

ARTIGO

A mudança de orientação da lógica de solução das controvérsias econômicas internacionais

Solution logic orientation changes in international economical disputes

MARCELO DIAS VARELLA*
ALICE ROCHA DA SILVA**

Rev. Bras. Polít. Int. 49 (2): 24-40 [2006]

Introdução

O adensamento de juridicidade do direito internacional econômico tem permitido uma mudança de lógica na evolução das negociações internacionais. Isso ocorre em função do maior grau de legitimidade e de importância dos mecanismos de solução de controvérsias, em especial na Organização Mundial do Comércio (OMC). Com o objetivo de dar maior consistência ao sistema jurídico econômico internacional, os países mais fortes economicamente aceitam vezes em questões específicas, em função dos ganhos com a existência do sistema como um todo. Deste modo, os conflitos antes resolvidos pelo uso da força, via sanções unilaterais ou pressões sobre setores sensíveis, a partir da barganha política e da concessão ou supressão de vantagens econômicas (do inglês *power oriented*), atualmente são mais orientados por uma lógica jurídica, traçada a partir de regras especificamente criadas para a solução de conflitos internacionais (do inglês *rule oriented*).

O novo entendimento é o de que o meio internacional é marcado por disputas de poder e de interesses fortemente relacionados ao comércio internacional, que deve ser regulado por um sistema normativo que busque o equilíbrio e a harmonia entre os Estados. Este sistema só veio a ser desenvolvido após a Segunda Guerra Mundial, com a instituição do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (Gatt), mas ainda era marcado por fortes características de orientação pelo poder.

* Doutor em Direito pela Universidade de Paris, professor dos cursos de graduação e mestrado do Centro Universitário de Brasília – Uniceub e pesquisador do CNPq (marcelo.varella@laposte.net).

** Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – Uniceub e doutoranda em Direito na Université d’Aix-en-Marseille III, na França (rochaalice@yahoo.com.br).

O Gatt foi peça fundamental para a evolução gradual da institucionalização e adensamento jurídico do sistema de comércio internacional, que veio a se consolidar com a instituição da Organização Mundial do Comércio (OMC), resultante da última rodada de negociações do Gatt, Rodada Uruguaí de 1994. Esta nova organização trouxe ainda o aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsias, fortalecendo o novo contexto guiado por normas pré-definidas. Atualmente, o Organismo de Solução de Controvérsias já foi provocado em mais de trezentos casos distintos, tornando-se um dos principais instrumentos internacionais de solução de litígios existentes, e certamente o mais importante instrumento no âmbito do direito internacional econômico.

A análise destas mudanças evidencia que a OMC vem ganhando maior legitimidade e respeito por parte de seus usuários, visto que casos concretos demonstram a real possibilidade de utilização de mecanismos de retaliação mesmo quando se trata de países mais fracos contra países muito mais fortes. O aumento do número de países em desenvolvimento que recorrem a este sistema, assim como o ganho real destes contra países desenvolvidos demonstra isso.

No artigo a seguir busca apresentar as duas lógicas de orientação das controvérsias econômicas internacionais, tanto antes como após a instituição da OMC. A partir do estudo de casos concretos analisados por este órgão será demonstrada sua evolução, além da conseqüente mudança de orientação de sua lógica que atualmente está muito mais atrelada a fatores de ordem jurídico-legal do que no período em que o Gatt era o único instrumento regulador das trocas comerciais internacionais.

O sistema tradicional: um sistema predominantemente dirigido pela força

Até os anos 90, o direito internacional econômico era utilizado como um instrumento secundário para solução dos conflitos econômicos internacionais. Isto porque, na defesa de seus interesses, os Estados buscavam a solução de conflitos desta natureza preponderantemente por meio de negociações diplomáticas, evitando levar o tema aos instrumentos jurídicos internacionais de solução de litígios, baseados em tratados bilaterais ou multilaterais. Ainda hoje, as negociações diplomáticas ocupam um lugar de bastante importância, mas percebe-se um aumento da utilização das regras multilaterais como instrumento limitador ou mesmo como guia destas.

Neste sentido, pode-se dizer que as negociações diplomáticas eram guiadas principalmente pela força, o que em inglês, conhece-se por *power oriented*. De modo mais preciso, não era a força, mas a assimetria de poder nas diversas áreas, que tornava possível às nações mais fortes imporem seus interesses, sendo que no comércio internacional, esta assimetria era definida em função das

capacidades econômicas dos Estados. Em outras palavras, era a estratégia de troca de barganhas envolvendo desde promessas de ajuda até concessões tarifárias, se valendo da vantagem de maior poder em relação ao outro. Tal lógica estaria em contraposição ao *rule-oriented*, utilizado, anos mais tarde, em instituições que buscavam a máxima adesão e conformidade dos membros com os preceitos defendidos por estas, formuladas com o intuito de melhorar a situação de todos.¹

Para a escola realista² das relações internacionais³, as negociações internacionais guiadas por este direito internacional econômico orientado pela força eram interpretadas como algo inevitável e dificilmente mutável, por ser elemento natural da co-existência entre Estados mais fortes com os mais fracos.

Em linhas gerais, verificamos que para a corrente realista os Estados são soberanos e não se sujeitam a nenhum regime que implique em subordinação como ocorre na esfera nacional. O que existiria seria um regime de subordinação entre eles, não podendo haver normas internacionais com poder de coerção e sim normas principiológicas que harmonizem esta convivência. Além disso, os únicos atores internacionais a serem considerados nesta teoria são os Estados tendo o poder como a elemento motriz. O poder estaria distribuído entre os Estados, que além de lutar pela conquista ou manutenção deste ainda teriam que lidar com outras variáveis no sistema internacional, as quais muitas vezes são determinantes para o posicionamento dos atores como as pressões internacionais e o peso que cada modalidade de poder representa neste cenário moderno.⁴

Se sob a ótica realista das relações internacionais, a imposição de regras pelos Estados mais fortes era natural, do ponto de vista jurídico, era considerado como uma espécie de afronta aos princípios fundamentais do direito internacional público, como a igualdade soberana entre as nações ou o princípio

¹ JACKSON, John H. *The jurisprudence of Gatt and the WTO – Insights on treaty law and economic relations*. Cambridge University Press, 2000, p. 279.

