



Título: Conflitos de Jurisdição e Solução de Controvérsias: A Problemática Co-Existência entre a OMC e os Tratados Regionais de Comércio

Autor(a): Luis Fernando Amaral Bednarski e Amanda Duque dos Santos

Publicado em: Revista Eletrônica de Direito Internacional, vol. 5, 2009, pp. 227-257

Disponível em: <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume5/>

ISSN 1981-9439

Com o objetivo de consolidar o debate acerca das questões relativas ao Direito e as Relações Internacionais, o Centro de Direito Internacional – CEDIN - publica semestralmente a Revista Eletrônica de Direito Internacional, que conta com os artigos selecionados de pesquisadores de todo o Brasil.

O conteúdo dos artigos é de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es), que cederam ao CEDIN – Centro de Direito Internacional os respectivos direitos de reprodução e/ou publicação. Não é permitida a utilização desse conteúdo para fins comerciais e/ou profissionais. Para comprar ou obter autorização de uso desse conteúdo, entre em contato, info@cedin.com.br

CONFLITOS DE JURISDIÇÃO E SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: A PROBLEMÁTICA CO-EXISTÊNCIA ENTRE A OMC E OS TRATADOS REGIONAIS DE COMÉRCIO**

Luis Fernando Amaral Bednarski*

Amanda Duque dos Santos*

Resumo

Este trabalho busca analisar de que forma co-existem e interagem os sistemas de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (“OMC”) e dos Tratados Regionais de Comércio (“RTAs”). De fato, enquanto aquela é resultado do reconhecimento da multilateralidade e do atual alcance global de grande parte das relações comerciais, estes são frutos da assim chamada fragmentação do direito internacional, derivados do reconhecimento oposto, por parte de determinados grupos regionais, de interesses comuns que, num âmbito multilateral global, não poderiam ser alcançados. A estes Tratados Regionais de Comércio correspondem, muitas das vezes, sistemas próprios de solução de controvérsias, que competem com o da OMC no que tange à jurisdição, à matéria regulada e ao direito aplicável. Neste trabalho se analisará de que forma se manifestam essas sobreposições de competências, bem como possíveis soluções para os principais problemas que delas derivam.

Abstract

This paper seeks to analyze the way according to which the dispute settlement systems of the World Trade Organization (“WTO”) and of the Regional Trade Agreements (“RTAs”) interact and co-exist. Indeed, while the former is the result of the acknowledgment of the multilateral nature and of the global range of great part of nowadays commercial transactions, the latter are consequences of the so called

** Este artigo foi apresentado no seminário de Comércio Internacional da ILSA – International Law Students’ Association Summer Conference, em 15 de Agosto de 2008, na Universidade Federal de Minas Gerais. Agradecemos aos nossos amigos do Centro de Estudos Brasileiros da Organização Mundial do Comércio da UFMG, e a todos os outros que tornaram possível a realização deste trabalho.

* Aluno da graduação de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, estudante visitante da “Università degli Studi di Bologna”, na Itália, e membro do Grupo de Estudos de Direito Internacional da UFMG. E-mail para contato: luisamaral14@yahoo.com.br

* Aluna da graduação de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, estudante visitante da “Université de Montréal”, no Canadá, e membro do Grupo de Estudos de Direito Internacional. E-mail para contato: d.amanda.s@gmail.com

fragmentation of international law, derived from the opposite recognition, from some regional groups, of common interests which, in a multilateral and global scope, could not be otherwise achieved. These Regional Trade Agreements have, most of the times, their own dispute settlement mechanisms, which compete with the WTO one in what concerns jurisdiction, regulated matter and applicable law. This paper will analyze how the competencies of such systems overlap, as well as it will discuss solutions for the problems that arise out of such co-existence.

Introdução – A evolução do sistema de resolução de disputas

Desde a tentativa, oriunda da Carta de Havana, de formação de um sistema global de regulamentação do comércio internacional, que existe a preocupação paralela no que tange a um eficaz, rápido e dinâmico sistema de solução de controvérsias adequado à realidade de um mercado global em rápida expansão. A falha da implementação da idéia da ITO (“*International Trade Organization*”) – entidade internacional reguladora do comércio entre as nações, a qual fora concebida como apoio às organizações de Bretton Woods, isto é, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial – devido a não adesão dos Estados Unidos, fez com que o GATT (“*General Agreement on Trade in Tariffs*”) 1947, de aplicação provisória, vigorasse por mais de 40 anos.

O GATT 1947 foi a maneira com a qual os países líderes do pós-segunda-guerra tentaram evitar a inteira frustração dos planos de uma regulamentação do comércio internacional no plano multilateral. Ao vislumbrar os sinais políticos de uma provável falha na criação da ITO, tais países acordaram o GATT 1947 – metonímia que, apesar da referência ao tratado mais importante, abrange também alguns tratados suplementares satélites – desta vez com a adesão americana, a qual foi possível principalmente graças à maior flexibilidade do GATT 1947 em relação às instituições da ITO. O próprio GATT 1947 se auto-intitulava de caráter provisório, determinando por si só a sua extinção quando do advento de uma organização mundial de amplo escopo ordenadora do comércio internacional público.

Justamente pelo seu caráter provisório e pela sua negociação célere, o GATT 1947 possuía imperativos frágeis no que dizia respeito à sua organização institucional e ao seu sistema de solução de controvérsias. Um primeiro esqueleto normativo sistemático de um sistema de resolução de conflitos no âmbito do GATT 1947 surgiu somente com o fim da Rodada de Tóquio, em 1979. Contudo, essa primeira esquematização possuía falhas numerosas, a mais grave sendo a necessidade de aprovação dos contratantes, por unanimidade, para a instalação de um painel julgador de uma contenda e para a aprovação dos relatórios dos painéis. Evidentemente, a margem a eventuais desrespeitos e desprezos pelo sistema de controvérsias era muito grande.

A mudança das regras do sistema de solução de controvérsias no regime do GATT 1947 também exigia unanimidade e o panorama político da década de 80

impediu alterações, de forma que o sistema entrado em vigor ao fim da Rodada de Tóquio existiu até a criação da OMC¹, após a Rodada do Uruguai.

De fato, a criação da Organização Mundial do Comércio foi possibilitada pela crescente multilateralidade do comércio internacional, aliada às mudanças neoliberais, as quais, pela sua natureza, incentivaram os países a adotar entre si, no campo público, normas que até certo ponto limitassem a transnacionalidade da desregulamentação econômica. A percepção das grandes falhas do regime do GATT 1947, agora já insuficiente, face ao novo contexto, para atingir o objetivo regulamentador a que se propunha, também foi determinante na criação de um consenso – não tão forte assim, já que tardiamente obtido – na Rodada do Uruguai, quanto à criação de um novo organismo internacional para o comércio.

E prestou-se muita atenção às falhas do regime antigo, sendo que muitas delas foram sanadas pelo novo leque dos tratados que compõem a OMC, inclusive no que tange à solução de controvérsias. O Acordo sobre Resolução de Controvérsias – DSU² (“*Dispute Settlement Understanding*”), visando sempre à eficácia e à imperatividade das decisões de seus painéis, constitui um sistema eficiente, potente, pragmático, para uma nova realidade que demanda força e rapidez nas decisões internacionais. Juntamente com o GATT 1994³ – a versão atualizada e adaptada do GATT 1947 – o DSU constitui a principal ferramenta de consolidação dos compromissos internacionais assumidos pelos países no âmbito do comércio de produtos durante as rodadas de negociações sob a égide da OMC.

Curiosamente, o DSU, que nasceu da necessidade de inovação e de correção de defeitos profundos do regime anterior, que representava um grande passo no comércio internacional público e que vem tendo uma aplicação prática eficaz e invejável, se depara, hoje em dia, com um novo desafio em matéria de solução de controvérsias internacionais. Com efeito, a proliferação de órgãos e sistemas internacionais de comércio determina a criação de pólos econômico-jurídicos dotados de seus próprios sistemas de solução de controvérsias, os quais, muitas das vezes, se dispõem a decidir

¹ *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, aberto para assinatura em 15 de Abril de 1994, 1867 UNTS 3; entrada em vigor em 1 de Janeiro de 1995.

² *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, aberto para assinatura em 15 de Abril de 1994, 1867 UNTS 3; entrada em vigor em 1 de Janeiro de 1995, Anexo 2, 1869 UNTS 401.

