii) os elementos econômicos mais gerais relacionados com a anulação ou prejuízo e as conseqüências econômicas mais gerais da suspensão de concessões ou outras obrigações. (e) se a parte decidir solicitar autorização para suspender concessões ou outras obrigações em virtude do disposto nos subparágrafos "b" ou "c", deverá indicar em seu pedido as razões que a fundamentam. O pedido deverá ser enviado simultaneamente ao OSC e aos Conselhos correspondentes e também aos órgãos setoriais correspondentes, em caso de pedido baseado no subparágrafo "b"; (f) para efeito do presente parágrafo, entende-se por "setor": (i) no que se refere a bens, todos os bens; (ii) no que se refere a serviços, um setor principal dentre os que figuram na versão atual da "Lista de Classificação Setorial dos Serviços" que identifica tais setores ¹⁴; (iii) no que concerne a direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio, quaisquer das categorias de direito de propriedade intelectual compreendidas nas Secções 1, 2, 3, 4, 5, 6 ou 7 da Parte II, ou as obrigações da Parte III ou da Parte IV do Acordo sobre TRIPS. (g) para efeito do presente parágrafo, entende-se por "acordo": (i) no que se refere a bens, os acordos enumerados no Anexo 1A do Acordo Constitutivo da OMC, tomados em conjunto, bem como os Acordos Comerciais Plurilaterais na medida em que as partes em controvérsia sejam partes nesses acordos; (ii) no que concerne a serviços, o GATS; (iii) no que concerne a direitos de propriedade intelectual, o Acordo sobre TRIPS.

eles são considerados de um mesmo setor; em relação aos serviços, a Lista de Classificação Setorial dos Serviços indica onze setores; em relação à propriedade intelectual, as categorias de direitos de propriedade intelectual e as obrigações presentes na Parte III e Parte IV deste acordo são setores distintos.

Aplicando a regra de que se deve primeiramente aplicar contramedidas no mesmo setor, uma violação no setor de patentes deve ser respondida com uma contramedida neste mesmo setor e uma violação no setor de serviços de distribuição deve ser objeto de contramedidas nesse mesmo setor. Em relação aos bens, como todos são considerados do mesmo setor, um direito aduaneiro sobre automóveis que seja incompatível pode ser objeto de contramedida com uma sobretaxa no imposto de importação de queijos, móveis ou pijamas (WTO SECRETARIAT, 2004, p. 82).

A razão para essa restrição é a tentativa de regulamentação do sistema multilateral de comércio de modo a manter os padrões internacionais de comércio inalterados ou com o mínimo de mudança. Por isso, quanto maior a semelhança entre a contramedida e a medida originariamente violadora, menor será o desvio nos padrões de comércio e menores serão os efeitos negativos das contramedidas (BRAZ, 2006, p. 108).

Tendo em vista essa limitação, com o objetivo de maximizar a eficácia das contramedidas, os Membros criaram a chamada “retaliação carrossel”. Trata-se da situação em que a parte demandante altera sistematicamente os produtos que serão objeto das contramedidas. Existem lacunas no ESC a esse respeito, pois o demandante não está obrigado a fornecer um rol fechado de produtos que serão objeto das contramedidas quando do pedido de autorização, e o ESC não veda a alteração posterior da lista de produtos, respeitado critério da equivalência. Os Estados Unidos foram criticados por utilizar essa forma de contramedidas, pois esta beneficiaria os países que tenham maior gama de produtos a ser alvo das medidas e seria prejudicial à previsibilidade do mecanismo (BRAZ, 2006, p. 108-109).

Por sua vez, Pauwelyn relaciona a retaliação carrossel ao objetivo geral das contramedidas. Para ele, a prática carrossel, em que a lista de produtos objeto de contramedidas é alterada a cada seis meses conforma-se bem à finalidade de indução ao cumprimento, enquanto que a justificação dessa prática é mais difícil de ser realizada se o objetivo das contramedidas fosse o reequilíbrio das concessões ou a compensação (PAUWELYN, 2010, p. 40).

Nas circunstâncias do caso concreto, a parte demandante pode considerar que essa primeira possibilidade não é praticável, nem eficaz. Nesse caso, a parte pode aplicar as contramedidas em outro setor, desde que seja no mesmo acordo abrangido. Essa possibilidade

não se aplica no caso de bens, já que todos são considerados pelo ESC como pertencentes ao mesmo setor, como afirmado anteriormente. Isso seria possível, por exemplo, no caso de uma violação original no setor de patentes, que poderia ser objeto de contramedidas no setor de marcas comerciais, ambos do TRIPS (WTO SECRETARIAT, 2004, p. 83).

Se a opção anterior não for praticável, nem eficaz e se as circunstâncias concretas do caso forem suficientemente graves, as contramedidas podem ser aplicadas em acordo distinto daquele da violação original. Trata-se da chamada “retaliação cruzada”. Essa forma de contramedidas costuma ser bastante desejada pelo Membro demandante, pois exerce alto grau de pressão sobre a parte demandada.

Os PEDs costumam valorizar bastante essa possibilidade de suspender obrigações em outros setores ou em outros acordos. Em primeiro lugar, as importações desses países muitas vezes não são em quantidade suficiente relativamente ao setor em que houve a violação, o que pode impossibilitar a adoção de contramedidas em nível equivalente. Em segundo lugar, em virtude de uma relação comercial bilateral assimétrica, a suspensão de obrigações em um mesmo setor, por parte do PED, poderia nem sequer aparecer nas estatísticas oficiais do demandado, caso seja um grande *player* comercial. Em terceiro lugar, por razões de ordem econômica, o PED demandante talvez não possa impor obstáculos comerciais ao demandado sem causar um dano maior a si mesmo e a seus produtores. Por isso, é importante para os PEDs adotar contramedidas que não se traduzam em obstáculos comerciais, sendo as contramedidas, em propriedade intelectual, uma alternativa eficaz (WTO SECRETARIAT, 2004, p. 83).

3.4 A finalidade das contramedidas: duas concepções conflitantes

Há um significativo debate doutrinário e jurisprudencial acerca da finalidade do instituto das contramedidas na OMC. A concepção de que a finalidade das contramedidas é a indução ao cumprimento pode ser considerada majoritária. Entretanto, é importante ter em conta que não há no ESC disposição expressa sobre a finalidade das contramedidas.

O debate sobre a finalidade das contramedidas não pode ser considerado desconectado da prática, pois dele surgem implicações diretas para casos concretos. Segundo Pauwelyn, “o objetivo da suspensão na OMC importa tanto para o cálculo quanto para o desenho da retaliação comercial”. Segundo o autor, o debate tem implicações para, por exemplo, i) o

nível de contramedidas autorizado tendo em vista o critério da equivalência; ii) o padrão de cálculo para a quantidade de anulação causada pela violação original; iii) o setor a ser atingido pelas contramedidas; iv) a data inicial de referência para o cálculo do nível da suspensão; v) a possibilidade de aplicação de “retaliação cruzada”; vi) a avaliação da efetividade do sistema da OMC (PAUWELYN, 2010, p. 38-41).

Criticando essa lacuna, no caso *US – Offset Act (Byrd Amendment)*, os árbitros afirmam que “não está inteiramente claro qual é a função que desempenha a suspensão de obrigações no ESC”. Em relação ao caso em análise (e em relação a outros casos que envolvem a determinação de contramedidas), “uma grande parte do debate conceitual que teve lugar no presente procedimento poderia ter sido evitada, se se tivessem identificado um ‘objetivo e fim’ claros” (tradução do autor)¹³⁶.

Para Pauwelyn, o objetivo das contramedidas não é unívoco. Essa finalidade já era ambígua desde o princípio do GATT, quando se estabeleceu o artigo XXIII em 1947, e continuou ambígua no texto do ESC e nas decisões arbitrais subsequentes. Além disso, a finalidade das contramedidas, tal como comumente percebida, variou no tempo, passando de um mero “toma-lá-dá-cá” para alguma forma de sanção. Por fim, no sistema atual, a finalidade varia dependendo do tipo de obrigação envolvida. (PAUWELYN, 2010, p. 61) Complementando esse raciocínio, Pauwelyn afirma que as contramedidas na OMC podem ter múltiplos objetivos, havendo certa flexibilidade na normativa multilateral:

[...] a finalidade da suspensão no GATT/OMC tem sido historicamente (e continua sendo na atualidade) obscura e confusa, partindo do simples reequilíbrio de concessões até a punição. No entanto, tem havido uma gradual evolução desde a ‘compensação’ (ou simples reequilíbrio) no art. XXII do GATT para a ‘sanção’ (ou cumprimento das normas) no ESC. Então, ao invés de uma finalidade, parece haver múltiplas e sobrepostas finalidades (PAUWELYN, 2010, p. 64, tradução do autor)¹³⁷.

Apesar das considerações de Pauwelyn sobre a existência de múltiplos objetivos, em termos de classificação, pode-se considerar que existem duas linhas doutrinárias sobre esse debate. Para a primeira, o objetivo das contramedidas é o reequilíbrio das concessões recíprocas, enquanto que, para a segunda, o objetivo é a indução ao cumprimento. A divisão das correntes doutrinárias em duas tem origem no debate entre Judith Bello, defensora da

¹³⁶ United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (Original Complaint by Korea) Recourse to Arbitration by the United States Under Article 22.6 of The DSU - Decision by the Arbitrator - WT/DS217/ARB/KOR - 31 August 2004 – par. 6.4.

¹³⁷ Neste trabalho, a posição que o autor adota é a de que a finalidade das contramedidas é a indução ao cumprimento, em conjunto com a jurisprudência majoritária. Entretanto, deve-se reconhecer que a ausência de previsão expressa nesse sentido deixa margem a interpretações diversas.

primeira, e a resposta dada a ela por John Jackson, defensor da segunda (LIMENTA, 2012, p. 17).

Em 1996, Bello sustentou, no *American Journal of International Law*, que as normas da OMC não são vinculantes no sentido tradicional:

Como as regras do GATT que a precederam, as regras da OMC simplesmente não são vinculantes no sentido tradicional. Quando o painel estabelecido conforme o Entendimento de Solução de Controvérsias da OMC profere uma decisão contrária a um Membro, não existe perspectiva de prisão, medida cautelar, indenização por danos ou poderes de polícia. A OMC não tem casa de detenção, nem agente fiduciário criminal, nem cassetete, nem capacetes azuis, nem gás lacrimogêneo. Mais apropriadamente, a OMC – essencialmente uma confederação de governos soberanos nacionais – conta com o cumprimento voluntário (BELLO, 1996, p. 416-417, tradução do autor).

Para Bello, caso a medida de um Membro seja questionada, este terá três alternativas. Em primeiro lugar, poderá cumprir a decisão, retirando a medida questionada; em segundo lugar, poderá manter a medida incompatível, mas fornecer uma compensação de modo a restaurar o equilíbrio das negociações; em terceiro lugar, poderá optar por sofrer as contramedidas, de modo a restabelecer o equilíbrio. Desse modo, o “único imperativo sagrado da OMC é manter o equilíbrio, a fim de conservar o apoio político ao Acordo da OMC pelos Membros” (BELLO, 1996, p. 417, tradução do autor).

Em 1997, Jackson respondeu a Bello, também no *American Journal of International Law*. O autor argumentou que o direito internacional tem vários meios de lidar com a violação de obrigações e que, de fato, esses meios nem sempre são muito efetivos. Entretanto, a questão da efetividade é distinta da questão da juridicidade. Para o autor, as normas da OMC certamente “são vinculantes no sentido tradicional do direito internacional” (JACKSON, 1997, p. 63, tradução do autor).

Em artigo de 2004 na mesma revista, Jackson deixou mais clara sua posição, criticando a doutrina do restabelecimento do equilíbrio de concessões. Relativamente ao GATT, o autor afirmou que a solução de controvérsias evoluiu de forma consistente e persistente em direção a um sistema mais jurídico, rigoroso e digno de crédito, apesar de seus *birth defects*. Essa evolução conduziu a um sistema orientado pelo direito na OMC, em que prevalece a segurança e a previsibilidade, o que o distancia da ideia original de mero reequilíbrio de concessões (JACKSON, 2004, p. 121).

De forma mais ampla, então, existem duas correntes sobre a finalidade das contramedidas (restabelecimento do equilíbrio das concessões e indução ao cumprimento), sendo que a teoria do reequilíbrio contém a teoria da reparação pela anulação ou redução de benefícios e a teoria da violação eficiente.

3.4.1 Finalidade de restabelecer o equilíbrio das concessões

No GATT 1947, ao menos na forma como desenhado inicialmente, o objetivo de restabelecimento do equilíbrio das concessões era predominante. Entretanto, a jurisprudência da OMC não fornece apoio a esta corrente, pois o objetivo de indução ao cumprimento é amplamente majoritário, como já foi explicitado. Apesar disso, existem importantes doutrinadores que defendem essa teoria.

Lawrence, por exemplo, defende essa tese com base no paradigma da reciprocidade. O autor afirma que o preâmbulo ao Acordo Constitutivo da OMC, ao listar os objetivos das partes, indica um desejo de que os acordos sejam recíprocos e mutuamente vantajosos. Desse modo, presume-se que os acordos da OMC resultem de concessões feitas em bases de reciprocidade pelos Membros. Esse paradigma orienta todos os acordos da OMC, inclusive o ESC (LAWRENCE, 2003, p. 19).

Além disso, o autor afirma que as concessões podem ser consideradas recíprocas ou equilibradas caso resultem em fluxos comerciais iguais. Como resultado de cada negociação nova, espera-se que os Membros concedam, em valor, a mesma nova oportunidade comercial recebida (embora se admitam níveis de tarifas diferentes). Os Membros da organização consideram suas posições iniciais como dadas e estabelecem a equivalência entre os níveis de concessão. Especificamente sobre o restabelecimento das concessões, o autor afirma que isso tem funções políticas importantes ao manter a reciprocidade. Com isso, se confere maior credibilidade aos acordos, aumentando o apoio político ao sistema (LAWRENCE, 2003, p. 21-22).

Palmer e Alexandrov são bastante enfáticos ao afirmar que a finalidade das contramedidas não é a de induzir ao cumprimento, como afirma a jurisprudência da OMC desde o caso *EC – Bananas III*¹³⁸, mas restabelecer o equilíbrio de concessões. Para os autores, essa doutrina de que a finalidade das contramedidas é a indução ao cumprimento está “legalmente equivocada e não é inteligente sob a perspectiva política. O propósito das contramedidas na OMC não é induzir o cumprimento, mas manter o equilíbrio das concessões comerciais recíprocas negociadas nos acordos da OMC” (PALMETER; ALEXANDROV, 2002, p. 647, tradução do autor).

¹³⁸ European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas - Recourse to Arbitration By The European Communities under Article 22.6 of the DSU - Decision by the Arbitrators - WT/DS27/ARB - 9 April 1999

Deve-se levar em conta que “[t]oda a *raison d’être* do GATT e agora da OMC é a liberalização comercial.” Palmeter e Alexandrov esclarecem que afirmar que o cumprimento seja preferido em relação às contramedidas não significa que seu objetivo seja a indução ao cumprimento. Nesse ponto, os autores fazem uso da limitação das contramedidas em relação à equivalência para sustentar que o objetivo das contramedidas é o reequilíbrio das concessões acordadas, pois,

[e]mbora o texto do tratado possa ser considerado, em grande medida, silente nesse ponto [a finalidade das contramedidas], o uso da palavra ‘equivalente’ no ESC sugere muito fortemente que os negociadores tinham em mente qualquer coisa exceto ‘indução ao cumprimento’” (PALMETER; ALEXANDROV, 2002, p. 665, tradução do autor).

A teoria de que as contramedidas da OMC têm como função a reparação pelos prejuízos sofridos compartilha de alguns dos pressupostos dos autores que defendem a tese do restabelecimento do equilíbrio, podendo ser considerada uma subdivisão desta.

No direito internacional geral, conforme visto no capítulo 2 deste trabalho, a finalidade reparatória encontra-se entre os objetivos das contramedidas. No âmbito do regime especial da OMC, a função das contramedidas de reparação em razão da anulação ou redução dos prejuízos sofridos é muito limitada. Em primeiro lugar, as empresas que sofrem o prejuízo no Membro demandante não costumam ser as mesmas que recebem o benefício pela elevação tarifária decorrente das contramedidas. Em segundo lugar, como as contramedidas são apenas prospectivas na OMC, e não retroativas, a ideia de reparação de danos resta bastante prejudicada (BRAZ, 2006, p. 164).

No caso *US – Offset Act (Byrd Amendment)*, os árbitros afirmaram que um dos propósitos das contramedidas pode ser a compensação. Os árbitros afirmaram:

[...] o requisito de que o nível dessas suspensões seja equivalente ao nível da anulação ou prejuízo que sofreu a parte reclamante parece indicar que a suspensão de concessões ou outras obrigações é unicamente um meio para se obter alguma forma de compensação temporária, mesmo no caso em que tenha fracassado a negociação de compensações (tradução do autor)¹³⁹.

Oliveira faz uma apreciação sobre essa corrente nos seguintes termos:

A compensação também é visualizada como uma possível finalidade da “suspensão de concessões” na OMC, em que pese o questionamento da doutrina, pois não há nenhuma disposição no ESC que confira caráter compensatório à medida. A compensação poderia enquadrar-se como uma forma de reparação aos prejuízos causados ao demandante, devido à demora na implementação das recomendações; contudo, o ESC nada dispõe a respeito (OLIVEIRA, 2012, p. 190).

¹³⁹ United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (Original Complaint by Korea) Recourse to Arbitration by the United States Under Article 22.6 of The DSU - Decision by the Arbitrator - WT/DS217/ARB/KOR - 31 August 2004 – par. 6.3.

A teoria da violação eficiente (*eficiente breach*) também pode ser considerada uma subdivisão da teoria do restabelecimento do equilíbrio, por partir de algumas premissas semelhantes, como a da inexistência de obrigações jurídicas propriamente vinculantes. Essa hipótese é enunciada por autores da linha da análise econômica do direito (*Law and Economics*). Os autores costumam fazer uma aplicação analógica da teoria contratual sob a perspectiva da análise econômica do direito no direito da OMC. Trachtman explica essa hipótese da seguinte forma:

Nenhum direito ou obrigação jurídica são peremptoriamente vinculantes: eles não causam diretamente a ação humana, mas apenas criam incentivos para a ação, mediados pela escolha individual. Mais propriamente, a principal questão é a magnitude e o tipo de remédio jurídico ou penalidade para a violação. (...) Segundo essa perspectiva [da análise econômica do direito], a chave para prever o cumprimento é o preço da violação: onde o preço da violação for suficientemente alto, o cumprimento ocorrerá. (...) existem circunstâncias em que a violação do contrato é mais eficiente do que o cumprimento e, normativamente, o direito deve facilitar a violação nessas circunstâncias (TRACHTMAN, 2008, p. 142, tradução do autor).

Essa teoria é bastante utilizada no âmbito interno do direito dos contratos nos Estados Unidos. A ideia é basicamente a de que a violação de um contrato permite à parte violadora pagar indenização para reparar o dano causado, sem cumprir suas obrigações contratuais. Nesse sentido, a parte violadora tem a opção de se recusar a cumprir o contrato, desde que sua compensação proteja completamente as expectativas econômicas razoáveis da outra parte que decorreriam do cumprimento do contrato (JACKSON, 2004, p. 122).

Para Sykes, um dos principais defensores dessa teoria no âmbito das contramedidas da OMC, a tentativa de resolver o debate sobre a finalidade das contramedidas com base exclusivamente no texto não ajuda o suficiente, pois o próprio texto é confuso e contraditório. Então, defende seu ponto de vista com base no histórico e na estrutura do mecanismo de solução de controvérsia da OMC, tendo em vista também observações de análise econômica. Um dos pontos do autor é a limitação quantitativa do ESC, que estabelece o critério da equivalência. Esse critério não condiz com o objetivo de indução ao cumprimento, que demandaria uma medida além da mera equivalência, mas sim com a ideia de permissão de uma violação eficiente (SYKES, 2010, p. 341; 346).

A ideia pressuposta dessa corrente é a de que o sistema atual não impõe a obrigação jurídica de cumprir as decisões, sendo que sofrer contramedidas ou pagar compensação são alternativas válidas ao cumprimento. O objetivo do sistema é, assim, o restabelecimento da barganha negociada, o que faz dessa teoria uma variante da teoria do reequilíbrio das concessões. O cumprimento somente será preferido se seus ganhos superarem seus custos;

caso isso não aconteça, a violação combinada com as contramedidas ou a compensação é preferida. Daí a ideia de uma violação eficiente que maximize o bem-estar.

3.4.2 Finalidade de indução ao cumprimento

A finalidade das contramedidas de indução ao cumprimento das decisões e recomendações do OSC é posição quase unânime da jurisprudência e é defendida por um grande número de doutrinadores, como sustentado previamente. Apesar da ausência de menção expressa no ESC, destaca-se a previsão normativa do artigo 3.7 do ESC entre os fundamentos apresentados. Esse dispositivo prevê que, na impossibilidade de uma solução aceita mutuamente pelas partes, o primeiro objetivo do mecanismo de solução de controvérsias é a supressão da medida inconsistente com as normas da OMC.

Conforme Arantes Neto, a obrigação internacional de cessação do ilícito na prática do GATT 1947 ilustra a transformação, ainda antes da criação da OMC, de um “sistema de negociações que protege o equilíbrio (*power-oriented*) em um sistema cada vez mais voltado à proteção da legalidade (*rule-oriented*)” (ARANTES NETO, 2008, p. 289-290). Após analisar a evolução do GATT em relação aos remédios jurídicos, Cho sustenta que a natureza mais contratual de direito privado, presente na prática inicial do GATT, transformou-se em uma natureza de direito público, com base na jurisprudência e no desenho do novo sistema da OMC (CHO, 2004, p. 764-765).

Segundo Arantes Neto, a obrigação de cessação do ilícito é a principal obrigação secundária do Membro da OMC. Na ausência de solução mutuamente acordada, o primeiro objetivo do mecanismo de solução de controvérsias é fazer cessar o ilícito. Diante da ausência de dimensão de reparação no sistema de responsabilidade da OMC, a obrigação secundária de cessação “torna-se, em regra, a única consequência material do ilícito” (ARANTES NETO, 2008, p. 292). Ao tratar dos limites à finalidade das contramedidas, o autor retoma e expande essa ideia:

[...] a finalidade principal das contramedidas é coagir o Estado infrator ao adimplemento da obrigação secundária de cessação. A efetividade dessa finalidade é bastante limitada pelo critério da equivalência no regime comum do art. 22.4 do ESC, assim como pela limitação às contramedidas cruzadas. Paralelamente a essa finalidade, as contramedidas, já que consistentes na suspensão de concessões em grau equivalente à anulação ou prejuízo, também cumprem a finalidade acessória de compensar temporariamente o dano causado ao equilíbrio entre direitos e obrigações (ARANTES NETO, 2008, p. 378).