² A escola realista foi criada a partir do paradigma de mesmo nome, sendo que além deste, as relações internacionais trabalham com os paradigmas do idealismo, da dependência ou estruturalista e da interdependência ou transnacional. As grandes teorias das relações internacionais podem ainda ser divididas sob a perspectiva do confronto e da cooperação intrínseco a este campo de estudo. De acordo com a corrente do confronto existiriam os defensores do realismo e os adeptos do marxismo e em relação a corrente da cooperação existiriam as teorias do federalismo, funcionalismo e sistemática. Argumenta-se que nenhuma delas seria satisfatória de modo isolado, devendo ser vista de modo complementar. Para mais informações ver: SOCCOL, Brice. *Relations internationales*. Orléans: Paradigme, 2003, p. 139 a 144.

³ A menção ao ramo das relações internacionais se justifica pela interdisciplinaridade entre este e o direito internacional, visto que o estudo do direito pressupõe a abordagem das relações entre seus sujeitos, sendo que quando tais relações ultrapassam fronteiras e envolvem vários Estados, surge o direito internacional justamente para regular os laços e contatos entre povos e nações, definindo, portanto, a interdisciplinaridade existente entre direito internacional e relações internacionais.

⁴ BEDIN, Gilmar Antonio (et al.). *Paradigmas das relações internacionais: realismo-idealismo-dependência-independência*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 62-64.

da autodeterminação dos povos.⁵ O direito internacional prefere exilar as considerações políticas, que propriamente não fazem parte da ciência jurídica. Todavia, tal afronta era amenizada pela posição secundária conferida ao direito internacional econômico.

O direito internacional econômico era, portanto, o resultado das negociações políticas internacionais entre os Estados e sendo assim, o confronto de interesses e a diferença de poder entre estes causavam a instabilidade deste subsistema jurídico, que mudava ao gosto das nações mais fortes, principalmente Estados Unidos e União Soviética mas também França, Reino Unido, China e Alemanha. A diferença de força possibilitava mudanças constantes nas regras jurídicas internacionais, consubstanciadas nas mudanças de interpretação dos preceitos legais existentes e na pouca efetividade dos mecanismos de soluções de controvérsias.

A mudança constante das normas jurídicas internacionais não significa uma simples evolução dos tratados econômicos, mas a imposição de normas pelos países mais fortes aos mais fracos. Isso ocorreu em diversos setores produtivos ao longo das últimas décadas, como, por exemplo, no tocante à agricultura e à propriedade intelectual. Nenhum destes dois casos se configura em uma disputa Norte-Sul, mas na disputa de interesses entre Estados mais fortes e mais fracos economicamente, pois há países desenvolvidos e países em desenvolvimento em cada um dos lados em disputa nestes temas. Sendo que por causa da lógica do sistema jurídico, guiado pela força, tais disputas sempre resultaram em ganhos unilaterais para os mais fortes.

O caso da agricultura é marcante. Nos manuais europeus de direito internacional público⁶, encontramos a agricultura como um exemplo do bastão e da cenoura, onde o burro sempre caminha em direção a cenoura, sem nunca conseguir alcançá-la. De fato, ao longo de quase toda a segunda metade do século XX, as Comunidades Europeias acenaram ganhos futuros no setor agrícola, em troca de aberturas comerciais sobre outros setores no presente. Os países exportadores fizeram diversas concessões, com reduções aduaneiras, diminuição das barreiras não-alfandegárias, sem muito receber em troca. Os Estados Unidos fizeram o mesmo em relação a determinados produtos, como

⁵ A determinação dos princípios fundamentais do direito internacional varia na doutrina. Segundo SCHWARZENBERGER, sete princípios fundamentais formam o corpo do direito internacional geral, quais sejam: soberania, reconhecimento, consentimento, boa-fé, legítima defesa, responsabilidade internacional e liberdade dos mares. SCHWARZENBERGER, G. The fundamental principles of international law, RCADI, vol. 87, 1955-I, p. 195 – 385. In: KOLB, Robert. *Les cours généraux de droit international public de l'Académie de La Haye*. Bruxelas: Bruylant, 2003, p. 290 a 305. Já ZEMANEK os divide em quatro princípios: interdição do uso da força, interdição da intervenção, regramento pacífico dos diferendos e solidariedade. ZEMANEK, K. The legal foundations of the international system. General course on public international law, RCADI, vol. 266, 1997, p. 9-336. In: KOLB, Robert. *Les cours généraux de droit international public de l'Académie de La Haye*. Bruxelas: Bruylant, 2003, p. 991 – 1025.

⁶ DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Droit international public*. 7 ed. Paris: L.G.D.J, 2002.; COMBACAU, Jean; SUR, Serge. *Droit international public*. 6 ed. Paris: Montchrestien, 2004.

as promessas sobre o setor cotonicultor, o que somente começou a não mais dar resultados depois da mudança de orientação no sistema⁷.

A agricultura somente foi excluída de um tratamento geral dado aos demais produtos nos anos 50. A principal razão para sua exclusão de um tratamento geral é porque se desejava proteger os agricultores europeus e norte-americanos contra a concorrência dos agricultores dos países agroexportadores, quase todos em desenvolvimento, que por terem mão-de-obra mais barata e certas vantagens naturais, conseguiam produzir seus produtos a preços mais baixos. Não foi feita exceção semelhante a setores dos países em desenvolvimento. Para reverter este quadro, ao longo dos anos 70 e 80, diversas concessões foram feitas a vários setores, tais como reduções aduaneiras, conversão de barreiras não-alfandegárias em barreiras alfandegárias, sempre com a promessa de uma nova abertura agrícola posterior.