³ *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, aberto para assinatura em 15 de Abril de 1994, 1867 UNTS 3; entrada em vigor em 1 de Janeiro de 1995, Anexo 1, 1867 UNTS 190.

sobre matérias iguais ou similares àquelas constantes da OMC. Tais circunstâncias geram situações particulares, onde existem vários sistemas competentes e aptos a decidir sobre um mesmo caso, com a possibilidade de adoção de soluções diferentes ou até mesmo opostas em relação à mesma situação fática.

Este artigo propõe-se, portanto, a tecer considerações e a fornecer um panorama mais detalhado sobre os conflitos de jurisdição entre a Organização Mundial do Comércio e os Tratados Regionais de Comércio (RTAs), visto que, em face da fragmentação hodierna do Direito Internacional Público, a segurança jurídica internacional tão almejada está em xeque no âmbito do comércio internacional.

A Fragmentação do Direito Público e a Relevância do Tema

“A fragmentação do Direito Internacional - e as questões de coordenação e conflito que aquela suscita entre normas e instituições – é uma realidade. Não é algo novo, mas sim intrínseco à arquitetura do Direito Internacional como um sistema funcional, diverso e descentralizado em seus procedimentos. Tendo dito isso, desenvolvimentos recentes – em especial a proliferação de tratados, cortes, tribunais e organizações internacionais – têm aumentado os desafios da fragmentação, além de oferecer aplicações precisas e relevantes no que até então era considerado um problema acadêmico.”⁴

A natureza consensual do Direito Internacional Público abriu espaço para o fenômeno de fragmentação,⁵ uma vez que no contexto atual pode-se dizer existirem tantos tratados e pactos bilaterais quanto interesses e problemas diferentes. A fragmentação do Direito Internacional consiste no nascimento de várias esferas jurídicas internacionais que constituiriam por si só um sistema jurídico, rompendo, portanto, com uma presumida unidade do Direito Internacional Público, onde, segundo o modelo ideal, cada área respectiva da Comunidade Internacional seria regulada com base em um

⁴PAUWELYN, Joost, *Fragmentation of International Law*, Par. 41, Tradução dos autores.

⁵ Sobre o fenômeno da fragmentação do Direito Internacional Público, ver também ROMANO, Cesare, *The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle*; DUPUY, Pierre Marie, *The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice*; ABI-SAAB, Georges, *Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks*; CHARNEY, Jonathan I., *The Impact on The International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals*; UNITED NATIONS INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Study Group on Fragmentation Report*.

único tratado global. Ao invés disso, o que vemos é uma expansão não uniforme do Direito Internacional, a qual depende da agenda de interesses dos agentes internacionais e não possui delimitações precisas no que tange à matéria regulada. Assim, presenciamos uma nova fase do Direito Internacional onde temos várias instituições e tribunais internacionais que várias vezes versam suas atividades sobre uma mesma matéria, não existindo normas precisas ou instituições que regulem a relação que se estabelece entre as disposições e os julgados das diversas organizações.

Mais do que uma fragilidade do Direito Internacional, percebemos tal fragmentação – termo geralmente usado em sentido pejorativo – como intrínseca ao Direito Internacional, sendo manifestação da crescente pluralidade de interesses cuja regulamentação vem se transferindo para o campo internacional. É, portanto, um sinal da crescente relevância da normatização internacional de determinadas matérias, o que implica uma necessária sobreposição de alguns conteúdos que hoje em dia se sabem relacionados, como, por exemplo, a relação entre crescimento econômico e proteção ao meio ambiente. De fato, se no passado tais constelações operavam em esferas isoladas, sempre discernindo em linhas fortes entre política e economia, agora, sob a luz do mundo pós-globalizado, estes universos não raro colidem.

Como exemplifica Pauwelyn,⁶ durante a Guerra Fria a jurisprudência internacional passou por um relativo período de paz, onde a Organização das Nações Unidas se encarregava das questões políticas, deixando as econômicas sob a tutela do Fundo Monetário Internacional, muitas das vezes mais eficiente que o GATT 1947, mesmo que, em teoria, operando em uma esfera diferente.

Hoje, no entanto, a complexidade das relações internacionais aumentou significativamente com a entrada em jogo de novos interesses e novos agentes internacionais. As discussões não mais se resumem ao campo político e econômico, muito menos se restringem a eles. A necessidade de coerência e coordenação nunca se mostrou mais clara.

Analisando o problema sob a ótica da OMC, chega-se à conclusão de que a OMC possui um papel fundamental na coesão e coordenação do comércio mundial.

⁶ PAUWELYN, Joost. *Bridging fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands*. Pg. 903. Doravante referido como “Pauwelyn, *Bridging*”

Enumera Pauwelyn os motivos para tanto:⁷ (a) acusações de violação dos preceitos da OMC são sujeitos à jurisdição compulsória por parte desta, enquanto não há compulsoriedade nos tratados regionais; (b) muitas disputas internacionais possuem ângulos comerciais ou econômicos, de forma que, ainda que não inicialmente, acabam por cair na jurisdição da OMC, que então deve lidar com questões de sobreposição de jurisdições e dualidade de esferas envolvidas; e (c) o crescimento da participação dos países membros da OMC em tratados regionais e bilaterais, com provisões e sistemas de resolução de disputas que concorrem com o sistema multilateral da OMC.

Desta forma, a interação entre os múltiplos tratados e suas peculiaridades merece cuidadosa análise, e não somente no que concerne aos acordos de livre comércio. Não há mais como resolver questões ambientais sem considerar os impactos econômicos, e tampouco ignorar as demandas dos direitos humanos. Dessa forma, há que se atentar para possíveis conflitos futuros não somente entre a OMC e os Tratados Comerciais Regionais, no que tange ao tema da jurisdição contenciosa dentro das várias organizações – o tema deste artigo – mas também no que diz respeito aos próprios preceitos que estão no seio de tais organizações.

“Regional Trade Agreements” – RTAs sob o regime do GATT

RTAs – acordos que criam zonas regionais onde as tarifas comerciais e a regulamentação aplicada entre os membros participantes são privilegiadas com relação àquelas aplicadas aos países não membros das zonas, são comuns hoje em dia e representam a força do regionalismo no comércio internacional. Sua importância é evidente quando se considera que acordos regionais permitem uma maior liberalização comercial do que a possível a um nível multilateral muito amplo,⁸ onde há interesses divergentes e o consenso é mais dificilmente obtido. O Artigo XXIV do GATT 1994, no parágrafo 5, ressalta o relevo que é dado aos tratados regionais de comércio pelos membros da OMC:

“As Partes Contratantes reconhecem que é recomendável aumentar a liberdade do comércio desenvolvendo, através de acordos livremente concluídos, uma integração mais estreita das economias dos países participantes de tais acordos.

⁷ PAUWELYN, *Bridging*, pgs. 905 – 906.

⁸ WTO INFORMATION AND MEDIA RELATIONS DIVISION, *Understanding the WTO*, pg. 64.

Reconhecem igualmente que o estabelecimento de uma união aduaneira ou de uma zona de livre comércio deve ter por finalidade facilitar o comércio entre os territórios constitutivos e não opor obstáculos ao comércio de outras Partes Contratantes com esses territórios”.

Já ciente disso, o GATT 1947 dispunha também, no seu Artigo XXIV, que RTAs eram permitidos no contexto do seu regime. Como resultado da Rodada do Uruguai, o GATT 1994, no âmbito do Tratado Constitutivo da OMC, adicionou e reformulou algumas previsões legais do Artigo XXIV. Além disso, em 1994, foi concluído o “*Understanding on the Interpretation of Article XXIV of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*” (doravante “*Understanding*”), que visa esclarecer e dar informações adicionais sobre o disposto no referido Artigo XXIV. Ainda, em fevereiro de 1996, o Conselho Geral da OMC criou o “*Regional Trade Areas Committee*”, cujo propósito é examinar os acordos regionais formados e notificados à OMC visando verificar a sua compatibilidade com os acordos, os textos legais e os compromissos dos países sob a OMC.

RTAs bastante expressivos que fazem parte dos notificados, operantes e relevantes no contexto da OMC são a União Européia, o NAFTA (“*North American Free Trade Agreement*”), o Mercosul e a CARICOM (“*Caribbean Community*”).⁹

Tratando-se dos RTAs sob o regime da OMC, é mister dizer que eles podem formar dois tipos de zonas especiais de comércio, segundo esclarece o próprio GATT: a) “*customs unions - CUs*” – uniões aduaneiras, e b) “*free-trade areas - FTAs*” – zonas de livre comércio.

