

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A reclamação de não violação no GATT/OMC

Michael Nunes Lawson

Porto Alegre, maio de 2009.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A reclamação de não violação no GATT/OMC

Michael Nunes Lawson

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, sob orientação da Professora Doutora Martha Lucia Olivar Jimenez.

Porto Alegre, maio de 2009.

RESUMO

A presente dissertação objetiva contribuir para a compreensão do instituto da reclamação de não violação, previsto no art. XXIII:1(b) do Acordo General de Tarifas e Comércio (GATT) e art. 26:1 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC) da Organização Mundial do Comércio (OMC). Parte-se da premissa de que a reclamação de não violação deve ser abordada à luz da sua contraparte, a reclamação de violação (art. XXIII:1(a) do GATT).

O estudo é levado a cabo recorrendo-se a conceitos desenvolvidos em direito internacional geral. A reclamação de violação conduz a responsabilidade por atos internacionalmente ilícitos, enquanto a reclamação de não violação conduz a responsabilidade por atos não proibidos pelo direito internacional (do comércio). O contraste entre as duas reclamações manifesta-se, ademais, no que tange ao regramento respectivo, especialmente no que diz com os remédios jurídicos disponíveis.

A investigação é completada pela análise da jurisprudência do GATT/OMC que cuidou da reclamação de não violação, essencial face à amplitude da terminologia do art. XXIII:1(b). Assim, examina-se a interpretação conferida ao art. XXIII:1, *caput* – benefício, princípio da expectativa legítima (implícito), anulação ou prejuízo e nexos de causalidade –; art. XXIII:1(b) – medida –; por fim, art. XXIII:2, que versa sobre remédios jurídicos.

Palavras-chave: Reclamação de não violação – reclamação de violação – responsabilidade por atos não proibidos – responsabilidade por atos ilícitos – art. XXIII:1(b) do GATT – casuística

ABSTRACT

The present dissertation seeks to contribute to the understanding of the non-violation complaint, regulated in GATT art. XXIII:1(b) and WTO's DSU art. 26:1. It departs from the premise that the non-violation complaint must be approached in light of its counterpart, the violation complaint (GATT art. XXIII:1(a)).

The study is carried on with resort to concepts developed in general international law. The violation complaint leads to responsibility for internationally wrongful acts, whilst the non-violation complaint leads to liability for acts not prohibited by international (trade) law. The contrast between the two complaints is manifested, in addition, with regard to their respective disciplines, particularly the remedies available.

The investigation is completed by the analysis of the GATT/WTO case-law which dealt with the non-violation complaint, essential in view of the breadth of the terminology contained in art. XXIII:1(b). In this sense, it is examined the interpretation of art. XXIII:1, *caput* – benefit, the principle of legitimate expectations (implicit), nullification or impairment, nexus of causality –; art. XXIII:1(b) – measure –; lastly, art. XXIII:2, which concerns itself of remedies.

Keywords: Non-violation complaint – violation complaint – liability for acts not prohibited – responsibility for wrongful acts – GATT art. XXIII:1(b) – case-law

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Michael e Zilá, cada um à sua maneira, a quem devo tudo o que sou.

À Dinda, pelo amor de mãe.

À Professora Martha, pela orientação, e pela amizade que dispensou enquanto orientadora.

Às competentíssimas Rosmari de Azevedo e Denise Dias de Souza, funcionárias do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS.

A Felipe Krusser Primo, amigo desde sempre, pelo proveitoso convívio profissional, ainda que breve.

À Gabriela, pelo que, em tão pouco tempo, representa na vida do autor.

Ao Mais Antigo do Brasil, fonte de inspiração.

Dedico este trabalho aos meus irmãos, Camila e Bruno.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 O CONTRAPONTO NECESSÁRIO: RECLAMAÇÃO DE VIOLAÇÃO X RECLAMAÇÃO DE NÃO VIOLAÇÃO.....	16
1.1 A UTILIDADE DAS CATEGORIAS FORNECIDAS PELO DIREITO INTERNACIONAL GERAL: RESPONSABILIDADE POR ATOS <i>ILÍCITOS</i> X RESPONSABILIDADE POR ATOS <i>NÃO PROIBIDOS</i>	30
1.1.1 Responsabilidade por atos <i>ilícitos</i>	31
1.1.2 Responsabilidade por atos <i>não proibidos</i>	40
1.2 A RECLAMAÇÃO DE <i>VIOLAÇÃO</i> : RESPONSABILIDADE POR ATOS <i>ILÍCITOS</i> EM DIREITO INTERNACIONAL DO COMÉRCIO.....	47
1.2.1 Regramento	50
1.2.2 Remédios Jurídicos	59
1.3 A RECLAMAÇÃO DE <i>NÃO VIOLAÇÃO</i> : RESPONSABILIDADE POR ATOS <i>NÃO PROIBIDOS</i> EM DIREITO INTERNACIONAL DO COMÉRCIO.....	67
1.3.1 Regramento	72
(a) <i>Em geral</i>	73
(b) <i>TRIPS</i>	75
(c) <i>GATS</i>	78
1.3.2 Remédios Jurídicos	80
2 A RECLAMAÇÃO DE NÃO VIOLAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO GATT/OMC.....	85
2.1 O <i>CAPUT</i> DO ARTIGO XXIII:1 DO GATT.....	95
2.1.1 “No caso de uma Parte Contratante considerar que um <i>benefício</i> qualquer resultante para ela, direta ou indiretamente, do presente Acordo”.....	96
2.1.1.1 <i>Benefício</i>	98
(a) <i>Benefício: condições de concorrência ou volumes de comércio?</i>	98

(b) <i>A reclamação de não violação protege apenas benefícios decorrentes do artigo II do GATT?</i>	105
2.1.1.2 <i>O princípio da expectativa legítima</i>	115
2.1.2 “está sendo anulado ou prejudicado (...), em consequência:”	130
2.1.2.1 <i>Anulação ou Prejuízo</i>	130
2.1.2.2 <i>Nexo de causalidade</i>	132
2.2 A ALÍNEA B DO ARTIGO XXIII:1 DO GATT	141
2.2.1 “da aplicação por outra das Partes Contratantes de uma medida”	141
2.2.1.1 <i>Que grau de envolvimento estatal é necessário para que se configure uma medida atribuível ao Estado?</i>	144
2.2.1.2 <i>Há espécies de medidas que escapam à aplicação do artigo XXIII:1(b)?</i>	150
2.2.2. “contrária ou não às disposições do presente Acordo”	152
2.3 O ARTIGO XXIII:2 DO GATT	158
2.3.1 Acordo Mutuamente Satisfatório	161
2.3.2 Suspensão de Concessões ou Outras Obrigações	166
CONCLUSÕES	170
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	178

INTRODUÇÃO

É comum deparar-se, atualmente, na doutrina, com a menção a que o direito internacional encontra-se *fragmentado*. Um olhar ao redor, mesmo pelo leitor sem familiaridade com a disciplina, não desmente isso. Afora a expansão temática do direito internacional – que passa, continuamente, a regular campos outrora reservados exclusivamente ao domínio estatal –, percebe-se a multiplicação de tribunais internacionais, lidando, cada um, com uma área específica: comércio internacional, direitos humanos, direito do mar, direito penal, blocos de integração regional, etc.

LINDROSS & MEHLING sugerem que o direito internacional, em realidade, sempre foi fragmentado; a especialização decorrente da fragmentação é que teria permitido que o direito internacional se desenvolvesse em inúmeros novos campos, como direito ambiental, direitos humanos, direito do mar e direito comercial¹. O que é novo, propriamente, a distinguir a *fragmentação do direito internacional* conforme esse tópico é debatido hodiernamente na doutrina internacionalista não é a difusão, ou o refinamento, de *normas de comportamento* regulamentando a atuação dos Estados nas mais variadas searas. A fragmentação da disciplina é, sim, revelada pela multiplicação de *regimes de responsabilidade*, muitos dos quais aspirando a autonomia *vis-à-vis* o direito internacional geral, e que têm por escopo sancionar a violação às regras de comportamento instituídas pelos Estados que integram o regime. O aparecimento de tribunais internacionais temáticos, a que se fez referência no parágrafo anterior, integra-se nesse processo.

O estudo jurídico dessa espécie de regimes ganhou ímpeto a partir de artigo escrito por Bruno SIMMA em 1985 no *Netherlands Journal of International Law*, intitulado *Self-Contained Regimes*. A expressão *regime autossuficiente*, hoje difundida, não o era à época.

¹ LINDROSS, Anja; MEHLING, Michael. Dispelling the Chimera of ‘Self-Contained Regimes’ – International Law and the WTO. *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 05, 2006, p. 858.

SIMMA observa que RIPHAGEN, então Relator Especial da Comissão de Direito Internacional (CDI) da ONU para o tópico da responsabilidade internacional do Estado, só utilizava a expressão esporadicamente nos seus relatórios, e inclinava-se a não fazer distinção entre *regimes autossuficientes* e *subsistemas*. Segundo SIMMA, por *subsistema* (ou *regime*) o Relator Especial referia-se a um conjunto de regras primárias cuja violação estaria atrelada a consequências legais específicas². Contudo, essa definição seria insuficiente para aquilo que se deveria conceber como *regimes autossuficientes*:

Na opinião deste autor, o conceito de um “regime autossuficiente” não deveria ser usado como sinônimo de “subsistema”, mas ser reservado para designar uma certa categoria de subsistemas, nomeadamente aqueles que abrangem, em princípio, um conjunto completo (exaustivo e definitivo) de regras secundárias. Um “regime autossuficiente” seria, então, um subsistema que visa a excluir quase na totalidade a aplicação das consequências gerais dos atos ilícitos, em particular a aplicação das contramedidas normalmente à disposição da parte lesada³. (grifou-se)

Como se constata, a característica marcante dos regimes autossuficientes é que eles têm por intento excluir a “*a aplicação das consequências gerais dos atos ilícitos*”, isto é, as regras do regime geral de responsabilidade internacional do Estado – incorporadas, consoante será oportunamente abordado, no labor da CDI (quanto à responsabilidade por atos ilícitos, no Projeto de Artigos sobre Responsabilidade por Atos Internacionalmente Ilícitos, de 2001). A desejada exclusão seria, supostamente, possível devido a ditos regimes ostentarem, ademais

² “The term ‘subsystem (regime)’ is to denote a set of primary rules linked to the specific legal consequences of their breach” (SIMMA, Bruno. Self-Contained Regimes. *Netherlands Journal of International Law*, vol. XVI, 1985, p. 115).

³ “In the view of this author, the concept of a ‘self-contained regime’ should not be used as a synonym of ‘subsystem’, but be reserved to designate a certain category of subsystems, namely those embracing, in principle, a full (exhaustive and definite) set of secondary rules. A ‘self-contained regime’ would then be a subsystem which is intended to exclude more or less totally the application of the general legal consequences of wrongful acts, in particular the application of the countermeasures normally at the disposal of an injured party” (*Ibid.*, p. 117). Veja-se, também, definição de Martti KOSKENNIEMI: “A self-contained regime covers the case where a set of primary rules relating to a particular subject-matter is connected with a special set of secondary rules that claims priority to the secondary rules provided by general law” (*The function and scope of the lex specialis rule and the question of ‘self-contained regimes’: An outline*. International Law Commission, Study Group on Fragmentation. UN Doc. ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1/Add.1(2004), p. 08).

de regras de comportamento (primárias), regras sobre responsabilidade (secundárias) próprias e, mais do que isso, sofisticadas⁴.

O tema dos regimes autossuficientes dá origem a inúmeras discussões doutrinárias, a principal delas cuidando de apontar se, de fato, regimes *absolutamente* autossuficientes podem existir em direito internacional. A posição majoritária é que regimes dessa estirpe – ou seja, imunes por completo às regras gerais de responsabilidade – não têm lugar no ordenamento jurídico internacional⁵. Pense-se o exemplo do regime do GATT/OMC. Alguém poderia questionar se, esgotados todos os remédios previstos no Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC), estariam disponíveis ao Membro prejudicado as contramedidas previstas no regime geral de responsabilidade⁶. A resposta ao questionamento dependeria da opinião do interlocutor quanto à existência ou não de regimes realmente autossuficientes.

O fato é que o termo *regimes autossuficientes* goza de utilização disseminada na doutrina, ainda que se repute que regimes completamente autossuficientes não existam; a expressão, então, é empregada para designar aqueles regimes que, pela singularidade das suas normas sobre responsabilidade, *aspiram* a autonomia relativamente às normas gerais sobre a matéria. E, inegavelmente, dentre aqueles regimes que almejam a autonomia, o do

⁴ “Nor should the term be used to describe *leges speciales* at the level of primary rules, although it is precisely in the context of primary rules that the Permanent Court of International Justice had originally introduced the concept. (...) Hence, we reserve the term ‘self-contained regimes’ to designate a particular category of subsystems, namely those that embrace a full, exhaustive and definitive, set of secondary rules” (PULKOWSKI, Dirk; SIMMA, Bruno. Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law. *European Journal of International Law*, vol. 17, n. 03, 2006, p. 492-493).

⁵ MARSCHIK, Axel. Too Much Order? The Impact of Special Secondary Norms on the Unity and Efficacy of the International Legal System. *European Journal of International Law*, vol. 09, n. 01, p. 222. “Yet, however, no legal regime is fully self-contained. Even in the case of well-developed self-contained regimes, general law has at least two types of function. First, it provides the normative background that comes in to fulfil aspects of its operation not specifically provided by it. In case of dissolution of a State party to a dispute within the WTO dispute settlement system, for instance, general rules of state succession will determine the fate of any claims reciprocally made by and as against the dissolved State. Second, the secondary rules of general law also come to operate if the special regime fails to function properly. In case a State party to an environmental treaty providing for a specific non-compliance mechanism fails to comply by its obligations in regard to that mechanism, the general rules of State responsibility become fully operative” (KOSKENNIEMI, *op. cit.*, p. 10).

⁶ O tema é abordado em: GARCIA-RUBIO, Mariano. Unilateral Measures as a Means of Forcible Execution of WTO Recommendations and Decisions. In: FORLATI, Laura Picchio; SICILIANOS, Linos-Alexandre (Org.). *Economic Sanctions in International Law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 445-475.

GATT/OMC ocupa posto de destaque, a ponto de ser considerado, mesmo, o exemplo por excelência de regime autossuficiente.

O que se está a referir como “regime do GATT/OMC” tem o seu advento com o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT, em inglês), firmado em 1947, e o seu ponto culminante com a criação da Organização do Mundial do Comércio (OMC), em 1994, a partir da Ata Final de Marraqueche, que concluiu a Rodada Uruguai. O “GATT 1947” revive na OMC como GATT 1994 (um dos acordos sobre comércio de bens do Anexo 1A), o qual incorpora o texto do GATT 1947, bem como acordos interpretativos acerca de várias das suas disposições concluídos na Rodada Uruguai. Neste trabalho, referência será feita, simplesmente, a GATT.

As regras sobre responsabilidade, no GATT, encontravam seu núcleo no art. XXIII⁷. Com a OMC, viu-se surgir o Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC), instrumento que codifica e desenvolve progressivamente a prática do GATT no que tange ao art. XXIII.

É deveras impreciso, porém, aludir ao art. XXIII do GATT e ao ESC como estabelecendo, unicamente, regras sobre responsabilidade. Na literatura, eles são identificados, inclusive prioritariamente, como regras sobre *solução de controvérsias*. Em verdade, o quadro que se tem é este: na qualidade de regras secundárias, o art. XXIII e o ESC tratam, de modo difuso, confundindo-se, às vezes, o tratamento dos dois temas, tanto de solução de controvérsias como de responsabilidade internacional. Assim é que o art. XXIII do GATT estabelece diretrizes para que as Partes-Contratantes dirimam controvérsias acerca da

⁷ Art. XXIII:1: “*If any contracting party should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of (a) the failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement, or (b) the application by another contracting party of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement, or (c) the existence of any other situation, the contracting party may, with a view to the satisfactory adjustment of the matter, make written representations or proposals to the other contracting party or parties which it considers to be concerned. Any contracting party thus approached shall give sympathetic consideration to the representations or proposals made to it*”.

aplicação das normas primárias, ao prever os tipos de reclamações disponíveis, e, *concomitantemente*, fornece os contornos do regime de responsabilidade que contempla⁸.

Como nota distintiva do regime de responsabilidade do GATT/OMC ressalta-se, em geral, uma, principalmente desde a vigência do ESC: a possibilidade de um Membro *suspender concessões ou outras obrigações* em face de outro (retaliação), e as muitas disciplinas multilaterais que condicionam o uso do instituto.

No entanto, crê-se que, mais que pela suspensão de concessões, a singularidade do regime de responsabilidade do GATT/OMC é simbolizada por outro instituto, tão antigo como pouco estudado: o *non-violation complaint*, ou *reclamação de não violação*⁹, prevista no art. XXIII:1(b) do GATT e art. 26:1 do ESC.

Diante da reclamação de não violação, é autorizado afirmar que o regime de responsabilidade do GATT/OMC caracteriza-se não apenas por dispor de regras bem elaboradas a governar as relações jurídicas que surgem da *violação*, a cargo de um Membro, das normas substantivas do regime; *ele vai tão longe quanto estabelecer que pode haver responsabilidade sem violação de uma obrigação (sine delicto) em direito internacional do comércio*. Isso por força da possibilidade de um Membro apresentar uma reclamação de não violação contra outro.

Esse fenômeno jurídico, com efeito, não pode ser subvalorizado, ainda mais se considerando que são raros os casos, em direito internacional, em que há a consagração da responsabilidade do Estado *sem ilícito*. Entretanto, muitas dúvidas permanecem rodeando a

⁸ Segundo Adelino Arantes NETO, a organização do sistema de responsabilidade a partir dos conceitos de *causes of action e remedies*, adotada no GATT/OMC, representa viés típico de *common law*, em contraposição à tradição do direito continental europeu, que passa pelo conceito de ato ilícito, suas consequências materiais e os meios instrumentais de implementação – refletida no Projeto de Artigos sobre Responsabilidade por Atos Internacionalmente Ilícitos (*Responsabilidade do Estado no Direito Internacional e na OMC*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 231).

⁹ Na literatura brasileira acerca do instituto, não há referência à reclamação de não violação sob essa denominação. Ana Cristina Paulo PEREIRA, por exemplo, reporta-se a *ações de prejuízo em não-violação (Direito Internacional do Comércio – Mecanismo de Solução de Controvérsias e Casos Concretos na OMC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 16), e NETO, a *casos de anulação ou prejuízo independentemente de violação de outra obrigação (Op. cit, p. 241)*. A opção por reclamação de não violação responde a duas razões: (i) representa tradução fidedigna do inglês *non-violation complaint*; (ii) empresta praticidade à utilização.

reclamação de não violação, mesmo para aqueles que se dedicam ao estudo do GATT/OMC, para tanto contribuindo a escassez de literatura nacional a propósito do tema.

A presente dissertação objetiva contribuir para a clarificação do instituto da reclamação de não violação, e, para esse fim, estrutura-se em dois capítulos. Tais capítulos incorporam os dois enfoques de abordagem do tema que se resolveu contemplar: um predominantemente teórico-normativo, outro predominantemente jurisprudencial.

Assim, no capítulo 1 busca-se fornecer um arcabouço teórico e normativo para o entendimento da reclamação de não violação. A premissa adotada é que urge examinar a reclamação de não violação em cotejo com a sua “contraparte”, a *reclamação de violação* (*violation complaint*). Afiguram-se elas as duas reclamações de fato utilizadas no âmbito do GATT/OMC, além de denotarem como se conforma a responsabilidade em direito internacional do comércio¹⁰. O estudo da reclamação de não violação desacompanhado do estudo da reclamação de violação comprometeria a compreensão da primeira; daí o “*contraponto necessário*” mencionado no título do capítulo.

Optou-se, na linha de trabalhos acadêmicos consultados¹¹, por conduzir o exame de institutos de direito internacional do comércio valendo-se de aparato conceitual desenvolvido pelo direito internacional geral, a saber: responsabilidade por atos *ilícitos* e por atos *não*

¹⁰ O termo é usado na mesma acepção de Henrique Choer MORAES: “*conjunto de regras de Direito Internacional (porque criadas entre Estados), visando liberalizar o comércio internacional através da redução das atividades estatais que, de alguma forma, obstaculizam ou prejudicam o comércio leal*”. Cuida-se de ramo do direito internacional público, oposto ao direito do comércio internacional, e que versa sobre as relações privadas entre os agentes do comércio internacional (A atuação externa do Estado em benefício de particulares: uma análise da formação da micropolítica externa. *Revista Brasileira de Política Internacional*, ano 45, n. 2, 2002, p. 115-134). As regras de direito internacional do comércio podem ser formuladas em nível bilateral, regional ou multilateral, sendo a produção normativa considerável em qualquer dos três níveis. Contudo, no presente trabalho, estar-se-á focando nos desenvolvimentos observados no âmbito multilateral, especificamente no regime do GATT/OMC (e seus antecedentes). Desse modo, a menção a direito internacional do comércio indica referência às normas formuladas em nível multilateral.

¹¹ Aproveita-se a lógica de Petros C. MAVROIDIS, que, no seu artigo, antecedeu a análise dos remédios da OMC por aquela dos de direito internacional geral: “*Knowledge of the state of the art in the field of customary law is useful even in cases where states have adopted regimes which clearly deviate from the general paradigm: it can help explain to what extent the world community accepts that in a particular case more stringent remedies are required; or, conversely, to what extent the existing remedies are too stringent*” (Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place. *European Journal of International Law*, vol. 11, n. 04, 2000, p. 767).

proibidos. Trata-se de hipótese em que categorias formuladas no direito geral enquadram e jogam luz sobre o significado de institutos de direito especial.

No capítulo 2, o objetivo perseguido é, a partir de um inventário dos casos do GATT/OMC em que a reclamação de não violação foi examinada, aferir como os diversos elementos que completam o seu suporte fático foram interpretados pela jurisprudência (dos painéis e, no caso da OMC, também do órgão de apelação).

O art. XXIII:1(b) do GATT, que estabelece os contornos essenciais da reclamação de não violação, e ao qual a jurisprudência se voltou na sua análise do instituto, caracteriza-se por não ter sido redigido em termos precisos. Nesse sentido, acabou-se delegando aos painéis uma margem de ação considerável para a definição do conteúdo da reclamação de não violação, o que faz imperioso que, ao se investigar o instituto, se analise a jurisprudência relevante.

A sistemática escolhida para organizar o quanto manifestado pela jurisprudência foi acompanhar a redação do art. XXIII. Inicia-se, dessa forma, pelo *caput* do art. XXIII:1, passa-se à alínea *b* e finaliza-se com o art. XXIII:2, que versa sobre remédios jurídicos.

1 O CONTRAPONTO NECESSÁRIO: RECLAMAÇÃO DE VIOLAÇÃO X RECLAMAÇÃO DE NÃO VIOLAÇÃO

É lícito falar de um regime multilateral do comércio a partir da entrada em vigor do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade*) em 1948. O GATT surge das negociações para a criação da Organização Internacional do Comércio (OIC), iniciadas em Londres, no ano de 1946¹².

A segunda conferência negociadora, ocorrida em Genebra de abril a novembro de 1947, foi a mais relevante para o aparecimento do GATT. O encontro foi dividido em três grupos temáticos, um com a incumbência de redigir uma Carta para a OIC, outro de negociar concessões tarifárias e o último de elaborar cláusulas gerais visando a salvaguardar as concessões tarifárias.

O GATT traduziu a intenção de serem colocadas em vigência desde logo as concessões tarifárias acordadas em Genebra, que incluíam milhares de compromissos individuais. O que se seguiu foi que, através de um Protocolo de Aplicação Provisória, os compromissos tarifários e as obrigações gerais foram postas em vigor a contar de 1º de janeiro de 1948. O desfecho da história é conhecido: a Carta da OIC, finalizada na Conferência de Havana de 1948, acabou rejeitada pelo Congresso dos Estados Unidos, de sorte que a organização nunca veio a existir, recaindo sobre o GATT a regulamentação do comércio internacional.

Tendo como elemento propulsor o intercâmbio de compromissos de redução de tarifas alfandegárias, o GATT assenta na *reciprocidade*, ou na *balança de concessões*, expressão bastante utilizada no jargão do direito internacional do comércio. O relevante papel

¹² Sobre o aparecimento do GATT, veja-se o capítulo 2 da obra: JACKSON, John H. *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*. 2.ed. Cambridge: MIT Press, 1999.

desempenhado pela reciprocidade infere-se do próprio preâmbulo do GATT, onde se lê que os fins do Acordo (elevação dos níveis de vida, pleno emprego, aumento da renda, etc.) poderão ser alcançados mediante “*acordos recíprocos e mutuamente vantajosos dirigidos à redução substancial de tarifas e outras barreiras ao comércio*”. De acordo com DAM,

o princípio organizador é que o Acordo Geral, e o GATT como um todo, é um sistema de direitos e obrigações recíprocos que devem ser mantidos em balanço. Esse é particularmente o caso com relação a concessões tarifárias, onde a “reciprocidade” é vista como essencial não apenas para a conclusão dos acordos tarifários, mas também para ajustes e retiradas de compromissos. O desrespeito a uma concessão tarifária não é geralmente considerado uma transgressão a ser punida, mas uma situação que dá às partes afetadas o privilégio, sujeito à aprovação das PARTES CONTRATANTES, de suspender concessões recíprocas¹³.

A rigor, poder-se-ia argumentar que a reciprocidade é característica dos contratos sinalagmáticos em geral, pelo que não seria mais importante em um acordo comercial como o GATT do que em um simples contrato de compra e venda. O regime do GATT/OMC, todavia, apresenta um componente que potencializa o papel da reciprocidade: a visão mercantilista que o impregna. Fazendo-se abstração da procedência ou improcedência econômica de tal jogo, no GATT/OMC as exportações são encaradas pelos governos como um ganho, e as importações são consideradas uma perda¹⁴. A fim de obterem acesso a mercados, e assim verem aumentadas as suas exportações, os países devem fornecer como contraprestação oportunidades de acesso aos seus próprios mercados, o que, de seu turno, conduz a elevação nas importações. A reciprocidade é vista como o equilíbrio entre os direitos

¹³ “(...) the organizing principle is that the General Agreement, and the GATT as a whole, is a system of reciprocal rights and obligations to be maintained in balance. This is particularly the case with respect to tariff concessions, where ‘reciprocity’ is viewed as essential not only to the conclusion of tariff agreements but also to adjustments and withdrawals of bindings. A failure to respect a tariff concession is usually regarded not as a transgression to be punished but rather as an event giving affected parties the privilege, subject to the approval of the CONTRACTING PARTIES, of suspending reciprocal concessions” (DAM, Kenneth W. *The GATT – Law and International Economic Organization*. Chicago: The University of Chicago Press, 1970, p. 352).

¹⁴ “Most political scientists and trade economists agree that governments treat foreign market opening and associated increases in export opportunities as a domestic political benefit and domestic market opening as a cost. Hence, for example, the greater the export opportunities that can be attained, the greater the domestic political benefit to the government of the country attaining them. Market opening and closure have been treated as the currency of trade negotiations in the postwar era” (BARTON, John H.; GOLDSTEIN, Judith L.; JOSLING, Timothy E.; STEINBERG, Richard H. *The Evolution of the Trade Regime – Politics, Law, and Economics of the GATT and the WTO*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 10).

de acesso a outro mercado e as obrigações de liberalização do próprio mercado. Uma restrição indevida ao comércio, por obstacularizar as exportações, é imediatamente associada a uma perda, induzindo o país prejudicado a requerer a restauração do equilíbrio. Se, ao cabo, a restrição não for retirada, o prejudicado tem direito a *suspendere concessões*, o que equivale a restaurar o equilíbrio perdido¹⁵.

Não obstante as dificuldades de mensurar-se a reciprocidade – por forma que alcançá-la ou não, em uma negociação comercial, representa um julgamento eminentemente político¹⁶ –, é importante ressaltar a sua atuação na legitimação do processo de liberalização comercial. Como dito, a reciprocidade implica que toda concessão comercial desejada por um Estado tenha como contrapartida uma concessão comercial a ser por ele realizada. É essa dinâmica que torna possível que o Estado, apoiado pelos setores exportadores interessados na abertura de mercados externos, neutralize a insatisfação de produtores locais com a possibilidade de aumento da competição de produtos importados¹⁷.

E não só na etapa de negociação, mas durante o funcionamento de um acordo comercial, ostenta o princípio da reciprocidade uma função legitimadora a desempenhar. Um Estado só aceitará permanecer vinculado a um acordo enquanto tiver a percepção de que a balança de concessões que justificou a conclusão do ajuste perdura.

O receio de que eventos posteriores à entrada em vigência do acordo comercial possam minar a balança de concessões refletida no ajuste é particularmente saliente no tocante a concessões tarifárias. HUDEC afirma que, no GATT, as obrigações de redução de tarifas são os únicos compromissos “*pagos em dinheiro*”; ou seja, para fazer jus a uma concessão

¹⁵ HUDEC, Robert E. *Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement*. Disponível em: <www.worldtradelaw.net/articles/hudecremedies.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2008.

¹⁶ JACKSON, *op. cit.*, p. 147-48.

¹⁷ “*Finally, in the context of a negotiation looking toward the liberalization of trade, reciprocity – whether specific or diffuse – can play an important political role. In both cases the prospect of enhanced access to a foreign market can be very helpful in mobilizing exporter opposition to the often powerful domestic interests threatened by a more liberal import policy*” (SWAN, Alan C. “Fairness” and “Reciprocity” in *International Trade – Section 301 and the Rule of Law. Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 16, n. 01, 1999, p. 46).

tarifária de outro membro, deve o Estado, ele próprio, comprometer-se em contrapartida à redução das suas tarifas. Havendo o Estado, destarte, *pago* pela concessão tarifária desejada, na hipótese de vir essa a ser frustrada, sobretudo por uma medida tomada pela contraparte, exsurge de forma nítida um distúrbio na balança de concessões¹⁸. É exatamente nessa preocupação com que reduções tarifárias resultem frustradas por medidas posteriores levadas a cabo pela contraparte que reside o germe do mecanismo de solução de controvérsias do GATT.

Um comentário editorial escrito por JESSUP no *American Journal of International Law* em 1933, intitulado *Negotiating Reciprocity Treaties*, fornece uma ilustração perfeita da preocupação mencionada¹⁹. Apesar de os Estados Unidos possuírem um tratado bilateral de comércio (denominado *tratado de reciprocidade*) com Cuba desde 1902, por meio do qual os dois países, conquanto livres para fixar o valor das tarifas, se comprometiam a assegurar ao outro uma preferência de 20% (se, por exemplo, Cuba taxasse determinado produto em um dólar por 100 quilos, os Estados Unidos pagariam apenas 80 centavos), o autor chamou atenção para os resultados insatisfatórios do acordo: apenas entre 1924 e 1931, as exportações estadunidenses para Cuba diminuíram 76,02%. JESSUP observa que a mera fixação de preferências tarifárias não é um método eficiente, visto que outras questões, *não reguladas* (ou não vedadas) pelo tratado, têm o condão de privar de todo efeito ditas preferências. Desde que o tratado entrou em vigor, Cuba teria aumentado a fatura de certificação consular (*consular invoice certification*) de 1% para 5% *ad valorem*, quantia essa que escaparia à rubrica *imposto tarifário* (*tariff duty*) regulada no tratado. Ao final, a preferência tarifária *real* dos Estados Unidos seria de apenas 10%, ou metade do previsto no tratado.

¹⁸ HUDEC, Robert E. Retaliation Against “Unreasonable” Foreign Trade Practices: The New Section 301 and GATT Nullification and Impairment. *Minnesota Law Review*, vol. 59, 1974-1975, p. 500-501.

¹⁹ JESSUP, Philip C. Negotiating Reciprocity Treaties. *American Journal of International Law*, vol. 27, 1933, p. 738-743.

O prospecto de frustração das concessões tarifárias mediante a adoção de medidas não regulamentadas no corpo do tratado remete ao conceito de *proteção indireta*, em voga nas conferências econômicas patrocinadas pela Liga das Nações nos anos 30 e no contexto da negociação de tratados bilaterais de comércio, mormente a partir de 1934, com a entrada em vigor, nos Estados Unidos, do *Reciprocal Trade Agreements Act*.

Embora a diminuição de tarifas alfandegárias fosse a grande questão a ser enfrentada à época em termos de negociações comerciais, a regulamentação de outros pontos impunha-se com o fito de assegurar o valor das concessões tarifárias, com o que se garantiria a manutenção da balança de concessões. A obrigação de tratamento nacional e a proibição de restrições quantitativas são institutos que podem ser compreendidos sob essa perspectiva. Acontece que medidas governamentais de naturezas diversas, e que à primeira vista nada têm a ver com o comércio internacional, podem ter o efeito de restringi-lo, como é o caso de regulamentos impondo *standards* técnicos a produtos ou que visem à segurança alimentar; trata-se de uma incipiente preocupação com as barreiras *não tarifárias*.

O consenso, na época, foi de que seria impossível tipificar todas as medidas capazes de representar uma barreira ao comércio, fosse pela imensidão das possibilidades, fosse pela negativa dos Estados de ver constricta a sua liberdade de ação em searas que, pelo menos diretamente, não diriam respeito ao comércio. Começava-se, assim, no seio da Liga das Nações, a desenhar-se a criação de uma disposição ampla, com o potencial de abarcar todas as barreiras ao comércio que fossem aparecendo.

Desenvolvimentos importantes tiveram lugar na Conferência Monetária e Econômica de Londres, em 1933, sob os auspícios da Liga, com a designação de subcomissão para abordar a proteção indireta. A primeira versão do que anos depois se tornaria o art. XXIII do GATT foi produzida por Fred NIELSEN, delegado norte-americano à subcomissão. O

dispositivo foi denominado *cláusula de tratamento equitativo* e propunha-se a abarcar a generalidade das medidas restritivas ao comércio:

Se, subsequente à conclusão do tratado, uma das Partes-Contratantes introduzir qualquer medida, a qual, embora não resulte na violação dos termos do tratado, seja considerada pela outra Parte de natureza tal a produzir o efeito de anular ou prejudicar qualquer objeto do tratado, a primeira não deve recusar entrar em negociações com o propósito de examinar as propostas feitas pela última ou de compor amigavelmente qualquer reclamação feita por essa²⁰.

Como a Conferência não galgou a formulação de uma convenção, tal versão da cláusula, constante em relatório do encontro, serviu como modelo para inserção em tratados bilaterais. Para que houvesse o recurso à cláusula, era desimportante que tivesse acontecido, ou não, uma violação do acordo; bastava que a medida introduzida produzisse como resultado “*anular ou prejudicar qualquer objeto do tratado*”.

É de ser sublinhado, pois, que surge, com a disposição proposta por NIELSEN, um conceito que permaneceria em todas as demais versões da cláusula, o qual de tal forma se arraigou no direito internacional do comércio que apareceu em inúmeros dispositivos do ESC da OMC²¹, sendo tido por muitos como eixo da solução de controvérsias no GATT²²: a *anulação ou prejuízo de benefícios (nullification or impairment)*²³.

²⁰ “If, subsequent to the conclusion of the treaty, one of the Contracting Parties introduces any measure, which even though it does not result in an infringement of terms of the treaty, is considered by the other party to be of such a nature as to have the effect of nullifying or impairing any object of the treaty, the former shall not refuse to enter into negotiations with the purpose either of an examination of proposals made by the latter or of the friendly adjustment of any complaint preferred by it” (Apud DURLING, James P.; LESTER, Simon N. Original Meanings and the Film Dispute: The Drafting History, Textual Evolution, and Application of the Non-Violation Nullification or Impairment Remedy. *George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 32, 1999, p. 223-224).

²¹ Arts. 3:3; 3:5; 3:8; 10:4; 22:3(d)(i) e (ii); 22:4; 22:7; 22:8; 23:1; 23:2(a); 24:1; 26:1(b) e (c); 26:2.

²² “The key to invoking the GATT dispute-settlement mechanism was almost always ‘nullification or impairment’, an unfortunately ambiguous phrase” (JACKSON, *op. cit.*, p. 115).

²³ LAFER, com relação à cláusula *nullification and impairment*, pontua: “Esta cláusula é um exemplo das múltiplas cláusulas de salvaguarda de maior ou menor escopo, que nos diversos modelos jurídicos de cooperação econômica internacional permitem a sua adaptação aos acidentes de conjuntura e do aleatório, que, alterando a equivalência das prestações, afetam a reciprocidade dos interesses que a originaram. O efeito básico de tais cláusulas é fazer, da consulta e da negociação, em função da incerteza futura, técnicas não só da elaboração e da criação da norma mas também da sua aplicação” (LAFER, Celso. *O Convênio do Café de 1976 – Da Reciprocidade no Direito Internacional Econômico*. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 43). Ao se empreender, no capítulo 2, a abordagem do tratamento jurisprudencial da reclamação de não violação, jogar-se-á luz sobre o significado de anulação ou prejuízo de benefícios.

No modelo de cláusula proposto – a qual, aliás, já aparecia em acordos bilaterais desde os anos 20 –, vislumbra-se uma característica que se iria perpetuar, a ênfase no rompimento do equilíbrio das concessões como requisito para acionar-se a contraparte, em detrimento de considerações acerca da ilegalidade da medida. Ou seja, desde que o equilíbrio entre direitos e obrigações fosse rompido, haveria uma justificativa para reclamar, não importando se o comportamento da contraparte fosse legal ou não (até porque, repita-se, muitos comportamentos simplesmente fugiam a qualquer regulamentação). A propósito, PETERSMANN apresenta um dado significativo: um estudo conduzido pela Liga das Nações em 1931 teria apontado que, de 73 tratados comerciais bilaterais firmados entre Estados europeus, nenhum deles apontava a ilegalidade da conduta como requisito para que fosse iniciada uma disputa²⁴.

A cláusula cunhada na Conferência de 1933, e os tratados bilaterais do período em geral, para as hipóteses de frustração de benefícios *sem* violação, no entanto, não disponibilizavam nenhum remédio jurídico, somente estipulando que os países interessados deveriam discutir o caso. Não se atingindo um acordo, a alternativa para o país afetado seria retirar-se do tratado.

Como idealizadores da OIC, os Estados Unidos, em 1946, propuseram uma Carta para a Organização, marco a partir do qual as negociações tiveram curso²⁵. A cláusula de tratamento equitativo, denominação que a essa altura já havia sido suplantada por *cláusula de anulação ou prejuízo*, apareceu no artigo 30 do capítulo que cuidava da Política Comercial, não diferindo a sua letra muito da que constou em relatório da Conferência de 1933:

Se algum Membro considerar que qualquer medida adotada por outro Membro, conflitante ou não com os termos desse Capítulo, possua o efeito de anular ou prejudicar qualquer objeto

²⁴ PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*. London: Kluwer Law International, 1997, p. 143.

²⁵ A evolução, durante as negociações da OIC, do dispositivo que resultou no art. XXIII do GATT será abordada de forma simplificada. Para uma abordagem abrangente, remete-se o leitor, em especial, para: HUDEC, Robert E. *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*. New York: Praeger Special Studies, 1975, p. 19-43.

desse Capítulo, esse outro Membro considerará de boa vontade as representações escritas que lhe forem feitas com vistas a atingir uma solução mutuamente satisfatória da questão²⁶.

Inovação havia relativamente aos remédios jurídicos: à OIC seriam conferidos poderes para julgar o mérito da reclamação, fazer recomendações e, na eventualidade de perdurar o impasse, autorizar o reclamante a retirar concessões para restaurar o equilíbrio²⁷.

A cláusula foi objeto de debate na primeira reunião negociadora, ocorrida em Londres, em novembro de 1946. O ângulo de análise privilegiado na reunião, sob o impulso de intervenção da delegação da Austrália, foi a valia do dispositivo como *cláusula de escape*. Os australianos estavam temerosos de que uma situação causadora de desequilíbrio econômico pudesse inviabilizar o cumprimento das obrigações constantes no capítulo sobre Política Comercial, utilizando como exemplo a ocorrência de depressão nos Estados Unidos. De acordo com a delegação australiana, o cumprimento das referidas obrigações deveria ficar subordinado à consecução de objetivos mais amplos da Carta²⁸.

As ponderações australianas ocasionaram duas modificações na cláusula. A primeira foi substituir, no texto, *Capítulo* por *Carta*. Assim, se pela dicção inicialmente sugerida para o artigo 30 a medida em questão deveria anular ou prejudicar qualquer objeto do *Capítulo* (sobre Política Comercial), eventual anulação ou prejuízo estender-se-ia agora a qualquer objeto da *Carta* (da OIC)²⁹.

A outra modificação significava o surgimento de uma nova causa de pedir para o recurso à solução de controvérsias. Não apenas *medidas* levadas a efeito por outro Membro dariam motivo para que se acudisse à cláusula de anulação ou prejuízo, mas, igualmente, a ocorrência de uma *situação*. Com isso, os proponentes desejavam assegurar que *situações*

²⁶ “If any Member should consider that any measure adopted by any other Member, whether or not it conflicts with the terms of this Chapter, has the effect of nullifying or impairing any object of this Chapter, such other Member shall give sympathetic consideration to such written representations as may be made with a view to effecting a mutually satisfactory adjustment of the matter” (DURLING & LESTER, *op. cit.*, p. 232).

²⁷ HUDEC, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, p. 34.

²⁸ *Ibid.*, p. 34.

²⁹ *Ibid.*, p. 34.

para as quais nenhum membro concorrera de forma direta, como a aventada depressão econômica, servissem de razão para que se efetivasse uma readequação da balança de direitos e obrigações³⁰. Nascia a *reclamação de situação*, instituto que se alguma reputação obteve dentro do regime multilateral do comércio foi pela sua não utilização.

A sessão negociadora seguinte aconteceu em Genebra em 1947, e foi marcada pelas críticas desferidas pelo delegado sul-africano, J. E. HOLLOWAY, contra a cláusula de anulação ou prejuízo. O delegado insurgia-se contra o potencial regulatório da cláusula, argumentando que se estaria transferindo um poder muito grande à Organização, ao se permitir que essa pudesse censurar medidas que não fossem ilegais. Outrossim, não anuía com que, na hipótese de uma medida não violadora da Carta, pudesse ser autorizada a mesma *sanção* aplicável para medidas consideradas ilegais³¹.

Celebrizou-se uma das intervenções do delegado sul-africano em que esse fez uso de metáfora para criticar o que viria a se tornar a reclamação de não violação, transcrevendo-se, abaixo, um trecho:

Nesse grande mundo de pecado há certos pecados que nós ainda não descobrimos e que mesmo após um exame demorado nós não podemos definir; mas havendo tais pecados, nós forneceremos algum tipo de punição para eles se descobrirmos o que eles são e se encontrarmos alguém os cometendo³².

Em defesa da cláusula, despontaram os delegados norte-americano e australiano. O argumento contrário não era tanto na direção de refutar a amplitude da cláusula, mas de estabelecer que à Organização poderia ser confiada a tarefa de aplicar a cláusula, mister que seria levado a efeito com a razoabilidade necessária. A posição não deixa de refletir o alto

³⁰ *Ibid.*, p. 35.

³¹ *Ibid.*, p. 35. DURLING & LESTER, *op. cit.*, p. 234.

³² “*In this wide world of sin there are certain sins which we have not yet discovered and which after long examination we cannot define; but there being such sins, we will provide some sort of punishment for them if we find out what they are and if we find anybody committing them*” (DURLING & LESTER, *op. cit.*, p. 235).

grau de consenso compartilhado pelos *trade officials* de então: “*era um grupo que entendia esse negócio de anulação e prejuízo, muito embora eles não conseguissem defini-lo*”³³.

Na reunião de Genebra, promoveram-se novas alterações na cláusula de anulação ou prejuízo. Inicialmente tratava-se de definir com maior precisão que ordem de medidas poderia dar azo a uma reclamação. Àquela altura, as medidas com tal aptidão seriam aquelas que tivessem como consequência “*anular ou prejudicar qualquer objeto da Carta*”.

O delegado da Austrália sugestionou que fossem distinguidas duas espécies de consequências para a medida em questão, assim redigidas: (i) *qualquer benefício concedido a ele [Membro] direta ou indiretamente por essa Carta está sendo anulado ou prejudicado*; (ii) *a promoção por ele de quaisquer dos Propósitos dessa Carta está sendo impedida*. Conquanto o delegado tenha oferecido uma explicação do significado de *benefícios*³⁴, a amplitude do termo abria aos Membros um leque muito grande, que se tornava ainda maior em face de *Propósitos dessa Carta* na 2ª parte.

A respeito dessa 2ª parte, foi ela reformulada diversas vezes. A versão acabada não mais mencionava *Propósitos dessa Carta*; referia-se a medidas (ou situações) que *impedissem a realização de quaisquer dos objetivos da Carta*³⁵. Dita formulação ficou sendo transplantada para o art. XXIII do GATT (reaparecendo na OMC), embora a sua aplicação prática tenha sido praticamente nula.

Mas, provavelmente, a modificação de maior importância à cláusula de anulação ou prejuízo operada na sessão negociadora de Genebra, outra vez de iniciativa da Austrália, foi a

³³ “(...) it was a group which understood this business of nullification and impairment, even though they could not define it” (HUDEC, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, p. 37-38).

³⁴ “I should like to emphasize that by the word ‘benefits’ we conceive not merely benefits accorded for instance, under the provisions of Article 24 [a reference to tariff concessions], but the benefits which other countries derive from the acceptance of the wider obligations imposed by the Charter: that is the benefit which we, amongst other people, would derive from the acceptance of the employment obligation by major industrial countries [i.e., no more depressions], and the benefit which industrial countries would derive from the improvements in the standard of living resulting from the operations of Chapter IV to countries with under-developed economies. So I would like to make it quite clear that we have used benefit in this context in a very wide sense” (Apud HUDEC, *Retaliation Against “Unreasonable” Foreign Trade Practices*, p. 475).

³⁵ *Ibid.*, p. 475.

separação de três tipos de reclamação distintos: reclamação de violação, reclamação de não violação e reclamação de situação.

A enumeração das três reclamações apresentada pelos australianos continha a reclamação de não violação em primeiro lugar, seguida das de violação e situação. O delegado belga manifestou a opinião de que a reclamação de violação deveria aparecer em primeiro lugar, ao invés da de não violação. Na ótica do delegado, a ordem deveria espelhar a singularidade das reclamações. Por ser menos comum que a reclamação de violação, a de não violação deveria aparecer em segundo lugar; já a reclamação de situação, mais singular que as duas primeiras, deveria vir em terceiro na ordem³⁶.

A separação entre três espécies de reclamações não foi acompanhada, no rascunho da cláusula que emergiu da reunião de Genebra, por uma diferenciação entre os remédios jurídicos disponíveis.

Finda a sessão de Genebra, as partes negociadoras já haviam logrado concluir uma série de concessões tarifárias, que intentavam implementar desde logo. A solução encontrada, como já referido, foi pôr em vigor, em caráter temporário, o GATT, através de um Protocolo de Aplicação Provisória, até que fossem concluídas, na Conferência de Havana de 1948, as negociações para a criação da OIC.

As disposições do GATT inspiraram-se naquelas que formavam o capítulo sobre Política Comercial da Carta da OIC, na formatação ainda temporária em que as últimas se encontravam após a sessão negociadora de Genebra. Assim, o dispositivo do GATT que se ocupou da solução de disputas (art. XXIII) foi virtualmente uma cópia da cláusula de anulação ou prejuízo conforme essa emergiu das negociações genebrinas. Eis o teor do art. XXIII:1 do GATT, que distingue entre as três reclamações existentes:

³⁶ DURLING & LESTER, *op. cit.*, p. 237.

Artigo XXIII

Anulação ou Prejuízo

1. No caso de uma Parte Contratante considerar que um benefício qualquer resultante para ela, direta ou indiretamente, do presente Acordo, está sendo anulado ou prejudicado, ou que um dos objetivos do Acordo está sendo dificultado, em consequência:

- (a) do não cumprimento por outra das Partes Contratantes dos compromissos pela mesma assumidos em virtude do presente Acordo;
- (b) da aplicação por outra das Partes Contratantes de uma medida, contrária ou não às disposições do presente Acordo; ou
- (c) da existência de qualquer outra situação,

dita Parte Contratante, a fim de obter solução satisfatória para a questão, poderá dirigir representações ou propostas por escrito à outra ou outras Partes Contratantes que lhe parecerem interessadas. Qualquer Parte Contratante, por essa forma interpelada, examinará, com boa vontade, as representações ou propostas que lhe tenham sido dirigidas.

É interessante notar que o que se tornou o art. XXIII afigurava-se uma fotografia de um texto ainda em movimento, tanto que na conferência negociadora derradeira, ocorrida em Havana em 1948, efetuaram-se mudanças no texto.

A 2ª parte da cabeça do parágrafo 1º (“*ou que um dos objetivos do Acordo está sendo dificultado*”) foi extirpada da Carta da OIC, sob a alegação de que não era possível traçar-lhe limites³⁷.

No que respeita aos remédios jurídicos disponíveis para cada tipo de reclamação, a versão final da Carta da OIC igualmente inovou. Para a reclamação de violação, previu-se, no art. 94:2(d), que a Organização poderia *requerer* que a parte reclamada retirasse a medida julgada ilegal. Para as reclamações de não violação e situação, por não existir medida ilegal, o poder da Organização cingir-se-ia a fazer recomendações com o escopo de auxiliar as partes a

³⁷ HUDEC, *Retaliation Against “Unreasonable” Foreign Trade Practices*, p. 475-476. O impedimento à realização dos objetivos do Acordo, como base para invocar-se a solução de controvérsias, foi relegado ao ostracismo na prática do GATT/OMC. Tal base legal foi invocada em algumas oportunidades, inclusive sob a OMC, mas nunca se chegou a examinar o seu mérito. A própria doutrina, quando se digna de realizar a abordagem, o faz apenas marginalmente. Uma exceção, Eric CANAL-FORGUES refere que, ao dispensar qualquer ligação com uma lesão individualizada, o fundamento contido da 2ª parte do *caput* do art. XXIII pressupõe um interesse coletivo, a autorizar uma *actio popularis*. Porém, nos casos em que o fundamento foi invocado, ele nunca o foi isoladamente, e sim ligado a uma alegação de anulação ou prejuízo de benefícios. *L’Institution de la Conciliation dans le Cadre du GATT – Contribution à l’Étude de la Structuration d’un Mécanisme de Règlement des Différends*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1993, p. 109-112.

alcançar uma solução. No parágrafo 2º do art. XXIII do GATT não constou essa diferença de tratamento: de maneira generalista, consignou-se que as Partes-Contratantes “*farão recomendações apropriadas às Partes-Contratantes que considerem interessadas, ou emitirão julgamento sobre a questão*”³⁸.

A suspensão de concessões, como remédio último, foi, no art. 95:3, prevista para as três espécies de reclamação.

Uma vez que o plano de criação da OIC não se consumou, as alterações relativas à solução de disputas havidas na Conferência de Havana acabaram não sendo incorporadas ao art. XXIII do GATT³⁹.

A observação do art. XXIII, respaldada pela evolução do texto finalmente adotado, autoriza algumas conclusões. É, de fato, central o conceito de anulação ou prejuízo de benefícios, consagrado no *caput* do parágrafo 1º⁴⁰. Para que um Membro acione outro, é

³⁸ Eis a íntegra do art. XXIII:2: “2. *If no satisfactory adjustment is effected between the contracting parties concerned within a reasonable time, or if the difficulty is of the type described in paragraph 1 (c) of this Article, the matter may be referred to the CONTRACTING PARTIES. The CONTRACTING PARTIES shall promptly investigate any matter so referred to them and shall make appropriate recommendations to the contracting parties which they consider to be concerned, or give a ruling on the matter. The CONTRACTING PARTIES may consult with contracting parties, with the Economic and Social Council of the United Nations and with any appropriate inter-governmental organization in cases where they consider such consultation necessary. If the CONTRACTING PARTIES consider that the circumstances are serious enough to justify such action, they may authorize a contracting party or parties to suspend the application to any other contracting party or parties of such concessions or other obligations under this Agreement as they determine to be appropriate in the circumstances. If the application to any contracting party of any concession or other obligation is in fact suspended, that contracting party shall then be free, not later than sixty days after such action is taken, to give written notice to the Executive Secretary to the CONTRACTING PARTIES of its intention to withdraw from this Agreement and such withdrawal shall take effect upon the sixtieth day following the day on which such notice is received by him*” (grifou-se).