Jackson é um dos principais expoentes dessa teoria. O autor afirma, em primeiro lugar, que as obrigações da OMC e as decisões do OSC são juridicamente vinculantes e, por isso, devem ser cumpridas por seus Membros. Nesse sentido, a finalidade da suspensão de concessões é a indução ao cumprimento. Além de essa ser a interpretação mais adequada do ESC, para o autor, isso é desejável do ponto de vista normativo, pois o cumprimento das decisões e a obediência às normas confere previsibilidade e estabilidade ao sistema.

Jackson traz um argumento adicional acerca da credibilidade do sistema, após afirmar que o ESC impõe uma obrigação internacional a ser cumprida e não oferece ao demandado a livre escolha para preferir adotar medidas compensatórias. Para o autor, o cumprimento das obrigações é uma exigência mais justa, na medida em que um sistema que permita aos países ricos pagarem para descumprir suas obrigações em relação aos países pobres, ensejaria uma assimetria que poderia minar a credibilidade do sistema de solução de controvérsias (JACKSON, 2000, p. 194).

Na jurisprudência da OMC, a primeira vez que a finalidade de indução ao cumprimento foi apresentada ocorreu no caso *EC – Bananas III*, em que os árbitros estabeleceram uma ligação entre a provisoriedade da medida e sua finalidade:

Assim, a autorização para suspender concessões ou outras obrigações é uma medida temporária à espera da aplicação plena das recomendações e resoluções pelo Membro de que se trate. Concordamos com os Estados Unidos que esse caráter temporário indica que as contramedidas têm por finalidade *induzir ao cumprimento*, mas isso não significa que o OSC deva conceder uma autorização para suspender concessões em um nível que exceda o *equivalente* ao nível de anulação ou prejuízo. Para nós, não há no artigo 22.1 do ESC, nem nos parágrafos 4 e 7 deste artigo, nenhuma disposição que possa ser entendida como justificação para contramedidas de caráter punitivo (tradução do autor)¹⁴⁰.

Oliveira seguiu em sua tese de doutorado a posição da jurisprudência dominante acerca da indução ao cumprimento. A autora chegou a essa conclusão após sua pesquisa acerca da jurisprudência da OMC, que indicou essa finalidade de indução ao cumprimento nos seguintes casos:

EC – Bananas III (US)(Article 22.6), para. 6.3; *EC – Hormones (US)(Article 22.6)*, para. 40; *EC – Hormones (Canada)(Article 22.6)*, para. 76; *EC – Bananas III (Ecuador)(Article 22.6)*, para. 76. Nas disputas subsequentes envolvendo subsídios proibidos, os Painéis Arbitrais observaram que uma das funções da “suspensão de concessões” corresponde a induzir o cumprimento; como nos casos: *Brazil – Aircraft (Article 22.6)*, para. 3.44; *US – FSC (Article 22.6)*, para. 5.52; *Canada – Aircraft (Article 22.6)*, paras. 3.47, 3.105, 3.107. No caso *US – 1916 Act (Article 22.6)*, para. 5.5, o árbitro entendeu que, malgrado uma das funções da “suspensão de

¹⁴⁰ European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas - Recourse to Arbitration By The European Communities under Article 22.6 of the DSU - Decision by the Arbitrators - WT/DS27/ARB - 9 April 1999 – par. 6.3.

concessões” ser “induzir o cumprimento”, esta representa a função mais importante da medida. Em contraste, no litígio *US – Byrd Amendment (Article 22.6)*, para. 3.74, o árbitro informou que não estava convencido de que ‘induzir o cumprimento’ seja a única função da medida, sendo possível atribuir-lhe inúmeras funções. Por fim, em *US – Gambling (Article 22.6)*, para. 2.7, o Painel Arbitral considerou que ‘induzir o cumprimento’ é a finalidade da —suspensão de concessões (OLIVEIRA, 2012, p. 168).

Especificamente no caso *US – Offset Act (Byrd Amendment)*, os árbitros, sem descartar que a indução ao cumprimento possa ser uma das finalidades das contramedidas, fizeram a seguinte ponderação:

[...] não se faz referência expressa a esse conceito [finalidade de indução ao cumprimento] em nenhum lugar do ESC, e não estamos convencidos de que o objetivo e o fim do ESC – ou do Acordo sobre a OMC – apoiem o enfoque de que a finalidade da suspensão de concessões ou outras obrigações ao amparo do artigo 22 seja exclusivamente induzir ao cumprimento. Tendo em conta o artigo 3.7 e os parágrafos 1º e 2º do artigo 22, não podemos excluir a indução ao cumprimento como um dos objetivos da suspensão de concessões ou outras obrigações, mas esse somente pode ser, no melhor dos casos, um dos diversos fins da autorização da suspensão de concessões ou outras obrigações. Ao utilizar a ‘indução ao cumprimento’ como critério de referência para a eleição do enfoque mais adequado, corremos, além disso, o risco de perder de vista o requisito estabelecido no artigo 22.4 de que o nível da suspensão seja *equivalente* ao nível de anulação ou prejuízo (tradução do autor)¹⁴¹.

O caso *US – Offset Act (Byrd Amendment)* pode ser considerado um desvio da jurisprudência dominante dos relatórios arbitrais. Apenas nesse caso os árbitros indicaram que, além da indução ao cumprimento, as contramedidas tinham a finalidade de compensar as partes demandantes pelo não cumprimento das obrigações pela parte demandada. Nesse caso, é possível considerar que influenciou a decisão dos árbitros o fato de que as contramedidas foram solicitadas por oito Membros da OMC que demandavam, cada um, a possibilidade de aplicar as contramedidas no valor total correspondente aos gastos dos EUA com seu programa de subsídios. Caso fosse seguida a jurisprudência anterior de indução ao cumprimento, as contramedidas poderiam ser desproporcionais, sob o ponto de vista da parte demandada (MEDRADO, 2011, p. 57-58).

Retomando os argumentos que dão suporte à tese de indução ao cumprimento, pode-se considerar que, caso seja constatado que uma medida aplicada por um Membro é contrária a um acordo abrangido, os Grupos Especiais ou o OA devem recomendar que este Membro torne sua conduta compatível com esses acordos. Por meio dessa disposição, prevista no

¹⁴¹ United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (Original Complaint by Korea) Recourse to Arbitration by the United States Under Article 22.6 of The DSU - Decision by the Arbitrator - WT/DS217/ARB/KOR - 31 August 2004 – par. 3.74.

artigo 19.1 do ESC, observa-se que é mandatório que as recomendações contenham a obrigação de cessação do ato ilícito praticado.

No caso *Argentina — Hides and Leather*, há suporte para a teoria da indução ao cumprimento nos seguintes termos:

Em síntese, a implementação consiste em colocar a medida declarada incompatível com as obrigações que impõem ao Membro da OMC em questão determinadas disposições de um acordo abrangido em conformidade com essas disposições. O parágrafo 7 do artigo 3 do ESC destaca que “o primeiro objetivo do mecanismo de solução de controvérsias será geralmente o de conseguir a supressão [da medida incompatível com a OMC]” O ESC acrescenta que não se deve recorrer à compensação a não ser no caso em que ‘não seja factível suprimir imediatamente as medidas incompatíveis’, e isso somente como ‘solução provisória até sua supressão’. A suspensão de concessões ou outras obrigações no marco dos acordos abrangidos é expressamente designada como ‘último recurso’, enquanto modo de cumprimento, ‘sujeito à autorização do OSC’, e também continua um remédio ‘temporário’ previsto no Artigo 22.8 do ESC, que somente está permitido até que se tenha ‘suprimido’ a medida não conforme ou se chegue a uma ‘solução mutuamente satisfatória’. Além disso e em qualquer caso, o Artigo 22.1 do ESC adverte que nem a compensação, nem a suspensão de concessões ou de outras obrigações são ‘preferíveis à aplicação plena de uma recomendação de colocar uma medida em conformidade com os acordos abrangidos’ (tradução do autor)¹⁴².

Medrado, em sua Tese de Doutorado, fez um levantamento de todos os casos até 2011 em que houve a solicitação de aplicação de contramedidas, sempre seguidas da arbitragem do artigo 22.6 do ESC. O autor chegou à seguinte conclusão:

[...] em todos os casos até hoje *induce compliance* foi citado pelos árbitros como sendo ao menos um dos objetivos essenciais das contramedidas na OMC. Em nenhum deles foi aceito o argumento de que entre os objetivos das contramedidas poderia estar um reequilíbrio de direitos e obrigações (MEDRADO, 2011, p. 56).

Medrado também encontrou uma diferença específica em relação às contramedidas apropriadas nos casos de subsídios proibidos. Nesses casos, das cinco arbitragens quatro sustentaram que o único objetivo das contramedidas é a indução ao cumprimento. Em relação aos casos não envolvendo subsídios, em quatro das cinco arbitragens afirmou-se a finalidade de indução ao cumprimento, mas ponderada pelo critério da equivalência; em apenas um caso foi afirmada apenas a função de indução ao cumprimento. A conclusão a ser tirada da jurisprudência da OMC, então, é a de que os relatórios arbitrais estabelecem como finalidade principal das contramedidas a indução ao cumprimento. (MEDRADO, 2011, p. 57)

Embora Pauwelyn defenda, em seu artigo de 2000, que o objetivo das contramedidas é a indução ao cumprimento, ele afirma que há discrepância apresentada pelo ESC acerca da equivalência. Além de falar sobre a ineficiência econômica das contramedidas, o autor

¹⁴² WTO, *Argentina — Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, Arbitration under Article 21.3(c) of the Understanding on Rules and Procedures – Governing the Settlement of Disputes, 31 agosto 2001, WT/DS155/10, par. 40.

sustenta que, em razão de o nível das contramedidas do ESC ser no máximo “equivalente” ao dano efetivo sofrido devido à medida inconsistente, é difícil perceber como isso pode ser harmonizado com a finalidade de indução ao cumprimento. Devido à noção de equivalência à anulação ou prejuízo, a finalidade das contramedidas parece ser a “compensação da parte vencedora pelo atraso na implementação” (PAUWELYN, 2000, p. 343-344, tradução do autor).

No caso *United States – Anti-dumping Act of 1916*, a natureza não punitiva das contramedidas foi sustentada de modo claro, ao se cotejar essa hipótese com a limitação de equivalência. Os árbitros afirmaram que:

Se se aplicasse de tal modo que fosse igual ao nível de anulação ou prejuízo sofrido pelas Comunidades Europeias em consequência da Lei de 1916, a suspensão seria ‘equivalente’ conforme o artigo 22.4 do ESC. Se a suspensão se aplicasse de tal modo que excedesse o nível de anulação ou prejuízo sofrido pelas Comunidades Europeias em consequência da Lei de 1916, a suspensão não seria ‘equivalente’ conforme o artigo 22.4 do ESC. A suspensão seria, ao invés disso, punitiva, o que o dispositivo mencionado não autoriza (tradução do autor)¹⁴³.

O debate sobre a finalidade das contramedidas indica a existência de duas doutrinas que se opõem. Essa oposição pode ser considerada sob a perspectiva do paradigma que cada uma assume: enquanto a ideia de restabelecimento do equilíbrio das concessões assume o paradigma da reciprocidade, permitindo maior flexibilidade à política, a teoria da indução ao cumprimento está de acordo com o paradigma da legalidade, em que o sistema está desenhado para ser orientado por normas. Conforme visto, a teoria da finalidade como indução ao cumprimento é a posição quase unânime da jurisprudência e é a posição adotada neste trabalho.

3.5 Comparação com as medidas compensatórias no MERCOSUL: semelhanças e diferenças em relação às contramedidas da OMC

As medidas compensatórias no MERCOSUL são um instituto congênere ao da suspensão de concessões ou outras obrigações na OMC. Ambos os institutos podem ser chamados de contramedidas, consideradas suas características específicas. Neste tópico, serão

¹⁴³ United States – Anti-Dumping Act of 1916 (Original Complaint by the European Communities) Recourse to Arbitration by the United States Under Article 22.6 of the DSU - Decision by the Arbitrators – WT/DS136/ARB - 24 February 2004 - par. 7.1.

examinadas algumas semelhanças e diferenças entre as contramedidas da OMC e do MERCOSUL¹⁴⁴.

Conforme a sistemática do art. 1º do Protocolo de Olivos, não há exclusividade de jurisdição do MERCOSUL, pois a parte demandante poderá optar pelo sistema da OMC ou de outro esquema preferencial de comércio. Porém, iniciado o procedimento em um dos foros eleitos, nenhuma das partes poderá recorrer a outro sobre questão que envolva o mesmo objeto¹⁴⁵.

O procedimento é composto de duas fases: a pré-contenciosa e a jurisdicional. Na primeira, ocorrem inicialmente as negociações diretas, faz-se obrigatória com prazo de quinze dias; é possível também a intervenção do Grupo Mercado Comum, procedimento opcional que depende do comum acordo das partes, com prazo de trinta dias. A fase jurisdicional inicia-se com a intervenção do Tribunal Arbitral *ad hoc*, que tem jurisdição obrigatória *ipso facto* e não necessita de acordo especial. O laudo arbitral é obrigatório, mas cabe recurso ao TPR, cujo laudo é, por sua vez, obrigatório e inapelável. As partes podem acordar expressamente submeter-se, diretamente em única instância, ao TPR, conforme art. 23 do Protocolo de Olivos. Observa-se que, tal como previsto no ESC da OMC, existe um sistema específico de solução de controvérsias entre os Membros previsto em um tratado internacional. Além disso, percebe-se que há, como na OMC, a intervenção de um grupo *ad hoc*, podendo haver recurso para uma instância permanente, com a diferença de que não há, na OMC, a possibilidade de o OA atuar em única instância, nem há, no MERCOSUL, um OSC.

A importância de medidas que tornem executória uma decisão em um sistema de solução de controvérsias foi avaliada por Fillol nos seguintes termos:

[...] de nada vale a existência de um mecanismo de solução de controvérsias complexo e elaborado, qualquer que seja sua natureza, se o laudo ou a sentença que

¹⁴⁴ Antes de especificar a autotutela no Mercosul, é importante tecer alguns comentários sobre seu sistema de solução de controvérsias. O acordo fundacional do Mercosul, o Tratado de Assunção de 1991, previa um sistema de solução de controvérsias provisório, caracterizado por negociações intergovernamentais diretas. O Protocolo de Brasília, de 17 de dezembro de 1991, também previa um sistema provisório, em que já havia Tribunais Arbitrais *ad hoc*. Ocorreram nove casos sob o Protocolo de Brasília (PEREIRA, 2005, p. 97), sendo que o primeiro Laudo arbitral ocorreu em 1999. Com a adoção do Protocolo de Olivos em 18 de fevereiro de 2002, que disciplina o atual procedimento de solução de controvérsia, o Mercosul foi dotado de uma instância permanente, o Tribunal Permanente de Revisão. Conforme Pereira, o Protocolo de Olivos “ainda não cria o sistema permanente de solução de controvérsias, cuja adoção deverá se dar antes do processo de convergência da tarifa externa comum”. A autora afirma que esse novo mecanismo veio “suprir algumas falhas do mecanismo anterior, estabelecendo um sistema mais juridicizado” (PEREIRA, 2005, p. 98).

¹⁴⁵ A breve análise que será realizada aqui se refere ao procedimento de solução de controvérsias entre os Estados-Membros do Mercosul. Não será abordada a sistemática da opiniões consultivas, regulamentadas no Brasil pela Emenda Regimental nº 48/2012 do STF, nem o procedimento de intervenção dos particulares no sistema. Isso se deve ao fato de que o escopo deste tópico é a investigação sobre a autotutela no Mercosul, presente apenas na solução de controvérsias entre os Estados.

coloca fim aos procedimentos é de cumprimento voluntário e não executável, ou não se possa fazer cumprir, porque não existe, direta ou indiretamente, um poder de coação suficiente para que a resolução jurisdicional ou arbitral se faça efetiva, quando não há vontade de cumprimento por parte do Estado obrigado (FILLOL, 2006, p. 62).

A primeira vez que as medidas compensatórias foram estabelecidas foi no Protocolo de Brasília de 1991, que regulava provisoriamente a solução de controvérsias entre os Membros. Neste momento, no âmbito do sistema multilateral de comércio, vigorava o GATT 1947, que previa também a suspensão de concessões. O artigo 23 do Protocolo de Brasília disciplinava o tema da seguinte forma:

Se um Estado Parte não cumprir o laudo do Tribunal Arbitral, no prazo de trinta (30) dias, os outros Estados partes na controvérsia poderão adotar medidas compensatórias temporárias, tais como a suspensão de concessões ou outras equivalentes, visando a obter seu cumprimento.

Na atualidade, as medidas compensatórias foram previstas no Protocolo de Olivos. Segundo o Tribunal permanente de Revisão, “as medidas compensatórias, no marco do MERCOSUL, tem (*sic*) por finalidade solucionar uma situação de descumprimento jurisdicionalmente declarado do direito regional”¹⁴⁶. Pastori Fillol define essas medidas compensatórias da seguinte forma:

As medidas compensatórias previstas nos artigos 31 e 32 do PO se inscrevem no marco das contramedidas institucionalizadas, permitindo ao Estado beneficiado pelo laudo ‘retaliar’ contra o Estado obrigado (isto é, contra o Estado que deve cumpri-lo), se não cumpriu o laudo ou se o cumpriu apenas parcialmente (FILLOL, 2006, p. 81, tradução do autor).

Fernández, que já foi árbitro titular do Tribunal Permanente de Revisão, critica a inclusão desse tipo de medida em um processo de integração nos seguintes termos: “resulta criticável a inserção no Protocolo de Olivos do conceito de medidas compensatórias assim como ficou estabelecido, pois é alheia a um direito da integração a autorização aos Estados Partes de fazer justiça por conta própria” (FERNÁNDEZ, 2006, p. 602). Fillol, em sentido semelhante, afirma que “se trata de uma forma de castigo, indireto e regulado, que o Estado prejudicado pode aplicar contra o Estado pela não execução do laudo. É uma espécie de ‘lei de talião’ (olho por olho, dente por dente) aplicada às relações internacionais” (FILLOL, 2006, p. 81, tradução do autor). Essa é uma característica geral das contramedidas, que são, como visto anteriormente, uma forma de justiça privada¹⁴⁷.

¹⁴⁶ TPR, Laudo 01/2007, par. 9.2, p. 10.

¹⁴⁷ É possível fazer uma ponderação a essa crítica. Por um lado, o Protocolo de Olivos permite aos Estados que “façam justiça por conta própria”, adotando as contramedidas; por outro, o Protocolo estabelece limites à adoção dessas medidas, submetendo-as a controle jurisdicional do tribunal, sendo possível, por exemplo, o

A grande crítica a esse tipo de sistema de “sanção descentralizada”, como afirma Fillo, é a de que “deixa sua eficácia confiada à relação de poderes, de modo que a força de que dispõe o país que adota as medidas compensatórias é a que vai determinar se os direitos serão ou não respeitados” (FILLOL, 2006, p. 81, tradução do autor). Os países menores estão em desvantagem, pois suas medidas compensatórias podem não ter grande impacto. Em um bloco caracterizado pela assimetria entre seus Membros, como o MERCOSUL, essa crítica parece ser bastante pertinente.

Segundo o artigo 29, par. 1º, do Protocolo de Olivos, os laudos dos Tribunais *Ad Hoc* ou do Tribunal Permanente de Revisão devem ser cumpridos no prazo estabelecido pelo próprio tribunal ou, caso este prazo não seja estabelecido, o cumprimento deve ocorrer no prazo de trinta dias da notificação¹⁴⁸. Essa já é uma diferença em relação ao procedimento da OMC, em que há previsão de um “prazo razoável”, que poderá ensejar, para sua definição, um procedimento arbitral próprio. A parte beneficiada pela decisão do Tribunal *Ad Hoc* ou do TPR, caso entenda que essa decisão não está sendo cumprida pelas medidas adotadas pela parte vencida, poderá levar a situação ao conhecimento do tribunal que proferiu a referida decisão, o qual deverá dirimir as questões suscitadas pelas partes¹⁴⁹. Após o cumprimento das etapas previstas no Protocolo de Olivos, os Estados estão autorizados a adotar contramedidas. Não há necessidade, como na OMC, da autorização específica do OSC, após o pleito para aplicação da medida. Se um Estado não cumpre o laudo do tribunal, a outra parte na controvérsia pode aplicar as medidas compensatórias contra a parte recalcitrante, independentemente de ter havido a constatação pelo tribunal do descumprimento de seu laudo, mas desde que tenha transcorrido um ano da data prevista para implementação¹⁵⁰. Se não quiser esperar esse prazo, deverá entrar com uma ação sobre o cumprimento da decisão. Não há previsão específica, tal como na OMC, de um *compliance panel*.

O Protocolo de Olivos foi explícito em relação à finalidade das contramedidas no MERCOSUL: devem ser adotadas “com vistas a obter o cumprimento do laudo”. Nesse

questionamento do grau das medidas compensatórias implementadas em sede jurisdicional (CARNEIRO, 2007, p. 166).

¹⁴⁸ Artigo 29, par. 1º. “Os laudos do Tribunal *Ad Hoc* ou os do Tribunal Permanente de Revisão, conforme o caso, deverão ser cumpridos no prazo que os respectivos Tribunais estabelecerem. Se não for estabelecido um prazo, os laudos deverão ser cumpridos no prazo de trinta (30) dias seguintes à data de sua notificação.”

¹⁴⁹ Artigo 30, par. 1º: “Caso o Estado beneficiado pelo laudo entenda que as medidas adotadas não dão cumprimento ao mesmo, terá um prazo de trinta (30) dias, a partir da adoção das mesmas, para levar a situação à consideração do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* ou do Tribunal Permanente de Revisão, conforme o caso.”