A própria OMC dá as suas definições para diferenciar esses dois tipos:

a) O parágrafo 8 (a) do Artigo XXIV do GATT diz que

“entende-se por união aduaneira, a substituição, por um só território aduaneiro, de dois ou mais territórios aduaneiros, de modo que: (i) os direitos aduaneiros e outras regulamentações restritivas das trocas comerciais [...] sejam eliminados para a maioria das trocas comerciais entre os territórios constitutivos

⁹ A lista completa de todos os RTAs registrados e notificados à OMC pode ser encontrada em <http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm>. Acesso em 20/07/08.

da união, ou ao menos para a maioria das trocas comerciais relativas aos produtos originários desses territórios” (grifo nosso).

O inciso (ii) (a) do parágrafo 8 define que no caso de uma união aduaneira, as mesmas tarifas, taxas e regulamentações são aplicadas de uma forma unificada por todos os países membros. Dessa forma, o bloco formado pela união aduaneira fará uso de taxas, tarifas, barreiras ou regulamentações de uma maneira uniforme com relação a terceiros. Exemplificando, se os países A e B são membros de uma união aduaneira, na sua relação com C, país não membro da união, A e B, em bloco, terão as mesmas políticas comerciais tarifárias e barreiras de importação e exportação com relação a C.

b) Já o parágrafo 8 (b) define o que é uma zona de livre troca:

“um grupo de dois ou mais territórios aduaneiros entre os quais os direitos aduaneiros e outras regulamentações restritivas das trocas comerciais [...] são eliminados para a maioria das trocas comerciais relativas aos produtos originários dos territórios constitutivos da zona de livre troca” (grifo nosso).

Através de um confronto entre as definições fornecidas pelo texto legal do GATT, as diferenças entre as uniões aduaneiras e as zonas de livre comércio saltam aos olhos: na união aduaneira, não só é necessária a liberalização comercial entre os países membros para a maioria das trocas, como também é fundamental a unificação de territórios sobre uma mesma política de taxas comerciais. Já na zona de livre comércio, o requisito da unificação inexistente. Se A e B são membros de uma zona de livre troca, A e B são livres para adotar uma própria e independente política aduaneira face ao país C não membro.

A necessidade de reconhecimento expresso e de uma definição dos tipos de RTAs no texto legal do GATT deriva de uma necessidade de cautela quando da formação, reconhecimento e consideração desses acordos dentro do âmbito institucional da OMC. Isso porque os benefícios recíprocos que os pactuantes do RTA acordam, em teoria, ferem o princípio do tratamento da Nação Mais Favorecida (“*Most Favoured Nation Treatment*” – MFN), que é um princípio de direito internacional comercial público expressamente adotado no âmbito da OMC.

De fato, o Artigo I do GATT 1994, que trata do tratamento MFN, diz:

“Qualquer vantagem, favor, imunidade ou privilégio concedido por uma Parte Contratante em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produtor similar, originário do território de cada uma das outras Partes Contratantes ou ao mesmo destinado.”

Logo, como as tarifas preferenciais acordadas entre os países de um RTA não são estendidas “imediate e incondicionalmente” aos outros membros da OMC, o RTA, em teoria, constituiria uma violação ao tratamento MFN do Artigo I.

Em face disso, buscando a tutela do princípio MFN – que é basilar nos compromissos assumidos na OMC¹⁰ – é que o Artigo XXIV do GATT também estabelece requisitos e condições sem as quais uma RTA constitui uma violação ao GATT. Como diz Biacchi:

“Através da aplicação do princípio da Cláusula da Nação Mais Favorecida são eliminadas todas as distorções existentes no comércio internacional, no âmbito da OMC, na medida em que qualquer vantagem comercial estendida a um membro deverá ser concedida aos demais”.¹¹

Portanto, é devido à importância prática do princípio da Nação Mais Favorecida no contexto de uma liberalização igualitária do comércio internacional que as suas exceções sob o título de RTAs devem ser estritamente reguladas e analisadas.

A primeira das condições para a aceitação de um RTA sob a OMC é dada pelas próprias definições de uniões aduaneiras e zonas de livre comércio acima expostas: as barreiras entre os países membros de um RTA devem ser eliminadas com relação à maioria das relações comerciais existentes entre eles. Não há RTA que pretenda manter grande parte das barreiras já existentes antes de sua formação: isso seria contra a idéia de liberalização comercial que norteia tanto a OMC como a formação de RTAs.

¹⁰ NATARAJ, Geethanjali. 2007. *Regional Trade Agreements in the Doha Round: Good for India?*, pg. 5.

¹¹ GOMES, Eduardo Biacchi, 2007, *Comércio Internacional e Comunidade Sul-Americana de Nações: o projeto democrático de integração*, pg. 145.

Os outros requisitos estão expostos no parágrafo 5 (a), (b) e (c) do Artigo XXIV do GATT. Eles dispõem que as restrições aplicadas a países terceiros (não membros do RTA em questão) em decorrência da formação ou do compromisso de formação de uniões aduaneiras ou zonas de livre comércio através de um acordo provisório não podem ser, em geral, mais elevadas ou restritivas das que já eram previamente praticadas pelos países membros dos RTAs. Essa previsão específica foi objeto de esclarecimento do já citado *Understanding*, o qual afirma que a avaliação e a abordagem que visem analisar se, de fato, as restrições são mais elevadas, devem levar em conta uma análise geral dos recolhimentos médios aduaneiros do membro da RTA nos setores comerciais afetados pela criação da zona regional.

A alínea (c) ainda estabelece que, no caso de um acordo provisório que preveja a formação de uma união aduaneira ou uma zona de livre comércio, este deve estabelecer um limite razoável de tempo para que o respectivo acordo regional seja concretizado no seu objetivo. O “*Understanding*” determinou que tal período de tempo, exceto em casos excepcionais, não deve exceder 10 Anos. É o caso, por exemplo, do Mercosul, que prevê três etapas de criação para um mercado comum, passando pelas fases de zona de livre troca e de união aduaneira (esta última atualmente em progresso).¹²

É evidente, portanto, a importância dos RTAs no contexto do comércio internacional e na OMC. No entanto, cada RTA prevê para si um próprio sistema de solução de controvérsias. Portanto, as medidas de cada membro podem ser incompatíveis tanto com os compromissos do país sob a OMC quanto sob o RTA. Contudo, as peculiaridades do sistema de solução de controvérsias da OMC – regulado pelo DSU – tornam, como adiante exposto, o problema de análise e sobreposições de jurisdições ainda mais complexo do que geralmente se encontra entre os vários tribunais internacionais.

DSU (“*Dispute Settlement Understanding*”) – Características do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC

Considerado um dos maiores êxitos da Rodada do Uruguai, o DSU surgiu do consenso entre os membros do GATT de que o sistema de resolução de disputas necessitava de uma reforma substancial, como se observa na Declaração Ministerial de Punta del Este, quando da abertura da Rodada do Uruguai:

¹² GREBLER, Eduardo. *Course on Dispute Settlement (6.2: MERCOSUR)*, pg.11.

*“Para assegurar uma resolução pronta e efetiva de disputas que beneficie todas as partes contratantes, as negociações devem almejar a melhoria e fortificação das regras e procedimentos do sistema de resolução de conflitos ao mesmo tempo em que, reconhecendo a contribuição que seria feita através de regras mais reforçadas e eficazes das disciplinas e regras do GATT, devem incluir o desenvolvimento de providências adequadas para o monitoramento de procedimentos que facilitem a obediência às recomendações adotadas.”*¹³

No entanto, cabe ressaltar que, em relação à forma como um novo sistema de resolução deveria ser estruturado, o consenso foi consideravelmente menor, uma vez que, como é o caso em todos os tratados comerciais, os interesses de cada país membro são tão divergentes quanto seus respectivos níveis de desenvolvimento econômico.

O sucesso do DSU pode ser sintetizado nas palavras de Eric White:

*“O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC é uma conquista formidável. A OMC foi bem-sucedida em criar um sistema de resolução de controvérsias compulsório e freqüentemente usado, produzindo resultados vinculantes cuja aplicação é possível. Em lugar algum do Direito Internacional encontra-se essas características combinadas.”*¹⁴

Com cerca de 300 casos sob sua jurisdição, o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (doravante “DSB” – “*Dispute Settlement Body*”) tem mostrado aafiada eficácia em termos de aplicação de regras internacionais e resolução de disputas entre membros da OMC. Desta forma, é clara a melhora que o DSU representa em relação ao mecanismo anterior de resolução de controvérsias.