³⁹ O aparecimento de um mecanismo de solução de controvérsias a partir do *rudimentar* art. XXIII deve ser tributado à experiência paulatinamente adquirida pelas Partes-Contratantes na resolução das disputas. Nas palavras de LAFER: “*Em síntese: codificação e desenvolvimento progressivo do sistema de solução de controvérsias foi o resultado, no GATT, de uma interpretação formalizada pelas partes contratantes, baseado na prática e no seu aprimoramento, que não tinha base legal explícita no Acordo Geral. A criativa evolução desta prática, em um sentido amplo, indica a passagem – com marchas e contra-marchas – de um sistema mais voltado para a conciliação (...) para um sistema que foi abrindo a possibilidade de um adensamento da ‘juridicidade’ na solução de controvérsias, sem nunca excluir a conciliação negociada dos interesses*” (LAFER, Celso. *A OMC e regulamentação do comércio internacional – uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 115).

⁴⁰ DAM é enfático nesse ponto: “*What is crucial, under the language of Article XXIII, is not whether the action alleged to give rise to the right to retaliate is a violation of the Agreement, but rather whether: first, as a result of such action, a ‘benefit accruing’ under the Agreement is being ‘nullified or impaired’ or the ‘attainment of any objective of the Agreement is being impeded’ (these two criteria being thrown together, in accordance with the title of Article XXIII, under the heading of ‘nullification and impairment’) (...). By placing infringing and*

indispensável que um benefício resultante do Acordo esteja sendo anulado ou prejudicado (ou que um dos objetivos do Acordo esteja sendo dificultado). E de que forma pode ocorrer dita anulação ou prejuízo de benefícios? A resposta ao questionamento deve ser pesquisada nas alíneas *a*, *b* e *c* do mesmo parágrafo.

Dessa sorte, tem-se que tanto uma (a) *medida violadora* quanto uma (b) *medida não violadora* do Acordo, ou, até mesmo, (c) *qualquer outra situação* podem ocasionar a anulação ou prejuízo de benefícios.

Na prática da solução de controvérsias, o recurso à alínea *a* (reclamação de violação) adquiriu proeminência, seguida do recurso à alínea *b* (reclamação de não violação), essa última de caráter excepcional. A reclamação de situação, como dito, acabou sendo relegada à não utilização, não tendo o seu mérito sido examinado em sequer um litígio na história do GATT/OMC, pelo que o pouco interesse que desperta é meramente acadêmico⁴¹.

No presente capítulo, destacar-se-ão os caracteres das reclamações de *violação* e *não violação* (1.2 e 1.3). Antes, porém, realizar-se-á uma visita expedita às categorias sobre as quais se edifica a *responsabilidade do Estado* em direito internacional geral, a saber: responsabilidade por atos *ilícitos* e responsabilidade por atos *não proibidos* (1.1). Tal manobra auxiliará a compreensão das reclamações de *violação* e *não violação*, na medida em que uma e outra reclamação representam, em direito internacional do comércio, o equivalente da responsabilidade por atos *ilícitos* e por atos *não proibidos* em direito internacional geral.

non-infringing activity on a par, the language of Article XXIII underscores the fundamental notion that the function of the GATT is to maintain a balance of advantages among individual contracting parties” (Op. cit., p. 358).

⁴¹ Tendo em vista o pouco interesse despertado pela reclamação de situação, a qual, desde o início da vigência do GATT, nunca foi objeto de uma decisão – levando autores como PETERSMANN a pleitear a sua abolição –, optou-se por empreender o exame, tão-somente, das duas únicas reclamações de fato utilizadas. No entanto, para que não passe em branco, esclareça-se que a reclamação de situação é regulada pelo art. 26:2 do ESC, que dispõe que as suas regras só se aplicarão até a fase de circulação da decisão do painel. A partir daí, a regência será de Decisão das Partes-Contratantes de 12/04/1989 (*Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures*), a qual prevê a adoção da decisão por consenso e mecanismo não tão elaborado para a supervisão do cumprimento, bem como não contempla o grau de recurso. Ainda, o art. 26:2 requer que a reclamação de situação seja acompanhada de uma *justificação detalhada* e que a decisão sobre essa ação seja contida em um relatório separado. O GATS excluiu a reclamação de situação. Um dos raros casos em que se invocou a reclamação foi *Article XXIV:6 renegotiations between Canada and the EEC*, apresentado pelo Canadá em 1974 e que resultou em acordo das partes.

1.1 A UTILIDADE DAS CATEGORIAS FORNECIDAS PELO DIREITO INTERNACIONAL GERAL: RESPONSABILIDADE POR ATOS *ILÍCITOS* X RESPONSABILIDADE POR ATOS *NÃO PROIBIDOS*

A abordagem das categorias em que se articula a responsabilidade em direito internacional geral, empreendida neste tópico, ampara-se primordialmente no labor da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre o tema. O extenso período despendido no exame da matéria, o volume de material produzido, estampado em sucessivos relatórios, a *expertise* dos juristas envolvidos no processo, etc. não deixam dúvidas de que os resultados dos esforços da CDI representam a moldura de maior autoridade do direito da responsabilidade internacional.

Instada por resolução da Assembleia Geral (799/VIII) de 1953, a CDI iniciou a codificação do tema da *Responsabilidade do Estado* no ano de 1955. O trabalho começou enfocando apenas a *responsabilidade por danos a estrangeiros*⁴², até se decidir, em 1963, que deveria abranger uma sistematização geral da responsabilidade internacional⁴³. Essa sistematização geral acabou sendo objeto de novo refinamento, decidindo-se que a CDI somente se ocuparia da responsabilidade por *atos internacionalmente ilícitos*⁴⁴ (1.1.1). A

⁴² “As in the case of other topics, the International Law Commission had to adopt a gradual approach, dealing first with the branch most ripe for codification and in which the solution envisaged in General Assembly resolution 799 (VIII) was most urgently required. The branch covered by the title ‘(international) responsibility of the state for injuries caused in its territory to the person or property of aliens’ seemed to satisfy these two requirements” (Second Report on State Responsibility by Special Rapporteur F. V. Garcia-Amador, 15 February 1957 (A/CN.4/106). Yearbook of the ILC 1957, v. 2, part 1, p. 104-105, § 1).

⁴³ “All the members of the Commission who took part in the discussion expressed agreement with the general conclusions of the report, viz.: (1) that, in an attempt to codify the topic of State responsibility, priority should be given to the definitions of the general rules governing the international responsibility of the State (...)” (Report of the ILC on the work of its fifteenth session, 6 May – 12 July 1963 (A/5509). Yearbook of the ILC 1963, v. 2, part 1, p. 224, § 52).

⁴⁴ “The Commission fully recognizes the importance, not only of questions relating to responsibility for internationally wrongful acts, but also of those concerning liability for possible injurious consequences arising out of the performance of certain lawful activities; especially those which because of their nature give rise to certain risks. The Commission takes the view, however, that questions in this latter category should not be dealt with jointly with those in the former category. Owing to the entirely different basis of the so-called responsibility

outra vertente da responsabilidade, decorrente de *atos não proibidos* (1.1.2), foi inserida na agenda de trabalho da CDI a contar de 1978.

Com relação ao tópico da responsabilidade internacional, diversamente do que ocorre em direito interno, a oposição entre responsabilidade subjetiva e objetiva não serve de referencial para a compreensão geral da matéria. Não é acurado dizer que em direito internacional geral a regra é a responsabilidade subjetiva, e sim uma espécie denominada *responsabilidade por atos ilícitos*, ou, na dicção da CDI, responsabilidade por *atos internacionalmente ilícitos* (*internationally wrongful acts*). Já a exceção, e contraponto da primeira, é a responsabilidade por *atos não proibidos*, ou responsabilidade por *consequências danosas decorrentes de atos não proibidos pelo direito internacional*, como prefere a CDI. Consciente de que, por possuírem dinâmicas próprias, os dois tipos de responsabilização reclamariam aproximações diferenciadas, a CDI optou por, em um primeiro momento, concentrar-se apenas no estudo da responsabilidade por atos ilícitos.

1.1.1 Responsabilidade por atos *ilícitos*

O trabalho de codificação realizado pela CDI sobre responsabilidade estatal por atos ilícitos aspirou a determinar como o direito da responsabilidade encontra-se disposto a partir do que se deduz da doutrina e da jurisprudência internacionais⁴⁵, e culminou na conclusão de Projeto de Artigos (*Draft Articles*) no ano de 2001.

for risk and the different nature of the rules governing it, as well as its content and the forms it may assume, a joint examination of the two subjects could only make both of them more difficult to grasp” (Report of the ILC on the work of its twenty-fifth session, 7 May – 13 July 1973 (A/9010/Rev.1). Yearbook of the ILC 1973, v. 2, part 2, p. 169, § 38).

⁴⁵ Em curso na Academia de Direito Internacional de Haia, em 1958, o então Relator Especial GARCIA-AMADOR externava as dificuldades implicadas na tarefa de codificação, mormente considerando as

Intitulado *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, o Projeto é composto de quatro partes. A primeira (*The Internationally Wrongful Act of a State*) versa sobre as condições para o surgimento da responsabilidade, a atribuição do ilícito ao Estado e as circunstâncias que excluem a ilicitude; a segunda (*Content of the International Responsibility of a State*), sobre as obrigações de cessação do ilícito e de reparação; a terceira (*The Implementation of the International Responsibility of a State*), sobre a invocação da responsabilidade e as contramedidas; por fim, a quarta traz disposições gerais. O art. 55 evidencia o caráter *residual* do Projeto: as regras nele contidas apenas serão aplicáveis à medida que regras especiais de responsabilidade não disponham diferentemente⁴⁶.

Cedo e de forma pacífica se verificou constituir o *ato ilícito*, ou a violação de uma obrigação, requisito para que tenha lugar a responsabilidade internacional⁴⁷. O art. 1º do Projeto não poderia ser mais claro: “*Todo ato internacionalmente ilícito de um Estado implica a responsabilidade internacional daquele Estado*”⁴⁸. Já o art. 2º elenca as condições gerais para que haja um ato internacionalmente ilícito: “*Há um ato internacionalmente ilícito quando conduta consistindo de uma ação ou omissão: (a) É atribuível ao Estado segundo o direito internacional; e (b) Constitui violação de uma obrigação internacional do Estado*”⁴⁹.

transformações que incidiam sobre a responsabilidade internacional (diferenciação entre responsabilidade civil e criminal, surgimento de novos atores com direitos e deveres internacionais, etc.). Aduzia que os princípios tradicionais da responsabilidade reclamavam adaptação, e que codificação e desenvolvimento progressivo eram noções que se confundiam (GARCIA-AMADOR, F.V. *State Responsibility - Some New Problems. Recueil des Cours de la Académie de Droit International de La Haye*, tomo 94, v. II, 1958, p. 371).

⁴⁶ “*These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law*”.

⁴⁷ Já no 1º Relatório sobre Responsabilidade Internacional, apresentado pelo Relator Especial GARCIA-AMADOR em 1956, constou: “*The legal content of international responsibility did not give rise to any major difficulties in traditional doctrine and practice. It was regarded as a consequence of the breach or non-performance of an international obligation, the State being then under a ‘duty to make reparation’ for the injury occasioned*” (First Report on International Responsibility by Special Rapporteur F. V. Garcia-Amador, 20 January 1956 (A/CN.4/96). Yearbook of the ILC 1956, v. 2, part 1, p. 180, § 35).

⁴⁸ “*Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State*”.

⁴⁹ “*There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) Is attributable to the State under international law; and (b) Constitutes a breach of an international obligation of the State*”.

O Projeto de Artigos orbita em torno da estrita separação entre regras *primárias* e *secundárias*⁵⁰. As primeiras têm em mira regular comportamentos, mediante prescrições, proibições, incentivos, etc. As segundas, conhecidas como “normas sobre normas”, dispõem sobre a produção e aplicação das normas primárias. O direito da responsabilidade internacional consubstanciado no Projeto de Artigos compõe-se, tão-somente, de regras *secundárias*, notadamente as que definem as condições gerais para a existência de um ato internacionalmente ilícito e as consequências legais que dele decorrem⁵¹. Assim, já no parágrafo inicial dos comentários da CDI ao Projeto de Artigos foi consignado:

Esses artigos pretendem formular, por meio da codificação e do desenvolvimento progressivo, as regras básicas de direito internacional concernentes à responsabilidade dos Estados por seus atos internacionalmente ilícitos. A ênfase é nas regras secundárias de responsabilidade do Estado: isto é, as condições gerais em direito internacional para que o Estado seja considerado responsável por ações ou omissões ilícitas, e as consequências que decorrem. Os artigos não tentam definir o conteúdo das obrigações internacionais cuja violação dá origem à responsabilidade. Isso é função das regras primárias, cuja codificação envolveria reescrever a maioria do direito internacional substantivo costumeiro e convencional⁵². (grifou-se)

A diferenciação entre regras primárias e secundárias, com a classificação das normas contidas no Projeto no segundo grupo, serviu de expediente para que o documento não precisasse ocupar-se dos requisitos específicos para que, em um caso particular, ocorra a

⁵⁰ “An initial point concerns the distinction between primary and secondary obligations as the central organizing device of the articles” (CRAWFORD, James. The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect. *American Journal of International Law*, vol. 96, n. 4, 2002, p. 876).

⁵¹ “Destarte, emprestando a terminologia de Herbert L. A. Hart, a CDI promoveu a distinção entre as normas primárias, que ditam um comportamento ao Estado, prescrevendo uma obrigação de fazer ou de não fazer; e as normas secundárias, que definem as condições gerais para a imputação da responsabilidade ao Estado pela ação ou omissão ilícita e as consequências legais do ilícito internacional. Para a CDI, a codificação do direito da responsabilidade por ato ilícito não deveria tratar do conteúdo das normas primárias, mas abarcar apenas as regras secundárias, que determinam a existência da violação da norma primária e suas consequências” (NETO, *op. cit.*, p. 46-47).

⁵² “These articles seek to formulate, by way of codification and progressive development, the basic rules of international law concerning the responsibility of States for their internationally wrongful acts. The emphasis is on the secondary rules of State responsibility: that is to say, the general conditions under international law for the State to be considered responsible for wrongful actions or omissions, and the legal consequences which flow therefrom. The articles do not attempt to define the content of the international obligations, the breach of which gives rise to responsibility. This is the function of the primary rules, whose codification would involve restating most of substantive customary and conventional international law” (Report of the ILC on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June & 2 July – 10 August 2001 (A/56/10). Yearbook of the ILC 2001, p. 31).

violação da obrigação internacional – encargo que, para dialogar com a CDI, “envolveria reescrever a maioria do direito internacional substantivo costumeiro e convencional”. Tais requisitos – como, por exemplo, se precisa haver *culpa* (dolo, imperícia, imprudência ou negligência) por parte do agente que comete o ilícito internacional – devem ser pesquisados na regra primária que estipula a obrigação⁵³.

O foco do labor da CDI nas regras secundárias possibilitou, aliás, que ela evitasse tomar partido na discussão a respeito da necessidade ou não de culpa para que se materialize a responsabilidade do Estado, a tradicionalmente dividir a doutrina internacionalista. Nesse sentido:

A ocorrência de uma violação a uma regra pode depender da intenção ou conhecimento dos órgãos ou agentes estatais envolvidos, e nesse sentido pode ser “subjetiva”. Por exemplo, o artigo II da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio estabelece que: “Na presente Convenção, genocídio significa qualquer um dos seguintes atos cometidos com intenção de destruir, integralmente ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal...” Em outros casos, o *standard* para a violação de uma obrigação pode ser “objetivo”, no sentido de que a advertência ou não dos órgãos ou agentes estatais envolvidos pode ser irrelevante. A responsabilidade ser “objetiva” ou “subjetiva” nesse sentido depende das circunstâncias, incluindo o conteúdo da obrigação primária em questão. Os artigos não fixam nenhuma regra geral a esse propósito. O mesmo é verdadeiro com relação a outros standards, envolvam eles algum grau de culpa, culpabilidade, negligência ou exigência de *due diligence*. Tais standards variam de um contexto para outro por razões que essencialmente se relacionam ao objeto e propósito da disposição do tratado ou outra regra originando a obrigação primária. Os artigos também não estabelecem nenhuma presunção a esse propósito com relação aos diferentes standards possíveis. Estabelecê-los é uma questão para a interpretação e aplicação das regras primárias envolvidas em um dado caso⁵⁴. (grifou-se)

⁵³ A orientação adotada pela CDI – sobretudo quanto a apurar a necessidade de culpa mediante o exame da regra primária – absorve os ensinamentos da doutrina de ANZILOTTI: “*Se trata, por conseguinte, de apreciar si la actitud contraria al Derecho Internacional para ser imputable al Estado debe ser efecto del dolo o de la falta de los individuos-órganos; en otros términos, si el dolo o la falta de éstos es una condición que establece el derecho para que determinados hechos produzcan para el Estado consecuencias determinadas. (...) Siempre que existe una norma que prevé la responsabilidad internacional del Estado por hechos determinados, es necesario averiguar si esta norma, tácita o expresamente, según su sentido y espíritu, subordina la imputación a la falta (o al dolo) de los órganos, o bien, por el contrario, aprecia únicamente la existencia de un hecho objetivamente contrario al Derecho internacional*” (ANZILOTTI, Dionisio. *Curso de Derecho Internacional*. Tomo I. Trad. Julio Lopez Olivan. Madrid: Editorial Reus, 1935, p. 436). Perceba-se que a *rationale* da passagem é a mesma do trecho da lavra da CDI constante na nota de rodapé seguinte.

⁵⁴ “*Whether there has been a breach of a rule may depend on the intention or knowledge of relevant State organs or agents and in that sense may be ‘subjective’*. For example, article II of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide states that: ‘In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such...’ In other cases, the standard for breach of an obligation may be ‘objective’, in the sense that the advertence or otherwise of relevant State organs or agents may be irrelevant. Whether responsibility is ‘objective’ or ‘subjective’ in this sense depends on the circumstances, including the content of the primary obligation in question. The articles lay down no general rule in that regard. The same is true of

A remissão da verificação da necessidade de culpa à análise da regra primária indica, é verdade, a não assimilação da teoria da responsabilidade subjetiva pelo Projeto de Artigos. Caso a regra primária *não exija* que o agente que perpetra o ilícito atue culposamente, a responsabilidade internacional será implicada sem a presença de qualquer elemento subjetivo⁵⁵. Para ilustrar o que está sendo dito, aproveite-se exemplo fornecido por ANZILOTTI, de funcionário judicial que, autorizado pela legislação do seu Estado, efetua embargo sobre legação estrangeira. Mesmo que o funcionário tenha obrado no cumprimento do seu dever (portanto, sem qualquer elemento culposos), o ato, ainda assim, configurará um ilícito internacional⁵⁶.

Sem embargo, a não adoção da teoria subjetiva pelo Projeto não significa que ele tenha adotado a responsabilização objetiva⁵⁷. Conforme aduzido anteriormente, as categorias *subjetiva x objetiva*, próprias da responsabilidade em direito interno, não são adequadas para compartimentalizar a responsabilidade em direito internacional geral. A responsabilidade por *atos ilícitos* comporta tanto a responsabilização subjetiva como a objetiva: tudo vai depender do que disser a norma primária com respeito ao elemento subjetivo⁵⁸.

No que se refere ao *dano*, ele, em princípio, não aparece como requisito da responsabilidade internacional, tanto que o art. 1º do Projeto arrola como requisito de tal

other standards, whether they involve some degree of fault, culpability, negligence or want of due diligence. Such standards vary from one context to another for reasons which essentially relate to the object and purpose of the treaty provision or other rule giving rise to the primary obligation. Nor do the articles lay down any presumption in this regard as between the different possible standards. Establishing these is a matter for the interpretation and application of the primary rules engaged in the given case” (Report of the ILC on the work of its fifty-third session, p. 34-35).

⁵⁵ Inclusive, para ANZILOTTI, na maior parte dos casos o componente subjetivo do agente seria irrelevante para o estabelecimento da violação da norma internacional: “*La conclusión (...) es, pues, que por regla general, en Derecho internacional, el animus del individuo-órgano no es la causa o la condición de la responsabilidad; ésta nace del sólo hecho de la violación de un deber internacional del Estado*” (Op. cit., p. 438).

⁵⁶ *Ibid.*, p. 437.

⁵⁷ “*The rejection of the theory of fault in international law does not imply the conclusion that responsibility in international law is based on the concept of risk. To identify the rejection of fault as a separate element of responsibility with the acceptance of the theory of risk would be a non sequitur: the theory of risk or of absolute liability goes much further since it implies the elimination of the first constituent element of international responsibility: the unlawful act*” (ARÉCHAGA, Eduardo Jimenez de. *International Law in the Past Third of a Century. Recueil des Cours de la Académie de Droit International de La Haye*, tomo 159, v. I, 1978, p. 271).

⁵⁸ Acertadamente, NETO observa que “*é provavelmente mais adequado qualificar a responsabilidade do Estado por ato internacionalmente ilícito como neutra, e não refratária, em relação à culpa*” (Op. cit., p. 57).

responsabilidade, unicamente, o ato ilícito. É imperioso, contudo, refinar a assertiva, ante as múltiplas nuances que a questão do dano proporciona.

Quando o art. 1º estabelece que “*Todo ato internacionalmente ilícito de um Estado implica a responsabilidade internacional daquele Estado*”, ele incorpora, *implicitamente*, a noção de *dano jurídico*. Nesse passo, a mera violação de uma obrigação, independentemente da produção de quaisquer outras consequências, faz surgir a responsabilidade, corporificada no dever de cessação do ilícito. A respeito, DAILLIER *et al* pontuam:

O alcance deste texto (...) é muito claro: o facto internacionalmente ilícito é condição necessária e suficiente para o comprometimento da responsabilidade. Dele se deduz que a responsabilidade é comprometida independentemente das suas eventuais consequências (...)⁵⁹.

A propósito do dano propriamente dito (*material* ou *imaterial*⁶⁰ que não o dano jurídico), a CDI não descartou que, em determinadas hipóteses, a produção de um dano pode constituir condição mesma para que se perfectibilize o ato ilícito. A fórmula adotada pela Comissão, nesse particular, foi idêntica à utilizada com relação à culpa – caberá à interpretação da regra primária apontar se o dano é necessário para que se configure a ofensa à obrigação:

É por vezes dito que a responsabilidade internacional não é comprometida pela conduta de um Estado em desrespeito às suas obrigações a não ser que outros elementos existam, em particular “dano” a outro Estado. Porém, saber se esses outros elementos são exigidos depende do conteúdo da obrigação primária, e não há regra geral a esse respeito. (...) Se determinada obrigação é violada devido a inação por parte do Estado responsável, ou se algum outro evento precisa ocorrer, depende do conteúdo e da interpretação da obrigação primária e não pode ser determinado abstratamente⁶¹. (grifou-se)

⁵⁹ DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 778.

⁶⁰ A aceitação do dano *imaterial* é forçosa por possuírem relevância na convivência internacional considerações como o prestígio e a dignidade dos Estados, conforme ARÉCHAGA: “*However, in inter-State relations, the concept of damage does not possess only a material or patrimonial character. Unlawful actions against non-material interests, such as acts affecting the dignity of the state, for instance, must be compensated by adequate reparation, even if they have not resulted in any pecuniary or material loss for the claimant State*” (*Op. cit.*, p. 267-68).

⁶¹ “*It is sometimes said that international responsibility is not engaged by conduct of a State is disregard of its obligations unless some further element exists, in particular, ‘damage’ to another state. But whether such elements are required depends on the content of the primary obligation, and there is no general rule in this respect. (...) Whether a particular obligation is breached forthwith upon a failure to act on the part of the responsible State, or whether some further event must occur, depends on the content and interpretation of the*

Ademais, mesmo que o dano não seja apresentado como requisito da responsabilidade internacional, é inegável a relevância da função que ele desempenha nesse campo, visto que a invocação da responsabilidade gira em torno da ocorrência de um dano. A fim de invocar a responsabilidade de outro, o Estado deve demonstrar que o ato internacionalmente ilícito lhe causou um dano (*meramente jurídico, material ou imaterial*), é dizer, deve demonstrar *prejuízo individualizado* – ser o *injured state*. A regra geral, pela qual a invocação da responsabilidade é prerrogativa do *Estado lesado (injured state)*, é reconhecida no art. 42 do Projeto de Artigos.

Esse breve olhar sobre a categoria da responsabilidade por atos ilícitos finalizará pela menção às formas pelas quais dita responsabilidade pode manifestar-se no caso concreto. Para tanto, será feito uso da expressão *remédios jurídicos (remedies)*⁶², usual na terminologia jurídica em língua inglesa, e que, embora não seja das mais familiares em língua portuguesa, também não é de todo estranha. A expressão, a ser retomada adiante no estudo, quando da abordagem das reclamações de violação e não violação (1.2.2. e 1.3.2), *compreende os provimentos e medidas judiciais a que um Estado que invoca a responsabilidade de outro faz jus*.

Considerando, então, que a responsabilidade internacional toma corpo através de remédios jurídicos, não é de surpreender que a Parte II do Projeto de Artigos, a qual aborda os remédios (exceção feita para as *contramedidas*), receba a denominação *Conteúdo da Responsabilidade Internacional do Estado*.

Tais remédios encontram-se distribuídos em dois grupos principais: *obrigação de cessação* e *obrigação de reparação*, sendo que a última encerra uma gama de modalidades⁶³.

primary obligation and cannot be determined in the abstract” (Report of the ILC on the work of its fifty-third session, p. 36).

⁶² À semelhança de MAVROIDIS, *op. cit.*

⁶³ Na ausência de um regime convencional, o Estado lesado dispõe de liberdade para eleger um ou mais remédios jurídicos, conforme seja conveniente e adequado para a sua pretensão: “*In particular the victim of an internationally wrongful act is, under normal circumstances, entitled to elect compensation rather than*

As duas obrigações configuram, no dizer da CDI, as *consequências gerais* do ato internacionalmente ilícito.

Enunciada no art. 30⁶⁴, a obrigação de cessação “*é a primeira e a mais evidente consequência da obrigação geral incumbindo ao Estado (...) responsável de eliminar as consequências do seu facto internacionalmente ilícito*”⁶⁵. Adequada apenas para ilícitos de caráter *contínuo*, trata-se de remédio cujos efeitos só se produzem para o futuro (*ex nunc*).

Juntamente com o dever de cessação é estatuída, no art. 30, a obrigação de não repetição, ou “*de oferecer promessas e garantias de não repetição apropriadas, se as circunstâncias assim o requererem*”. A justificativa para a obrigação de não repetição ter sido colocada lado a lado com a de cessação é que ambas são prospectivas e visam a evitar futuras violações⁶⁶. Contudo, na prática, as promessas e garantias de não repetição aparecem como uma forma de satisfação.

A obrigação de reparação, de seu turno, pode consistir em *restituição* (art. 35), *compensação* (art. 36) e *satisfação* (art. 37), remédios a que se pode recorrer individual ou conjuntamente.

De acordo com o Projeto, a forma de reparação preferível é a restituição⁶⁷, a qual implica o restabelecimento da situação tal como existia antes do ato ilícito. Assim, a expressão é mais ampla do que comumente se entende por restituição, associada a obrigações de dar; ela supõe a reposição das coisas no estado anterior ao ilícito (*restitutio in integrum*).

restitution in kind, to forgo claims on satisfaction, or indeed to focus on cessation and future performance rather than seeking reparation at all” (Third Report on State Responsibility by Special Rapporteur James Crawford, 15 March 2000 (A/CN.4/507). Yearbook of the ILC 2000, v. 2, part 2, p. 15).

⁶⁴ O art. 30 versa sobre *cessação e não repetição*, e é assim redigido: “*The State responsible for the internationally wrongful act is under an obligation: (a) To cease that act, if it is continuing; (b) To offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition, if circumstances so require*”.

⁶⁵ DAILLIER *et al*, *op. cit.*, p. 812.

⁶⁶ “*Assurances and guarantees of non-repetition may be sought by way of satisfaction (...) and there is thus some overlap between the two in practice. However, they are better treated as an aspect of the continuation and repair of the legal relationship affected by the breach. Where assurances and guarantees of non-repetition are sought by an injured State, the question is essentially the reinforcement of a continuing legal relationship and the focus is on the future, not the past*” (Report of the ILC on the work of its fifty-third session, p. 90, § 11).

⁶⁷ Tal deduz-se do art. 36:1: “*The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution*” (grifou-se).

A compensação, ou indenização, é o modo mais frequente de reparação do prejuízo, consistindo no pagamento do equivalente pecuniário e incluindo os danos emergentes e os lucros cessantes.

Já a satisfação, via de regra, cuida-se de um expediente não financeiro, incidente quando a restituição e a compensação não bastam para reparar integralmente o ilícito; pode compreender “*reconhecimento da ilicitude, manifestação de arrependimento, pedido formal de desculpas ou outra modalidade apropriada*”⁶⁸.

O último remédio a ser abordado, as *contramedidas*, foi tratado separadamente dos demais, na Parte III do Projeto, no capítulo II (intitulado *Contramedidas*)⁶⁹. Em regra, o ato internacionalmente ilícito faz nascerem para o Estado infrator as obrigações de cessação e reparação. Em o infrator se mantendo inerte⁷⁰, ao Estado lesado é permitido, *com a finalidade específica de compelir o infrator ao cumprimento das obrigações de cessação e de reparação*, recorrer a *contramedidas*⁷¹.

Na regulamentação das *contramedidas*, a CDI deixa transparecer que se guiou pelo intuito de evitar abusos, tão susceptíveis de ocorrer em searas em que impera a justiça privada⁷². As *contramedidas* consistem na suspensão temporária de obrigações devidas pelo Estado ofendido *vis-à-vis* o ofensor, as quais podem ser buscadas no rol de relações jurídicas

⁶⁸ Art. 37:2.

⁶⁹ Enquanto a Parte II enfoca o *conteúdo* da responsabilidade internacional, a Parte III versa sobre a *implementação* dessa responsabilidade, isto é, estatui regras que possibilitem tornar concreto aquele conteúdo. Pela sistemática do Projeto, as *contramedidas* encaixam-se nesse espírito.

⁷⁰ A indução ao cumprimento pode, a bem dizer, acontecer em estágios variados. Assim, caberia a utilização de *contramedidas* para induzir o Estado ofensor a se submeter a um procedimento de solução de controvérsias, no seio do qual se apuraria a existência da responsabilidade internacional, e, assim, de possíveis deveres de cessação e reparação. Em outro exemplo, em que existente uma decisão reconhecendo a responsabilidade do infrator, as *contramedidas* prestar-se-iam para compeli-lo a cumprir as determinações contidas no título.

⁷¹ Art. 49:1: “*An injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations under part two*”.

⁷² As *contramedidas* trazem em si o caráter de *execução forçada* do direito, que, sobretudo em direito internacional, devido à descentralização de poder que o caracteriza, é “abandonada” aos Estados interessados: “*In international law (...) even the execution of the sanction is decentralized – left to the interested parties. It is the condition of self-help characteristic of primitive law. Centralization of the execution of the sanction involves not only the establishment of special executive organs, but concentration of the means of power as well. It is principally in the centralization of the execution of the sanction that the national, the statal, legal order is distinguishable from the primitive, pre-statal, and from the likewise primitive super-statal, the international legal order*” (KELSEN, Hans. *Law and Peace in International Relations – The Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41*. Buffalo: William S. Hein & Co., Inc., 1997, p. 120).

entretidas entre os países, só havendo que se atentar para as restrições elencadas no art. 50⁷³. Demais, as contramedidas precisam ser proporcionais ao prejuízo experimentado, tendo em conta a gravidade do ato ilícito e dos direitos em causa⁷⁴.

1.1.2 Responsabilidade por atos *não proibidos*

O *fundamento de direito comum* da responsabilidade internacional é a ilicitude; a norma é que somente diante do cometimento de um ato ilícito a responsabilidade pode ser engajada⁷⁵. Isso, contudo, não elimina a possibilidade de a responsabilidade internacional ser implicada também em razão de conduta que, ainda que *não proibida*, cause dano a outro Estado. Em certa medida, o direito internacional tem trilhado caminho semelhante ao dos direitos internos, em que, mais e mais – malgrado ainda se trate de fenômeno excepcional –, o direito da responsabilidade tem sido estendido a situações onde não há, ou é tornado sem relevância perquirir, agir ilícito, bastando a existência de nexos causal entre o dano e a conduta do agente para que se perfectibilize a responsabilidade⁷⁶.

A diferença entre atos *ilícitos* e atos *não proibidos* como fundamento para a responsabilização foi captada pela CDI no desenrolar do seu labor sobre responsabilidade do

⁷³ Art. 50: “1. Countermeasures shall not affect: (a) The obligation to refrain from the threat or use of force as embodied in the Charter of the United Nations; (b) Obligations for the protection of fundamental human rights; (c) Obligations of a humanitarian character prohibiting reprisals; (d) Other obligations under peremptory norms of general international law. 2. A State taking countermeasures is not relieved from fulfilling its obligations: (a) Under any dispute settlement procedure applicable between it and the responsible State; (b) To respect the inviolability of diplomatic or consular agents, premises, archives and documents”.

⁷⁴ Art. 51.

⁷⁵ “O fundamento de direito comum da responsabilidade internacional é então a ilicitude. (...) Por outro lado, podemos interrogar-nos sobre a existência de uma responsabilidade pelas consequências prejudiciais das atividades que não estão interditas pelo direito internacional mesmo na ausência de qualquer tratado” (DAILLIER *et al*, *op. cit.*, p. 779).

⁷⁶ Código Civil Brasileiro, art. 927, § único: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Estado, concluindo que o estudo do tema deveria ser cindido. A necessidade de separação da responsabilidade por atos *ilícitos* da por atos *não proibidos* atendia a diferenças estruturais entre os dois regimes, a impossibilitar uma formulação conjunta, e foi ressaltada, por exemplo, no Relatório da CDI de 1976:

A Comissão reconhece integralmente a importância não apenas da responsabilidade por atos internacionalmente ilícitos, mas também da obrigação de reparar as consequências danosas decorrentes de certas atividades legais, especialmente as que, por sua natureza, apresentam certos riscos. A Comissão, entretanto, adota o posicionamento de que a segunda categoria não pode ser tratada juntamente com a primeira. Devido à natureza diversa da responsabilidade por risco e das regras que a governam, bem como o seu conteúdo e as formas que pode assumir, um exame conjunto das duas matérias só poderia dificultar a compreensão de ambas⁷⁷. (grifou-se)

Entre as diferenças existentes, destaca-se uma, observada pioneiramente pelo Relator Especial AGO, quando esse propôs em 1963 que se estudassem em separado os dois regimes. Como exposto, a responsabilidade por atos ilícitos encampa o conjunto de regras secundárias que determinam as condições gerais para a existência de um ato internacionalmente ilícito e as consequências jurídicas que dele emanam. Já a responsabilidade por atos não proibidos, a despeito do termo *responsabilidade*, habita no nível das regras *primárias*. Em um modelo idealizado, mas que permite exprimir didaticamente o que sucede, a responsabilidade por atos não proibidos estipularia: se o Estado *A*, ao desenvolver (ou permitir que um particular desenvolva) no seu território a atividade *X*, causar dano ao Estado *B*, deverá indenizá-lo. Eis a obrigação primária: pagar compensação caso ocorra dano. Em sendo violada dita obrigação

⁷⁷ “The Commission fully recognizes the importance, not only of questions of responsibility for internationally wrongful acts, but also of questions concerning the obligation to make good any harmful consequences arising out of certain lawful activities, especially those which, because of their nature, present certain risks. The Commission takes the view, however, that the latter category of questions can not be treated jointly with the former. Because of the entirely different basis of the liability for risk and the different nature of the rules governing it, as well as its content and the forms it may assume, a joint examination of the two subjects could only make both of them more difficult to grasp” (Report of the ILC on the work of its twenty-eight session, 3 May – 23 July 1976 (A/31/10). Yearbook of the ILC 1976, v. 2, part 2, p. 70, § 65).

(ou seja, não sendo pago compensação), incidem as regras secundárias de responsabilidade por atos ilícitos (com as necessárias reservas)⁷⁸.

A denominação mesma da espécie de responsabilidade ora enfocada suscitaria discussão. A terminologia que vingou foi *responsabilidade internacional por consequências danosas decorrentes de atos não proibidos pelo direito internacional (international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law)*, à qual se está referindo nesta dissertação simplifadamente como responsabilidade por *atos não proibidos* ou *sine delicto*.

Ainda no que concerne à terminologia, uma advertência faz-se necessária. Não haveria precisão, partindo de uma analogia com o direito interno, em aludir à responsabilidade por atos não proibidos como responsabilidade objetiva, utilizando as duas expressões como sinônimas. É correto que a responsabilidade por atos não proibidos constitui, sempre, responsabilidade objetiva, já que não se concebe a perquirição de culpa em se tratando de um ato *não proibido* (portanto, lícito). Entretanto, há quem aluda à responsabilidade por atos *ilícitos* também como responsabilidade objetiva, dado a culpa não ser requisito daquela responsabilidade. Em vista desse quadro, abordar responsabilidade por atos não proibidos e responsabilidade objetiva como sinônimos daria espaço a confusão. As palavras de BARBOZA são esclarecedoras:

Responsabilidade por atos não proibidos é por vezes denominada “responsabilidade objetiva” porque o elemento subjetivo da culpa não é, conforme nós vimos, relevante a fim de que se proceda à indenização. Porém, a qualidade de “objetiva” pode ser atribuída pelo direito internacional tanto para a responsabilidade por atos ilícitos quanto para a responsabilidade sem

⁷⁸ “The distinction is best illustrated by the archetypal conventional regime contained in the Convention on International Liability for Damage caused by Space Objects (1971). Article 2 of this Convention provides that: A launching State shall be absolutely liable to pay compensation for damage caused by its space object on the surface of the earth or to aircraft in flight. That provision establishes for the States parties a ‘primary’ obligation to pay compensation for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law. By virtue of a ‘secondary’ rule, failure of a State party to meet its liability to pay compensation constitutes a breach of an international obligation of that State, thereby entailing its international responsibility” (Preliminary Report on International Liability for Injurious Consequences Arising Out of Acts Not Prohibited by International Law by Special Rapporteur Robert Q. Quentin-Baxter, 24 and 27 June & 4 July 1980 (A/CN.4/334). Yearbook of the ILC 1980, v. 2, part 1, p. 253, § 21).

ilicitude. A violação da maioria das obrigações de conduta de acordo com a Parte I do Projeto de Artigos da CDI sobre responsabilidade do Estado não reclama a existência de culpa (culpa). Portanto, tentar distinguir a responsabilidade pelo seu caráter “objetivo” pode nos conduzir a ambiguidade⁷⁹. (grifou-se)

Inicialmente, havia crença na viabilidade de proceder-se à codificação do tópico em caráter geral, ou seja, na esteira do que se estava fazendo relativamente à responsabilidade por atos ilícitos seria formulada uma *teoria geral* da responsabilidade internacional *sine delicto*. Destarte, para além da seara ambiental – área na qual, por excelência, o tema da responsabilidade *sine delicto* era articulado –, intentava-se que a codificação cobrisse, da mesma forma, outras atividades não proibidas causadoras de dano extraterritorial (medidas tarifárias, de política industrial ou antitruste, etc.).

A suposição mostrou-se desarrazoada. À medida que a pesquisa evoluiu, constatou-se que as fontes sobre as quais a CDI se debruçava diziam respeito quase exclusivamente ao campo ambiental, não sendo possível estender a experiência adquirida nessa área específica para outras, com particularidades próprias⁸⁰. Ademais, a formulação de um regime abrangente teria um custo político alto, quiçá intransponível. Os Estados dificilmente aceitariam se submeter a um regime segundo o qual a sua responsabilidade poderia ser comprometida pela execução de medidas na sua ótica legítimas, já que não proibidas. Por fim, a própria

⁷⁹ “Liability for acts not prohibited is sometimes called ‘objective liability’ because the subjective element of fault is, as we have seen, not relevant in order for compensation to proceed. However, the quality of ‘objective’ may be attributed by international law both to responsibility for a wrongful act and to liability with no breach of obligation. The breach of most obligations of conduct according to Part I of the ILC draft on State responsibility does not require the existence of fault (culpa). So, trying to distinguish liability for its ‘objective’ character may lead us into ambiguity” (BARBOZA, Julio. International Liability for the Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law and the Protection of the Environment. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de La Haye*, tomo 247, v. III, 1994, p. 307). No jargão da ONU e do direito internacional em língua inglesa, consagrou-se a utilização do termo *liability* para a espécie de responsabilidade ora versada, ao passo que para a responsabilidade por atos ilícitos se utiliza *responsibility* – diferenciação essa que, aponta BARBOZA, não aparece na práxis jurídica em geral, onde os dois termos, muitas vezes, são usados como sinônimos. Já o francês e o espanhol (e o português) fazem uso do mesmo termo, *responsabilité* e *responsabilidad*, respectivamente (*Ibid.*, p. 306-307).

⁸⁰ BOYLE, Alan E. State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction? *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 1990, p. 03-04.

excepcionalidade da responsabilidade *sine delicto* desencorajaria que se lhe pretendesse conferir uma abrangência que não possui.

O escopo do trabalho da CDI foi, pois, restringido: abarcaria uma situação particular, o dano transfronteiriço – originado das consequências físicas de uma atividade desenvolvida no Estado A e sentido no Estado B. É relevante ter em conta essa restrição, pois o título do tópico (*responsabilidade por consequências danosas decorrentes de atos não proibidos pelo direito internacional*) sugere uma amplitude que não se confirma. É compreensível o curso tomado pela Comissão, pois que o instituto da responsabilidade *sine delicto*, em larga proporção, surge como resposta à preocupação de evitarem-se danos transfronteiriços decorrentes da condução de novas atividades, possibilitadas pelo progresso da ciência e da tecnologia (utilização de energia atômica, atividades espaciais, etc.).

Depois de muitas idas e vindas quanto à definição da maneira de abordagem do tópico, a CDI, no ano de 1997, resolveu dividi-lo. A princípio, a CDI passaria a trabalhar em torno de uma primeira parte, que envolveria apenas a prevenção de danos transfronteiriços decorrentes de atividades perigosas. A segunda parte, que versaria sobre a questão da responsabilidade, propriamente, teve o seu desenvolvimento suspenso.

A temática que recebeu prioridade, relativa à prevenção, guarda distância da ideia angular implícita no tópico, que é definir normas para a responsabilidade *sine delicto* do Estado. O trabalho resultou na adoção, pela CDI, em 2001, do *Projeto de Artigos sobre Prevenção de Dano Transfronteiriço decorrente de Atividades Perigosas (Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities)*⁸¹. O desiderato foi estabelecer um regime geral para a prevenção de danos transfronteiriços gerados por

⁸¹ Report of the ILC on the work of its fifty-third session, p. 146-148, § 97. O documento é composto de 19 artigos versando sobre medidas como autorização prévia da atividade, estudo de impacto ambiental, notificação, trocas de informações e consultas entre os Estados envolvidos, medidas unilaterais de prevenção, etc.

atividades perigosas, com vistas a nortear o comportamento dos Estados na ausência de um regime convencional⁸².

Na eventualidade de o dano ocorrer, a questão alusiva à reparação – em especial à alocação de responsabilidade – seria abordada na segunda parte, complementar à primeira, adotada pela CDI na sua 58ª sessão, em 2006, e que recebeu a denominação de *Projeto de princípios sobre a alocação de prejuízo no caso de dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas (Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities)*⁸³.

Que a responsabilidade deve ser estrita em se tratando de determinadas atividades (mormente as que ostentam risco de dano a terceiros) e que a vítima deve receber reparação são pontos que não deram azo a controvérsia. Todavia, questão intrincada que se apresentou à CDI foi definir se tal responsabilidade pode ser repassada aos Estados na ausência um regime convencional, sobretudo quando não são eles os operadores das atividades perigosas, e sim agentes econômicos privados atuando sob a sua jurisdição.

A matéria adquire complexidade, visto que representa um rompimento com as regras tradicionais de *atribuição*, formuladas no âmbito da responsabilidade por atos ilícitos; agindo os particulares a título privado, não haveria, por tais regras, como atribuir ao Estado responsabilidade pelos seus atos.

A bem dizer, a responsabilização *sine delicto* do Estado em face do dano transfronteiriço ignora a discussão referente à prevenção; mesmo tendo sido tomadas todas as

⁸² Para DAILLIER *et al*, trata-se de tímido projeto que não aborda a essência do tema: “(...) esta última [responsabilidade sine delicto] subleva as dificuldades de momento insuperáveis e não alcançou até ao momento, senão a adopção, em 2001, de um tímido projecto de artigos sobre a ‘prevenção dos prejuízos transfronteiriços das actividades perigosas’, que não aborda a essência desta questão; trata-se da regulamentação das obrigações de vigilância que incumbem aos Estados a este respeito, isto é, de regras primárias cuja violação pressupõe responsabilidade, por facto internacionalmente ilícito, do Estado ao qual ela é atribuída” (*Op. cit.*, p. 832).

⁸³ Report of the ILC on the work of its fifty-eighth session, 2006 (A/61/10). Yearbook of the ILC 2006, p. 106-110.

medidas preventivas, a responsabilidade *sine delicto* imporá ao Estado responder pelo dano causado.

O trabalho da Comissão esbarrou na observação da prática estatal, onde, no que pertine à área ambiental, o panorama relativo à distribuição de responsabilidade afigura-se disforme. Os incontáveis acordos internacionais apresentam soluções diversificadas, atendendo às especificidades das situações enfocadas. Nesse esteio, NETO refere que a introdução da responsabilidade por risco no direito internacional impõe a obrigação de indenizar “(i) ora sobre o agente responsável pela atividade que origina o dano, via de regra garantido por um fundo de financiamento; (ii) ora sobre o agente responsável pela atividade que origina o dano e, subsidiariamente, sobre o Estado; ora (iii) sobre o Estado”⁸⁴.

O primeiro grupo seria exemplificado pela Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil sobre Danos Causados por Poluição por Óleo (1969), e o segundo pela Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares (1963). No entanto, conforme o autor, “tais convenções limitam-se, na verdade, a impor ao Estado uma obrigação de construir e aplicar, em direito interno, um sistema de responsabilidade civil por risco”⁸⁵. Quanto ao terceiro grupo – o qual exprime a aceção de responsabilidade *sine delicto* versada neste trabalho, em que a responsabilidade é canalizada *ao Estado* –, só haveria como exemplos, presentemente, instrumentos lidando com direito espacial⁸⁶.

A CDI nem mesmo perto chegou de proclamar a responsabilidade do Estado por danos decorrentes de atividades perigosas, nem na modalidade de uma responsabilidade subsidiária do Estado relativamente ao particular causador do dano. O título do projeto de princípios que abordou o tema da reparação representa, em verdade, um prelúdio apropriado do seu

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 210.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 212.

⁸⁶ Um deles, o Tratado Espacial (1967) reza, no art. 6º, que “*States Parties to the Treaty shall bear international responsibility for national activities in outer space, including the Moon and other celestial bodies, whether such activities are carried on by governmental agencies or by non-governmental entities (...)*”.

conteúdo: o termo *responsabilidade (liability)*, por demais ambicioso, desapareceu, aparecendo em contrapartida *alocação de prejuízo (allocation of loss)*⁸⁷.

Que reste claro, então: o *Projeto de princípios sobre a alocação de prejuízo no caso de dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas* e, bem assim, o trabalho como um todo da CDI sobre responsabilidade internacional por consequências danosas decorrentes de atos não proibidos pelo direito internacional passam ao largo do que razoavelmente se poderia esperar como sendo o fulcro do empreendimento, a imposição de responsabilidade *sine delicto ao Estado*. Essa espécie de responsabilização, quando se verificar em direito internacional, deverá ser fruto de normas convencionais.

1.2 A RECLAMAÇÃO DE VIOLAÇÃO: RESPONSABILIDADE POR ATOS *ILÍCITOS* EM DIREITO INTERNACIONAL DO COMÉRCIO

Salta aos olhos, no art. XXIII:1 do GATT, a originalidade da sua redação⁸⁸. Causam estranheza os conceitos jurídicos que menciona: benefícios, anulação ou prejuízo, objetivos

⁸⁷ Uma das premissas do texto é que as vítimas dos danos devem receber compensação. O objetivo deve ser assegurado pelo Estado em cuja jurisdição a atividade é realizada, por intermédio de medidas tais como imposição de responsabilidade objetiva ao operador da atividade; obrigatoriedade de o operador possuir seguro ou fornecer outra garantia para cobrir eventuais danos; estabelecimento de fundos em nível nacional para servir como garantia adicional, quando apropriado; possibilitar o amplo acesso das vítimas ao judiciário, etc. Ao Estado de origem da atividade, em resumo, cabe fornecer todo o arcabouço jurídico para que as vítimas possam socorrer-se acionando o operador da atividade danosa, sobre o qual, pelo espírito do projeto de artigos, recairia a responsabilidade.

⁸⁸ “*The text of the dispute settlement provisions in Article XXIII differs from the dispute settlement provisions of most other international agreements in several respects. Traditionally, the dispute settlement provisions of international treaties focus on legal concepts such as the rights and obligations of the contracting parties, infringement of treaty obligations, or ‘legal disputes concerning: (a) the interpretation of a treaty; (b) any question of international law; (c) the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation; (d) the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation’ (Article 36 of the Statute of the International Court of Justice). By contrast, Article XXIII makes use of certain concepts that are rather unique in the law. It proceeds from the concept of ‘nullification or impairment of any benefit... accruing under this Agreement’. Even breaches of obligations are described in GATT practice as ‘prima facie nullification or impairment of benefits’*” (Group of Negotiations on Goods (GATT). Negotiating

do Acordo, etc. O mesmo dá-se quanto à maneira como o dispositivo é construído, porquanto a invocação da responsabilidade não se centra na noção de ilegalidade, como seria usual.

Um fator a explicar a relativa marginalização que a redação do art. XXIII reserva a considerações de legalidade seria a própria natureza do contencioso econômico. Refere CANAL-FORGUES (inicialmente transcrevendo MALINVERNI):

(...): ‘em matéria econômica, o caráter precário e impreciso da regra, ou a sua ausência, não permitem sempre identificar uma ilicitude subjacente a um dano. A par de diferendos relativos à interpretação ou aplicação do direito, o contencioso econômico deve prever o surgimento de diferendos independentemente da violação de uma regra por um Estado. Dos dois componentes da responsabilidade, ato ilícito e dano, é esse último que reveste importância preponderante, a ilicitude do ato passando a plano secundário’.

Dito de outra forma, as condições de um fato gerador ilícito, a infração, e de um prejuízo – ou dano –, normalmente requeridos no direito clássico da responsabilidade, são aqui não mais cumulativos e sim alternativos. O só prejuízo pode constituir o fato gerador da responsabilidade e é suscetível de fazer nascer direitos em favor do Estado lesado⁸⁹.

Outra característica do contencioso econômico seria a ojeriza à solução judicial⁹⁰. Isso aparece com clareza no modo como a solução de disputas era a princípio encarada no GATT, tendendo mais para uma acomodação de posições divergentes do que para a aplicação do direito por um terceiro imparcial. Segundo DAM, as Partes-Contratantes, ao lhe ser apresentada uma disputa, atuavam mais como catalisadores para que os próprios contendores chegassem a um acordo do que como árbitros. Chegar-se-ia ao extremo de os governos não

Group on Dispute Settlement. *Non-Violation Complaints Under GATT Article XXIII:2*. Note by the Secretariat. 14 July 1989. MTN.GNG/NG13/W/31, p. 01).

⁸⁹ “(...) : ‘en matière économique, le caractère précaire et imprécis de la règle, ou son absence, ne permettent pas toujours d’identifier une illicéité à la base du dommage. A côté de différends relatifs à l’interprétation ou à l’application du droit, le contentieux économique doit prévoir la naissance de différends indépendamment de la violation d’une règle par un Etat. Des deux composantes de la responsabilité, acte illicite et dommage, c’est cette dernière qui revêt une importance prépondérante, l’illicéité de l’acte à l’arrière plan’. Autrement dit, les conditions d’un fait générateur illicite, l’infraction, et d’un préjudice – ou dommage –, normalement requises dans le droit classique de la responsabilité, sont ici non plus cumulatives mais alternatives. Le préjudice seul peut constituer le fait générateur de la responsabilité et est susceptible de faire naître des droits en faveur de l’Etat lésé” (CANAL-FORGUES, *op. cit.*, p. 105).

⁹⁰ “Deve-se salientar desde logo que as questões jurídicas de conteúdo econômico sentem uma rejeição pela solução judicial, normalmente formalista e demorada. Por outro lado, a composição harmônica que se busca na solução dessas questões repudia a decisão de que decorra uma figura de vencedor e outra de vencido” (FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 115).

enxergarem as regras do GATT como estabelecendo o norte para a solução de uma disputa, circunstância que reforça o desapego à ideia de legalidade⁹¹.