¹⁵⁰ Artigo 31, par. 1º: “Se um Estado parte na controvérsia não cumprir total ou parcialmente o laudo do Tribunal Arbitral, a outra parte na controvérsia terá a faculdade, dentro do prazo de um (1) ano, contado a partir do dia seguinte ao término do prazo referido no artigo 29.1, e independentemente de recorrer aos procedimentos do artigo 30, de iniciar a aplicação de medidas compensatórias temporárias, tais como a suspensão de concessões ou outras obrigações equivalentes, com vistas a obter o cumprimento do laudo.”

sentido, as contramedidas não têm finalidade punitiva, pois seu objetivo é fazer com que o Estado recalcitrante cumpra a decisão adotada pelos tribunais do MERCOSUL, adequando sua conduta à legislação mercosulina. Nesse sentido, Juliana Rocha afirma que a “obrigação principal do Estado reclamado, após a prolação do julgado, é cumpri-lo integralmente, permitindo a restauração plena de aplicação do direito de integração” (ROCHA, 2011, p. 144). Na OMC, como visto, por sua vez, não há definição explícita da finalidade do instituto, embora a jurisprudência majoritária reconheça a finalidade de indução ao cumprimento, não sendo também as contramedidas punitivas.

Um dos limites às medidas compensatórias é sua provisoriedade. Como visto anteriormente, as contramedidas no direito internacional e na OMC também são temporárias, devendo cessar quando o Estado que as sofre cumpra suas obrigações (tradução do autor)¹⁵¹. O mesmo deve ocorrer no MERCOSUL, pois o Estado deve interromper a aplicação das contramedidas quando a outra parte cumprir a decisão prolatada, ajustando sua conduta.

Rocha expressa essa ideia de temporalidade da seguinte forma:

As medidas compensatórias possuem a sua aplicabilidade estabelecida por norma da integração, contemplando um termo inicial e final. O termo inicial é a verificação, pelo Estado Reclamante, que o Estado Reclamado não cumpriu os termos do julgado (laudo arbitral) no prazo fixado pelos julgadores. O termo final de aplicabilidade das medidas compensatórias é a constatação de que o Estado Reclamado cumpriu o julgado, restaurando-se o cumprimento do direito de integração (ROCHA, 2011, p. 125).

As medidas compensatórias, por meio da suspensão de concessões ou de obrigações equivalentes, devem ser aplicadas no mesmo setor afetado e, se isso não for eficaz, podem ser aplicadas em outro setor. Conforme visto, na OMC há três (e não duas) hipóteses, sendo a aplicação das contramedidas primeiro no mesmo setor do acordo violado; depois em outro setor do mesmo acordo; e, por fim, em relação a outro acordo (“retaliação cruzada”). Por sua vez, o artigo 31, par. 2º, do Protocolo de Olivos dispõe:

O Estado Parte beneficiado pelo laudo procurará, em primeiro lugar, suspender as concessões ou obrigações equivalentes no mesmo setor ou setores afetados. Caso considere impraticável ou ineficaz a suspensão no mesmo setor, poderá suspender concessões ou obrigações em outro setor, devendo indicar as razões que fundamentam essa decisão.

O Estado que se sentir prejudicado pela aplicação das contramedidas tem a faculdade de questioná-las perante o Tribunal *ad hoc* ou o TPR, a depender de o laudo em que se baseiam as contramedidas ter sido prolatado por este ou aquele Tribunal. O Estado que está

¹⁵¹ Artigo 53 do Projeto da CDI/ONU de 2001. “Cessaçã das contramedidas. Colocar-se-á fim às contramedidas tão logo o Estado responsável tenha cumprido suas obrigações em relação ao fato internacionalmente ilícito em conformidade com o disposto na Parte Dois” (tradução do autor).

sofrendo as contramedidas pode alegar que cumpriu o laudo ou que as medidas compensatórias são excessivas. Na avaliação desse excesso, o tribunal deve considerar a proporcionalidade das medidas compensatórias e o motivo para a aplicação em setor diverso do afetado. Essas disposições estão previstas no artigo 32 do Protocolo de Olivos¹⁵². Na OMC, também é possível questionar as contramedidas, com o estabelecimento de um tribunal arbitral, que adotará o critério da equivalência, caso não se trate de subsídios proibidos.

Nesse ponto, é importante analisar a jurisprudência dos órgãos jurisdicionais do MERCOSUL. De fato, houve apenas um caso de aplicação de medidas compensatórias e de sua contestação perante o TPR, tratando-se do Laudo 01/2007. Um dos aspectos importantes dessa decisão foi a interpretação acerca da proporcionalidade das medidas compensatórias e sua diferença, por exemplo, em relação às contramedidas da OMC. O caso envolveu a prolação de cinco laudos: Laudo do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* de 25 de Outubro de 2005; Laudo do TPR nº 01/2005; Laudo do TPR nº 01/2006; Laudo do TPR nº 01/2007; Laudo do TPR nº 01/2008.

Trata-se de uma controvérsia em que o Uruguai questionou a Lei 25.622/2002 da Argentina que proibia a importação de pneumáticos remodelados. Basicamente, a Argentina alegava que se tratava de pneus usados e que as medidas se justificavam pela proteção ao meio ambiente e à segurança das pessoas, o que é uma possível exceção ao livre comércio; por sua vez, o Uruguai alegava que não se tratava de pneus usados e que a referida lei violava as normas mercosulinas, ao restringir o livre comércio. O laudo do tribunal arbitral acolheu a tese argentina, enquanto o Laudo 01/2005 do TPR revogou o laudo arbitral, determinando que a lei argentina era incompatível com a normativa do MERCOSUL e, por isso, deveria ser derogada no prazo de cento e vinte dias.

¹⁵² Artigo 32 do Protocolo de Olivos. “Faculdade de Questionar Medidas Compensatórias. 1. Caso o Estado Parte beneficiado pelo laudo aplique medidas compensatórias por considerar insuficiente o cumprimento do mesmo, mas o Estado Parte obrigado a cumprir o laudo considerar que as medidas adotadas são satisfatórias, este último terá um prazo de quinze (15) dias, contado a partir da notificação prevista no artigo 31.3, para levar esta situação à consideração do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* ou do Tribunal Permanente de Revisão, conforme o caso, o qual terá um prazo de trinta (30) dias desde a sua constituição para se pronunciar sobre o assunto. 2. Caso o Estado Parte obrigado a cumprir o laudo considere excessivas as medidas compensatórias aplicadas, poderá solicitar, até quinze (15) dias depois da aplicação dessas medidas, que o Tribunal *Ad Hoc* ou o Tribunal Permanente de Revisão, conforme corresponda, se pronuncie a respeito, em um prazo não superior a (trinta) 30 dias, contado a partir da sua constituição. i) O Tribunal pronunciar-se-á sobre as medidas compensatórias adotadas. Avaliará, conforme o caso, a fundamentação apresentada para aplicá-las em um setor distinto daquele afetado, assim como sua proporcionalidade com relação às consequências derivadas do não cumprimento do laudo. ii) Ao analisar a proporcionalidade, o Tribunal deverá levar em consideração, entre outros elementos, o volume e/ou o valor de comércio no setor afetado, bem como qualquer outro prejuízo ou fator que tenha incidido na determinação do nível ou montante das medidas compensatórias. 3. O Estado Parte que aplicou as medidas deverá adequá-las à decisão do Tribunal em um prazo máximo de dez (10) dias, salvo se o Tribunal estabelecer outro prazo”.

Considerando que a Argentina não cumpriu a decisão do TPR, o Uruguai aplicou medidas compensatórias por meio do Decreto 142/2007, que fixava uma taxa global tarifária de 16% à importação da Argentina de pneumáticos. Instado a manifestar-se por parte da Argentina, o TPR decidiu que a medida compensatória aplicada pelo Uruguai “é proporcional e não excessiva em relação às consequências derivadas do descumprimento do Laudo N°. 1/2005”¹⁵³. Ao decidir sobre a proporcionalidade da medida, o TPR afirmou que dois aspectos devem ser considerados: o dano econômico e o dano institucional.

O Tribunal afirmou que o MERCOSUL, assim como a União Europeia e a Comunidade Andina, “não se baseia puramente e exclusivamente em direitos, obrigações, benefícios e vantagens comerciais e econômicas entre Estados Parte”, o que o distingue da OMC. No MERCOSUL, os Estados-Partes têm criado “uma comunidade de interesses não só econômicos e comerciais, mas também sociais, culturais, jurídicos e políticos.” Nesse sentido, “o MERCOSUL é um bloco regional consistente em um processo de integração e não um mero organismo público promotor da liberalização comercial como a OMC”¹⁵⁴.

Essas considerações foram importantes para que o TPR afirmasse que o descumprimento de sua decisão não afeta apenas os fluxos comerciais entre os Estados envolvidos na controvérsia, mas também “todo o processo em seu conjunto e nas distintas relações, de diversa natureza, que surgem no seu marco.” Desse modo, esse descumprimento coloca em risco “a estabilidade e efetividade das instituições do MERCOSUL, provocando, conseqüentemente, uma preocupante sensação de descrédito na sociedade em relação ao processo no seu conjunto.”¹⁵⁵ Nesse sentido, como resposta ao descumprimento da decisão dos órgãos jurisdicionais do MERCOSUL, as medidas compensatórias devem ter uma espécie de efeito dissuasório.

Outra linha de argumentação seguida pelo TPR, para avaliar a proporcionalidade da medida compensatória, é a de que esta “deve garantir que os benefícios ou vantagens obtidos pela falta de cumprimento de uma decisão jurisdicional sejam substancialmente menores que aqueles que se obtêm no caso de acatá-la”¹⁵⁶. Em outras palavras, a medida compensatória deve ser suficiente para induzir o Estado recalcitrante ao cumprimento da decisão.

Com base nisso, o TPR chegou à conclusão de que o dano globalmente considerado envolve tanto o dano econômico quanto o dano institucional. O primeiro, além do dano

¹⁵³ TPR, Laudo 01/2007, Controvérsia entre o Uruguai e a Argentina sobre "Proibição de importação de Pneumáticos Remodelados procedentes do Uruguai", a respeito da solicitação de pronunciamento sobre excesso na aplicação de medidas compensatórias.

¹⁵⁴ TPR, Laudo 01/2007, p. 8-9.

¹⁵⁵ TPR, Laudo 01/2007, p. 9.

¹⁵⁶ TPR, Laudo 01/2007, p. 12.

comercial, abrange os danos “derivados das assimetrias em questão, as pertinentes escalas da economia, capacidade ociosa perdida, desemprego, custos afundados, inversões perdidas.” Por sua vez, o dano institucional “comporta um fator de vital importância para a avaliação da proporcionalidade para casos como o presente, além do mais se considerar-se (*sic*) que o descumprimento se refere precisamente ao primeiro laudo emitido por este Tribunal desde a sua constituição”¹⁵⁷.

Essa tese do dano institucional foi criticada por alguns autores, como Fillol, em artigo dedicado a comentar o Laudo 01/2007. O autor afirma que, na União Europeia, o sistema de execução de sentenças proíbe medidas compensatórias pelos Membros, pois a sanção decorre da proposta de um órgão comunitário, a Comissão, implementada pelo Tribunal de Justiça. As partes não participam dessa determinação, e a valoração da multa é feita por órgãos comunitários. Diferentemente,

[...] em um sistema conduzido pela vontade das partes em conflito, como no MERCOSUL, em que o mecanismo indireto de execução são as medidas compensatórias, de imposição não obrigatória, não pode ser implementada facilmente uma sanção adicional, cujo objetivo seja o efeito dissuasório para evitar a reincidência do não cumprimento em todo o sistema (FILLLOL, 2008, p. 39-40).

Fillol complementa sua crítica afirmando que, para que se aceite a noção de dano institucional, deve-se aceitar igualmente que os demais países do MERCOSUL possam acionar o Estado que descumpra o laudo para cobrar esse dano, já que também sofreram o dano institucional. Essa suposta *actio popularis* não se sustenta no MERCOSUL, pois não há um órgão exclusivamente comunitário que tenha a função de velar pela aplicação do direito do MERCOSUL, tal como a Comissão no âmbito da União Europeia. Assim, a fundamentação do laudo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia pelo TPR não é adequada (FILLLOL, 2008, p. 41).

Ao final deste capítulo, fazendo um balanço dos argumentos expostos, pode-se verificar que o regime da OMC, exemplo da fragmentação do direito internacional, visa a administrar e proteger o sistema multilateral de comércio. Essa proteção do multilateralismo comercial é reforçada pelo ESC, que prevê o mecanismo de solução de controvérsias. O objetivo desse mecanismo é trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio, o que se consegue, em grande medida, pela submissão das disputas ao mecanismo e a consequente exclusão da solução puramente unilateral. Nesse sentido, a determinação da anulação ou prejuízo de benefícios, bem como a determinação do cumprimento ou não das decisões e recomendações, é feita pelo OSC, respeitando-se o princípio do *nemo iudex in*

¹⁵⁷ TPR, Laudo 01/2007, p. 14.

causa sua. Com a adoção dessa condição para a aplicação e/ou manutenção das contramedidas, o sistema da OMC assegura maior legalismo no âmbito do comércio internacional, quando comparado, nesse aspecto, ao direito internacional geral.

Por que há maior juridicidade no sistema multilateral de comércio administrado pela OMC? Uma hipótese razoável é a forte demanda que existe por parte dos atores envolvidos no processo. Os agentes econômicos necessitam de estabilidade e de previsibilidade de regras para que possam intensificar os fluxos comerciais internacionais, o que converge, em regra, com os interesses de seus respectivos Estados. Uma forma de se obter essa maior previsibilidade é o estabelecimento de um sistema de solução de controvérsias comerciais efetivo, que garanta, por meio de mecanismos coercitivos, a conformidade de todos os participantes às obrigações primárias definidas. As contramedidas, com sua finalidade de cessação do ilícito, servem, de forma adequada, a esse propósito.

Apesar da maior legalidade da OMC sob esse aspecto, é necessário fazer uma ponderação. A jurisdicionalização do conflito que envolva o sistema multilateral refere-se ao mérito da disputa. Quanto à forma de implementação da decisão, embora exista a possibilidade de constituição de um painel arbitral para discuti-la (art. 22.6), há margem de discricionariedade da parte demandante quanto à escolha dos meios à sua disposição para induzir a parte demandada a cumprir a decisão. Trata-se, em essência, de uma medida unilateral.

Por sua vez, quanto à finalidade, observa-se que as contramedidas da OMC passaram da função de estrito reequilíbrio das concessões mútuas para incluir, como função principal, a de indução ao cumprimento das recomendações e decisões OSC, o que se traduz na cessação das medidas que causam a anulação ou o prejuízo de benefícios. Essa cessação consiste, na maior parte das vezes, na retirada da medida ilícita adotada pelo Membro violador, o que beneficia não só o Membro diretamente prejudicado, mas também os demais Membros da OMC, pois se reforça a necessidade de não se adotar medidas contrárias aos acordos pactuados.

Após essas considerações sobre as contramedidas tal como previstas na OMC, cabe agora tratar dos principais problemas relacionados a este instituto da OMC, bem como as propostas de reforma feitas pela doutrina e pelas delegações dos Membros da instituição.

4 A NECESSIDADE DE REFORMA DAS CONTRAMEDIDAS NO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC

A necessidade de reformar as contramedidas está inserida no contexto de reforma do mecanismo de solução de controvérsias da OMC como um todo. Menções sobre a necessidade de uma revisão dos procedimentos com vistas a seu aperfeiçoamento começaram antes mesmo da entrada em vigor da organização. Em 1994, em uma Decisão Ministerial, na conclusão da Rodada Uruguai na Conferência Ministerial de Marraqueche, os Ministros convidaram a Conferência Ministerial “para que realize um exame completo das normas e procedimentos de solução de controvérsias no marco da Organização Mundial do Comércio dentro dos quatro anos seguintes à entrada em vigor” do Acordo Constitutivo da OMC (tradução do autor)¹⁵⁸. Embora tenha iniciado exame no âmbito do OSC em 1997 e este tenha promovido debates informais sobre as propostas apresentadas pelos Membros, não se chegou a um consenso sobre o resultado desse exame.

O impulso mais significativo veio na Conferência Ministerial de Doha. Na Declaração Ministerial adotada em 14 de novembro de 2001, no parágrafo 30, foi estabelecido o mandato no que concerne aos procedimentos de solução de controvérsias, que dispôs:

Concordamos em celebrar negociações sobre melhorias e esclarecimentos do Entendimento sobre Solução de Controvérsias. As negociações deverão embasar-se no trabalho realizado até agora, assim como nas propostas adicionais que os Membros apresentem, buscando chegar a um acordo sobre melhorias e esclarecimentos no mais tardar em maio de 2003, momento em que adotaremos disposições para assegurar-nos de que os resultados entrem em vigor no mais breve prazo possível (tradução do autor)¹⁵⁹.

É interessante notar que, com base no parágrafo 47 da Declaração Ministerial de Doha, as negociações relativas ao ESC são uma exceção à regra do *single undertaking*, não estando vinculadas nem ao êxito, nem ao fracasso das demais negociações previstas na Declaração.

Outro ponto importante a ser notado é a que as negociações sobre a reforma do sistema de solução de controvérsias envolvem diversos temas, a exemplo do problema do sequenciamento, da questão do prazo razoável para cumprimento das decisões, da figura do *amicus curiae*, do tema da transparência dos procedimentos, dos altos custos econômicos para a utilização do mecanismo.

¹⁵⁸ Decision on the Application and Review of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes. 1994.

¹⁵⁹ WT/MIN(01)/DEC/1.

Assim sendo, o último capítulo desta dissertação está dividido, basicamente, em duas partes complementares. A primeira refere-se à análise dos principais problemas das contramedidas da OMC, tal como identificados pela doutrina e pela jurisprudência. A segunda refere-se às alternativas propostas pela doutrina e pelas delegações dos Membros da OMC, de modo a sanar ou aperfeiçoar os instrumentos à disposição das partes na controvérsia na fase da implementação das decisões.

4.1 Diagnóstico de alguns problemas envolvendo a fase de implementação

Existem algumas críticas que se dirigem à própria natureza das contramedidas enquanto “justiça privada”. Cho dá voz a essa crítica, sustentando que, “ao privatizar as sanções e então deixar o poder da retaliação nas mãos da parte vencedora, a OMC priva-se do Estado de Direito (*rule of law*) e, ao invés disso, convida a uma lei da floresta (*rule of the jungle*) na política de poder internacional” (CHO, 2004, p. 765, tradução do autor).

Ainda sobre esse aspecto mais geral das contramedidas, uma visão crítica que demonstra tanto sua importância quanto algumas de suas dificuldades, foi expressa por Charnovitz do seguinte modo:

O aspecto mais saliente do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC) é a possibilidade de autorização de uma sanção comercial contra o Membro transgressor da lei. No entanto, essa característica não traz apenas vantagens. Por um lado, ela fortifica as regras da OMC e promove o respeito por elas. Por outro lado, ela enfraquece o princípio do livre comércio e provoca a ‘inveja da sanção’ em outras organizações internacionais. Sem dúvida, a implantação de ‘dentes’ pelos negociadores da OMC foi um dos principais resultados da Rodada Uruguai, e um passo muito significativo na evolução do direito internacional econômico. Entretanto, após seis anos de experiência, os observadores da OMC começam a considerar se o recurso a medidas comerciais danosas foi uma boa ideia (CHARNOVITZ, 2005, p. 159).

Fora essas críticas de natureza mais geral, as críticas que serão estudadas abaixo se concentram em pontos mais específicos das contramedidas na OMC, como algum defeito específico do instituto ou sua incompatibilidade com algum princípio ou norma do sistema multilateral de comércio.

4.1.1 Um “tiro no pé”

Uma das críticas correntes às contramedidas da OMC é de que elas trariam prejuízos econômicos para a parte reclamante. Esses danos à parte vencedora na disputa consistem em um efeito colateral indesejável do instituto que, segundo alguns autores, é sua principal desvantagem (BRAZ, 2006, p. 151).

Segundo Mavroidis, as contramedidas são uma política inadequada. Na teoria econômica, é um lugar comum afirmar que elas são um “tiro no pé”, pois, por meio delas, um Membro impõe um custo adicional sobre a sociedade. Além disso, devido às restrições orçamentárias, as contramedidas simplesmente “não são uma opção para os Membros mais pobres da OMC” (MAVROIDIS, 2000, p. 807, tradução do autor).

Os árbitros, no caso *EC – Bananas III*, reconheceram a existência desse problema, especialmente quando o demandante for um PED:

A suspensão de concessões pode afetar não somente a parte que é objeto de medidas de retaliação, mas também pode ter, ao menos até certo ponto, efeitos desfavoráveis para a reclamante que consegue a autorização para suspensão, especialmente quando entre uma e outra parte há um grande desequilíbrio em relação ao volume de comércio e ao poder econômico. Isso acontece no presente caso, em que as diferenças entre Equador e Comunidades Europeias em relação ao tamanho de suas economias e ao nível de desenvolvimento econômico são substanciais (tradução do autor)¹⁶⁰.

Afirmando que os “dentes” acabam “mordendo” o próprio Membro que impõe as contramedidas, Charnovitz sustenta que “[t]alvez a maior desvantagem das sanções da OMC seja que ela morde o país que impõe a sanção.” O autor cita que, nos casos *Bananas* e *Hormones*, o aumento do imposto de importação pelos Estados Unidos sobre produtos das Comunidades Europeias prejudicou os consumidores domésticos, pois houve diminuição do leque de oferta de produtos e aumento nos preços. Embora reconheça que muitos dos custos tenham sido benéficos para os produtores domésticos, o autor defende que existem perdas de eficiência nessa transferência e que o país que impõe a contramedida pode sofrer tanto quanto o país alvo (CHARNOVITZ, 2002, p. 621, tradução do autor).

Charnovitz cita Smith em apoio a sua tese. Segundo o autor de *A Riqueza das Nações*, quando não há probabilidade de se aumentar o livre comércio, a retaliação não deve ser aplicada.

O caso em que às vezes pode ser conveniente refletir até que ponto é aconselhável continuar a importar certas mercadorias estrangeiras ocorre quando alguma nação estrangeira restringe, através de altas taxas alfandegárias, ou através de proibições, a

¹⁶⁰WTO - European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas - Recourse To Arbitration By The European Communities Under Article 22.6 of the DSU - Decision by The Arbitrators – Par. 86.

importação de algumas de nossas mercadorias pelo seu país. Nesse caso, a vingança naturalmente dita a retaliação, que nos leva a impor taxas aduaneiras iguais e as mesmas proibições à importação por nosso país de algumas ou de todas as mercadorias da respectiva nação. (...) Retaliações desse gênero podem constituir boa política quando há probabilidade de com isso se conseguir a supressão das altas taxas alfandegárias ou das proibições que deram motivo às retaliações. A recuperação de um grande mercado estrangeiro, geralmente, mais do que compensa o inconveniente passageiro de pagar mais caro, durante um breve período, alguns tipos de mercadorias. (...) Quando não há nenhuma probabilidade de conseguir a supressão das medidas que oprimem o nosso comércio, parece ser mau método compensar o dano infligido a certas classes da nossa população, retrucando nós mesmos com retaliações prejudiciais que não afetarão somente essas classes, mas praticamente todas as categorias da população (SMITH, 1996, p. 447 – 448).