Neste momento, havia diversos grupos de interesse a favor ou contra modificações mais importantes nas regras jurídicas. Os favoráveis à abertura agrícola eram conhecidos como Grupo de *Cairns*, e concentrava países exportadores agrícolas, entre os quais o Brasil, a Argentina, os Estados Unidos, o Canadá e a Austrália, ou seja, países desenvolvidos e países em desenvolvimento. A favor do protecionismo agrícola, encontravam-se as Comunidades Europeias e, conforme o caso, também os Estados Unidos, além de diversos países importadores líquidos de alimentos. Ao final da Rodada Uruguai, o Acordo Agrícola da OMC previu um período de dez anos para o início da redução dos subsídios na agricultura, enquanto praticamente todos os outros setores relacionados tiveram impactos imediatos, o que demonstra que até a confecção do acordo, o sistema era muito mais dirigido pela força do que por uma lógica jurídica coerente. Em outras palavras, a organização dos atores envolvidos, o desejo de participar da abertura econômica global, mas principalmente a assimetria de poder contribuiu para que os países agro-exportadores fizessem concessões maiores do que os ganhos com a Rodada Uruguai.

O mesmo se passa com o tema propriedade intelectual, este de maior interesse dos países desenvolvidos. No caso da propriedade intelectual, os grupos de interesse são diferentes, sendo três os grandes grupos que se destacam: os países produtores de tecnologia, os países adaptadores e os países excluídos da produção tecnológica. Os países produtores são Estados Unidos, França, Reino Unido, Holanda, Japão e Alemanha que, juntos, produzem 83% das inovações mundiais. A concentração de patentes destes países supera 90% do total, sendo os Estados Unidos, o principal interessado neste tema.

⁷ Ver decisão da Organização Mundial do Comércio no panel entre Brasil e Estados Unidos, onde os subsídios americanos à agricultura (algodão) foram considerados ilícitos. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Estados Unidos – Subsídios ao Algodão” – WT/DS267/AB/R, 3 mar. 2005.

Os países adaptadores de tecnologia possuem competências para inovar em setores tecnológicos específicos, mas não para competir em escala global. Em determinados setores estratégicos, possuem a competência para copiar os produtos já existentes. Na verdade, são certas regiões específicas de países que detém esta capacidade, como as regiões Sul e Sudeste do Brasil; a região de Buenos Aires, na Argentina; de Santiago, no Chile; a Cidade do México; o Sul da Índia; o Oeste da Turquia; o Leste da China, entre alguns poucos outros. Os demais países do globo são excluídos da tecnologia.

Enquanto inexistiam regras para propriedade intelectual de determinados setores importantes, como os produtos farmacêuticos, os países adaptadores podiam copiar os medicamentos que precisavam e vendê-los a preços mais baratos aos mercados nacionais e por vezes, internacionais. Isto demonstra porque tanto os países adaptadores, quanto os excluídos da produção tecnológica não eram favoráveis a um rígido sistema de propriedade intelectual sobre setores estratégicos, como no tocante a acesso a medicamentos, por exemplo, uma vez que o monopólio da exploração conferido pelas patentes acarretaria em um aumento importante nos preços.

As discussões para a adoção de um regime jurídico global sobre propriedade intelectual começaram no início dos anos 80, sobretudo em função das pressões dos setores de produção de software e fármacos. A estratégia de ação dos países mais interessados em um regime internacional foi tipicamente de um sistema orientado pela força. Os Estados Unidos, principalmente, mas também França, Reino Unido e Alemanha iniciaram uma estratégia de pressão e sanções sobre os países mais fracos para a adoção de uma regulamentação internacional.

A estratégia norte-americana era fundamentada em uma negociação em dois níveis: sobre cada um dos principais Estados contrários ao regime jurídico global e sobre o conjunto dos Estados, no âmbito da Rodada Uruguai do Gatt, o que foi conhecido por dupla diplomacia. O objetivo era retirar da negociação os países mais resistentes, que lideravam o conjunto de países contrários, para diminuir as posições contrárias ao Acordo sobre os aspectos de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio – Trip's, do inglês *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*. O método consistia em impor sanções comerciais unilaterais a estes países, para que os mesmos aprovassem normas internas e, assim, perdessem o interesse próprio na evolução do regime global.

Em relação às pressões exercidas sobre cada um dos principais Estados contrários ao regime jurídico global, a estratégia sobre o Brasil foi marcante. No plano nacional, os Estados Unidos ameaçaram o Brasil de sanções unilaterais caso não houvesse um reforço das normas de propriedade intelectual. Nesta época, o Brasil concentrava um terço de suas exportações de produtos em geral para o mercado norte-americano, ao passo que para os Estados Unidos, as exportações ao Brasil representavam apenas 0,25%. Logo, uma retaliação

unilateral norte-americana tinha grandes impactos sobre a economia brasileira. Ao Brasil, era impossível contra-retaliar possíveis sanções, visto que ainda não existia a OMC, instituída somente em 1995, ou qualquer outra organização internacional efetiva no sentido de possibilitar o recurso a uma instância multilateral para evitar sanções unilaterais.