A solução de controvérsias no GATT evoluiu paulatinamente na direção da judicialização, em movimento que culminou no advento do ESC da OMC, que consolida e refina a experiência adquirida em resolução de disputas no quase meio século de vigência do GATT. A solução negociada, conforme o art. 3:7 do ESC, continua sendo a preferível, mas com um complemento, que por certo reflete o *adensamento de juridicidade* (expressão emprestada de LAFER) do sistema: “*Deverá ser sempre dada preferência à solução mutuamente aceitável para as partes em controvérsia e que esteja em conformidade com os acordos abrangidos*”⁹².

A despeito do quadro apresentado – em que, pela letra do art. XXIII, a anulação ou prejuízo de benefícios é o elemento preponderante para fins de invocação da responsabilidade internacional, ofuscando-se a importância da ilegalidade –, a utilização do dispositivo não prescinde de que a conduta (ou situação) de que se reclama seja enquadrada em uma das alíneas (*a* ou *b* (ou *c*)). Tal enquadramento demanda, obrigatoriamente, que se opte por veicular a pretensão através de uma reclamação de violação (*a*) ou de não violação (*b*) (ou de situação (*c*)). Ou seja – e sobre isso não devem pairar dúvidas: a anulação ou prejuízo de benefícios precisa dar-se mediante uma medida ilegal ou legal (ou outra situação).

A ênfase na anulação ou prejuízo de benefícios para a invocação da responsabilidade, em detrimento do legalismo, poderia sugerir um recurso não tão frequente à reclamação de violação, justamente a única que apela para a ilegalidade da medida contestada. Contudo, não é isso que se tem observado desde o início da vigência do GATT. A imensa maioria dos

⁹¹ DAM, *op. cit.*, p. 356. Ainda, cite-se como faceta do contencioso econômico a *obrigação de consultar*. Por serem as suas normas, regra geral, de tipo aberto, é razoável supor que mais de uma conduta possa ser por elas legitimada. Daí a obrigação de consultar (prevista no art. XXII do GATT), de acordo com a qual, havendo uma potencial controvérsia, as partes se encontram obrigadas a entabular conversações com o intuito de apresentar os fatos e justificar de que modo amoldaram os mesmos à norma legal (sobre o tema: LAFER, *A OMC e a regulamentação do comércio internacional*, p. 112-114).

⁹² “(...) *A solution mutually acceptable to the parties to a dispute and consistent with the covered agreements is clearly to be preferred.* (...)”

litígios trazidos perante o regime multilateral do comércio veio sob a forma de uma reclamação de violação, *i.e.*, sob a alegação de anulação ou prejuízo de benefícios causado por uma medida *ilegal*. Tal explica-se, *inter alia*, pelas incertezas circundando as outras duas reclamações, e pela busca de segurança jurídica por parte do Membro demandante.

Ao repousar sobre a violação de uma obrigação – ou um *ato internacionalmente ilícito* perante o ordenamento do GATT/OMC –, a reclamação de violação deve ser vista como conduzindo a espécie de responsabilidade internacional por *atos internacionalmente ilícitos*. Nesse sentido, a fim de tornar completa a análise, cabe examinar o regramento da reclamação de violação (1.2.1), incluindo os remédios jurídicos que prevê (1.2.2).

1.2.1 Regramento

O art. 1º do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade por Atos Internacionalmente Ilícitos estabelece que “*Todo ato internacionalmente ilícito de um Estado implica a responsabilidade internacional daquele Estado*”. Construído com menos clareza, e utilizando-se de termos próprios ao direito internacional do comércio, o art. XXIII:1(a) do GATT transmite mensagem análoga: a responsabilidade internacional dependerá de um ato ilícito:

1. No caso de uma Parte Contratante considerar que um benefício qualquer resultante para ela, direta ou indiretamente, do presente Acordo, está sendo anulado ou prejudicado, ou que um dos objetivos do Acordo está sendo dificultado, em consequência:

(a) *do não cumprimento por outra das Partes Contratantes dos compromissos pela mesma assumidos em virtude do presente Acordo;* (grifou-se)

As normas primárias de direito internacional do comércio não exigem o elemento subjetivo *culpa* para que aconteça a responsabilização por violação⁹³. Porém, ao contrário do que sucede em direito internacional geral, onde o fundamento da responsabilidade é, tão-somente, o ato internacionalmente ilícito, em direito internacional do comércio a responsabilidade é gerada pela ocorrência de anulação ou prejuízo de benefícios; a violação, ou o ato internacionalmente ilícito, representa *um dos meios* pelos quais se pode produzir dita anulação ou prejuízo (os outros sendo encontrados no art. XXIII:1(b) e (c)).

A afirmação, todavia, não aponta com exatidão qual a relação mantida entre a medida violadora, de um lado, e a anulação ou prejuízo de benefícios, de outro. A conduta ilegal induzirá, sempre, a anulação ou prejuízo? Ou há a possibilidade de uma medida ilegal não causar anulação ou prejuízo, e, assim, não implicar a responsabilidade do Membro infrator? Os questionamentos enviam a um ponto-chave do modo de operação da reclamação de violação, a *presunção de anulação ou prejuízo*, instituto que, forjado na casuística, apareceu na evolução legislativa da referida reclamação.

O art. XXIII silenciou acerca de qual seria a relação entre uma medida ilegal e a anulação ou prejuízo. A jurisprudência viu-se propelida a estabelecer tal presunção, ao que parece, visando à economia procedimental, de maneira que, uma vez determinada a violação,

⁹³ “Like general international law, GATT law proceeds from the principle of ‘strict liability’ and ‘objective responsibility for result’ independent of a subjective element of fault. Hence, any breach of a GATT obligation constitutes a wrongful act entailing the responsibility of the state concerned, without there being a need to establish fault” (PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, p. 136-137). Só excepcionalmente é que a regra primária torna relevantes considerações sobre culpa para que se configure a sua violação, como, p. ex., no art. XXIV:12 do GATT (“Each contracting party shall take such reasonable measures as may be available to it to ensure observance of the provisions of this Agreement by the regional and local governments and authorities within its territories”). Nesse caso, o Membro somente será responsável por uma violação se se furtar a agir razoavelmente; a disposição, para PETERSMANN, introduz algo como a obrigação de *due diligence*. Já decidiu um painel: “The Panel noted that the Government of Canada considered that it had already taken such reasonable measures as were available to it to ensure observance of the provisions of the General Agreement by the provincial liquor boards. The Panel, however, also noted that the efforts of the Canadian federal authorities had been directed towards ensuring the observance of these provisions as they themselves interpreted them and not as interpreted in these findings. The Panel therefore concluded that the measures taken by the Government of Canada were clearly not all the reasonable measures as might be available to it (...)” (Panel on Import, Distribution and Sale of Alcoholic Drinks by Canadian Provincial Marketing Agencies, GATT Panel Report, adopted 22 March 1988, L/6304 – BISD 35S/37, p. 37-38, §4.35).

não tivesse que se sujeitar ao encargo adicional de investigar a ocorrência de anulação ou prejuízo de benefícios. A própria anulação ou prejuízo era conceito para cujo entendimento o art. XXIII não disponibilizava diretrizes, tendo recaído sobre a casuística, da mesma forma, desvendar o seu significado.

A presunção de anulação ou prejuízo de benefícios foi formulada, pioneiramente, em célebre contencioso da história do GATT denominado *Uruguayan Recourse to XXIII*⁹⁴, cujo relatório foi adotado em 1962.

Diversamente do que se possa pensar, o estabelecimento da presunção que, anos adiante, atingiria o *status* de direito legislado, foi feito de maneira breve, em apenas um parágrafo da decisão. Assim constou no parágrafo 15:

15. Ao implementar a provisão de compensação do Artigo XXIII:2 as PARTES-CONTRATANTES necessitariam saber quais benefícios resultantes do Acordo, na opinião do país invocando as provisões, foram anulados ou prejudicados, e as razões para essa opinião. Nos casos em que há uma clara transgressão das provisões do Acordo Geral, ou em outras palavras, onde medidas são aplicadas em conflito com as provisões do GATT e não são permitidas pelos termos do protocolo sob o qual o GATT é aplicado pela parte-contratante, a conduta, prima facie, constituiria anulação ou prejuízo e requereria ipso facto consideração sobre se as circunstâncias são sérias o bastante para justificar autorização para suspensão de concessões ou obrigações. (...)⁹⁵ (grifou-se)

A presunção cunhada em *Uruguayan Recourse to Article XXIII* recebeu posituação em 1979, quando as Partes-Contratantes, no âmbito da Rodada Tóquio, adotaram o *Entendimento sobre Notificação, Consulta, Solução de Controvérsias e Vigilância*

⁹⁴ *Uruguayan Recourse to Article XXIII*, GATT Panel Report, adopted 16 November 1962, L/1923 – BISD 11S/95. O Uruguai contestava 562 restrições comerciais mantidas por 15 países desenvolvidos; proposto no contexto da confrontação Norte-Sul, o caso apresentava mais o feito de uma acusação do Sul contra as distorções do regime comercial patrocinado pelo Norte.

⁹⁵ “In implementing the compensation provision of Article XXIII:2 the CONTRACTING PARTIES would therefore need to know what benefits accruing under the Agreement, in the view of the country invoking the provisions, had been nullified or impaired, and the reasons for this view. In cases where there is a clear infringement of the provisions of the General Agreement, or in other words, where measures are applied in conflict with the provisions of GATT and are not permitted under the terms of the relevant protocol under which the GATT is applied by the contracting party, the action would, *prima facie*, constitute a case of nullification or impairment and would *ipso facto* require consideration of whether the circumstances are serious enough to justify the authorization of suspension of concessions or obligations” (*Ibid.*, p. 04, § 15).

(*Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*⁹⁶).

Como anexo ao Entendimento constou um documento intitulado *Descrição Concertada da Prática Costumeira do GATT na Área de Solução de Controvérsias (Agreed Description of the Customary Practice of the GATT in the Field of Dispute Settlement (Article XXIII:2))*, no qual as partes codificavam as regras que, por meio da práxis, haviam desenvolvido referentemente ao art. XXIII. No parágrafo 5º, consagrou-se a presunção de anulação ou prejuízo em face da violação de uma obrigação:

5. Na prática, as partes contratantes têm tido recurso ao Artigo XXIII somente quando em sua opinião um benefício resultante do Acordo Geral estivesse sendo anulado ou prejudicado. Nos casos de não cumprimento de obrigações contraídas em virtude do Acordo Geral, presume-se que a medida constitua um caso anulação ou prejuízo. Um caso de anulação ou prejuízo prima facie requereria ipso facto consideração sobre se as circunstâncias são sérias o bastante para justificar autorização para suspensão de concessões ou obrigações (...). Isso significa que normalmente existe a presunção de que toda transgressão das normas produz efeitos desfavoráveis para outras partes-contratantes, e em tais casos a prova em contrário caberá às partes-contratantes contra as quais foi apresentada a reclamação. (...) ⁹⁷ (grifou-se)

A parte grifada transcrita acima reviveu, somente com as adaptações necessárias pela troca de regime, no ESC da OMC, no art. 3:8, que lê:

8. Nos casos de não cumprimento de obrigações contraídas em virtude de um acordo abrangido, presume-se que a medida constitua um caso de anulação ou de prejuízo. Isso significa que normalmente existe a presunção de que toda transgressão das normas produz efeitos desfavoráveis para outros Membros que sejam partes do acordo abrangido, e em tais casos a prova em contrário caberá ao Membro contra o qual foi apresentada a reclamação⁹⁸.

⁹⁶ *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, GATT, adopted 28 November 1979, L/4907.

⁹⁷ “In practice, contracting parties have had recourse to Article XXIII only when in their view a benefit accruing to them under the General Agreement was being nullified or impaired. In cases where there is an infringement of the obligations assumed under the General Agreement, the action is considered prima facie to constitute a case of nullification or impairment. A prima facie case of nullification and impairment would ipso facto require consideration of whether the circumstances are serious enough to justify the authorization of suspension of concessions or obligations (...). This means that there is normally a presumption that a breach of the rules has an adverse impact on other contracting parties, and in such cases, it is up to the contracting parties against whom the complaint has been brought to rebut the charge” (Ibid., p. 07).

⁹⁸ “8. In cases where there is an infringement of the obligations assumed under a covered agreement, the action is considered prima facie to constitute a case of nullification or impairment. This means that there is normally a presumption that a breach of the rules has an adverse impact on other Members parties to that covered agreement, and in such cases, it shall be up to the Member against whom the complaint has been brought to rebut the charge”.

Uma ponderação cabível é que a presunção por fim estatuída no art. 3:8 do ESC levaria a um enrijecimento contrário ao espírito do contencioso econômico. Daí a possibilidade de, em situações em que a ilicitude não produza anulação ou prejuízo de benefícios (supostamente, violação meramente formal ou com consequências insignificantes), rebater-se a presunção, cristalizada em 1979 e repetida no ESC. Mas, para além do direito posto, seria a presunção refutável na prática? Coube à jurisprudência a defini-lo.

O relatório do painel em *United States – Taxes on Petroleum*⁹⁹, adotado no seio do GATT em 1987, desenvolveu análise minuciosa dessa questão.

Três eram os reclamantes – Canadá, Comunidade Europeia e México –, os quais, em síntese apertada, contendiam que os Estados Unidos, através do *U.S. Superfund Amendments and Reauthorization Act of 1986*, ao instituírem um imposto sobre petróleo e alguns derivados, faziam diferenciação entre produtos nacionais e importados, infringindo o art. III:2 do GATT¹⁰⁰ (obrigação de tratamento nacional), pois mais elevada a alíquota incidente sobre os últimos.

O governo norte-americano não se insurgiu contra a alegação de que quedava violado o art. III:2; ao revés, suscitou que a diferença entre as alíquotas aplicadas a produtos domésticos e importados era tão pequena que seus efeitos comerciais seriam mínimos ou nulos, de modo a não se operar anulação ou prejuízo de benefícios aos reclamantes.

O painel dividiu o exame do ponto em duas partes: primeiro, se a presunção de anulação ou prejuízo é refutável ou absoluta¹⁰¹; segundo, caso fosse refutável, se a

⁹⁹ *United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances*, GATT Panel Report, adopted 17 June 1987, L/6175 – BISD 34S/136.

¹⁰⁰ “The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products (...)”.

¹⁰¹ À primeira vista, poder-se-ia considerar a 1ª questão levantada descabida, pois a descrição da prática do GATT elaborada em 1979 já indicava tratar-se de presunção *juris tantum*. Suposição que é contrariada, porém, pela exegese feita dos §§ 4º e 5º do documento. O painel identificou dois momentos distintos na atividade judicante das Partes-Contratantes: um devotado à emissão de julgamento acerca da conduta e outro, posterior, à autorização de suspensão de concessões. Do 1º momento se ocuparia o § 4º, ao passo que do 2º, o § 5º. Está escrito no § 4º que, se não se conseguir chegar a uma composição, “o primeiro objetivo das PARTES

demonstração de que a medida produz efeitos insignificantes ou nulos sobre o comércio seria suficiente para elidir a presunção.

A verificação pelo painel da primeira questão que levantou – se a presunção de anulação ou prejuízo é refutável ou absoluta – findou pela constatação de que “*não havia nenhum caso na história do GATT em que uma parte-contratante havia rebatido com êxito a presunção de que uma medida ilegal causa anulação ou prejuízo*”¹⁰². Daí a conclusão de que a presunção teria operado na prática como se irrefutável fosse¹⁰³.

A irrefutabilidade da presunção na prática – apesar de, pelo direito, atualmente refletido no art. 3:8 do ESC, ser possível refutá-la – deve-se decisivamente à interpretação imprimida a *benefícios*, ou, precisamente, ao que se entende como sendo tutelado pelo termo. Isso leva ao segundo ponto examinado: se a demonstração de que a medida gera efeitos insignificantes ou nulos sobre o comércio seria suficiente para afastar a presunção.

CONTRATANTES é geralmente o de conseguir a supressão das medidas de que se trata, caso se verifique que estas são incompatíveis com o Acordo Geral”. Como inexistente menção a eventual impacto das medidas, o painel concluiu que “*a prática das PARTES CONTRATANTES é fazer recomendações e julgamentos sobre medidas incompatíveis com o Acordo Geral independentemente do impacto dessas medidas*”. Assim, o só fato de uma medida ser incompatível com o GATT implicaria que, ao ser julgada, fosse censurada. A interpretação, ao repudiar toda e qualquer medida ilegal, independentemente dos seus efeitos, conduziria à irrefutabilidade da presunção de anulação ou prejuízo. A seguir, o painel refere-se ao §5º. A circunstância de a presunção só ter aparecido nesse parágrafo seria repleta de significado, entendendo o painel que os impactos da medida ilegal só entram em linha de conta na etapa de autorização da retaliação. A presunção, então, entraria em cena: por existir uma medida ilegal, haveria, por consequência, presunção de que efeitos desfavoráveis (anulação ou prejuízo de benefícios) foram produzidos à parte reclamante, pelo que se considerariam as circunstâncias sérias o bastante para autorizar-se a suspensão de concessões. Caberia à parte reclamada, nessa altura – e somente nessa, segundo o painel –, rebater a presunção, na eventualidade de almejar escapar à retaliação. A interpretação feita pelo painel dos §§ 4º e 5º, na parte que assentou que a presunção só incidiria na etapa derradeira de suspensão de concessões, acabou não sendo seguida posteriormente. A letra do art. 3:8 do ESC dissociou a presunção da suposta ligação exclusiva com a fase de retaliação; não se coloca em dúvida que se possa intentar rebater a presunção na fase que precede a entrega da decisão sobre o mérito da queixa. De todo modo, a discussão acerca dos efeitos de uma medida ilegal – que, afinal, subjaz àquela de se a presunção de anulação ou prejuízo foi elidida ou não – acabou somente detendo relevância justamente na fase de suspensão de concessões, como meio de aferir-se o nível de retaliação a ser autorizado, o qual deve ser proporcional aos benefícios anulados ou prejudicados.

¹⁰² “*The Panel noted such claims had been made in a number of cases but that there was no case in the history of the GATT in which a contracting party had successfully rebutted the presumption that a measure infringing obligations causes nullification and impairment*” (*United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances*, p. 14, § 5.1.6).

¹⁰³ “*The Panel concluded (...) that, while the CONTRACTING PARTIES had not explicitly decided whether the presumption that illegal measures cause nullification and impairment could be rebutted, the presumption had in practice operated as an irrefutable presumption*” (*Ibid.*, p. 15, § 5.1.7).

Segundo o painel, a vingar a argumentação dos Estados Unidos, ter-se-ia que admitir que a *rationale* do art. III:2 seria tutelar o *volume de exportação*. Assim, seria permitida a infração à obrigação de tratamento nacional, procedendo-se à discriminação entre produtos locais e importados (tal qual sucedia no caso), desde que isso não causasse efeitos desfavoráveis às exportações da parte reclamante. Dito entendimento inevitavelmente levaria os painéis, para verificar se houve anulação ou prejuízo de benefícios, a investigar dados relativos ao comércio do membro em questão. A lógica que parece orientar o posicionamento do painel é que muitos fatores podem influenciar os fluxos de comércio, tornando complexa a verificação de se determinadas causas produzem, ou deixam de produzir, certas consequências comerciais.

O painel, então, adotou a posição de que o art. III:2 não tutela volumes de exportação, e sim *condições de concorrência*:

(...) Por essas razões, o Artigo III:2, primeira sentença, não pode ser interpretado no sentido de proteger expectativas de volumes de exportação; ele protege expectativas de uma relação concorrencial entre produtos domésticos e importados. Uma alteração dessa relação concorrencial em afronta àquela disposição deve por consequência ser considerada ipso facto uma anulação ou prejuízo de benefícios resultantes do Acordo Geral¹⁰⁴. (grifado no original)

A propósito, anota PETERSMANN, aludindo expressamente ao entendimento contido no trecho acima transcrito:

Em direito internacional geral, dano material não constitui um elemento constitutivo do ato internacionalmente ilícito ou um requisito da responsabilidade do Estado. A prática de solução de controvérsias do GATT da mesma forma reconhece que a inconsistência de uma medida comercial com o GATT, e anulação ou prejuízo a propósito do Artigo XXIII, não dependem de dano. Conforme afirmado no relatório do painel adotado pelo Conselho do GATT em 17 de junho de 1987 sobre ‘Impostos Norte-Americanos sobre Petróleo’, ‘o impacto de uma medida inconsistente com o Acordo Geral não é relevante para a determinação de anulação ou prejuízo’ pois a função da maioria das regras do GATT (como os Artigos I-III e XI) é

¹⁰⁴ “For these reasons, Article III:2, first sentence, cannot be interpreted to protect expectations on export volumes; it protects expectations on the competitive relationship between imported and domestic products. A change in the competitive relationship contrary to that provision must consequently be regarded ipso facto as a nullification and impairment of benefits accruing under the General Agreement” (Ibid., p. 16, § 5.1.9). Adiante, arrematou: “(...) the Panel concluded that the tax on petroleum was inconsistent with Article III:2, first sentence and consequently constituted a *prima facie* case of nullification and impairment and that an evaluation of the trade impact of the tax was not relevant for this finding” (Ibid., p. 16, § 5.1.12).

estabelecer condições de concorrência e proteger oportunidades de comércio, e presume-se que violações das regras do GATT afetam adversamente essas condições de competição¹⁰⁵. (grifou-se)

É relevante sublinhar que a premissa de que se protegem *condições de concorrência*, ou *oportunidades de comércio*, em vez de *volumes de comércio*, não se restringe ao art. III; conforme salientado na passagem, tal constitui “*a função da maioria das regras do GATT*”. A premissa, da mesma forma, revela que o dano material (diminuição dos volumes de comércio) não se afigura requisito da responsabilidade em direito internacional do comércio¹⁰⁶. O entendimento em questão será retomado quando for abordada a evolução

¹⁰⁵ “*In general international law, material damage is neither a constitutive element of an internationally wrongful act nor a requirement of state responsibility. GATT dispute settlement practice likewise recognizes that the GATT-inconsistency of a trade measure, and nullification or impairment in terms of GATT Article XXIII, do not depend on damage. As stated in the GATT panel report adopted by the GATT Council on 17 June 1987 concerning ‘US Taxes on Petroleum’, ‘the impact of a measure inconsistent with the General Agreement is not relevant for a determination of nullification and impairment’ because the function of most GATT rules (such as Articles I-III, and XI) is to establish conditions of competition and to protect trading opportunities, and violations of GATT rules are presumed to adversely affect these conditions of competition*” (The GATT/WTO Dispute Settlement System, p. 136).

¹⁰⁶ Dita premissa foi alvo de desdobramento extremado em *EC-Bananas*, na parcela do contencioso que versou sobre o *locus standi* dos EUA para ser parte na reclamação. A alegação da CE era de que os EUA não poderiam ter experimentado anulação ou prejuízo de benefícios, já que, além da sua produção de bananas ser insignificante, não exportavam o produto para a reclamada. O argumento foi veiculado sob a forma de uma questão preliminar, no sentido de que os EUA careceriam de legitimidade (*legal interest*) para a proposição da queixa. O órgão de apelação referendou a posição do painel, assentando que o ESC não impõe, expressa ou implicitamente, que o Membro que apresente a queixa detenha *legal interest* para tanto – afirmação que não deixa de ser surpreendente, por ser pacífico que o sujeito que propõe a ação deve ter legitimidade. A lógica subjacente à decisão é que, como as regras do GATT só protegem condições de concorrência, sem assegurar fluxos de comércio, não é necessário que um Membro, ao ajuizar uma reclamação, demonstre que está sendo lesado com a medida combatida. O raciocínio pode sem dificuldade conduzir a que se infira que *todos* os Membros tenham um interesse na manutenção das condições de concorrência, pelo simples de fato de, potencialmente, poderem engajar-se no comércio do item em questão. Nesse diapasão, consignou o painel: “*Generally, it would be difficult to conclude that a Member had no possibility of competing in respect of a product or service. The United States does produce bananas in Puerto Rico and Hawaii. Moreover, even if the United States did not have even a potential export interest, its internal market for bananas could be affected by the EC regime and that regime’s effect on world supplies and prices. (...) Thus, in our view a Member’s potential interest in trade in goods or services and its interest in a determination of rights and obligations under the WTO Agreement are each sufficient to establish a right to pursue a WTO dispute settlement proceeding*” (European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WTO Panel Report, circulated 22 May 1997, WT/DS27/R/USA, p. 306-307, § 7.50). O órgão de apelação não foi enfático como o painel quando esse consignou que bastaria um *potencial interesse* no comércio de certo bem para um Membro ser parte legítima para acudir à solução de controvérsias. Com efeito, resolveu fixar-se nas circunstâncias mencionadas no trecho transcrito, que inclusive reproduziu, as quais garantiriam um *nexo* entre os EUA e o regime de bananas da CE. Ainda assim, que os EUA são um exportador em potencial, ou que o regime combatido possa causar efeitos de ricochete sobre o seu mercado interno, afigura-se um *nexo* por demais fluido, que poderia ser aproveitado senão por todos, por inúmeros países. Assim, pode-se afirmar que a decisão não ficou longe de abrir uma porta para a *actio popularis* em direito internacional do comércio. Confrontado com o argumento europeu de que se estaria tornando possível a “*litigância de todos contra todos*”, o painel não mencionou a existência de obstáculo jurídico a isso, mas somente político: “*The likelihood of litigation by all against all seems unlikely, as Members*

jurisprudencial da reclamação de não violação. Por ora, cumpre atentar para o seu impacto sobre a presunção de anulação ou prejuízo: ele diminuiu de forma drástica, para não dizer fatalmente, a possibilidade de elidir-se a presunção. De acordo com NETO:

Tal assimilação [entre a violação e o seu efeito de ‘anulação do benefício’] é análoga àquela do dano à violação em direito internacional, consubstanciada na ideia de dano jurídico. Também na jurisprudência da OMC, a transformação do bem jurídico protegido pela norma primária internacional, de um bem material (*e.g.* volumes de exportação) em um princípio imaterial (*e.g.* relação competitiva), presta-se à formula de Dionisio Anzilotti segundo a qual “*le dommage se trouve compris implicitement dans le caractère anti-juridique de l’acte*”. Se a anulação do benefício é identificada ao objeto da obrigação, o dano é puramente jurídico e a presunção torna-se *de facto* impossível de ser revertida¹⁰⁷. (grifado no original)

Concebe-se que o único modo de comprovar que uma medida ilegal *não* ocasiona anulação ou prejuízo de benefícios – rebatendo-se, assim, com êxito a presunção estabelecida – seria atestar que a medida não origina efeitos comerciais restritivos. Contudo, essa possibilidade se fecha quando se assenta que as regras comerciais salvaguardam condições de concorrência, independentemente da produção de qualquer efeito sobre o comércio¹⁰⁸. Nesse sentido, não causa espanto que a presunção nunca tenha sido rebatida com sucesso, seja sob a égide do GATT, seja sob a da OMC.

are admonished by Article 3.7 of the DSU to exercise restraint in bringing cases and the cost of bringing cases is such, especially in a case like this one, that this admonition is likely to be followed. In our view, it is also unlikely that significant numbers of cases will be initiated by Members that have no immediate trade interest in their results” (Ibid., p. 307, § 7.51).

¹⁰⁷ NETO, *op. cit.*, p. 239.

¹⁰⁸ “*In any event, the Panel wished to stress that the existence of a quantitative restriction should be presumed to cause nullification or impairment not only because of any effect it had had on the volume of trade but also for other reasons, e.g. it would lead to increased transaction costs and would create uncertainties which could affect investment plans” (Japan – Measures on Imports of Leather, GATT Panel Report, adopted 16 May 1984, L/5623 – BISD 31S, p. 14, § 55). “The Panel carefully considered the effects of the purchase requirements on trade. (...) The Panel, however, believes that an evaluation of the trade effects was not directly relevant to its findings because a breach of a GATT rule is presumed to have an adverse impact on other contracting parties” (Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act, GATT Panel Report, adopted 07 February 1984, L/5504 – BISD 30S/140, § 6.6). “We are of the view that it is not possible to segregate the impact of the quantitative restrictions from the impact of other factors. While recognizing Turkey’s efforts to liberalize its import regime on the occasion of the formation of its customs union with the European Communities, it appears to us that even if Turkey were to demonstrate that India’s overall exports of clothing and textile products have increased from their levels of previous years, it would not be sufficient to rebut the presumption of nullification and impairment caused by the existence of WTO incompatible import restrictions” (Turkey – Restrictions on Imports of Textiles and Clothing Products, WTO Panel Report, circulated 31 May 1999, WT/DS34/R, § 6.204; a decisão do painel, nesse ponto, não foi revista pelo órgão de apelação).*

Não obstante a refutabilidade expressa (hoje, no art. 3:8 do ESC), vige, tacitamente, a irrefutabilidade da presunção.

1.2.2 Remédios Jurídicos

O estudo do funcionamento da reclamação de violação deve findar pela abordagem dos provimentos e medidas judiciais a que o Membro lançando mão da referida ação tem direito, ou seja, os seus *remédios jurídicos*. A abordagem privilegiará as disposições existentes no ESC, mas sem descuidar dos antecedentes desse diploma. Os remédios jurídicos previstos no ESC são, por excelência, devotados à reclamação de violação. Apenas à proporção que com a reclamação de não violação haja compatibilidade é que a ela ditos remédios se aplicam.

O remédio por excelência da reclamação de violação, e do ESC como um todo, reside na *recomendação* para que a medida julgada ilegal seja posta em conformidade com o acordo em questão, prevista no art. 19:1:

1. Quando um painel ou o Órgão de Apelação concluir que uma medida é incompatível com um acordo abrangido, deverá recomendar que o Membro interessado torne a medida compatível com o acordo. Além de suas recomendações, o painel ou o Órgão de Apelação poderá sugerir a maneira pela qual o Membro interessado poderá implementar as recomendações¹⁰⁹. (grifou-se)

¹⁰⁹ “1. Where a panel or the Appellate Body concludes that a measure is inconsistent with a covered agreement, it shall recommend that the Member concerned bring the measure into conformity with that agreement. In addition to its recommendations, the panel or Appellate Body may suggest ways in which the Member concerned could implement the recommendations”. Sobre a fase de implementação do mecanismo de solução de controvérsias da OMC, a qual tem início com a adoção, pelo Órgão de Solução de Controvérsias, da recomendação do painel ou órgão de apelação, estendendo-se até o efetivo cumprimento, veja-se LAWSON, Michael Nunes. A fase de implementação no sistema de solução de controvérsias da OMC: subsídios para a sua revisão. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Direito Internacional e da Integração*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

Debate acadêmico que se observa é sobre se a *recomendação* do art. 19 afigura-se obrigatória, para o qual contribuem a brandura do termo como não ter o Entendimento, taxativamente, determinado a sua obrigatoriedade. Já no texto do GATT existia obscuridade quanto a essa questão; o art. XXIII:2 limitava-se a estabelecer que...

(...) As Partes-Contratantes investigarão, sem demora, qualquer assunto que lhes seja submetido, e farão recomendações apropriadas às Partes-Contratantes que considerem interessadas, ou emitirão julgamento sobre a questão¹¹⁰.

É de interesse observar que o texto saído da Conferência de Genebra relativo à cláusula de anulação ou prejuízo – do qual, rememore-se, o art. XXIII do GATT é praticamente uma cópia – sofreu, no particular, o seguinte melhoramento (não absorvido pelo GATT): para a reclamação de violação, ficou decidido que ao órgão judicante (*Executive Board*) caberia *requerer* a conformação da medida ilegal; já na reclamação de não violação (e de situação) sua competência restringir-se-ia a uma *recomendação*.

Malgrado a linguagem nada conclusiva do GATT – cujo art. XXIII:2, por se aplicar indistintamente às três espécies de reclamações, nem mesmo dizia que as recomendações se dirigiriam à adequação da medida ilegal –, a prática, consoante refletida na já referida *Descrição Concertada* de 1979, acabou apontando para que se assegurasse a conformação da conduta ilícita. Assim é que o parágrafo 4º estipulava que, impossibilitada a composição, o “*primeiro objetivo das PARTES CONTRATANTES é geralmente o de conseguir a supressão das medidas de que se trata, caso se verifique que estas são incompatíveis com o Acordo Geral*”¹¹¹.

Lido no seu conjunto, o ESC sinaliza para a obrigatoriedade de o Membro vencido observar a recomendação emitida pelo painel ou o órgão de apelação, fazendo-a verdadeira

¹¹⁰ “2. (...) *The CONTRACTING PARTIES shall promptly investigate any matter so referred to them and shall make appropriate recommendations to the contracting parties which they consider to be concerned, or give a ruling on the matter, as appropriate. (...)*”

¹¹¹ “4. (...) *In the absence of a mutually agreed solution, the first objective of the CONTRACTING PARTIES is usually to secure the withdrawal of the measures concerned if these are found to be inconsistent with the general agreement. (...)*”

obrigação de cessação, no espírito do art. 30 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade por Atos Internacionalmente Ilícitos da CDI¹¹². Alguns dispositivos são especialmente elucidativos. O art. 21:1 reza que “*O pronto cumprimento das recomendações e decisões do OSC [Órgão de Solução de Controvérsias] é fundamental para assegurar a efetiva solução das controvérsias, em benefício de todos os Membros*”¹¹³. O art. 22:1, que compensação e suspensão de concessões “*são medidas temporárias disponíveis no caso de as recomendações e decisões não serem implementadas dentro de prazo razoável*”¹¹⁴. A própria existência de um mecanismo posterior à adoção da decisão, objetivando vigiar a implementação do julgado (art. 21), não faria sentido caso não se tivesse por plenamente vinculante a recomendação¹¹⁵.

Todavia, a obrigatoriedade da recomendação não deve mascarar a limitação desse remédio jurídico. O art. 19 só confere às instâncias judiciárias da OMC a prerrogativa de manifestarem-se a respeito da legalidade ou não da conduta em questão, e emitirem uma

¹¹² Em sentido contrário, cite-se interpretação levada a efeito pelos Estados Unidos e contida no *Statement of Administrative Action* ao *Uruguay Round Agreements Act*, de acordo com a qual (i) o cumprimento da recomendação, (ii) a concessão de compensação e (iii) a sujeição do vencido à retaliação são colocadas como alternativas em pé de igualdade: “*The DSU recognizes that it may not be possible for a government to agree to the removal of a measure that a panel has found to be inconsistent with a Uruguay Round agreement. Accordingly, it provides for alternative resolutions, including the provision of trade compensation and other negotiated settlements, or the suspension of benefits equivalent to the ‘nullification or impairment’ of benefits caused by the offending measure*” (Apud REIF, Timothy M.; FLORESTAL, Marjorie. *Revenge of the Push-Me, Pull-You: The Implementation Process Under the WTO Dispute Settlement Understanding. The International Lawyer*, vol. 32, n. 03, 1998, p. 761).

¹¹³ “*1. Prompt compliance with recommendations and rulings of the DSB is essential in order to ensure effective resolution of disputes to the benefit of all Members*”.

¹¹⁴ “*2. Compensation and the suspension of concessions or other obligations are temporary measures available in the event that the recommendations and rulings are not implemented within a reasonable period of time. (...)*” MAVROIDIS invoca o art. 23: “*Formalistic grounds though should not take anything away from the fact that respecting the decisions on illegality by WTO adjudicating bodies is part of the pacta sunt servanda obligation imposed on all WTO members: such an obligation stems particularly from the fact that in Article 23(2) DSU, WTO members agreed to assign compulsory third party adjudication to resolve their trade-related disputes in favour of the WTO adjudicating bodies. To state now that such adjudicatory outcomes do not have to be observed (because no WTO provision unambiguously states that such decisions are binding) amounts to denouncing the effet utile of Article 23(2) DSU. Consequently, in this line of thinking, a DSB decision adopting a panel/Appellate Body report that an illegality has been committed, and its ensuing recommendation, is binding on its addressee*” (MAVROIDIS, *op. cit.*, p. 782-783).

¹¹⁵ O art. 21 do ESC é denominado *Surveillance of Implementation of Recommendations and Rulings*, valendo apontar os mecanismos que prevê. O art. 21:1 consagra a preferência pelo cumprimento imediato. Porém, existe a possibilidade de recurso ao §3º, segundo o qual, não sendo possível o adimplemento imediato, o OSC concederá um *período razoável de tempo*. Inexistindo concordância entre os litigantes quanto ao que seria um período razoável, há previsão de um contraditório, onde a palavra final se dará pela via da arbitragem (§3º, c), aconselhando-se o limite de 15 meses. A concessão do período razoável tem sido interpretada como medida excepcional, reclamando do país requerente prova da sua necessidade. O OSC detém a prerrogativa de supervisionar as providências tomadas pelo vencido para cumprir a decisão. O assunto permanecerá na pauta do OSC até o efetivo cumprimento, devendo o obrigado prestar relatórios acerca dos progressos alcançados.

diretiva *genérica*, instando o infrator a conformar a medida ao acordo abrangido, inexistindo mandato para que se lhe determinem os meios para tanto. É verdade que o art. 19:1 permite que os painéis ou o órgão de apelação *sugiram* os meios pelos quais a recomendação seja implementada. Contudo, além de subutilizada – em razão de tendência dos órgãos judicantes de confeccionarem suas decisões do modo menos intrusivo possível –, a emissão de sugestões esbarra na falta de força vinculante dessas.

O provimento, pois, cinge-se à determinação da *cessação da ilicitude*. Os danos experimentados por um Membro em virtude da conduta ilegal de outro ficam a descoberto, por não prever o ESC o direito à reparação¹¹⁶. Para remeter à sistemática do Projeto de Artigos da CDI, o conteúdo da responsabilidade por violação no GATT/OMC apresenta-se reduzido. Naquele documento, a responsabilidade compreende tanto a obrigação de cessação – proporcionando, inclusive, promessas de garantia e não repetição – como a de reparação – que pode tomar três formas: restituição, compensação e satisfação. Aqui, a responsabilidade esgota-se na obrigação de cessação, pura e simples.

Em não tendo acontecido o cumprimento da recomendação, ou tendo o cumprimento sido julgado ruim pelo painel previsto no art. 21:5 – conhecido no linguajar da OMC como *compliance panel*¹¹⁷ –, o Membro vencido, caso requisitado, vê-se obrigado a entabular negociações objetivando a concessão de compensação (art. 22:2). De caráter temporário, a compensação consiste em abertura de mercado oferecida pelo vencido, enquanto, teoricamente, é providenciada a conformação da medida ilegal com o regime. Ao instituto se aplica a cláusula da nação mais favorecida: conquanto negociada pela parte vencida *vis-à-vis* a vencedora, todos os Membros acabarão beneficiados.

¹¹⁶ A CDI, nos comentários ao art. 30 do seu Projeto de Artigos sobre Responsabilidade por Atos Internacionalmente Ilícitos, onde é estatuída a obrigação de cessação, assinala, em nota de rodapé, que “*The focus of the WTO dispute settlement mechanism is on cessation rather than reparation*” (Report of the ILC on the Work of its 53rd Session, p. 89).

¹¹⁷ Nas hipóteses em que se instala controvérsia acerca da legalidade ou mesmo existência da medida executada em cumprimento à recomendação, o art. 21:5 prevê um contraditório, no qual deverá atuar, preferencialmente, o painel que julgou o mérito da contenda.

Na eventualidade de transcorrerem vinte dias contados do fim do prazo de cumprimento e as partes não houverem acordado sobre compensação, o Membro vencedor está livre para solicitar ao OSC a *suspensão de concessões ou outras obrigações*.

O *último recurso* da Organização contra o descumprimento consiste na suspensão de concessões ou outras obrigações, ou *retaliação*, como é largamente conhecido o instituto. A noção de efetividade do mecanismo de solução de controvérsias da OMC é associada à possibilidade de autorizar-se que um Membro faça uso de retaliação contra outro. A compensação e a suspensão de concessões, na esteira do art. 22:1, conformam *medidas temporárias*; o “pagamento” de compensação ou a sujeição à retaliação não equivalem a adimplemento da obrigação de desfazer a ilicitude, que permanece.

Como a compensação, a suspensão de concessões ou outras obrigações vem regulada no art. 22 do ESC. No § 3º, o ESC houve por bem impor determinadas diretrizes ao Membro que planeje retaliar. Assim, a retaliação deve atingir: (i) preferencialmente, o mesmo setor do produto objeto da controvérsia; (ii) secundariamente, outros setores sob o mesmo acordo; (iii) por último, concessões sob outros acordos¹¹⁸.

Outro princípio a ser obedecido, previsto no art. 22:4, é que haja *equivalência* entre o prejuízo sofrido e o montante da retaliação¹¹⁹. A possibilidade de suspensão de concessões como contrapartida à manutenção de uma medida ilegal, e a regra do art. 22:4 em especial, constituem outra faceta do papel da reciprocidade em direito internacional do comércio. A lógica da suspensão de concessões seria o retorno à situação de equilíbrio entre direitos e

¹¹⁸ “3. In considering what concessions or other obligations to suspend, the complaining party shall apply the following principles and procedures: (a) the general principle is that the complaining party should first seek to suspend concessions or other obligations with respect to the same sector(s) as that in which the panel or Appellate Body has found a violation or other nullification or impairment; (b) if that party considers that it is not practicable or effective to suspend concessions or other obligations with respect to the same sector(s), it may seek to suspend concessions or other obligations in other sectors under the same agreement; (c) if that party considers that it is not practicable or effective to suspend concessions or other obligations with respect to other sectors under the same agreement, and that the circumstances are serious enough, it may seek to suspend concessions or other obligations under another covered agreement; (...)”

¹¹⁹ “The level of the suspension of concessions or other obligations authorized by the DSB shall be equivalent to the level of the nullification or impairment”.

obrigações, afetada pela manutenção de uma medida violadora das regras comerciais, a privar o Membro lesado dos benefícios a que faria jus¹²⁰. O restauro do equilíbrio supõe, então, que haja correspondência entre o *quantum* de benefícios anulados ou prejudicados e o *quantum* objeto da suspensão de concessões.

O art. XXIII do GATT limitou-se a estabelecer que a quantificação da retaliação fosse *apropriada às circunstâncias*, segundo o entendimento das Partes-Contratantes. Nesse ponto, também, o texto foi objeto de alteração na Conferência de Havana de 1948: de acordo com a versão definitiva, consubstanciada no art. 95:3 da Carta da OIC, afora *apropriada*, a retaliação haveria de ser *compensatória*¹²¹.

Se os efeitos da medida ilegal sobre o comércio não são levados em consideração no momento de apurar-se se houve anulação ou prejuízo de benefícios (na fase de “conhecimento” da queixa) – conforme se expôs, as regras comerciais, em geral, protegem condições de concorrência e não volumes de comércio –, na fase de implementação da decisão, ao se requerer ao OSC autorização para suspender concessões, o exame de tais efeitos assume importância, com o intuito de que se possibilite medir a mencionada equivalência. A exigência de que, na fase de retaliação apenas, se comprove que os fluxos

¹²⁰ “If a contracting party fails to live up to substantive obligations or violates a substantive prohibition, the most that the CONTRACTING PARTIES can do is authorize affected contracting parties, pursuant to Article XXIII, to suspend the application to the offending contracting party of ‘such concessions or other obligations (...)’. Thus, even in cases of flagrant violations the General Agreement appears to contemplate the role of the CONTRACTING PARTIES as tribunal to be the maintenance of a balance of concessions and other obligations among the contracting parties. The limited role accorded to sanctions in promoting respect for the substantive rules of the General Agreement contrasts strikingly with the use of sanctions by domestic courts to enforce compliance with the substantive prohibitions of domestic law and with the power of the United Nations Security Council to impose sanctions upon members of the United Nations in the event of failure to abide by the principles of the Charter concerning the use of force” (DAM, *op. cit.*, p. 352).

¹²¹ Gize-se que o papel a ser desempenhado pela suspensão de concessões – se o indicado ou o de *sanção* – não deixou de ser motivo de controvérsia durante as negociações da OIC. HUDEC dá conta do conflito de pontos de vista a respeito, aduzindo que o texto por fim adotado foi hábil em conciliá-los. Embora o grupo de trabalho que recomendou a alteração entendesse que a retaliação deveria ser *não mais do que* compensatória, rejeitou consignar a ressalva no texto, pois poderia sugerir que os países, ao invés de cumprir o acordado, estariam livres para *pagar* por uma violação. Afirma que a previsão de retaliação punitiva, defendida por muitas delegações, produziria o desejado efeito de impor o respeito às obrigações da Carta, mas não era factível conferir expressamente à OIC poder para impor punições (HUDEC, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, p. 27-28).

comerciais foram efetivamente afetados, expõe, como observado por NETO, um anacronismo¹²².

Uma tentativa de relacionar a suspensão de concessões às contramedidas previstas em direito internacional geral não é isenta de dificuldades. Com o aludido instituto a retaliação apresenta em comum a circunstância de ser um remédio utilizável após frustradas as tratativas para que o Estado infrator cumpra a sua obrigação ou preste compensação, além de ambas representarem o *self-help* ainda prevalecente em uma sociedade internacional caracterizada pela descentralização do poder. As contramedidas têm em vista um objetivo específico – e nesse ponto a semelhança entre os dois institutos pode dar margem a discussão –: *induzir* o infrator ao adimplemento. Conforme o saber tradicional, que se impôs durante a vigência do GATT, a suspensão de concessões busca recuperar a reciprocidade perdida. O ESC, no mesmo trilho, em momento algum menciona que o objetivo da retaliação é compelir o Membro infrator ao desempenho da obrigação. Nessa perspectiva, por visar ao *reequilíbrio* entre direitos e obrigações (ou seja, retorno ao *status quo ante*), a suspensão de concessões poderia estar mais perto do remédio de direito internacional geral da *compensação* do que do das contramedidas.

Contudo, uma ressalva deve ser feita: a compensação (a de direito internacional geral, não a prevista no ESC) é tida como uma solução *definitiva* para a disputa, ao passo que a retaliação é solução *temporária*, que não substitui a execução específica, isto é, o cumprimento da obrigação (art. 22:1). Essa preferência pelo cumprimento da decisão dos painéis ou do órgão de apelação tem levado doutrinadores como CHARNOVITZ a reconhecer na suspensão de concessões, além da função de restauração do equilíbrio, outra, que à

¹²² “Na origem da responsabilidade, o elemento dano (a anulação ou prejuízo) é de fato prescindível em casos de violação *prima facie* (...). O conteúdo da responsabilidade privilegia a cessação do ilícito incondicionalmente. E a invocação da responsabilidade na OMC independe da demonstração de um interesse jurídico. (...) De forma anacrônica, o mesmo Estado que pôde contestar a legalidade de uma medida de outro Estado independentemente dos efeitos comerciais ou econômicos que essa medida lhe tenha causado individualmente estará limitado a adotar contramedidas equivalentes ao nível de anulação ou prejuízo da medida” (Op. cit., p. 365).

primeira se sobreporia, de *sanção*. Sanção não na acepção de punição, mas de medida com o escopo de induzir o cumprimento da decisão, interpretação que aproximaria a retaliação das contramedidas. A tese de CHARNOVITZ é que, tendo em vista que a suspensão de concessões praticamente não foi utilizada na era do GATT, a função que, em teoria, se projetava para o remédio acabou, quando da intensificação do seu uso sob o marco da OMC, sendo suplantada pela de sanção. Isso não teria acontecido propositalmente, por uma decisão legislativa, e sim a partir da casuística¹²³. Em suma, o autor faz referência a uma *mudança de paradigma* com respeito ao papel da retaliação¹²⁴.

O ESC fornece uma derradeira dose de devido processo legal ao possibilitar, no art. 22:6, que o Membro infrator se irresigne contra a não observância dos princípios contidos no art. 22:3 e 22:4, através de recurso ao painel original ou a um árbitro nomeado pelo Diretor-Geral.

¹²³ CHARNOVITZ elenca algumas situações que dariam guarida à sua tese, como árbitros já se terem manifestado acerca da função da retaliação como sendo de induzir o cumprimento, ou terem os EUA, nos contenciosos *Bananas e Hormones*, utilizado tarifas de 100% *ad valorem* a título de retaliação, sobre produtos que nem mesmo haviam sido objeto de concessões tarifárias (CHARNOVITZ, Steve. Rethinking WTO Trade Sanctions. *American Journal of International Law*, vol. 95, n. 04, 2001, p. 804-805). GAZZINI, igualmente, traz uma situação que se encaixa nessa tese; o autor faz menção aos *subsídios proibidos* (art. 4º do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias), que, por serem condenáveis *per se*, legitimariam qualquer Membro a postular a sua remoção, independentemente de tal Membro sofrer, ou não, os efeitos desses subsídios. Inexistindo efeitos sobre o comércio do Membro postulante, eventuais contramedidas só poderiam servir para induzir a retirada do subsídio. “Thus, all Members have a legal interest in respect for it and litigation is not confined to cases in which the complainant has suffered or may suffer materially as a result of the violation. As a result, the proportionality test does not apply as between the counter-measures and the effects of the violation upon the complainant (which may be non-existent). Rather, it concerns the effectiveness of the counter-measures, as it applies between the counter-measures and the objective they are aimed at” (GAZZINI, Tarcisio. The Legal Nature of WTO Obligations and the Consequences of their Violation. *European Journal of International Law*, vol. 17, n. 04, 2006, p. 740).

¹²⁴ “In summary, my thesis is that although the remedy of suspending ‘concessions or other obligations’ is the same in both the GATT and the WTO, the function of the remedy has changed from the original conception. In the original GATT, the Article XXIII trade measure was intended to rebalance. In the WTO, the DSU Article 22 trade measure is intended to induce compliance. This alteration in function can be explained by the different legal structure of the DSU vis-à-vis the GATT. Yet some of the explanation is simply that the Article 22 measure is being used and the GATT Article XXIII measure was never used. Clair Wilcox’s prediction that a rebalancing measure would operate as a sanction has hit the mark fifty years later” (CHARNOVITZ, *op. cit.*, p. 807-808).

1.3 A RECLAMAÇÃO DE NÃO VIOLAÇÃO: RESPONSABILIDADE POR ATOS NÃO PROIBIDOS EM DIREITO INTERNACIONAL DO COMÉRCIO

Se se permite associar a reclamação de violação à responsabilidade por atos internacionalmente ilícitos – tendo VON BOGDANDY se reportado a um “*movimento geral do procedimento de violação na direção dos elementos da responsabilidade do Estado em direito internacional público geral*”¹²⁵ –, não se afigura menos procedente, conforme igualmente proposto por tal autor, visualizar a reclamação de não violação como conducente a responsabilização por atos não proibidos em direito internacional do comércio¹²⁶.

A espécie de responsabilidade perseguida pela reclamação de não violação amolda-se à ideia geral da responsabilidade *sine delicto*: não se faz necessária a ocorrência de ato ilícito, sendo suficiente que se produza o dano, *in casu*, a anulação ou prejuízo de benefícios. Outrossim, a responsabilidade por não violação encaixa-se na lógica da CDI de que o que se convencionou chamar de responsabilidade por atos não proibidos consiste em uma obrigação primária: grosso modo, a responsabilidade por não violação estabelece que, se um Membro, através de uma medida não proibida, frustrar vantagens de outro Membro, deverá prestar compensação. Caso essa não seja prestada, cabe ao Membro lesado, como será visto, recorrer à suspensão de concessões, isto é, às regras secundárias de responsabilidade por atos ilícitos.

¹²⁵ VON BOGDANDY, Armin. The Non-Violation Procedure of Article XXIII:2 – Its Operational Rationale. *Journal of World Trade*, vol. 26, n. 04, 1992, p. 101.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 111. Ainda, KIM: “*In sum, the above observations imply that the legal character of liability equates with NVNI [non-violation nullification or impairment] concept and suggests changing the label of NVNI into a liability as a more established concept in international jurisprudence*” (KIM, Dae-Won. *Non-Violation Complaints in WTO Law – Theory and Practice*. Bern: Peter Lang, 2005, p. 255-256). Também, PETERSMANN: “*One field of international law where ‘non-violation complaints’ and international liability for injurious consequences of lawful acts have been recognized long since is public international trade law*” (Violation Complaints and Non-Violation Complaints in Public International Trade Law. *German Yearbook of International Law*, vol. 34, 1991, p. 175-176).

Por ter surgido com o GATT – e, antes disso, ter aparecido em tratados bilaterais desde a década de 1920¹²⁷ –, constitui a reclamação de não violação exemplo longevo de responsabilidade por atos não proibidos em direito internacional. Não é exclusividade, hodiernamente, do regime multilateral: a existência da reclamação é detectada em uma miríade de tratados bilaterais e acordos regionais de comércio, o que confirma a sua vocação de instituto do direito internacional do comércio¹²⁸. Essa vocação, porém, compromete o aproveitamento da experiência adquirida com a reclamação de não violação em um estudo mais amplo sobre responsabilidade internacional por atos não proibidos, como o efetuado pela CDI.

Segundo PETERSMANN, enquanto a responsabilidade por atos internacionalmente ilícitos gozaria de reconhecimento na prática e jurisprudência internacionais, a responsabilidade por atos não proibidos continuaria controversa, consoante atestariam o trabalho da CDI acerca do tópico e a reclamação de não violação¹²⁹.