¹³ WTO MINISTERIAL DECLARATION, Punta del Este, 1986, Uruguay Round Opening. Tradução dos autores.

¹⁴ WHITE, Eric, *apud* STOLER, A.L., “*The WTO dispute settlement system: did we get what the negotiations wanted?*”, artigo apresentado na International Bar Association Conference, *Future Directions in WTO Dispute Settlement*, Geneva, 16 de Março de 2003.

No entanto, em relação ao conflito de jurisdições entre RTAs e a OMC, tema deste trabalho, o DSU tem sido alvo constante de críticas, uma vez que se argumenta que entre os maiores méritos de sua estrutura jurídica – rapidez e quase total compulsoriedade de sua jurisdição – encontra-se o principal obstáculo na adoção de medidas que mitiguem tais conflitos.

Mexico - Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages

Um caso não raro mencionado em se tratando dos conflitos de jurisdição entre os RTAs e a OMC, e que exemplifica perfeitamente a obrigatoriedade e compulsoriedade da jurisdição e das decisões dos painéis, é o caso *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages* (“*Mexico – Soft Drinks*”),¹⁵ cujo relatório do painel circulou em 2005.

O México, em resposta à demora dos Estados Unidos em implantar uma medida acordada sob a égide do NAFTA¹⁶ que reduziria as taxas americanas de importação de açúcar mexicano, impôs sobretaxas de retaliação de 20% em bebidas que não eram adoçadas com açúcar derivado da cana, além de outros 20% incididos sobre os serviços relacionados a tal importação. No entanto, tal medida só foi imposta depois do insucesso do México em implantar um painel do NAFTA para julgar o caso regional, devido ao boicote americano que consistiu em não ter indicado panelistas para a formação do painel (no NAFTA, um painel é formado somente se os países partes na contenda a ser julgada pelo painel indicam panelistas, não havendo painel se um país não indica panelistas). Diante do pedido dos Estados Unidos para a formação de um painel na OMC, o México pleiteou que o painel da OMC declinasse de sua jurisdição sobre o caso, alegando que o mesmo deveria ser decidido sob um Painel dentro dos acordos do NAFTA, seguindo as provisões do mesmo. De acordo com o México, tal Tratado poderia endereçar melhor as alegações de ambas as partes, uma vez que a disputa envolvia um conflito surgido além das negociações multilaterais da OMC e sobre outra base jurídica, em um contexto referente à entrada da açúcar mexicano em território americano sob compromissos surgidos no âmbito do NAFTA. O governo

¹⁵ *Mexico – Tax measures on Soft Drinks and other Beverages*; Relatório do Painel e Relatório do Órgão de Apelação.

¹⁶ O Acordo Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA) é um acordo do qual são signatários: Canadá, México e os Estados Unidos. Foi estabelecido em 1 de janeiro de 1994 e tem como objetivos a eliminação de barreiras tarifárias no comércio e a facilitação do deslocamento de mercadorias, além de incentivar a troca justa e promover a proteção da propriedade intelectual. O NAFTA, como dito, está registrado na OMC como um RTA.

mexicano alegou ainda que, como as taxas impostas às bebidas americanas foram desenhadas de forma a obedecer aos preceitos do NAFTA, eram, portanto, justificadas sob a exceção do artigo XX (d) do GATT.

O Órgão de Apelação da OMC, seguindo a decisão do Painel, refutou todas as alegações do governo mexicano à luz das disposições do DSU, acusando em seu relatório que não via “qualquer razão pela qual um Painel da OMC poderia escolher livremente exercer ou não sua jurisdição”,¹⁷ reafirmando a natureza compulsória e quase automática do sistema de solução de controvérsias da OMC. Seu raciocínio baseou-se na interpretação do artigo 23 do DSU,¹⁸ que obrigaria o DSB a julgar qualquer alegação de qualquer membro da OMC de violação de direitos sob os tratados da OMC. Desta forma, de frente a alegações de violações dos tratados da OMC, não poderia um painel recusar julgar a contenda. Observamos, no entanto, que as alegações do México **não** incluíam questões prejudiciais de ausência de competência por parte do painel da OMC: limitou-se o México a alegar que a competência que o painel tinha de forma não contestada não deveria ser exercida tendo em vista as circunstâncias do caso. Assim, a questão colocava-se entre o exercício ou não de uma competência que existia, e não sobre se o painel da OMC teria ou não competência para julgar o caso. Isso faz com que exista, ainda hoje, um ponto de interrogação com relação a se os órgãos jurisdicionais da OMC aceitariam ou não algum impedimento legal a sua competência – questão vital quando se indaga sobre as cláusulas de exclusão de fórum, expostas mais a frente e vistas como possível solução para o problema de sobreposição de competências no comércio internacional.

A Jurisdição do Órgão de Solução de Controvérsias – Comentários com relação ao caso Mexico – Soft Drinks

Mexico – Soft Drinks abriu um precedente que indica que o DSU não pode ser usado para aplicar, reforçar ou afirmar direitos e obrigações exteriores aos tratados da OMC – os tratados abrangidos, segundo o texto do Artigo 19 do DSU.¹⁹ De fato,

¹⁷ Relatório do Órgão de Apelação, *Mexico – Soft Drinks*, parágrafo 41.

¹⁸ DSU, Artigo 23; “Quando Membros desejam a reparação de uma violação de obrigações ou outra nulidade ou diminuição de benefícios sob os tratados abrangidos ou de um impedimento para a obtenção de qualquer objetivo dos tratados abrangidos, eles deverão recorrer, e serem vinculados por, as regras e procedimentos deste Entendimento”. Grifo e tradução dos autores.

¹⁹ DSU, Artigo 19: “Quando um painel ou o Órgão de Apelação concluir que uma medida é inconsistente com um tratado abrangido, ele recomendará que o Membro em questão faça com que a medida seja compatível com tal tratado. Além de suas recomendações, o painel ou o Órgão de Apelação poderá

mesmo sob alegações do México de que os Estados Unidos teriam violado dispositivos do NAFTA, o painel restringiu sua análise aos dispositivos da OMC.

Pelo referido caso, é evidente também o caráter irreduzível das decisões finais em Painéis da OMC. Ainda que os Estados Unidos estivessem em desacordo com as provisões do NAFTA a respeito de importações, o México teve todas as suas alegações baseadas em dispositivos do NAFTA refutadas pelo Painel e pela Corte de Apelação, sendo obrigado, portanto, a derrubar as barreiras tarifárias erguidas em função da irregularidade dos Estados Unidos, sob pena de sofrer as sanções comerciais que o sistema da OMC prevê.

O Artigo 23 do DSU expõe a importância que os membros da OMC lhe conferem para o reforço do sistema multilateral da OMC. Ele manda que as partes devam recorrer ao DSU sempre que acreditarem que exista descumprimento dos benefícios acordados sob a OMC. O segundo parágrafo continua, dizendo que o sistema de resolução de disputas da OMC é um elemento central na promoção da segurança e previsibilidade basilares para o sistema de resolução de disputas da OMC. Mais além, um dos objetivos explícitos da OMC era criar um sistema de comércio integralizado, completo e duradouro. Este objetivo é ainda exemplificado pelo amplo direito de Membros que se configuram como interessados em disputas nas quais não estão diretamente envolvidos de intervir em disputas na condição de interessados.

A co-existência dos processos de soluções de controvérsias dos RTAs e da OMC: características e problemas existentes

Do quanto exposto, vimos as principais características de jurisdição dos painéis e do Órgão de Apelação da OMC, em especial a peculiaridade do exercício de sua jurisdição ser quase compulsório, dependendo somente da alegação de um membro que há uma violação dos compromissos assumidos sob a égide dos acordos da OMC.

A princípio, essa construção do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC confere ao sistema grande eficácia e rapidez, sendo que os membros têm certeza que suas queixas de quebras de compromissos serão julgadas e seguirão um rigoroso calendário de procedimentos.

sugerir formas através das quais os Membros em questão podem implementar as recomendações”. Grifo e tradução dos autores.

No entanto, no contexto do direito comercial internacional que abrange tanto a OMC quanto os RTAs, problemas começam a surgir no que tange às jurisdições exercidas pelos diversos sistemas de soluções de controvérsias previstos nos diferentes acordos.