O ato unilateral utilizado pelos Estados Unidos foi a seção 301 original, estabelecida em seu *Trade Act* de 1974, com a finalidade de abertura de mercados e combate à concorrência desleal. Todavia, em 1983, o Escritório de Orçamento do Congresso dos Estados Unidos indicou que, era importante para os Estados Unidos a eliminação de barreiras em setores em que o país detinha liderança como alta tecnologia e propriedade intelectual. Neste sentido, deveriam ser tomadas medidas que combatessem a restrição à entrada destes bens em mercados estrangeiros, juntamente com um combate à falta de proteção à propriedade intelectual.⁸

Com base neste apontamento, em 1984, foram acrescentados alguns pontos na seção 301 original, como a seção 502b, sendo uma das questões em destaque justamente a propriedade intelectual.⁹ Com este acréscimo, o Executivo norte-americano foi autorizado a sancionar os países que no seu entender, não possuíam normas adequadas à proteção da propriedade intelectual¹⁰. Neste mesmo ano, o Brasil aparece na lista dos países em investigação, sendo objeto de avaliação a lei de informática e em 1985, a não-proteção ao *software*. Vale ressaltar, o uso da força pelo governo norte-americano e a arbitrariedade de seus atos, visto que nesta data, conforme mencionado, ainda não havia nenhum acordo ou ato internacional que criasse obrigações à propriedade intelectual.¹¹

Face à resistência do Brasil, os Estados Unidos em 20 de outubro de 1988 sancionaram o país em US\$ 250 milhões, aumentando a tarifa de importação de produtos importantes para a economia brasileira como suco de laranja concentrado, lâminas de aço e eletroeletrônicos. Estes setores eram importantes em virtude do grande emprego de mão-de-obra, do volume de recursos que trazem para o país e da forte dependência do mercado norte-americano, sem o qual toda a economia poderia sucumbir. Além disso, as exportações brasileiras estavam em plena expansão e o simples anúncio das sanções já implicou no não-fechamento de diversos contratos.

⁸ TACHINARDI, Maria Helena. *A guerra das patentes: o conflito Brasil x EUA sobre propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p.68.

⁹ Note-se que esta primeira alteração se deu antes mesmo da criação do *Omnibus Trade and Competitiveness Act* que criou as três novas categorias de seção 301, demonstrando ser a problemática da proteção à propriedade intelectual anterior a esta.

¹⁰ Entre as possíveis sanções disponíveis na seção 301 encontra-se a suspensão, retirada ou não aplicabilidade de benefícios conferidos por acordos multilaterais ou regionais, como o Nafta, OMC ou Alca.

¹¹ VARELLA, Marcelo Dias. *Propriedade intelectual de setores emergentes: biotecnologia, fármacos e informática: de acordo com a Lei nº 9.279, de 14-5-1996*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 41.

Neste ponto, vale destacar que a verdadeira razão para as sanções unilaterais contra o Brasil não era a perda econômica causada pela pirataria às indústrias farmacêuticas americanas, mas a liderança que o país exercia contra o avanço do Trip's. Isto vem esclarecer porque somente este setor foi sancionado, enquanto outros em que não foram constatados progressos em relação à transferência de tecnologia como a indústria automobilística, não houve qualquer investigação. Apesar de alegarem que o Brasil não possuía *nenhuma* legislação nacional adequada à proteção da propriedade intelectual, quando comparado ao que os norte-americanos consideravam como ideal.¹²

As retaliações duraram até 91, quando o Executivo brasileiro ofereceu um projeto de lei sobre propriedade intelectual¹³, exatamente como os Estados Unidos desejavam. Como o projeto não fora aprovado de imediato no Congresso Nacional, de tempos em tempos, o governo norte-americano fazia ameaças de novas retaliações. Desta forma, se o projeto não fosse aprovado até início de 95, o Brasil seria sancionado em U\$ 1,8 bilhões, também sobre setores sensíveis. Para evitar novas retaliações, no mesmo ano foi aprovada a lei de propriedade intelectual¹⁴, seguida logo depois pelas leis de proteção de cultivares¹⁵, de *software*¹⁶ e de direitos autorais¹⁷.

Do lado do Brasil, sua posição era contrária à americana. Externamente, mantinha-se contrário ao avanço do Trip's. Internamente, o Executivo tentava aprovar uma norma de propriedade intelectual de acordo com as exigências americanas, mas era impedido pelo Congresso Nacional. O consenso sobre a aprovação da maior parte dos pontos da norma se deu antes do fechamento do Trip's, mas certos aspectos, como o patenteamento de microrganismos transgênicos somente foi acordada após a criação da OMC. O país passou a aceitar o patenteamento na área farmacêutica já em 1996, não usando do direito concedido pelo Trip's de postergar o início da vigência do patenteamento neste setor estratégico.

No plano internacional, no âmbito do Gatt, as negociações continuavam, mas com a retirada do Brasil, do México (em função do seu ingresso no Nafta), da Turquia (pressionada pela França, Reino Unido e Alemanha), não houve mais força suficiente para evitar normas mais efetivas no contexto do Trip's. Com a aprovação deste acordo, o sistema de propriedade intelectual, que era um regime jurídico válido num pequeno clube de aproximadamente quarenta países ricos, foi estendido a 150 Estados-membro da OMC.

¹² TACHINARDI, Maria Helena. *A guerra das patentes: o conflito Brasil x EUA sobre propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p 113.

¹³ Projeto de Lei nº 824/91.

¹⁴ Lei nº 9.279, sancionada em 14 de maio de 1996, consequência da aprovação do Projeto de Lei no. 824-H/91, em 15 de abril de 1996.

¹⁵ Lei nº 9.456 de 25 de abril de 1997.

¹⁶ Lei nº 9.609 de 19 de fevereiro de 1998.

¹⁷ Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.

Estes e outros exemplos demonstram como ocorre a construção do direito internacional em um sistema político guiado pela força. Países mais fortes utilizavam a assimetria conferida pelo fator econômico para impor novos sistemas normativos a países mais fracos, assim como interpretá-los, modificá-los ou extingui-los. Estes sistemas atendem aos interesses econômicos dos países mais fortes, contribuindo para a manutenção da desigualdade mundial.