Como a responsabilidade objetiva em direito interno, a responsabilidade *sine delicto* em direito internacional constitui a exceção à regra de que a responsabilidade não prescinde de um ato (internacionalmente) ilícito. Não obstante o art. XXIII do GATT coloque em nível de igualdade as reclamações de violação e não violação, não fazendo qualquer reserva quanto à excepcionalidade da última, essa condição afirmou-se na prática, como dá conta a seguinte passagem, extraída do caso *Japan – Film*:

Embora o remédio de não violação seja uma importante e aceita ferramenta da solução de controvérsias do GATT/OMC e esteja “nos livros” por quase 50 anos, nós notamos que só houve oito casos em que os painéis ou grupos de trabalho consideraram o mérito de

¹²⁷ Nesse esteio, Sungjoon CHO refere-se à reclamação de não violação como “*a relic of the diplomatic system*” (GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are They the Achilles Heel of the Dispute Settlement Process? *Harvard Journal of International Law*, vol. 39, n. 02, 1998, p. 321).

¹²⁸ Ex.: NAFTA (1994); Acordo de Livre Comércio EUA-Jordânia (2001); Coreia-Chile (2004); Cingapura-EUA (2004); EUA-Austrália (2005); México-Nicarágua (1998), etc. Sobre o aparecimento da reclamação de não violação em acordos de livre comércio recentes e as questões implicadas: HSU, Locknie. Non-violation Complaints – World Trade Organization Issues and Recent Free Trade Agreements. *Journal of World Trade*, vol. 39, n. 02, 2005, p. 205-237.

¹²⁹ PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, p. 135.

reclamações baseadas no Artigo XXIII:1(b). Isso sugere que as partes-contratantes do GATT e os Membros da OMC têm abordado esse remédio com cautela e, de fato, o tratado como um instrumento de exceção para solução de controvérsias. Nós notamos nesse sentido que as Comunidades Europeias e os Estados Unidos no caso *EEC – Oilseeds*, e as duas partes no presente caso, confirmaram que o remédio de não violação deveria ser abordado com cuidado e tratado como um conceito de exceção. A razão para esse cuidado é evidente. Os Membros negociam as regras que eles concordam seguir e somente excepcionalmente esperariam ser contestados por ações que não violam tais regras¹³⁰.

O embrião da reclamação de não violação é a própria origem da cláusula de anulação ou prejuízo, que no GATT se transmudou no art. XXIII. O porquê da reclamação de não violação confunde-se com o espírito da antiga cláusula de anulação ou prejuízo – que as concessões tarifárias poderiam ser facilmente frustradas por práticas governamentais *não proibidas*, demandando-se um instrumento para fazer frente a essas situações. Se bem que o art. XXIII do GATT tenha mencionado como passíveis de frustração benefícios *em geral*, o histórico da cláusula indica que ela (e por consequência a reclamação de não violação) foi planejada para proteger benefícios referentes a *concessões tarifárias*¹³¹. Ao abrir mão da ilicitude para priorizar o ditame de que os direitos e obrigações devem ser mantidos em equilíbrio, a reclamação de não violação representa, quiçá, o mais bem acabado exemplo da consagração da reciprocidade em direito internacional do comércio.

¹³⁰ “Although the non-violation remedy is an important and accepted tool of WTO/GATT dispute settlement and has been ‘on the books’ for almost 50 years, we note that there have only been eight cases in which panels or working parties have substantively considered Article XXIII:1(b) claims. This suggests that both the GATT contracting parties and WTO Members have approached this remedy with caution and, indeed, have treated it as an exceptional instrument of dispute settlement. We note in this regard that both the European Communities and the United States in the *EEC – Oilseeds* case, and the two parties in this case, have confirmed that the non-violation nullification or impairment remedy should be approached with caution and treated as an exceptional concept. The reason for this caution is straightforward. Members negotiate the rules that they agree to follow and only exceptionally would expect to be challenged for actions not in contravention of those rules” (Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WTO Panel Report, adopted 22 April 1998, WT/DS44/R, p. 435-436, § 10.36).

¹³¹ “The Panel noted that these provisions [of Article XXIII relating to impairment of benefits accruing under the General Agreement], as conceived by the drafters and applied by the CONTRACTING PARTIES, serve mainly to protect the balance of tariff concessions. The idea underlying them is that the improved competitive opportunities that can legitimately be expected from a tariff concession can be frustrated not only by measures proscribed by the General Agreement but also by measures consistent with that Agreement. In order to encourage contracting parties to make tariff concessions they must therefore be given a right of redress when a reciprocal concession is impaired by another contracting party as a result of the application of any measure, whether or not it conflicts with the General Agreement” (European Economic Community – Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and related Animal-Feed Proteins, GATT Panel Report, adopted 25 January 1990, L/6627 – BISD 37S/86, p. 34, § 144).

Conforme originalmente formulada em tratados bilaterais, a cláusula de anulação ou prejuízo, pelo menos no tocante à pretensão de não violação, não objetivaria servir como base para solução de controvérsias por um terceiro imparcial. Quanto a medidas não violadoras do acordado, a cláusula serviria como amparo legal unicamente para que o país prejudicado solicitasse consultas com o fito de reajustar os compromissos tarifários. Não produzindo fruto as negociações, a opção ao prejudicado seria abandonar o tratado. Com o GATT, as reclamações de violação e não violação, indistintamente, foram submetidas à solução de controvérsias por um terceiro, inclusive permitindo-se a suspensão de concessões para as duas hipóteses¹³².

A possibilidade de acionar a contraparte em razão de uma medida não violadora do acordado, porém danosa, respondia à existência, que persistiu com o GATT, de vácuos regulatórios. Nas palavras de ROESSLER,

É importante ter em mente que o Artigo XXIII:1(b) era considerado necessário porque as provisões do GATT não realizam os objetivos do GATT completamente. O GATT serve como uma moldura legal na qual os resultados de negociações tarifárias podem ser incorporados. O principal propósito dessa moldura é assegurar que o valor de concessões tarifárias não sejam prejudicados por medidas não tarifárias. Entretanto, as provisões do GATT proporcionam essa segurança somente com respeito a medidas de fronteira (Artigo XI do GATT) ou medidas internas discriminatórias (Artigo III). Em relação a medidas internas não discriminatórias, como subsídios à produção e taxas e regulamentos neutros quanto à origem do produto, o GATT não impõe quaisquer obrigações não obstante elas possam produzir efeitos similares. Os direitos do Artigo XXIII:1(b) foram, destarte, conferidos como contrapartida à liberdade mantida pelas partes-contratantes com relação às suas políticas econômicas domésticas¹³³.

¹³² Para ROESSLER, esse estado de coisas não configurava uma ameaça à soberania das Partes-Contratantes, porquanto elas permaneciam livres para bloquear a adoção da decisão, o que não acontece na OMC. E arremata: “*What has thus happened, more by accident than by design, is that the power of an independent tribunal to hand out licenses to retaliate is defined by a legal concept that originally served to define the scope of the obligation to consult under bilateral trade agreements*” (ROESSLER, Frieder. Should Principles of Competition Policy be Incorporated into WTO Law through Non-Violation Complaints? *Journal of International Economic Law*, vol. 02, n. 03, 1999, p. 418).

¹³³ “*It is important to keep in mind that Article XXIII:1(b) was considered necessary because the provisions of the GATT do not realize the objectives of the GATT completely. The GATT serves as a legal framework into which the results of tariff negotiations can be incorporated. The main purpose of this framework is to ensure that the value of tariff concessions is not impaired by non-tariff measures. However, the provisions of the GATT provide this assurance only in respect of border measures (Article XI of the GATT) or internal measures that are discriminatory (Article III). In respect of non-discriminatory internal measures, such as a production subsidies and origin-neutral product taxes and regulations, the GATT does not impose any obligations even though they may have similar effects. The rights under Article XXIII:1(b) were thus granted as a counterpart to freedom the contracting parties had retained with respect to their domestic economic policies*” (Ibid., p. 416-427).

O argumento contrário que se faz é que, como o regime multilateral do comércio foi aumentando o seu alcance regulatório, culminando no abrangente sistema legal surgido da Rodada Uruguai, a reclamação de não violação teria perdido muito da sua razão de existir¹³⁴.

Outro motivo invocado para explicar a inserção da reclamação de não violação no GATT seria a não recepção pelo direito internacional, à época, de doutrinas como a da boa-fé, do abuso de direitos e da proteção de expectativas legítimas¹³⁵.

O art. XXIII do GATT é por vezes considerado como contendo elementos da cláusula *rebus sic stantibus*; em função das alíneas *b* e *c* do § 1º, o dispositivo apresentaria traços daqueles institutos jurídicos que visam a adaptar o contrato à mudança de circunstâncias. É da essência da aludida cláusula que a alteração das circunstâncias justificadora da revisão do contrato não seja imputável às partes. Assim, a reclamação de situação, cujo pressuposto é a existência de “*qualquer outra situação*” e cujos *travaux préparatoires* ensinam que ela teve em mira fazer face a mudanças de condições para as quais as partes não concorreram, adapta-se melhor à comparação do que a reclamação de não violação. Nesta, a circunstância que altera as bases do acordo é a própria atuação superveniente da contraparte, consubstanciada em uma medida, embora não proibida, danosa. Em sede de reclamação não violação, o apelo à obrigação de que os tratados devem ser executados de boa-fé – como determina o art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados –, evitando que sejam frustrados seu objeto e propósito, é mais plausível do que compará-la à cláusula *rebus sic stantibus*.

Feitas essas digressões, o passo seguinte é demonstrar como evoluiu textualmente a reclamação de não violação desde o advento do GATT. Tal como se deu com a reclamação de

¹³⁴ “One would expect, however, that since GATT/WTO law is becoming more and more comprehensive and complete, and since what was called the ‘legal vacuum’ (or *rechtsfreies Raum*) around GATT is shrinking, in particular in respect of subsidization, there will be less and less scope for ‘non-violation’ cases and ‘violation’ cases will be even more dominant than they always were” (KUYPER, Pieter Jan. *The Law of GATT as a Special Field of International Law. Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXV, 1994, p. 247).

¹³⁵ HSU, *op. cit.*, p. 207.

violação, o exame desvelará o regramento aplicável à operação da reclamação de não violação (1.3.1), com atenção em separado para os seus remédios jurídicos (1.3.2).

1.3.1 Regramento

O dispositivo que fornece a regulamentação geral do instituto é o art. XXIII:1(b) do GATT. No âmbito da OMC, a solução de controvérsias gira em torno do ESC. Devido à obrigatoriedade do mecanismo de solução de controvérsias – significando que o Membro que se sentir lesado tem *direito* a apresentar a sua queixa –, e à incidência do ESC a todos os acordos que compõem a OMC, esse diploma goza de aplicação generalizada¹³⁶.

No entanto, os diversos acordos também possuem dispositivos relacionados à solução de disputas, a fim de adaptar, se for o caso, a aplicação das provisões do ESC ao acordo em apreço¹³⁷. O ESC, no que diz respeito a esses dispositivos, constitui o regime *geral*: somente será aplicável caso os dispositivos especiais não disponham diversamente¹³⁸.

É com essas considerações em mente que se apresentará a (i) regulamentação geral da reclamação de não violação, bem como aquela encontrável no (ii) TRIPS e no (iii) GATS.

¹³⁶ No Apêndice I do ESC, estão listados os acordos aos quais se aplica: Acordo da OMC; acordos multilaterais sobre o comércio de bens (anexo 1A); GATS (anexo 1B); TRIPS (anexo 1C); ESC (anexo 2); acordos plurilaterais (anexo 4) – nesse caso, sujeito a decisão das partes desses acordos.

¹³⁷ Exemplo: o art. 5º do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) faz “acionáveis” não apenas os subsídios que causem anulação ou prejuízo de benefícios, mas também os que provoquem consequência mais ampla – “efeitos adversos”. O art. 30 prevê a aplicabilidade dos artigos XXII e XXIII do GATT a menos que haja disposição contrária no ASMC. Uma listagem das disposições “especiais” sobre solução de controvérsias nos diversos acordos encontra-se no Apêndice II do ESC.

¹³⁸ ESC, art. 1:2: “*The rules and procedures of this Understanding shall apply subject to such special or additional rules and procedures on dispute settlement contained in the covered agreements as are identified in Appendix 2 to this Understanding. To the extent that there is a difference between the rules and procedures of this Understanding and the special or additional rules and procedures set forth in Appendix 2, the special or additional rules and procedures in Appendix 2 shall prevail*”.

(a) *Em geral*

Os elementos que compõem o núcleo da reclamação de não violação encontram-se no art. XXIII do GATT. Da conjugação do *caput* do § 1º com a alínea *b* do mesmo parágrafo extraem-se ditos elementos: que (i) um benefício resultante, direta ou indiretamente, do acordo (abrangido) (ii) esteja sendo anulado ou prejudicado (ou que um objetivo do acordo esteja sendo impedido) (iii) em consequência de (iv) uma medida não violadora do acordo¹³⁹.

Trocando-se medida *não violadora* por *violadora*, estar-se-ia diante dos requisitos gerais da reclamação de violação. Sem embargo, o surgimento da *presunção de anulação ou prejuízo de benefícios* aplicável à última reclamação reduziu a importância da verificação dos elementos (i), (ii) e (iii) na reclamação de violação. Por conseguinte, enquanto na reclamação de violação se privilegia o exame de se a medida em apreço é ilegal – presumindo-se, em caso positivo, que ela anula ou prejudica benefícios –, na reclamação de não violação, por não incidir a *presunção*, é imprescindível escrutinar a existência de um benefício e se o mesmo está sendo frustrado em consequência da medida não violadora.

Como aconteceu com a reclamação de violação, o Entendimento de 1979, no seu Anexo, imprimiu uma alteração procedimental à reclamação de não violação, já observada na prática: o pedido deveria vir acompanhado de uma *justificação detalhada*. Constatou no parágrafo 5º do Anexo:

(...) O parágrafo 1(b) permite recurso ao Artigo XXIII se a anulação ou prejuízo resulta de medidas tomadas por outras partes-contratantes, contrárias ou não às provisões do Acordo Geral (...). Se uma parte-contratante apresentando uma queixa baseada no Artigo XXIII alegar

¹³⁹ Art. XXIII:1: “If any contracting party should consider that [i] any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement [ii] is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded [iii] as the result of (...) [iv] (b) the application by another contracting party of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement”.

que medidas que não contrariam as provisões do Acordo Geral anularam ou prejudicaram benefícios resultantes do Acordo Geral, ela deverá fornecer uma justificação detalhada¹⁴⁰.

Essa regra, conforme se deu com a presunção de anulação ou prejuízo, foi estabelecida no contencioso *Uruguayan Recourse to Article XXIII*, no mesmo parágrafo e imediatamente após ter sido formulada a presunção¹⁴¹. O requisito de justificar detalhadamente a pretensão robustece o ônus da prova na reclamação de não violação, o que fica evidente ao se traçar o paralelo com a reclamação de violação: ao passo que nessa a ilicitude acarreta presunção de anulação ou prejuízo, naquela exige-se uma argumentação detalhada sobre a ocorrência de anulação ou prejuízo de benefícios. Essa gradação no ônus da prova, já aventada quando das negociações que conduziram ao art. XXIII, vem conformar a excepcionalidade da reclamação de não violação. O que o enunciado sugere, em outras palavras, é isto: enquanto uma medida violadora faz presumir anulação ou prejuízo, uma medida não violadora faz presumir a não ocorrência de anulação ou prejuízo.

A Rodada Uruguai não proporcionou alterações significativas à reclamação de não violação. Isso não significa que inexistiam aspectos do instituto que merecessem ser repensados e aprimorados. Um documento elaborado pelo Secretariado do GATT em 1989, e que circulou no âmbito do Grupo Negociador sobre Solução de Controvérsias, elenca onze desses aspectos, como a definição do sentido de “benefícios” e as limitações à utilização da reclamação se faziam necessárias¹⁴². A Comunidade Europeia, por exemplo, era de opinião de que fosse tolhido o direito a apelação na reclamação de não violação¹⁴³.

¹⁴⁰ “Paragraph 1(b) permits recourse to Article XXIII if nullification or impairment results from measures taken by other contracting parties whether or not these conflict with the provisions of the General Agreement (...). If a contracting party bringing an Article XXIII case claims that measures which do not conflict with the provisions of the General Agreement have nullified or impaired benefits accruing to it under the General Agreement, it would be called upon to provide a detailed justification”.

¹⁴¹ “While it is not precluded that a *prima facie* case of nullification and impairment could arise even if there is no infringement of GATT provisions, it would be in such cases incumbent on the country invoking Article XXIII to demonstrate the grounds and reasons of its invocation. Detailed submissions on the part of that contracting party on these points were therefore essential for a judgment to be made under this Article” (*Uruguayan Recourse to Article XXIII*, p. 04, § 15).

¹⁴² *Non-Violation Complaints Under GATT Article XXIII:2*, p. 28-32.

¹⁴³ DURLING & LESTER, *op. cit.*, p. 258.

No ESC, a reclamação de não violação é regulada no art. 26:1¹⁴⁴. O *caput* reforça os elementos substantivos da reclamação contidos no art. XXIII:1(b). De resto, há quatro alíneas: a primeira (*a*) repisa o requisito de que a pretensão seja municiada com uma justificação detalhada; as restantes (*b*, *c* e *d*) ocupam-se dos remédios disponíveis para a reclamação em comento (os quais serão examinados em 1.3.2). No art. 26:1, *caput* e (*a*) não consta inovação alguma; nas outras alíneas há clarificação e certa dose de desenvolvimento progressivo relativamente aos remédios.

(*b*) TRIPS

O TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), constante no Anexo 1C ao Acordo Constitutivo da OMC, apresenta situação peculiar no tocante à reclamação de não violação. O art. 64 ocupa-se da solução de controvérsias, cujo parágrafo 1º segue a sistemática de que os artigos XXII e XXIII do GATT, conforme elaborados pelo ESC, aplicar-se-ão desde que o acordo não

¹⁴⁴ “Article 26. 1. *Non-Violation Complaints of the Type Described in Paragraph 1(b) of Article XXIII of GATT 1994. Where the provisions of paragraph 1(b) of Article XXIII of GATT 1994 are applicable to a covered agreement, a panel or the Appellate Body may only make rulings and recommendations where a party to the dispute considers that any benefit accruing to it directly or indirectly under the relevant covered agreement is being nullified or impaired or the attainment of any objective of that Agreement is being impeded as a result of the application by a Member of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of that Agreement. Where and to the extent that such party considers and a panel or the Appellate Body determines that a case concerns a measure that does not conflict with the provisions of a covered agreement to which the provisions of paragraph 1(b) of Article XXIII of GATT 1994 are applicable, the procedures in this Understanding shall apply, subject to the following: (a) the complaining party shall present a detailed justification in support of any complaint relating to a measure which does not conflict with the relevant covered agreement; (b) where a measure has been found to nullify or impair benefits under, or impede the attainment of objectives, of the relevant covered agreement without violation thereof, there is no obligation to withdraw the measure. However, in such cases, the panel or the Appellate Body shall recommend that the Member concerned make a mutually satisfactory adjustment; (c) notwithstanding the provisions of Article 21, the arbitration provided for in paragraph 3 of Article 21, upon request of either party, may include a determination of the level of benefits which have been nullified or impaired, and may also suggest ways and means of reaching a mutually satisfactory adjustment; such suggestions shall not be binding upon the parties to the dispute; (d) notwithstanding the provisions of paragraph 1 of Article 22, compensation may be part of a mutually satisfactory adjustment as final settlement of the dispute.*”

preveja diferentemente. A peculiaridade da regulamentação fica por conta dos parágrafos 2º e 3º do mesmo artigo.

A versão provisória do TRIPS contida em uma compilação dos resultados das negociações da Rodada Uruguai realizada em dezembro de 1991 (conhecida como *Dunkel Draft*, em homenagem a Arthur Dunkel, então Diretor-Geral do GATT) estampava um dispositivo para solução de disputas com o mesmo sentido do art. 64:1. Ao término da Rodada, no final de 1993, não havia ainda sido alcançado consenso quanto aos possíveis escopo e modalidades da reclamação de não violação em disputas envolvendo o TRIPS. A indefinição, então, culminou na redação do parágrafo 2º do art. 64, onde se estabeleceu uma moratória acerca da utilização da reclamação de não violação (e de situação) com base no TRIPS:

2. Os subparágrafos 1(b) e (c) do Artigo XXIII do GATT 1994 não serão aplicados a soluções de controvérsias no contexto deste Acordo durante um prazo de cinco anos contados a partir da data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC¹⁴⁵.

Em face da moratória, o único tipo de queixa admissível com fulcro no TRIPS seria a reclamação de violação. No interregno de cinco anos mencionado, caberia ao Conselho do TRIPS examinar modalidades para a reclamação de não violação, submetendo as suas recomendações à Conferência Ministerial para aprovação, nos termos do art. 64:3¹⁴⁶.

As opiniões permaneceram divididas, e a moratória expirou sem que tivesse sido possível ao Conselho do TRIPS efetuar as recomendações que lhe cabiam. O tema foi inserido

¹⁴⁵ “2. Subparagraphs 1(b) and 1(c) of Article XXIII of GATT 1994 shall not apply to the settlement of disputes under this Agreement for a period of five years from the date of entry into force of the WTO Agreement”. Para um histórico do art. 64 do TRIPS: Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. *Non-Violation Complaints and the TRIPS Agreement*. Note by the Secretariat. 28 January 1999. IP/C/W/124, p. 05-07.

¹⁴⁶ “3. During the time-period referred to in paragraph 2, the Council for TRIPS shall examine the scope and modalities for complaints of the type provided for under subparagraphs 1(b) and 1(c) of Article XXIII of GATT 1994 made pursuant to this Agreement, and submit its recommendations to the Ministerial Conference for approval. Any decision of the Ministerial Conference to approve such recommendations or to extend the period in paragraph 2 shall be made only by consensus, and approved recommendations shall be effective for all Members without further formal acceptance process”.

na Decisão de Doha sobre *Implementation-Related Issues and Concerns* – a qual abordava inúmeros assuntos pendentes relativos à implementação de diversos acordos –, adotada em 14 de novembro de 2001 juntamente com a Declaração Ministerial de Doha. No parágrafo 11:1 da decisão determinou-se que o Conselho do TRIPS deveria continuar o exame do assunto, dirigindo recomendações à 5ª Conferência Ministerial (a ser realizada em Cancún, em 2003); ademais, ficou estabelecido que entretantes os Membros não iniciariam uma reclamação de não violação ou de situação sob o TRIPS¹⁴⁷.

O Conselho do TRIPS, finalmente, formalizou as suas recomendações em maio de 2003, listando quatro alternativas: (i) o banimento da reclamação de não violação do TRIPS; (ii) a aceitação da reclamação de não violação, observando-se o regramento do ESC; (iii) a aceitação, porém sujeita a modalidades especiais; (iv) a extensão da moratória¹⁴⁸. Na Conferência Ministerial de Cancún não se galgou uma decisão sobre a questão, e o *status* da reclamação de não violação no TRIPS encontra-se indefinido, sujeito a interpretações divergentes¹⁴⁹. Na Declaração que resultou da Conferência Ministerial de Hong Kong, ocorrida em dezembro de 2005, foi repisado, no parágrafo 45, o quanto contido sobre o tema no parágrafo 11 da Decisão de Doha¹⁵⁰.

Muitas razões são elencadas para que a reclamação de não violação não seja incorporada ao TRIPS¹⁵¹. Talvez a principal delas diga respeito à estrutura diferenciada do

¹⁴⁷ “11.1 The TRIPS Council is directed to continue its examination of the scope and modalities for complaints of the types provided for under subparagraphs 1(b) and 1(c) of Article XXIII of GATT 1994 and make recommendations to the Fifth Session of the Ministerial Conference. It is agreed that, in the meantime, members will not initiate such complaints under the TRIPS Agreement” (WT/MIN(01)/17, § 11.1).

¹⁴⁸ KIM, *op. cit.*, p. 60-61.

¹⁴⁹ O resultado da Conferência Ministerial de Cancún foi um singelo documento de 06 parágrafos, que reafirma o compromisso dos Membros para o cumprimento das metas negociadoras estabelecidas em Doha.

¹⁵⁰ “45. We take note of the work done by the Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights pursuant to paragraph 11.1 of the Doha Decision on Implementation-Related Issues and Concerns and paragraph 1.h of the Decision adopted by the General Council on 1 August 2004, and direct it to continue its examination of the scope and modalities for complaints of the types provided for under subparagraphs 1(b) and 1(c) of Article XXIII of GATT 1994 and make recommendations to our next Session. It is agreed that, in the meantime, Members will not initiate such complaints under the TRIPS Agreement” (WT/MIN(05)/DEC, § 45).

¹⁵¹ Para um inventário dessas razões, veja-se: STILWELL, Matthew; TUERK, Elisabeth. *Non-Violation Complaints and the TRIPS Agreement: Some Considerations for WTO Members*. Center for International Environmental Law. May 2001, p. 03-10. Disponível em:

TRIPS: contrastando com o GATT e o GATS, aquele acordo não serve de marco para o intercâmbio de compromissos de liberalização comercial, e sim para assegurar o gozo de direitos privados relativos à propriedade intelectual. Como a reclamação de não violação foi concebida para proteger o equilíbrio de concessões comerciais, não faria sentido implantá-la no TRIPS¹⁵².

(c) GATS

O GATS (Acordo Geral sobre Comércio de Serviços), situado no Anexo 1B ao Acordo da OMC, adotou a reclamação de não violação, porém restringindo o seu escopo. A reclamação é regulada no art. XXIII:3:

3 - Se um Membro considerar que uma vantagem, cuja obtenção podia haver razoavelmente esperado em virtude de um compromisso específico assumido por outro Membro sob a Parte III do presente Acordo, tenha sido anulada ou prejudicada em consequência da aplicação de uma medida que não conflita com as disposições do presente Acordo, poderá recorrer ao Entendimento sobre Solução de Controvérsias. Se o Órgão de Solução de Controvérsias determinar que a medida anula ou prejudica dito benefício, o Membro afetado terá direito a um ajuste mutuamente satisfatório conforme o disposto no parágrafo 2º do art. 21, que poderá incluir a modificação ou a retirada da medida. Caso os Membros interessados não cheguem a um acordo, o Artigo 22 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias será aplicável¹⁵³.

<http://www.ciel.org/Publications/Nonviolation_Paper1.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2008. Também: SUN, Haochen. *TRIPS and Non-violation Complaints – From a Public Health Perspective*. 2002, p. 05-07. Disponível em: <<http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/Sun-TRIPS.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2008.

¹⁵² Para STILWELL & TUERK, devido à aludida finalidade da reclamação de não violação, a sua aplicação aos acordos do Anexo 1A já seria problemática (*Op. cit.*, p. 04).

¹⁵³ “3. *If any Member considers that any benefit it could reasonably have expected to accrue to it under a specific commitment of another Member under Part III of this Agreement is being nullified or impaired as a result of the application of any measure which does not conflict with the provisions of this Agreement, it may have recourse to the DSU. If the measure is determined by the DSB to have nullified or impaired such a benefit, the Member affected shall be entitled to a mutually satisfactory adjustment on the basis of paragraph 2 of Article XXI, which may include the modification or withdrawal of the measure. In the event an agreement cannot be reached between the Members concerned, Article 22 of the DSU shall apply*”.

Com efeito, a menção, no GATS, à anulação ou prejuízo de benefícios só aparece relativamente à reclamação de não violação. De acordo com o parágrafo 1º do art. XXIII, que aborda a reclamação de violação, basta que um Membro “*considere que outro Membro não cumpre as obrigações ou os compromissos específicos assumidos em virtude do presente Acordo*” para que o primeiro recorra aos procedimentos do ESC, sem qualquer referência a anulação ou prejuízo. Esse silêncio adviria do fato de que dita referência se tornou, de qualquer modo, sem propósito nas reclamações de violação, uma vez que a presunção de anulação ou prejuízo, na prática, tem-se mostrado irrefutável¹⁵⁴.

A limitação do escopo da reclamação de não violação no GATS é devida, primeiro, à ausência da causa de pedir “*impedimento à realização dos objetivos do Acordo*”, constante na 2ª parte do *caput* do art. XXIII:1 do GATT, pelo que se cinge o Acordo a prever a anulação ou prejuízo de benefícios.

Segundo, o GATS restringe os benefícios invocáveis àqueles decorrentes da parte III do Acordo. Essa seção refere-se aos compromissos específicos que os Membros se propõem a assumir, dispostos em lista que aborda (i) acesso a mercados (quais os termos, limitações e condições que serão aplicados), (ii) tratamento nacional (quais as condições e como serão dadas as qualificações referentes a esse princípio) e (iii) compromissos adicionais (quando entrarão em vigor e quais as obrigações por eles abrangidas)¹⁵⁵. A maior clareza acerca do que é encampado por *benefícios* obra para atenuar a incerteza que advém do enunciado geral da reclamação de não violação.

Por último, há uma limitação adicional aos benefícios invocáveis: somente poderão ser tutelados pela reclamação de não violação aqueles que “*razoavelmente poderiam ser esperados*”. O GATS, aqui, em verdade, não inova; está a positivar uma regra construída pela jurisprudência da reclamação de não violação, e que será alvo de olhar detido no Capítulo 2.

¹⁵⁴ PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, p. 148.

¹⁵⁵ COSTA, Lígia Maura. *OMC – Manual Prático da Rodada Uruguai*. Saraiva: São Paulo, 1996, p. 112.

1.3.2 Remédios jurídicos

Afora a dicotomia referente ao ônus da prova – *presunção de anulação ou prejuízo* na reclamação de violação x *justificação detalhada* na reclamação de não violação –, é no quesito *remédios jurídicos* que se manifestam as diferenças procedimentais entre uma e outra reclamação. Os remédios jurídicos do ESC, abordados em 1.2.2 e direcionados que são à reclamação de violação, só se aplicam à reclamação de não violação com as adaptações descritas no art. 26:1.

A evolução da reclamação de não violação aponta que, nas cláusulas de anulação ou prejuízo do período anterior ao GATT, nenhum remédio lhe era disponibilizado. A cláusula “modelo” redigida na Conferência Monetária e Econômica de Londres de 1933, por exemplo, propunha o que era a regra: ocorrendo anulação ou prejuízo decorrente de uma medida não violadora, a obrigação surgida para o país lesador limitava-se a “conversar a respeito”.

Mesmo tendo fortalecido a reclamação de não violação, por colocá-la sob a moldura de um mecanismo de solução de controvérsias, o art. XXIII do GATT mostrou-se confuso quanto a se haveria remédios próprios dessa espécie de reclamação. A pouco refinada redação do art. XXIII:2 não fornece qualquer indicativo sobre como os remédios que prevê (recomendação, julgamento e suspensão de concessões) aplicar-se-iam a cada uma das três reclamações previstas no art. XXIII:1.

A Carta da OIC, como já mencionado, imprimiu melhoramentos à deficiência apontada. Esclareceu que o provimento, na reclamação de não violação, restringir-se-ia a uma *recomendação* com a finalidade de auxiliar as partes a alcançar um acordo. Ademais, a Carta previu expressamente a aplicação da suspensão de concessões tanto para a reclamação de violação como para a de não violação, fazendo ressalva quanto ao montante em um e outro

caso. Ao passo que na reclamação de violação a suspensão de concessões deveria ser “*apropriada e compensatória*”, na de não violação deveria dar-se de maneira a “*melhor auxiliar os Membros interessados e contribuir para um ajuste satisfatório*”¹⁵⁶.

O Entendimento de 1979, se bem que tenha cristalizado o requisito da justificação detalhada, não trouxe, ao contrário do que se observou na versão final da Carta da OIC, nenhum esclarecimento sobre os remédios aplicáveis à reclamação de não violação. A omissão do GATT a respeito, de qualquer forma, já havia exigido dos painéis que embarcassem na tarefa de esclarecimento. Por exemplo, veja-se o que se consignou em *US – Nicaragua*:

Resta claro da história das negociações que, no caso de recomendações sobre medidas que não sejam inconsistentes com o Acordo Geral, as partes-contratantes “não se encontram obrigadas específica nem contratualmente a aceitar tais recomendações” (EPCT/A/PV/5, p. 16). O relatório do Sexto Comitê durante a Conferência de Havana aponta, com relação ao poder do Conselho Executivo para fazer recomendações aos Estados membros em qualquer matéria sob o Artigo 93:1(b) ou (c) da Carta de Havana (o qual corresponde ao Artigo XXIII:1(b) e (c) do Acordo Geral): “Acordou-se que o sub-parágrafo 2(e) do Artigo 94 não concede poderes ao Conselho Executivo ou à Conferência para requerer a um Membro que suspenda ou retire uma medida que não conflite com a Carta”¹⁵⁷.

Os remédios jurídicos da reclamação de não violação encontram-se dispostos no art. 26:1 do ESC, que empreende codificação e desenvolvimento progressivo da experiência adquirida com o GATT. Que remédios seriam esses? No que eles diferem dos remédios da reclamação de violação?

¹⁵⁶ “Article 95 (...) 3. If the Conference considers that any nullification or impairment found to exist within the terms of paragraph 1 (a) of Article 93 is sufficiently serious to justify such action, it may release the Member or Members affected from obligations or the grant of concessions to any other Member or Members under or pursuant to this Charter, to the extent and upon such conditions as it considers appropriate and compensatory, having regard to the benefit which has been nullified and impaired. If the Conference considers that any nullification or impairment found to exist within the terms of sub-paragraphs (b) or (c) of paragraph 1 of Article 93 is sufficiently serious to justify such action, it may similarly release a Member or Members to the extent and upon such conditions as will best assist the Members concerned and contribute to a satisfactory adjustment” (grifou-se).

¹⁵⁷ “It is clear from the drafting history that in case of recommendations on measures not found to be inconsistent with the General Agreement, the contracting parties ‘are under no specific and contractual obligations to accept those recommendations’ (EPCT/A/PV/5, p. 16). The report of the Sixth Committee during the Havana Conference notes with respect to the power of the Executive Board to make recommendations to member States in any matter arising under Article 93:1(b) or (c) of the Havana Charter (which corresponds to Article XXIII:1(b) and (c) of the General Agreement): ‘It was agreed that subparagraph 2(e) of Article 94 does not empower the Executive Board or the Conference to require a Member to suspend or withdraw a measure not in conflict with the Charter’” (United States – Trade Measures Affecting Nicaragua, 13 October 1986 (not adopted), L/6053, p. 11-12, § 5.8).

Dita a alínea *b* do art. 26:1:

(b) quando se considerar que uma medida anula ou prejudica benefícios resultantes do acordo abrangido pertinente, ou que compromete a realização dos objetivos de tal acordo, sem infração de suas disposições, não haverá obrigação de revogar essa medida. No entanto, em tais casos, o painel ou Órgão de Apelação deverá recomendar que o Membro interessado faça um ajuste mutuamente satisfatório.

O que configura a norma com relação à reclamação de violação – obrigatoriedade da recomendação para cessação da ilicitude (com efeito, o art. 26:1(b), por via reflexa, constitui mais um argumento apontando para essa obrigatoriedade) –, não se aplica à reclamação de não violação. Por se tratar de uma medida *lícita* – não obstante anule ou prejudique benefícios –, o ESC adota a posição de que não se pode exigir do Membro que a retire. Entendimento contrário implicaria fazer recair sobre o Membro uma obrigação com a qual ele não consentiu, situação que o ESC se esmera para combater ao sublinhar no art. 3:2, e reiterar no 19:2, que “*As recomendações e decisões do OSC não poderão promover o aumento ou a diminuição dos direitos e obrigações definidos nos acordos abrangidos*”.

Na reclamação de não violação, a manifestação dos painéis ou órgão de apelação deve limitar-se a recomendar ao Membro que proceda a um “*ajuste mutuamente satisfatório*”.

O GATS, novamente se desviando do enunciado geral da reclamação de não violação, no art. XXIII:3 menciona a retirada da medida como um dos possíveis desfechos para o ajuste¹⁵⁸.

O art. 26:1(c) coloca à disposição dos contendores na reclamação de não violação a arbitragem do art. 21:3 – prevista originalmente para decidir sobre o período dentro do qual a recomendação deve ser cumprida –, perante a qual se poderá requerer o cálculo dos benefícios

¹⁵⁸ “3. (...) *If the measure is determined by the DSB to have nullified or impaired such a benefit, the Member affected shall be entitled to a mutually satisfactory adjustment on the basis of paragraph 2 of Article XXI, which may include the modification or withdrawal of the measure. (...)*”

anulados ou prejudicados e/ou a sugestão de meios para atingir-se um ajuste mutuamente satisfatório¹⁵⁹.

O terceiro e último dos dispositivos versando sobre remédios é o art. 26:1(d), o qual prevê a aplicação do instituto da *compensação* à reclamação de não violação. Entretanto, há uma diferença marcante com relação à compensação conforme aplicada na reclamação de violação: nessa, a compensação apresenta caráter *temporário*, enquanto na reclamação de não violação ela pode representar uma solução *definitiva* para a disputa¹⁶⁰. Nem poderia ser de outra forma, na medida em que, inexistindo medida ilegal a ser retirada, a única solução viável para o litígio seria o reequilíbrio dos direitos e obrigações, possibilitado pela compensação.

PETERSMANN observa que entre as funções da reclamação de não violação estaria prevenir contravenção ao art. XXVIII do GATT, disposição que autoriza um Membro a modificar ou retirar uma concessão, devendo, para tanto, entabular negociações com os interessados. De acordo com o referido artigo, a retirada de uma concessão *de jure* conduz a que os Membros interessados, a título de *compensação*, retirem concessões em montante equivalente. Uma medida não violadora, mas que anulasse ou prejudicasse benefícios, corresponderia à retirada de uma concessão *de facto*, a exigir compensação, sob pena de burla ao art. XXVIII. Nesse diapasão, os procedimentos desse artigo poderiam ser aplicados *mutatis mutandis* à reclamação de não violação¹⁶¹. É de notar-se que o GATS faz expressamente essa associação, ao estipular, no art. XXIII:3, que o ajuste mutuamente satisfatório deverá ser feito

¹⁵⁹ “(c) notwithstanding the provisions of Article 21, the arbitration provided for in paragraph 3 of Article 21, upon request of either party, may include a determination of the level of benefits which have been nullified or impaired, and may also suggest ways and means of reaching a mutually satisfactory adjustment; such suggestions shall not be binding upon the parties to the dispute”.

¹⁶⁰ “(d) notwithstanding the provisions of paragraph 1 of Article 22, compensation may be part of a mutually satisfactory adjustment as final settlement of the dispute”.

¹⁶¹ *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, p. 172-173.

com supedâneo no art. XXI:2¹⁶², artigo esse que é o equivalente no GATS ao art. XXVIII do GATT.

Com base na leitura do art. 26:1, o último remédio da reclamação de não violação, à primeira vista, seria a compensação, ou seja, aquele previsto na derradeira de suas alíneas. Por ser a compensação *voluntária*, surge a questão de se a suspensão de concessões seria aplicável, como expediente para restaurar o equilíbrio de concessões (não há que se falar no caráter de sanção do instituto, visto não existir medida ilegal a ser retirada).

O art. 26:1, sublinhe-se, é omissivo a respeito – diferentemente do art. XXIII:3 do GATS, que dispõe sobre a incidência do instituto¹⁶³ –, bem como não há, na era do GATT/OMC, nenhum precedente em que a retaliação tenha sido utilizada na reclamação de não violação, ou ao menos requerida. Não obstante o argumento de que não seria razoável sujeitar-se à retaliação em virtude de um benefício que não foi negociado¹⁶⁴, o acesso à suspensão de concessões na reclamação de não violação nunca foi excluído. A intenção dos legisladores do GATT pode ser deduzida da versão final da Carta da OIC, em cujo art. 95:3 constou a possibilidade de retaliação. A analogia com o art. XXVIII do GATT também autorizaria a suspensão de concessões, por ser esse procedimento aceito pelo dispositivo¹⁶⁵.

¹⁶² “2. (a) *At the request of any Member the benefits of which under this Agreement may be affected (...) by a proposed modification or withdrawal notified under subparagraph 1(b), the modifying Member shall enter into negotiations with a view to reaching agreement on any necessary compensatory adjustment. In such negotiations and agreement, the Members concerned shall endeavor to maintain a general level of mutually advantageous commitments not less favourable to trade than that provided for in Schedules of specific commitments prior to such negotiations.* (b) *Compensatory adjustments shall be made on a most-favoured-nation basis*”.

¹⁶³ “3. (...) *In the event an agreement cannot be reached between the Members concerned, Article 22 of the DSU shall apply*”.

¹⁶⁴ “*Neither the original GATT nor the dispute settlement provisions of the WTO contain any definition as to the nature of the additional benefits that Members must accord lest they be exposed to the threat of retaliation. Many of the drafters of the GATT doubted whether Article XXIII should provide for the possibility of imposing sanctions when undefined, and hence unnegotiated, benefits are being claimed*” (ROESSLER, *op. cit.*, p. 415).

¹⁶⁵ Documento elaborado pelo Conselho do TRIPS, e que traça a experiência com a reclamação de não violação, inclina-se pela aplicabilidade da suspensão de concessões: “*Both under the provisions of the GATT 1947 and under the WTO, authorization of suspension of concessions remains the final, and least preferred, remedy in regard to successful non-violation cases as well as violation cases. While this is made explicit in Article XXIII:3 of the GATS, which states that ‘in the event an agreement cannot be reached between the Members concerned [on a renegotiation of the commitment], Article 22 of the DSU shall apply’, there is nothing in the DSU which would exclude non-violation cases from applicability the rules of Article 22 on withdrawal of concessions or other obligations*” (*Non-Violation Complaints and the TRIPS Agreement*, p. 23, § 79).

2 A RECLAMAÇÃO DE NÃO VIOLAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO GATT/OMC

A exposição da normativa aplicável à reclamação de não violação não impede que muitas questões, alusivas ao alcance do instituto, permaneçam em aberto. A delimitação do significado de *benefício* ou *anulado ou prejudicado*, por exemplo, termos que aparecem no *caput* do art. XXIII:1 do GATT, não se consegue extrair da leitura do dispositivo. Permitir à parte o recurso à solução de controvérsias quando “*um benefício qualquer resultante para ela, diretamente ou indiretamente, do presente Acordo [ou do acordo abrangido relevante, consoante art. 26:1 do ESC], está sendo anulado ou prejudicado, ou que um dos objetivos do Acordo está sendo dificultado, em consequência (...) da aplicação de uma medida (...) contrária ou não às disposições do presente Acordo*”¹⁶⁶, sem fornecer qualquer orientação legislativa acerca do significado de muitos desses elementos, causa a inevitável impressão de que se está diante de um instituto com escopo quase ilimitado.

As várias interrogações que emanam do enunciado do instituto tornam destacado o papel da jurisprudência para a definição da reclamação de não violação; a amplitude dos termos, inegavelmente, confere uma margem de apreciação considerável aos órgãos encarregados de aplicar, na prática, a referida reclamação¹⁶⁷.

A função relevante desempenhada pelo aplicador do direito na reclamação de não violação – embora o autor se refira aos órgãos judiciários da OMC, o raciocínio não deixa ser

¹⁶⁶ Observa-se que, além da anulação ou prejuízo, o dispositivo menciona o impedimento à realização de um dos objetivos do acordo como supedâneo para que se acuda à solução de controvérsias. No capítulo 1, abordou-se a trajetória legislativa desse conceito, bem como se apontou que, a despeito de ter sido invocado em algumas oportunidades, nunca teve o seu mérito analisado por uma decisão. Em razão disso, o exame mirará apenas a noção de anulação ou prejuízo.

¹⁶⁷ “(...) Article XXIII:1(b) provides no guidance as to what constitutes a non-violation nullification or impairment. As the remaining parts of the article will show, the elements of non-violation complaints have largely evolved through judicial legislation by panels. (...) In determining the existence of non-violation nullification or impairment, panels have invested themselves with wide discretion” (CHUA, Adrian T. L. Reasonable Expectations and Non-Violation Complaints in GATT/WTO Jurisprudence. *Journal of World Trade*, vol. 32, n. 02, 1998, p. 39).

válido para o período do GATT – é enfatizada por TRACHTMAN, a partir de uma diferenciação entre *regras* e *standards*. As primeiras tratariam de especificar de antemão as condutas sobre as quais incidem, enquanto os últimos limitar-se-iam a prescrever diretrizes ao aplicador e ao destinatário, sem detalhar a conduta requerida ou coibida. A “dimensão institucional” dessa diferenciação seria que, no caso das *regras*, a decisão acerca da conduta a ser observada caberia ao *legislador*, ao passo que, no caso dos *standards*, tal decisão caberia ao *jugador*, quando da aplicação do *standard* ao caso concreto¹⁶⁸.

A reclamação de não violação corresponderia a um *standard* destinado a lidar com barreiras comerciais não previstas no GATT, ou mais do que isso: “*um super-standard por permitir construção substancial de normas por meio da solução de controvérsias*”¹⁶⁹. Em continuação, TRACHTMAN aduz que o art. XXIII:1(b) configura um “*convite legislativo a construção extraordinária*”, e que a reclamação de não violação permite a formulação de direitos onde há silêncio legislativo¹⁷⁰.

Nessa mesma linha, HUDEC menciona o potencial de *common law* da reclamação de não violação, pois ela daria às partes-contratantes a chance de alargar as obrigações resultantes do Acordo através do processo de interpretação¹⁷¹.

Essas colocações doutrinárias estão em consonância com o pressuposto que justifica o presente capítulo – que não se pode prescindir do exame da jurisprudência para a compreensão da reclamação de não violação.

Sendo assim, o objetivo do presente capítulo é verificar como a reclamação de não violação foi e tem sido interpretada pela jurisprudência do GATT/OMC. Especificamente,

¹⁶⁸ TRACHTMAN, Joel. The Domain of WTO Dispute Resolution. *Harvard Journal of International Law*, vol. 40, 1999, p. 14. Disponível em: <<http://www.worldtradelaw.net/articles/trachtmandomain.pdf>>. Acesso em: 17 mai. 2008.

¹⁶⁹ “*It is a super-standard in the sense that it authorizes substantial construction of norms by dispute resolution*” (*Ibid.*, p. 26).

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ HUDEC, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, p. 31-32.

busca-se verificar como a casuística formulou os diferentes elementos constitutivos de dita reclamação.

Assim é que se examinará a interpretação conferida aos elementos previstos na cabeça do art. XXIII:1 – *benefício, princípio da expectativa legítima* (implícito), *anulação ou prejuízo e nexo de causalidade*¹⁷² (2.1); àquele previsto na alínea *b* do art. XXIII:1 – *medida* (2.2); por fim, aos *remédios jurídicos* da reclamação de não violação – *acordo mutuamente satisfatório e suspensão de concessões ou outras obrigações* –, relacionados à exegese do art. XXIII:2 (2.3).

Desde o início da vigência do GATT, houve quinze decisões que abordaram a reclamação de não violação, enfrentando-se o seu mérito ou não: onze sob a égide do GATT e quatro sob a da OMC¹⁷³.

Sob o GATT, eis as decisões: *Australia – Ammonium Sulphate* (1950); *Germany – Sardines* (1952); *Uruguayan Recourse to Article XXIII* (1962); *Spain – Soyabean* (1981); *EEC – Citrus* (1985); *EEC – Canned Fruit* (1985); *US – Trade Measures Affecting Nicaragua* (1986); *Japan – Trade in Semi-Conductors* (1988); *EEC – Oilseeds* (1990); *US – Sugar Waiver* (1990); *EEC – Oilseeds II* (1992).

Sob a OMC: *Japan – Film* (1998); *Korea – Measures Affecting Government Procurement* (2000); *EC – Asbestos* (2001); *US – Offset Act* (2003).

Desses quinze casos, em seis a reclamação de não violação foi julgada procedente, todos na era GATT: *Australia – Ammonium Sulphate*; *Germany – Sardines*; *EEC – Citrus*; *EEC – Canned Fruit*; *EEC – Oilseeds*; *EEC – Oilseeds II*. No entanto, dos seis, somente em

¹⁷² Consubstanciado na expressão “*em consequência*”.

¹⁷³ Utilizou-se lista constante no relatório proferido pelo órgão de apelação em *EC – Asbestos*, a qual aponta o número de 14 casos (*European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WTO AB Report, adopted 05 April 2001, WT/DS135/AB/R, p. 68). Como o relatório data de 2001, buscou-se atualização através de ferramenta de pesquisa (*Full-text Search Engine for GATT/WTO Cases*) existente no sítio <<http://www.worldtradelaw.net>> (acesso em 20 mai. 2008), tendo sido incluído *US – Offset Act* como o 15º caso.

três a decisão foi adotada pelas partes-contratantes: *Australia – Ammonium Sulphate*; *Germany – Sardines*; *EEC – Oilseeds*¹⁷⁴.

Como regra, não se empreenderá uma análise individual das decisões; apenas serão abordados os aspectos das mesmas que contribuam para o esclarecimento dos elementos destacados em 2.1, 2.2 e 2.3.

Antes que se proceda, efetivamente, ao exame proposto, cabe, como questão preliminar, indagar qual a relevância atribuída à jurisprudência no seio do regime multilateral do comércio. Considerando que o intento do capítulo é verificar como os elementos constitutivos da reclamação de não violação foram formulados pela jurisprudência, se fosse apurado que os painéis (e, com a OMC, o órgão de apelação) se encontram em total liberdade para ignorar o corpo de jurisprudência – inexistindo qualquer solução de continuidade entre os julgamentos sobre casos análogos –, o objetivo ora proposto restaria, em muito, esvaziado.

Os dados apresentados testemunham que a maioria – onze de um total de quinze – dos julgados sobre não violação aconteceu durante o período do GATT. Tendo em conta esse fato, a resposta à indagação feita deve, necessariamente, considerar o lugar reservado à jurisprudência durante o GATT. Por outro lado, as discussões doutrinárias acerca da relevância da jurisprudência intensificaram-se desde o surgimento da OMC, por várias razões, todas ligadas ao fortalecimento do mecanismo de solução de controvérsias. Dentre elas, o sensível aumento do recurso à solução de controvérsias – até porque isso passou a ser um

¹⁷⁴ Ousa-se apontar o que representam, percentualmente, as 15 decisões que analisaram a reclamação de não violação perante o universo das decisões emitidas no GATT/OMC. Para o GATT, conforme dados do sítio <<http://www.worldtradelaw.net>> (acesso em 20 mai. 2008), tem-se o número de 132 decisões (entre adotadas e não-adotadas); as 11 decisões sobre a reclamação de não violação, então, equivalem a 8,33% do total. Para a OMC, os dados, também colhidos do referido sítio, referem-se, somente, às decisões emitidas pelos painéis no procedimento “regular” (de conhecimento da queixa). Até a data do acesso, constam 119 relatórios emitidos pelos painéis, 05 dos quais pendem adoção (relatórios que, sem emitir julgamento, cingiram-se a informar que as partes alcançaram uma solução mutuamente satisfatória, não foram incluídos; em disputas que deram origem a relatórios “múltiplos” – ex.: *EC – Bananas* (1997), com 04 relatórios circulados –, tais relatórios foram contados separadamente; por outro lado, em *US – Steel Safeguards* (2003) foram emitidos 08 relatórios, em um único documento, pelo que foram computados como um; igualmente, em *Canada – Wheat* (2004) e *EC – Biotech Products* (2006) foram emitidos, no mesmo documento, respectivamente, 02 e 03 relatórios, computados como um). Dessas 119 decisões, as 04 que julgaram a reclamação de não violação correspondem a 3,36%. Somando-se os dois períodos, tem-se que a reclamação de não violação foi examinada em apenas 5,97% das decisões, cifra que atesta a sua excepcionalidade.

direito do Membro prejudicado –, com o correspondente aumento da atividade judicante, e a criação de uma instância permanente de revisão, o órgão de apelação.

A transição de um regime para o outro não significou que toda a experiência adquirida com o GATT fosse deixada para trás. Pelo contrário: o art. XVI:1 do Acordo da OMC fixa, salvo disposição conflitante, que “*a OMC será regulada pelas decisões, procedimentos e práticas costumeiras seguidas pelas PARTES-CONTRATANTES do GATT 1947 e pelos órgãos estabelecidos no âmbito do GATT 1947*”¹⁷⁵. Essa regra tem aplicabilidade patente em se tratando de solução de controvérsias. Ademais de, consoante já apontado neste trabalho, o ESC representar uma cristalização da experiência do Acordo Geral em solução de controvérsias, em inúmeros campos o GATT já possuía uma jurisprudência formada. Afigurava-se, assim, imperativo que, no âmbito da OMC, se formulasse um postulado acerca de como encarar a jurisprudência produzida no GATT, isto é, determinar que valor deveria ser dado pelos painéis e órgão de apelação às decisões do regime anterior. Em realidade, o valor conferido por esses órgãos à jurisprudência do GATT é o mesmo que os painéis do GATT conferiam às decisões dos painéis anteriores. Também nesse quesito, a OMC incorporou a prática do GATT. Essa identidade de posições, a bem dizer, proporciona que a abordagem ora desenvolvida seja abreviada: ao se demonstrar como as decisões da OMC se relacionam com as do GATT, estar-se-á, concomitantemente, demonstrando como as decisões no âmbito do GATT se relacionavam entre si.