O Relatório da Comissão de Assessoramento para Instituições Financeiras Internacionais, presidido por Meltzer, publicado em março de 2000, afirma que o

[...] país afetado sofre, então, duplamente: uma vez pelas restrições sobre suas exportações, impostas por governos estrangeiros, e outra quando os direitos aduaneiros elevam o custo interno dos bens estrangeiros escolhidos para a retaliação. Para compensar danos causados por outros, impomos custos a nós mesmos, além de custos sobre os demais” (MELTZER, 2000, p. 100-101, tradução do autor).

Charnovitz afirma que as contramedidas podem ser uma política adequada se a premissa que baseia o raciocínio for alterada. Parte-se do pressuposto de que as contramedidas são dirigidas a causar danos a estrangeiros, e não aos nacionais. Entretanto, “existe outra teoria das sanções que sugere que o caminho para induzir outros a agir não é punindo-os, mas punindo-se. A greve de fome é uma conhecida manifestação dessa teoria” (CHARNOVITZ, 2002, p. 622). Apesar da engenhosidade do argumento, essa não parece ser a finalidade das contramedidas, e o fato de que elas prejudicam o próprio país que as aplica parece indicar uma desvantagem do instituto.

Braz afirma que os prejuízos sofridos pelo reclamante decorrem, por exemplo, do aumento dos impostos de importação. O reclamante tende a aplicar as contramedidas em relação a produtos produzidos pela indústria nacional com menor vantagem comparativa e com preços mais altos. Com o aumento do preço do produto externo, há um direcionamento da demanda interna a esses produtos nacionais mais caros e, algumas vezes, de menor qualidade (BRAZ, 2006, p. 151).

Cho afirma que as contramedidas trazem implicações negativas para a economia doméstica do Membro reclamante e produzem uma injustiça distributiva. Ao criar uma barreira comercial em nome da OMC, as contramedidas resultam em uma distorção no mercado e em perda de bem-estar. Além disso, como os impostos de importação são aplicados sobre produtos e são indiretos, as contramedidas tendem a ser regressivas sobre o ponto de vista distributivo, tendendo a prejudicar mais os pobres do que os ricos (CHO, 2004, p. 790).

O próprio Relatório Anual sobre o Comércio Global de 2007 da OMC reconhece que as contramedidas podem ter desvantagens em relação à compensação. Nesse sentido, “[a]ltos níveis de proteção introduzem ineficiências econômicas nos dois lados. Além disso, afetam partes inocentes, como os consumidores e as indústrias competitivas.” Adicionalmente, a parte demandante “pode não ter interesse na aplicação de medidas retaliatórias, quando os custos do aumento das tarifas sobre importações necessárias for considerado muito alto, tanto política quanto economicamente.” Isso não se aplica apenas ao PEDs, pois mesmo os Membros com economias maiores “podem enfrentar resistência de consumidores e importadores de produtos intermediários que sofrem com maiores preços ou com relações distorcidas com fornecedores regulares” (WTO, 2007, p. 282-283, tradução do autor).

Como se pode perceber, os argumentos que embasam essa crítica são de natureza econômica, indicando, basicamente, que o aumento dos direitos aduaneiros reduz o bem-estar total da sociedade que o aplica. Embora bem fundamentado economicamente, esse argumento, por si só, não parece invalidar o instituto das contramedidas, pois dificilmente um instrumento coercitivo será desprovido de custos econômicos para a parte que o aplica. Enquanto ideia mais geral, talvez essa crítica possa servir de base para uma proposta de aperfeiçoamento do instituto, como a possibilidade substituir o aumento dos impostos de importação pelo pagamento de multa no valor do dano causado.

4.1.2 Paradoxo em relação à essência do sistema multilateral de comércio

Como afirmado anteriormente, as contramedidas são impostas pelo Membro demandante na forma de restrições às importações do Membro demandado. Essas restrições, que costumam ter a forma de elevação no imposto de importação, podem ser consideradas contrárias ao princípio básico da OMC, que é a liberalização do comércio. Com base nessa ideia, muitos autores criticam a utilização de “protecionismo contra protecionismo” (LIMENTA, 2012, p. 66, tradução do autor).

Após fazer referência a essa característica restritiva das contramedidas, Pauwelyn tece uma crítica severa ao instituto e à própria OMC, afirmando que:

[...] após uma consideração mais detalhada, as contramedidas do ESC representam a epítome do mercantilismo. A suposição é que proteger seu mercado trará ganhos para você, contrabalanceará a ‘anulação ou prejuízo de benefícios’ causada pela medida considerada inconsistente com a OMC e forçará o Membro perdedor a remover a inconsistência. É digno de nota que o organismo internacional que prega a

liberalização do comércio retrata o protecionismo comercial – contramedidas – como fornecedor de algum tipo de favor ou benefício que deveria neutralizar o efeito ou mesmo forçar o desaparecimento das restrições ilegais ao comércio impostas por outros (PAUWELYN, 2000, p. 343, tradução do autor).

De forma semelhante, Charnovitz defende que a OMC ainda mantém muito da inclinação mercantilista do GATT 1947. Ao endossar a aplicação de contramedidas por questões comerciais, a OMC vai contra seus próprios princípios de abertura comercial, sugerindo que a parte demandante pode prosperar por meio da imposição de restrições comerciais. O autor ilustra seu argumento afirmando o seguinte:

Agências internacionais geralmente não adotam ações que contradigam seus propósitos. Por exemplo, a Organização Mundial da Saúde não autoriza uma parte a disseminar vírus a outra, e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual não combate a pirataria com pirataria. Nesse sentido, o uso de restrições comerciais pela OMC para promover o livre comércio é bizarro (CHARNOVITZ, 2002, p. 622, tradução do autor).

Cho também percebe traços do mercantilismo nas contramedidas, afirmando que “as sanções normalmente acabam em aumentos tarifários ou barreiras não tarifárias em detrimento do acesso ao mercado por parte do Membro perdedor, o que não é outra coisa que uma regressão mercantilista” (CHO, 2004, p. 786, tradução do autor).

Horlick afirma que as contramedidas, adotadas por meio do aumento de barreiras ao comércio, são um remédio jurídico problemático da OMC. O autor afirma que “[d]eclarado de forma simples, o propósito da OMC não é impor tarifas de 100 por cento sobre os importadores de queijo Roquefort ou sobre outras partes inocentes”¹⁶¹ (HORLICK, 2002, p. 641, tradução do autor). Além disso, o autor afirma que as sanções tarifárias poderiam até fazer algum sentido no GATT 1947, mas não na OMC, que assume como pressuposto a liberalização das barreiras tarifárias. Para o autor, tarifas proibitivas são “dinossauros”, mas, ao serem revividas pelas contramedidas da OMC, servem como fuga à estrutura do sistema atual, podendo ser altamente destrutivas (HORLICK, 2002, p. 642).

O Relatório da Comissão de Assessoramento para Instituições Financeiras Internacionais, presidido por Allan Meltzer, publicado em março de 2000, afirma que a “retaliação é contrária ao espírito da OMC. As sanções aumentam as restrições sobre o comércio e criam ou expandem grupos interessados em manter as restrições” (MELTZER, 2000, p. 101, tradução do autor). Além disso, o relatório sustenta que a negociação interna sobre quais grupos serão beneficiados mina o apoio aos acordos de abertura comercial. A própria OMC, no Relatório Anual sobre o Comércio Global de 2007, reconhece que o maior

¹⁶¹ No caso *EC - Hormones*, a aplicação de imposto de importação de 100% sobre o queijo Roquefort estava na lista de bens sujeitos a contramedidas preparada pelo governo americano.

nível de proteção atingido por meio das contramedidas “vai contra o espírito liberalizante da OMC e seu objetivo de assegurar oportunidades de negócio previsíveis” (WTO, 2007, 283-284, tradução do autor).

Segundo Braz, como as contramedidas consistem no aumento das restrições ao comércio, elas nada mais são do que uma violação das normas da OMC autorizada pela própria instituição. Caso elas sejam aplicadas, surge um novo equilíbrio nas relações comerciais entre os Membros, que estará em um nível protecionista mais alto (BRAZ, 2006, p. 159).

Braz também faz uma ponderação às críticas apresentadas. Embora a liberalização comercial seja um princípio basilar na OMC, o objetivo desta não se limita à promoção do livre comércio. O objetivo da organização é também fomentar acordos recíprocos e mutuamente vantajosos, com vistas à redução das tarifas e de outras barreiras ao comércio. Assim, a simples existência de tarifas ou outras barreiras justificáveis não seria totalmente contrária aos fins da OMC, desde que a reciprocidade e o apontamento em direção à redução das barreiras comerciais sejam mantidos (BRAZ, 2006, p. 160).

Tal como no tópico anterior, os argumentos que embasam a presente crítica são de ordem econômica, somados à tese da contrariedade ao objetivo de liberalização do comércio. Entretanto, pode-se argumentar, com base no Acordo de Marraqueche, que o objetivo da OMC não é propriamente liberalizar o comércio internacional, mas promover o crescimento e o desenvolvimento econômico dos países, por meio do comércio. Parece ser mais próprio afirmar que a liberalização do comércio é um meio para que se atinja a finalidade do crescimento e do desenvolvimento econômico.

Entretanto, parece haver uma contradição na OMC. Por um lado, as negociações comerciais e os acordos administrados pela organização costumam favorecer a diminuição das restrições ao comércio internacional; por outro, a própria instituição permite o aumento das restrições ao comércio como instrumento de coerção. Apesar disso, essa característica não parece estar em desacordo com a realidade internacional contemporânea. Como visto anteriormente em relação às contramedidas do direito internacional geral, estas são, por sua natureza, um ato ilícito, porém autorizado pelo direito internacional como forma de induzir o Estado recalcitrante a cumprir suas obrigações secundárias de cessação e de reparação. O mesmo argumento aplica-se às contramedidas da OMC: elas são atos contrários à normativa da OMC e à liberalização comercial, mas são justificados porque autorizados pelo OSC como forma de induzir a parte recalcitrante a cumprir suas obrigações.

4.1.3 O problema da eficácia das contramedidas

A noção de eficácia ou efetividade aparece de forma direta no próprio ESC, quando dispõe no art. 22.3 que, em caso de ineficácia das contramedidas no mesmo setor, a parte reclamante pode aplicá-la em outro setor do mesmo acordo; ainda, caso seja ineficaz a aplicação de contramedidas em outro setor no mesmo acordo e caso as circunstâncias sejam suficientemente graves, a parte reclamante pode suspender obrigações em relação a outro acordo abrangido. Embora essa não seja a única aplicação da noção de eficácia em relação às contramedidas, trata-se de um importante ponto de partida.

No caso *EC – Bananas III*, os árbitros interpretaram o significado dessa noção de eficácia no ESC, afirmando que o sentido desse termo é dar à parte que solicita as contramedidas a possibilidade de “assegurar-se que a suspensão tenha uma repercussão forte e produza o resultado desejado”. Esse resultado não é outro que “induzir ao cumprimento o Membro que, dentro de um prazo razoável, não coloque as medidas incompatíveis com a OMC em conformidade com as resoluções do OSC (tradução do autor)”¹⁶². Nesse sentido, com base na jurisprudência da OMC, o critério da eficácia parece consistir na capacidade de as contramedidas induzirem a parte recalcitrante ao cumprimento das decisões do OSC.

Em termos mais gerais, “o sistema de solução de controvérsias da OMC é o mecanismo mais eficaz, entre os disponíveis nas relações econômicas internacionais, para assegurar direitos decorrentes das negociações em que o país toma parte” (BARRAL, 2004, p. 58). Em sentido semelhante, Braz afirma que poucas das solicitações de consultas bilaterais chegam à fase de uma decisão de um grupo especial, indicando o alto índice de cumprimento voluntário das normas da OMC (BRAZ, 2006, p. 205).

A estatística de implementação das decisões da OMC tem sido muito positiva. “A maioria dos países demandados, na maioria dos casos, tem implementado integralmente os relatórios dos *panels* e do Órgão de Apelação”. Isso ocorre porque muitos Membros “percebem claramente que é do seu interesse promover a integridade de um sistema baseado em regras, mesmo que isso signifique ter de aceitar e implementar, eventualmente, uma decisão não palatável” (MCGIVERN, 2002, p. 156, tradução do autor).

¹⁶² WTO - European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas - Recourse To Arbitration By The European Communities Under Article 22.6 of the DSU - Decision by The Arbitrators - WT/DS27/ARB/ECU - 24 March 2000 - Par. 72.

Alguns autores sustentam que a eficácia das contramedidas está ligada não apenas à função de indução ao cumprimento no caso concreto, mas também ao seu poder dissuasório. Isso se deve à comparação entre o alto número de casos iniciados no sistema de solução de controvérsias e o baixo número de autorizações para aplicar contramedidas, sendo que é ainda menor número em que estas foram efetivamente aplicadas. É possível afirmar que muitos acordos entre as partes na disputa, que finalizam o procedimento ainda em suas etapas iniciais, ocorrem em razão do temor de que o demandante, caso vença a disputa, imponha as contramedidas (BRAZ, 2006, p. 208).

Davey afirma que “o sistema de solução de controvérsias da OMC tem uma excelente taxa de cumprimento.” Referindo-se a estudo anterior seu, em que dos 58 casos em que fora verificada a violação, 48 foram implementados, o autor afirma que um “exame da taxa de implementação para os primeiros 10 anos da solução de controvérsias da OMC encontrou uma taxa de cumprimento de 83 por cento” (DAVEY, 2010, p. 360, tradução do autor).

Wilson levantou dados até 2007 e afirma que existe uma taxa positiva de cumprimento das decisões dos *panels* e do Órgão de Apelação em casos de decisões contrárias ao demandado. Segundo o autor, em aproximadamente 90 por cento dos relatórios adotados, os *panels* ou o Órgão de Apelação verificaram a existência de violações das obrigações da OMC. Conforme o autor, em “praticamente todos esses casos, o Membro da OMC considerado violador indicou sua intenção de adequar sua conduta, e os dados indicam que, na maioria dos casos, ele de fato o fez.” Relativamente ao tempo para o cumprimento, o autor indicou que este é mais rápido quando as medidas são apenas administrativas e não dependem de modificação legislativa (WILSON, 2007, p. 397, tradução do autor).

Embora, em termos quantitativos, a taxa de cumprimento das decisões e recomendações do OSC seja significativamente alta, alguns autores como Davey criticam o instituto porque, em termos qualitativos, a situação não é tão satisfatória. Essa avaliação qualitativa refere-se ao grau de satisfação, em termos de reparação, que o demandante obtém como resultado do cumprimento das recomendações e decisões do OSC. Em alguns casos, apesar de haver o cumprimento, ele não é muito significativo (DAVEY, 2010, p. 360).

Árabe Neto também tece uma crítica quanto à eficácia do instituto. Segundo o autor, “a recorrente situação de implementações tardias e deficientes reponta como obstáculo considerável para a efetivação das decisões da entidade.” Não há incentivos suficientes para que a parte demandada cumpra, de forma célere, as decisões do OSC, o que contribui para a adoção de práticas protelatórias, que não geram maiores consequências jurídicas. Isso ocorre em razão do grande lapso temporal entre a ocorrência da infração a efetiva aplicação das

contramedidas, “inexistindo, nesse meio-termo, remédios para amenizar os prejuízos do reclamante ou desestimular o atraso do reclamado.” Além disso, “verifica-se o aumento na incidência de problemas na qualidade do cumprimento das decisões, com inúmeras hipóteses de correção apenas parcial, ou mesmo dissimulada, das irregularidades detectadas pela OMC” (ÁRABE NETO, 2008, p. 123).

Neste ponto, uma pergunta adequada seria: por que, em geral, verifica-se o cumprimento das regras da OMC e de suas decisões, enquanto a aplicação das contramedidas é rara? Para alguns autores, o cumprimento depende da possibilidade real de sofrer as contramedidas e da importância quantitativa que elas terão, conforme visto acima. Entretanto, como afirma Lawrence, existem outros fatores mais importantes. Em primeiro lugar, existem grupos dentro de cada país que têm grande interesse no cumprimento, como os exportadores, os consumidores e os importadores. Em segundo lugar, os países tendem a acreditar que é de seu interesse um sistema multilateral baseado em regras, mesmo que, no caso específico, o cumprimento da decisão possa prejudicá-los. Em terceiro lugar, as autoridades tendem a valorizar suas reputações como cumpridoras de regras, desejando ser levadas a sério quando negociam novos acordos. Em quarto lugar, os países sabem que o seu cumprimento poderá influenciar o cumprimento de outros países no futuro. Por fim, os países sabem que as outras partes negociadoras dificilmente farão concessões significativas, se não acreditarem que a parte cumprirá de boa-fé seus compromissos (LAWRENCE, 2003, p. 73).

Segundo Huerta-Goldman, os dados analisados por ele indicam que as contramedidas podem não ser efetivas em todas as situações. Para o autor, a efetividade das contramedidas está diretamente ligada ao nível de sensibilidade dos bens ou serviços sujeitos à disputa. Fazendo um balanço sobre pontos positivos e negativos, o autor conclui que as contramedidas não são um remédio jurídico muito efetivo, mas é preferível um sistema que ofereça esses mecanismos, mesmo deficientes, a um sistema que não os preveja de forma alguma (HUERTA-GOLDMAN, 2010, p. 296).

Em sua tese, Oliveira conclui que as contramedidas têm eficácia parcial, adotando como referencial teórico a doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. A autora, então, parte da concepção de que uma norma é eficaz se possuir “eficácia técnica” ou se possuir “eficácia social ou efetividade”. No primeiro caso, trata-se de requisitos técnicos relacionados à aplicabilidade da norma, a exemplo da aptidão para produção de efeitos concretos na realidade; no segundo, trata-se dos requisitos de êxito normativo diante da mutabilidade da realidade social. Assim, conforme a autora, a “tese demonstrou a veracidade do problema que

ensejou a investigação” (a eficácia parcial da suspensão de concessões ou outras obrigações na OMC), a partir:

- (i) da verificação da habilidade da medida em preencher somente as duas primeiras funções eficáciais, dentre as três funções (função de bloqueio; função de programa; e função de resguardo), delimitadas por Ferraz Júnior como necessárias para se dimensionar o grau de eficácia de uma norma ou decisão; e
- (ii) da verificação, a partir da análise dos litígios em que a aplicação da medida foi autorizada pelo OSC, e daqueles em que a “suspensão de concessões” foi efetivamente imposta pelo(s) Membro(s) demandante(s), que, apesar de utilizada em um número residual de casos (considerando-se as 427 solicitações de consultas; as 19 recomendações de aplicação da medida pelo Painel Arbitral sob o Artigo 22:6 do ESC; as 17 autorizações do OSC de imposição da medida; e a sua efetiva aplicação em apenas 4 litígios – no período compreendido entre a entrada em vigor da OMC, entre 1/01/1995 e 31/12/2011), a medida foi capaz de cumprir o objetivo primeiro, reconhecido pela jurisprudência majoritária do OSC, de induzir o cumprimento das recomendações e decisões do OSC; mas, mesmo nestes litígios, nem sempre foi capaz de produzir efeitos concretos sobre a realidade (o que inclui: a supressão da medida ilícita ou adequação da prática ilícita às normas da OMC; a modificação do comportamento do Membro infrator; e, o restabelecimento do equilíbrio de benefícios entre os litigantes, em um rol exemplificativo) (OLIVEIRA, 2012, p. 341-342).

Diferentemente, para alguns autores, as contramedidas da OMC não são eficazes de forma alguma. Segundo Braz, “a doutrina amplamente majoritária atesta a ineficácia das contramedidas, no que é reforçada pelas opiniões da maioria dos Membros da OMC, representados por suas delegações junto à entidade.” (BRAZ, 2006, p. 212) Horlick sustenta uma posição semelhante, afirmando que “os registros não convincentes das medidas retaliatórias dentro do GATT/WTO demonstram sua inefetividade enquanto ‘porrete’ [o autor está usando a linguagem metafórica “sticks and carrots”]” (HORLICK, 2002, p. 641, tradução do autor).

Essa afirmação sobre a inefetividade total das contramedidas é de difícil comprovação, pois a reconhecida alta taxa de cumprimento das decisões e das normas da OMC não pode ser desvinculada da possibilidade de aplicação das contramedidas, tanto pelo efeito dissuasório quanto pelo receio pelo demandado dos prejuízos advindos da aplicação da medida. Entretanto, parece adequado sustentar uma “eficácia parcial” do instituto, tal como defendido por Oliveira (2012), tanto pelos problemas da qualidade do cumprimento quanto pelo lapso temporal entre o ato ilícito e a aplicação da medida.

4.1.4 O desequilíbrio de poder entre os Membros

O problema do grande desequilíbrio de poder entre os Membros e de como essa situação pode afetar a fase de implementação das decisões ficou evidenciado em um caso da OMC, o contencioso *EC – Bananas III*, particularmente em relação ao demandante Equador. Nesse caso, Equador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras e México apresentaram reclamação no sistema de solução de controvérsias contra as então Comunidades Europeias, afirmando que o regime de importação, distribuição e venda de bananas da demandada era incompatível com diversas normas do sistema multilateral de comércio. Tanto o Grupo Especial quanto o Órgão de Apelação decidiram que esse regime de importação de bananas era incompatível com as normas do GATT 1994 e com o Acordo sobre Procedimentos para o Licenciamento de Importações.

A segunda arbitragem do art. 22.6 referente ao contencioso, envolvendo Equador e CE, é de maior relevo para este ponto¹⁶³. Nessa arbitragem, foi reconhecido que as exportações das Comunidades Europeias que se destinam ao Equador tinham uma proporção muito baixa em relação às suas exportações totais. Por isso, a suspensão das concessões por parte do Equador teria muito pouca influência nas exportações totais das Comunidades, indicando pouca indução ao cumprimento por parte do instituto. Essa contradição fica ainda mais evidente quando se analisa a situação do setor de bananas no Equador, que é a base de sua economia. A produção de bananas é a principal fonte de emprego e de entrada de divisas, sendo que cerca de 11% da população depende desse setor e que essa produção representava cerca de 5% do PIB. As exportações de bananas representavam cerca de um quarto das exportações totais de bens do Equador. O Equador era o maior exportador de bananas do mundo e o maior exportador para o mercado europeu. Por essa razão, as medidas das CE causaram enormes danos à economia do Equador.¹⁶⁴ Nesse sentido, os árbitros no caso *EC – Bananas III* afirmaram que:

Nesse caso [grande desequilíbrio econômico entre as partes] e em situações em que a parte reclamante dependa muito das importações procedentes da outra parte, poderá ocorrer que a suspensão de determinadas concessões ou algumas outras obrigações gere efeitos mais prejudiciais para a parte que aplica a suspensão do que para a outra parte.(...)