As diversas tentativas de união entre os países em desenvolvimento para formação de blocos de negociação sobre setores específicos não foram bem sucedidas, ressaltando-se algumas exceções. A falta de cogência das resoluções da Assembleia Geral em favor do desenvolvimento ou a pouca efetividade do tratamento especial e diferenciado do Gatt, mesmo com a parte IV acrescentada na Rodada Tóquio demonstram isso.

Dessa forma, a evolução do direito internacional estava quase que totalmente atrelada a interesses políticos e econômicos dos Estados e pouco ou quase nada a lógica própria do sistema, o que pode ser identificado como a heteropoiese do direito internacional econômico tradicional. Isso provocava uma evolução desigual das normas jurídicas, com o aumento mais rápido da liberalização dos produtos fabricados pelos países ricos, como os intensivos em tecnologia e a não-liberalização, na mesma proporção, dos produtos fabricados pelos países em desenvolvimento, como os intensivos em mão-de-obra, tais como os produtos agrícolas.

A construção de um sistema orientado por normas

Após a instituição da OMC, percebe-se que o direito internacional econômico torna-se muito mais juridicizado do que antes. O aparato legal abrange mais temas e assuntos, que antes eram da responsabilidade exclusiva dos Estados. Além disso, houve uma mudança em relação à especificidade das normas, visto que passaram a considerar detalhes que também eram da exclusiva competência interna. O direito internacional econômico ganhou um viés de maior complexidade e tecnicidade, dando menor espaço para interpretações políticas. Em outras palavras, ocorreu um adensamento de juridicidade do direito internacional econômico, o qual se tornou mais efetivo na solução das controvérsias econômicas internacionais.

O objetivo principal da OMC é expandir o comércio internacional. Atrelado a este objetivo está a filosofia do novo sistema jurídico de que, com maior segurança jurídica, menos tarifas aduaneiras e menos barreiras não-alfandegárias, ocorre um aumento importante do comércio internacional.¹⁸ Interessante a

¹⁸ “Such guidance is very necessary for investment decisions, market opening decisions, technological decisions, and so forth. In economists’ terms, this is a system that will reduce the so-called risk premium for some of those decisions.” JACKSON, John H. Designing and implementing effective dispute settlement procedures: WTO Dispute Settlement, appraisal and prospects. In:

verificação de que de certa forma, este processo foi muito similar ao ocorrido no fim da idade média, onde as fronteiras feudais deram espaço à construção dos Estados nacionais, para a criação de territórios mais amplos e expansão do comércio. Entretanto, a diferença é que a dimensão atual de expansão de territórios, ganhou uma escala planetária com o fenômeno da globalização.

A segurança jurídica é um elemento fundamental no estabelecimento de relações entre os Estados sendo garantida por instrumentos que asseguram a efetividade das normas estabelecidas. No caso da OMC, dois órgãos principais garantem este acompanhamento: o Órgão de Revisão de Políticas Comerciais, que verifica o cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados-membro, e o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), que serve como uma instância quase judicial para o julgamento dos litígios entre os Estados.¹⁹

Para auferir maior legitimidade à OMC e promover a segurança jurídica, o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) foi criado como um órgão técnico e não político, que trata suas decisões com um grau importante de tecnicidade jurídica, seguindo os princípios do direito internacional público. A este foi conferida uma competência estendida, tratando todos os setores abrangidos pela OMC, tanto em casos de violação como de não-violação.²⁰ Suas decisões seguem a lógica do direito internacional econômico e os seus árbitros (ou juízes, conforme a interpretação) têm autonomia importante para decidir entre aplicar ou não um tratado de fora do sistema.

Os princípios do direito internacional econômico têm prevalência sobre os demais ramos do direito o que, somado a uma forte valorização dos precedentes estabelecidos pelos *panels* anteriores, evita problemas de falta de coerência entre as decisões. A mistura de um sistema judicial de direito romano com características do regime da *common law* contribui para um sistema internacionalmente aceito. Além disso, ao contrário do antigo Gatt, na OMC instituiu-se o consenso negativo para rejeitar a decisão de um *panel*, o que torna muito difícil a não-adoção de um relatório do OSC. Pelo consenso negativo, para que um relatório seja recusado deve haver um consenso contra o relatório. No antigo Gatt, o consenso positivo era necessário para aprovar o relatório do *panel*, o que tornava o sistema muito frágil, uma vez que o Estado derrotado podia vetar a aprovação do relatório. O novo sistema se mostrou legítimo e de

¹⁹ O Órgão de Solução de Controvérsias da OMC pode ser caracterizado como um órgão jurisdicional de acordo com a definição encontrada em SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelas: Bruylant/AUF, 2001. p. 791. “Expression générale désignant toute institution permanente ou ad hoc pour le règlement juridictionnel de différends internationaux conduisant à une solution obligatoire pour les parties.”

²⁰ O artigo 26.1 (b) do Memorando do acordo sobre solução de controvérsias, dispõe que no caso em que se constate que uma medida anule ou comprometa vantagens resultantes de um determinado acordo, mesmo que esta não viole nenhum dispositivo, poderá ser objeto de reclamação, devendo ser determinado pelo OSC não a retirada da mesma e sim o ajuste de modo mutuamente satisfatório. Tais determinações possuem são facultativas de acordo com a alínea (c) do mesmo parágrafo.

certa forma neutro, ao condenar e tornar efetiva a condenação de países economicamente mais fracos contra países mais fortes.

Associado a estes elementos combinados de modo a assegurar a eficácia do mecanismo, temos o fato de que além da adoção das decisões do painel ser automática, podendo ser modificada somente por decisão do Órgão de Apelação, a execução também é uma fase do processo que sofre uma vigilância multilateral, visto que as sanções devem ser autorizadas pelo OSC, sendo guiadas pelo princípio da equivalência, ou seja, não pode exceder a compensação requerida.²¹ Tudo isso foi fundamental para este novo sistema, visto que diminuiu a utilização do *power-oriented* pelos países perdedores, que poderiam agir unilateralmente para bloquear painéis e decisões contrárias a seus interesses.