Com efeito, muitos RTAs prevêm “direitos e obrigações que são paralelos aqueles dos acordos da OMC”.²⁰ Muitos adotam os mesmos princípios de comércio internacional e as mesmas exceções gerais previstos na OMC. A título de exemplo, vale citar a adoção do já comentado princípio da Nação Mais Favorecida, adotado, entre outros, na NAFTA, em seu artigo 1103 (com relação a investimentos), e no Mercosul, no artigo 8 do Tratado de Assunção.²¹

O Tribunal Arbitral (ICSID/ITLOS) também já reconheceu que

*“Frequentemente há um paralelismo de tratados, tanto no seu conteúdo substancial quanto nas suas previsões para resolução de controvérsias que surgem a partir deles.”*²²

O espelho de direitos e obrigações entre os RTAs e os acordos da OMC gera uma situação onde há sobreposições (“overlaps”) e conflitos de jurisdições entre os órgãos de solução de controvérsias regionais e os da OMC. De fato,

*“Sobreposições e conflitos de jurisdição em soluções de controvérsias podem ser definidos como situações onde a mesma controvérsia ou os mesmo aspectos relativos à mesma controvérsia podem ser levados a duas instituições diferentes ou a dois sistemas de solução de controvérsias diferentes.”*²³

No mesmo sentido a definição de Shany:

²⁰ MARCEAU, Gabrielle; KWAK, Kyung, *Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the WTO and RTAs*, pg. 2. Doravante referido como “Marceau, Kwak, *Overlaps*”.

²¹ *Tratado de Assunção*, Artigo 8: “Os Estados Partes [...] (d) Estenderão automaticamente aos demais Estados Partes qualquer vantagem, favor, franquia, imunidade ou privilégio que concedam a um produto originário de ou destinado a terceiros países não membros da Associação Latino-Americano de Integração.”

²² Arbitral Tribunal (ICSID/ITLOS), *Award on Jurisdiction and Admissibility* de 4 de Agosto de 2000. *Southern Bluefin Tuna Case, Australia and New Zealand v. Japan*, p. 91.

²³ MARCEAU, KWAK, *Overlaps*, pg. 2.

*“Competição ou sobreposição de jurisdições significam que certa disputa pode ser endereçada por mais de um fórum disponível”.*²⁴

Portanto, através de uma mesma medida, um país pode estar violando seus compromissos tanto sob o tratado regional quanto sob os tratados da OMC. Nesse caso, aonde se desenvolveria o julgamento do mérito? No âmbito do sistema de soluções de controvérsias regional ou sob a jurisdição do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC? Além disso, um país membro do RTA pode desafiar a medida do outro país membro do RTA sob o sistema de solução de controvérsias do RTA ao mesmo tempo em que um país não membro do RTA pode desafiar a mesma medida no âmbito da OMC. Nesse caso, como os diferentes tribunais deveriam se comportar? Deveria o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC acatar impedimentos legais à sua jurisdição, a despeito dos dispositivos do DSU? Ou deveria ele ao menos levar em conta como lei aplicável as decisões sobre o mesmo mérito de outros fóruns?

Todas as questões acima estão, de certa forma, relacionadas ao tema do *forum shopping*. *Forum shopping* é a prática pela qual uma parte tenta

*“ter sua ação julgada numa corte ou jurisdição específica onde ela sente que ela receberá o julgamento ou veredicto mais favorável.”*²⁵

De fato, de frente a uma duplicidade de opções, o país escolherá obviamente a corte que lhe será mais favorável, com base em uma série de fatores.²⁶ Como cada corte está limitada, na maioria das vezes, na sua jurisdição, aos tratados que a constituíram, disposições diferentes nos tratados podem levar um país a escolher a corte com base na disposição que mais lhe é conveniente, face a uma mesma medida desafiada. Exemplo disso é o caso da OMC *Canada – Periodicals*, exposto mais adiante.

Além do mais, muitas das vezes, os sistemas de soluções de controvérsias dos RTAs são deficientes quanto à eficácia ou à disposição igualitária dos procedimentos.

²⁴ SHANY, Yuval, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, pg. 21.

²⁵ *Black's Law Dictionary*, 5ª Edição, 1979. Pg. 590.

²⁶ Sobre os fatores que guiam os países na escolha de fóruns, como a celeridade dos procedimentos e a interpretação legal, ver PETERSMANN, Ernst-Ulrich, *Proliferation and Fragmentation of Dispute Settlement in International Trade: WTO Dispute Settlement Procedures and Alternative Dispute Resolution Mechanisms*.

Isso leva a discrepâncias no que diz respeito à racionalidade do sistema. No já citado caso *Mexico – Soft Drinks*, a incapacidade do México de obter a constituição de um painel sob o regime da NAFTA devido ao boicote americano levou-o a adotar uma medida unilateral de retaliação, que logo em seguida foi desafiada pelos EUA na OMC e considerada ilegal. Nesse sentido, o professor Joost Pauwelyn já alerta:

*“uma primeira lição para os países em desenvolvimento é que, quando eles negociem RTAs, e realmente desejam reforçar os benefícios de tais acordos, eles têm que ser muito cuidadosos em elaborar um sistema de controvérsias à prova d’água que não possa ser bloqueado pela outra parte”.*²⁷

No mais, a possibilidade de que uma mesma medida seja julgada em jurisdições diferentes com base em textos legais diferentes pode desencadear o resultado de que os vários tribunais cheguem a resultados diversos ou até mesmo opostos.²⁸ Isso representa o risco de que a mesma disputa entre os mesmos dois países sobre a mesma medida seja ouvida em jurisdições diferentes. Nas palavras de Pauwelyn,

*“sobreposição [de jurisdições] traz consigo o risco de decisões diferentes e reduz a previsibilidade, não só para os governos, mas também para produtores e comerciantes.”*²⁹

A resposta para estes problemas não é simples e é buscada tanto em princípios gerais de direito internacional, como na transposição de princípios de direito interno para o âmbito internacional. Vias convencionais, como a ‘cláusula de seleção de fórum’ também são uma possível solução. Estes potenciais remédios serão considerados mais adiante, após a exposição dos casos da OMC que melhor representam a problemática das sobreposições e dos conflitos de jurisdição entre RTAs e a OMC.

Casos Relevantes no Estudo da Problemática RTAs – OMC

²⁷ PAUWELYN, Joost. *ICTSD / GIAN-RUIG dialogue on the “Mexico Soft Drinks dispute: Implications for regionalism and for trade and sustainable development”*, *Speaker notes by Professor Joost Pauwelyn*, Pg. 1 Doravante referido como “Pauwelyn, *Speaker Notes*”.

²⁸ MARCEAU, KWAK, *Overlaps*, pg. 2.

²⁹ PAUWELYN, *Speaker Notes*, pg. 2.

Há que se perguntar se a posição da OMC no caso *Mexico – Soft Drinks* significa uma completa rejeição das disposições dos tratados regionais diante dos painéis. Afinal, ao mesmo tempo em que a Corte de Apelação reafirmou que o processo de solução de controvérsias da OMC não pode julgar nem apreciar matéria de outros tratados, ele deixou em aberto a questão de se pode haver, prejudicialmente, impedimento legal à jurisdição do painel devido a cláusulas de outros tratados. Isso porque o México não chegou a alegar o impedimento legal à jurisdição, mas somente disse que o painel deveria não exercer sua jurisdição, apesar de tê-la.

Tal rejeição da OMC a produtos normativos externos aos seus tratados não se configura apenas no caso citado, mas representa um padrão da OMC em sua resolução de disputas. Ao longo dos anos, a Corte se mantém constante em sua recusa em analisar méritos de outros tratados, ao mesmo tempo em que se nega a delegar as rédeas para as outras cortes competentes, chegando até a passar por cima de decisões consolidadas pelas mesmas. Seguem abaixo breves análises de casos que ilustram este comportamento.

*Canada — Certain Measures Concerning Periodicals*³⁰

O Canadá, desde muito tempo, possui uma política protecionista com relação a sua indústria cultural, em especial no que tange à mídia escrita, e no que diz respeito a anúncios comerciais em meios de comunicação de massa.

Desde muito tempo, no Canadá, havia taxas imensas com relação à importação física de edições *split-run* de revistas estrangeiras. Essas edições são edições de conteúdo quase totalmente produzido fora do país, porém contendo publicidades e anúncios voltados para o mercado daquele país. Em 1993, então, a revista americana *Sports Illustrated* adotou a tática de não mais exportar revistas físicas para o Canadá, mas transmitir via satélite conteúdo do editorial das edições *split-run* da *Sports Illustrated* para ser impresso e distribuído dentro do Canadá, burlando dessa forma as taxas de importação canadenses e publicando com este procedimento a *Sports Illustrated Canada*. O Canadá então aumentou em 80% as tarifas de Imposto de Renda sobre a produção e circulação de edições *split-run* de revistas estrangeiras dentro do próprio território. Os Estados Unidos protestaram tal medida, acusando o Canadá de ser

³⁰ *Canada — Certain Measures Concerning Periodicals*, Relatório do Painel e Relatório do Órgão de Apelação.

arbitrariamente restritivo, e assim iniciou os procedimentos de uma disputa na OMC, que resultou em uma decisão negativa em relação à medida canadense.