[É] possível que o Equador se encontre em uma situação em que não seja realista ou possível aplicar a suspensão autorizada pelo OSC em relação a todo o nível de

¹⁶³ A primeira arbitragem do art. 22.6 na OMC ocorreu nesse caso, envolvendo os EUA e CE.

¹⁶⁴ WTO - European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas - Recourse To Arbitration By The European Communities Under Article 22.6 of the DSU - Decision by The Arbitrators - WT/DS27/ARB/ECU - 24 March 2000 - Par. 95; 129.

anulação ou prejuízo (...) O texto atual do ESC não oferece solução para essa eventualidade (tradução do autor)¹⁶⁵.

Pereira indica um problema no mecanismo que está na base para a análise de problema do desequilíbrio entre as partes. Segundo a autora, “a principal falha do mecanismo que o impede de exercer seu verdadeiro papel de órgão controlador da conduta dos Membros da OMC seria a ausência de interesse coletivo na correta e pronta aplicação das regras da OMC”. Essa falha pode ser verificada pelo fato de haver exclusividade da parte lesada na adoção das contramedidas. Por isso, “o meio de persuasão será mais ou menos eficaz em virtude do peso econômico da parte vencedora, isto é, de sua importância em termos de mercado para a parte ‘recalcitrante’” (PEREIRA, 2003, 59-60). Em trabalho anterior, a autora afirmou o seguinte:

[F]az-se mister ressaltar que, obviamente, o grau de impacto da medida de retorsão sobre o membro “faltivo” dependerá do autor da medida, já que, com o aumento de uma tarifa alfandegária, por exemplo, por um país que representa um pequeno mercado consumidor, pouco afetará as exportações do Membro que se quer punir, sobretudo se este for um país desenvolvido. Nesse caso, o Membro vencedor da “batalha judicial” não terá poder econômico suficiente para reverter efetivamente a situação que lhe é desfavorável (PEREIRA, 1999, p. 109).

Oliveira também demonstra, por meio de um caso prático, o problema da assimetria de poder econômico entre os membros:

O problema do desequilíbrio de poder entre os litigantes é facilmente visualizado no litígio United States of America – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (*US – Gambling*), em que a imposição de “suspensão de concessões” por Antigua e Barbuda aos EUA implicaria em um montante equivalente a US\$ 180 milhões de dólares norte-americanos anuais, o que corresponde a menos de 0,002 % de todas as exportações dos EUA. Já o volume de importações afetadas em Antigua e Barbuda equivale a 50% de todas as suas importações. Motivo razoável pelo qual decidiu não aplicar a medida e arcar com o prejuízo sofrido (OLIVEIRA, 2012, p. 343).

Nottage também argumenta neste sentido, afirmando que “as sanções comerciais tradicionais impostas por PEDs com pequenos mercados provavelmente não acarretarão perdas econômicas ou políticas significativa nos maiores membros não demandantes” (NOTTAGE, 2010, p. 325, tradução do autor).

Uma questão importante que se coloca neste ponto é a seguinte: esse desequilíbrio de poder econômico e político entre PEDs e PDs mina a utilidade do mecanismo de solução de controvérsias da OMC para os PEDs?

Existem muitos estudos que sustentam que a capacidade de adotar contramedidas é um elemento essencial para garantir que os membros da OMC cumpram as decisões do OSC. A

¹⁶⁵ WTO - European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas - Recourse To Arbitration By The European Communities Under Article 22.6 of the DSU - Decision by The Arbitrators – WT/DS27/ARB/ECU - 24 March 2000 - Par. 73; 177 .

ideia básica é a de que, se um PED não tem capacidade de adotar as contramedidas, sua probabilidade de êxito na solução de controvérsias da OMC é reduzida (NOTTAGE, 2010, p. 325, tradução do autor).

Bagwell, Mavroidis e Staiger afirmam que “existe, de fato, um problema prático enfrentado por pequenos países e, especialmente, países em desenvolvimento, quando tentam aplicar uma retaliação efetiva dentro do sistema da OMC.” Com base nos dados coletados, os autores concluíram que a “implementação é muito mais provável em um cenário de país desenvolvido v. país em desenvolvimento do que vice-versa” (BAGWELL; MAVROIDIS; STAIGER, 2004, p. 3; 30, tradução do autor).

O Relatório Anual sobre o Comércio Global de 2007 da OMC expõe essa dificuldade dos PEDs, ao afirmar que, na aplicação de contramedidas, as maiores economias podem efetivamente causar danos econômicos no membro que adotou medidas contrárias às normas da OMC, além de poderem se beneficiar de melhoria nos termos de troca. Contrariamente, as economias menores, em razão de seu mercado limitado, não têm capacidade de exercer a pressão necessária nas economias maiores, a fim de que retirem a medida inconsistente com a normativa da OMC. Por isso, as contramedidas não conseguem impedir países economicamente mais poderosos de cometer violações contra pequenos países. Esses maiores países podem permanecer inadimplentes ou oferecer acordos em condições desfavoráveis (WTO, 2007, p. 283).

Ainda conforme o referido relatório, outro problema que essa possível inutilidade das contramedidas para os PEDs pode gerar é a suspeita em relação aos “casos faltantes”, que seriam as demandas dos países pequenos que nunca foram propostas na OMC, pois, além dos custos do próprio sistema e dos custos causados pelo não cumprimento, não há esperança concreta de obtenção de reparação. Esse pode ser considerado um motivo para que países pequenos, com pouca capacidade de aplicar contramedidas, estejam menos dispostos a compromisso de liberalização do comércio (WTO, 2007, p. 283).

Nottage chega a uma conclusão que parece contradizer algumas das análises apresentadas anteriormente. Em primeiro lugar, o autor destaca a existência de uma taxa de cumprimento das decisões do OSC muito elevada, conforme já analisado anteriormente. Em segundo lugar, essa taxa elevada se aplica também quando a parte demandante é um PED, não estando limitada aos casos em que a parte demandante é um PD. Baseando-se em uma pesquisa feita por Malacrida, que conclui que a taxa de cumprimento não é menor quando a parte demandante é um PED e a parte demandada um PD, o autor afirma que esses dados coletados contradizem a tese de que a capacidade de retaliar influencia fortemente a resolução

das disputas na OMC. Se essa capacidade fosse importante, “seria de esperar taxas de cumprimento baixas nas disputas em que países em desenvolvimento ou países pequenos fossem demandantes”, o que não acontece (NOTTAGE, 2010, p. 327, tradução do autor).

Nottage conclui que os dados coletados até recentemente indicam que, mesmo sem capacidade de retaliação efetiva, a solução de controvérsias da OMC pode ser um mecanismo efetivo para PEDs que queiram fazer com que medidas ilegais dos PDs sejam colocadas em conformidade com as normas da OMC. Apesar dessa tese, o autor argumenta que, se o PD for a parte demandada e não se dispuser a cumprir voluntariamente as decisões do OSC, a fraqueza do instituto das contramedidas torna-se saliente, minando a própria utilidade do mecanismo de solução de controvérsias. Entretanto, o objetivo do autor é enfatizar que o cumprimento voluntário tem, de fato, ocorrido na maioria das disputas. Desse modo, “na maioria das disputas apresentadas pelos países em desenvolvimento na OMC, defeitos na capacidade de retaliação não minaram a utilidade da solução de controvérsias da OMC” (NOTTAGE, 2010, p. 329-330, tradução do autor).

Pode-se afirmar, portanto, que o desequilíbrio de poder econômico no sistema internacional é uma situação de fato que não pode ser negada. Esse desequilíbrio causa uma distorção no mecanismo de solução de controvérsias, na medida em que a aplicação das contramedidas na OMC carece de efetividade quando a parte demandante for um PED e a parte demandada for um PD, criando uma situação de injustiça e de falta de credibilidade no sistema. Esse defeito do ESC em termos de juridicidade necessita ser corrigido por meio de alguma mudança no sistema, pois há um favorecimento injustificado dos PDs, quando o demandante for um PED. Entretanto, parece importante levar em conta a tese de Nottage, pois essa deficiência das contramedidas não chega a minar a utilidade do sistema para os PEDs, na medida em que o cumprimento das normas e das decisões da OMC pode ocorrer independentemente da capacidade de aplicação de contramedidas da parte demandante.

4.1.5 A ausência de dimensão retroativa na reparação dos danos

Como visto no capítulo 2, as consequências jurídicas do ato internacionalmente ilícito, no âmbito do direito internacional geral, são basicamente duas: a cessação do ilícito, juntamente com a garantia de não repetição, e a reparação dos danos causados. Na terminologia do Projeto de Artigos da CDI de 2001, essas são as duas categorias de

obrigações secundárias do Estado no âmbito do conteúdo da responsabilidade internacional do Estado, tal como previsto na Parte 2 do projeto. Na OMC, diferentemente, praticamente a única consequência legal, em termos de responsabilidade, da medida em desconformidade com os acordos abrangidos é a obrigação de cessar o ilícito, tendo em vista a limitação da dimensão reparatória.

Aplicando-se o critério da especialidade para a solução de antinomias, percebe-se que o sistema de responsabilização dos Membros na OMC é *lex specialis* em relação ao sistema de responsabilidade dos Estados no direito internacional geral. Dessa forma, o regime autossuficiente da OMC afastou uma regra básica do direito internacional geral, pois a violação de uma obrigação jurídica na OMC não enseja a reparação plena dos danos causados.

Nesse sentido, Arantes Neto afirma que o “direito da responsabilidade é dominado, no direito internacional do comércio, pela proteção da legalidade em seu sentido estrito, ou seja, pela dimensão prospectiva da responsabilidade internacional.” Complementando essa afirmação, o autor compara o regime do direito internacional geral com o regime especial da OMC, nos seguintes termos:

Se, em direito internacional, a ilegalidade é corrigida retroativamente pela obrigação de reparação e prospectivamente pela obrigação de cessação do ilícito, a finalidade corretiva do direito da responsabilidade na OMC é apenas prospectiva: na há no conteúdo da responsabilidade do Estado na OMC um mecanismo que cumpra a função retroativa, de eliminar as consequências danosas do ilícito (ARANTES NETO, 2008, p. 318).

A leitura conjunta dos artigos 19.1 e 21.3 do ESC indica a limitação do que pode ser pleiteado ante o Membro violador. O Membro violador deve cessar sua conduta ilícita a partir do fim do prazo razoável, mas não precisa reparar danos causados por sua conduta ilícita que antecedam esse fim do prazo razoável. Por isso, medidas retaliatórias não podem ser aplicadas contra atos ou omissões que tenham ocorrido antes da extinção do prazo razoável. Nesse sentido, os remédios jurídicos da OMC são compreendidos como prospectivos. Conforme visto acima, no direito internacional geral, não existe esse “período de graça” em que uma violação não tenha consequência jurídica (SEBASTIAN, 2010, p. 93) .

Na jurisprudência da OMC, pode-se visualizar essa característica prospectiva no caso *EC – Hormones*, em que os árbitros afirmaram:

[...] consideramos que nosso ponto de partida deve ser a seguinte pergunta: quais seriam as exportações anuais prospectivas de carne bovina e produtos de carne bovina tratados com hormônio do Canadá para as CE, se as CE tivessem suprimido a proibição em 13 de maio de 1999? 13 de maio de 1999 é a data em que expirou o prazo razoável concedido às CE para aplicar os relatórios do Grupo Especial e do Órgão de Apelação. Conforme as disposições do ESC, as CE deveriam adequar seu

regime de importação de carne bovina ao acordo SPS em 13 de maio de 1999 (tradução do autor)¹⁶⁶.

Essa ausência do instituto da reparação gera consequências negativas para o sistema da OMC. Uma dessas consequências leva em conta o tempo que a medida do Membro violador dure. Caso essa medida seja eficiente no curto prazo e não dure muito tempo, seu objetivo ilícito será alcançado, sem possibilidade de adoção, por exemplo, de contramedidas. Uma situação como essa é conhecida como a prática do *hit and run*. Trata-se da situação em que o Membro adota uma medida inconsistente, submete-se ao procedimento e depois retira a medida, sem pagar nenhuma compensação por isso, nem ser passível de sofrer retaliação. Isso só é possível em razão da natureza prospectiva dos remédios jurídicos na OMC (BERNAUER; ELSIG; PAUWELYN, 2012, p. 502).

A ausência de função de reparação é maléfica se considerada pela ótica do Membro que sofre a violação. Durante o GATT-1947, muitas demandas não eram sequer propostas pelo simples fato de que a parte demandante sabia que, caso obtivesse uma decisão favorável, esta poderia ser bloqueada unilateralmente pela parte violadora, em razão do critério do consenso positivo, conforme afirmado anteriormente. Esse aspecto foi sanado com sistema de solução de controvérsias da OMC, pois o Membro demandante que tenha uma decisão favorável poderá negociar compensações, aplicar contramedidas e, por fim, conseguir o ajustamento na conduta do Membro perdedor. Entretanto, se essa medida violadora atingisse sua finalidade com um ou dois anos de vigência, por que o Membro que sofre a violação acionaria o extremamente custoso procedimento de solução de controvérsias da OMC, já que possivelmente antes da arbitragem sobre o grau das contramedidas a medida violadora já não seria mais de interesse do Membro perdedor, que a retiraria de qualquer forma.

O caso da aplicação de salvaguardas ilegais ilustra esse ponto. Em casos que envolvem essas medidas, a taxa de cumprimento das decisões e recomendações é muito alta, no sentido de que as salvaguardas ilegais costumam ser suprimidas, em cumprimento das decisões do OSC. Entretanto, em razão do tempo de duração de um processo típico na OMC, essas medidas ilegais podem permanecer em vigor por aproximadamente três anos, o que significa que seu pretendido efeito comercial foi alcançado, ao menos em boa parte. Essa situação costuma ser chamada de *three-year free pass*, que permite ao Membro violar os acordos da OMC nesse período, já que qualquer remédio jurídico para o não cumprimento apenas é

¹⁶⁶ European Communities – Measures Concerning Meat And Meat Products (Hormones) - Original Complaint By Canada - Recourse To Arbitration By The European Communities Under Article 22.6 Of The DSU - Decision By The Arbitrators - WT/DS48/ARB - 12 July 1999 – par. 37

aplicável de forma prospectiva e apenas se o Membro violador não implementa a decisão no período de tempo razoável (DAVEY, 2010, p. 361).

Em sentido semelhante, Bronckers e Van Den Broek afirmam que

O problema da reparação inadequada do dano é exacerbado pelo princípio de que os remédios jurídicos da OMC são apenas prospectivos. Remédios jurídicos prospectivos efetivamente dão um prêmio aos países violadores que procrastinam na implementação da decisão da OMC, na medida em que sabem que não precisam se preocupar com o passado (BRONCKERS; VAN DEN BROEK, 2005, p. 103, tradução do autor).

A limitação da função dissuasória é, assim, uma consequência negativa da existência de contramedidas apenas prospectivas. Caso o benefício pela violação de uma norma primária da OMC supere o custo do não cumprimento de uma decisão do OSC, o efeito dissuasório da contramedida é atenuado, pois o preço a ser pago pela violação seria baixo. Nos casos de medidas que violam as regras da OMC durante pouco tempo, pode-se ir mais longe e argumentar que existe até uma indução ao descumprimento, pois o benefício que o Membro violador terá com o descumprimento será maior que seu custo, o que caracteriza um incentivo indesejado.

Existe um caso polêmico na jurisprudência da OMC em que se pode considerar que houve a aplicação de solução retroativa.¹⁶⁷ Trata-se da arbitragem do Artigo 21.5, no caso *Australia – Automotive Leather II*. Nesse caso, os Estados Unidos contestaram as subvenções econômicas do governo Australiano aos seus produtores e exportadores de couro para automóveis, por meio de contratos de doação e de contratos de empréstimo. O Grupo Especial constatou basicamente que, no marco dos contratos de doação, os pagamentos do governo australiano eram subsídios proibidos, uma vez que estavam vinculados ao resultado exportador, com base no ASMC. Para ambas as partes, a obrigação secundária de retirada dos subsídios, conforme artigo 4.7 do ASMC, teria apenas efeito prospectivo.

Entretanto, o Grupo Especial considerou que a obrigação de retirar o subsídio tem caráter retroativo, o que distingue o Art. 4.7 do ASMC dos Arts. 3.7 e 19.1 do ESC. Segundo o Grupo,

¹⁶⁷ Outro caso que merece ser citado é o do *Brazil — Export Financing Programme for Aircraft*. Neste caso, na arbitragem do art. 22.6, o Brasil considerou que os árbitros deveriam determinar quais exportações prospectivas do Canadá de aeronaves regionais teriam ocorrido se o Brasil tivesse tirado o PROEX das aeronaves não entregues em 18 de novembro de 1999 e as transações feitas depois de 18 de novembro de 1999. Os árbitros concluíram que o critério mais apropriado é que o valor das contramedidas corresponda à quantidade total da subvenção. Diante disso, os árbitros decidiram que a suspensão de concessões tarifárias ou outras obrigações que envolva a quantidade máxima de 344,2 milhões de dólares canadenses anuais constituiria um caso de contramedida apropriada segundo art. 4.10 do ASMC. World Trade Organization - WT/DS46/ARB - 28 August 2000 - Recourse to Arbitration by Brazil under Article 22.6 of the DSU And Article 4.11 of the SCM Agreement.

[...] não acreditamos que o artigo 19.1 do ESC, inclusive em combinação com o artigo 3.7, desse Entendimento, exija que a medida corretiva específica prevista no artigo 7.4 do ASMC seja interpretada como uma ação puramente prospectiva. Uma interpretação do artigo 4.7 do ASMC que permitisse uma medida exclusivamente ‘prospectiva’ faria com que a recomendação de ‘retirar’ o subsídio fosse impossível de distinguir da recomendação de ‘colocar em conformidade [a medida]’ do artigo 19 do ESC, com o que o artigo 4.7 se tornaria redundante (tradução do autor)¹⁶⁸.

Mais adiante, o Grupo Especial considerou que a forma como esta obrigação de retirada deveria ser adotada era por meio do reembolso:

Em nossa opinião, a arquitetura do ASMC descrita sustenta também a conclusão de que a medida corretiva estabelecida para os subsídios proibidos, a retirada, abarca o reembolso. Essa medida corretiva específica, a retirada do subsídio proibido, não contra-arresta apenas os efeitos desfavoráveis ao comércio, mas também tem como objetivo fazer observar a proibição absoluta da concessão ou manutenção de tais subsídios. Em nosso juízo, colocar fim a um programa em que se constatou ser um subsídio proibido, ou não criar um subsídio proibido no futuro pode constituir uma retirada do mesmo em alguns casos. No entanto, essas ações não têm impacto e, conseqüentemente, não têm efeito de cumprimento no caso dos subsídios proibidos outorgados no passado. Por isso, a interpretação da expressão ‘retirada do subsídio’ que envolve o reembolso está de acordo com a estrutura geral do ASMC, assim como com proibição explícita de certos subsídios e procedimentos de solução de controvérsias especiais previstos para esses casos (tradução do autor)¹⁶⁹.

O Grupo conclui afirmando que a quantidade que deve ser reembolsada é a correspondente ao total do subsídio proibido:

Assim, nós concluímos que, nas circunstâncias desse caso, o reembolso é necessário a fim de ‘retirar’ os subsídios proibidos que foram constatados. Como discutido acima, não encontramos qualquer base para o reembolso que seja menos do que o subsídio total. Concluímos, portanto, que o reembolso total do subsídio proibido é necessário para a ‘retirada do subsídio’ neste caso (tradução do autor)¹⁷⁰.

Com base nas análises realizadas, é possível afirmar que as contramedidas na OMC têm um defeito grave. As contramedidas não têm a função de reparação dos prejuízos causados, o que não apenas limita sua efetividade enquanto remédio jurisdicional, mas também cria um incentivo indesejável aos Membros, na medida em que apenas parte dos prejuízos causados entrarão no cálculo da aplicação da suspensão de concessões ou de outras obrigações. Além disso, caso a medida violadora seja de tal tipo que cumpra sua finalidade antes do término do período razoável para o cumprimento das decisões, a demanda perderá o objeto, e a medida violadora não poderá ser juridicamente coibida.

¹⁶⁸ WTO - Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather - Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States Report of the Panel – par. 6.31

¹⁶⁹ WTO - Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather - Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States Report of the Panel – par. 6.34

¹⁷⁰ WTO - Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather - Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States Report of the Panel – par. 6.48

4.2 Principais propostas para a fase de implementação: os novos remédios jurídicos e o reforço dos atuais

Neste subcapítulo, cabe analisar as propostas de reforma que envolvem direta ou indiretamente as contramedidas da OMC. Relativamente à finalidade geral das reformas nas contramedidas, Medrado afirma que a maioria das propostas parte do pressuposto “de que o objetivo essencial do sistema seja o cumprimento dos acordos” (MEDRADO, 2011, p. 59).

Por sua vez, Oliveira analisa as divisões entre os Membros da OMC acerca das propostas nos seguintes termos:

Em síntese, as propostas lançadas à mesa para discussão refletem, desde o início dos trabalhos, o interesse na reforma das regras do SSC, e a clara divisão dos Membros entre o grupo de países industrializados, representados pelos EUA e UE, e aquele integrado pelos PEDs. A preocupação com o aperfeiçoamento dos remédios jurisdicionais e dos procedimentos de implementação das recomendações e decisões, reflete diretamente o interesse dos PEDs e PMDRs. Para além da reforma das regras do Entendimento, é notória a grande dificuldade que estes países enfrentam para fazer valer os seus direitos reconhecidos pelo OSC, em face dos PDs, seja negociando compensações mutuamente satisfatórias, seja efetivamente impondo “suspensão de concessões ou de outras obrigações” (OLIVEIRA, 2012, 310).

4.2.1 Contramedidas coletivas

O art. 22.2 do ESC restringe o uso das contramedidas a “quaisquer das partes que hajam recorrido ao procedimento de solução de controvérsias”. Isso significa que a adoção de contramedidas por Membro que não tenha participado do procedimento de solução de controvérsias, na qualidade de reclamante, está proibida. Não há, dessa forma, a possibilidade de implementação coletiva das decisões no âmbito da solução de controvérsias da OMC na atualidade (SEBASTIAN, 2010, p. 91).