Feito o esclarecimento, é de dizer-se que a OMC não enumera as fontes do direito a ser aplicado pelos painéis e órgão de apelação. Ela carece de um dispositivo nos moldes do art. 38:1 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça¹⁷⁶, que elenca as fontes do direito a ser

¹⁷⁵ “1. Except as otherwise provided under this Agreement or the Multilateral Trade Agreements, the WTO shall be guided by the decisions, procedures and customary practices followed by the CONTRACTING PARTIES to GATT 1947 and the bodies established in the framework of GATT 1947”.

¹⁷⁶ “1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b. international custom, as evidence of a general practice accepted

aplicado por aquele órgão. Por certo que um dispositivo como o apontado – que também não existia no GATT – é um facilitador da atividade judiciária, e a sua ausência, no âmbito da OMC, relegou a “descoberta” das fontes ao debate doutrinário e, principalmente, aos órgãos judicantes. Ressalve-se que não há controvérsia quanto à fonte principal do direito da OMC, os *acordos abrangidos (covered agreements)*¹⁷⁷. Todavia, devido a não serem infalíveis os acordos abrangidos – afigurando-se por vezes insuficientes para a resolução de uma controvérsia –, resulta necessário recorrer a fontes outras para complementar a principal¹⁷⁸. Embora se conceba várias dessas *fontes outras* (acordos internacionais externos à OMC, princípios de direito internacional, doutrina, etc.), o foco da presente abordagem é, exclusivamente, a jurisprudência.

A OMC, como o regime do GATT que a antecedeu, não consagra, formalmente, a doutrina do precedente (*stare decisis*), segundo a qual os tribunais se encontram vinculados às decisões anteriores. Na esteira do art. IX:2 do Acordo da OMC, uma interpretação *definitiva* acerca de quaisquer dos acordos é de competência exclusiva da Conferência Ministerial e do Conselho Geral, devendo haver maioria de 3/4 dos Membros¹⁷⁹. A situação *de jure*, entretanto, não pode mascarar o que sucede *de facto*, em que um grande peso é conferido à

as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations; d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law”.

¹⁷⁷ “The fundamental source of law in the WTO is, therefore, the text of the relevant agreements themselves. All legal analysis begins there” (MAVROIDIS, Petros C.; PALMETER, David. *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*. 2.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 50). Invoca-se, em geral, o art. 7 do DSU, que versa sobre os *termos de referência dos painéis*, para referendar a preeminência dos acordos abrangidos como fonte: “1. Panels shall have the following terms of reference unless the parties to the dispute agree otherwise within 20 days from the establishment of the panel: ‘To examine, in the light of the relevant provisions in (name of the covered agreement(s) cited by the parties to the dispute), the matter referred to the DSB by (name of the party) in document... (...)’”. O Apêndice 1 do ESC traz uma lista de todos os acordos abrangidos.

¹⁷⁸ REIS, Felipe Nagel. *Os subsídios na OMC: As limitações impostas aos governos na sua política industrial pelas regras do ASMC e pela jurisprudência da OMC*. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS, 2007, p. 102-103.

¹⁷⁹ “2. The Ministerial Conference and the General Council shall have the exclusive authority to adopt interpretations of this Agreement and of the Multilateral Trade Agreements. In the case of an interpretation of a Multilateral Trade Agreement in Annex 1, they shall exercise their authority on the basis of a recommendation by the Council overseeing the functioning of that Agreement. The decision to adopt an interpretation shall be taken by a three-fourths majority of the Members. This paragraph shall not be used in a manner that would undermine the amendment provisions in Article X”.

jurisprudência pelos órgãos julgadores¹⁸⁰. MAVROIDIS & PALMETER fazem a afirmação reveladora de que “*afora os textos dos acordos abrangidos, nenhuma fonte de direito é tão importante na solução de controvérsias da OMC quanto as decisões de tribunais anteriores*”, aduzindo, ainda, que tais decisões incluem os relatórios dos painéis do GATT e dos painéis e órgão de apelação da OMC¹⁸¹.

Os aludidos autores, ao começarem a discorrer sobre o valor da jurisprudência do GATT na OMC, transcrevem uma passagem do caso *Tuna II*, um dos últimos do regime que findou, julgado em 1994, que reflete adequadamente a posição dos painéis do GATT no que diz com os precedentes:

A CEE reconheceu que não havia *stare decisis* no GATT, mesmo se somente porque não havia hierarquia entre cortes e órgãos arbitrais no GATT. Esse era o caso, também, para a maioria das cortes e tribunais internacionais. Entretanto, tais cortes e tribunais internacionais foram sempre muito cuidadosos em manter os seus próprios precedentes e certa coerência nas suas decisões. O GATT demandava essa coerência nas interpretações dos painéis com o fim de proporcionar estabilidade ao regime multilateral do comércio¹⁸².

As decisões sobre não violação desnudam a preocupação da jurisprudência do GATT em demonstrar coerência com os precedentes sobre casos análogos. Como se verá, sobretudo o primeiro caso, *Australian Subsidy*, é recorrentemente invocado¹⁸³; a linha interpretativa que

¹⁸⁰ BARTON *et al* expressam que a OMC adota o *stare decisis de facto*: “*But in general, previous decisions and doctrine are so highly persuasive in WTO jurisprudence, and their use is so central to the discourse of dispute settlement, that it may be said that the WTO observes de facto stare decisis*” (*Op. cit.*, p. 82).

¹⁸¹ “*Other than the texts of the covered agreements themselves, no source of law is as important in WTO dispute settlement as are the reported decisions of prior dispute settlement tribunals. These include the reports of GATT panels as well as WTO panels and the Appellate Body*” (MAVROIDIS & PALMETER, *op. cit.*, p. 51). Concordando, Rao GEPING: “*Just as the prior judicial decisions are regarded as subsidiary means for the determination of rules of law in the ICJ, the reports of prior Panels and the AB of the WTO, including GATT Panels, are also considered as an important indirect source of law. This argument might be inferred from article 16(1) of the WTO Agreement. Other than the texts of the covered agreements themselves, no source of law is as important in WTO dispute settlement as the reports of prior Panels and the AB*” (The Law Applied by World Trade Organization Panels. *Temple Journal of International & Comparative Law Journal*, vol. 17, 2003, p. 136).

¹⁸² “*The EEC recognized that there was no stare decisis in the GATT, if only because there was no hierarchy between courts or arbitral bodies in the GATT. This was also the case for most international courts and tribunals. Nevertheless, such international courts and tribunals were always very careful about maintaining their own precedents and a certain coherence in their decisions. The GATT required such coherence in panel interpretations in order to provide stability within the international trading system*” (Apud MAVROIDIS & PALMETER, *op. cit.*, p. 52).

¹⁸³ A referência constante a precedentes, por parte dos litigantes e dos julgadores, é uma característica da estrutura argumentativa na solução de controvérsias tanto no GATT como na OMC.

adotou assumiu, por obra de julgados posteriores, a condição de exegese tradicional da reclamação de não violação. Por fim, quando um painel resolveu afastar-se da orientação assentada, ele sentiu-se compelido a fornecer as razões para tal afastamento. Para MAVROIDIS & PALMETER, se um painel decidir julgar diferentemente do precedente, precisará justificá-lo, sob pena de pôr em jogo a legitimidade da sua decisão. Na prática, essa condição estaria sendo observada pelos painéis que resolvem afastar-se do precedente, em mais uma prova do seu valor no bojo do regime¹⁸⁴.

Em *Japan – Alcoholic Beverages*, o órgão de apelação assinalou que os relatórios de painéis *adotados*, a despeito de só vincularem as partes em litígio, representam uma parte importante do *GATT acquis* (expressão usada para designar a experiência adquirida com o GATT) e normalmente são seguidos pelos painéis subsequentes, a ponto de criarem uma *expectativa legítima* de que serão observados¹⁸⁵.

Japan – Alcoholic Beverages tocou ainda no assunto dos relatórios de painéis do GATT *não adotados*, o qual é de interesse para o presente estudo já que esse foi o desfecho de várias decisões sobre não violação. Aliás, a doutrina e os julgados que desde então abordam o assunto remetem recorrentemente a *Japan – Alcoholic Beverages*, de forma que o entendimento do órgão de apelação pode ser tido como consubstanciando a manifestação de referência sobre o status dos relatórios não adotados. A conclusão a que se chegou é que os

¹⁸⁴ MAVROIDIS & PALMETER, *op. cit.*, p. 57-58.

¹⁸⁵ “Adopted panel reports are an important parte of the GATT acquis. They are often considered by subsequent panels. They create legitimate expectations among WTO Members, and, therefore, should be taken into account where they are relevant to any dispute. However, they are not binding, except with respect to resolving the particular dispute between the parties to that dispute” (*Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WTO AB Report, adopted 01 November 1996, WT/DS8,10,11/AB/R, p. 14). É de interesse notar que uma das conclusões do painel, relativa ao status dos relatórios de painéis do GATT *adotados*, foi repelida pelo órgão de apelação. O painel alude ao art. 31:3(b) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (recepção pelo art. 3:2 do ESC como *regras costumeiras de interpretação do direito internacional público*), que prevê a *prática subsequente* como critério interpretativo. As decisões adotadas, destarte, configurariam *prática subsequente*, recepcionadas pelo GATT 1994 no art. 1(b)(iv) na qualidade de “*other decisions of the CONTRACTING PARTIES to GATT 1947*”. Assim, como prática subsequente, as decisões pretéritas deveriam, necessariamente, ser *levadas em conta* pelas decisões futuras, sem obrigatoriedade de obediência. De seu turno, o órgão de apelação entendeu que cada decisão seria um *ato isolado*, inapto a gerar prática subsequente. Insurgiu-se, ainda, contra os relatórios dos painéis terem sido igualados a *decisões* nos termos do art. 1(b)(iv). Porém, ao cabo, as duas instâncias passaram a mesma mensagem, refletida no parágrafo que originou esta nota de rodapé.

relatórios *não adotados* não possuiriam qualquer status no regime do GATT/OMC em razão de não terem sido chancelados pelas partes-contratantes, no entanto, poderiam proporcionar uma *orientação útil* aos julgadores na resolução de uma disputa¹⁸⁶. Não é demais lembrar que, para que os relatórios dos painéis do GATT não fossem adotados, bastava que a parte perdedora a eles se opusesse. Assim, a motivação era predominantemente política, não se podendo inferir que, em termos jurídicos, os relatórios não adotados fossem qualitativamente inferiores aos adotados. Inclusive, os órgãos judiciários da OMC já procuraram orientação em relatórios não adotados¹⁸⁷.

Em outro contencioso (*Argentina – Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items*, ou *Argentina – Textiles*), o órgão de apelação pontua que a orientação fornecida por um relatório não adotado não pode ir tão longe a ponto de configurar o *fundamento* da decisão. Esta a passagem relevante:

Por fim, o painel baseou-se extensivamente no relatório *não adotado* do painel em *Bananas II*. No nosso Relatório em *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, nós concordamos com o painel que “relatórios *não adotados* de painéis ‘não têm qualquer status legal no sistema do GATT ou da OMC...’”, embora nós acreditemos que “um painel poderia, entretanto, achar uma orientação útil na fundamentação de um relatório não adotado de painel que ele considerasse relevante”. No caso perante nós, o uso pelo Painel do relatório do painel em *Bananas II* parece ter ido além de extrair uma “orientação útil” da fundamentação empregada naquele relatório. O Painel, com efeito, se baseia no relatório do painel em *Bananas II*¹⁸⁸. (grifou-se)

¹⁸⁶ “However, we agree with the Panel’s conclusion in that same paragraph of the Panel Report that unadopted panel reports ‘have no legal status in the GATT or WTO system since they have not been endorsed through decision by the CONTRACTING PARTIES to GATT or WTO Members’. Likewise, we agree that ‘a panel could nevertheless find useful guidance in the reasoning of an unadopted panel report that it considered to be relevant’” (*Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, p. 14-15).

¹⁸⁷ Isso aconteceu, por exemplo, no relatório do painel em *United States – Anti-Dumping Act of 1916*: “We note in this respect the approach followed by the panel in the report on *EC – Audio Cassettes*. This report, which was not adopted, considered why the mere fact that the initiation of anti-dumping investigations was discretionary would not make the EC legislation at issue non-mandatory. (...) Like the panel on *EC – Audio Cassettes* (...) we consider that interpreting the provisions of Article 18.4 differently would undermine the obligations contained in that article (...)” (*United States – Anti-Dumping Act of 1916*, WTO Panel Report, circulated 26 September 2000, WT/DS162/R, p. 178, § 6.189-90).

¹⁸⁸ “Finally, the Panel relied extensively on the unadopted panel report in *Bananas II*. In our Report in *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, we agreed with that panel that ‘unadopted panel reports ‘have no legal status in the GATT or WTO system...’, although we believe that ‘a panel could nevertheless find useful guidance in the reasoning of an unadopted panel report that it considered to be relevant’. In the case before us, the Panel’s use of the *Bananas II* panel report appears to have gone beyond deriving ‘useful guidance’ from the reasoning employed in that unadopted panel report. The Panel, in fact, relies upon the *Bananas II* panel report” (*Argentina – Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items*, WTO AB Report, adopted 22 April 1998, WT/DS56/AB/R, p. 16, § 43). Nesse sentido, ainda: CAMERON, James; GRAY, Kevin.

A diferença entre um relatório não adotado constituir uma *orientação útil* ou o *fundamento* para uma decisão indubitavelmente não é das mais cristalinas. Porém, do cotejo de *United States – Anti-Dumping Act of 1916 com Argentina –Textiles*, casos que, respectivamente, exemplificam cada uma das funções que um relatório não adotado pode assumir, é possível fazer algumas deduções que ajudam a elucidar dita diferença.

O relatório não adotado não pode ser o *único* fundamento para que se decida em determinado sentido. Em *Argentina – Textiles*, o painel, para decidir questão que lhe era posta, e entendendo que a letra do GATT era inconclusiva, invocou um punhado de decisões que, no seu sentir, representariam a prática do GATT. Discordando, o órgão de apelação descartou, primeiro, três relatórios de grupos de trabalho invocados, os quais não teriam valia pois não foram proferidos em procedimento de solução de controvérsias; em seguida, negou a utilidade de *Panel on Newsprint*, caso que não teria similaridade fáctica com o sob foco; por fim, tendo sobrado apenas *Bananas II*, relatório não adotado, disse que, embora se aceitasse que um relatório desse tipo fornecesse uma orientação útil, a decisão não poderia basear-se nele.

De outra banda, *orientação útil* aparenta sugerir que o relatório não adotado deve ser *um dos* fatores a justificar uma decisão em determinado sentido, e não o exclusivo. Assim, em *United States – Anti-Dumping Act of 1916*, após invocar o relatório não adotado (*EC – Audio Cassettes*) e, com supedâneo nesse precedente, externar a sua conclusão, o painel, em nota de rodapé, elencou outra decisão que referendava o seu posicionamento¹⁸⁹.

A maneira como os relatórios adotados do GATT são encarados pelos órgãos judiciários da OMC é equivalente à maneira pela qual esses órgãos encaram os relatórios que

Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, n. 02, 2001, p. 275-276.

¹⁸⁹ “We also find support for our reasoning in the report of the panel on *United States – Section 301-310 of the Trade Act of 1974, adopted on 20 January 2000, WT/DS152/R, para. 7.54 and footnote 675*” (*United States – Anti-Dumping Act of 1916*, p. 178).

deles emanam: decisões que criam expectativas legítimas de que serão seguidas¹⁹⁰. Na OMC, há um fator distintivo que é a existência de um órgão de apelação, hierarquicamente superior aos painéis. Referentemente à jurisprudência do órgão de apelação, os painéis tendem a comportar-se como qualquer juízo de primeira instância submetido ao segundo grau de jurisdição, sendo em regra deferentes às interpretações da instância superior.

2.1 O *CAPUT* DO ARTIGO XXIII:1 DO GATT

Estabelece a cabeça do art. XXIII:1:

1. No caso de uma Parte Contratante considerar que um benefício qualquer resultante para ela, direta ou indiretamente, do presente Acordo, está sendo anulado ou prejudicado, ou que um dos objetivos do Acordo está sendo dificultado, em consequência:

A exegese dos elementos jurídicos contidos no enunciado impôs desafios aos órgãos judiciários do regime multilateral do comércio. Compreendem tais elementos, designadamente, *benefício*, *princípio da expectativa legítima*, *anulação ou prejuízo* e *nexo de causalidade*. Ocorre que o art. XXIII não oferece pista alguma acerca do significado ou do alcance de termos como anulação ou prejuízo, panorama que não difere muito ao se considerar os *travaux préparatoires* do dispositivo. Conquanto o conceito de anulação ou prejuízo fosse familiar, constando nos tratados bilaterais que serviram de inspiração à letra do art. XXIII, o que aparenta é que ele melhor se adequava a uma solução *diplomática* de disputas. A justificativa para uma parte reclamar surgia de uma noção vaga, a quebra da reciprocidade, ou anulação ou prejuízo de vantagens, não importando se o comportamento da contraparte fosse legal ou não. Por esse motivo, a determinação *jurídica* de conceito tão vago

¹⁹⁰ MAVROIDIS & PALMETER, *op. cit.*, p. 55-56.

por um terceiro não seria isenta de problemas. A atividade jurisprudencial em torno da reclamação de não violação, como um todo, pode ser caracterizada como um esforço para conferir-se lógica jurídica a uma provisão de cunho mais diplomático do que jurídico.

2.1.1 “No caso de uma Parte Contratante considerar que um *benefício* qualquer resultante para ela, direta ou indiretamente, do presente Acordo”

Curiosamente, a inclusão do termo *benefício* no que viria a se tornar o art. XXIII do GATT, de iniciativa do delegado australiano na reunião negociadora de Genebra de 1947, teria objetivado aplacar a amplitude da expressão que até aquele ponto constava na redação da cláusula – anulação ou prejuízo de *qualquer objeto* da Carta (*qualquer objeto* era padrão nos tratados bilaterais firmados pelos Estados Unidos, expressão que foi transportada por esse país para o projeto de Carta da OIC que confeccionou)¹⁹¹. A suposta restrição promovida pela substituição de *qualquer objeto* por *benefício* seria compensada pela frase seguinte, de acordo com a qual a frustração dos *propósitos da Carta* também poderia servir de base a uma queixa. Acontece que a mera substituição de termos não desfez – se é que não deixou incólumes – os questionamentos relativos à abrangência daquilo que se pretendia tutelar. A respeito, HUDEC observou:

Na preocupação de proteger todos “benefícios resultantes... direta ou indiretamente, implícita ou explicitamente”, os redatores acabaram não protegendo nada. Ninguém estava pedindo proteção contra todas as frustrações. Alguém teria que traçar uma linha entre o que merecia e o que não merecia ajuste. A admissão crítica foi a confissão do Dr. Coombs da Austrália, o redator principal, de que os governos deveriam confiar uns nos outros que eles “saberiam quando vissem”. Assim, a provisão de anulação ou prejuízo, a toda evidência, não

¹⁹¹ DURLING & LESTER, *op. cit.*, p. 246-248.

se afigurava uma definição, mas a concessão de uma jurisdição de *common-law* para se estabelecer uma definição na medida em que os casos surgissem¹⁹².

As inúmeras interrogações a circundar o termo foram postas em evidência no transcurso da Rodada Uruguai, em já mencionado documento elaborado pelo Secretariado do GATT em 1989. Foram elas colocadas sob a forma de questões merecedoras de consideração pelo Grupo Negociador sobre Solução de Controvérsias; ainda que tivessem sido enfrentadas pela jurisprudência, o que se cogitava é que tais obscuridades fossem reparadas pela via legislativa (o que acabou não ocorrendo, em virtude de que a reclamação de não violação foi incluída no ESC sem modificações quanto à sua essência). Eis os questionamentos levantados:

- (b) (...) A “cláusula de qualquer benefício” possui “limites discerníveis” e, caso positivo, quais esses limites? (...)
- (c) (...) Visto que concessões tarifárias meramente asseguram um patamar máximo de imposto; quais são os “benefícios” que derivam de concessões tarifárias? (...)
- (d) (...) Os “benefícios” que derivam das regras do GATT sobre barreiras comerciais não tarifárias são maiores do que as próprias regras (eles protegem também a liberdade contra medidas distorcivas que não aquelas proibidas explicitamente por essas regras do GATT)? (...) Quais benefícios que não os benefícios tarifários são “acionáveis” sob o Artigo XXIII:1(b) ou (c)¹⁹³?

Nos pontos 2.1.1.1 e 2.1.1.2 que seguem, pretende-se demonstrar de que maneira foi delimitado o significado de *benefício* no âmbito da jurisprudência sobre a reclamação de não violação.

¹⁹² “In their concern to protect all ‘benefits accruing ... directly or indirectly, implicitly or explicitly’, the draftsmen ended up protecting nothing. No one was asking for insurance against all disappointments. Someone would have to draw a line between what did and did not ‘deserve’ adjustment. The critical admission was the confession by Dr. Coombs of Australia, the chief draftsman, that governments would simply have to trust themselves to ‘know it when they saw it’. Thus, the nullification and impairment provision was not a definition at all, but rather a grant of common-law jurisdiction to fashion a definition as disputed cases arose” (HUDEC, Retaliation Against “Unreasonable” Foreign Trade Practices, p. 480).

¹⁹³ “(b) (...) Does the ‘any benefit clause’ have ‘discernible limits’ and, if so, what are these limits? (...) (c) (...) Since tariff concessions merely promise a certain maximum rate of duty; what are the ‘benefits’ deriving from tariff concessions? (...) (d) Are the ‘benefits’ deriving from the GATT rules on non-tariff trade barriers larger than the GATT rules themselves (e.g. do they protect also freedom from market-distorting measures other than those explicitly prohibited in these GATT rules)? (...) What benefits other than tariff benefits are ‘actionable’ under Article XXIII:1(b) or (c)?” (Non-Violation Complaints Under GATT Article XXIII:2, p. 28-29.)

2.1.1.1 *Benefício*

A jurisprudência sobre não violação atuou em favor da elucidação do termo sob dois enfoques distintos. Um está relacionado a determinar o conteúdo de benefício (a), e o outro a estabelecer quais disposições podem dar origem a benefícios tuteláveis pela reclamação de não violação (b).

(a) Benefício: condições de concorrência ou volumes de comércio?

A primeira oportunidade para as partes-contratantes enfrentarem a reclamação de não violação surgiria cedo na história do GATT, em 1949, em uma queixa apresentada pelo Chile em face da Austrália, denominada *Australia – Ammonium Sulphate* (ou *Australian Subsidy*). Com esse caso, as partes-contratantes iniciaram a sua tarefa de dar substância aos conceitos contidos na reclamação de não violação. Seria a chance inaugural de provar que eram capazes de identificar a anulação ou prejuízo de benefícios sem violação quando a “vissem”, justamente contra um dos principais defensores da inclusão da reclamação de não violação no GATT, a Austrália.

Australian Subsidy, de fato, faz jus à condição de marco que lhe é emprestada. A interpretação que empreendeu da reclamação de não violação galgou o status de entendimento *tradicional* do instituto, traçando as linhas principais da exegese que seria realizada por painéis posteriores, até a OMC. Em vista dessa condição de *Australian Subsidy*, a importância

da decisão será revelada paulatinamente; o presente ponto enfocará a sua contribuição para a elucidação de *benefício*.

Em *Australian Subsidy*, cujo relatório do “grupo de trabalho” (como então eram chamados os painéis) foi adotado pelas partes-contratantes em 03 de abril de 1950, o Chile irresignava-se contra ter a Austrália, em julho de 1949, retirado subsídio que era aplicado a nitrato de sódio, produto que a última importava do primeiro. O subsídio fora instituído durante a Segunda Guerra, aplicando-se tanto a nitrato de sódio quanto a sulfato de amônia, e visava a compensar os distribuidores, uma vez que os preços encontravam-se sujeitos a controle em razão da guerra. O sistema de subsídios perdurou findo o conflito, e em 1947 a Austrália fez uma concessão tarifária ao Chile, isentando o nitrato de sódio de imposto de importação. Em 1949, como dito, a Austrália suspendeu o subsídio aplicado ao nitrato de sódio, mantendo a ajuda, não obstante, relativamente ao sulfato de amônia, com o qual o produto chileno competia. O resultado foi criar uma vantagem sobre o preço para o sulfato de amônia de em torno de 25%, que, na visão do Chile, “anularia ou prejudicaria” as concessões tarifárias que lhe foram feitas.

A decisão não reputou que a conduta australiana tivesse violado qualquer disposição do GATT, sendo de parecer, porém, de que a retirada do subsídio (medida não proibida) teria ocasionado anulação ou prejuízo de benefícios gozados pelo Chile.

Como o que se encontrava em discussão era a alegada frustração de uma *concessão tarifária* devida ao Chile, a exegese do que constitui benefício foi efetuada a partir desse prisma. É digno de nota que, não obstante se exalte a contribuição de *Australian Subsidy* para a delimitação de benefício¹⁹⁴, dita contribuição não resta saliente no corpo da decisão; é, ao contrário, objeto de inferência. A passagem relevante é a seguinte:

¹⁹⁴ “The central importance of the concept of competitive relations was made clear in the first successful non-violation complaint, the 1950 case concerning the Australian Subsidy on Ammonium Sulphate” (*Non-Violation Complaints and the TRIPS Agreement*, p. 12, § 36). “La notion de bouleversement ou de renversement de position concurrentielle apparaît principalement dans les rapports du Groupe de travail des subventions

O grupo de trabalho, a seguir, considerou se o prejuízo que o Governo do Chile disse ter sofrido representou anulação ou prejuízo de um benefício resultante para ele direta ou indiretamente do Acordo Geral, sujeitando-se, dessa forma, à provisão do Artigo XXIII. Concordou-se que tal prejuízo existiria caso a ação do Governo Australiano que resultou na perturbação da relação concorrencial entre nitrato de sódio e sulfato de amônia não pudesse razoavelmente ter sido antecipada pelo Governo Chileno, levando em consideração todas as circunstâncias pertinentes e as provisões do Acordo Geral, no momento em que esse negociou o compromisso de zerar o imposto sobre nitrato de sódio¹⁹⁵. (grifou-se)

Há, com efeito, no trecho grifado, duas constatações da maior importância. A mais aparente diz respeito ao *princípio da expectativa legítima*, tornado parte integrante da reclamação de não violação a partir de *Australian Subsidy*, e que será tema de investigação em 2.1.1.2. A outra, que ora interessa, encontra-se, por assim dizer, nas entrelinhas: a decisão equipara a *anulação ou prejuízo de benefícios* (por simplificação, só mencionou *prejuízo – impairment*) à *perturbação da relação concorrencial* entre dois produtos (nitrato de sódio e sulfato de amônia). *In casu*, concluiu-se que a relação concorrencial entre nitrato de sódio e sulfato de amônia havia sido perturbada pela retirada do subsídio apenas com relação ao primeiro produto, de modo que a concessão tarifária por ele recebida ficasse, na prática, privada de efeitos.

O entendimento esposado implica que o benefício que se extrai de uma concessão tarifária é a *melhoria das oportunidades de competição* por parte do Membro que a recebe, materializada na retirada ou diminuição da vantagem artificial representada pela tarifa. O conteúdo que alternativamente – e, talvez, naturalmente – se poderia conceber para benefício

australiennes aux importations de sulfate d'ammonium (1950) et du sous-groupe des réclamations relatif au régime des importations de sardines en Allemagne (1952)" (CANAL-FORGUES, *op. cit.*, p. 125-126). "In practice under the GATT, a commitment must have established conditions of competition – sometimes referred to as a competitive relationship or the creation of competitive opportunities. (...) The standard of competitive relationship was first made clear in *Australian Subsidy (1950)*" (KIM, *op. cit.*, p. 124).

¹⁹⁵ "The working party next considered whether the injury which the Government of Chile said it had suffered represented a nullification or impairment of a benefit accruing to Chile directly or indirectly under the General Agreement and was therefore subject to the provision of Article XXIII. It was agreed that such impairment would exist if the action of the Australian Government which resulted in upsetting the competitive relationship between sodium nitrate and ammonium sulphate could not reasonably have been anticipated by the Chilean Government, taking into consideration all pertinent circumstances and the provisions of the General Agreement, at the time it negotiated for the duty-free binding on sodium nitrate" (*The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate*, GATT Working Party Report, adopted 03 April 1950, GATT/CP.4/39 – BISD II/188, p. 04, § 12).

decorrente de uma concessão tarifária – *aumento efetivo dos volumes de exportação* – ainda não seria objeto de discussão em *Australian Subsidy*.

A natureza de benefício seria alvo de detido exame em *European Economic Community – Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins (EEC – Oilseeds)*, decisão adotada em 25 de janeiro de 1990. O painel constatou que subsídios à produção conferidos a produtores europeus teriam o condão de protegê-los contra a concorrência de oleaginosas importadas, de sorte a privar de efeitos as concessões tarifárias de que gozavam as últimas, concessões essas que deveriam representar uma vantagem competitiva *vis-à-vis* as sementes localmente produzidas¹⁹⁶.

A passagem abaixo bem sintetiza o entendimento acerca daquilo em que consiste o benefício de uma concessão tarifária – uma vantagem concorrencial consubstanciada em melhores condições de preço:

O Painel considerou que o valor principal de uma concessão tarifária é que ela fornece uma garantia de melhor acesso a mercados através de melhor concorrência no preço. As partes-contratantes negociam concessões tarifárias principalmente para obter essa vantagem. Deve-se considerar, portanto, que elas baseiam as suas negociações tarifárias na expectativa de que o efeito sobre o preço decorrente das concessões tarifárias não será sistematicamente neutralizado¹⁹⁷.

A Comunidade Europeia contra-argumentou, sustentando a incoerência de anulação ou prejuízo de benefícios, pois importações dos grãos norte-americanos em apreço, ao invés de diminuir, teriam aumentado, passando de 4,5 milhões de toneladas em 1966 para 20,4 milhões em 1988. Na visão estadunidense, a só perturbação da relação concorrencial entre grãos importados e locais ocasionada pelo sistema de subsídios constituía anulação ou

¹⁹⁶ “The Panel carefully analysed the price mechanism established in the framework of the Community’s market organization for oilseeds and found that the production subsidy schemes of the Community protect Community producers completely from the movement of prices for imports and hence prevent the lowering of import duties from having any impact on the competitive relationship between domestic and imported oilseeds” (*European Economic Community – Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins*, GATT Panel Report, adopted 25 January 1990, L/6627, BISD 37S/86, p. 35, § 147).

¹⁹⁷ “The Panel considered that the main value of a tariff concession is that it provides an assurance of better market access through improved price competition. Contracting parties negotiate tariff concessions primarily to obtain that advantage. They must therefore be assumed to base their tariff negotiations on the expectation that the price effect of the tariff negotiations will not be systematically offset” (*Ibid.*, p. 35-36, § 148).

prejuízo. Estava o painel diante, por conseguinte, dos dois fatores que se poderia conceber como representando o benefício advindo de uma concessão tarifária: uma vantagem concorrencial do produto importado *vis-à-vis* o local, simplesmente, ou o aumento real dos volumes de exportação. Veja-se o que o painel assentou:

Esses argumentos das partes levantam a questão da natureza do benefício resultante do Artigo II: o benefício consiste na proteção de expectativas sobre condições de concorrência ou sobre fluxos de comércio? O Painel observou que as PARTES CONTRATANTES têm consistentemente interpretado as disposições básicas do Acordo Geral sobre práticas comerciais restritivas como disposições estabelecendo condições de concorrência. Assim, elas decidiram que uma quota sobre as importações constitui uma restrição às importações nos termos do Artigo XI:1, impeça ou não as importações, e que um imposto interno sobre produtos importados não obedece a obrigação de tratamento nacional do Artigo III, aplique-se ou não o imposto às importações. Um painel anterior apontou que os Artigos III e XI são ‘para proteger expectativas das partes-contratantes relativas à relação concorrencial entre os seus produtos e os de outras partes-contratantes. Ambos os artigos não são apenas para proteger o comércio atual mas, também, para criar a previsibilidade necessária para planejar o comércio futuro’. Nos casos anteriores sobre o Artigo XXIII:1(b), as PARTES CONTRATANTES adotaram o mesmo entendimento: as suas decisões sobre anulação ou prejuízo foram baseadas em uma decisão de que os produtos para os quais uma concessão tarifária havia sido dada foram submetidos a uma mudança adversa nas condições de concorrência. Em nenhum desses casos elas consideraram o impacto sobre o comércio da mudança nas relações de concorrência como sendo determinante. Em um caso elas rejeitaram especificamente estatísticas sobre fluxos de comércio para uma decisão sobre anulação ou prejuízo. É obviamente verdadeiro que, em negociações tarifárias sob a moldura do GATT, as partes-contratantes buscam concessões tarifárias na esperança de expandir as suas exportações, mas os compromissos que elas intercambiam em tais negociações são compromissos sobre condições de concorrência para o comércio, e não sobre volumes de comércio¹⁹⁸. (grifou-se)

¹⁹⁸ “These arguments of the parties raise the question of the nature of the benefit accruing under Article II: does the benefit consist of the protection of expectations on competitive conditions or on trade flows? The Panel noted that the CONTRACTING PARTIES have consistently interpreted the basic provisions of the General Agreement on restrictive trade measures as provisions establishing conditions of competition. Thus they decided that an import quota constitutes an import restriction within the meaning of Article XI:1 whether or not it actually impeded imports and that an internal tax on imported products does not meet the national treatment requirement of Article III whether or not the tax is actually applied to imports. A previous panel pointed out that Articles III and XI are ‘to protect expectations of the contracting parties as to the competitive relationship between their products and those of other contracting parties. Both articles are not only to protect current trade but also create the predictability needed to plan future trade’. In the past Article XXIII:1(b) cases, the CONTRACTING PARTIES have adopted the same approach: their findings of nullification or impairment were based on a finding that the products for which a tariff concession had been granted were subjected to an adverse change in competitive conditions. In none of these cases did they consider the trade impact of the change in competitive conditions to be determining. In one case they specifically rejected the relevance of statistics on trade flows for a finding of nullification and impairment. It is of course true that, in the tariff negotiations in the framework of GATT, contracting parties seek tariff concessions in the hope of expanding their exports, but the commitments they exchange in such negotiations are commitments on conditions of competition for trade, not on volumes of trade” (Ibid., p. 36-37, § 150).

O mesmo entendimento foi repisado no relatório do painel em *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper (Japan – Film)*, inclusive com menção a *EEC – Oilseeds* e *Australian Subsidy*:

Em outras palavras, precisa ser demonstrado que a posição concorrencial dos produtos importados sujeitos a e beneficiando-se da concessão (tarifária) de acesso a mercados em questão está sendo *perturbada* pela (“anulado ou prejudicado... em consequência de”) aplicação de uma medida não razoavelmente antecipada. A equivalência de “anulação ou prejuízo” a “perturbação da relação concorrencial” mantida entre produtos domésticos e importados como resultado de concessões tarifárias tem sido usada consistentemente por painéis do GATT examinando reclamações de não violação. Por exemplo, o painel em *EEC – Oilseeds*, ao descrever as suas conclusões, aduziu que ele tinha “concluído... que os subsídios em questão tinham prejudicado a concessão tarifária porque *perturbaram a relação concorrencial entre oleaginosas domésticas e importadas*, e não devido a qualquer efeito sobre fluxos de comércio”. A mesma linguagem foi usada nos casos *Australian Subsidy* e *Germany – Sardines*¹⁹⁹. (grifado no original)

O painel em *EEC – Oilseeds* elencou razões por que não se poderia supor que a anulação ou prejuízo de benefícios dependesse da demonstração de dano sobre o comércio do Membro queixoso. Com efeito, muitas variáveis são determinantes dos fluxos de comércio, e seria impraticável para os painéis pretender demonstrar que a redução do comércio foi determinada pela medida de que se reclama ou por outro fator. Apontou-se também que, caso a anulação ou prejuízo fosse baseada nos efeitos eventualmente sentidos sobre os fluxos de

¹⁹⁹ “In other words, it must be demonstrated that the competitive position of the imported products subject to and benefitting from a relevant market access (tariff) concession is being upset by (‘nullified or impaired...as the result of’) the application of a measure not reasonably anticipated. The equation of ‘nullification or impairment’ with ‘upsetting the competitive relationship’ established between domestic and imported products as a result of tariff concessions has been consistently used by GATT panels examining non-violation complaints. For example, the EEC – Oilseeds panel, in describing its findings, stated that it had ‘found... that the subsidies concerned had impaired the tariff concession because they upset the competitive relationship between domestic and imported oilseeds, not because of any effect on trade flows’. The same language was used in the Australian Subsidy and Germany – Sardines cases” (*Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, p. 448, § 10.82). Ainda, SPITZER: “A different and much broader interpretation would be that benefit is the ‘competitive relationship’ e.g. as it is enhanced by a tariff concession. That notion is abstract. A competitive relationship can change in one area but still not affect the actual trade flow or vice versa (because of the many factors outside governmental control which can influence trade volume). The claimant would only have to show that the competitive relationship which was enjoyed as a benefit changed after the measure under attack, which means proof of a mere possibility that a change in trade flow might arise would be sufficient. Proof of a change in competitive relationship will be quite easy on the claimant, as she will not have to submit any statistical evidence on which to base her claim” (SPITZER, Florian. *The Non-violation Complaint in WTO Law*. Berlin: Tenea Verlag Ltd., 2004, p. 35).

comércio, não seria oportunizado o recurso à solução de controvérsias *ex ante*, com a intenção de prevenir a ocorrência desses efeitos²⁰⁰.

Que se protegem condições de concorrência ao invés de volumes de comércio representa concepção que não diz respeito, unicamente, a compromissos tarifários (art. II do GATT²⁰¹), nem configura entendimento consolidado apenas no âmbito da reclamação de não violação. Trata-se, em realidade, de uma máxima construída e aceita pela jurisprudência do GATT como um todo (e hoje abraçada pela da OMC)²⁰²; como ilustração, citem-se *US – Taxes on Petroleum*, onde o entendimento foi manifestado com referência ao art. III, ou *Japan – Measures on Imports of Leather*, onde o foi com relação ao art. XI²⁰³.

Contudo, deve-se diferenciar o desenvolvimento da máxima nas reclamações de violação do nas de não violação. Nas primeiras, a máxima teria sido formulada em queixas versando, mormente, sobre os artigos III e XI; nas últimas, em queixas sobre o art. II. Nesse diapasão, nas reclamações de não violação, por haver uma *concessão tarifária*, o princípio

²⁰⁰ “If a finding of nullification or impairment depended not only on whether an adverse change in competitive conditions took place but also on whether that change resulted in a decline in imports, the exposure of the contracting parties to claims under Article XXIII:1(b) would depend on factors they do not control (...). Moreover, the contracting parties facing an adverse change in policies could make a claim of nullification or impairment only after that change has produced effects. Such claims could consequently not be made to prevent adverse effects; they could only be made to obtain redress *ex post*. If Article II were considered to be protecting expectations on trade flows it would be necessary for the CONTRACTING PARTIES to determine what export volumes a contracting party can reasonably expect after having obtained a tariff concession. The Panel is not aware of any criteria or principles that could be applied to make such a determination. The Panel further noted that changes in trade volumes result not only from government policies but also other factors, and that, in most circumstances, it is not possible to determine whether a decline in imports following a change in policies is attributable to that change or to other factors” (*European Economic Community – Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins*, p. 37, § 151).

²⁰¹ Intitulado “Schedules of Concessions” (*Lista de Concessões*), o art. II conta com 7 parágrafos, os quais trazem disposições gerais sobre os compromissos tarifários. Os compromissos específicos de cada Membro encontram-se na sua Lista de Concessões. Elucida JACKSON: “The tariff commitments are called ‘bindings’ or ‘concessions’. They are contained for each country in that country’s ‘schedule of tariff concessions’, which in turn is incorporated into GATT by language in Article II of GATT. These schedules are voluminous: they consist of lists of product descriptions, followed by a tariff level – either specific or *ad valorem* – that is the treaty obligation for that product or that country” (*Op. cit.*, p. 142).

²⁰² Remete-se o leitor ao tópico 1.2.1 do capítulo 1.

²⁰³ O art. XI prevê a eliminação das restrições quantitativas, e seu § 1º lê: “No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other contracting party or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party”.

transmudar-se-ia na expectativa de *acesso a mercados* (algo *além* da expectativa que surge, por exemplo, do art. III, de que não haja discriminação entre produtos importados e locais)²⁰⁴.

(b) A reclamação de não violação protege apenas benefícios decorrentes do artigo II do GATT?

O que acabou despontando como o grande tema da delimitação de benefício traduz-se na pergunta seguinte: *são acionáveis, por meio da reclamação de não violação, apenas benefícios decorrentes de compromissos tarifários (art. II do GATT), ou, também, benefícios advindos de outras disposições?*

Em um primeiro momento, é inescapável que o questionamento soe até sem sentido: o art. XXIII:1 prescreve cristalinamente que *qualquer* benefício é protegido; a interpretação gramatical, a mais elementar, alberga, pois, uma noção ampla de benefício. Aliás, poder-se-ia argumentar que, em havendo o desígnio de limitar o alcance de *benefício* ao art. II do GATT, tal teria sido feito ao ensejo da Rodada Uruguai, o que não ocorreu. Isso, reflexamente, seria indicativo de que se pretendeu conservar um alcance abrangente para benefício²⁰⁵.

No entanto, o que se percebe é a inauguração, em *Australian Subsidy*, de tendência jurisprudencial, dominante e patentemente restritiva da potencial abrangência do instituto, de

²⁰⁴ A diferenciação aparece no relatório do órgão de apelação em *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*: “One [concept from previous GATT practice] is the concept of protecting the expectations of contracting parties as to the competitive relationship between their products and the products of other contracting parties. This is a concept that was developed in the context of violation complaints involving Articles III and XI, brought under Article XXIII:1(a), of the GATT 1947. The other is the concept of the protection of the reasonable expectations of contracting parties relating to market access concessions. This is a concept that was developed in the context of non-violation complaints brought under Article XXIII:1(b) of the GATT” (*India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WTO AB Report, adopted 16 January 1998, WT/DS50/AB/R, p. 14, § 36).

²⁰⁵ SPITZER, *op. cit.*, p. 37.

que a reclamação de não violação somente pode ser utilizada para a proteção de benefícios ligados a concessões tarifárias.

CHO coloca que, no meio século de história do GATT, a jurisprudência sobre não violação teria oscilado entre duas tendências, a *restritiva* (tradicional), encorajadora de uma utilização mínima do instituto, e a *ativista*, propugnadora de uma utilização extensiva. Prossegue afirmando que a maioria das decisões privilegiou a visão restritiva, tendo por intuito estabelecer disciplinas ao uso da reclamação de não violação, para evitar abuso. A primeira dessas disciplinas seria a exigência de que a medida em questão não pudesse ter sido razoavelmente antecipada pela parte reclamante ao tempo em que a concessão tarifária foi negociada. A existência de uma *concessão tarifária*, conseqüentemente, configurar-se-ia essencial para o manejo da reclamação de não violação²⁰⁶.

VON BOGDANDY, abordando o que seria a *operational rationale* da reclamação de não violação, aduz que...

A prática do GATT revela que, de todos os casos concebíveis, há apenas uma categoria de benefícios acerca dos quais as PARTES CONTRATANTES estão geralmente dispostas a aceitar a propositura de uma ação: reclamações de não violação só foram exitosas se a restrição de um compromisso tarifário pôde ser provada. Essa interpretação restritiva do elemento está de acordo com a sua principal função: ele serve principalmente para manter a balança de concessões tarifárias²⁰⁷.

Dos seis casos em que a reclamação de não violação recebeu juízo de procedência, independentemente de o relatório ter sido adotado ou não (reforce-se que todos são do período do GATT), em cinco o benefício em pauta advinha de compromissos tarifários. A exceção

²⁰⁶ Em segundo lugar, CHO assevera que a medida não-violadora precisa ter prejudicado a posição concorrencial do produto importado em questão (para o que se dispensa a prova de que, efetivamente, os volumes de comércio tenham sido afetados). Por último, há a exigência de que a parte reclamante municie o seu pleito com uma justificação detalhada (*Op. cit.*, p. 316-318).

²⁰⁷ “The relevant GATT practice reveals that out of all conceivable cases there is only one category of benefits in which the CONTRACTING PARTIES are generally willing to accept the bringing of an action: non-violation complaints have only been successful if the impairment of a tariff binding could be proved. This restrictive interpretation of the element is in keeping with its main function: it serves principally to maintain the balance of tariff concessions” (*Op. cit.*, p. 98). Na mesma linha, SPITZER aponta que “the overwhelming majority of panels that have had to decide a non-violation case have exclusively admitted those claims for the protection of tariff concessions”, bem como que “a firm practice of limited use of the non-violation complaint is indeed established” (*Op. cit.*, p. 42-43).

fica por conta de *EEC – Citrus*; devido ao julgamento favorável a uma reclamação de não violação fundamentada em benefício decorrente de disposição que não o art. II, esse contencioso é o mais significativo entre aqueles que desafiaram a interpretação tradicional do instituto.

EEC – Citrus estendeu a utilização do art. XXIII:1(b) a benefícios resultantes do art. I do GATT²⁰⁸. A motivação para os Estados Unidos apresentarem a queixa foi a constatação de que as suas exportações de produtos cítricos para a Comunidade Europeia estariam sendo afetadas por preferências tarifárias concedidas aos mesmos produtos oriundos de certos países mediterrâneos²⁰⁹, facilidades essas que infringiriam o art. I do Acordo Geral.

O painel absteve-se de julgar a consistência, ou não, dos acordos mantidos entre a Comunidade Europeia e países mediterrâneos com o art. XXIV, que lida com acordos regionais de comércio, para o que seriam competentes as partes-contratantes, de acordo com os procedimentos estabelecidos no artigo. Devido a divergências, o status dos acordos permanecia indefinido. Por outro lado, reputou que a indefinição não poderia prejudicar os direitos de terceiras partes, motivo pelo qual procedeu à análise do pleito dos Estados Unidos de que benefícios que lhe resultavam do art. I:1 estariam sendo anulados ou prejudicados.

O painel começou o exame do art. XXIII:1(b) levantando a questão de se poderia guiar-se pelos dois precedentes existentes, *Australian Subsidy* e *Germany – Sardines*, os quais teriam estabelecido *três condições* para o sucesso da reclamação de não violação: (a) a negociação de uma concessão tarifária; (b) a introdução posterior de uma medida governamental, não proibida pelo GATT, que redundasse na perturbação da relação concorrencial entre o produto importado no gozo da concessão e o produto concorrente; (c)

²⁰⁸ O artigo institui a regra da nação-mais-favorecida: “(...) *any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties*”.

²⁰⁹ Argélia, Chipre, Egito, Israel, Jordânia, Líbano, Malta, Marrocos, Espanha, Tunísia e Turquia.

que a introdução da medida não pudesse ser razoavelmente esperada quando da negociação²¹⁰. De imediato, observou-se que nem todos os produtos cítricos contemplados no litígio haviam sido alvo de uma concessão tarifária, o que levou o painel a registrar que ele não se poderia guiar ou se vincular a tais decisões²¹¹.

Convém mencionar que, no que concerne aos produtos que gozavam de uma concessão tarifária, o painel quedou por efetuar o seu exame com base nos testes formulados pelos precedentes citados, entendendo pela improcedência da pretensão de não violação, seja porque as preferências aos países mediterrâneos já vigiam quando da negociação das concessões tarifárias com os Estados Unidos, seja porque esse país não teria uma legítima expectativa quanto ao não alargamento das preferências. Se a decisão tivesse findado nesse ponto, não haveria que se falar em afastamento da interpretação tradicional da reclamação de não violação.

Porém, o painel resolveu seguir adiante. Ignorando os precedentes que mencionou – tanto ao pretender examinar o pleito quanto a produtos que não foram objeto de concessão tarifária como ao insistir no seu exame mesmo depois de, com base nos precedentes, tê-lo rechaçado quanto aos produtos objeto de concessão tarifária –, propôs-se a perquirir se as preferências tarifárias estendidas a países mediterrâneos teriam, na prática, afetado o comércio estadunidense de produtos cítricos de modo a perturbar a relação concorrencial com os produtos originados daqueles países²¹².

Em prosseguimento, o colegiado, rompendo definitivamente com o *establishment* interpretativo, fez constar o seu ponto de vista de que a reclamação de não violação não se circunscrevia a proteger benefícios relacionados ao art. II:

²¹⁰ *European Community – Tariff Treatment on Imports of Citrus Products from Certain Countries in the Mediterranean Region*, GATT Panel Report, 07 February 1985 (not adopted), L/5776, p. 99, § 4.26.

²¹¹ *Ibid.*, § 4.27.

²¹² “The Panel proceeded to examine whether the EEC tariff preferences accorded to certain citrus products had operated in practice to affect adversely US trade in the products with the EC and upset the competitive relationship between the US and the EC’s Mediterranean suppliers, and whether as a result this would mean nullification and impairment of a benefit accruing to the United States in the sense of Article XXIII:1(b)” (*Ibid.*, p. 101, § 4.35).

Ao fazê-lo, o Painel considerou que, apesar de as reclamações anteriormente propostas com base no Artigo XXIII:1(b) relacionarem-se a benefícios advindos do Artigo II, ele acreditava que isso não significava que o Artigo XXIII:1 era limitado apenas a esses benefícios. A história da redação do Artigo XXIII confirmava que esse Artigo, incluindo o parágrafo 1(b), protegia qualquer benefício do Acordo Geral (p. 7 do documento E/PC/T/A/PV/12 de 12 de Junho de 1947). Isso incluiria, portanto, os benefícios resultantes para os Estados Unidos do Artigo I:1, o qual se aplicava indistintamente a produtos objeto ou não de concessões tarifárias²¹³. (grifou-se)

Na ótica do painel, o principal propósito do artigo XXIII:1(b) seria salvaguardar o equilíbrio *entre os direitos e obrigações* das partes-contratantes²¹⁴, assertiva bem mais ampla da comumente feita pelos painéis, de que o equilíbrio a ser salvaguardado é aquele *entre concessões tarifárias*. Nessa esteira, o painel chegou à conclusão de que a balança de direitos e obrigações subjacente aos Artigos I e XXIV do GATT havia sido perturbada em detrimento daqueles que não fazem parte dos acordos preferenciais entre a Comunidade Europeia e países mediterrâneos²¹⁵. O que, exatamente, o painel quis dizer com *balança de direitos e obrigações subjacente aos Artigos I e XXIV* continua sujeito a especulações.

E que benefício estaria sendo tutelado em *EEC – Citrus* por meio da queixa de não violação? O art. I, dispositivo invocado pelos Estados Unidos como tendo sido desrespeitado, institui a regra da nação-mais-favorecida, a qual determina que todo benefício comercial conferido a um membro seja estendido aos demais. Sendo assim, *in casu*, o benefício a ser

²¹³ “In doing so, the Panel considered that although complaints brought previously under Article XXIII:1(b) had related to benefits arising from Article II, it believed that this did not signify that Article XXIII:1(b) was limited to those benefits. The drafting history of Article XXIII confirmed that this Article, including paragraph 1(b) thereof, protected any benefit under the General Agreement (p. 7 of document E/PC/T/A/PV/12 of 12 June 1947). This would include then the benefits accruing to the United States under Article I:1 which applied to bound and unbound tariff items alike” (*Ibid.*, p. 101, § 4.36). SPITZER esclarece que o documento de 1947 em que o painel se escorou para sustentar que a intenção dos redatores era que a reclamação de não violação protegesse *qualquer* benefício não se presta para esse fim. Adiante no documento, o mesmo interlocutor (delegado australiano) teria manifestado: “The first subparagraph ‘(i) the application by another Member of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Charter’ is, I think, taken over automatically from a standard clause in the old type of Trade Agreement and was designed, I presume, to deal primarily with possible attempts to evade obligations accepted in an exchange of tariff concessions”. O histórico negociador como um todo, conforme SPITZER, denotava ausência de consenso sobre o tópico (*Op. cit.*, p. 39-42).