O caso, aparentemente simples, levanta questões importantes em relação às RTAs. Ambos os países fazem parte do NAFTA, tratado regional o qual estabelece que todas as partes, no que tange a disputas envolvendo indústrias culturais, devem seguir o *Canada - United States Free-Trade Agreement*. Neste, por sua vez, lê-se:

*“Indústrias Culturais estão eximidas de cumprir as provisões deste Acordo, exceto se especificamente ditadas nos artigos 401 (eliminação de tarifas), 1607, parágrafo 4º (aquisição indireta), e artigos 2006 e 2007.”*³¹

Ou seja, sob jurisdição do NAFTA, o Canadá teria obtido decisão favorável quanto à restrição às revistas. No entanto, uma vez acionada por uma das partes, a OMC, em obediência ao princípio de não renúncia à própria jurisdição, atendeu à demanda e estabeleceu o Painel que resultou na derrota do Canadá.

O caso levanta questões de importância vital na nova ordem de resolução de disputas internacionais e os tratados regionais. Ora, vale ressaltar que a regra de exceção às indústrias culturais, segundo a qual tarifas não configuravam desobediência com o tratado, surgiu de um acordo nascido entre as próprias partes da disputa. Em sua decisão, a OMC acabou por favorecer, similarmente ao que fez em *México – Soft Drinks*, um país que estava em desobediência a algo por ele mesmo anteriormente acordado.

*Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres*³²

O caso é um exemplo importante na jurisprudência concernente a comércio e ambientalismo: é uma disputa entre o Brasil e a Comunidade Européia envolvendo pneus reaproveitados. Em questão estava o banimento, por parte do Brasil, da importação de pneus reaproveitados, sob a defesa de que a medida era importante para a proteção do meio-ambiente. A Comunidade Européia, por sua vez, alegou que tal medida violava as regras estabelecidas pela OMC.

³¹ *Canada-United States Free-Trade Agreement*, 1988.

³² *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres*, Relatório do Painel e Relatório do Órgão de Apelação.

O Painel decidiu que, ainda que tal banimento tenha como fim proteger a saúde e o meio-ambiente, foi aplicado em irregularidade quanto às normas da OMC, uma vez que o Brasil não estabeleceu o mesmo tratamento a pneus usados, os quais, segundo as classificações internacionais adotadas, diferem de pneus reaproveitados. A decisão final, numa atitude inédita entre os painéis da OMC, foi que o Brasil deveria erguer a mesma restrição aos pneus usados de forma a avançar em seu objetivo ambiental. Cabe ressaltar que decisões anteriores da OMC nunca tinham ido tão longe a fim de proteger seus valores ambientais.

Diante do protesto por parte da Comunidade Européia, a Corte de Apelação manteve a decisão do Painel, revertendo, entretanto, a decisão de que a exceção feita a países do Mercosul não constituía exclusão arbitrária dos outros países. Desta forma, o banimento se estendeu a todos os exportadores de pneus usados ou reciclados para o Brasil, inclusive os do MERCOSUL.

O caso merece destaque no contexto das RTAs por uma peculiaridade: em Corte Arbitral de semelhante questão no MERCOSUL, o Brasil perdeu para o Uruguai e teve que abrir exceção em seu banimento de pneus para os países do MERCOSUL. Desta forma, a decisão posterior da OMC, obrigando o Brasil a banir importações de países membros do MERCOSUL, confronta uma decisão tomada anteriormente dentro do âmbito do próprio Mercosul, no que se põe a questão: a obediência será devida a qual das duas decisões?

*Argentina – Definitive Anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil*³³

Em 7 de novembro de 2001, Brasil requisitou a interferência da OMC em consultas com a Argentina, relativa aos deveres definitivos de *antidumping* impostos pela Argentina em suas importações de aves domésticas do Brasil, regularizados sob as linhas tarifárias 0207.11.00 e 0207.12.00³⁴ do Mercosul.

Estas medidas foram adotadas pelo Ministério da Economia da Argentina, e foram consideradas falhas e baseadas em procedimentos errôneos pelo governo

³³ *Argentina - Definitive Anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil*, Relatório do Painel.

³⁴ Regulamentadas ambas pelo *Decreto N° 2.075*, de 19 de novembro de 1996.

brasileiro, além de incompatíveis com os 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 12 e o Anexo II do “Antidumping Agreement”³⁵ e o artigo VI do GATT 1994.

Em 19 de novembro de 2001, a Comunidade Européia entrou na disputa como parte interessada. Na reunião do DSB em 17 de abril de 2002, o painel foi estabelecido. Em 22 de abril de 2003, o painel circulou seu relatório aos membros, decidindo que as medidas antidumping da Argentina eram incompatíveis com os preceitos da OMC.

O caso merece destaque pelo fato de que, previamente aos procedimentos da OMC, já havia sido instalada e finalizada disputa com o mesmo teor sob tutela do MERCOSUL, de onde a Argentina saiu vencedora. Desta forma, mais uma vez a OMC sobrepôs sua jurisdição em uma disputa já consolidada em um painel regional, o que é mais agravado pelo fato de que as partes vencedoras são as contrárias.

Possíveis soluções para os problemas de sobreposição e conflito de jurisdições entre RTAs e a OMC.

Como vimos acima, através dos casos elencados, há ainda uma incerteza no que diz respeito a como resolver o problema das jurisdições conflitantes dos RTAs e o sistema de solução de controvérsias da OMC sob o regime do DSU. Com efeito, o fenômeno da multiplicação de jurisdições internacionais intensificou-se recentemente e os problemas decorrentes da fragmentação do direito internacional não têm ainda soluções precisas.

No entanto, atentos a essa nova realidade, estudiosos, pesquisadores e os próprios países, na sua atividade de negociação de tratados internacionais, já vêm pensando e até mesmo pondo em prática alguns remédios possíveis para essa situação. Eles podem ser subdivididos essencialmente em dois tipos: 1) Soluções convencionais e 2) Soluções não convencionais.

1) Soluções convencionais

As soluções convencionais dizem respeito a cláusulas inseridas nos tratados regionais. São cláusulas de escolha fórum ou cláusulas de exclusividade de fórum, as quais ordenam que se dê preferência a um sistema de solução específico de controvérsias (do RTA ou da OMC) e que, uma vez desencadeado o processo de

³⁵ Acordo Relativo à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994, no Anexo 1 A do Acordo da OMC – acordo da OMC oriundo da Rodada Uruguai que implementa o Artigo VI do GATT 1994.

solução de controvérsias operante sob um determinado tratado, o outro sistema de resolução de conflitos não poderá ser acionado.

Exemplos importantes dessas cláusulas são encontrados nos tratados da NAFTA,³⁶ do Mercosul,³⁷ do Tratado de Livre Comércio entre o México e a União Européia³⁸ e do Protocolo para Mecanismos de Solução de Controvérsias da Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN).³⁹

No entanto, em se tratando da OMC, não há ainda precedente que permita determinar se tais cláusulas de exclusão de fórum constituiriam ou não impedimentos legais à jurisdição dos painéis e do Órgão de Apelação.

O Painel da OMC, no caso *Mexico – Soft Drinks*, já até mesmo confirmou a ausência de precedentes e de considerações sobre se pode haver ou não impedimentos legais que impeçam o exercício da jurisdição dos Órgãos de Solução de Controvérsias da OMC:

³⁶ NAFTA, Artigo 2005: “1. Subject to paragraphs 2, 3 and 4, disputes regarding any matter arising under both this Agreement and the General Agreement on Tariffs and Trade, any agreement negotiated thereunder, or any successor agreement (GATT), may be settled in either forum at the discretion of the complaining Party. ... 6. Once dispute settlement procedures have been initiated under Article 2007 or dispute settlement proceedings have been initiated under the GATT, the forum selected shall be used to the exclusion of the other, unless a Party makes a request pursuant to paragraph 3 or 4.” Grifo nosso.