A lógica justificadora da manutenção de um sistema com maior grau de juridicidade pelos países mais poderosos é que o cumprimento das decisões do OSC contribui com a legitimidade do sistema como um todo. Assim, preferem arcar com as perdas do cumprimento de uma decisão pontual do OSC do que abalar o grau de confiabilidade do regime jurídico instaurado. O ganho não vem de cada ponto específico, mas do cenário jurídico instaurado pelos acordos da OMC, que garante maior liberalização do comércio global. Caso os países mais poderosos utilizem sua força para não cumprir uma determinada decisão ou contra-atacar retaliações autorizadas a um país menos forte pelo OSC, haveria a perda de legitimidade do sistema e, a médio ou longo prazo, o seu colapso. O resultado seria o retrocesso na conquista da segurança jurídica e a possibilidade de retorno a um sistema mais protecionista.

Assim, quando um país descumpra o direito internacional econômico, ele pode ser acionado no OSC por qualquer outro país interessado. O OSC irá decidir se o país deve mudar sua legislação interna e, caso não cumpra a decisão, poderá sofrer retaliações de qualquer outro país. Afinal, com base no cumprimento do princípio da igualdade entre os Estados, não importa a diferença de poder econômico entre as partes.

Além disso, a OMC institui um Órgão de Apelação, que funciona como uma segunda instância, responsável por verificar os fundamentos legais do relatório do painel e das suas conclusões, reforçando ainda mais o *rule-oriented* do sistema. Enfim, a OMC possui meios suficientes para impor as decisões dos painéis e permitir que o ganhador das disputas aplique retaliações no caso do perdedor manter medidas incompatíveis com suas regras. Vale ressaltar que o objetivo da organização não é o de punir os Estados-membro e sim buscar reforçar a observância das regras comerciais multilaterais e a adoção de práticas

²¹ RUIZ FABRI, Hélène. Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'OMC: JDI 2000, p. 605; RUIZ FABRI, Hélène; SOREL, Jean-Marc. L'Organisation du commerce international, p. 93. In: BÉGUIN, Jacques; MENJUCQ, Michel (direction) *Droit du commerce international*. Paris: LexisNexis, 2005, p. 65 a 167.

compatíveis com os acordos negociados. Sendo que, a qualquer momento, o conflito pode ser solucionado e o caso encerrado por meio de um acordo entre as partes envolvidas no contencioso.

Quando da criação da OMC, dizia-se que os Estados Unidos iriam se retirar da organização caso perdessem três processos importantes (*three strikes out*). Percebe-se que não foi o que ocorreu. Mesmo tendo perdido dezenas de casos, a maior potência econômica do planeta cumpre a maior parte das decisões que perde, preferindo os ganhos da legitimidade do sistema a não arcar com as possíveis perdas pontuais provenientes do cumprimento da decisão. O mesmo tem sido observado em relação à reação dos países das Comunidades Européias.

O OSC serve como um instrumento catalisador da capacidade de ação dos países mais fracos contra os mais fortes. A igualdade conferida entre os Estados possibilita aos mais fracos agirem contra os mais fortes, impondo o cumprimento do direito internacional, o que dificilmente seria possível no sistema anterior, preponderantemente orientado pela força. Por meio da atuação do OSC, países mais fracos podem forçar os mais fortes a cumprirem o direito internacional. Podem até mesmo retaliar estes países, sem serem retaliados em contrapartida. Sendo assim, a necessidade e importância de se manter um sistema legítimo como um todo passa a ser utilizada como um instrumento para garantir a efetividade das decisões.

Neste sentido, percebe-se um aumento significativo da participação dos países em desenvolvimento nos processos perante o OSC.²² Se durante o sistema do Gatt a participação dos países em desenvolvimento era minoritária, no OSC ela é preponderante. Desde o primeiro caso julgado, em que se opunha os Estados Unidos ao Brasil e à Venezuela em relação à gasolina²³, passando por diversos outros, percebemos ganhos dos países em desenvolvimento que forçaram os países mais poderosos a mudarem sua atitude e em muitos casos até mesmo sua legislação.

No tocante à agricultura, por exemplo, as decisões do Grupo Especial sobre o caso do açúcar envolvendo Brasil e Comunidades Européias²⁴ mostram a força do sistema orientado por normas da OMC. Na nova ótica, as Comunidades Européias foram duramente pressionadas para acabar com os

²² De fato, cerca de 30 % dos casos analisados pelo OSC foram iniciados por países em desenvolvimento. Sob um ponto de vista puramente estatístico pode se considerar que o número de países em desenvolvimento que iniciam os casos são maiores do que o de países desenvolvidos, visto que, mesmo se existem mais casos iniciados por países desenvolvidos, estes fazem parte de um pequeno grupo, ao passo, que em relação aos em desenvolvimento o número é bem maior. CANAL-FORGUES, Eric. *Le règlement des différends à l'OMC*. Bruxelas: Bruylant, 2003, p. 7.

²³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. “Estados Unidos – Normas relacionadas a gasolina nova e fórmulas antigas” – WT/DS4 (Brasil) e WT/DS2 (Venezuela), 10 abr. 1995.

²⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Comunidades Européias – Subsídios a exportação do açúcar” – WT/DS266/AB/R, 28 abr. 2005.

fortes subsídios ao açúcar de beterraba. A verdadeira pressão não advém de fato do Brasil ou dos demais exportadores de açúcar, mas de outros setores europeus que seriam prejudicados com a falta de efetividade da OMC, que poderia advir do descumprimento da decisão do OSC.