A proposta de adoção de um mecanismo de contramedidas coletivas não é recente. Ainda no âmbito do GATT 1947, PEDs propuseram, em 1965, a adoção de retaliação coletiva, argumentando que os remédios jurídicos tal como existentes naquele momento eram úteis apenas a PDs, como os Estados Unidos e os países das então Comunidades Europeias, na medida em que contramedidas adotadas por pequenas economias não são uma ameaça séria a grandes economias, com grandes mercados. Além disso, mesmo pequenas restrições às exportações de PEDs os prejudicam mais, pois eles são muito dependentes de suas exportações. A proposta, então, era que o GATT autorizasse contramedidas coletivas em casos de violações praticadas por PEDs contra PDs (HUDEC, 2000, p. 26).

Pauwelyn defende a possibilidade de aplicação de contramedidas coletivas. O autor sustenta que um dos problemas do ESC é o fato de que apenas a parte vitoriosa na disputa pode impor contramedidas, o que significa que, além dos custos do mecanismo, a parte vitoriosa deverá arcar também com o custo econômico de aplicação das contramedidas. Esse custo poderia ser diluído multilateralmente, caso a ação coletiva fosse permitida pelo OSC ou mesmo realizada por este. Neste caso, seria a própria organização, e não o Membro individualmente, que teria o encargo de fazer implementar suas decisões. Por meio desse mecanismo coletivo, “Membros mais fracos que tenham vencido a disputa, mas economicamente incapazes de adotar contramedidas Membro-a-Membro, poderiam ter acesso a um remédio efetivo.” Além disso, esses Membros mais fracos poderiam também receber os benefícios de casos vencidos por outros Membros (PAUWELYN, 2000, p. 345, tradução do autor). Assim, um dos principais objetivos da proposta de contramedidas parece ser a redução dos custos econômicos da retaliação para os PEDs.

Uma das propostas de contramedidas coletivas foi realizada pelo Grupo Africano em 2002. O Grupo parte da constatação de que os PEDs individualmente não conseguem, na prática, valer-se da utilização das contramedidas em face de PDs, pois é possível que sofram danos adicionais, caso adotem as contramedidas. Além disso, o Grupo baseia-se na ideia de que o tratamento especial e diferenciado dos PEDs é uma norma fundamental na OMC. O Grupo propõe que

[...] quando se recorrer à suspensão de concessões, todos os Membros da OMC devem estar autorizados a suspender coletivamente concessões de um Membro desenvolvido que adote medidas violadoras de obrigações no marco da OMC contra um Membro em desenvolvimento, apesar da prescrição de que a suspensão de concessões deve basear-se no nível equivalente de anulação ou prejuízo de benefícios (tradução do autor)¹⁷¹.

Os países menos avançados (PMA) também propuseram, em 2002, a possibilidade de aplicação de retaliação coletiva. Esses países afirmaram que:

[...] para assegurar que todos os Membros possam utilizar efetivamente as medidas corretivas que o mecanismo de solução de controvérsias oferece, deveria haver uma norma que autorizasse a retorsão coletiva. Para que isso seja eficaz, deveria ser estabelecida uma exceção ao requisito de que a suspensão de concessões tenha que ser equivalente ao nível de anulação ou prejuízo de benefícios causado pela falta de aplicação das recomendações e resoluções do OSC (tradução do autor)¹⁷².

¹⁷¹ Organización Mundial del Comercio. Órgano de Solución de Diferencias en Sesión Extraordinaria. Negociaciones relativas al Entendimiento Sobre Solución De Diferencias (ESD). Propuesta del Grupo Africano TN/DS/W/15. 25 de septiembre de 2002.Par. 6º.

¹⁷² Organización Mundial del Comercio. Sesión Extraordinaria del Órgano de Solución de Diferencias. 10 de septiembre de 2002. TN/DS/M/4. 6 de noviembre de 2002. par. 70.

Amaral Júnior comenta a proposta do Grupo Africano, afirmando tratar-se de instrumento que “se resumiria na possibilidade, reservada a mais de um Membro, de suspender concessões, sempre que essa faculdade fosse expressamente reconhecida a um país em desenvolvimento vitorioso em uma disputa contra algum país desenvolvido.” Essa mudança “equivaleria à passagem de um sistema bilateral para outro de natureza multilateral.” Assim, a “retaliação coletiva compensaria a debilidade econômica e política de certos Estados e seria de grande utilidade para instaurar maior equilíbrio entre os contendores” (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 114). Nesse sentido, é possível afirmar que “a raiz do problema do *enforcement* seja o ‘desequilíbrio de poder’, sendo a retaliação coletiva uma potencial solução para a questão” (MEDRADO, 2011, p. 80).

Medrado dedicou sua Tese de Doutorado à análise da viabilidade de adoção de um mecanismo de retaliação coletiva na solução de controvérsias da OMC, tendo como referencial a teoria da formação de alianças, como desenvolvida na disciplina de Relações Internacionais, especialmente a sistematizada por Glenn H. Snyder.

Com esse objetivo, o autor propõe que, assim como a “retaliação cruzada”, as contramedidas coletivas, que envolvem sua adoção por Membros que não participaram da controvérsia, tenha caráter excepcional, somente sendo possível após ultrapassadas as possibilidades de indução ao cumprimento tal como previstas atualmente. Além disso, o autor recorda que o sistema de *enforcement* da OMC baseia-se na relação de poder, pois se trata de um sistema de *self-help*. Nesse sentido, uma vez que a retaliação coletiva fundamenta-se no desequilíbrio de poder entre os Membros, deve ocorrer apenas nas situações em que a retaliação bilateral, incluindo a “retaliação cruzada”, não seja suficiente, nem eficaz na indução do Membro violador ao cumprimento das decisões e recomendações do OSC (MEDRADO, 2011, p. 220). Partindo dessa concepção, o artigo 22.3 passaria a ter a seguinte redação:

Ao considerar quais concessões ou outras obrigações serão suspensas, a parte reclamante aplicará os seguintes princípios e procedimentos:

h) se a parte considerar que a suspensão de concessões ou outras obrigações por essa parte não é suficiente, nem efetiva, e que as circunstâncias são suficientemente sérias em razão do desequilíbrio de poder entre a parte e o Membro afetado, pode requerer ao OSC que autorize outros Membros que ao participem na reclamação a suspender concessões ou outras obrigações em conjunto com a parte reclamante;

i) se a parte decidir requerer autorização para outros Membros suspenderem concessões ou outras obrigações em conjunto com a parte reclamante, em conformidade com a alínea “h”, deve apresentar as razões para seu requerimento (MEDRADO, 2011, p. 207-208, grifos no original, tradução parcial do autor).

Medrado também propôs alteração no art. 22.6 nos seguintes termos:

Quando ocorrer a situação descrita no parágrafo 2, o OSC, a pedido, poderá conceder autorização para suspender concessões ou outras obrigações dentro de 30 dias seguintes à expiração do prazo razoável, salvo se o OSC decidir por consenso rejeitar o pedido. No entanto, se o Membro afetado impugnar o grau da suspensão proposto, ou sustentar que não foram observados os princípios e procedimentos estabelecidos no parágrafo 3, no caso de uma parte reclamante haver solicitado autorização para suspender concessões ou outras obrigações com base no disposto nos parágrafos 3.b ou 3.c, a questão será submetida a arbitragem. A arbitragem deverá ser efetuada pelo grupo especial que inicialmente tratou do assunto, se os Membros estiverem disponíveis, ou por um árbitro designado pelo Diretor-Geral, e deverá ser completada dentro de 60 dias após a data de expiração do prazo razoável. As concessões e outras obrigações não deverão ser suspensas durante o curso da arbitragem. **O OSC, quando demandado, pode sugerir ou recomendar que certos Membros suspendam concessões ou outras obrigações em conjunto com a parte reclamante, se nenhum Membro voluntariamente suspender concessões ou outras obrigações em conjunto com a parte reclamante, apesar de a autorização ter sido dada em conformidade com o parágrafo 3, alínea “h”.** Nesses casos, a parte reclamante pode requerer assistência do OSC na definição da natureza das concessões ou outras obrigações a serem suspensas para garantir que sejam suficientes e eficientes (MEDRADO, 2011, p. 208, grifos no original, tradução parcial do autor).

Acerca desta proposta, é importante salientar que o diagnóstico do problema do desequilíbrio econômico entre as partes parece ser adequado, em razão da injustiça e da falta de credibilidade no sistema. Diante disso, há necessidade de reformar o mecanismo, de modo a reduzir os custos econômicos para os PEDs e a tornar o sistema eficaz quando a parte demandante for um PED. Entretanto, a solução proposta também cria dificuldades. Em particular, há uma situação que merece desenvolvimentos futuros: a aceitação de que países não envolvidos na controvérsia possam adotar contramedidas coletivas também cria uma situação de injustiça, pois terceiros países serão beneficiados sem ter adquirido o direito correspondente. Essa situação facilmente poderia ser usada como uma desculpa para aumentar o protecionismo comercial de modo injustificado, pois, além da proteção dos interesses legítimos dos PEDs, o mecanismo estaria permitindo o surgimento dos usualmente combatidos *free-riders*. Além disso, o requisito da equivalência ou da proporcionalidade das contramedidas dificilmente seria mantido, criando a possibilidade de contramedidas verdadeiramente punitivas, que iriam além do escopo de indução ao cumprimento.

4.2.2 Contramedidas negociáveis

Essa proposta foi explicitada pela delegação Mexicana na OMC. Nessa proposta, o art. 3.7 deveria passar a ter a seguinte redação:

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, **assim como a possibilidade de transferir este direito de suspender a aplicação de concessões ou outras obrigações resultantes dos acordos abrangidos a outro(s) Membro(s)** (tradução do autor)¹⁷³.

A ideia básica é a seguinte: se um Membro vencer uma disputa no âmbito da solução de controvérsias da OMC e se não for capaz ou não quiser adotar as contramedidas, poderá negociar esse direito com outro país que queira e possa utilizá-lo.

Diego-Fernández afirma que a proposta mexicana envolve a possibilidade de os Membros endossarem sua autorização para retaliar, de modo que outros Membros possam exercê-la. O autor sustenta que a proposta não permite que a retaliação exceda o nível de anulação ou prejuízo de benefícios, tal como definido pelos árbitros. O autor apresenta três argumentos a favor da proposta mexicana: em primeiro lugar, esta proposta envolve a criação de um mercado; em segundo lugar, o Membro que adquire o direito tem interesse direto em aplicar a contramedida, sendo importante para induzir o cumprimento; em terceiro lugar, seria um melhor reajuste das concessões, pois o Membro que sofreu a violação receberia um benefício concreto em troca de seu direito às contramedidas (DIEGO-FERNANDEZ, 2007, p. 241).

Bagwell, Mavroidis e Staiger partiram da proposta do México de tornar as contramedidas negociáveis e fizeram uma análise econômica acerca da possibilidade de os direitos de retaliação dentro do sistema da OMC serem alocados através de leilões. Em um primeiro modelo, em que o Membro violador não é incluído, os autores concluíram que externalidades positivas são geradas, mas é possível que o leilão não tenha êxito. No segundo modelo, em que o Membro violador também pode oferecer um lance, os autores concluíram que também são geradas externalidades positivas, mas, neste caso, o leilão sempre tem sucesso e o direito de retaliação acaba sendo retirado. De fato, trata-se de uma compensação ao Membro vitorioso (BAGWELL; MAVROIDIS; STEIGER, 2003, p. 37).

4.2.3 Contramedidas retroativas

¹⁷³ Organización Mundial del Comercio. Órgano de Solución de Diferencias en Sesión Extraordinaria. Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias. Texto Propuesto por México. TN/DS/W/40. 27 de enero de 2003. p. 1, grifos no original.

Conforme visto anteriormente, as contramedidas da OMC, diferentemente daquelas do direito internacional geral, são remédios jurídicos prospectivos. Isso significa que o Membro violador não tem o dever de reparar danos causados por sua conduta ilícita que antecedam o fim do prazo razoável. Assim, do início da conduta ilícita até a fim do prazo razoável não há previsão de reparação dos danos.

A delegação mexicana fez propostas alternativas, mas todas estabelecendo um marco temporal anterior ao previsto no ESC. Em relação ao artigo 22.4 do ESC, o México propôs que o nível das contramedidas fosse equivalente ao nível de anulação ou prejuízo de benefícios desde a data de imposição da medida ou desde a solicitação de consultas ou desde o estabelecimento do grupo especial¹⁷⁴.

Plasai faz uma ligação entre as medidas provisórias e os remédios jurídicos retroativos. Segundo o autor, a falta de medidas provisórias, a serem aplicadas antes da decisão final do órgão de apelação, torna o sistema menos seguro e previsível. Caso se pudesse adotar essas medidas, poder-se-ia evitar que o Membro violador praticasse atos que pudessem alterar a situação factual e influenciar a decisão de mérito final, protegendo, assim, os direitos das partes. Essas medidas provisórias, se fossem confirmadas na decisão final, funcionariam como remédios jurídicos retroativos *de facto* (PLASAI, 2006, p. 42-44).

Plasai adiciona que, mesmo sem as medidas provisórias, a retroatividade é importante na preservação dos direitos da parte lesada. O marco temporal a ser considerado é a data da imposição da medida contrária às normas da OMC. Dessa forma, as contramedidas retroativas ajudam na conservação dos direitos da parte demandante, restaurando a situação que existia antes da violação. Um exemplo seria o reembolso dos direitos alfandegários coletados em consonância com a medida inconsistente com as regras da OMC. Na prática, no entanto, isso pode ser inviável em muitos casos (PLASAI, 2006, p. 44).

É possível argumentar que a introdução da norma secundária sobre reparação no direito da OMC propiciaria maior efetividade à proteção das normas primárias, pois essa obrigação secundária aumentaria o poder dissuasório do sistema da OMC. O Membro violador teria menos incentivo para atrasar o cumprimento de suas obrigações, na medida em que a continuidade do ilícito significaria agravamento do dano e, por consequência, do dever de reparação. Desse modo, uma contramedida que fosse não só prospectiva, mas também retroativa teria maior poder coercitivo (ARANTES NETO, 2008, p. 323).

¹⁷⁴ Organización Mundial del Comercio. Órgano de Solución de Diferencias en Sesión Extraordinaria. Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias. Texto Propuesto por México. TN/DS/W/40. 27 de enero de 2003. p. 6.

Essa proposta de inclusão de contramedidas retroativas parece ser de grande valia para o mecanismo de solução de controvérsias da OMC, pois será um aperfeiçoamento sob a perspectiva da legalidade do sistema, tornando-o mais conforme ao direito internacional geral. Além disso, com a adoção de contramedidas retroativas, haverá maior pressão sobre os Membros recalcitrantes no sentido de indução ao cumprimento, pois deixará de haver a certeza de que medidas ilícitas não gerariam consequências jurídicas, se retiradas antes do fim do prazo razoável.

4.2.4 O fortalecimento da “retaliação cruzada”

Essa proposta visa a facilitar a aplicação de “retaliação cruzada” por parte de PEDs. Parte do pressuposto de que as contramedidas paralelas, frequentemente no setor de bens, não são praticáveis, nem eficazes para os PEDs. Isso se deve ao fato de que a adoção de contramedidas no setor de bens por meio de aumento do imposto de importação, além de poder não ser muito lesiva ao PD, pode prejudicar a economia do PED. Estes, então, deveriam poder recorrer às contramedidas cruzadas sem passar pelos requisitos rígidos do art. 22.6 do ESC, que geram ônus muito grande aos PEDs.

Cuba, Honduras, Indonésia, Índia, Malásia, Paquistão, Sri Lanka, Tanzânia e Zimbábwe propuseram a seguinte redação para o art. 22.3bis do ESC:

Não obstante os princípios e procedimentos contidos no parágrafo 3º, em uma controvérsia em que a parte reclamante seja um país em desenvolvimento Membro e a outra parte, que não colocou suas medidas em conformidade com os Acordos abrangidos, seja um país Membro desenvolvido, o reclamante terá direito a solicitar a autorização para suspender concessões ou outras obrigações relativas a qualquer dos setores ou a todos eles no marco dos acordos abarcados (tradução do autor)¹⁷⁵.

Sem deixar de notar possíveis prejuízos políticos e econômicos, Árabe Neto explica alguns benefícios da “retaliação cruzada”. Segundo o autor, no caso das contramedidas adotadas em propriedade intelectual, diferentemente das adotadas em bens, os custos de aquisição são reduzidos, pois o Membro demandante fica isento do pagamento dos direitos relacionados. Dessa forma, o consumo interno tende a aumentar, podendo trazer benefícios para a indústria cultural, com o possível desenvolvimento de tecnologias em território

¹⁷⁵ Organización Mundial del Comercio. Órgano de Solución de Diferencias en Sesión Extraordinaria. Negociaciones acerca del Entendimiento sobre Solución de Diferencias. TN/DS/W/19. 9 de octubre de 2002. p. 2.

nacional. Um exemplo citado é a fabricação de medicamentos, que pode aumentar o bem-estar da população do Membro reclamante. Outro benefício é a maior facilidade de obtenção de apoio político interno no país violador a favor do cumprimento da decisão da OMC, em razão da sensibilidade do tema e da maior articulação e força dos setores com interesse na manutenção dos direitos de propriedade intelectual, como o farmacêutico e o da indústria de entretenimento. Além disso, o Membro que sofre as contramedidas não pode se esquivar facilmente quando se trata de propriedade intelectual, pois não é possível, como no caso de bens, direcionar a produção para terceiros países (ARABE NETO, 2008, p. 174-176).

Medrado apresenta argumentação em sentido semelhante, pois, por meio dessa proposta,

[...] busca-se facilitar a retaliação em propriedade intelectual, área sensível às indústrias farmacêutica, de alta tecnologia e do entretenimento, usualmente localizadas nos países desenvolvidos. Adicionalmente, argumenta-se que essa suspensão de concessões ou de outras obrigações não apresenta efeitos econômicos adversos, tendo inclusive potencial para aumentar o bem-estar do Membro retaliante, ao permitir à sua indústria fabricar produtos “genéricos”, sem pagar preço monopolista ao detentor de patente ou direito do autor (MEDRADO, 2011, p. 75).

Essa proposta de reforço da “retaliação cruzada” parece sanar, em certa medida, o problema do desequilíbrio econômico entre as partes no que tange à aplicação das contramedidas. Um fundamento no próprio direito da OMC que pode ser alegado a favor dessa proposta é o princípio do tratamento especial e diferenciado para os PEDs. Em diversas partes do ESC e dos demais acordos da OMC, existem disposições que favorecem os PEDs, sendo que esta proposta seria um benefício concreto para esses países, pois a proposta diminuiria o custo das contramedidas para esses países, tornando mais fácil sua efetiva aplicação.

4.2.5 Compensação compulsória

Geralmente, como visto anteriormente, a compensação, de caráter voluntário, envolve uma redução tarifária pela parte demandada, a qual deve ser estendida a todos os demais Membros da OMC, sendo pouco atrativa para o demandado. Como o ESC exige a concordância da parte demandada, esse remédio jurídico acaba não sendo utilizado na prática. A proposta de reforma consiste justamente em tornar a compensação compulsória, tal como ocorre com as contramedidas.

Uma vantagem da compensação, relativamente às contramedidas, é a de que ela não restringe o comércio, mas, ao contrário, liberaliza-o mais, enquanto a medida incompatível com a OMC permanecer em vigor (BRONCKERS; VAN DEN BROEK, 2005, p. 107).

Segundo Pauwelyn, sem requerer a aprovação de ambas as partes, o OSC poderia aprovar automaticamente um pedido de compensação em certa quantia, na forma de aumento do acesso ao mercado da parte demandada. Caso surja uma disputa acerca da quantidade da compensação requerida, poderia ser constituído um *panel* nos moldes daquele existente para as contramedidas. Segundo Pauwelyn, a compensação beneficia não apenas a parte vencedora e os demais Membros da OMC, mas também a parte perdedora, pois se trata de remoção de barreiras comerciais. Essa compensação compulsória existiria concomitantemente ao regime de contramedidas (PAUWELYN, 2000, p. 345-346).

No caso *EC - Bananas III*, como visto anteriormente, foi reconhecido que havia grande desequilíbrio de poder em relação ao volume de comércio e aos níveis econômicos entre o Equador, parte demandante, e as Comunidades Europeias, parte demandada. Os árbitros reconheceram que, dadas as circunstâncias específicas do caso, era possível que o Equador não conseguisse aplicar as contramedidas com as Comunidades Europeias e que o “texto atual do ESC não oferece nenhuma solução para essa hipótese” (tradução do autor)¹⁷⁶. Com base, em grande parte, nessa experiência, o Equador fez a seguinte proposta:

Outra alternativa a ser considerada seria a possibilidade de que a compensação se torne obrigatória, assumindo a forma de uma sanção que o sistema multilateral impõe ao Membro que não tenha cumprido suas obrigações. Essa alternativa consistiria em que o OSC, ao adotar o relatório do *panel* que verifica o descumprimento, em vez de autorizar a suspensão de concessões e outras obrigações, decida que o Membro afetado deva obrigatoriamente compensar a parte reclamante (tradução do autor)¹⁷⁷.

Por sua vez, o Grupo dos países menos avançados propôs a inclusão de compensação automática no ESC nos seguintes termos: “os PMA propõem que se dê caráter obrigatório à compensação prevista no parágrafo 2º do artigo 22 (tradução do autor)”¹⁷⁸.

Em relação a essa proposta, Bronckers e Van Den Broeck apontam alguns problemas que parecem ser bastante pertinentes. Uma das ideias é a de que a parte reclamante possa

¹⁷⁶ World Trade Organization. European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas - Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 Of The DSU - Decision By the Arbitrators. WT/DS27/ARB/ECU. 24 March 2000. Par. 177.

¹⁷⁷ Organización Mundial del Comercio. Órgano de Solución de Diferencias en Sesión Extraordinaria. Negociaciones acerca del Entendimiento sobre Solución de Diferencias. Contribución del Ecuador a la Mejora del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC. TN/DS/W/9. 8 de julio de 2002.

¹⁷⁸ Organización Mundial del Comercio. Órgano de Solución de Diferencias en Sesión Extraordinaria. Negociaciones acerca del Entendimiento sobre Solución de Diferencias. Propuesta del Grupo de los PMA. TN/DS/W/17. 9 de octubre de 2002. Par. 13.

indicar o setor em que a parte demandada deve oferecer a compensação, para que a compensação seja benéfica ao reclamante. Os autores indicam a existência de um problema em relação à soberania, pois um Membro da OMC deveria aceitar que seu regime comercial fosse modificado unilateralmente por outro Membro. Além disso, indústrias domésticas que não estão envolvidas na disputa dificilmente aceitarão ter de sofrer os impactos adversos da compensação para resolver problemas a que não deram causa (BRONCKERS; VAN DEN BROEK, 2005, p. 107-108).