³⁷ Protocolo de Olivos para a Resolução de Controvérsias no Mercosul (2002), Artigo 1: “1. As controvérsias compreendidas no âmbito de aplicação do presente Protocolo que possam também ser submetidas ao sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio ou de outros esquemas preferenciais de comércio de que sejam parte individualmente os Estados Partes do Mercosul poderão submeter-se a um ou outro foro, à escolha da parte demandante. Sem prejuízo disso, as partes na controvérsia poderão, de comum acordo, definir o foro. Uma vez iniciado um procedimento de solução de controvérsias de acordo com o parágrafo anterior, nenhuma das partes poderá recorrer a mecanismos de solução de controvérsias estabelecidos nos outros foros com relação a um mesmo objeto, definido nos termos do artigo 14 deste Protocolo.” Grifo nosso.

³⁸ EU – Mexico Free Trade Area Agreement (2000), Artigo 47: “3. Arbitration proceedings established under this Title will not consider issues relating to each Party’s rights and obligations under the Agreement establishing the World Trade Organisation (WTO). 4. Recourse to the dispute settlement provisions of this Title shall be without prejudice to any possible action in the WTO framework, including dispute settlement action. However, where a Party has, with regard to a particular matter, instituted a dispute settlement proceeding under either Article 43 (1) of this Title or the WTO Agreement, it shall not institute a dispute settlement proceeding regarding the same matter under the other forum until such time as the first proceeding has ended. For purposes of this paragraph, dispute settlement proceedings under the WTO Agreement are deemed to be initiated by a Party’s request for a panel under Article 6 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes of the WTO”. Grifo nosso.

³⁹ Asean Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism, (2004). Artigo 1: “3. The provisions of this Protocol are without prejudice to the rights of Member States to seek recourse to other fora for the settlement of disputes involving other Member States. A Member State involved in a dispute can resort to other fora at any stage before a party has made a request to the Senior Economic Officials Meeting (“SEOM”) to establish a panel pursuant to paragraph 1 Article 5 of this Protocol.” Grifo nosso.

“... nós não expressamos nenhum ponto de vista se haveriam outras circunstâncias nas quais impedimentos legais poderiam existir que impedissem o painel de considerar os méritos das claims ante ele... nós notamos que o México expressamente afirmou que a assim chamada ‘cláusula de exclusão’ do Artigo 2005.6 do acordo da NAFTA não tinha sido exercida.”⁴⁰

Resta ainda um ponto de interrogação no que diz respeito a se as cláusulas de exclusão de fórum seriam ou não impedimentos legais à jurisdição da OMC. No entanto, um gancho entre os sistemas de resoluções de controvérsias dos RTAs e o impedimento legal da OMC pode ser feito a partir do Artigo XXIV do GATT que expressamente permite a elaboração de RTAs. Visto que a OMC reconhece a existência dos RTAs e não proíbe a formação de seus próprios sistemas de resolução de controvérsias, essa lógica sugere que a OMC reconheceria a jurisdição dos tribunais dos RTAs. No entanto, tal entendimento encontra óbice na assertiva do artigo 19 do DSU, que limita o âmbito de competência do DSB aos tratados abrangidos na OMC, o que impediria que a OMC reconhecesse laudos arbitrais provenientes de outros tribunais e obtidos através da interpretação de sistemas legais diferentes.

Alternativamente, pode-se fazer referência ao Artigo 30 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (o qual estabelece que tratados posteriores entre as mesmas partes prevalecem sobre os anteriores).⁴¹ Segundo esta lógica, caso dois países membros da OMC, posteriormente à data de assinatura dos seus tratados, acordassem um novo tratado regional que possua um próprio sistema de solução de controvérsias, dever-se-ia aplicar a regra do Artigo 30 da Convenção de Viena, e fazer prevalecer o último em detrimento do primeiro. Apesar de ser uma argumentação viável, válida para acordos regionais assinados após os tratados da OMC, ela é passível de teste no DSB, pois não é certo que o DSB vá considerar esta regra uma regra de Direito Internacional Público geral e, portanto, aplicável, como o faz com os Artigos 31, 32 e 33 da mesma Convenção, relativos a interpretação de tratados.

2) Soluções não convencionais

⁴⁰ *Mexico – Tax measures on Soft Drinks and other measures*, Relatório do Órgão de Apelação, Parágrafo 54.

⁴¹ PAUWELYN, *Speaker Notes*, pg. 6.

Na falta de qualquer referência expressa no tratado, cogita-se da aplicação de regras e princípios de interpretação provenientes do direito dos tratados. No que diz respeito a essas regras e princípios, uma tem importância fundamental: o princípio da *res judicata*. Outra teoria é de grande importância: a defesa de Pauwelyn da aplicabilidade, pelos órgãos da OMC, de outros tratados e de jurisprudência alienígena àquela da OMC. Contudo, aos países é recomendada a criação de cláusulas convencionais acima expostas, visando à possibilidade de alegação de um impedimento legal: como veremos, a aplicação de soluções não convencionais encontra vários obstáculos.

a) *Res judicata*

O princípio da *res judicata* – coisa julgada – é apontado como uma solução válida. Entre as mesmas partes, sobre o mesmo assunto e a mesma medida, um caso não pode ser julgado duas vezes.⁴² Seus requisitos no âmbito de aplicabilidade da OMC já foram considerados por um painel na OMC, que estabeleceu seus requisitos: as duas partes devem ser as mesmas nas duas disputas, já deve ter-se chegado a uma decisão final no que diz respeito ao caso anterior, e os dois casos devem dizer respeito à mesma matéria. O requisito de mesma matéria se subdivide em: mesmas medidas e mesma base legal para as alegações.⁴³

No entanto, é improvável que o princípio da *res judicata* seja aplicado. Em alguns tratados regionais, por exemplo, as partes podem ser privadas (investidores, companhias, conglomerados, etc.), como é o caso da NAFTA. Na OMC as partes são somente os Estados Soberanos.

Pode-se alegar também que as reclamações não são as mesmas: sob a OMC reclama-se a violação de compromissos erguidos sob os textos legais da OMC e sob um RTA reclama-se a violação dos artigos do tratado regional. No entanto, esta tese pode ser combatida se superado um formalismo excessivo na análise dos textos legais. Com efeito, mesmo que oriundas de textos legais diversos, determinadas normas podem dispor sobre uma mesma matéria da mesma forma, de forma que seu conteúdo seja o

⁴² MARCEAU, KWAK, *Overlaps*, pg. 9. PAUWELYN, Joost, *Going global, Regional or Both? Dispute Settlement in the Southern African Development Community (SADC) and Overlaps with the WTO and Other Jurisdictions*, pg. 291.

⁴³ *India – Measures Affecting the Automotive Sector*, Relatório do Painel. Parágrafo 7.61.

mesmo. Contudo, evidentemente, em alguns casos a matéria regulada é de fato diferente, mesmo que sutilmente.

Finalmente, talvez a medida contestada nem seja a mesma: no caso *Mexico – Soft Drinks*, por exemplo, ao passo que no NAFTA o México contestava uma medida americana, na OMC os Estados Unidos contestavam uma medida de retaliação mexicana. Além do mais, a adoção do princípio da *res judicata* implica o endosso do risco de se perpetuar uma decisão possivelmente errada do órgão julgador que se considera.

Como conclusão, podemos dizer que para que a regra da *res judicata* seja aplicada, os painéis da OMC teriam que ser bastante flexíveis na análise dos seus requisitos, o que é improvável face às disposições do DSU.⁴⁴

b) Aplicabilidade pela OMC de normas alheias aos seus tratados

De certa forma relacionada à aplicabilidade das cláusulas de exclusão de fórum, a teoria que defende a aplicabilidade, pela OMC, de normas alheias aos seus tratados seria um grande avanço para a resolução dos problemas neste artigo tratados. Primeiramente, deve-se inquirir acerca de se os tratados da OMC, mais especificamente, o DSU, permitem tal aplicação.

A jurisprudência do DSB, nesse sentido, prima pela não aplicabilidade, como, por exemplo, no caso *Mexico – Soft Drinks*. Essa corrente se baseia nos textos dos artigos 19 (ver *supra – Mexico – Soft Drinks*), 7 e 3.2 do DSU.

O artigo 7 do DSU determina quais são os termos de referência dos painéis, segundo os quais estes julgarão a contenda. Ele determina que os painéis “examinarão, à luz das previsões relevantes do (nome do tratado abrangido citado pelas partes), a matéria referida ao DSB pela (nome da parte)”. A princípio, este artigo é visto como uma limitação da lei aplicável no âmbito da OMC. No entanto, como bem observa a Bartels,⁴⁵ examinar algo “à luz” de algo não significa restringir as fontes aplicáveis àquela disputa.