²¹⁴ “The Panel noted that the basic purpose of Article XXIII:1(b) was to provide for offsetting or compensatory adjustment in situations in which the balance of rights and obligations of the contracting parties had been disturbed (...). One of the fundamental benefits accruing to the contracting parties under the General Agreement, therefore, was the right to such adjustment in situations in which the balance of their rights and obligations had been upset to their disadvantage” (*European Community – Tariff Treatment on Imports of Citrus Products from Certain Countries in the Mediterranean Region*, p. 101, § 4.37).

²¹⁵ *Ibid.*, p. 102, § 4.37.

esperado pelos Estados Unidos consistiria na extensão das preferências tarifárias dos países mediterrâneos a si; dito de outra forma, em termos de tarifas alfandegárias, os Estados Unidos poderiam esperar que as suas importações de produtos cítricos concorrerem no mercado europeu em igualdade de condições com as importações de países do Mediterrâneo.

De acordo com entendimento consolidado, já abordado extensivamente, as regras do GATT tutelam condições de concorrência. Se o painel de *EEC – Citrus* optasse por aplicar esse entendimento, a mera verificação de que as preferências tarifárias de países mediterrâneos não eram concedidas aos Estados Unidos bastaria para que se configurasse anulação ou prejuízo de benefícios. No entanto, também nesse particular, *EEC – Citrus* desviou-se do entendimento assentado. Deixando de lado a noção de que o GATT protege condições de concorrência, os julgadores lançaram-se à análise dos fluxos de comércio de cada produto cítrico, com o desiderato de apontar se, com o tempo, o comércio dos Estados Unidos havia sido materialmente prejudicado pelas preferências a países mediterrâneos. Em outras palavras, o que o painel fez foi igualar *anulação ou prejuízo de benefícios a diminuição nos volumes de comércio* – na contramão do que a jurisprudência vinha decidindo. Assim, somente com relação aos produtos cítricos cujo comércio com a Comunidade Europeia arrefeceu a reclamação de não violação foi procedente²¹⁶.

O relatório do painel em *EEC – Citrus* não foi adotado face à oposição da Comunidade Europeia à decisão. Em reunião do Conselho do GATT de 12 de março de 1987, em que foi analisado o relatório, o representante da Comunidade Europeia registrou:

Com relação à anulação ou prejuízo sem violação do Artigo XXIII:1(b), tal provisão fora aplicada apenas em casos nos quais compromissos tarifários estavam em discussão; seria um

²¹⁶ “(e) It could not be concluded on the basis of available evidence, that the EC tariff preferences accorded to certain Mediterranean countries on fresh oranges, fresh grapefruit, dry pectin, grapefruit segments, orange juice, grapefruit juice and lemon juice had operated in practice to affect adversely US trade in these products with the EC and upset the competitive relationship between the United States and the EC’s Mediterranean suppliers; (j) On the basis of all the available evidence taken together, it appeared that the EC tariff preferences accorded to certain Mediterranean countries on fresh oranges and fresh lemons had operated in practice to affect adversely US trade in these products with the EC and upset the competitive relationship between the United States and the EC’s Mediterranean suppliers” (*Ibid.*, p. 114, § 5.1).

precedente perigoso estender a sua aplicação a situações nas quais nenhum compromisso dessa ordem fora infringido²¹⁷.

Além de *EEC – Citrus*, durante o período do GATT dois outros precedentes são apontados como tendo reconhecido que a reclamação de não violação não se restringia à tutela de benefícios derivados de compromissos tarifários: *Japan – Semi-conductors* (1988) e *US – Sugar Waiver* (1990)²¹⁸. Em ambos a pretensão de não violação fracassou em vista de não ter sido acompanhada de uma justificação detalhada.

A utilidade de *Japan – Semi-conductors* para o referido reconhecimento é pouco expressiva. Questionavam-se medidas do governo do Japão, motivadas por acordo bilateral que esse país firmou com os Estados Unidos, que objetivavam promover a importação de semicondutores²¹⁹, medidas essas que, na percepção da Comunidade Europeia, teriam o resultado de favorecer semicondutores fabricados nos Estados Unidos. A reclamação de não violação foi proposta em caráter subsidiário, já que o argumento principal era que as medidas estariam em desconformidade com o art. I do GATT. Como não entendeu configurada

²¹⁷ “Regarding Article XXIII:1(b) non-violation nullification and impairment, this provision had been applied only to cases in which tariff bindings were at stake; it would be a dangerous precedent to extend its application to situations in which no such commitment had been infringed” (GATT Council, *Minutes of Meeting – Held in the Centre William Rappard on 12 March 1985*, 19 April 1985, C/M/186, p. 17). Doze páginas do documento são dedicadas a *EEC – Citrus*, designadamente ao registro das intervenções feitas. Constatou-se que o núcleo da controvérsia residia nas considerações do painel acerca do art. XXIV, e na recomendação para que a Comunidade Europeia limitasse os efeitos adversos sobre o comércio dos Estados Unidos, o que implicava interferir nas preferências tarifárias dos países mediterrâneos, muitos dos quais em desenvolvimento. Essa discussão ofuscou a relativa ao art. XXIII:1(b).

²¹⁸ *Non-Violation Complaints and the TRIPS Agreement*, p. 13-14, § 41-43.

²¹⁹ Esse é um dos aspectos da controvérsia. A Comunidade Europeia reclamava, igualmente, de medidas relativas à exportação de semicondutores, mormente as que tinham em vista coibir a prática de dumping por exportadores japoneses. Ditas medidas também foram objeto, em caráter subsidiário, de reclamação de não violação, que não chegou a ser analisada visto que o painel reputou as medidas violadoras do art. XI:1. Nesse ponto, foi articulada uma noção interessante de benefício: segundo a Comunidade Europeia, essa teria o direito de importar semicondutores pelo preço que os exportadores livremente fixassem, não sendo aceitável qualquer interferência governamental para influenciar a fixação do preço: “*The Japan-US Arrangement constituted an intergovernmental agreement to increase the price of important components to buyers throughout the world, except in Japan itself. Any such intergovernmental agreement necessarily involved nullification or impairment of the benefits to other contracting parties resulting from the General Agreement, for the simple reason that it deprived the other contracting parties of the most basic benefit of free trade, which was the freedom to buy at prices at which companies were willing to sell*” (*Japan – Trade in Semi-Conductors*, GATT Panel Report, adopted 04 May 1988, L/6309 – BISD 35S/116, p. 18, § 69). Na visão do painel, caso se entendesse que as medidas não violavam o art. XI:1, o argumento europeu seria sem fundamento, pois que, nessa hipótese, eventual elevação de preços dever-se-ia unicamente à conduta de agentes privados, fora da alçada do GATT (*Ibid.*, p. 19, § 71).

violação ao art. I, o painel examinou a pretensão de não violação, que repeliu, pois, como dito, descumprido o requisito de justificação detalhada²²⁰. Pelo que se depreende, a decisão é tida como incluída no grupo que efetua uma leitura ampliada de benefício apenas por não ter negado a possibilidade de a reclamação de não violação se basear no art. I do GATT.

O relatório do painel em *US – Sugar Waiver* possui o mérito de expressamente mencionar que a reclamação de não violação não se resume a benefícios derivados do art. II – não sem antes referir que o objetivo precípua da reclamação é proteger a balança de concessões tarifárias:

O Painel registrou que o Artigo XXIII:1(b), conforme concebido pelos redatores e aplicado pelas PARTES CONTRATANTES, serve principalmente para proteger a balança de concessões tarifárias (...). Da parte que propõe a queixa segundo aquela provisão se espera normalmente que explique detalhadamente que benefícios resultantes para ela de uma concessão tarifária foram anulados ou prejudicados. A CEE não alegou que benefícios resultantes para ela de uma concessão tarifária feita pelos Estados Unidos de acordo com o Artigo II foram anulados ou prejudicados como resultado de medidas tomadas sob o *Waiver*. (...) O painel reconheceu que o Artigo XXIII:1(b) não exclui alegações de anulação ou prejuízo baseada em provisões do Acordo Geral que não o Artigo II²²¹. (grifou-se)

Vislumbra-se, na doutrina pesquisada, discordância de pontos de vista no que tange à procedência da leitura ampliada da reclamação de não violação.

De um lado, PETERSMANN preconiza que a decisão em *EEC – Citrus* carece de um raciocínio legal convincente, motivo por que foi corretamente rejeitada²²². O ponto de vista é compartilhado por SPITZER, que assevera que “*uns poucos autores e uns poucos relatórios*

²²⁰ “The panel considered that the evidence submitted by the EEC relating to access to the Japanese market did not permit it to identify any measure by the Japanese Government that put EEC exporters of semi-conductors at a competitive disadvantage vis-à-vis those of the United States and that might therefore nullify or impair benefits accruing to the EEC under the General Agreement and impede the attainment of objectives of the General Agreement within the meaning of Article XXIII” (*Ibid.*, p. 34, § 131).

²²¹ “The Panel noted that Article XXIII:1(b), as conceived by the drafters and applied by the CONTRACTING PARTIES, serves mainly to protect the balance of tariff concessions (...). The party bringing a complaint under that provision would therefore normally be expected to explain in detail that benefits accruing to it under a tariff concession have been nullified or impaired. The EEC has not claimed that benefits accruing to it under a tariff concession made by the United States in accordance with Article II have been nullified or impaired as a result of measure taken under the Waiver. (...) The Panel recognized that Article XXIII:1(b) does not exclude claims of nullification or impairment based on provisions of the General Agreement other than Article II” (*United States – Restrictions on the Importation of Sugar and Sugar-Containing Products Applied Under the 1955 Waiver and Under the Headnote to the Schedule of Tariff Concessions*, GATT Panel Report, adopted 07 November 1990, L/6631 – BISD 37S/228, p. 28, § 5.21).

²²² *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, p. 172.

de painéis inadequadamente fundamentados tentaram expandir a aplicabilidade da reclamação de não violação além da proteção de concessões tarifárias”²²³.

De outro, CHUA parte em defesa da premissa consagrada em *EEC – Citrus*:

Concordando com essa objeção, Petersmann rejeita a extensão das reclamações de não violação no *Caso EC Citrus* a benefícios fora do contexto de compromissos tarifários como “não persuasiva”. Ignorando por ora o mérito das reclamações de não violação em um sistema de solução de controvérsias baseado em regras, tal argumento é inconsistente. Ele ignora a linguagem ampla do Artigo XXIII:1(b), o qual se estende a “qualquer benefício resultante ... direta ou indiretamente desse Acordo”. O Artigo I confere tal benefício ao requerer que qualquer vantagem concedida por uma parte a outra seja acordada a produtos similares de todas as outras partes, independentemente de existir um compromisso tarifário do Artigo II. Nada no GATT limita a aplicação do Artigo XXIII:1(b) a benefícios advindos de compromissos tarifários do Artigo II. Isso é comprovado pela história da redação do Artigo XXIII, e *US – Restrictions on the Importation of Sugar*, que “reconheceu que o Artigo XXIII:1(b) não exclui alegações de anulação ou prejuízo baseadas em provisões do Acordo Geral que não o Artigo II”. Sob esse enfoque, uma parte que não negociou um compromisso tarifário, mas que se beneficia do mesmo por meio do princípio da nação-mais-favorecida do Artigo I, pode propor uma reclamação de não violação²²⁴. (grifado no original)

Retomando-se o questionamento colocado ao início – se são acionáveis apenas benefícios decorrentes de compromissos tarifários, ou, também, benefícios advindos de outras disposições –, tem-se, conseqüentemente, que, em dois casos do GATT, a jurisprudência, *expressamente*, asseverou que a reclamação de não violação não se limitava à proteção de benefícios resultantes do art. II (em *Japan – Semi-conductors*, o posicionamento encontra-se implícito). Naquele em que a pretensão de não violação foi acolhida pelo painel (*EEC – Citrus*), o relatório não foi adotado, sendo uma das razões para tanto o uso da reclamação de

²²³ *Op. cit.*, p. 42.

²²⁴ “Agreeing with this objection, Petersmann rejects the extension of non-violation complaints in the EC Citrus Case to benefits outside tariff bindings as “unpersuasive”. Ignoring for the moment the merits of non-violation complaints in a rule-based dispute settlement system, this argument is flawed. It ignores the broad language of Article XXIII:1(b) which extends to “any benefit accruing ... directly or indirectly under this Agreement”. Article I confers such a benefit by requiring any advantage granted by a party to another to be accorded to like products of all other parties, regardless of whether a tariff commitment exists under Article II. Nothing in the GATT limits the application of the Article XXIII:1(b) to benefits arising out of Article II tariff bindings. This is supported by the drafting history of Article XXIII, and *US – Restrictions on the Importation of Sugar* which ‘recognized that Article XXIII:1(b) does not exclude claims of nullification or impairment based on provisions of the General Agreement other than Article II’. Under this approach, a party which has not negotiated a tariff binding but benefits from it through the most-favoured-nation principle in Article I may make a non-violation complaint” (*Op. cit.*, p. 40).

não violação fora do contexto do art. II. A circunstância da não adoção mina o aproveitamento da decisão como precedente.

Visto que decisão *adotada*, o (tímido) precedente disponível, *US – Sugar Waiver*, “convive” com a recorrente menção, nas decisões que julgaram a reclamação de não violação, ao que seria o propósito principal da reclamação referida, a *proteção de concessões tarifárias*²²⁵. Dito convívio obstaculiza que se extraia do conjunto das decisões um posicionamento definitivo acerca de quais benefícios são tutelados pela reclamação de não violação.

É seguro dizer que, com base na jurisprudência, associar a reclamação de não violação à salvaguarda de benefícios oriundos do art. II configura a *regra*; associá-la à proteção de benefícios decorrentes de outras obrigações, a *exceção*²²⁶. Essa relação *regra x exceção* é igualmente observável na doutrina que aborda o tema. Majoritariamente, os autores consultados inclinam-se por reservar à reclamação de não violação uma utilização parcimoniosa, no que se inclui utilizá-la para a proteção de concessões tarifárias²²⁷. Essa orientação parece, também, no geral, seguida pelos Membros que recorrem à solução de controvérsias²²⁸.

²²⁵ Ex.: “While we consider that the non-violation remedy should be approached with caution and should remain an exceptional remedy, each case should be examined on its own merits, bearing in mind the above-mentioned need to safeguard the process of negotiating reciprocal tariff concessions” (*Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, p. 436, § 10.37).

²²⁶ Na OMC, a exceção fica a cargo do caso *Korea – Government Procurement*, onde se lançou mão da reclamação de não violação com base no Acordo sobre Compras Governamentais.

²²⁷ “WTO members can be thought not to expect any usage of Article XXIII:1(b) GATT 1994 other than the one they know, given the disuse of the non-violation complaint outside its restricted scope. The non-acceptance of a verdict by the losing party could be brought about by a ruling based on an interpretation of Article XXIII:1(b) GATT 1994 not accepted by the WTO community” (SPITZER, *op. cit.*, p. 47).

²²⁸ “(...) both the GATT contracting parties and WTO members have approached this remedy with caution and, indeed, have treated it as an exceptional instrument. We note in this regard that both the European Communities and the United States in the *EEC – Oilseeds case*, and the two parties in this case, have confirmed that the non-violation nullification or impairment remedy should be approached with caution and treated as an exceptional instrument” (*Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, p. 436, § 10.36).

2.1.1.2 O princípio da expectativa legítima

O princípio da expectativa legítima representa nítido exemplo de construção jurisprudencial por parte dos painéis que analisaram a reclamação de não violação. Ele não aparece no enunciado do art. XXIII:1(b) do GATT, tampouco foi inserido no art. 26:1 do ESC, mas, por conta da jurisprudência, constitui elemento *não escrito* da referida reclamação. O seu surgimento enquadra-se em um movimento dos painéis para estabelecer limites à reclamação de não violação.

CHUA – que escreveu artigo dedicado exclusivamente ao tema, intitulado *Reasonable Expectations and Non-Violation Complaints in GATT/WTO Jurisprudence* – afirma que se cuida de um princípio não codificado da jurisprudência dos painéis, parte integrante do GATT *acquis*, e que obra para conferir estabilidade e certeza ao sistema multilateral do comércio. O autor inicia sustentando que se está diante de um princípio “geral” do GATT, porém logo se volta ao campo onde o princípio desenvolveu-se com maior força – a reclamação de não violação²²⁹.

Já foi apontado que a proposta, neste capítulo, é, a partir da jurisprudência, contribuir para a compreensão da reclamação de não violação, examinando-se a interpretação dos seus diversos elementos. Tal empresa, por vezes, vê-se dificultada pela ausência de rigor da jurisprudência na utilização de termos e conceitos, situação que se constatou com relação ao princípio da expectativa legítima. Assim, percebeu-se que na jurisprudência há referência tanto a *reasonable expectations* como a *legitimate expectations*; no presente trabalho, está-se a utilizar, indistintamente, *expectativa legítima*. Igualmente, há singelas discrepâncias quanto às situações que os painéis desejaram enfatizar ao utilizar a expressão; em vez de tecerem-se, a

²²⁹ *Op. cit.*

essa altura, considerações acerca dessas discrepâncias, opta-se por apontá-las à medida que se for avançando no exame²³⁰.

A iniciativa pioneira de aplicação do princípio da expectativa legítima à reclamação de não violação ocorreu em *Australian Subsidy*. O princípio tem em mira a *medida não violadora*, e estatui que a reclamação de não violação somente procede se a medida não poderia razoavelmente ter sido antecipada pela parte reclamante quando da negociação tarifária. As repercussões sobre o escopo da reclamação de não violação são interessantes: por um lado, o princípio determina que apenas medidas surgidas *após* a negociação tarifária e que, razoavelmente, não se poderiam prever, é que podem justificar uma reclamação de não violação; por outro, inicia o processo pelo qual a reclamação de não violação foi atrelada às concessões tarifárias. Nenhuma dessas limitações consta no art. XXIII:1(b).

O princípio da expectativa legítima, consoante consagrado em *Australian Subsidy*, promove uma leitura da reclamação de não violação que prestigia a proteção da reciprocidade. A ponderação que se faz é que uma parte, em uma negociação, antes de propor ou demandar um compromisso tarifário, leva em consideração (portanto incluindo no seu “cálculo”) o panorama regulatório existente na contraparte. Assim, caso uma medida não proibida capaz de anular ou prejudicar a concessão já estivesse sendo aplicada, ou pudesse ser razoavelmente esperada, considerar-se-ia, para todos os efeitos, que a medida estaria incluída na barganha tarifária, não mais podendo ser motivo de reclamação. Argumento como esse parece hoje ultrapassado, ante o crescimento do regime multilateral do comércio, e, por consequência, do campo de aplicação da reclamação de não violação; sem embargo, ele auxilia a entender a

²³⁰ “The GATT and WTO practice establishes that a complaint of the type provided for under subparagraph 1(b) of Article XXIII of GATT 1994 must be based on a measure that the complainant could not have reasonably expected or anticipated. This requirement is described in panel reports both as the complainant’s reasonable expectations as to the measures that would not be introduced by the Member complained against, and the complainant’s reasonable expectations as to the benefit accruing to it under the agreement. It is also described in terms of what the complainant ‘legitimately expected’, ‘reasonably anticipated’ and ‘reasonably foresaw’” (*Non-Violation Complaints and the TRIPS Agreement*, § 50, p. 16).

razão de ser do instituto, e digressões no espírito das feitas acima sem dúvida influenciaram, em 1950, o painel de *Australian Subsidy*.

A decisão assinalou que a verificação de se a medida deveria ou não ser razoavelmente antecipada há que se basear nas circunstâncias do caso concreto, presentes no momento da negociação. Transcreve-se novamente o excerto:

Concordou-se que tal prejuízo existiria caso a ação do Governo Australiano que resultou na perturbação da relação concorrencial entre nitrato de sódio e sulfato de amônia não pudesse razoavelmente ter sido antecipada pelo Governo Chileno, levando em consideração todas as circunstâncias pertinentes e as provisões do Acordo Geral, no momento em que esse negociou o compromisso de zerar o imposto sobre nitrato de sódio²³¹. (grifou-se)

O painel concluiu que o Chile tinha razões suficientes para crer que o subsídio que favorecia o nitrato de sódio não seria retirado antes daquele incidente sobre o sulfato de amônia. Para chegar a essa conclusão, listou quatro circunstâncias: (a) os dois tipos de fertilizantes eram similares; (b) os dois haviam sido subsidiados e distribuídos através da mesma agência e vendidos pelo mesmo preço; (c) nenhum havia sido subsidiado antes da guerra, e os sistemas de subsídio e distribuição haviam sido instituídos concomitantemente com relação aos dois produtos em virtude do conflito; (d) o sistema era mantido quanto a ambos os produtos à época da concessão tarifária, em 1947.

É curioso que, logo em seguida, o painel fez a controversa afirmação de que a decisão seria diferente se o caso, em vez da retirada de um subsídio pré-existente, versasse sobre a instituição de um subsídio novo. O painel deu a entender que, nessa hipótese, poderia ser problemático para o Chile demonstrar que possuía expectativa legítima de que não seria instituído um subsídio²³².

²³¹ *The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate*, p. 04, § 12.

²³² “The situation in the case is different from that which would have arisen from the granting of a new subsidy on one of the two competing products. In such a case, given the freedom under the General Agreement of the Australian Government to impose subsidies and to select the products on which a subsidy would be granted, it would be more difficult to say that the Chilean Government had reasonably relied on the continuation of the same treatment for the two products” (*Ibid.*).

Ainda que improcedente – pois se contende que a concessão de um novo subsídio seria tão imprevisível quanto a retirada daquele existente –, a ressalva feita pelo painel serviu para ajudar a legitimar aquela primeira decisão acerca da reclamação de não violação. Dessa forma, o êxito da reclamação de não violação seria devido não à aplicação de *qualquer* medida não proibida por parte da Austrália, e sim à aplicação de uma medida não proibida que contrariava o comportamento precedente assumido por esse país. A questão a ser decidida pelo grupo de trabalho era delicada, envolvendo a emissão de juízo sobre conduta permitida pelo GATT. Nesse esteio, e como meio de tornar a decisão mais aceitável, o painel valorizou a conduta anterior da Austrália, a qual indicaria o que poderia ser esperado pelo Chile²³³.

Embora em contexto fático diverso, em *Germany – Sardines*, o segundo painel do GATT a analisar a reclamação de não violação, o teste da expectativa legítima foi aplicado tal qual o fora em *Australian Subsidy*, conduzindo ao sucesso da pretensão. A Noruega alegava que concessões tarifárias feitas pela Alemanha sobre espécies de sardinhas (*clupea sprattus* e *clupea harengus*) na Rodada de Torquay em 1951 estavam sendo anuladas ou prejudicadas devido a tratamento tarifário mais favorável dispensado a outra espécie (*clupea pilchardus*),

²³³ Anexa à decisão, consta uma declaração da Austrália em que essa discorda das razões do painel. *Inter alia*, foi consignado: “*In view of the above and the fact that the working party has also found that the Australian subsidy on ammonium sulphate is completely in accordance with the provision of the Agreement, including the provision specifically relating to subsidies, Australia cannot consider it a sound argument that what a country might now say was its reasonable expectation three years ago in respect of a particular tariff concession should be the determining factor in establishing the existence of impairment in terms of Article XXIII. If it were accepted by the CONTRACTING PARTIES, then this interpretation of Article XXIII would require a complete re-examination of the principles on which Australia (and, we had supposed, all other countries) had hitherto granted tariff concessions. The history and practice of tariff negotiations show clearly that if a country seeking a tariff concession on a product desires to assure itself of a certain treatment for that product in a field apart from rates of duty and to an extent going further than is provided for in the various articles of the General Agreement, the objective sought must be a matter for negotiation in addition to the actual negotiation respecting the rates of duty to be applied*” (*Ibid.*, p. 06-07, § 03 – grifado no original). Em 06/11/1950, Chile e Austrália notificaram as Partes-Contratantes que haviam alcançado um acordo. Ainda, cumpre mencionar que, na Sessão de Revisão de 1954-55, as Partes-Contratantes adotaram uma decisão sobre subsídios domésticos que, de certa forma, cristaliza o entendimento sobre expectativa legítima adotado em *Australian Subsidy*: “*The Working Party considered many proposals for strengthening the present provisions of the Agreement with respect to the use of subsidies. So far as domestic subsidies are concerned, it was agreed that a contracting party which has negotiated a concession under Article II may be assumed, for the purpose of Article XXIII, to have a reasonable expectation, failing evidence to the contrary, that the value of the concession will not be nullified or impaired by contracting party which granted the concession by the subsequent introduction or increase of a domestic subsidy on the product concerned*” (GATT. Contracting Parties, Ninth Session. *Report of the Review Working Party III on Barriers to Trade other than Restrictions or Tariffs*. 01 March 1955. L/334, p. 03, § 13).

exportada por Portugal, e que competia diretamente com as sardinhas norueguesas; segundo a reclamante, o tratamento diferenciado não poderia ter sido razoavelmente previsto quando da negociação. O painel começa a sua abordagem tomando emprestada passagem praticamente idêntica à utilizada em *Australian Subsidy*:

Concordou-se que tal prejuízo existiria caso a ação do Governo Alemão que resultou na perturbação da relação concorrencial entre preparados de *clupea pilchardus* e preparados de outras variedades da família clupeoid não pudesse razoavelmente ter sido antecipada pelo Governo Norueguês à época em que esse negociou as reduções tarifárias sobre preparados de *clupea sprattus* e *clupea harengus*²³⁴.

Segundo o painel, haveria razões suficientes para a Noruega, no transcurso das negociações, acreditar que as espécies de sardinhas em que ela estava interessada não seriam tratadas de maneira menos favorável do que aquela exportada por Portugal. Na esteira do que o painel de *Australian Subsidy* fizera, o de *Germany – Sardines* houve por elencar as circunstâncias que o levaram à conclusão que chegou: (a) os produtos das diversas variedades de *clupea* são intimamente relacionados e considerados por muitas partes interessadas diretamente competitivos; (b) os litigantes concordavam que a questão da igualdade de tratamento havia sido discutida nas negociações de Torquay; (c) conquanto não houvesse nenhuma prova conclusiva acerca do que se discutiu, ou de se alguma garantia havia sido dada pela Alemanha, seria razoável acreditar que a Noruega, ao entabular negociações, levou em conta que o tratamento igualitário, que se estendia desde 1925, perduraria.

Comentando em 1975 a jurisprudência sobre não violação do GATT, HUDEC identifica algo que exsurge com saliência em *Australian – Subsidy* e *Germany – Sardines*: em um esforço para justificar a reclamação de não violação, os painéis fizeram questão de enfatizar que a medida não proibida contrariava o comportamento anterior da parte que a

²³⁴ “It was agreed that such impairment would exist if the action of the German Government, which resulted in upsetting the competitive relationship between preparations of *clupea pilchardus* and preparations of the other varieties of the clupeoid family could not reasonably have been anticipated by the Norwegian Government at the time it negotiated for tariff reductions on preparations of *clupea sprattus* and *clupea harengus*” (*Treatment by Germany of Imports of Sardines*, GATT Working Party Report, adopted 31 October 1952, G/26 – BISD 1S/53, p. 04, § 06).

aplicava, consequentemente frustrando aquilo que dela razoavelmente poderia esperar a parte reclamante. É como se, receosos por estarem escrutinando comportamento não proibido, os painéis se esforçassem para identificar nesse comportamento algo “censurável”²³⁵.

Em *EEC – Oilseeds*, o terceiro e último contencioso em que a reclamação de não violação foi procedente e a decisão adotada, o painel aduziu que as partes-contratantes “baseiam as suas negociações tarifárias na expectativa de que o efeito sobre o preço decorrente das concessões tarifárias não será sistematicamente neutralizado”²³⁶, pelo que considerou que os Estados Unidos não poderiam razoavelmente esperar a introdução, por parte da Comunidade Europeia, de um sistema de subsídios que protegesse os produtores europeus de oleaginosas da concorrência das oleaginosas importadas²³⁷.

Em *EEC – Citrus* o princípio da expectativa legítima foi apresentado como um dos três elementos da reclamação de não violação, elaborados em *Australian Subsidy* e *Germany – Sardines*²³⁸.

²³⁵ “Perhaps the most important point made by those cases is that not all impediments to commercial opportunity are equally actionable. All the cases have looked for some additional wrong in the defendant’s conduct which would serve as a normative justification for asking the defendant to do something about the impediment. Although the GATT has never held squarely that this additional normative element will be required in all cases, its reluctance to interfere with otherwise legal conduct makes it likely that such normative issues would almost inevitably influence its view of what governments may ‘reasonably’ expect. In practice, GATT governments have limited the use of formal Article XXIII proceedings to behavior which they deem wrong in some way” (HUDEC, *Retaliation Against “Unreasonable” Foreign Trade Practices*, p. 501). Para HANSEN, nos referidos casos, e ainda em *Germany – Import Duties on Starch and Potato Flour*, o princípio da expectativa legítima guarda semelhanças com o instituto do *estoppel*: “The concept of reasonable expectations was used in a number of cases to require GATT members to abide by express or implied promises that produced detrimental reliance (that is, a tariff concession) by other members during tariff negotiations” (HANSEN, Patricia Isela. *Antitrust in the Global Market: Rethinking “Reasonable Expectations”*. *Southern California Law Review*, vol. 72, 1999, p. 1627).

²³⁶ *European Economic Community – Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins*, p. 36, § 148.

²³⁷ “For these reasons the Panel found that the United States may be assumed not to have anticipated the introduction of subsidies which protect Community producers of oilseeds completely from the movement of prices for imports and thereby prevent tariff concessions from having any impact on the competitive relationship between domestic and imported oilseeds, and which have as one consequence that all domestically-produced oilseeds are disposed of in the internal market notwithstanding the availability of imports” (Ibid.).

²³⁸ Seriam eles: “(a) a tariff concession was negotiated; (b) a governmental measure, not inconsistent with the General Agreement, had been introduced subsequently which upset the competitive relationship between the bound product with regard to directly competitive products from other origins; and (c) the measure could not have been reasonably anticipated by the party to whom the binding was made, at the time of the negotiation of the tariff concession” (*European Community – Tariff Treatment on Imports of Citrus from Certain Countries in the Mediterranean Region*, p. 99, § 4.26). No mesmo norte, *EEC – Canned Fruit*: “The Panel considered the definition given to ‘nullification or impairment’ of tariff concessions in past GATT Panel Reports which had

Mesmo sendo absolutamente permissível dizer que, na prática, por força da jurisprudência, o princípio da expectativa legítima consiste em um dos elementos que compõem o suporte fático da reclamação de não violação, não se logrou, na Rodada Uruguai (ou antes, no Entendimento de 1979), incluí-lo no enunciado geral do instituto. De maneira diversa, o GATS, no art. XXIII:3, operou tal inclusão²³⁹.

O princípio da expectativa legítima foi debatido, também, em contenciosos envolvendo não violação que aportaram no sistema de solução de controvérsias da OMC.

Em *Japan – Film*, nominalmente, o princípio é apresentado de outra forma; à diferença, por exemplo, de *EEC – Citrus*, ele não é tratado como um dos elementos da reclamação de não violação. Tais elementos, cuja análise individual norteia o labor do painel de *Japan – Film*, são extraídos diretamente do enunciado do art. XXIII:1(b), e compreenderiam: (i) a aplicação de uma medida por um Membro da OMC; (ii) um benefício resultante do acordo em questão; (iii) anulação ou prejuízo do benefício em consequência da aplicação da medida²⁴⁰.

O princípio é considerado dentro da rubrica *benefício*, enunciado da seguinte forma: *expectativas legítimas de um benefício (legitimate expectations of a benefit)*. Segundo o painel,

O texto do Artigo XXIII:1(b) simplesmente se refere a “um benefício resultante, direta ou indiretamente, do presente Acordo” e posteriormente não define ou explica a que benefícios

examined ‘non-violation complaints’ in respect of tariff concessions. It agreed with the findings in these reports that nullification or impairment of tariff concessions would exist if the measure in question: (1) could not have reasonably been anticipated by the party bringing the complaint at the time of negotiation of the tariff concessions and (2) the measure resulted in the upsetting of the competitive position of the imported products concerned” (European Economic Community – Production Aids Granted on Canned Peaches, Canned Pears, Canned Fruit Cocktail and Dried Grapes, GATT Panel Report, 20 February 1985 (not adopted), L/5778, p. 13, § 51).

²³⁹ “3. If any Member considers that any benefit it could reasonably have expected to accrue to it under a specific commitment of another Member under Part III of this Agreement is being nullified or impaired as a result of the application of any measure which does not conflict with the provisions of this Agreement, it may have recourse to the DSU. (...)” (grifou-se)

²⁴⁰ *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, p. 437, § 10.41.

está se referindo. Relatórios de painéis do GATT passados consideraram que tais benefícios incluem aqueles que um Membro razoavelmente espera obter de uma negociação tarifária²⁴¹.

Adiante, consignou:

(...) para que as expectativas de um benefício sejam legítimas, as medidas contestadas não podem ter sido razoavelmente antecipadas quando a concessão tarifária foi negociada. Se as medidas eram esperadas, o Membro não poderia ter tido uma expectativa legítima de melhor acesso a mercados (...) ²⁴².

Apesar de tê-lo articulado sob outra “roupagem”, o papel dispensado ao princípio pelo painel de *Japan – Film* é o mesmo; está-se a dizer a mesma coisa por outro enfoque. Assim, só haverá *expectativa legítima de um benefício* quando a medida não fora razoavelmente antecipada ao tempo da negociação tarifária.

O emaranhado de medidas em discussão em *Japan – Film* propiciava um quadro confuso. Os Estados Unidos alegavam que algumas das medidas *anteriores* às negociações tarifárias não eram do seu conhecimento devido à pouca transparência; em outras situações, embora o fossem, alegavam que os impactos das medidas sobre o acesso de produtos fotográficos importados ao mercado japonês não eram previsíveis.

Para facilitar, ou mesmo viabilizar, a sua análise, o painel criou duas ordens de presunções. Primeiro, para medidas introduzidas *após* a negociação tarifária, o painel erigiu a presunção de que os Estados Unidos não poderiam tê-las antecipado²⁴³. Tratava-se de presunção refutável, sendo que o painel inclusive exemplificou como ela poderia ser elidida pelo Japão. Assim, poderia a parte reclamada provar que a medida debatida era claramente

²⁴¹ “The text of Article XXIII:1(b) simply refers to ‘a benefit accruing, directly or indirectly, under this Agreement’ and does not further define or explain what benefits are referred to. Past GATT panel reports have considered that such benefits include those that a Member reasonably expects to obtain from a tariff negotiation” (Ibid., p. 445, § 10.72).

²⁴² “(...) in order for expectations of a benefit to be legitimate, the challenged measures must not have been reasonably anticipated at the time the tariff concession was negotiated. If the measures were anticipated, a Member could not have had a legitimate expectation of improved market access (...)” (Ibid., p. 447, § 10.76).

²⁴³ “First, in the case of measures shown by the United States to have been introduced subsequent to the conclusion of the tariff negotiations at issue, it is our view that the United States has raised a presumption that it should not be held to have anticipated these measures and it is then for Japan to rebut that presumption” (Ibid., p. 447, § 10.79).

contemplada por uma medida anterior, não bastando, porém, mera alegação de que a medida era continuação de uma política pré-existente. O painel, ainda, repudiou a assertiva japonesa de que os países exportadores deveriam prever todas as medidas que fossem consistentes com o GATT, ou que fossem similares a medidas aplicadas por outros Membros em seus respectivos mercados.

Segundo, para medidas introduzidas *antes* da negociação tarifária, entendeu-se que se presumiria que os Estados Unidos deveriam tê-las antecipado²⁴⁴. Para rebater a presunção, o painel exprimiu que não seria suficiente aos Estados Unidos alegar que desconheciam os efeitos da medida; caberia uma clara demonstração do porquê.

Japan – Film, com efeito, efetua uma modificação à interpretação que vinha sendo adotada sobre o princípio da expectativa legítima ao estipular ser possível que mesmo medidas introduzidas anteriormente à negociação podem dar origem a expectativa legítima, cabendo à parte postulante fazer prova nesse sentido. Contudo, somente em uma oportunidade os Estados Unidos foram exitosos em derrubar a presunção. Isso se deu com relação a uma normativa publicada em 21/06/1967, apenas nove dias antes da conclusão da Rodada Kennedy, ocorrida em 30/06/1967. O exíguo intervalo, na ótica do painel, não seria suficiente para que os Estados Unidos tomassem ciência da medida²⁴⁵.

DURLING & LESTER, cuja opinião acerca de *Japan – Film* é de crítica, por entenderem que, de encontro à intenção dos legisladores do GATT, o painel teria alargado vários elementos da reclamação de não violação, ressaltam que, no que diz respeito à expectativa legítima, o entendimento do painel seria correto. O motivo é que o art. XXIII:1(b)

²⁴⁴ “Second, in the case of measures shown by Japan to have been introduced prior to the conclusion of the tariff negotiations at issue, it our view that Japan has raised a presumption that the United States should be held to have anticipated those measures and it is for the United States to rebut that presumption” (*Ibid.*, p. 447-448, § 10.80).

²⁴⁵ “Because of the short time period between this particular measure’s publication and the formal conclusion of the Kennedy Round, we consider it difficult to conclude that the United States should be charged with having anticipated the 1967 Cabinet Decision since it would be unrealistic to expect that the United States would have had an opportunity to reopen tariff negotiations on individual products in the last few days of a multilateral negotiating round” (*Ibid.*, p. 453, § 10.103).

não estabelece que apenas medidas aplicadas posteriormente à negociação podem dar azo a uma reclamação de não violação²⁴⁶.

EC – Asbestos foi outra instância em que o princípio da expectativa legítima foi discutido em extensão. Nesse contencioso, o Canadá rebelava-se contra decreto francês que proibia a comercialização de produtos contendo amianto. Ao contrário de *Japan – Film*, em *EC – Asbestos* o relatório do painel foi revisto pelo órgão de apelação. Porém, com relação à reclamação de não violação, só duas questões preliminares levantadas pela Comunidade Europeia foram objeto de recurso (ainda assim, essa foi a primeira oportunidade em que o órgão de apelação examinou o art. XXIII:1(b)), de modo que as considerações de fundo acerca da reclamação de não violação que vingaram foram aquelas pronunciadas pelo painel.

Em uma das questões preliminares a Comunidade Europeia asseverava que não poderia haver expectativa legítima quanto à não aplicação de medidas que têm em vista a proteção da saúde humana. O painel e o órgão de apelação rejeitaram o argumento, alegando que o XXIII:1(b) se refere a *qualquer* medida, não importando se a sua finalidade é comercial ou relacionada à saúde²⁴⁷.

Acerca do mérito da pretensão de não violação, é interessante apontar que o painel rejeitou argumento canadense, baseado na presunção estabelecida em *Japan – Film*, de que, vigendo uma concessão tarifária, se deve presumir que a parte beneficiária não poderia razoavelmente antecipar medidas introduzidas após a concessão²⁴⁸.

Em prosseguimento, o painel, espelhado em *Japan – Film*, passou à análise dos três elementos da reclamação de não violação. Com considerações breves, o painel, sem

²⁴⁶ DURLING & LESTER, *op. cit.*, p. 264.

²⁴⁷ *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products*, WTO AB Report, p. 69, § 188.

²⁴⁸ *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products*, WTO Panel Report, circulated 18 September 2001, WT/DS135/R, p. 459, § 8.280. O painel julgou, ademais, que “because of the importance conferred on them a priori by the GATT 1994, as compared with the rules governing international trade, situations that fall under Article XX justify a stricter burden of proof being applied in this context to the party invoking Article XXIII:1(b), particularly with regard to the existence of legitimate expectations and whether or not the initial Decree could be reasonably anticipated” (*Ibid.*, p. 459, § 8.282).

dificuldade, entendeu presentes tanto a existência de uma *medida*²⁴⁹ (Decreto do governo francês nº 96-1133, de 24/12/1996) quanto *anulação ou prejuízo*²⁵⁰, consistente no *import ban* a produtos com amianto na sua composição. Foi em torno do princípio da expectativa legítima, tratado, como em *Japan – Film*, sob a rubrica *benefício*, que o âmago da discussão revolveu²⁵¹, e a ausência de expectativa dessa ordem por parte do Canadá foi determinante para o insucesso da pretensão fincada no art. XXIII:1(b).

O painel considerou que as concessões tarifárias em questão foram efetuadas em 1947, 1962 e ao final da Rodada Uruguai. Após, lançou-se a analisar uma série de fatores que, no seu sentir, deveriam ser tomados em consideração a fim de aferir-se se o decreto francês poderia ter sido razoavelmente antecipado. Nesse exercício, o painel houve por confrontar as interpretações feitas sobre o princípio da expectativa legítima em *Japan – Film*.

O colegiado julgador refutou, em especial, a presunção aplicada em *Japan – Film* de que medidas introduzidas após uma concessão tarifária devem se presumir não antecipadas. Tal presunção, no enxergar do painel, não seria adequada a uma reclamação de não violação em que a medida se encaixa no art. XX do GATT²⁵²; em virtude dos relevantes interesses que as exceções do art. XX protegem, o ônus da prova seria mais estrito, principalmente com relação à não antecipação da medida²⁵³.

A propósito dos compromissos tarifários datados de 1947 e 1962, o painel julgou que, devido ao largo período transcorrido, o Canadá deveria ter antecipado que avanços no conhecimento poderiam fazer que um produto fosse banido por razões de proteção à saúde. Já

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 460, § 8.284.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 461, § 8.289.

²⁵¹ “We will therefore concentrate on the question of whether the measure could reasonably have been anticipated by the Canadian Government at the time that it was negotiating the various tariff concessions covering the products concerned” (*Ibid.*).

²⁵² Denominado “*General Exceptions*”, o art. XX do GATT autoriza que as obrigações previstas no Acordo sejam derogadas para salvaguarda de políticas de ordem pública listadas nos incisos do dispositivo, compreendendo, por exemplo, a proteção da saúde humana (b) e a conservação de recursos naturais exauríveis (g).

²⁵³ O painel, com efeito, parece estar querendo “acalmar” os Membros, sugerindo que seria dificultoso desafiar por meio do art. XXIII:1(b) medidas amparadas no art. XX do GATT.

quanto às concessões feitas na Rodada Uruguai, o painel considerou que medidas restringindo o uso de amianto deveriam ter sido antecipadas pelo Canadá. O acúmulo de pesquisas acerca dos efeitos maléficos do amianto, na Comunidade Europeia e fora dela, o fato de o amianto ter sido banido em outros países antes de na França, assim como já ter esse país um número de normativas limitando o amianto seriam fatores a tornar previsível, ou razoavelmente antecipável, a proibição total ocorrida em 1996²⁵⁴.

Em *Korea – Measures Affecting Government Procurement (Korea – Procurement)*, observa-se uma interpretação inusitada da reclamação de não violação por parte do painel, que faz pronunciamentos originais a respeito do instituto, colocando o princípio da expectativa legítima sob nova perspectiva.

Com efeito, a originalidade da decisão em muito se tributa à forma como a pretensão de não violação foi articulada pelos Estados Unidos. Destoando do que se tornou o “padrão” – uso da reclamação de não violação para proteção de concessões tarifárias –, em *Korea – Procurement* a pretensão veio calcada no Acordo sobre Compras Governamentais (ACG). Ademais – e aqui emerge outra nota distintiva do caso –, ela não foi embasada em uma concessão feita pela Coreia sob tal acordo. Para os Estados Unidos, durante as negociações do ACG, eles teriam sido induzidos a crer, em razão de declarações inaccuradas do governo da Coreia, que seria incluída na lista de concessões desse país entidade responsável pela construção de aeroporto em Seul, projeto no qual empresas norte-americanas possuíam interesse. O painel veio a constatar que, em realidade, a entidade responsável pelo projeto não fazia parte da lista de concessões coreana, motivo pelo qual se tornou prejudicada a alegação dos Estados Unidos de que as licitações não teriam respeitado as regras do ACG. Passou o painel, então, à análise da pretensão (subsidiária) de não violação. Como não havia uma concessão (e, logo, um benefício) em jogo, o painel sublinhou que eventual expectativa

²⁵⁴ *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products*, WTO Panel Report, p. 462-463, § 8.295-8.298.

legítima dos Estados Unidos diria respeito não a um benefício em si, e sim ao direito a um benefício. Em outras palavras, poderia surgir para os Estados Unidos, da fase de negociações, expectativa legítima de um benefício²⁵⁵?

Escapa ao objetivo ora proposto – que é revelar o princípio da expectativa legítima na jurisprudência sobre não violação – um aprofundamento acerca do teor da decisão *Korea – Procurement*; calha, no entanto, apresentar as suas linhas gerais, desde que facilitem alcançar o objetivo.

Inovando quanto a tudo que aparece na jurisprudência sobre não violação, o painel principia a sua fundamentação dizendo que a reclamação de não violação deve ser interpretada com base nos princípios gerais de direito internacional costumeiro. Ao estipular que um contratante não deve tomar medidas que venham a frustrar as expectativas legítimas da contraparte, mesmo que tais medidas sejam consistentes com a redação do tratado, a reclamação de não violação, para o painel, constituiria uma extensão do princípio *pacta sunt servanda*, insculpido no art. 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados²⁵⁶, que reza que os tratados precisam ser cumpridos de boa-fé.

O dispositivo referido, e a reclamação de não violação interpretada sob o seu prisma, dizem respeito à fase de *execução* dos tratados (“*must be performed in good faith*”). O painel, no entanto, perguntou-se se a reclamação de não violação poderia ser utilizada para proteger a boa-fé, também, na etapa de *negociação*, e respondeu afirmativamente²⁵⁷. Interpreta-se a situação que se punha ao painel da seguinte forma: ele estava diante,

²⁵⁵ “A key difference between a traditional non-violation case and the present one would seem to be that, normally, the question of ‘reasonable expectation’ is whether or not it was reasonably to be expected that the benefit under an existing concession would be impaired by the measures. However here, if there is to be a non-violation case, the question is whether or not there was a reasonable expectation of an entitlement to a benefit that had accrued pursuant to the negotiation rather than pursuant to a concession” (*Korea – Measures Affecting Government Procurement*, WTO Panel Report, adopted 19 June 2000, WT/DS163/R, p. 181-182, § 7.87).

²⁵⁶ “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed in good faith”.

²⁵⁷ “One of the issues that arises in this dispute is whether the concept of non-violation can arise in contexts other than the traditional approach represented by *pacta sunt servanda*. Can, for instance the question of error in treaty negotiation be addressed under Article 26 of the DSU and Article XXII:2 of the GPA? We see no reason why it cannot. Parties have an obligation to negotiate in good faith just as they must implement the treaty in good faith” (*Korea – Measures Affecting Government Procurement*, p. 184-185, § 7.100).

nitidamente, de um suposto caso de *erro* na conclusão de um tratado (do ACG, por parte dos Estados Unidos). Conquanto o painel já tivesse externado sua posição de que as regras de direito internacional geral se aplicam à OMC, desde que essa não disponha diferentemente²⁵⁸, é de especular-se que o painel não estava seguro quanto a aplicar diretamente os institutos de direito dos tratados da *boa-fé* e do *erro*; nesse esteio, utilizou a reclamação de não violação como filtro para que pudesse “importar” tais institutos²⁵⁹. A essa altura, com certeza, já é possível dimensionar o quão incomum foi a abordagem da reclamação de não violação em *Korea – Procurement*.

Feitas observações de ordem geral, o painel procedeu à análise da pretensão de não violação a partir dos dois enfoques que, conforme entendeu, ela poderia manifestar-se no caso: o *tradicional* – em que dita reclamação seria uma extensão do *pacta sunt servanda* – e outro, por meio do qual a reclamação de não violação serviria de veículo à noção de *erro*.

Quanto à abordagem tradicional, devido ao ACG estar servindo de base à reclamação de não violação, o painel entendeu que os elementos da reclamação deveriam ser adaptados a esse novo contexto²⁶⁰. Contudo, o painel considerou que uma regra consolidada da exegese da reclamação de não violação não poderia ser burlada: a expectativa legítima (de oportunidades de concorrência) do Membro reclamante deve decorrer de uma *concessão*, ao passo que, no

²⁵⁸ “Customary international law applies generally to the economic relations between the WTO Members. Such international law applies to the extent that the WTO treaty agreements do not ‘contract out’ from it. To put it another way, to the extent that there is no conflict or inconsistency, or an expression in a covered agreement that implies differently, we are of the view that the customary rules of international law apply to the WTO treaties and to the process of treaty formation under the WTO” (*Ibid.*, p. 183-184, § 7.98).

²⁵⁹ “If the non-violation remedy were deemed not to provide a relief for such problems as have arisen in the present case regarding good faith and error in the negotiation of GPA commitments (...), then nothing could be done about them within the framework of the WTO dispute settlement mechanism if general rules of customary law on good faith and error in treaty negotiations were ruled not to be applicable” (*Ibid.*, p. 185, § 7.101).

²⁶⁰ “In our view, there is a slightly different cast to traditional non-violation claims with respect to the GPA than under previous GATT non-violation cases. Here the analysis would run as follows: (1) there was an agreed concession on entities; (2) resulting from that there was a reasonable expectation of enjoying competitive bidding opportunities; (3) an action which does not violate GPA rules is taken by the Member that made the concession, including the concessions on entities; and (4) resulting from that, the expected competitive opportunities are not available and the benefits of the concession have been nullified and impaired” (*Ibid.*, p. 185, § 7.103).

caso concreto, a expectativa legítima dos Estados Unidos decorreria da fase de *negociação*²⁶¹. Os Estados Unidos teriam, em tese, expectativa legítima *a uma concessão*, hipótese que, segundo o colegiado julgador, não seria abrigada pelo enfoque tradicional da reclamação de não violação²⁶². Daí o rechaço da reclamação de não violação nesse ponto.

Por último, o painel analisou a reclamação de não violação a partir da teoria do *erro* no consentimento dos Estados Unidos. Ao associar a reclamação de não violação ao erro, o painel pretendia visualizar o último como “*espécie de frustração de expectativas legítimas de um contratante quanto ao resultado da negociação*”. Surpreende não só a ousadia, mas a ausência de lógica jurídica do painel ao querer aplicar a teoria do erro por meio da reclamação de não violação²⁶³, não havendo, nessa parte da fundamentação, nenhuma menção sequer aos elementos da referida reclamação. A opinião do painel foi de que não houve erro, já que as circunstâncias do caso indicavam que os Estados Unidos teriam tido condições de saber que a entidade responsável pela construção do aeroporto não estava incluída na lista de concessões da Coreia²⁶⁴.

²⁶¹ Reporte-se ao que se disse nos parágrafos iniciais do tópico acerca das diferentes perspectivas do princípio da expectativa legítima. Em *Korea – Procurement*, trata-se de expectativas não propriamente de acesso a mercados, pois não estão envolvidas concessões tarifárias, mas de oportunidades de concorrência, consubstanciadas na possibilidade de firmas estrangeiras concorrerem em licitações de compras governamentais (“*bidding opportunities*”).

²⁶² “*It is clear from the discussion above that the traditional claim of non-violation does not fit well within the situation existing in this dispute. Non-violation claims, as the doctrine has developed over the course of GATT and WTO disputes, have been based on nullification or impairment of benefits reasonably expected to flow from negotiated concessions. In this case, it was the negotiations which allegedly gave rise to the reasonable expectations rather than any concessions*” (*Korea – Measures Affecting Government Procurement*, p. 189, § 7.120).

²⁶³ Nesse passo, a crítica de PAUWELYN: “*On the basis of these two legal principles (nonviolation and error in treaty formation), the panel found, in my view correctly, that ‘[p]arties have an obligation to negotiate in good faith just as they must implement the treaty in good faith’. So far, so good. But then the panel, instead of applying these two principles independently to the case at hand, injected the principle of error in treaty formation into the nonviolation rule. (...) The fact that nonviolation, as it is generally understood, does not provide for relief for error in treaty formation (and that in its absence ‘nothing could be done about [it]’ in WTO dispute settlement) is not a good enough reason suddenly to expand nonviolation so as to include error (especially if it is done without regard to the actual words of GATT Article XXIII:1(b))*” (PAUWELYN, Joost. *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go? American Journal of International Law*, vol. 95, n. 03, 2000, p. 570-571).

²⁶⁴ “*We do not think the evidence at all supports a finding that the United States has contributed by its own conduct to the error, but given the elements mentioned earlier (such as the two and a half year interval between Korea’s answer to the US question and its final offer, the actions by the European Community in respect of Korea’s offer, the subsequent four-month period, of which at least one month was explicitly designated for verification, etc.), we conclude that the circumstances were such as to put the United States on notice of a*

2.1.2 “está sendo anulado ou prejudicado (...), em consequência:”

Realizada a análise da primeira parte do *caput* do art. XXIII:1, centrada na noção de benefício, passa-se ao exame da segunda, que lê: “*está sendo anulado ou prejudicado (...) em consequência*”.