Sob a perspectiva da maior liberalização comercial, essa proposta parece ser adequada. Entretanto, ela não fornece uma reparação específica para a parte prejudicada, já que a compensação deve ser estendida aos demais Membros. Em função disso, há também uma dificuldade prática para a parte demandada, pois a medida pode recair sobre um setor extremamente sensível aos seus interesses, o que dificultaria muito sua implementação.

4.2.6 Compensação monetária

A ideia de se acrescentar o remédio jurídico da compensação monetária não é nova no sistema multilateral de comércio. Em 1965, no âmbito do GATT 1947, as delegações do Brasil e do Uruguai propuseram a inserção de uma indenização monetária no sistema de solução de controvérsias, nos seguintes termos:

7. No caso em que as medidas reclamadas tenham sido adotadas por uma parte contratante desenvolvida e seja estabelecido que elas tenham afetado adversamente as perspectivas econômicas e comerciais de partes contratantes menos desenvolvidas, o *Panel* pode recomendar, quando não seja possível eliminar as medidas reclamadas ou obter um remédio comercial adequado, que o dano causado deva ser compensado por meio de indenização de caráter financeiro em termos mutuamente aceitáveis (tradução do autor)¹⁷⁹.

Hudec explica que essa proposta dos PEDs baseia-se na ideia de que as restrições ilegais ao comércio causam sérios danos às economias desses países, pois retardam seu processo de desenvolvimento. Nessas circunstâncias, como os danos causados são remediados apenas com medidas prospectivas, esse países propuseram que haja compensação financeira e que esta seja retroativa (HUDEC, 2000, p. 16).

¹⁷⁹ General Agreement on Tariffs and Trade. Committee on Trade and Development Ad Hoc Group on Legal Amendments to the General Agreement. Proposal Submitted by the Brazilian and Uruguayan Delegations. COM.TD/F/W/4. 11 October 1965.

Nos recentes debates sobre a revisão do ESC, o grupo dos países menos avançados (PMA)¹⁸⁰ propôs a compensação monetária retroativa. O grupo afirmou que:

[...] há razões de peso para advogar a compensação monetária. Essa medida corretiva é importante para os países em desenvolvimento e para os países menos avançados e para qualquer economia que sofra durante o tempo em que esteja em vigor uma medida violadora. É necessário esclarecer esta disposição no sentido de que a compensação não deveria adotar a forma de um melhor acesso ao mercado se isso prejudicará outros Membros, sendo preferível a compensação monetária. [...] A quantificação da perda ou do dano que se tenha de compensar deveria começar sempre a partir da data em que o Membro infrator adotou a medida (tradução do autor)¹⁸¹.

Pauwelyn defende também a compensação monetária, mas prospectiva. Segundo o autor, a compensação monetária ajudaria a que o setor ou a indústria que sofre o dano causado pela medida inconsistente com a OMC acabe sendo, ao fim, beneficiado pela compensação. Para o autor, além de fazer mais sentido econômico que os demais remédios jurídicos da OMC, a compensação monetária é mais fácil de monitorar e mais acessível para Membros mais fracos (PAUWELYN, 2000, p. 346).

O Relatório da Comissão de Assessoramento para Instituições Financeiras Internacionais, presidido por Allan Meltzer, publicado em março de 2000, propõe que “ao invés de sofrer retaliação, os países responsáveis pela realização de práticas comerciais ilegais deveriam pagar uma multa anual equivalente ao valor dos danos mensurados pelo *panel* ou proporcionar uma liberação do comércio equivalente” (MELTZER, 2000, p. 101, tradução do autor).

Essa compensação não é restritiva ao comércio; ajuda a reparar o dano causado; funciona tão bem quanto às contramedidas (ou até melhor) para promover a indução ao cumprimento; não gera uma carga pesada sobre pessoas e grupos privados que não participaram da disputa e que perderiam seus mercados de exportação; desincentiva o retardamento intencional do cumprimento das decisões, especialmente se a compensação for retroativa; está em concordância com o direito internacional geral; introduz um elemento de justiça no sistema legal da OMC, especialmente se considerados os efeitos para os PEDs (BRONCKERS; VAN DEN BROEK, 2005, p. 110-111).

¹⁸⁰ O grupo dos PMA é constituído hoje pelos seguintes Membros: Angola, Bangladesh, Benin, Burkina Faso, Burundi, Camboya, Chad, Congo, República, Democrática del Djibouti, Gambia, Guinéa, Guinéa-Bissau, Haití, Islas Salomón, Lesotho, Madagascar, Malawi, Malí, Mauritania, Mozambique, Myanmar, Nepal, Níger, República Centroafricana, República Democrática Popular Lao, Rwanda, Samoa, Senegal, Sierra Leona, Tanzânia, Togo, Uganda, Vanuatu, Zambia.

¹⁸¹ Organización Mundial del Comercio. Órgano de Solución de Diferencias en Sesión Extraordinaria. Negociaciones acerca del Entendimiento sobre Solución de Diferencias. Propuesta del Grupo de los PMA. TN/DS/W/17. 9 de octubre de 2002. Par. 13.

Bagwell afirma que uma das vantagens da compensação monetária em relação à compensação comercial é que aquela pode ser um instrumento mais eficiente para se alcançar transferências de bem-estar entre governos. Um governo pode transferir bem-estar a um governo estrangeiro cortando direitos aduaneiros, no caso de compensação comercial, ou aumentando esses direitos, no caso das contramedidas. Estas últimas transferências ocorrem por meio de alterações nos termos de troca, e as alterações de direitos aduaneiros irão alterar os preços locais, podendo levar a ineficiência internas. Além disso, a compensação monetária limita as externalidades em relação às terceiras-partes, pois é feita em bases bilaterais e não discriminatórias. Por isso, a compensação monetária é preferida (BAGWELL, 2007, p. 15).

Conforme Oliveira, o ESC falha ao se preocupar apenas com os danos futuros gerados pela continuidade da prática contrária às normas da OMC, não se preocupando com os danos sofridos em razão do comportamento que já vinha sendo praticado antes e durante todo o procedimento de solução de controvérsias, sem compensar o Membro lesado retroativamente. Esse lapso temporal extenso não permite uma efetiva restauração do equilíbrio econômico em relação à parte demandante. A autora propõe uma compensação monetária, com natureza reparadora e retroativa, embora faça uma ponderação, com base em uma análise da solução de controvérsias da OMC com um todo:

[...] outorgar toda a responsabilidade pelo cumprimento das recomendações e decisões do OSC; pelo alcance dos objetivos do sistema; e pela indução ao pagamento de compensação retroativa e equivalente aos prejuízos causados, à “suspensão de concessões”, seria excessivo à medida, e incoerente com o SSC da OMC.

Por essa razão, a proposta da tese de inclusão aos objetivos do SSC da OMC, da obrigação ao Membro demandado de compensar monetariamente a anulação ou prejuízo de benefícios causado, a contar da data da composição do Painel original, quando o mecanismo jurisdicional da OMC oficialmente foi instaurado. É lícito supor que a atitude de compensar monetária e retroativamente a anulação ou o prejuízo de benefícios decorrentes da prática ilícita, somada às outras finalidades já previstas no ESC, viria a incentivar a mudança paulatina do comportamento daqueles que incidem no ato ilícito, porquanto tornaria tal prática ainda mais desvantajosa; e auxiliaria de modo mais concreto e, possivelmente, em um menor espaço de tempo, na reestruturação da economia interna dos PEDs e PMDRs afetados (OLIVEIRA, 2012, p. 344 – 345).

Por outro lado, Sykes analisa as desvantagens da compensação monetária. Em primeiro lugar, os governos enfrentam restrições orçamentárias e somente podem pagar a compensação financeira através do recolhimento de tributos. Como os tributos também criam distorções econômicas internas, a compensação monetária não é uma simples transferência de bem-estar, pois haverá também um custo econômico em termos de perda do bem-estar (SYKES, 2005, p. 31-32).

Alguns autores também argumentam que existe uma grande dificuldade em se quantificar exatamente o valor da compensação monetária, embora se possa argumentar que os árbitros já aplicam técnicas aproximativas para a realização do cálculo das contramedidas. Outra crítica é a de que a compensação monetária não seria executável, caso o Membro violador não queira pagar a indenização. Essa crítica parece ser pertinente, pois, na possível situação mencionada, haveria risco real de impasse e de descrédito no sistema multilateral de comércio (BAGWELL, 2007, p. 16).

A proposta de introdução de compensação monetária no SSC da OMC parece ser razoável sob o ponto de vista da legalidade e está de acordo com o direito internacional geral, mas devem ser feitas algumas observações. Em razão dos possíveis problemas e apesar dos benefícios da compensação monetária em relação aos demais remédios jurídicos, o equilíbrio político tal como encontrado na OMC não deveria sofrer uma alteração tão drástica a ponto de tornar compulsória a compensação monetária. Uma proposta mais adequada para o presente cenário é inclusão de compensação monetária que cubra danos desde a imposição da medida violadora como uma opção a ser analisada pelos árbitros em face das circunstâncias do caso concreto, convivendo com a suspensão de concessões. Esta opção, preferencialmente, deveria contar com a concordância das partes envolvidas. Por fim, é importante que a compensação monetária não substitua a suspensão de concessões, pois, na prática, existe a possibilidade concreta de o Membro, mesmo após a determinação do OSC, não pagar a indenização devida, como já foi dito. Nesse caso, tendo em vista a ausência de poder executório da OMC, a determinação careceria de efetividade.

4.2.7 Suspensão de direitos políticos

Charnovitz propõe a possibilidade de retirada de benefícios enquanto Membro de uma organização internacional, dentre os quais estão o direito de voto e a possibilidade de obter ajuda financeira e técnica (CHARNOVITZ, 2001, p. 827). O autor retoma essa perda do direito de voto na OMC em texto posterior, citando como exemplo a Convenção de Chicago sobre Aviação Civil Internacional, em que qualquer governo violador terá seu direito de voto suspenso (CHARNOVITZ, 2005, p. 628).

Entretanto, Charnovitz reconhece a dificuldade de implementação desta proposta, pois a suspensão do direito de voto e a retirada de ajuda econômica teriam pouco efeito sobre a

parte violadora, já que os votos e as referidas ajudas são raros na OMC (CHARNOVITZ, 2001, p. 828).

Outra alternativa é a suspensão do direito do Membro recalcitrante de fazer uso do sistema de solução de controvérsias da OMC, retirando-lhe a legitimidade ativa para iniciar um procedimento de solução de controvérsias enquanto não cumprisse a decisão. Além disso, caso o Membro já tivesse outros procedimentos em curso, ele poderia perder o direito de requerer o estabelecimento de um *panel* ou de apelar de uma decisão, por exemplo (ÁRABE NETO, 2008, p. 194).

O Equador chegou a propor a suspensão de direitos em condições extremas. Sua delegação defendeu o seguinte:

Se, depois de oferecer este amplo esquema de facilidade, o Membro afetado não cumprir, o sistema, a fim de preservar sua credibilidade, não terá outra alternativa a não ser endurecer as condições que induzam ao cumprimento mediante a suspensão do direito do Membro afetado para recorrer ao ESC ou autorizando uma retorsão em larga escala (tradução do autor)¹⁸².

Braz, ante as dificuldades dessa hipótese de suspensão de direitos políticos, faz uma proposta abrandada, para que se consiga maior aceitação entre os Membros. O autor sugere a possibilidade de suspensão dos direitos políticos apenas após certo número de condenações descumpridas pelo Membro. O autor antecipa a possível crítica, afirmando que muitos Membros são conscientes de que poderão ser condenados algum dia. Em razão disso, o autor propõe essa espécie de carência, para apenas após a reiteração da conduta o Membro perder seus direitos políticos (BRAZ, 2006, p. 237).

Árabe Neto cita a existência de outras propostas, como a suspensão dos direitos de participação em reuniões nos órgãos da OMC e de indicação de representantes para compor os órgãos da OMC (ÁRABE NETO, 2008, p. 195).

Ao final deste capítulo, pode-se fazer um resumo da linha de argumentação seguida. Conforme observado, nem todas as críticas ao atual sistema de contramedidas na OMC parecem ser pertinentes. Em sentido semelhante, nem todas as propostas de reforma para a fase de implementação das decisões parecem ser adequadas. Neste ponto, é adequado fazer um balanço dos principais problemas do instituto e das principais sugestões para saná-los, tendo em vista a relação entre direito e política.

Tendo em vista a finalidade de indução ao cumprimento, é possível considerar que as contramedidas tenham eficácia parcial. Apesar de se poder considerar que as altas taxas de

¹⁸² Organización Mundial del Comercio. Órgano de Solución de Diferencias en Sesión Extraordinaria. Negociaciones acerca del Entendimiento sobre Solución de Diferencias. Contribución del Ecuador a la Mejora del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC. TN/DS/W/9. 8 de julio de 2002.

cumprimento das normas e das decisões da OMC estejam ligadas à existência de contramedidas, sob o ponto de vista qualitativo as contramedidas não cumprem plenamente suas funções, considerando-se os casos de cumprimento deficiente e o lapso temporal entre o ato ilícito e a sua aplicação. Além disso, o poder dissuasório das contramedidas não é tão efetivo quanto poderia.

A introdução de compensação monetária no SSC da OMC parece ser adequada para corrigir esse problema, estando de acordo com o direito internacional geral. Essa proposta seria uma alternativa que conviveria com a suspensão de concessões, a ser definida pelo árbitro, preferencialmente com a anuência das partes, em face das circunstâncias do caso concreto. Para ser mais efetiva, essa compensação financeira poderia ser corresponder aos prejuízos causados desde a aplicação da medida contrária às normas da OMC.

As implicações prejudiciais do desequilíbrio de poder econômico e político entre os Membros para as contramedidas foram salientadas na primeira parte deste capítulo. Esse desequilíbrio implica pouca de efetividade do instituto, quando a parte demandante for um PED e a parte demandada um PD, gerando uma situação de injustiça e de perda de credibilidade do sistema. Esse problema nas contramedidas pode ser atenuado por meio de uma regulamentação jurídica que vise a reduzir essa influência negativa da política.

Uma das propostas que está em consonância com esse propósito é a de fortalecimento da “retaliação cruzada”. Essa proposta busca facilitar, para os PEDs, a aplicação de contramedidas em temas regulados em acordos distintos do acordo que regula a violação original. Essa proposta, fundamentada no princípio do tratamento especial e diferenciado, diminui o custo da aplicação das contramedidas para os PEDs, tornando o recurso a esse instituto mais efetivo para esses Membros.

Outro problema do instituto, sob o ponto de vista da legalidade, é a sua dimensão prospectiva. Por não terem função de reparação retroativa dos danos causados, as contramedidas são um remédio jurídico com efetividade parcial e criam um incentivo indesejável aos Membros. Atos contrários às normas da OMC surtem plenamente seus efeitos negativos até o fim do prazo razoável, sem haver consequências jurídicas que reparem os prejuízos decorrentes desses atos.

A proposta de inserção da dimensão retroativa parece ser de grande importância para o aprimoramento jurídico das contramedidas da OMC, que passarão a estar em maior consonância com o instituto congênere do direito internacional geral. Como a retroatividade é importante para a preservação dos direitos legítimos da parte lesada, parece adequado que o marco temporal seja a data de adoção da medida que está em desconformidade com a OMC.

Com a adoção desse marco temporal, haverá também maior incentivo para que a parte recalcitrante torne sua conduta compatível com as normas da OMC.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi investigar a relação entre a política e o direito no âmbito da implementação da responsabilidade tal como regulada no direito internacional geral e no regime especial da OMC. Essa perspectiva de investigação ensejou algumas conclusões preliminares que podem ser ilustradas pela metáfora do pêndulo de um relógio, que tem o direito em uma extremidade, e a política em outra. Fazendo uso dessa figura de linguagem, é difícil argumentar que o pêndulo se move em uma única direção, pois se observa, tanto no direito internacional geral quanto no regime especial da OMC, a permanência de elementos políticos em meio à maior “juridicização” da sociedade internacional.

No âmbito do direito internacional geral, a simples permanência e importância da autotutela jurídica indica, por si só, não apenas que a sociedade internacional é descentralizada em sua essência, mas que seus principais sujeitos não pretendem abdicar de sua parcela de autonomia soberana em favor de uma autoridade central com jurisdição compulsória para determinar a existência do ilícito e para implementar o ato coercitivo correspondente. Embora o reconhecimento pelo direito internacional da possibilidade de reação a um ilícito seja benéfico para a juridicidade do sistema, no sentido de que legitima a adoção de instrumentos de garantia do cumprimento das obrigações internacionais, trata-se de medidas unilaterais com elevado grau de parcialidade e, não raramente, de arbitrariedade. Nesse aspecto fundamental, o pêndulo está localizado na extremidade política.

No âmbito da implementação da responsabilidade internacional do Estado, observa-se que há uma tendência em direção à maior aplicabilidade estrita do direito. Além da reparação do dano, que beneficia sobretudo o Estado que o sofreu, o sistema evoluiu para incluir, como finalidade dessa implementação, a cessação da prática do ilícito, trazendo benefícios mais amplos para a sociedade internacional como um todo. O Projeto de Artigos da CDI/ONU de 2001 fornece fundamento para essa afirmação, pois as contramedidas previstas nele têm como finalidade induzir o Estado a cumprir suas obrigações, que consistem tanto na cessação da prática ilícita quanto na reparação integral dos danos. Aqui, o pêndulo se desloca na direção do direito.

Nesse sentido, as contramedidas são, ao mesmo tempo, o reflexo do direito internacional clássico e a expressão de novas limitações trazidas pelo direito internacional contemporâneo. Por um lado, o instituto está próximo ao direito internacional clássico, na medida em que reafirma a noção de autotutela na sociedade internacional, uma das

características tradicionais dessa sociedade. A própria razão de ser desse instrumento da “justiça privada” está na “falha das instituições”, pois, se os mecanismos de responsabilização internacional e de solução pacífica de controvérsias funcionassem adequadamente, não haveria a necessidade do instituto das contramedidas, como ocorre no sistema da União Europeia, onde as contramedidas estão excluídas. Por outro lado, a tentativa de regulamentar juridicamente a “justiça privada” por meio do Projeto da CDI/ONU de 2001 demonstra a tendência em direção a uma sociedade internacional baseada mais fortemente na aplicação do direito e com menos margem de manobra para a ingerência política. A definição clara da origem, do conteúdo e da forma de tornar efetiva a responsabilidade internacional do Estado mostram essa vontade da sociedade internacional de alcançar um ambiente mais previsível e estabilizado. Fazendo-se um balanço, aqui o pêndulo não está nem em uma, nem em outra extremidade.

Cabe aqui fazer uma ponderação acerca do Projeto da CDI/ONU de 2001. A demora na elaboração desse projeto e a dificuldade de torná-lo um tratado internacional demonstram, além da complexidade do tema, a relutância dos Estados em juridicizar um tema tão sensível ao seu poder soberano. Isso indica que, apesar da tentativa e de trazer maior legalidade para o sistema, permanecem elementos políticos na sociedade internacional que dificultam a redução do espaço discricionário. Apesar de manifestarem esse desejo de maior legalidade, a realidade política impõe-se aos Estados, dificultando a celebração de compromissos efetivos de redução de seu poder soberano. O pêndulo que parecia deslocar-se firmemente no sentido jurídico sofre a ação da força política em sentido contrário.

Especificamente acerca da característica de autoavaliação nas contramedidas, observa-se que o direito internacional padece de um defeito grave, sob o ponto de vista da jurisdicionalização do sistema internacional. O princípio do *nemo iudex in causa sua*, segundo o qual, para se evitar a parcialidade no julgamento, ninguém deve ser juiz em causa própria, não é respeitado. A determinação da existência ou não do ilícito internacional, condição prévia essencial para a aplicação de contramedidas, não é realizada necessariamente em um meio jurisdicional de solução de controvérsias, como os meios arbitrais internacionais ou os meios judiciários. O próprio Estado pode fazer essa determinação, o que amplia o espaço político e, concomitantemente, reduz o jurídico.

Uma alternativa a esse juízo em causa própria seria a necessidade de submissão prévia dos litígios a algum meio jurisdicional de solução de conflitos como condição para a aplicação de contramedidas. Apesar da tentativa, não se conseguiu incluir essa proposta no Projeto da CDI/ONU de 2001, em razão da resistência de muitos Estados em ter de se

submeterem, necessariamente, a um meio jurisdicional. Os Estados preferiram preservar sua margem de manobra e, em última análise, sua soberania, a terem o uso desse importante instrumento de direito internacional (as contramedidas) condicionado a uma decisão prévia de um órgão jurisdicional.

Outra alternativa para a superação desse problema surge com o fenômeno da fragmentação do direito internacional. Conforme observado, a fragmentação do direito internacional comporta dois aspectos: a multiplicação de tribunais internacionais e o surgimento dos chamados “regimes autossuficientes”.

Quanto ao primeiro aspecto, a criação de diversos tribunais internacionais favorece a maior legalidade na sociedade internacional. Com a maior institucionalização e jurisdicionalização, as normas do direito internacional tornam-se mais efetivas, na medida em que as obrigações jurídicas passam a ser asseguradas por um terceiro imparcial, que tem como objetivo a aplicação do direito. Além disso, um maior número de tribunais internacionais significa maior possibilidade de acesso à jurisdição e, conseqüentemente, menor número de litígios resolvidos à margem da legalidade. Sob o ponto de vista específico das contramedidas, o aumento dos sistemas jurisdicionais de solução de controvérsias direciona o pêndulo para o direito. Como a determinação da existência de um ilícito é condição prévia para a legalidade da aplicação das contramedidas, com o aumento do número das instituições jurisdicionais, essa determinação passa a ser realizada por um terceiro imparcial, ao qual é adjudicada a disputa.

Por sua vez, quanto ao segundo aspecto, os chamados “regimes autossuficientes” representam, em essência, a expansão normativa do direito internacional em direção a ramos especializados. Essa maior autonomia de determinados ramos do direito internacional viabiliza maior regulamentação das regras que definem as formas de implementação da responsabilidade internacional.