O uso da política no interior das normas: o golpe dos Davids contra os Golias

Os países mais fracos política ou economicamente, ou mesmo os mais fortes, mas menos poderosos do que os Estados Unidos têm otimizado as decisões jurídicas do OSC com o uso de instrumentos políticos para o procedimento de escolha de sanções. Ou seja, tais Estados fazem uso de recursos de um sistema orientado pela força, dentro da lógica de um sistema orientado por normas (*power oriented inside the rule oriented system*). Isso possibilita o melhor êxito na conquistas de efetividade das decisões do OSC.

Esta prática consiste em aproveitar a decisão da OMC, para fragilizar os grupos econômicos nacionais dos países mais fortes que perdem com esta decisão. Em determinados casos, mesmo após uma decisão do OSC, o Estado poderia estar tentado a não seguir a decisão do painel, para continuar a beneficiar um determinado setor econômico, por ser forte politicamente ou por questões sociais, não reconhecidas pela OMC. Neste caso, o Estado sofre a retaliação aprovada pela OMC, não faz contra-medidas, mas satisfaz os grupos econômicos do seu interesse. Este foi o caso, por exemplo, da resistência europeia à importação de carne bovina com hormônios dos Estados Unidos, quando as Comunidades Europeias preferiram sofrer sanções comerciais, como a sobretaxa de vinhos e queijos exportados ao Estados Unidos do que liberar a importação de carne com hormônios.²⁵

Alguns países em situações de assimetria de poder, no entanto, procuram criar dilemas dentro do país resistente, economicamente mais forte. O instrumento mais utilizado é a escolha pontual dos setores a serem sancionados com a permissão de retaliação comercial pelo OSC. Ao invés de escolher simplesmente um setor economicamente mais forte, que poderia não ter qualquer relação com aquele que está no cerne da controvérsia, procura-se atingir indiretamente o próprio setor beneficiado com a inércia do executivo do Estado perdedor, colocando outros setores politicamente fortes internamente contra ele.

Inúmeros casos dentro da OMC servem como ilustração a esta tática. Japão e Brasil são exemplos de países que souberam escolher setores de retaliação para impor medidas efetivas aos Estados Unidos. O Japão utilizou-se deste

²⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Estados Unidos – Subsídios ao Algodão” – WT/DS267/AB/R, 3 mar. 2005.

recurso no caso Estados Unidos – Emenda Byrd.²⁶ Neste caso, os Estados Unidos criaram um tributo para a importação de aço estrangeiro, que dificultava a venda pelas empresas siderúrgicas multinacionais no território norte-americano. Além disso, repassava os recursos arrecadados com a cobrança para as empresas americanas, objetivando ganhos em competitividade. Era um duplo golpe às empresas estrangeiras, que rapidamente perderam o mercado. A ação americana vinha do apoio destas empresas siderúrgicas ao presidente Bush, durante a campanha presidencial.

A escolha dos setores a serem retaliados veio de uma estratégia mais política do que econômica. Tendo em vista a proximidade das eleições, o Japão escolheu retaliar produtos de estados americanos com um número elevado de grandes eleitores. Ou seja, as empresas dos EUA que iriam sofrer a retaliação derivada do apoio a indústria siderúrgica seriam dos estados com maior número de votos. Por conseguinte, os empresários destes estados se mobilizaram para não serem sancionados, e pressionaram a Casa Branca a suprimir os subsídios às empresas siderúrgicas. A administração Bush teve que decidir entre manter o apoio às empresas siderúrgicas, que ajudavam financeiramente na campanha para a reeleição, ou manter os votos dos estados que seriam prejudicados pelas retaliações japonesas. O exemplo japonês estava sendo seguido por outros países, aumentando o impacto sobre os estados importantes na eleição. Para não perder os eleitores, os benefícios à indústria foram suprimidos.

Uma situação similar ocorreu entre Estados Unidos e o Brasil, no caso dos subsídios ao algodão.²⁷ Os Estados Unidos se negavam a identificar no processo a lista dos beneficiados com os subsídios e respectivos valores recebidos. A prova foi obtida pelo Brasil, e apresentada ao Órgão de Solução de Controvérsias, comprovando a irregularidade dos subsídios em relação ao acordo agrícola. Pelo documento, percebeu-se que um número relativamente pequeno de produtores de algodão recebiam valores expressivos de subsídios para exportar o produto. O Órgão de Solução de Controvérsias deu ganho de causa ao Brasil, condenando os Estados Unidos a eliminar os subsídios indevidos.

Como os Estados Unidos não demonstravam uma intenção convincente de dar cumprimento à decisão do OSC, o governo brasileiro solicitou autorização para retaliar os Estados Unidos em matéria de propriedade intelectual, especialmente sobre produtos farmacêuticos. No caso, iria passar a produzir produtos farmacêuticos internamente, a preços mais baixos, prejudicando as vendas dos produtos fabricados pelas indústrias farmacêuticas americanas, o que resultaria em perdas estimadas em mais de U\$1bilhão. É interessante

²⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Estados Unidos – Lei de compensação pela continuação de dumping ou manutenção de subsídios de 2000 (Emenda Byrd)” – WT/DS217/AB/R, 16 jan. 2003.

²⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Relatório do Órgão de Apelação. “Estados Unidos – Subsídios ao Algodão” – WT/DS267/AB/R, 3 mar. 2005.

notar que antes da OMC, o Brasil era sancionado pelos EUA por insuficiência das suas normas sobre propriedade intelectual e, depois da OMC, com o caso do algodão, o Brasil solicita justamente este setor para fazer suas retaliações, utilizando-se das mesmas armas que convenceram a Casa Branca a lhe impor sanções unilaterais 15 anos antes. O objetivo do Brasil era colocar em conflito os agricultores subsidiados e as empresas farmacêuticas no interior da Casa Branca. Como o setor farmacêutico é muito forte junto a Casa Branca, tendo em vista que emprega milhares de pessoas e atrai muitas divisas, teria força suficiente para impor o fim dos subsídios ilegais e, assim, evitar que eles arcassem com os custos da manutenção dos subsídios. Ao mesmo tempo, uma campanha na mídia americana também deu publicidade ao elevado volume de recursos recebido por um número restrito de fazendeiros, procurando desmitificar a idéia de que os subsídios beneficiavam a maioria dos agricultores.