Assim, examinar-se-ão a noção de *anulação ou prejuízo* (2.1.2.1) e o *nexo de causalidade* (2.1.2.2), a que se reporta o trecho “*em consequência*”.

2.1.2.1 Anulação ou Prejuízo

É condição para que um Membro acione a responsabilidade de outro que um benefício qualquer resultante para ele, direta ou indiretamente, do acordo em questão, esteja sendo anulado ou prejudicado; anulação ou prejuízo que pode acontecer tanto em razão de uma medida ilícita como de uma não proibida.

A anulação ou prejuízo é um conceito típico do direito internacional do comércio, encontrável apenas no jargão dessa disciplina. Não é incomum os autores iniciarem as suas abordagens indagando acerca do significado literal de *nullification or impairment*. Por exemplo, é o que faz SPITZER: conforme pesquisou, *nullify* significa “*to invalidate, to*

possible error. Hence the error should not have subsisted at the end of the two and a half year gap, at the moment the accession of Korea was ‘concluded’. Therefore, the error was no longer ‘excusable’ and only an excusable error can qualify as an error which may vitiate the consent to be bound by the agreement” (Korea – Measures Affecting Government Procurement, p. 191, § 7.125).

counteract the force or effectiveness of something”, enquanto *impair* significa “*to cause to diminish, as in strength, value or quality*”²⁶⁵.

Anulação e *prejuízo* implicam gradações diferentes: a primeira implica a frustração total do benefício, e o segundo, frustração parcial.

A elucidação do sentido de anulação ou prejuízo é grandemente adiantada pela compreensão de benefício. Consoante se discorreu em 2.1.1.1(a), por *benefício* não se deve entender o aumento dos fluxos de comércio, mas (simplesmente) a *melhoria das condições de concorrência do produto importado* no mercado local, decorrente de um compromisso tarifário ou obrigação de outra natureza. Desse modo, haverá anulação ou prejuízo sempre que uma medida frustrar, total ou parcialmente, as condições de concorrência que o produto importado desfruta. SPITZER observa que é caro aos painéis e ao órgão de apelação o termo *perturbar* (*upset*); assim, quando as vantagens competitivas asseguradas aos produtos importados forem *perturbadas*, haverá anulação ou prejuízo de benefícios²⁶⁶. Essa dinâmica é retratada na passagem que segue, extraída de *Japan – Film*:

O terceiro elemento de uma reclamação de não violação sob o Artigo XXIII:1(b) é que o benefício resultante para o Membro da OMC (ou seja, maior acesso a um mercado em decorrência de concessões tarifárias) seja *anulado ou prejudicado em consequência da aplicação de uma medida por outro Membro da OMC. Em outras palavras, precisa ser demonstrado que a posição concorrencial dos produtos importados sujeitos a e beneficiando-se da concessão (tarifária) de acesso a mercados está sendo perturbada pela (“anulado ou prejudicado... em consequência de”) aplicação de uma medida não razoavelmente antecipada. A equivalência de “anulação ou prejuízo” a “perturbação da relação concorrencial” mantida entre produtos domésticos e importados como resultado de concessões tarifárias tem sido usada consistentemente por painéis do GATT examinando reclamações de não violação.* Por exemplo, o painel em *EEC – Oilseeds*, ao descrever as suas conclusões, aduziu que ele tinha “concluído... que os subsídios em questão tinham prejudicado a concessão tarifária porque *perturbaram a relação concorrencial entre oleaginosas domésticas e importadas*, e não devido a qualquer efeito sobre fluxos de comércio”. A mesma linguagem foi usada nos casos *Australian Subsidy* e *Germany – Sardines*. Assim, no presente caso, cabe aos Estados Unidos

²⁶⁵ *Op. cit.*, p. 48-49. Em mesmo compasso, DURLING & LESTER: “*The NVNI provision addresses measures that ‘nullif[y] or impair[]’ benefits. The terms appear reasonably clear: impair is defined as ‘[m]ake less effective or weaker; devalue; damage, injure’, and nullify is defined as ‘[m]ake of no value or use; cancel out’. In essence, these terms imply a varying degree of undermining something*” (*Op. cit.*, p. 248-249).

²⁶⁶ *Op. cit.*, p. 49.

provar que as medidas que ele cita perturbaram a relação concorrencial entre filmes e papéis fotográficos importados e locais no Japão em detrimento dos importados²⁶⁷. (grifou-se)

Tendo em mente que a jurisprudência sobre não violação concentrou-se em benefícios resultantes do art. II do GATT, o benefício que um Membro espera de uma concessão tarifária é a redução do nível de vantagens artificiais (materializadas na tarifa alfandegária) que favorecem o produto local em detrimento do importado. Qualquer medida que tenha por efeito reintroduzir vantagens artificiais, dificultando a possibilidade do produto importado de concorrer – de certa forma “compensando” a concessão feita –, causa anulação ou prejuízo do mencionado benefício²⁶⁸.

2.1.2.2 *Nexo de causalidade*

A anulação ou prejuízo deve ser provada pelo Membro reclamante; ou seja, ele precisa demonstrar que há uma relação de causa e efeito entre a medida não violadora e a perturbação das condições de concorrência do produto importado.

²⁶⁷ “The third required element of a non-violation claim under Article XXIII:1(b) is that the benefit accruing to the WTO Member (e.g. improved market access concessions) is nullified or impaired as the result of the application of a measure by another WTO Member. In other words, it must be demonstrated that the competitive position of the imported products subject to and benefitting from a relevant market access (tariff) concession is being upset by (‘nullified or impaired...as the result of’) the application of a measure not reasonably anticipated. The equation of ‘nullification or impairment’ with ‘upsetting the competitive relationship’ established between domestic and imported products as a result of tariff concessions has been consistently used by GATT panels examining non-violation complaints. For example, the EEC – Oilseeds panel, in describing its findings, stated that it had ‘found... that the subsidies concerned had impaired the tariff concession because they upset the competitive relationship between domestic and imported oilseeds, not because of any effect on trade flows’. The same language was used in the Australian Subsidy and Germany – Sardines cases. Thus, in this case, it is up to the United States to prove that the governmental measures that it cites have upset the competitive relationship between domestic and imported photographic film and paper in Japan to the detriment of imports” (Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, p. 448, § 10.82).

²⁶⁸ “In the tariff concession itself, the government merely promised not to charge a duty higher than the specified rate. The ‘benefit’ from this legal obligation was the reduction in the overall level of artificial commercial disadvantages facing the imported product. Conceivably, any new measure which had the effect of raising the level of artificial disadvantage might be said to ‘impair’ that benefit” (HUDEC, Retaliation Against “Unreasonable” Foreign Trade Practices, p. 487).

Com efeito, a reclamação de não violação demanda um suporte probatório maior do que a reclamação de violação; é o que autores de língua inglesa referem como “*higher evidentiary standard*” da reclamação de não violação²⁶⁹. Nesse sentido, o art. 26:1(a) do ESC codifica o requisito de que o reclamante necessita apresentar uma *justificação detalhada* da pretensão de não violação. Sem embargo, o painel em *Japan – Film* manifestou que o requisito da justificação detalhada seria meramente um “*pleading requirement*” (algo como um “requisito da petição inicial”):

Os Estados Unidos enfatizam que o fato de o Artigo XXIII:1(b) prever um remédio de exceção não justifica requerer uma quantidade de prova maior do que aquela aplicada em outros artigos do GATT. Nós lembramos que no parágrafo 10.84 afirmamos que ‘nesse estágio do procedimento, a questão é se a medida causou anulação ou prejuízo, i.e., se ela forneceu mais do que uma contribuição *de minimis* para a anulação ou prejuízo’. Em nossa opinião, nós não aplicamos o requisito da ‘justificação detalhada’ como um standard probatório mais estrito²⁷⁰.

A afirmação do painel recebeu críticas contundentes da doutrina. Para DURLING & LESTER, o painel colidiu com entendimento aceito há cinquenta anos, apagando o requisito da justificação detalhada da reclamação de não violação²⁷¹. Argumenta-se que tal interpretação de *Japan – Film* seria facilmente revertida pelo órgão de apelação, caso tivesse ocorrido recurso da decisão.

A exigência probatória na reclamação de não violação é mais elevada não apenas porque há mais questões que reclamam comprovação em comparação à reclamação de violação, que goza de uma presunção de anulação ou prejuízo de benefícios; devido a estar sendo questionada uma medida não proibida – e, logo, na hipótese de procedência, o Membro

²⁶⁹ DURLING & LESTER, *op. cit.*, p. 253-254.

²⁷⁰ “The United States emphasizes that the fact that Article XXIII:1(b) provides for an exceptional remedy does not justify requiring a quantum of proof that is higher than the one applied under other GATT articles. We recall that in para. 10.84 we stated that ‘at this stage of the proceeding, the issue is whether such a measure has caused nullification or impairment, i.e., whether it has made more than a *de minimis* contribution to ‘nullification and impairment’. In our view, we did not apply the ‘detailed justification’ requirement as heightened evidentiary standard” (*Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, p. 420, § 9.5).

²⁷¹ DURLING & LESTER, *op. cit.*, p. 267.

reclamado ter que oferecer compensação, ou se sujeitar a retaliação, em virtude de uma conduta legal –, exige-se que todos os elementos da reclamação de não violação, em especial a anulação ou prejuízo de benefícios, sejam rigorosamente demonstrados. Destarte, a reclamação de não violação não se presta a assertivas genéricas de que tenha havido anulação ou prejuízo; recai sobre o Membro postulante o encargo de fornecer explicações detalhadas da sua pretensão. E mais: mesmo havendo justificação detalhada, deve restar inequívoco que a medida não violadora é a causa da anulação ou prejuízo.

A aptidão de uma medida não violadora para perturbar a posição concorrencial de um produto importado não foi um tópico explorado pela jurisprudência sobre não violação do período do GATT. O motivo é singelo: os casos em que a reclamação de não violação obteve êxito não eram factualmente complexos, e a relação entre a medida e a posição concorrencial dos importados era flagrante.

Australian Subsidy e *EEC – Oilseeds* versavam sobre subsídios que favoreciam produtos locais que competiam com os importados, auxílios que refletiam de maneira direta no preço dos itens locais²⁷². Já em *Germany – Sardines*, o tratamento tarifário mais favorável às sardinhas exportadas por Portugal não dava margem a dúvidas de que a posição concorrencial daquelas exportadas pela Noruega havia sido afetada²⁷³.

Foi na OMC, no litígio *Japan – Film*, que a habilidade de uma medida não violadora para promover anulação ou prejuízo veio merecer uma discussão detalhada²⁷⁴. O tema acabou

²⁷² “The unsubsidized retail price of nitrate of soda is estimated at £A33 10s. by the representative of Australia and at £A31 10s. by the representative of Chile. These prices may be compared with the price of £A28 per ton for ammonium sulphate referred to in the note above” (*The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate*, p. 02, § 06). Com relação a *EEC – Oilseeds*, direciona-se o leitor à nota de rodapé nº 196.

²⁷³ “As the German authorities estimated that the domestic preparations of *clupea sprattus* and *clupea harengus* were subject to a tax incidence of more than 6 per cent, the rate for the imported like products has been fixed at 6 per cent. As there is no domestic production of preparations of *clupea pilchardus*, the imports of such products are subject to the standard rate of 4 per cent. The tax differential of 2 per cent, as between the various types of imports, represents an additional adverse factor in the relative competitive position of the Norwegian product” (*Treatment by Germany of Imports of Sardines*, p. 02, § 06).

²⁷⁴ *EC – Asbestos* não apresentou qualquer dificuldade no que diz respeito à aptidão da medida – um *import ban* a produtos contendo amianto – para causar anulação ou prejuízo. A questão foi resolvida em um único parágrafo: “At this stage, the Panel finds it appropriate to consider that in view of the type of measure in question ‘the upsetting of the competitive relationship’ can be assumed. By its very nature, an import ban constitutes a denial

concentrando-se em uma questão específica, o *nexo de causalidade* demandado na reclamação de não violação. Uma rápida descrição do caso ajudará a entender por que o nexo de causalidade acabou tornando-se matéria de alongado debate.

Japan – Film é um dos mais conhecidos contenciosos trazidos perante o sistema de solução de controvérsias da OMC, malgrado a decisão do painel não ter sido apelada. O pleito, apresentado pelos Estados Unidos face ao Japão, era altamente complexo, e motivado por problemas históricos de penetração de produtos norte-americanos no mercado japonês²⁷⁵. A maneira pela qual o pleito foi articulado em larga parcela contribuiu para a sua notoriedade: com dificuldades para identificar nas medidas japonesas (a existência mesma de *medidas* por parte do governo do Japão foi objeto de sérias controvérsias) violação às regras comerciais, o âmago da postulação dos Estados Unidos residiu em uma reclamação de não violação. A reclamação de não violação, acostumada a ser ofuscada pela reclamação de violação, visto que habitualmente proposta subsidiariamente à última, em *Japan – Film* foi catapultada ao centro do debate. Assim, não é de surpreender que o referido caso tenha proporcionado a discussão mais profunda da reclamação de não violação na história do GATT/OMC: foram dedicadas na decisão do painel de *Japan – Film* oitenta e uma páginas ao instituto.

Os benefícios que os Estados Unidos supunham anulados ou prejudicados em *Japan – Film* advinham de concessões tarifárias feitas pelo Japão sobre filme e papel fotográficos em sucessivas rodadas de negociações. Os Estados Unidos alegavam que uma série de medidas do governo do Japão, datando, as primeiras, da década de 1960, afetavam a competitividade de produtos fotográficos exportados ao mercado japonês. As medidas reclamadas foram agrupadas pelo governo estadunidense em três ordens: (i) medidas objetivando a criação de

of any opportunity for competition, whatever the import volume that existed before the introduction of the ban” (European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products, WTO Panel Report, p. 461, § 8.289).

²⁷⁵ O relatório do painel contém mais de 500 páginas. Para uma visão do caso, recomenda-se o artigo de Norio Komuro: *Kodak-Fuji Film Dispute and the WTO Panel Ruling. Journal of World Trade*, vol. 32, n. 05, 1998, p. 161-217.

um setor de distribuição exclusivo, que barrava produtos fotográficos importados dos canais de distribuição; (ii) medidas que impediam o crescimento de lojas varejistas de grande porte, as quais, na visão do reclamante, constituiriam um canal de distribuição alternativo; (iii) medidas para restringir promoções de venda, outro meio de incentivar a comercialização de produtos importados.

De forma diversa do que ocorrera em *Australian Subsidy, Germany – Sardines* e *EEC – Oilseeds*, as medidas contra as quais os Estados Unidos se irresignavam em *Japan – Film* não autorizavam que, de plano, se afirmasse que elas teriam o condão de perturbar a posição concorrencial de produtos fotográficos importados. Muito pelo contrário. Consciente disso, o painel advertiu que a análise do elemento causalidade seria “*uma das áreas mais factualmente complexas*” do seu labor²⁷⁶.

A seguir, o painel aduziu que a análise da causalidade deveria compreender quatro questões: (i) o “grau” de causalidade demandado; (ii) a relevância para a causalidade de medidas que, formalmente, não fazem discriminação entre produtos domésticos e importados; (iii) a relevância do dolo; (iv) se, para fins de apuração da causalidade, as medidas podem ser consideradas no seu conjunto, ao invés de individualmente. O painel viu-se obrigado a descer a tamanhas minúcias em resposta aos elaborados argumentos apresentados pelos litigantes.

Acerca do primeiro item, os Estados Unidos sustentavam que a reclamação de não violação não exigia um grau de causalidade *but for*, ou seja, o reclamante não precisava comprovar que perturbação da posição concorrencial dos produtos importados era consequência, *unicamente*, das medidas do governo japonês em pauta, de modo que, na ausência das medidas, tal perturbação não teria acontecido. De acordo com os Estados

²⁷⁶ “We consider that this third element -- causality -- may be one of the more factually complex areas of our examination” (*Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, p. 448-449, § 10.83). A referência é feita a “terceiro elemento” pois o painel conduziu o seu exame dividindo a reclamação de não violação em três elementos: “The text of Article XXIII:1(b) establishes three elements that a complaining party must demonstrate in order to make out a cognizable claim under Article XXIII:1(b): (1) application of a measure by a WTO Member; (2) a benefit accruing under the relevant agreement; and (3) nullification or impairment of the benefit as the result of the application of the measure. We shall proceed with our analysis by considering in turn each of these three elements” (*Ibid.*, p. 437, § 10.41).

Unidos, um grau de causalidade tão rígido estaria em desacordo com a dicção do art. XXIII:1(b), e, caso os legisladores tivessem-no desejado, certamente haveriam incluído expressão como *unicamente* no dispositivo.

É de rigor abrir um parêntese para fazer um esclarecimento relativo à tradução. A parte do *caput* do art. XXIII:1 que dispõe sobre o nexo de causalidade é a expressão “*em consequência*”, no final do enunciado. A versão original em inglês lê, para “*em consequência*”, “*as the result of*”²⁷⁷.

Com efeito, a expressão “*em consequência*” ofusca a melhor compreensão, facilitada pela terminologia em inglês. A partícula “*the*” presente em “*as the result of*” faz toda a diferença para a elucidação do grau de causalidade na reclamação de não violação. A partícula sugere uma correlação direta entre a medida e a anulação ou prejuízo: a medida deve ser *a* causa da anulação ou prejuízo, e não *uma das* causas. Caso contrário, deveria ter constado na redação do *caput* “*as a result*” ao invés de “*as the result*”. DURLING & LESTER apontam que a intenção dos legisladores do GATT era prover a reclamação de não violação com um grau de causalidade estrito; a despeito de não haver referências explícitas a esse objetivo, a evolução da redação do instituto, culminando em “*as the result of*”, corroboraria a assertiva²⁷⁸.

Nítidamente se distanciando da letra do art. XXIII:1, o painel manifestou ser aplicável um grau de causalidade baixo, para não dizer baixíssimo: deve-se apurar se a medida fez uma contribuição maior do que *de minimis* para a anulação ou prejuízo²⁷⁹. Desde então, a doutrina que se ocupa da reclamação de não violação habitualmente alude ao *de minimis standard* pronunciado em *Japan – Film*, censurando-o. A posição do painel, contudo, denota

²⁷⁷ “*If any contracting party should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of:*”.

²⁷⁸ DURLING & LESTER, *op. cit.*, p. 250-251.

²⁷⁹ “*At this stage of the proceeding, the issue is whether such a measure has caused nullification or impairment, i.e., whether it has made more than a de minimis contribution to nullification or impairment*” (*Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, p. 449, § 10.84).

incongruência: se, por um lado, consagrou o merecidamente criticado *de minimis standard*, por outro, efetuou, na prática, uma análise cuidadosa e exigente do nexo de causalidade, como se estrito fosse.

No concernente ao segundo item, o painel resolveu posicionar-se a respeito da alegação japonesa de que as medidas não faziam distinção alguma entre produtos locais e importados, motivo pelo qual não se poderia concluir que elas afetavam a posição concorrencial de produtos importados. No pensar dos Estados Unidos, o Japão estaria a sugerir que apenas medidas que discriminassem abertamente contra produtos importados poderiam acarretar anulação ou prejuízo, algo inconcebível; para o reclamante, o importante era o impacto acarretado pelas medidas sobre os produtos importados.

O painel inclinou-se para o argumento norte-americano. Pontuou que “*mesmo na ausência de discriminação de jure (...), é possível aos Estados Unidos demonstrar discriminação de facto (...)*”²⁸⁰. Porém, advertiu que caberia aos Estados Unidos apresentar uma justificação detalhada de eventual impacto desproporcional das medidas relativamente aos produtos importados, encargo que, ressaltou, seria particularmente dificultoso, visto que questionável a existência de relação entre as medidas e ditos produtos²⁸¹.

O terceiro item diz respeito à relevância de eventual intenção de discriminar produtos importados para a apuração da relação de causa e efeito. Para os Estados Unidos, as medidas discutidas espelhavam uma atitude deliberada do governo japonês de dificultar a entrada de produtos importados no seu mercado, contrabalançando a liberalização comercial consubstanciada na diminuição de tarifas. O contraponto do Japão era de que as medidas objetivavam encorajar a modernização das práticas de distribuição e regular a atividade varejista de grande porte e práticas comerciais restritivas.

²⁸⁰ “*In our view, even in the absence of de jure discrimination (measures which on their face discriminate as to origin), it may be possible for the United States to show de facto discrimination (measures which have a disparate impact on imports)* (Ibid., p. 449, § 10.85).

²⁸¹ Ibid.

Foi asseverado pelo painel que o art. XXIII:1(b) não inclui a intenção de anular ou prejudicar benefícios como elemento da reclamação de não violação. No entanto, o dolo pode ter uma função a desempenhar: uma vez provado, configuraria um indício a favor da alegação de anulação ou prejuízo de benefícios²⁸².

Por último, o colegiado examinou o argumento norte-americano de que, para fins de verificação da relação de causalidade, as medidas devem ser consideradas tanto individualmente como no seu conjunto. Sem descartar a viabilidade do argumento, o painel entendeu que tal análise conjunta era propícia a abusos, devendo ser abordada com a cautela necessária²⁸³.

Os quatro pontos levantados pelo painel, e as considerações que seguiram, constituíram o instrumental teórico que, a seguir, seria por ele aplicado no exame concreto do nexo de causalidade, referentemente a cada uma das medidas.

De todas as considerações tecidas pelo painel em torno do nexo de causalidade na reclamação de não violação, a que surpresa causou foi a relativa ao grau de causalidade demandado – o *de minimis standard*. Que a medida não violadora deva produzir tão-somente uma “*contribuição maior do que de minimis*” para a anulação ou prejuízo parece contrariar tanto o teor do *caput* do art. XXIII:1 como a natureza excepcional da reclamação de não violação. O valor desse *standard* como precedente para casos futuros é mitigado pela atuação exigente do painel ao verificar se as medidas japonesas mantinham uma relação de causa e efeito com as supostas dificuldades de penetração de produtos fotográficos norte-americanos no mercado japonês. Mesmo antes de mencionar o referido *standard*, contraditoriamente o painel já havia expressado que “*os Estados Unidos precisam demonstrar uma correlação clara entre as medidas e o efeito adverso nas relações concorrenciais relevantes*”²⁸⁴.

²⁸² *Ibid.*, p. 450, § 10.87.

²⁸³ *Ibid.*, p. 450, § 10.88.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 448, § 10.82.

A título de conclusão deste tópico, aduza-se que a questão atinente ao nexo de causalidade foi capital para o insucesso da postulação estadunidense em *Japan – Film*; nenhuma medida foi identificada pelo painel como causa de perturbação da posição concorrencial de produtos fotográficos norte-americanos²⁸⁵. A atenção dispensada pelo painel ao nexo de causalidade, uma inovação relativamente a todos os casos anteriores, é mais do que justificada pelas particularidades desse contencioso. Sobretudo nos três casos anteriores sobre não violação exitosos, estavam em pauta medidas governamentais pontuais, facilmente identificáveis, e cuja habilidade para dificultar a concorrência de produtos importados era indiscutível. Em *Japan – Film*, os Estados Unidos trouxeram ao conhecimento do painel um emaranhado de medidas, algumas das quais retroagindo à década de 1960, e aplicando-se a campos diversos da regulação estatal, não abrangidos pelas normas comerciais multilaterais²⁸⁶. Ademais, as medidas dirigiam-se a fins diversos, sem qualquer relação aparente com o comércio internacional.

²⁸⁵ Vejam-se, resumidamente, os argumentos do painel acerca dos três grupos de medidas: (i) medidas de distribuição: o sistema de distribuição exclusivo (*single-brand*) existia antes das medidas alegadas, e independentemente delas; os EUA não provaram que as medidas tinham por escopo promover acordos verticais ou um sistema de distribuição exclusivo; as medidas eram neutras quanto à origem dos produtos e sequer mencionavam papéis fotográficos; (ii) medidas sobre lojas varejistas de grande porte: seu objetivo é comum ao de várias legislações – proteger lojas de pequeno porte; a assertiva de que lojas de grande porte são mais susceptíveis a comercializar filmes importados baseou-se em provas inconclusivas; a normatização sobre lojas de grande porte era mais liberal agora do que no passado; (iii) medidas sobre promoções de venda: ainda que houvesse algumas restrições, as medidas deixavam às indústrias ampla margem de opções para atividades promocionais; restou comprovado que, quando a Kodak despendeu mais recursos com publicidade, sua fatia de mercado aumentou; as medidas visavam à proteção do consumidor e não a barrar produtos importados; era questionável, mesmo, a incidência das medidas sobre filmes e papéis fotográficos.

²⁸⁶ Utilizando como referencial *Japan – Film*, Sara DILLON escreveu artigo altamente crítico da capacidade da OMC para, à revelia dos cidadãos, reverter as legislações nacionais sobre temas variados. Ela inicia a parte conclusiva do artigo dizendo: “*The Fuji-Kodak case is an example of the struggle between domestic political constituencies, who were accustomed over years of democratic development to think that they had a right to influence the content of national legislation, and global pressures to ‘streamline’ domestic legal regimes in order to facilitate the free flow of goods, capital, and supposed consumer choice*” (*Fuji-Kodak, the WTO, and the Death of Domestic Political Constituencies. Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 08, 1999, p. 197-248).

2.2 A ALÍNEA B DO ARTIGO XXIII:1 DO GATT

Finda a análise jurisprudencial das figuras contidas no *caput* do art. XXIII:1 do GATT, cumpre realizar o mesmo movimento relativamente à alínea *b* do § 1º do aludido artigo. Nesse sentido, passar-se-ão em revista pronunciamentos da jurisprudência sobre não violação acerca de *medida*, conforme esse termo encontra-se disposto no art. XXIII:1(b): “*da aplicação por outra das Partes Contratantes de uma medida (2.2.1), contrária ou não às disposições do presente Acordo*” (2.2.2).

2.2.1 “da aplicação por outra das Partes Contratantes de uma *medida*”

A exigência de haver uma *medida* atribuível ao Estado é central no que diz respeito à solução de controvérsias, isso valendo tanto para a reclamação de não violação como para a de violação. O Acordo da OMC, no art. XVI:4, determina que “*todo membro deverá assegurar a conformidade de suas leis, regulamentos e procedimentos administrativos com as obrigações constantes nos Acordos em anexo*”²⁸⁷; é largo o leque de medidas que podem levar a uma violação – ou constituir uma medida não proibida a teor do art. XXIII:1(b) –, incluindo atos omissivos, judiciais e mesmo medidas não obrigatórias, como se verá²⁸⁸.

²⁸⁷ “*Each Member shall ensure the conformity of its laws, regulations and administrative procedures with its obligations as provided in the annexed Agreements*”.

²⁸⁸ NETO, *op. cit.*, p. 264. “*In all cases the measure had to be that of the respondent. Most cases dealt with positive actions. It is, however, recognized that even an omission can fulfil this element, as the 1952 case of Norway against Germany shows. Germany had promised to enhance the competitive position of a Norwegian product without entering into an international obligation. Later, it did not carry out its promise, which led to a successful non-violation complaint by Norway*” (VON BOGDANDY, *op. cit.*, p. 105).

O termo *medida* é utilizado para identificar a base fática de uma demanda²⁸⁹; toda “matéria” trazida perante o OSC deve consistir em dois elementos: a *medida* em questão, como uma lei ou regulamento²⁹⁰, e a *base legal* da queixa, situada em um dos acordos abrangidos²⁹¹. Uma incursão no ESC reforça que o recurso à solução de controvérsias não se pode furtar da identificação de uma medida. Para dar somente um exemplo, veja-se o art. 3:3:

É essencial para o funcionamento eficaz da OMC e para a manutenção de equilíbrio adequado entre os direitos e as obrigações dos Membros a pronta solução das situações em que um Membro considere que quaisquer benefícios resultantes, direta ou indiretamente, dos acordos abrangidos tenham sofrido restrições *por medidas adotadas por outro Membro*²⁹². (grifou-se)

O requisito de que exista uma medida faz ver, por outro lado, que apenas são sindicáveis pela OMC a conduta de *Estados*²⁹³; a conduta de *particulares* que porventura represente um entrave ao comércio internacional não é acionável perante o mecanismo de solução de controvérsias²⁹⁴. A preocupação com que condutas de agentes econômicos privados pudessem constituir barreiras ao comércio, minando a liberalização comercial, aliás,

²⁸⁹ NETO, *op. cit.*, p. 263.

²⁹⁰ A jurisprudência do GATT consolidara que uma lei só poderia ser questionada em abstrato caso fosse obrigatória, isto é, quando não concedesse ao Executivo a possibilidade de agir de outro modo. Caso a lei fosse discricionária, concedendo ao Executivo, apenas, uma faculdade de agir, somente uma aplicação concreta dessa lei poderia ser questionada. A distinção lei *obrigatória* x *discricionária* tem sido reexaminada pelos órgãos julgadores da OMC, sugerindo-se, como em *US – Section 301*, que a censura à lei dependerá mais da interpretação do dispositivo legal da OMC por meio do qual ela é questionada do que do seu caráter obrigatório ou discricionário. Sobre o tema: BHUIYAN, Sharif. Mandatory and Discretionary Legislation: The Continued Relevance of the Distinction Under the WTO. *Journal of International Economic Law*, vol. 05, n. 03, 2002, p. 571-604.

²⁹¹ MAVROIDIS & PALMETER, *op. cit.*, p. 24.

²⁹² “3. *The prompt settlement of situations in which a Member considers that any benefits accruing to it directly or indirectly under the covered agreements are being impaired by measures taken by another member is essential to the effective functioning of the WTO and the maintenance of a proper balance between the rights and obligations of Members*”. Art. 6:2: “*The request for the establishment of a panel shall be made in writing. It shall indicate whether consultations were held, identify the specific measures at issue and provide a brief summary of the complaint (...)*”. Art. 19:1: “*Where a panel or the Appellate Body concludes that a measure is inconsistent with a covered agreement, it shall recommend that the Member concerned bring the measure into conformity with that agreement. (...)*”. (grifou-se)

²⁹³ Ou uniões aduaneiras que tenham acedido à OMC. A propósito, o art. XII:1 do Acordo da OMC: “*Any State or separate customs territory possessing full autonomy in the conduct of its external commercial relations and of the other matters provided for in this Agreement and the Multilateral Trade Agreements may accede to this Agreement, on terms to be agreed between it and the WTO. (...)*”

²⁹⁴ “*The EEC was only saying that profits of the importers gained by importing inexpensive semi-conductors were lost as the exporters voluntarily eliminated any export practice which might be considered as dumping. Such corporate action was not the subject for the dispute settlement procedures of the General Agreement*” (*Japan – Trade in Semi-Conductors*, p. 19, § 71).

esteve à raiz da iniciativa de, na Conferência Ministerial de Singapura, em 1996, incluir o tema da “política de concorrência” na agenda da OMC²⁹⁵.

A exigência de que uma medida do Estado deve fazer-se presente para que se proponha tanto uma queixa de violação quanto de não violação atesta um ponto importante: à diferença do que acontece em direito internacional geral, em direito internacional do comércio, seja na responsabilização por violação, seja na por não violação, há *identidade* no que diz respeito à regra basilar de imputação do ato (ilícito ou não proibido) ao Estado – *o ato (medida) deve ser por ele praticado*²⁹⁶. Em direito internacional geral, há, como premissa, em se tratando de responsabilidade *sine delicto*, um afastamento das regras “tradicionais” de imputação do ato ao Estado: esse será responsável desde que o dano seja ocasionado a partir da sua jurisdição, não importando se à origem do dano se encontra órgão do Estado ou um particular.

De acordo com NETO, o estudo de medida insere-se na temática da “imputação do ato internacionalmente ilícito ao Estado na OMC”²⁹⁷. A violação de uma obrigação seria decomposta em dois elementos, um *objetivo* (a ocorrência da violação de uma obrigação

²⁹⁵ Já na Conferência de Havana de 1947 o delegado norte-americano assim justificou a inclusão de capítulo sobre práticas comerciais restritivas na Carta da OIC: “*Por que achamos necessário incluir um capítulo especial relativo à abolição das restrições ao comércio no projeto da Carta? Este capítulo nos parece extremamente importante e sua ausência provocaria grande prejuízo ao sucesso deste projeto. Trata-se, em primeiro lugar, de eliminar ou, pelo menos de reduzir as barreiras à expansão do comércio. A Comissão de Política Comercial ocupa-se das barreiras comerciais erigidas pelos governos. Mas se deixarmos nas mãos dos particulares a possibilidade de erigir barreiras idênticas, não faríamos nosso trabalho senão pela metade. As restrições estabelecidas pelos particulares são eficientes e perigosas ou, talvez, até mais, às vezes. Se as mercadorias logram algumas vezes circular de um país para outro apesar das disciplinas alfandegárias, existem acordos entre particulares – os cartéis – que podem impedir totalmente esta circulação. Eles podem, com efeito, criar um embargo completo sobre essas mercadorias; por exemplo, se há divisão de mercados ou o estabelecimento de quantidades pré-fixadas para cada membro do cartel – em especial se esses membros controlam ao mesmo tempo o fornecimento das mercadorias e de suas matérias-primas – a restrição à circulação torna-se absoluta*” (Apud BAHADIAN, Adhemar Gabriel. *A tentativa do controle do poder econômico nas Nações Unidas: estudo do conjunto de regras e princípios para o controle das práticas restritivas*. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 1992, p. 20-21).

²⁹⁶ Diferentemente do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade por Atos Internacionalmente Ilícitos, que dedica 08 artigos (4º ao 11º) à “atribuição da conduta ao Estado”, o tema não recebe tratamento claro no direito da OMC. Foge aos limites deste trabalho abordar, genericamente, o tema da atribuição na OMC. Recomenda-se, contudo, artigo de Santiago M. VILLALPANDO: Attribution of Conduct to the State: How the Rules of State Responsibility May Be Applied Within the WTO Dispute Settlement System. *Journal of International Economic Law*, vol. 05, n. 02, 2002, p. 393-420.

²⁹⁷ *Op. cit.*, p. 277-284. As considerações do autor não deixam de ser válidas a respeito da imputação do ato *não proibido* ao Estado na OMC.

internacional) e outro *subjetivo* (a imputabilidade da conduta ao Estado)²⁹⁸. Entretanto, essa análise, na OMC, geralmente não é conduzida de forma separada pelos órgãos julgadores, visto que, em regra, as condutas geradoras do ilícito (assim como aquelas não proibidas) estão consubstanciadas em atos evidentemente atribuíveis ao Estado (uma lei, uma medida administrativa, etc.)²⁹⁹. Apenas excepcionalmente – e aqui a atenção se volta, sobretudo, à seara da reclamação de não violação – é que a atribuição da conduta ao Estado (ou seja, a existência de uma medida) tornou-se um “tema” para os órgãos julgadores.

Em prosseguimento, buscar-se-á apontar, de acordo com a jurisprudência, que grau de envolvimento estatal é necessário para que se configure uma medida atribuível ao Estado (2.2.1.1). O enfrentamento dessa questão surgiu em um contexto específico, no marco do ambiente regulatório japonês. Após, será examinado se, também segundo a jurisprudência, há espécies de medidas que escapam à aplicação da reclamação de não violação (2.2.1.2).

2.2.1.1 Que grau de envolvimento estatal é necessário para que se configure uma medida atribuível ao Estado?

Afirmou-se, em linhas precedentes, que os limites do que constitui uma medida não foi questão recorrente para os órgãos julgadores do GATT/OMC; salvo exceções, revelou-se habitualmente pacífico que se estava diante de uma medida imputável ao Estado. A regra geral é aproveitada quanto à reclamação de não violação; nos três casos em que ela foi

²⁹⁸ Essa visão corresponde ao art. 2º do Projeto de Artigos da CDI: “*There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) Is attributable to the State under international law; and (b) Constitutes a breach of an international obligation of the State*”.

²⁹⁹ VILLALPANDO, *op. cit.*, p. 396-397.

exitosa, eram discutidos *subsídios* (*Australian Subsidy* e *EEC – Oilseeds*) e *tarifas alfandegárias* (*Germany – Sardines*), medidas, a toda evidência, atribuíveis ao Estado.

A jurisprudência sobre não violação, não obstante, contempla dois casos em que foram exploradas as “fronteiras” do termo medida, quais sejam, *Japan – Semi-conductors* e *Japan – Film*. A circunstância de, em ambos, estar envolvido o Japão, na qualidade de reclamado, não é coincidência: nos dois casos se debatia uma prática considerada peculiar da atuação governamental japonesa, a *orientação administrativa* (*administrative guidance*). A decisão de *Japan – Film* fez-se valer de conclusões tiradas em *Japan – Semi-conductors*. O foco principal será a primeira decisão, pois isso proporcionará que se aborde, igualmente, o quanto contido sobre a questão em *Japan – Semi-conductors*.

O painel em *Japan – Film* inaugura as suas considerações referindo que há medidas de diferentes naturezas entre aquelas mencionadas pelos Estados Unidos. Haveria, de um lado, medidas tradicionais na acepção do GATT, como leis e regulamentos. De outro, porém, haveria “*formas de ação governamental menos formais ou menos concretas*”³⁰⁰, bem como autorizações de certas atividades privadas, o que levantava a interrogação de até que ponto ditas atividades poderiam ser atribuídas ao Estado. Visto que menos convencionais, o painel entendeu que algumas observações de cunho geral deveriam ser feitas relativamente às duas últimas espécies de medidas, cujo status de medida era negado pelo Japão.

No seu sentido corriqueiro, medida, segundo o painel, equivaleria a uma lei ou regulamento promulgado por um governo; o termo, contudo, teria amplitude maior, abrangendo, também, ações sem força obrigatória³⁰¹. Referiu, a seguir, que o governo japonês por vezes age através do que se denomina “orientação administrativa”; ainda que a firma que

³⁰⁰ Tais como “*general policy statements by government agencies and officials of various ranks*” (*Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, p. 437, § 10.42).

³⁰¹ “*The ordinary meaning of measure as it is used in Article XXIII:1(b) certainly encompasses a law or regulation enacted by a government. But in our view, it is broader than that and includes other governmental actions short of legally enforceable enactments*” (*Ibid.*, p. 437, § 10.43 – grifado no original).

receba a orientação não esteja legalmente obrigada a segui-la, a obediência, apontou o painel, é provável por conta de um sistema de incentivos e desincentivos criado pelo governo.

O painel remete a *Japan – Semi-conductors*, decisão que abordou a mesma espécie de práticas japonesas, e que preconizou que, se a orientação administrativa criar um sistema de incentivos e desincentivos para particulares agirem de determinada maneira, ela deve ser igualada a uma medida governamental.

Em *Japan – Semi-conductors*, debatiam-se restrições às exportações de semicondutores, que, para a Comunidade Europeia, eram atribuíveis ao governo do Japão, e violadoras do art. XI:1 do GATT. Já o Japão argumentava que as diretivas que visavam a inibir a prática de dumping por exportadores japoneses não poderiam receber a qualificação de medidas, pois não eram obrigatórias³⁰². Na visão do painel, nem todos os requerimentos não obrigatórios poderiam ser considerados medidas segundo o art. XI:1. Para que tal ocorresse, dois critérios deveriam fazer-se presentes, *in verbis* (parte da passagem abaixo foi transcrita em *Japan – Film*):

Primeiro, que havia motivos razoáveis para crer que incentivos ou desincentivos suficientes existiam para que medidas não obrigatórias surtissem efeito. Segundo, que a operação de medidas com o escopo de restringir a exportação de semi-condutores por preços abaixo do custo era essencialmente dependente de ação ou intervenção governamentais. (...) O Painel considerou que se esses dois critérios fossem preenchidos, as medidas estariam operando em uma maneira equivalente a requerimentos obrigatórios, de modo que a diferença entre as medidas e requerimentos obrigatórios seria somente de forma e não de substância (...) ³⁰³.

³⁰² “The Panel understood the main contentions of the parties (...) to be the following. The EEC considered that such measures constituted restrictions on the sale for export of semi-conductors at prices below company-specific costs through measures other than duties, taxes or charges within the meaning of Article XI:1. Japan contended that there were no governmental measures limiting the right of Japanese producers and exporters to export semi-conductors at any price they wished. The Government’s measures to avoid sales at dumping prices were not legally binding and therefore did not fall under Article XI:1. Exports were limited by private enterprises in their own self-interest and such private action was outside the purview of Article XI:1” (*Japan – Trade in Semi-Conductors*, p. 27-28, § 102).

³⁰³ “First, there were reasonable grounds to believe that sufficient incentives or disincentives existed for non-mandatory measures to take effect. Second, the operation of the measures to restrict exports of semi-conductors at prices below company-specific costs was essentially dependent on Government action or intervention. (...) The Panel considered that if these two criteria were met, the measures would be operating in a manner equivalent to mandatory requirements such that the difference between the measures and mandatory requirements was only one of form and not of substance (...)” (*Ibid.*, p. 29, § 108).

O painel em *Japan – Film* resolve, então, utilizar os dois critérios forjados em *Japan – Semi-conductors*³⁰⁴, ressaltando que a análise pode não se limitar a esses dois critérios. Com efeito, a análise em *Japan – Film* é suplementada por mais um critério, atinente aos “efeitos” dos atos em questão³⁰⁵; nesse diapasão, o órgão julgador coloca que...

(...) nós devemos estar abertos a uma definição ampla do termo medida para fins do Artigo XXIII:1(b), a qual considera se uma ação governamental não obrigatória tem um efeito similar ou não a uma obrigatória³⁰⁶.

Se não fosse adotada uma definição ampla, medidas que denotassem alguma forma de envolvimento governamental e causassem anulação ou prejuízo correriam o risco de ficar excluídas do âmbito do art. XXIII:1(b), frustrando o propósito desse artigo³⁰⁷.

Outra ordem de considerações foi dedicada, especificamente, à questão de, em que grau, a conduta de particulares pode ser atribuída ao Estado³⁰⁸. O painel inicia pela assertiva

³⁰⁴ Para que não fique em aberto, transcreve-se o parágrafo conclusivo acerca do preenchimento dos 2 critérios apresentados: “*All these factors led the Panel to conclude that an administrative structure had been created by the Government of Japan which operated to exert maximum pressure on the private sector to cease exporting at prices below company-specific costs. This was exercised through such measures as repeated direct requests by MITI, combined with the statutory requirement for exporters to submit information on export prices, the systematic monitoring of company and product-specific costs and export prices and the institution of the supply and demand forecasts mechanism and its utilization in a manner to directly influence the behavior of private companies. These measures operated furthermore to facilitate strong peer pressure to comply with requests by MITI and at the same time to foster a climate of uncertainty as to the circumstances under which their exports could take place. The Panel considered that the complex of measures exhibited the rationale as well as the essential elements of a formal system of export control. The only distinction in this case was the absence of formal legally binding obligations in respect of exportation or sale for export of semi-conductors. However, the Panel concluded that this amounted to a difference in form rather than substance because the measures were operated in a manner equivalent to mandatory requirements. The Panel concluded that the complex of measures constituted a coherent system restricting the sale for export of monitored semi-conductors at prices below company-specific costs to markets other than the United States, inconsistent with Article XI:1*” (Ibid., p. 31, § 117).

³⁰⁵ “*Moreover, we also consider it conceivable, in cases where there is a high degree of cooperation and collaboration between government and business, e.g., where there is substantial reliance on administrative guidance and other more informal forms of government-business cooperation, that even non-binding, hortatory wording in a government statement of policy could have a similar effect on private actors to a legally binding measure or what Japan refers to as regulatory administrative guidance*” (*Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, p. 439, § 10.49).

³⁰⁶ “*(...) we should be open to a broad definition of the term measure for purposes of Article XXIII:1(b), which considers whether or not a non-binding government action has an effect similar to a binding one*” (Ibid.).

³⁰⁷ Que seria “*to protect the balance of concessions under GATT by providing a means to redress government actions not otherwise regulated by GATT rules that nonetheless nullify or impair a Member’s legitimate expectations of benefits from tariff negotiations*” (Ibid., p. 439, § 10.50).

³⁰⁸ Concorde-se com VILLALPANDO quando esse afirma que, apesar de o painel em *Japan – Film* ter feito alusão ao problema da atribuição da conduta de particulares ao Estado, a questão, em verdade, foi decidida sob outro fundamento – uma interpretação ampliada de medida: “*Although the Panel referred to the general problem*

basilar de que medida, em quaisquer dos acordos da OMC, diz respeito a ações governamentais e não de particulares. No entanto, aponta que em alguns casos os painéis foram confrontados com o difícil encargo de determinar até que ponto o que aparentam ser ações privadas podem ser atribuídas ao governo devido a envolvimento ou chancela governamental dessas ações. Novamente, é colado trecho de *Japan – Semi-conductors*:

... uma estrutura administrativa havia sido criada pelo Governo do Japão que operava para exercer máxima pressão sobre o setor privado para que esse parasse de exportar a preços abaixo do custo ... o Painel considerou que o complexo de medidas exibia a rationale bem como os elementos essenciais de um sistema formal de controle de exportações³⁰⁹.

O órgão julgador em *Japan – Film* conclui dizendo que “o fato de uma ação ter sido tomada por particulares não elimina a possibilidade de ela ser considerada governamental se houver envolvimento suficiente do governo”; a matéria, porém, não se presta a que se tracem linhas claras, pelo que deverá ser resolvida caso a caso³¹⁰.

Municiado com essas digressões gerais acerca de medida (bem como acerca dos outros dois elementos, *benefício e anulação ou prejuízo*), o painel passou a aplicar os testes que formulou a cada medida apontada pelos Estados Unidos, a fim de aferir se ela era merecedora desse status. A título de ilustração, é de ver-se, rapidamente, como essa aferição foi conduzida, escolhendo-se, para tanto, as “medidas de distribuição” (*distribution measures*).

of attribution to the State of private actions, the Film case itself was solved on completely different grounds. In fact, the Panel relied on a broad definition of the term ‘measure’ under Article XXIII:1(b) of the GATT as including, once again, the Japanese government’s administrative guidance influencing private parties. (...) In any case, however, the responsibility of Japan was inferred from the conduct of the Government, and not of private parties” (Op. cit., p. 417 – grifado no original).

³⁰⁹ “... an administrative structure had been created by the Government of Japan which operated to exert maximum possible pressure on the private sector to cease exporting at prices below company-specific costs ... the panel considered that the complex of measures exhibited the rationale as well as the essential elements of a formal system of export control” (*Japan – Trade in Semi-Conductors*, p. 31, § 117).

³¹⁰ “(...) the fact that an action is taken by private parties does not rule out the possibility that it may be deemed to be governmental if there is sufficient government involvement with it. It is difficult to establish bright-line rules in this regard, however. Thus, that possibility will need to be examined on a case-by-case basis” (*Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, p. 441, § 10.56). Uma última ordem de considerações gerais voltou-se à “dimensão temporal” das medidas; o painel observou que o art. XXIII:1(b) está redigido no tempo *presente*, e, portanto, a medida alvo da reclamação de não violação deve *estar sendo* aplicada. Essa circunstância, em verdade, aponta uma limitação do mecanismo de solução de controvérsias: o recurso a ele só é permitido, em regra, frente a um *ato continuado incompleto* (ilícito ou não proibido).

De oito “medidas” invocadas, o painel reputou que quatro eram dignas de tal qualificação, sendo que sobre duas dessas não existia controvérsia³¹¹. Acerca das “1970 MITI Guidelines for Rationalizing Terms of Trade for Photographic Film”³¹², entendeu-se que elas eram mais do que meras sugestões, proporcionando incentivos para particulares agirem de determinada maneira, e surtindo, sobre a atividade comercial, efeitos similares aos de uma medida obrigatória³¹³. O mesmo entendimento foi adotado com relação ao “1971 Basic Plan for the Systemization of Distribution”: apesar de não consistir em uma lei ou um regulamento, e ter sido formulado por um órgão consultivo “quase-governamental”, o plano poderia ser igualado a uma medida, já que o órgão fora criado pelo MITI (*Ministry of International Trade and Industry*) e o MITI tem atuado junto ao setor privado desde a criação do plano para assegurar a sua implementação³¹⁴.

Por outro lado, as quatro “medidas” restantes³¹⁵ foram classificadas como de natureza *privada*, logo fora da alçada do art. XXIII:1(b). Elas foram promovidas por um órgão privado ou por entidades afiliadas ao MITI (porém sem agentes governamentais na sua composição), e

³¹¹ “1967 Cabinet Decision on Liberalization of Inward Direct Investment” e “1967 JFTC Notification No. 17 on Premiums to Business”.

³¹² “The United States argues that the 1970 Guidelines are directed at promoting vertical integration in the film distribution sector through the use of transaction terms so as to tie wholesale distributors more closely to domestic manufacturers” (*Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, p. 467, § 10.157).

³¹³ “In light of these statements and actions by MITI and industry associations, we consider that there is sufficient likelihood that the administrative guidance given by MITI in the 1970 Guidelines provides sufficient incentives for private parties to act in a particular manner such that it would have a similar effect on business activity in Japan to a legally binding measure” (*Ibid.*, p. 468, § 10.161).

³¹⁴ “(...) we note that the 1971 Basic Plan is not a law or regulation nor does it provide incentives or disincentives to the private sector to take particular action. Although the 1971 Basic Plan was authored and published by a quasi-governmental advisory body composed of academics, industry representatives and government officials, it nonetheless bears some hallmarks of a governmental measure in that the Distribution Systemization Promotion Council was created by MITI and commissioned by MITI to prepare the plan. Moreover, as noted above, upon its publication senior MITI officials endorsed the plan and stated that MITI would work with the private sector to ensure implementation of the plan’s recommendations. In light of these statements and actions by MITI, we consider that there is sufficient likelihood that the administrative guidance given by MITI in connection with the 1971 Basic Plan provides sufficient incentives for private parties to act in a particular manner such that it would have a similar effect on business activity in Japan to a legally binding measure” (*Ibid.*, p. 473, § 10.180).

³¹⁵ “1968 Sixth Interim Report on ‘Distribution Modernization Outlook and Issues’”, “1969 Seventh Interim Report on ‘Systemization of Distribution Activities’”, “1969 Survey Report Regarding Transaction Terms” e “1975 Manual for Systemization of Distribution by Industry: Camera and Film”.

não proporcionavam incentivos ou desincentivos para o setor privado comportar-se de determinada forma.

2.2.1.2 Há espécies de medidas que escapam à aplicação do art. XXIII:1(b)?

Resta verificar se, conforme a jurisprudência sobre o art. XXIII:1(b), existem espécies de medidas que são imunes à reclamação de não violação. A hipótese seria de construção jurisprudencial, uma vez que não há, na alínea *b* do art. XXIII:1, nenhuma limitação desse gênero.

Na casuística, a discussão alavancou-se ao redor de medida justificada por dispositivos que prevêem *exceções* às regras comerciais multilaterais. Mesmo que, sobre a questão, só tenha havido pronunciamento judicial em um único contencioso, o entendimento, ademais de contar com a chancela do órgão de apelação, transcende o caso concreto (em que estava em debate medida amparada no art. XX do GATT), aplicando-se claramente à generalidade das medidas.

O contencioso em apreço foi *EC – Asbestos*, em que a discussão foi ventilada sob a forma de questão preliminar levantada pela reclamada, a Comunidade Europeia. Era sugerido que não poderia existir, por parte do reclamante, expectativa legítima com relação a medidas introduzidas com a finalidade de proteção à saúde (art. XX(b)³¹⁶); tal expectativa, para a reclamada, só poderia existir no tocante a medidas de natureza comercial. Isso faria que

³¹⁶ Art. XX: “Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: (...) (b) necessary to protect human, animal or plant life or health”.

medidas baseadas nas exceções do art. XX não fossem atingidas pela reclamação de não violação. O painel rejeitou o argumento europeu:

(...) nós observamos, primeiramente, que nem o texto do Artigo XXIII:1(b) do GATT 1994 nem o do Artigo 26:1 do Entendimento incorporam expressamente a separação sugerida pela CE entre medidas de natureza puramente comercial e medidas com o escopo de proteção à saúde humana. Embora esses artigos requeiram a existência de uma *medida* – o que nenhuma das Partes contesta – eles não distinguem entre diferentes *tipos* de medidas. Nós também concluímos, com base no Artigo XX, que a aplicação do último não exclui *a priori* a aplicação do Artigo XXIII:1(b). Nós concluímos, dessa forma, que os termos e o contexto do Artigo XXIII:1(b) não corroboram a interpretação proposta pela CE³¹⁷. (grifado no original)

Vê-se que o painel se guiou, essencialmente, pelo critério gramatical para concluir que o art. XXIII:1(b) se aplica a toda sorte de medidas, independentemente da sua natureza. A interpretação foi confirmada pelo órgão de apelação:

As Comunidades Europeias sustentam que o Painel errou ao decidir que o Artigo XXIII:1(b) se aplica a medidas que perseguem objetivos relacionados à saúde, em vez de objetivos comerciais, e que podem, portanto, ser justificadas pelo Artigo XX(b) do GATT 1994. Novamente, nós olhamos para o texto do Artigo XXIII:1(b), o qual estabelece que “a aplicação por outro Membro de qualquer medida” pode dar origem a uma causa de pedir segundo aquele dispositivo. A utilização da palavra “qualquer” sugere que medidas de todos os tipos podem dar origem à referida causa de pedir. O texto não distingue, ou exclui, certos tipos de medida. Claramente, portanto, o texto do Artigo XXIII:1(b) contradiz o argumento das Comunidades Europeias de que certos tipos de medidas, designadamente aquelas com objetivos relacionados à saúde, estão excluídas do âmbito de aplicação do Artigo XXIII:1(b)³¹⁸. (grifou-se)

³¹⁷ “(...) we note, first of all, that neither the text of Article XXIII:1(b) of the GATT 1994 nor that of Article 26:1 of the Understanding expressly incorporates the separation suggested by the EC between measures of a purely commercial nature and measures designed to protect human health. Although these articles require the existence of a measure – which neither of the Parties disputes – they do not distinguish between different types of measures. We have also found, on the basis of Article XX, that the application of the latter does not a priori exclude the application of Article XXIII:1(b). We therefore find that the terms and the context of Article XXIII:1(b) do not support the interpretation proposed by the EC” (European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products, WTO Panel Report, p. 456, § 8.266).