Já o artigo 3.2 do DSU diz que recomendações e decisões do DSB não podem aumentar ou diminuir os direitos e obrigações das partes oriundos dos tratados

⁴⁴ MARCEAU, KWAK, *Overlap*, pg.9; PAUWELYN, *Speaker Notes*, pg. 3.

⁴⁵ BARTELS, Lorand, *Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings*, pg. 505.

abrangidos. Alegam os painéis que, ao restringir a jurisdição do DSB ou ao expandir a lei aplicável na resolução de disputas, estariam eles alterando os direitos e obrigações das partes no contexto da OMC. No entanto, tal constatação esbarra igualmente no argumento acima exposto, sobre o Artigo 30 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. De fato, a OMC já reconhece como normas de direito internacional geral algumas normas da própria Convenção. Considerando como tal a norma do Artigo 30, seria incorreto restringir a lei aplicável na OMC sob o pretexto de alteração dos direitos ali contidos. Com efeito, se as mesmas partes que assinaram os tratados da OMC posteriormente assinaram outro tratado que dispõe de forma diversa sobre a resolução de controvérsias, não haveria alteração de direitos e obrigações, mas reconhecimento de sua alteração pela própria vontade das partes. Afinal, o Artigo 30 da Convenção de Viena é a consagração, no plano internacional, do amplamente já aceito princípio da *lex posterior*.

Conclusão

A sobreposição de jurisprudências – resultado de um cenário mundial onde se reconhece tanto a integração a nível global quanto a especificidade regional dos agentes internacionais – é um fenômeno que apesar de causar problemas de ordem jurídica, em questões relativas à segurança e racionalidade dos julgados internacionais, é manifestação de um ambiente jurídico internacional que avança em termos de complexidade e facetas. Equilibrar tensões opostas que são vistas como legítimas e cujos interesses são reconhecidos não mais é que o papel fundamental do Direito enquanto disciplina da ordem social. A aparição de problemas ligados à relação entre a OMC e os RTAs deve ser vista além de sua problemática e das contradições que apresenta, para que seja concebida como passo necessário para a evolução do Direito Internacional Público. Ao indagarmos sobre as soluções para a questão das sobreposições de jurisdições, colaboramos para o aperfeiçoamento de um quadro jurídico internacional que satisfaça os objetivos a que se propõe, sempre em função do papel social que se lhe apresenta hoje mais forte do que jamais se mostrou.

Bibliografia Consultada e Fontes Citadas

ABI-SAAB, Georges, *Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks*. In.: New York Journal of International Law and Politics, vol. 31, 1999, pp. 919-933.

Argentina - Definitive Anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil, WTO Doc WT/DS241/R, (Relatório do Painel).

Arbitral Tribunal (ICSID/ITLOS), *Award on Jurisdiction and Admissibility* de 4 de Agosto de 2000. *Southern Bluefin Tuna Case, Australia and New Zealand v. Japan*.

BARTELS, Lorand, *Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings*. Journal of World Trade 35 (3): 499-519. 2001.

Black's Law Dictionary, 5ª Edição, 1979.

Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres, WTO Docs WT/DS332/R (Relatório do Painel), WT/DS332/AB/R (Relatório do Órgão de Apelação).

BROWNLIE, Ian, *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Canada — Certain Measures Concerning Periodicals; WTO Docs WT/DS31/R (Relatório do Painel); WT/DS31/AB/R (Relatório do Órgão de Apelação).

CHARNEY, Jonathan I., *The Impact on The International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals*. In.: New York Journal of International Law and Politics, vol. 31, 1999, pp. 697-708.

DUPUY, Pierre Marie, *The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice*. In.: New York Journal of International Law and Politics, vol 31, 1999, pp. 791-807.

GOMES, Eduardo Biacchi, *Comércio Internacional e Comunidade Sul-Americana de Nações: o projeto democrático de integração*, Porto Alegre, 2007, Sérgio Antônio Fabris Editora.

GREBLER, Eduardo, *Course on Dispute Settlement (6.2: MERCOSUR)*, United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add28_en.pdf>. Acesso em 03/08/2008.

India – Measures Affecting the Automotive Sector, WTO Docs WT/DS146/R, WT/DS175/R (2001) (Relatório do Painel).

MARCEAU, Gabrielle; KWAK, Kyung, *Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the WTO and RTAs*, Conference on Regional Trade Agreements, World Trade Organization, 26 de Abril 2002.

Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, aberto para assinatura em 15 de Abril de 1994, 1867 UNTS 3; entrada em vigor em 1 de Janeiro de 1995.

Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, aberto para assinatura em 15 de Abril de 1994, 1867 UNTS 3; entrada em vigor em 1 de Janeiro de 1995, Anexo 1, 1867 UNTS 190.

Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, aberto para assinatura em 15 de Abril de 1994, 1867 UNTS 3; entrada em vigor em 1 de Janeiro de 1995, Anexo 2, 1869 UNTS 401.

Mexico – Tax measures on Soft Drinks and other Beverages; WTO Docs WT/DS308/R (Relatório do Painel); WT/DS308/AB/R (Relatório do Órgão de Apelação); AB-2005-10 (2006). (Doravante “*Mexico – Soft Drinks*”).

North American Free Trade Agreement, 32 *International Legal Materials* 289 (1993) [KJ5 .I574].

NATARAJ, Geethanjali, *Regional Trade Agreements in the Doha Round: Good for India?* Tokyo, Asian Development Bank Institute, 2007. Disponível em: <<http://www.adbi.org/files/dp67.regional.trade.agreements.doha.pdf>>. Acesso em 03/08/2008.

PAUWELYN, Joost, *Adding Sweeteners to Softwood Lumber: The WTO – NAFTA ‘Spaghetti Bowl’ is Cooking*. *Journal of International Economic Law* 9(1), 197-206, 2006.

PAUWELYN, Joost, *Bridging fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands*. Disponível em: <<http://students.law.umich.edu/mjil/article-pdfs/v25n4-pauwelyn.pdf>>. Acesso em 02/08/2008.

PAUWELYN, Joost, *Fragmentation of International Law*. Disponível em: <http://www.law.duke.edu/fac/pauwelyn/pdf/fragmentation_of_international_law.pdf>. Acesso em 02/08/2008.

PAUWELYN, Joost, *Going global, Regional or Both? Dispute Settlement in the Southern African Development Community (SADC) and Overlaps with the WTO and Other Jurisdictions*, 13 *Minnesota journal of Global Trade*, 2004.

PAUWELYN, Joost. *ICTSD / GIAN-RUIG dialogue on the “Mexico Soft Drinks dispute: Implications for regionalism and for trade and sustainable development”*, *Speaker notes by Professor Joost Pauwelyn*, “Choice of jurisdiction: WTO and regional dispute settlement mechanisms: Challenges, options and opportunities”. Disponível em: <http://www.ictsd.org/dlogue/2006-05-30/dialogue_materials/Joost_Pauwelyn_speaker_notes.pdf>. Acesso em 20/07/2008.

PAUWELYN, Joost, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?*, *American Journal of International Law*, vol. 95:535, 2001.

PELLET, Alain; et al., *Direito Internacional Público*. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, 2ª ed.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich, *Proliferation and Fragmentation of Dispute Settlement in International Trade: WTO Dispute Settlement Procedures and Alternative Dispute Resolution Mechanisms*, in *Inter-Governmental Trade Dispute Settlement: Multilateral and Regional Approaches*, ed. by Julio Lacarte and Jaime Granados (2004).

REZEK, J. F., *Direito Internacional Público*. São Paulo, SP. Saraiva, 2000.

ROMANO, Cesare, *The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle*. *New York University of International Law and Politics* 31 (4):709-51.

SHANY, Yuval, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2003.

STEPHENS, Tim, *Multiple International Courts and the ‘Fragmentation’ of International Environmental Law*. 25, *Aust YBIL*, 2006.

STOLER, A.L., “*The WTO dispute settlement system: did we get what the negotiations wanted?*”, artigo apresentado na International Bar Association Conference, *Future Directions in WTO Dispute Settlement*, Geneva, 16 de Março de 2003.

Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Federativa do Brasil, a República Argentina, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (“*Tratado de Assunção*”) (MERCOSUL). Assinado em 26 de março de 1990.

UNITED NATIONS INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Study Group on Fragmentation Report*, 2002.

WTO INFORMATION AND MEDIA RELATIONS DIVISION, *Understanding the WTO*, 3rd Edition.

WTO MINISTERIAL DECLARATION, Punta del Este, 1986, Uruguay Round Opening.