No caso da OMC, as normas especiais sobre contramedidas previstas no Entendimento sobre Solução de Controvérsias prevalecem, pelo critério da especialidade, sobre as normas gerais do direito internacional. Por exemplo, isso significa que, para que sejam utilizadas de forma lícita, as contramedidas na OMC devem obedecer aos procedimentos previstos nesse tratado, entre os quais se destaca a submissão a um terceiro imparcial, respeitando-se o princípio do *nemo iudex in causa sua*.

Apesar da maior legalidade da OMC sob esse aspecto, é necessário fazer uma ponderação. A jurisdicionalização do conflito que envolva o sistema multilateral refere-se ao mérito da disputa. Quanto à forma de implementação da decisão, embora exista a

possibilidade de constituição de um painel arbitral para discuti-la (art. 22.6), há margem de discricionariedade quanto à escolha dos meios de concretizá-la, pois se trata, em essência, de uma medida unilateral.

Por sua vez, quanto à finalidade, observa-se que as contramedidas da OMC passaram da função de estricto reequilíbrio das concessões mútuas para incluir, como função principal, a de indução ao cumprimento das recomendações e decisões do OSC, o que se traduz na cessação das medidas que causam a anulação ou o prejuízo de benefícios. Essa cessação consiste, na maior parte das vezes, na retirada da medida ilícita adotada pelo membro violador, o que beneficia não só o membro diretamente prejudicado, mas também os demais membros da OMC, reforçando-se a necessidade de não adoção de medidas contrárias aos acordos pactuados.

Apesar desse avanço sob a perspectiva da legalidade, as contramedidas na OMC padecem de alguns problemas, que poderiam ser sanados por meio de reformas no instituto. Considerando a finalidade de indução ao cumprimento, pode-se afirmar que as contramedidas têm eficácia apenas parcial, em razão dos casos de cumprimento deficiente, do lapso temporal entre o ato ilícito e a aplicação da medida e do poder dissuasório incompleto. Uma das formas de resolver esse problema do instituto seria a introdução de compensação financeira no sistema, correspondente aos danos causados desde a adoção da medida violadora. Essa proposta, que está em concordância com o direito internacional geral, conviveria com a suspensão de concessões.

O desequilíbrio de poder político e econômico entre os membros é um problema quando a parte demandante for um PED e a demandada um PD, pois a contramedida pode não surtir os efeitos esperados. Ante essa situação, a proposta de reforço da “retaliação cruzada” visa a reduzir os custos da aplicação de contramedidas em temas regulados em acordos distintos do acordo que regula a violação original, bem como a aumentar sua eficácia, estando em consonância com o princípio do tratamento especial e diferenciado dos PED.

Outro problema é a dimensão prospectiva das contramedidas, que não têm a função de reparação dos prejuízos causados, o que não apenas limita sua efetividade enquanto remédio jurisdicional, mas também cria um incentivo indesejável aos membros, na medida em que apenas parte dos prejuízos causados compõe o cálculo da aplicação da contramedida. Além disso, caso a medida violadora seja de tal tipo que cumpra sua finalidade antes do término do período razoável para o cumprimento das decisões, a medida violadora não poderá ser juridicamente coibida. A proposta, em consonância com o direito internacional geral, é a

inserção dessa dimensão retroativa, com a reparação dos danos causados desde a adoção da medida violadora, o que preservaria os direitos legítimos da parte lesada.

A hipótese deste trabalho partiu da afirmação sobre a existência de uma tendência evolutiva no direito internacional geral e na OMC no que tange ao aumento da juridicidade do instituto das contramedidas. Entretanto, com base nas conclusões apresentadas, essa hipótese confirmou-se apenas parcialmente, pois a tentativa de aprimorar a regulamentação jurídica do instituto das contramedidas ocorre em meio à permanência de elementos políticos. Desse modo, como a evolução das contramedidas no sentido de maior legalidade passa por avanços e recuos, a afirmação de que o pêndulo do relógio desloca-se apenas na direção da juridicidade não parece ser adequada.

REFERÊNCIAS

ABBAS, Ademola; WHITE, Nigel. Countermeasures and Sanctions. In: EVANS, Malcolm D. *International Law*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2010. p. 531-558.

ABI-SAAB, Georges. Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks. *New York University Journal of International Law and Politics*, New York, v. 31, p. 919-933, 1999.

ALLAND, Denis. Countermeasures of general interest. *European Journal of International Law*, [S.l.], v. 13, n. 5, p. 1221-1239, 2002.

_____. The definition of countermeasures. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 1127-1136.

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

ÁRABE NETO, Abrão Miguel. *Cumprimento das decisões do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio: análise das medidas de indução e das propostas para seu aprimoramento sob a perspectiva dos países em desenvolvimento*. 2008. 304 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica (PUC), São Paulo, 2008.

ARANTES NETO, Adelino. *Responsabilidade do Estado no Direito internacional e na OMC*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BAGWELL, Kyle; MAVRIDIS, Petros C.; STAIGER, Robert W. *The Case for Auctioning Countermeasures in the WTO*. NBER Working Papers 9920. [S.l.]: National Bureau of Economic Research, Inc., 2003.

_____. *The Case for Tradable Remedies in WTO Dispute Settlement*. New York: Columbia University, 2004. Discussion Paper No.: 0405-05.

BAGWELL, Kyle. *Remedies in the WTO: an Economic Perspective*. Department of Economics. Columbia: Columbia University, 2007. Discussion Paper No.: 0607-09.

BARRAL, Welber. Solução de Controvérsias na OMC. In: BARRAL, Welber et al. *Solução de Controvérsias: OMC, União Européia e MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004.

BARROS, Lucília Napoleão. Considerações sobre o Movimento de Constitucionalização do Direito Internacional. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito Internacional em Expansão*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 73 - 80. V.2.

BARTELS, Lorand. Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings. *Journal of World Trade*, Geneva, v. 35, n. 3, p. 499-519, June 2001.

BELLO, Judith. The WTO Dispute Settlement Understanding: less is more. *American Journal of International Law*, USA, v. 90, n. 3, jul. 1996.

BERNAUER, Thomas; ELSIG, Manfred; PAUWELYN, Joost. Dispute Settlement Mechanism: Analysis and Problems. In: DAUTON, Martin; NARLIKAR, Amrita; STERN, Robert. *The Oxford Handbook on the World Trade Organization*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 485 - 506.

BODIN, Jean. *Les six livres de La République*. Geneva: Gabriel Cartier, 1599.

BÖHLKE, Marcelo. *A proibição do uso da força no direito internacional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRAZ, Mario Sergio Araujo. *Retaliação na OMC*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

BRONCKERS, Marco; VAN DEN BROEK, Naboth. Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement. *Journal of International Economic Law*, [S.l.], v.8 (1), p. 101-126, 2005.

BURKE-WHITE, William W. International Legal Pluralism. *Michigan Journal of International Law*, Michigan, v. 25, 2005.

CARNEIRO, Cynthia Soares. *Direito da Integração Regional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

CASSESE, Antonio. *International Law*. 2.ed. Nova York: Oxford University Press, 2005.

CENTRO INTERNACIONAL PARA ARBITRAGEM DE DISPUTAS SOBRE INVESTIMENTO. *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States*. [S.l: s.n], 2007. ICSID Case No. ARB(AF)/04/5.

CHARNEY, Jonhatan I. Is international law threatened by multiple international tribunals? *Recueil des Cours*, [S.l.], v. 271, 1998.

CHARNOVITZ, Steve. Rethinking WTO Trade Sanctions. *The American Journal of International Law*, USA, v. 95, 2001.

_____. Should the teeth be pulled? An analysis of WTO sanctions. In: KENNEDY, Daniel L. M.; SOUTHWICK, James D. *The Political Economy of International Trade Law: Essays in Honor of Robert E. Hudec*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 602-635.

_____. The World Trade Organization: Sanctions for non-compliance. In: WALLENSTEEN, Peter; STAIBANO, Carina. *International Sanctions: between words and wars in the global system*. New York: Routledge, 2005. p. 159-164

CHO, Sungjoon. The Nature of Remedies in International Trade Law. *University Of Pittsburgh Law Review*, Pittsburgh, v. 65, p. 764-809, 2004.

COMTOIS-DINEL, Eve-Lyne. La fragmentation du droit international: vers un changement de paradigme? *Lex Electronica*, [S.l.], v. 11, n. 2, 2006.

CONDORELLI, Luigi. Le règlement des différends en matière de responsabilité internationale des Etats: quelques remarques candides sur le débat à la C.D.I. *European Journal of International Law*, v. 5, 1994.

CONWAY, Gerard. Breaches of EC Law and the International Responsibility of Member States. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 3, 2002, p. 679-695.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America v. Iran)*, Judgment, I.C.J., Reports 1980.

_____. *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, I.C.J Reports 1984.

_____. *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, I.C.J Reports 1986.

_____. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion of 8 July 1996*, I.C.J. Reports 1996.

_____. *GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I C. J. Reports 1997.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. S.S. Wimbledon (U.K. v. Japan), 1923 P.C.I.J. (ser. A) No. 1 (Aug. 17).

_____. *Customs Regime between Germany and Austria*. Advisory Opinion of 5 September 1931, A/B 41.

CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

DAVEY, Willian J. Sanctions in the WTO: Problems and Solutions. In: BOWN, Chad P; PAUWELYN, Joost. *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

DIEGO-FERNÁNDEZ, Mateo. Compensation and Retaliation: A Developing Country's Perspective. In: BERMAN, George A.; MAVROIDIS, Petros C. *WTO Law and Developing Countries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

DINH, Nguuyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, 2ª Ed, p. 61; 413

DUPUY, Pierre-Marie. Le Fait Générateur de la Responsabilité Internationale des États. *Recueil des Cours*, v. 188, 1984.

_____. The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. I, 1997.

_____. The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice. *International Law and Politics*, v. 31, 1999, p. 791-807.

_____. Un Débat Doctrinal à l'Ère de la Globalisation: Sur la Fragmentation du Droit International. *European Journal of Legal Studies*, Issue 1, 2007.

FERNÁNDEZ, Wilfrido. El nuevo Tribunal Arbitral Del Mercosur. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año 12, 2006, p. 595-614.

FILLOL, Alejandro Pastori. La ejecución de las sentencias y laudos en la integración regional: análisis comparativo de los distintos procedimientos instituidos en la Unión Europea y en el MERCOSUR. In: *Cuadernos de Integración Europea*, N. 5. Valencia, España, Junio, 2006, p. 61-93.

_____. Comentarios al Primer Laudo del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur sobre la Aplicación en Exceso de Medidas Compensatorias (The First Decision of The Mercosur Permanent Review Tribunal Regarding the Imposition of Retaliation Measures in Excess). In: HUMMER, Waldemar. *Mercosur y Unión Europea*. Argentina: Lerner Editora, 2008, p. 23-44

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. “Sê plural como o universo!”: A multiplicação dos Tribunais Internacionais e o problema dos regimes auto-suficientes no Direito Internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 8, outubro-dezembro de 2000.

GRANÉ, Patricio. *Guía práctica de solución de diferencias en la OMC*. Santiago: Nações Unidas/CEPAL, 2008.

GUILLAUME, Gilbert. Speech to the General Assembly of the United Nations. 30 October 2001. Disponível em <http://www.icj.org/court/index.php?pr=82&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1&PHPSESSID=&lang=en> . Acesso em 7 de janeiro de 2013.

HAFNER, Gerhard. *Los Riesgos Resultantes de la Fragmentación del Derecho Internacional*. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Sesión n. 55, Suplemento n. 10, Anexo. 2000.

HART, Herbert L. A. O conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 2001.

HORLICK, Gary N. Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process. In: KENNEDY, Daniel L. M.; SOUTHWICK, James D. *The Political Economy of International Trade Law: Essays in Honor of Robert E. Hudec*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

HUDEC, Robert E. *The GATT legal system and world trade diplomacy*. New York: Praeger Publisher, 1975.

_____. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement. In: WEISS, Friedl; WIERS, Jochem (eds.). *Improving WTO Dispute Settlement Procedures*. Cameron May

Publishers: 2000, p. 345-376. Disponível em <http://www.worldtradelaw.net/articles/hudcremedies.pdf> . Acesso em 15 de junho de 2013.

HUERTA-GOLDMAN, Jorge. Is retaliation useful? Observations and analysis of Mexico's experience. In: BOWN, Chad P; PAUWELYN, Joost. *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

IWASAWA, Yuji; IWATSUKI, Naoki. Procedural conditions. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. New York: Oxford University Press, 2010, p 1149-1155.

JACKSON, John Howard. The WTO Dispute Settlement Understanding: Misunderstandings on the Nature of Legal Obligations. *American Journal of International Law*, v. 91, n. 60, 1997, p. 60-64.

_____. The Role and Effectiveness of the WTO Dispute Settlement Mechanism. In: *Brookings Trade Forum 2000*. Brookings Institution Press, 2000, p. 179-219.

_____. International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to "Buy Out"? *The American Journal Of International Law*, 2004, v. 98:109, p. 109-125.

KELSEN, Hans. *Princípios do Direito Internacional*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*. Informe del Grupo de Estudio de La Comisión de Derecho Internacional. UN A/CN.4/L.682. 2006.

_____. International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education. *European Journal of Legal Studies*. Issue 1. 2007. Disponível em <http://www.ejls.eu/1/3UK.pdf> . Acesso em 10 de janeiro de 2013.

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

LAWRENCE, Robert Z. *Crimes & punishments? Retaliation under the WTO*. Washington: Institute for International Economics, 2003.

LAWSON, Michael Nunes. *A Reclamação de não-violação no GATT/OMC, 2009*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

LEBEN, Charles. Les Contre-Mesures Inter-Étatiques et les Réaction à l'ilicite dans la Société Internationale. *Annuaire Français de Droit International*, v. 28, 1982, p. 9-77.

LESAFRE, Hubert. Circumstances precluding wrongfulness in the ILC articles on State responsibility: Countermeasures. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. *The Law of International Responsibility*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 469-480.

LIMENTA, Michele Engel. *Non-Compliance in WTO Dispute Settlement: Assessing the Effectiveness of WTO Retaliation from its Purpose(S)*, 2012. Thesis (Doctor of Philosophy) – Victoria University of Wellington, 2012.

LINDROOS, Anja; MEHLING, Michael. Dispelling the Chimera of ‘Self-Contained Regimes’ International Law and WTO. *The European Journal of International Law*, v. 16 no.5, EJIL, 2006, p. 857-877.

MARCEAU, Gabrielle. WTO dispute settlement and human rights. *European Journal of International Law*, v. 13, N. 4, 2002, p. 753-814.

MAVROIDIS, Petros C. Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place. *European Journal of International Law*, v. 11, n. 4, 2000.

MCGIVERN, Brendan P. Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives. *The International Lawyer*, v. 36, n. 1, Spring, 2002.

MEDRADO, Renê Guilherme da Silva. *Retaliação Coletiva e Teoria de Formação de Alianças no Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio*. 2011. 241 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

MELTZER, Allan H. *Informe de la Comisión de Asesoramiento para las Instituciones Financieras Internacionales*. The Heritage Foundation. 2000.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 4ª ed., 2005.

NOORTMANN, Math. *Enforcing International Law: from self-help to self contained regimes*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 2005.

NOTTAGE, Hunter. Evaluating the criticism that WTO retaliation rules undermine the utility of WTO dispute settlement for developing countries. In: BOWN, Chad P; PAUWELYN, Joost. *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

ODA, Shigeru. The International Court of Justice from the Bench (1976-1993). *Recueil des cours*, v. 244, 1993.

OLIVEIRA, Luciana Maria. *A Eficácia da Medida de “Suspensão de Concessões ou de outras Obrigações” para a Implementação das Recomendações do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC)*. 2012. 380 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório da Comissão de Direito Internacional à Assembleia Geral sobre o trabalho realizado em seu trigésimo primeiro período de sessões*. v. II, Parte II. 1979.

_____. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. V. II, primera parte, A/CN.4/SER.A/1982/Add.1 (Part 1), 1982.

_____. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. V. II, primera parte, A/CN.4/SER.A/1992/Add.1 (Part 1), 1992.

_____. *Reports of international arbitral awards*. Island of Palmas case. (Netherlands, USA). 4 april 1928. v., p. 829-871, 2006a.

_____. *Recueil des sentences arbitrales*. Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique (31 juillet de 1928). Nova York: Nações Unidas; 2006b; v. II; p. 1011-1033.

_____. *Recueil des sentences arbitrales*. Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France. Sentence arbitrale du 9 décembre 1978. Nova York: Nações Unidas, 2006c, v. XVIII, p. 417-493.

_____. *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional*. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. A/CN.4/L.702. 18 de julio de 2006d

_____. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001*. Yearbook of the International Law Commission. 2001. V. II, Part I. Nova York e Geneva: United Nations, 2008.

PALMETER, David; ALEXANDROV, Stanimir. Inducing compliance in the WTO Dispute Settlement. In: KENNEDY, Daniel L. M.; SOUTHWICK, James D (ed.). *The Political Economy of International Trade Law: Essays in Honor of Robert E. Hudec*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 646 – 666.

PALMETER, David; MAVROIDIS, Petros C. *Dispute Settlement in the World Trade Organization: practice and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, Second Edition.

PAUWELYN, Joost. Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a more Collective Approach. *The American Journal of International Law*, v. 94, n. 2, abr. 2000, p. 335 – 347.

_____. *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law relates to other Rules of International Law?* Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

_____. The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations? In: BOWN, Chad P; PAUWELYN, Joost. *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 34-65

_____; SALLES, Luiz Eduardo. Forum Shopping Before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions. *Cornell International Law Journal*, v. 42, 2009.

PELLET, Alain. Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire. Kluwer Law International, *Collected courses of Academy of European Law*, v. V, Book 2, 1997, p. 193-271.

_____. As novas Tendências do Direito Internacional: Aspectos “Macrojurídicos”. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3-25.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo. Organização Mundial do Comércio: uma ameaça à soberania estatal? In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário: Direito e Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Solução de Controvérsias na OMC: Teoria e Prática. In: PEREIRA, Ana Cristina Paulo (org.). *Direito Internacional do Comércio: Mecanismo de Solução de Controvérsias e Casos Concretos na OMC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1-62.

_____. *Direito Institucional e Material do MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention (Ireland versus United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*. Final award, 2 July 2003. v. XXIII, p. 59-151

PETERS, Anne. Global Constitutionalism Revisited. *International Legal Theory*, v. 11, 2005.

PLASAI, Virachai. Compliance and Remedies against Non Compliance under the WTO System: toward a more Balanced Regime for All Members. *ICTSD South America Dialogue on WTO Dispute Settlement and Sustainable Development*, Sao Paulo, Brazil 22-23 June 2006.

REINISCH, August. The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections From the Perspective of Investment Arbitration. In: BUFFARD, Isabelle; CRAWFORD, James; PELLET, Alain; WITTICH, Stephan. *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, Cap. 7, p. 107-126.

RIVIER, Alphonsus. *Principes du droit des gens*. Paris: Arthur Rousseau, Tome Second, 1896.

ROCHA, Juliana Silva da. *O Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL: aspectos relevantes das Medidas Compensatórias*. 2011. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

SCHWEBEL, Stephen M. *Address to the Plenary session of the General Assembly of the United Nations*. 6 October 1999. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=87&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1&PHPSESSID=> . Acesso em 7 de janeiro de 2013.

SEBASTIAN, Thomas. The law of permissible WTO retaliation. In: BOWN, Chad P.; PAUWELYN, Joost (Ed.). *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 89-127.

SHABTAI, Rosenne. *The Perplexities of Modern International Law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004,

SHAW, Malcolm. *Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 6^a ed., 2008.

SIMMA, Bruno. Counter-measures and Dispute Settlement: A Plea for a Different Balance. *European Journal of International Law*, v. 5, 1994, p. 102-105.

_____. *The Charter of the United Nations: a commentary*. Nova York: Oxford University Press, 2^a ed., 2002.

SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. Of planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 3, 2006, p. 483-529.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: Investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1996, v. I.

SOUZA, Carolina Koschdoski de; MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. A Teoria da Fragmentação do Direito Internacional: um “Universo de Ilhas Interconectadas”. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito Internacional em Expansão*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, v. II, p. 397-408.

STEGER, Debra P. A OMC no Direito Internacional Público: Jurisdição, Interpretação e Adaptação. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; JUNIOR, Umberto Celli; YANOVICH, Alan. *10 anos de OMC: Uma análise do Sistema de Solução de Controvérsias e Perspectivas*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

SVERRISSON, Hjörtur B. *Countermeasures, the international legal system, and Environmental violations: when two wrongs make a right for the environment*. New York: Cambria Press, 2008.

SYKES, Alan O. Public vs. Private Enforcement of International Economic Law: Of Standing and Remedy. The Law School. The University of Chicago. John M. *Olin Law & Economics working Paper No. 235 (2d Series)*. 2005.

_____. Optimal Sanctions in the WTO: the case for Decoupling (and the Uneasy Case for the *status quo*). In: BOWN, Chad P.; PAUWELYN, Joost (Ed.). *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010

THORSTENSEN, VERA. Introdução. In: OLIVEIRA, Luciana Maria de; THORSTENSEN, Vera (Coord.). *Releitura dos Acordos da OMC como Interpretados pelo Órgão de Apelação*. Escola de Economia de São Paulo. Fundação Getulio Vargas. 2012. Disponível em

http://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/file/0.%20Capa-Introdu%C3%A7%C3%A3o%20-%20Projeto%20Releitura_0.pdf

TRACHTMAN, Joel. The Domain of WTO Dispute Resolution. *Harvard International Law Journal*, v. 40, 1999, p. 333-377.

_____. *The Economic Structure of International Law*. Harvard University Press, 2008.

TRINDADE, Otávio Cançado. A constitucionalização do direito internacional: Mito ou realidade? Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, v. 45, n. 178, 2008.

VARELLA, Marcelo D.; OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. Da unidade à fragmentação do Direito Internacional: o caso Mox Plant. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 119-140, janeiro-junho 2009.

VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*. Brasília: Editora Universidade de Brasília; 2004.

WIELER, Joseph. The Transformation of Europe. *The Yale Law Journal*, v. 100, n. 8, Symposium: International Law, 1991, p. 2403-2483.

WILSON, Bruce. Compliance by WTO Members with Adverse WTO Dispute Settlement Rulings: The Record to Date. *Journal of International Economic Law*, v. 10, Number 2, 24 June 2007, p. 397-403.

WORLD TRADE ORGANIZATION. World Trade Report 2007. *Six decades of multilateral trade cooperation: What have we learnt?* Switzerland, 2007.

WORLD TRADE ORGANIZATION SECRETARIAT. *A handbook on the WTO dispute settlement system*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.