É verdade que os Estados Unidos chegaram a ameaçar o Brasil de retirar seus produtos do Sistema Geral de Preferências (SGP) caso o Brasil insistisse em retaliar o setor de propriedade intelectual, alegando que o fariam pelo fato do Brasil não ter muito controle sobre a pirataria em seu território. Mas não deram prosseguimento às contra-retaliações, o que certamente abalaria a legitimidade do sistema de solução de controvérsias e da própria OMC. Além disso, a realidade atual é de que o Brasil representa um importante parceiro do Sul e em relação à retirada do Brasil do SGP, isto é pouco provável, não porque as regras não permitam, mas porque o custo político de tal atitude seria alto.²⁸ Finalmente, o Executivo norte-americano propôs a retirada dos subsídios, o que foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 2005, mostrando o início do cumprimento do relatório do Órgão de Apelação.

Além desta abertura de oportunidade de atuação aos pequenos e grandes Davids diante da força dos gigantes Golias, a consolidação de uma lógica própria do direito internacional econômico também dificulta as pressões dos países mais fortes na manutenção de práticas protecionistas contrárias aos produtos dos países em desenvolvimento. Logicamente, o sistema de forças ainda é predominante, mas o sistema de normas ganha força, principalmente quando relacionado à estratégias de sanções inteligentes. Pode-se ainda considerar que as lógicas do *power-oriented* e do *rule-oriented* estariam juntas, com a primeira prevalecendo sob a segunda. Isto porque a sistema orientado pela força ainda é predominante na formulação das normas jurídicas que guiam a solução das controvérsias. Ou seja, o poder orienta a formação das regras que definirão o direito. Todavia, percebe-se que mesmo nesta fase, os Estados nacionais e principalmente as grandes potências continuam a ter um papel importante, visto que além de utilizarem seus sistemas nacionais como inspiração para um

²⁸ PEREIRA, Celso de Tarso. Entrevista concedida a Alice Rocha da Silva. Brasília, 20 abr. 2005.

novo organismo também podem utilizá-los no preenchimento de lacunas dentro do mesmo.²⁹ Vale ressaltar que tanto em negociações internacionais quanto nas controvérsias estas duas técnicas podem coexistir, com diferentes graus de relevância.

Percebe-se assim, um aumento da autopeiose do sistema, que começa a produzir suas normas internamente, sem desconsiderar interferências externas, sendo estas ainda muito presentes e mesmo preponderantes. As pressões sobre a abertura agrícola são compreendidas neste sentido, quando países menos fortes politicamente, como o Brasil ou Argentina, conseguem impedir o avanço das negociações sobre serviços e investimentos enquanto não houver maior abertura agrícola. Parece que o adensamento jurídico do direito internacional econômico está encurtando a distância do bastão e aproximando os burros da cenoura.

Recebido em 17 de agosto de 2006

Aprovado em 5 de novembro de 2006

Resumo

O grau de juridicidade do direito internacional econômico tem crescido nos últimos anos, ocasionando alterações na lógica de solução das controvérsias econômicas internacionais. Este adensamento da juridicidade do sistema confere maior legitimidade e importância aos mecanismos de solução de controvérsias, em especial o presente na Organização Mundial do Comércio (OMC), principal instituição reguladora do comércio internacional. De acordo com a nova lógica, os países mais fortes economicamente passaram a aceitar perdas relativas a setores específicos, buscando ganhos com o estabelecimento do sistema como um todo. A nova sistemática guiada por normas pré-definidas e especificamente traçadas para a solução de conflitos internacionais (rule-oriented) veio substituir a solução destes conflitos pelo uso da força, via sanções unilaterais ou pressões sobre setores sensíveis (power-oriented). Além disso, a análise desta mudança de orientação evidencia que a OMC e seu Órgão de Solução de Controvérsias vêm ganhando maior credibilidade e respeito por parte de seus usuários, visto que casos concretos envolvendo setores como o agrícola e países desenvolvidos e em desenvolvimento demonstram a real possibilidade de utilização de mecanismos de retaliação mesmo quando se trata de países mais fracos contra países muito mais fortes.

Abstract

International Economical Law's level of jurisdiction has increased in the last years. This increase changed the logic of international economical dispute settlement system. The jurisdiction increase also gave more legitimacy and importance to dispute settlement mechanisms, specially the mechanisms pointed out by the World Trade Organization (WTO) which is the main international trade regulating institution. According to the

²⁹ JACKSON, John H. *The World Trading System – Law and policy of international economic relations*. 2. ed. Cambridge, London: The MIT Press., 1999, p. 110.

new logic of dispute settlement countries considered economically strong began to accept losses related to specific sectors in order to win with the establishment of the whole new system. The new system consists of rules that are clearly defined and that are specifically created for international dispute settlement. The new rule-oriented system replaces the power-oriented system that solved its disputes by using force, unilateral sanctions or pressuring sensible sectors. Moreover, the analysis of orientation changes shows that the WTO and its Dispute Settlement Body have gain more credibility and respect from their users since, for example, agricultural cases that involve developed and developing countries have shown that it is possible to use retaliation mechanisms even when weaker countries are against strong countries.

Palavras-chave: *Power-oriented, rule-oriented, Órgão de Solução de Controvérsias, OMC.*
Key words: *Power-oriented, rule-oriented, Dispute Settlement Body, WTO.*