³¹⁸ “The European Communities also contends that the Panel erred in finding that Article XXIII:1(b) applies to measures which pursue health, rather than commercial, objectives and which can, therefore, be justified under Article XX(b) of the GATT 1994. Once again, we look to the text of Article XXIII:1(b), which provides that ‘the application by another Member of any measure’ may give rise to a cause of action under that provision. The use of the word ‘any’ suggests that measures of all types may give rise to such a cause of action. The text does not distinguish between, or exclude, certain types of measure. Clearly, therefore, the text of Article XXIII:1(b) contradicts the European Communities’ argument that certain types of measure, namely, those with health objectives, are excluded from the scope of application of Article XXIII:1(b)” (European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products, WTO AB Report, p. 69, § 188).

Antes de *EC – Asbestos, US – Nicaragua* havia fornecido pistas de que o art. XXIII:1(b) seria aplicável mesmo em face de uma medida calcada em uma exceção, dessa feita nas “*Security Exceptions*” do art. XXI. Em suas razões, a Nicarágua aduziu que “*havia sido reconhecido tanto pelos redatores do Acordo Geral como pelas Partes Contratantes que a invocação do Artigo XXI não excluía recurso ao Artigo XXIII*”³¹⁹, afirmação com a qual os Estados Unidos concordaram (apesar de não terem permitido que o painel julgasse a conformidade do embargo com o art. XXI)³²⁰.

2.2.2 “contrária ou não às disposições do presente Acordo”

Examinando-se a letra da alínea *b* do art. XXIII:1, vislumbra-se que *medida* é seguida de um qualificativo, qual seja, “*contrária ou não às disposições do presente Acordo*” (“*whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement*”). Esse qualificativo introduz a seguinte indagação: uma medida conflitante com um dos acordos (violadora, portanto) pode dar origem a uma reclamação de não violação?

De acordo com a alínea *a*, caberá a reclamação de violação na hipótese do “*não cumprimento por outra das Partes Contratantes dos compromissos pela mesma assumidos em virtude do presente Acordo*” (“*the failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement*”). Há, pois, *aparentemente*, uma “zona de confluência” entre as reclamações de violação e de não violação: ambas seriam aplicáveis em acontecendo

³¹⁹ “*It had also been recognized both by the drafters of the General Agreement (EPCT/A/SR.33) and by the CONTRACTING PARTIES (BISD 29S/29) that an invocation of Article XXI did not prevent recourse to Article XXIII*” (*United States – Trade Measures Affecting Nicaragua*, p. 08, § 4.8).

³²⁰ “*The United States recognized that a measure not conflicting with obligations under the General Agreement could be found to cause nullification and impairment and that an invocation of Article XXI did not prevent recourse to the procedure of Article XXIII*” (*Ibid.*, p. 08, § 4.9 – grifado no original).

uma violação (ao passo que a última se aplicaria, igualmente, a hipóteses de não violação). Ocorre que essa suposição se desmente.

Acontecendo, *única e exclusivamente*, uma violação, a reclamação cabível é a de violação (art. XXIII:1(a)). Comungando dessa opinião, CHUA faz alusão à “*prática dos painéis de declinarem de emitir julgamentos sobre reclamações de não violação quando o litígio possa ser resolvido sob outros fundamentos*”³²¹. Em regra, a reclamação de não violação é apresentada em caráter subsidiário à de violação³²² (mesmo quando a parte postulante não especifica se embasa o seu pleito na alínea *a* ou *b*, os painéis verificam, primeiro, se há uma violação, presumindo que a reclamação principal é de violação); assim, o pleito de não violação só será examinado se o de violação não for acatado³²³. Desse modo, a verificação de uma violação, por parte do painel, exclui o exame do pleito de não violação³²⁴.

³²¹ “*This flows from the panel practice of declining to make rulings on non-violation complaints where the dispute may be disposed of on other grounds*” (Op. cit., p. 43-44).

³²² Uma exceção, já se disse, é *Japan – Film*: “*Even though there would appear to be merit in the traditional approach of first considering violation claims before moving to claims of non-violation, given that in the particular case before us the United States and Japan have begun with the non-violation claims in their written and oral presentations and have devoted the lion’s share of their arguments to this portion of the case, we consider that it would be most efficient to also follow the sequence chosen by the parties in addressing the US claims. We shall therefore first address the US claims dealing with non-violation nullification or impairment under Article XXIII:1(b) and thereafter consider the US violation claims under Articles III:4 and X:1*” (*Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, p. 433, § 10.27).

³²³ “*The Panel recalled Canada’s subsidiary argument with respect to the federal and state tax measures, that these United States measures nullified or impaired tariff concessions on beer, wine and cider granted by the United States pursuant to Article II. (...) However, in view of the fact that the Panel found violations of Article III:2 with respect to the federal and state tax measures of the United States, the Panel did not consider it necessary to address this alternative allegation of non-violation nullification or impairment*” (*United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, GATT Panel Report, adopted 19 June 1992, DS23/R – BISD 39S/206, p. 65, § 5.28).

³²⁴ *EEC – Oilseeds* poderia levar o leitor desavisado a considerar que a reclamação de não violação foi aplicada a situação de “*violação*”; porém, esse caso também apresenta um qualificativo. Uma breve suma do caso impõe-se: a CE favorecia produtores domésticos de oleaginosas através da fixação de preços para a sua comercialização, em valor acima dos preços das oleaginosas importadas. Para assegurar que a produção doméstica fosse comercializada, a CE oferecia aos processadores (compradores) um pagamento, que consistia na diferença entre o preço fixado e aquele praticado no mercado internacional. A CE alegava que sua conduta era legal, pois o art. III:8(b) autorizava o “*pagamento de subsídios exclusivamente a produtores domésticos*”. Contudo, o painel apurou que uma parcela dos pagamentos era “*retida*” pelos processadores (porquanto, comumente, compravam as oleaginosas domésticas por preço abaixo do fixado), de modo que esses também restavam beneficiados. O painel entendeu que os pagamentos eram um incentivo para que os processadores só comprassem oleaginosas domésticas, em violação ao art. III:4. No entanto, mesmo que a CE conformasse os pagamentos ao art. III:4, de forma que se limitassem a repassar aos processadores o equivalente à diferença no preço, o painel reputou que a continuidade dos subsídios aos produtores domésticos, consubstanciado no sistema de fixação de preços, poderia dar margem a anulação ou prejuízo nos termos do art. XXIII:1(b). Portanto, a medida visada pela reclamação de não violação eram os subsídios garantidos aos produtores, medida essa “*não proibida*”, segundo o art. III:8(b). “*The Panel then turned to the complaint by the United States that the grant of subsidies to Community producers*

Com efeito, para que ocorra uma violação, e ainda assim a reclamação de não violação seja aplicável, a praxis demonstra que a violação deve vir acompanhada de um qualificativo, como, por exemplo, que a medida seja justificada por uma exceção. Sobre essa questão o órgão de apelação manifestou-se em *EC – Asbestos, in verbis*:

O texto do Artigo XXIII:1(b) estipula que uma queixa com base nessa disposição surge quando um “benefício” está sendo “anulado ou prejudicado” pela “aplicação ... de qualquer medida, *contrária ou não às disposições do presente Acordo*”. A letra da disposição, portanto, estabelece claramente que uma queixa pode obter êxito, com base no Artigo XXIII:1(b), *mesmo se a medida “conflitar” com algumas disposições substantivas do GATT 1994*. Daí se conclui que uma medida pode, *em um único e mesmo tempo*, ser inconsistente com, ou violar, uma disposição do GATT e, no entanto, dar origem a uma causa de pedir com base no Artigo XXIII:1(b)³²⁵. (grifado no original)

O órgão de apelação revisava decisão do painel sobre questão preliminar arguida pela Comunidade Europeia, em que essa sustentava que o art. XXIII:1(b) só seria aplicável se a medida (decreto francês banindo a comercialização de produtos com amianto) fosse considerada compatível com o art. III (caso contrário não haveria “não violação”)³²⁶, bem como que a aplicabilidade do dispositivo quedaria afastada se fosse entendido que a medida

of oilseeds had nullified or impaired benefits accruing to the United States (...). The Panel first examined whether its finding that the payments to the processors are inconsistent with the General Agreement might make an examination of the question of the nullification or impairment of the tariff concessions unnecessary. (...) The Panel noted that the subsidies the Community presently grants to producers of oilseeds result from the maintenance of producer prices at levels generally exceeding the price of competing imports through payments to processors conditional upon the purchase or transformation of domestic oilseeds. The finding of the Panel under Article III:4 does not relate to the benefits accruing to the Community producers under the Community subsidy schemes but only to benefits accruing to processors. The Panel further noted that the Community could comply with the Panel’s finding on Article III and still make available in the Community market oilseeds produced with the benefit of producer prices maintained at levels exceeding the price of competing imports. Compliance with the finding on Article III thus could, but would not necessarily, eliminate the basis of the United States complaint that the benefits accruing to the Community producers of oilseeds impair the Community’s tariff concessions for oilseeds” (European Economic Community – Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins, p. 33, § 142).

³²⁵ *“The text of Article XXIII:1(b) stipulates that a claim under that provision arises when a ‘benefit’ is being ‘nullified or impaired’ through the ‘application ... of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement’. The wording of the provision, therefore, clearly states that a claim may succeed, under Article XXIII:1(b), even if the measure ‘conflicts’ with some substantive provisions of the GATT 1994. It follows that a measure may, at one and the same time, be inconsistent with, or in breach of, a provision of the GATT 1994 and, nonetheless, give rise to a cause of action under Article XXIII:1(b)” (European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products, WTO AB Report, p. 68, § 187).*

³²⁶ *“The EC consider that Article XXIII:1(b) is applicable only if the Panel reaches the conclusion that the Decree is consistent with Article III of the GATT, or possibly with the TBT Agreement if the Panel were to apply that Agreement to the present case. Otherwise, the EC consider that there cannot be ‘non-violation’” (European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products, WTO Panel Report, p. 191, § 3.527).*

se encaixava na exceção do art. XX(b)³²⁷. O painel reputou que a medida violava o art. III:4, sendo, porém, justificada pela exceção do art. XX(b). Ou seja, a medida era incompatível com um dispositivo, mas compatível com outro; nesse contexto é que o painel decidiu pela aplicação do art. XXIII:1(b) ao caso.

Apesar de ter compartilhado a opinião do painel de que o decreto francês era justificado pelo art. XX(b), o órgão de apelação repeliu o entendimento de que a medida infringia o art. III:4. Ainda assim, a “dualidade” do status da medida, conforme exsurge da decisão do painel (incompatível com um dispositivo e compatível com outro), parece iluminar o quanto manifestado pelo órgão de apelação no trecho transcrito. Quando o órgão de apelação diz que uma reclamação de não violação pode galgar êxito “*mesmo se a medida ‘conflitar’ com algumas disposições substantivas do GATT 1994*”, a interpretação mais razoável que se faz é que, mesmo que a medida conflite com “algumas” disposições, ela amolda-se a outra(s), como o art. XX. É, assim, nesse panorama de dualidade, e só nele, que a reclamação de não violação deve ser considerada como se aplicando a uma medida violadora.

Dita premissa é confirmada por outro exemplo, o de medidas que, apesar de conflitantes com o GATT, são justificadas por um “*waiver*”³²⁸. Consoante decidiu o painel em *US – Sugar Waiver*, uma medida nessas condições é atacável via art. XXIII:1(b) – a menos de que o “*waiver*” exclua expressamente a incidência do dispositivo:

O Painel concluiu que as restrições sobre produtos contendo açúcar, embora inconsistentes com as obrigações dos Estados Unidos segundo o Artigo XI:1, conformam-se aos termos da

³²⁷ Calçada em passagem contida em *Japan – Film* (“*We reach this conclusion in considering the purpose of Article XXIII:1(b), which is to protect the balance of concessions under GATT by providing a means to redress government actions not otherwise regulated by GATT rules*”), a CE argumentava que só seria admissível uma reclamação de não violação caso a medida não se encaixasse em qualquer regra do GATT. “*Moreover, in this connection, the EC recall that Article XX of the GATT provides, in particular, that ‘... nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: ... (b) necessary to protect human ... life or health. (...) The EC therefore conclude that, if the French measure is considered “necessary” for the protection of human health by the Panel and hence if specific rules have been applied in this respect, the provisions of Article XXIII:1(b) of the GATT are inapplicable*” (*Ibid.*, p. 191-192, § 3.527).

³²⁸ O “*waiver*”, previsto no art. XXV:5 do GATT, possibilita que uma parte-contratante seja dispensada de cumprir determinadas obrigações do acordo (na era GATT foram concedidos 115). Condicionada à existência de “circunstâncias excepcionais”, a concessão do “*waiver*” é atualmente regulada no art. IX:3 do Acordo da OMC; a competência é da Conferência Ministerial, preferencialmente por consenso, ou por ¾ dos Membros.

decisão das PARTES CONTRATANTES dispensando a obrigação de acordo com o Artigo XXV:5. Como tanto o Artigo XI:1 como o Artigo XXV:5 formam parte do Acordo Geral, a imposição de restrições em conformidade com o *Waiver* não pode constituir “não cumprimento pelos Estados Unidos dos compromissos por ele assumidos em virtude do presente Acordo” nos termos do Artigo XXIII:1(a). (...)

O Painel, portanto, concluiu que o fato de as restrições julgadas inconsistentes com o Artigo XI:1 conformarem-se aos termos do *Waiver* não impede a CEE de apresentar uma queixa de acordo com o Artigo XXIII:1(b) do Acordo Geral (...)³²⁹.

Pelo exposto, na eventualidade de uma medida consistir, tão-só, em uma violação, sem qualquer justificação em outro dispositivo, não se concebe, nem a casuística autoriza, questioná-la por meio de uma reclamação de não violação; o curso normal e correto será questioná-la através de uma reclamação de violação.

A interpretação de “*contrária ou não às disposições do presente Acordo*” evoluiu, por outro lado, para colocar sob o arco da reclamação de não violação medidas cuja legalidade é *incerta*, e sobre a qual o painel, por escapar ao seu mandato, ou por opção, resolveu não emitir juízo³³⁰.

O contencioso *US – Nicaragua* foi motivado por um embargo comercial imposto em 1985 pelo governo do Presidente Reagan à Nicarágua. Os Estados Unidos ampararam o embargo no art. XXI (“*Security Exceptions*”), que prevê que, por razões de segurança, se derroguem regras do GATT. O governo estadunidense só aceitou submeter-se a um painel se a esse fosse vedado proferir julgamento acerca da legalidade do embargo, e isso constou

³²⁹ “The Panel found that the restrictions on sugar-containing products, though inconsistent with the obligations of the United States under Article XI:1, conform to the terms of a decision of the CONTRACTING PARTIES waiving the obligation in accordance with Article XXV:5. Since both Article XI:1 and Article XXV:5 form part of the General Agreement, the imposition of the restrictions in conformity with the Waiver cannot constitute a ‘failure of [the United States] to carry out its obligations under this Agreement’ within the meaning of Article XXIII:1(a). (...) The Panel therefore concluded that the fact that the restrictions found to be inconsistent with Article XI:1 conform to the terms of the Waiver does not prevent the EEC from bringing a complaint under Article XXIII:1(b) of the General Agreement (...)” (*United States – Restrictions on the Importation of Sugar and Sugar-Containing Products*, p. 27-28, § 5.18 e 5.20).

³³⁰ “A ‘legal vacuum’ existed in both cases [*EEC – Citrus* e *US – Nicaragua*]. One might discern from these examples an as yet unestablished tendency in GATT to help, by means of the non-violation procedure, a contracting party adversely affected by a trade measure of uncertain legality. In this interpretation, it can be invoked in any situation in which the legality of the measure cannot be raised” (VON BOGDANDY, *op. cit.*, p. 99).

expressamente nos termos de referência³³¹. Nesse diapasão, restou ao painel, unicamente, analisar o litígio pelo prisma do art. XXIII:1(b):

Encontrando-se impedido de examinar o embargo à luz do parágrafo (a) do Artigo XXIII:1, o Painel passou a examiná-lo à luz do parágrafo (b) do Artigo XXIII:1. Consequentemente, ele considerou a questão de se benefícios resultantes para a Nicarágua do Acordo Geral haviam sido anulados ou prejudicados pelo embargo, fosse esse contrário ou não às disposições do Acordo Geral.

O painel observou que casos anteriores sob o parágrafo (b) do Artigo XXIII:1 envolveram medidas que haviam sido consideradas consistentes com o Acordo Geral, enquanto no presente caso não se poderia determinar se a medida era ou não consistente com o Acordo Geral. O Painel, no entanto, entendeu serem aplicáveis ao presente caso os princípios estabelecidos nos casos anteriores, pois uma parte contratante deve ser considerada como observando o Acordo Geral até que seja determinado que ela esteja agindo de forma contrária a ele³³².

Situação semelhante passou-se em *EEC – Citrus*. Os Estados Unidos questionavam preferências comerciais sobre produtos cítricos conferidas pela Comunidade Europeia a diversos países mediterrâneos. Tais preferências decorriam de acordos de comércio que haviam sido notificados às partes-contratantes, mas cuja conformidade com o art. XXIV ainda não havia sido objeto de uma decisão, pelo que o status dos acordos se afigurava indefinido³³³.

Não constava nos termos de referência do painel nem ele entendia que tinha competência para pronunciar-se acerca da legalidade dos acordos comerciais em questão –

³³¹ “It recalled that its terms of reference put strict limits on its activities because they stipulated that the panel could not examine or judge the validity of or the motivation for the invocation of Article XXI:(b)(iii) by the United States” (*United States – Trade Measures Affecting Nicaragua*, p. 11, § 5.3).

³³² “Being precluded from examining the embargo in light of paragraph (a) of Article XXIII:1, the Panel proceeded to examine it in light of paragraph (b) of Article XXIII:1. Consequently, it considered the question of whether benefits accruing to Nicaragua under the General Agreement had been nullified or impaired by the embargo whether or not it conflicted with the provisions of the General Agreement. The Panel noted that the previous cases under paragraph (b) of Article XXIII:1 involved measures that had been found to be consistent with the General Agreement while in the present case it could not be determined whether or not the measure was consistent with the General Agreement. The Panel nevertheless considered the principles established in the previous cases to be applicable in the present case because a contracting party has to be treated as if it is observing the General Agreement until it is found to be acting inconsistently with it” (*Ibid.*, p. 11, § 5.4-5.5).

³³³ “The Panel considered that, in effect, the CONTRACTING PARTIES had withheld judgment at that time as to the conformity of the agreements with the requirements of Article XXIV. The agreements had not been disapproved, nor had they been approved. The Panel found therefore that the question of the conformity of the agreements with the requirements of Article XXIV and their legal status remained open” (*European Community – Tariff Treatment on Imports of Citrus Products from Certain Countries in the Mediterranean Region*, p. 95, § 4.10).

manifestação que, na sua ótica, cabia com exclusividade às Partes-Contratantes do GATT. Sem embargo, o painel foi de opinião de que tal situação de incerteza não poderia criar um “vácuo legal”, a ponto de prejudicar os direitos de terceiras partes. Nesse passo, resolveu proceder ao exame do contencioso com base no art. XXIII:1(b)³³⁴.

2.3 O ARTIGO XXIII:2 DO GATT

Convém inicialmente declinar o porquê da referência, no título do tópico, ao art. XXIII:2 do GATT. A doutrina e a jurisprudência, ao abordarem a reclamação de não violação e o seu regramento, enviam ao art. XXIII:1(b) do GATT. Inclusive, já se destacou que esse é o dispositivo que fornece a regulamentação geral da reclamação de não violação. Nessa linha, o estudo da jurisprudência até esse ponto desenvolvido pautou-se, primeiro, pela análise do *caput* do art. XXIII:1 e, após, pela da alínea *b*.

Para traçar-se o quadro completo da reclamação de não violação em termos jurisprudenciais, deve-se, entretanto, dar um passo a mais, examinando-se também as manifestações dos painéis acerca dos remédios jurídicos da reclamação em tela. Com o intuito de seguir a mesma sistemática adotada nos tópicos 2.1 e 2.2 é que se decidiu, no título do presente, aludir ao art. XXIII:2, visto ser essa a provisão do GATT que dispôs sobre remédios jurídicos (a despeito de tê-lo feito sem sofisticação). A inclusão do art. XXIII:2 no exame

³³⁴ “In light of the above, the Panel proceeded to examine in accordance with Article XXIII:1(b) whether and how a benefit accruing to the US directly or indirectly under Article I:1 had been nullified or impaired as a result of the EEC’s application of tariff preferences on citrus products from certain Mediterranean countries, whether or not those preferences conflicted with the provisions of the General Agreement. The Panel considered that such an examination was in keeping with its terms of reference to examine the matter in light of the relevant GATT provisions. The US, in its complaint, had not specified any particular provision of Article XXIII:1, and therefore the matter could also be considered under Article XXIII:1(b). The US had indeed contended *inter alia* that the preferences continued to have an adverse effect on US citrus exports. Moreover the US had stated that even if the granting of tariff preferences was consistent with the General Agreement, Article XXIII:1(b) would justify the US complaint that GATT benefits were being nullified or impaired” (*Ibid.*, p. 98-99, § 4.25).

jurisprudencial ora proposto se justifica, destarte, pela circunstância dessa disposição complementar o art. XXIII:1(b), na medida em que se ocupa de remédios jurídicos.

Estipula o art. XXIII:2 do GATT:

2. Se as Partes Contratantes interessadas não chegarem a um acordo satisfatório dentro de um prazo razoável, ou se a dificuldade for uma das previstas no parágrafo 1 (c) deste Artigo, a questão poderá ser submetida às Partes Contratantes. As Partes-Contratantes investigarão, sem demora, qualquer assunto que lhes seja submetido, e farão recomendações apropriadas às Partes-Contratantes que considerem interessadas, ou emitirão julgamento sobre a questão. As Partes Contratantes, quando acharem necessário, poderão efetuar consultas com as outras Partes Contratantes, com o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e com qualquer outra organização intergovernamental competente. Se as Partes Contratantes acharem que as circunstâncias são suficientemente graves para justificar tal medida, poderão autorizar a uma ou a várias Partes Contratantes a suspensão, relativamente a tal ou a tais Partes Contratantes, da aplicação de qualquer obrigação ou concessão resultante do presente Acordo. Se a aplicação de qualquer concessão ou outra obrigação em favor de uma Parte Contratante for efetivamente suspensa, essa Parte Contratante poderá, dentro de um prazo de sessenta dias a contar da data da aplicação da medida, notificar o Secretário Executivo das Partes Contratantes por escrito de sua intenção de denunciar este Acordo e tal denúncia terá efeito expirado o prazo de sessenta dias a contar da data em que ele receba notificação escrita da denúncia³³⁵. (grifou-se)

Como se vê, o dispositivo circunscreve-se a orientar as Partes-Contratantes a emitir recomendações ou julgamentos, ou autorizar a suspensão de concessões, sem discernir quanto aos remédios reservados a cada uma das três reclamações previstas no art. XXIII:1. A obscuridade legislativa acerca dos remédios jurídicos da reclamação de não violação perdurou

³³⁵ “2. If no satisfactory adjustment is effected between the contracting parties concerned within a reasonable time, or if the difficulty is of the type described in paragraph 1 (c) of this Article, the matter may be referred to the CONTRACTING PARTIES. The CONTRACTING PARTIES shall promptly investigate any matter so referred to them and shall make appropriate recommendations to the contracting parties which they consider to be concerned, or give a ruling on the matter. The CONTRACTING PARTIES may consult with contracting parties, with the Economic and Social Council of the United Nations and with any appropriate inter-governmental organization in cases where they consider such consultation necessary. If the CONTRACTING PARTIES consider that the circumstances are serious enough to justify such action, they may authorize a contracting party or parties to suspend the application to any other contracting party or parties of such concessions or other obligations under this Agreement as they determine to be appropriate in the circumstances. If the application to any contracting party of any concession or other obligation is in fact suspended, that contracting party shall then be free, not later than sixty days after such action is taken, to give written notice to the Executive Secretary to the CONTRACTING PARTIES of its intention to withdraw from this Agreement and such withdrawal shall take effect upon the sixtieth day following the day on which such notice is received by him”.

com o Entendimento de 1979, que nada dispôs a respeito³³⁶; somente com o ESC é que essa lacuna legal foi preenchida, no art. 26:1, nas alíneas (b) a (d):

b) quando se considerar que uma medida anula ou prejudica benefícios resultantes do acordo abrangido pertinente, ou que compromete a realização dos objetivos de tal acordo, sem infração de suas disposições, não haverá obrigação de revogar essa medida. No entanto, em tais casos, o painel ou Órgão de Apelação deverá recomendar que o Membro interessado faça um ajuste mutuamente satisfatório;

c) não obstante o disposto no art. 21, a arbitragem prevista no parágrafo 3º do art. 21 poderá incluir, a pedido de qualquer das partes, a determinação do grau dos benefícios anulados ou prejudicados e poderá também sugerir maneiras e meios de se atingir um ajuste mutuamente satisfatório; tais sugestões não deverão ser compulsórias para as partes em controvérsia;

d) não obstante o disposto no parágrafo 1º do art. 22, a compensação poderá fazer parte de um ajuste mutuamente satisfatório como solução final para a controvérsia³³⁷.

Uma ausência tão prolongada de texto prevendo sobre remédios jurídicos levou a que a jurisprudência sobre não violação tivesse que, ela própria, *elaborar* tais remédios. Gize-se, nesse sentido, que a codificação dos remédios jurídicos da reclamação de não violação ocorrida no ESC reflete enormemente (salvo alguns pequenos pontos de desenvolvimento progressivo, como o uso da arbitragem do art. 21:3) a prática jurisprudencial.

Por essas razões, o exame jurisprudencial dos remédios da reclamação de não violação deve, com maior propriedade, ser visualizado em sequência inversa: a jurisprudência é que serviu de baliza para o texto legal, e não o texto para a jurisprudência.

³³⁶ À diferença do que fez quanto aos remédios da reclamação de violação, cuja codificação, em certo grau, foi empreendida: *“In the absence of a mutually agreed solution, the first objective of the CONTRACTING PARTIES is usually to secure the withdrawal of the measures concerned if these are found to be inconsistent with the General Agreement. The provision of compensation should be resorted to only if the immediate withdrawal of the measure is impracticable and as a temporary measure pending the withdrawal of the measures which are inconsistent with the General Agreement. The last resort which Article XXIII provides to the country invoking this procedure is the possibility of suspending the application of concessions or other obligations on a discriminatory basis vis-à-vis the other contracting party, subject to authorization by the CONTRACTING PARTIES of such measures”*.

³³⁷ *“(b) where a measure has been found to nullify or impair benefits under, or impede the attainment of objectives, of the relevant covered agreement without violation thereof, there is no obligation to withdraw the measure. However, in such cases, the panel or the Appellate Body shall recommend that the Member concerned make a mutually satisfactory adjustment; (c) notwithstanding the provisions of Article 21, the arbitration provided for in paragraph 3 of Article 21, upon request of either party, may include a determination of the level of benefits which have been nullified or impaired, and may also suggest ways and means of reaching a mutually satisfactory adjustment; such suggestions shall not be binding upon the parties to the dispute; (d) notwithstanding the provisions of paragraph 1 of Article 22, compensation may be part of a mutually satisfactory adjustment as final settlement of the dispute”*.

2.3.1 Ajuste mutuamente satisfatório

O legado de *Australian Subsidy* fez-se sentir, com igual intensidade, no tocante à formulação dos remédios jurídicos reservados à reclamação de não violação. Face ao art. XXIII:2 do GATT, que, como referido, não ia além de dizer que as partes-contratantes poderiam emitir recomendações ou julgamentos, e autorizar a suspensão de concessões caso as circunstâncias fossem suficientemente graves, a decisão elaborou o que seriam os contornos essenciais dos remédios da reclamação de não violação, codificados, décadas depois, no art. 26:1 do ESC.

No “dispositivo” do julgamento (para usar terminologia de direito processual), formulou-se aquilo que seria, por excelência, o teor de uma recomendação em uma reclamação de não violação – que o Membro lesador promova um *ajuste mutuamente satisfatório*:

As PARTES CONTRATANTES recomendam que o Governo Australiano considere, com a devida atenção à sua política de estabilizar o custo de produção de certas culturas, meios para remover qualquer desigualdade competitiva entre nitrato de sódio e sulfato de amônia para uso como fertilizantes, a qual possa existir como resultado da remoção do nitrato de sódio da lista de fertilizantes de nitrogênio subsidiados, e comunicar os resultados das suas considerações ao Governo Chileno (...)³³⁸.

A orientação adotada pelo painel foi positivada no art. 26:1(b) do ESC: “(...) *No entanto, em tais casos, o painel ou Órgão de Apelação deverá recomendar que o Membro interessado faça um ajuste mutuamente satisfatório*”.

³³⁸ “The CONTRACTING PARTIES recommend that the Australian Government consider, with due regard to its policy of stabilizing the cost of production of certain crops, means to remove any competitive inequality between nitrate of soda and sulphate of ammonia for use as fertilizers which may in practice exist as a result of the removal of nitrate of soda from the operations of the subsidized pool of nitrogenous fertilizers and communicate the results of their consideration to the Chilean Government (...)” (*The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate*, p. 06).

No corpo do *decisum*, vislumbram-se outras contribuições de *Australian Subsidy*, como a afirmação, em caráter pioneiro, de que, em uma reclamação de não violação, não se pode requerer a retirada da medida em questão (cristalizada, também, no art. 26:1(b)³³⁹):

Em vista das considerações feitas acima, o grupo de trabalho deseja submeter às PARTES CONTRATANTES o seguinte projeto de recomendação, a qual, em sua opinião, melhor assistiria o Governo Australiano e Chileno a alcançarem um ajuste satisfatório. Ao fazer essa recomendação, o grupo de trabalho deseja chamar atenção para um ponto de particular importância. Não há, em seu ponto de vista, nada no Artigo XXIII que autorizaria as PARTES CONTRATANTES a requerer a uma parte contratante a retirada ou redução de um subsídio como aquele aplicado pelo Governo da Austrália ao sulfato de amônia, e a recomendação feita pelo grupo de trabalho não poderia sugerir o contrário³⁴⁰. (grifou-se)

Ainda, *Australian Subsidy* obrou para investir os painéis da prerrogativa, nem sempre utilizada, de *sugerir* os meios pelos quais se alcançar um ajuste mutuamente satisfatório. Por acreditar que tal propiciaria a melhor solução ao caso, o painel sugeriu que o governo australiano modificasse o sistema de subsídios:

A única razão pela qual o ajuste dos subsídios para fins de remover qualquer desigualdade competitiva entre dois produtos advinda dos subsídios é recomendado é que, nesse caso particular, tal conduta parece oferecer o melhor prospecto de um ajuste da matéria satisfatório a ambas as partes³⁴¹.

³³⁹ “(b) where a measure has been found to nullify or impair benefits under, or impede the attainment of objectives, of the relevant covered agreement without violation thereof, there is no obligation to withdraw the measure. (...)”

³⁴⁰ “In light of the considerations set out above, the working party wishes to submit to the CONTRACTING PARTIES the following draft recommendation, which, in its opinion, would best assist the Australian and Chilean Government, to arrive at a satisfactory adjustment. In making this recommendation the working party wishes to draw attention to one point of particular importance. There is in their view nothing in Article XXIII which would empower the CONTRACTING PARTIES to require a contracting party to withdraw or reduce a consumption subsidy such as that applied by the Government of Australia to ammonium sulphate, and the recommendation made by the working party should not be taken to imply the contrary” (*The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate*, p. 05, § 16).

³⁴¹ “The sole reason why the adjustment of subsidies to remove any competitive inequality between the two products arising from subsidization is recommended is that, in this particular case, it happens that such action appears to afford the best prospect of an adjustment of the matter satisfactory to both parties” (*Ibid.*). No parágrafo anterior, consignara-se: “As the declared intention of the Australian Government in maintaining the subsidy on ammonium sulphate was to give financial aid, not to the producers of a certain type of fertilizer, but to the producers of certain crops, whose selling price was limited by price control and who preferred to use ammonium sulphate for technical reasons, irrespective of price considerations, the working party came to the conclusion that a satisfactory adjustment would be achieved if the Australian Government could consider the possibility of modifying the present arrangements in such a way as to achieve that object while giving to the two types of fertilizers equal opportunity to compete on its market” (*Ibid.*, p. 05, § 15).

A *sugestão* cunhada em *Australian Subsidy* influenciou o art. 26:1(c) do ESC; de acordo com o dispositivo, qualquer das partes poderá solicitar à arbitragem prevista no art. 21:3 que sugira maneiras e meios de atingir-se um ajuste mutuamente satisfatório³⁴². Como, na era OMC, nenhuma reclamação de não violação foi procedente, é matéria para especulação se os painéis, seguindo prática do GATT, irão, além de emitir a recomendação, sugerir meios para um ajuste mutuamente satisfatório, ou reservar tal prerrogativa à arbitragem do art. 21:3, quando acionada.

No mesmo trilho de *Australian Subsidy* – em que pese não terem sido sugeridos os meios para o ajuste –, o painel em *Germany – Sardines* urgiu as partes-contratantes a recomendar que a relação concorrencial fosse restaurada:

Em vista das considerações feitas acima, o Painel sugere às PARTES CONTRATANTES que seria apropriado às PARTES CONTRATANTES emitir uma recomendação a Alemanha e Noruega de acordo com a primeira oração do parágrafo 2º do Artigo XXIII. Essa recomendação deveria visar a restaurar, tanto quanto possível, a relação concorrencial existente à época em que o Governo Norueguês negociou em Torquay e a qual esse Governo poderia razoavelmente esperar que continuasse³⁴³.

Em *EEC – Citrus*, preliminarmente à confecção da recomendação, o painel analisou com cuidado a maneira como a questão dos remédios foi abordada em *Australian Subsidy*. Eis o parágrafo relevante:

O Painel observou que o Grupo de Trabalho em *Australian Subsidy on Ammonium Sulphate* havia expressado no seu relatório, o qual foi adotado pelas PARTES CONTRATANTES, a opinião de que “nada no Artigo XXIII autorizaria as PARTES CONTRATANTES a requerer a uma parte contratante a retirada ou redução de um subsídio como aquele aplicado pelo Governo da Austrália ao sulfato de amônia” (BISD Vol.II/195, para. 16). Isso à luz da consideração de que tal medida não conflitava com as provisões do Acordo Geral e que não

³⁴² “(c) notwithstanding the provisions of Article 21, the arbitration provided for in paragraph 3 of Article 21, upon request of either party, may include a determination of the level of benefits which have been nullified or impaired, and may also suggest ways and means of reaching a mutually satisfactory adjustment; such suggestions shall not be binding upon the parties to the dispute”.

³⁴³ “In light of the considerations set out above, the Panel suggests to the CONTRACTING PARTIES that it would be appropriate for the CONTRACTING PARTIES to make a recommendation to Germany and Norway in accordance with the first sentence of paragraph 2 of Article XXIII. This recommendation should aim at restoring, as far as practicable, the competitive relationship which existed at the time when the Norwegian Government negotiated at Torquay and which that Government could reasonably expect to be continued” (*Treatment by Germany of Imports of Sardines*, p. 04, § 18).

havia violação do Acordo pela Austrália (BISD Vol.II/194, para. 13). O Grupo de Trabalho afirmou ainda que “o último poder das PARTES CONTRATANTES de acordo com o Artigo XXIII é autorizar uma parte contratante afetada a suspender a aplicação de obrigações ou concessões sob o Acordo Geral” (BISD Vol.II/195 para. 16). Dito isso, o Grupo de Trabalho passou a submeter um projeto de recomendação às PARTES CONTRATANTES conclamando a Austrália a considerar o ajuste do sistema de subsídios a fim de remover qualquer desigualdade competitiva entre os dois produtos em apreço visto que “tal conduta parece oferecer o melhor prospecto de um ajuste da matéria satisfatório a ambas as partes”³⁴⁴.

O painel de *EEC – Citrus*, a seguir, redigiu a recomendação, dessa feita sugerindo os meios de implementação:

A CEE deveria considerar limitar o efeito adverso sobre exportações dos EUA de laranjas e limões frescos, resultado do tratamento tarifário preferencial que a CEE acordou aos mesmos produtos originários de certos países mediterrâneos. Isso poderia ser alcançado mediante a redução das tarifas sujeitas à regra da nação-mais-favorecida aplicadas pela CEE sobre limões frescos; e com relação a laranjas frescas, mediante a extensão do período de aplicação das tarifas mais baixas sujeitas à regra da NMF e/ou a redução das tarifas sujeitas à regra da NMF³⁴⁵.

Como em *EEC – Citrus*, o painel em *EEC – Canned Fruit* discorreu, com ênfase em *Australian Subsidy*, sobre o que a jurisprudência havia elaborado a respeito dos remédios da reclamação de não violação. Pontuou, *inter alia*, que as decisões anteriores haviam “recomendado que a parte contra a qual o julgamento tivesse sido emitido considerasse

³⁴⁴ “The Panel noted that the Working Party on the Australian Subsidy on Ammonium Sulphate had expressed in its report, which was adopted by CONTRACTING PARTIES, the view that there was ‘nothing in Article XXIII which would empower the CONTRACTING PARTIES to require a contracting party to withdraw or reduce a consumption subsidy such as that applied by the Government of Australia to ammonium sulphate’ (BISD Vol.II/195, para. 16). This was in light of the consideration that this measure did not conflict with the provisions of the General Agreement and that there was no infringement of the Agreement by Australia (BISD Vol.II/194, para. 13). The Working Party further stated that ‘the ultimate power of the CONTRACTING PARTIES under Article XXIII is that of authorizing an affected contracting party to suspend the application of appropriate obligations or concessions under the General Agreement’ (BISD Vol.II/195 para. 16). This being said, the Working Party proceeded to submit a draft recommendation to the CONTRACTING PARTIES calling on Australia to consider adjusting its subsidization in order to remove any competitive inequality between the two products concerned as ‘it happens that such action appears to afford the best prospect of an adjustment of the matter satisfactory to both parties’” (European Community – Tariff Treatment on Imports of Citrus Products from Certain Countries in the Mediterranean Region, p. 114, § 5.2).

³⁴⁵ “The EEC should consider limiting the adverse effect on US exports of fresh oranges and fresh lemons, as a result of the preferential tariff treatment the EEC has accorded to these products originating in certain Mediterranean countries. This could be accomplished by reducing the most-favoured-nation tariff rates applied by the EEC on fresh lemons; and as regards fresh oranges, by extending the period of application of the lower MFN rates and/or reducing the MFN tariff rates” (Ibid., p. 115, § 5.3).

maneiras e meios de remover a desigualdade competitiva criada pela medida em questão”³⁴⁶.

Aduziu, igualmente, que a recomendação a ser feita não constituiria uma obrigação legal para que a Comunidade Europeia removesse ou reduzisse os subsídios, bem como não prejudicaria outros modos de solução da disputa³⁴⁷. A recomendação foi redigida nestes termos:

O Painel, portanto, sugere que as PARTES CONTRATANTES recomendem à CEE que considere maneiras e meios de restaurar a relação concorrencial entre pêsegos, peras e coquetel de frutas enlatados importados dos EUA e produzidos na CE, a qual deriva das concessões tarifárias concedidas em 1974 sobre esses produtos e em 1979 sobre peras enlatadas³⁴⁸.

Em *US – Nicaragua*, o painel, por motivo de economia processual, resolveu não se pronunciar sobre a procedência ou improcedência do pleito baseado no art. XXIII:1(b), entendendo que nenhuma decisão teria efeito prático. Em virtude de o embargo ter proibido tanto importações provenientes da Nicarágua como exportações norte-americanas àquele país, o painel ponderou que, mesmo que autorizasse a Nicarágua a suspender concessões, essa medida não surtiria consequência alguma, pois todo o comércio bilateral havia sido suspenso³⁴⁹. Ainda assim, para chegar a essa conclusão, o painel fez diversas colocações

³⁴⁶ “The Panel noted that in past ‘non-violation’ complaints of nullification and impairment of tariff concessions (BISD II/195; IS/30, 31, 59) the CONTRACTING PARTIES had recommended that the party against which the finding had been made consider ways and means to remove the competitive inequality brought about by the measure at issue” (European Economic Community – Production Aids Granted on Canned Peaches, Canned Pears, Canned Fruit Cocktail and Dried Grapes, p. 23, § 82).

³⁴⁷ *Ibid.* A recomendação em *EEC – Oilseeds* segue o mesmo padrão: “The Panel recommends that the CONTRACTING PARTIES suggest that the Community consider ways and means to eliminate the impairment of its tariff concessions for oilseeds” (European Economic Community – Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins, p. 38, § 156).

³⁴⁸ “The Panel therefore suggests that the CONTRACTING PARTIES recommend to the EEC that it consider ways and means to restore the competitive relationship between imported US and domestic EC canned peaches, canned pears and canned fruit cocktail which derived from the tariff concessions granted in 1974 on these products and in 1979 on canned pears” (European Economic Community – Production Aids Granted on Canned Peaches, Canned Pears, Canned Fruit Cocktail and Dried Grapes, p. 23, § 83).

³⁴⁹ “The Panel noted that the United States had stated that an authorization permitting Nicaragua to suspend obligations towards the United States ‘would be of no consequence in the present case because the embargo had already cut off all trade relations between the United States and Nicaragua and that Nicaragua had agreed that ‘a recommendation by the Panel that Nicaragua be authorized to withdraw its concessions in respect of the United States would indeed be a meaningless step because of the two-way embargo’. The Panel therefore had to conclude that, even if it were found that the embargo nullified or impaired benefits accruing to Nicaragua independent of whether or not it was justified under Article XXI, the CONTRACTING PARTIES could, in the circumstances of the present case, take no decision under Article XXIII:2 that would re-establish the balance of advantages which had accrued to Nicaragua under the General Agreement prior to the embargo” (United States – Trade Measures Affecting Nicaragua, p. 12-13, § 5.11).

acerca dos remédios da reclamação de não violação, exercício que foi útil para sedimentar o regramento a eles relativo.

Sobre a vedação a que as partes-contratantes demandem que a medida não proibida seja retirada, o painel de *US – Nicaragua* esclareceu que esse era o intento dos legisladores:

Resta claro da história das negociações que, no caso de recomendações sobre medidas que não sejam inconsistentes com o Acordo Geral, as partes-contratantes “não se encontram obrigadas específica nem contratualmente a aceitar tais recomendações” (EPCT/A/PV/5, p. 16). O relatório do Sexto Comitê durante a Conferência de Havana aponta, com relação ao poder do Conselho Executivo para fazer recomendações aos Estados membros em qualquer matéria sob o Artigo 93:1(b) ou (c) da Carta de Havana (o qual corresponde ao Artigo XXIII:1(b) e (c) do Acordo Geral): “Acordou-se que o sub-parágrafo 2(e) do Artigo 94 não concede poderes ao Conselho Executivo ou à Conferência para requerer a um Membro que suspenda ou retire uma medida que não conflite com a Carta”³⁵⁰.

De outra banda, *US – Nicaragua* assentou, em definitivo, a disponibilidade da suspensão de concessões ou outras obrigações ao art. XXIII:1(b), enfocada adiante.

2.3.2 Suspensão de Concessões ou Outras Obrigações

A responsabilidade por não violação em direito internacional do comércio implica que, em ocorrendo anulação ou prejuízo de benefícios como resultado de uma medida não proibida, o Membro responsável deve proceder a um ajuste mutuamente satisfatório, ou seja, compensar o Membro lesado. No entanto, da recomendação para que o Membro interessado faça um ajuste mutuamente satisfatório (art. 26:1(b)) decorreria um comando *obrigatório*?

³⁵⁰ “It is clear from the drafting history that in case of recommendations on measures not found to be inconsistent with the General Agreement, the contracting parties ‘are under no specific and contractual obligations to accept those recommendations’ (EPCT/A/PV/5, p. 16). The report of the Sixth Committee during the Havana Conference notes with respect to the power of the Executive Board to make recommendations to member States in any matter arising under Article 93:1(b) or (c) of the Havana Charter (which corresponds to Article XXIII:1(b) and (c) of the General Agreement): ‘It was agreed that subparagraph 2(e) of Article 94 does not empower the Executive Board or the Conference to require a Member to suspend or withdraw a measure not in conflict with the Charter’” (Ibid., p. 11-12, § 5.8).

Caso o Membro, em face da recomendação, permanecesse inerte, ou a sua proposta de ajuste não fosse considerada satisfatória, haveria alguma consequência jurídica? O recurso ao remédio último do ESC, a suspensão de concessões ou outras obrigações, estaria disponível ao Membro lesado?

Responder na negativa às três indagações acarretaria repercussões consideráveis. Equivaleria a dizer que a obrigação primária consubstanciada no art. XXIII:1(b), e sumariada no parágrafo acima, seria, tão-somente, uma obrigação *moral*; o seu descumprimento, isto é, a não realização de um ajuste, não traria consequência jurídica alguma ao Membro responsável. NETO firma convicção nessa linha: para ele, não é facultado o recurso à suspensão de concessões ao Membro que lança mão do art. XXIII:1(b), fazendo que se esteja diante, supostamente, de um “*regime de responsabilidade esvaziado de conteúdo*”³⁵¹.

A suspensão de concessões, já se asseverou, nunca foi utilizada nem solicitada em sede de reclamação de não violação. O instituto, aliás, foi invocado com frequência insignificante durante o GATT (período em que aparecem todas as reclamações de não violação com êxito). Em apenas uma ocasião a suspensão de concessões foi autorizada pelas partes-contratantes, no ano de 1952, no contencioso *United States – Import Restrictions on Dairy Products*, permitindo-se à Holanda que retaliasse os Estados Unidos mediante a imposição de cotas à importação de farinha de trigo³⁵².

No tópico 1.3.2 do capítulo 1, postulou-se que, apesar do silêncio do art. 26:1 do ESC, a suspensão de concessões seria aplicável à reclamação de não violação. A posição exarada é

³⁵¹ “Assim, por um lado, há, na OMC, um regime comum de obrigações secundárias do Estado infrator e direitos de implementação do Estado lesado aplicável para o caso de violação de obrigações específicas; e, por outro lado, há um regime de responsabilidade esvaziado de conteúdo (não existe obrigação de cessação da medida geradora do dano) e de meios eficazes de implementação (as contramedidas na forma da suspensão de concessões do art. 22 do ESC)” (*Op. cit.*, p. 246). E continua: “Esse regime atenuado de responsabilidade internacional do Estado, derogatório da responsabilidade comum, está descrito no art. 26 do ESC, aplicável às hipóteses de anulação ou prejuízo do art. XXIII.1. ‘b’ e ‘c’. Dada a ausência de consequências substantivas no campo da responsabilidade, é legítimo afirmar que as hipóteses de anulação ou prejuízo do GATT 1994 não dão origem a obrigações secundárias distintas e, portanto, não geram a responsabilidade internacional do Estado. Por isso, o regime do art. XXIII.1. ‘b’ e ‘c’ do GATT 1994, a rigor, sequer deve ser qualificado como regime atenuado de responsabilidade internacional” (*Ibid.*, p. 246-247).

³⁵² HUDEC, *Retaliation Against “Unreasonable” Foreign Trade Practices*, p. 505-507.

confirmada pela jurisprudência sobre não violação, depreendendo-se, em passagens de diferentes julgados, a incidência da retaliação à reclamação de não violação. Cumpre copiar algumas dessas passagens.

Já em *Australian Subsidy* constou na decisão: “O último poder das PARTES CONTRATANTES de acordo com o Artigo XXIII é autorizar uma parte contratante afetada a suspender a aplicação de obrigações ou concessões do Acordo Geral”³⁵³.

Em *EEC – Canned Fruit*:

Ao fazer o seguinte projeto de recomendação, o Painel deseja enfatizar que a recomendação não pode constituir uma obrigação legal para a CEE remover ou reduzir os seus subsídios à produção doméstica e não impede outros modos de solucionar a disputa, tais como a concessão de compensação ou, como último recurso, uma solicitação de autorização de suspensão de concessões³⁵⁴. (grifou-se)

Também de modo direto, afirmou-se em *EEC – Oilseeds*:

As PARTES CONTRATANTES decidiram que um julgamento de prejuízo [“a finding of impairment”] não lhes autoriza a requerer à parte contratante lesadora que remova uma medida não-inconsistente como o Acordo Geral; tal julgamento meramente permite à parte contratante frustrada na sua expectativa requerer, de acordo com o art. XXIII:2, uma autorização para suspender a aplicação de concessões ou outras obrigações sob o Acordo Geral³⁵⁵. (grifou-se)

Por fim, consoante se antecipou, a aplicabilidade da suspensão de concessões à reclamação de não violação foi ventilada em *US – Nicaragua*:

O Painel observou, então, que o Artigo XXIII:2 daria às PARTES CONTRATANTES essencialmente duas opções no presente caso, se o embargo fosse considerado como tendo

³⁵³ “The ultimate power of the CONTRACTING PARTIES under Article XXIII is that of authorizing an affected contracting party to suspend the application of appropriate obligations or concessions under the General Agreement” (*The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate*, p. 05, § 16).

³⁵⁴ “In making the following draft recommendation, the Panel wishes to emphasize that the recommendation cannot constitute a legal obligation for the EEC to remove or reduce its domestic production subsidies and does not preclude other modes of settling the dispute such as granting of compensation or, in the last resort, a request for authorization of suspension of concessions” (*European Economic Community – Production Aids Granted on Canned Peaches, Canned Pears, Canned Fruit Cocktail and Dried Grapes*, p. 23, § 82).

³⁵⁵ “The CONTRACTING PARTIES have decided that a finding of impairment does not authorize them to request the impairing contracting party to remove a measure not inconsistent with the General Agreement; such a finding merely allows the contracting party frustrated in its expectation to request, in accordance with Article XXIII:2, an authorization to suspend the application of concessions or other obligations under the General Agreement” (*European Economic Community – Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins*, p. 36, § 148).

anulado ou prejudicado benefícios resultantes para a Nicarágua do Acordo Geral, independentemente de ele ser justificado ou não pelo Artigo XXI. Elas poderiam (a) recomendar que os Estados Unidos removessem o embargo (...) ou (b) autorizar a Nicarágua a suspender a aplicação de obrigações do Acordo Geral com relação aos Estados Unidos³⁵⁶. (grifou-se)

Mesmo que nunca se tenha chegado a utilizar a suspensão de concessões em litígios envolvendo o art. XXIII:1(b), os pronunciamentos jurisprudenciais supratranscritos não deixam dúvida de que em torno de tal provisão existe um regime *acabado* de responsabilidade por atos não proibidos. A não observância da obrigação primária gera, sim, consequências jurídicas – a sujeição do Membro responsável ao instituto da suspensão de concessões.

Convém salientar que, se usada no âmbito do art. XXIII:1(b), a retaliação não teria caráter *instrumental*, de compelir o infrator ao cumprimento, equiparando-se às contramedidas de direito internacional geral. Diversamente, avultaria a sua função de *reequilibrar as obrigações*, e a efetivação da suspensão de concessões consistiria na resolução *final* do contencioso de não violação (mostrando a sua outra “face”, a retaliação equipar-se-ia, aqui, à compensação de direito internacional geral).

³⁵⁶ “The Panel then noted that Article XXIII:2 would give the CONTRACTING PARTIES essentially two options in the present case if the embargo were found to have nullified or impaired benefits accruing to Nicaragua under the General Agreement independent of whether or not it was justified under Article XXI. They could either (a) recommend that the United States withdraw the embargo (...) or (b) authorize Nicaragua to suspend the application of obligations under the General Agreement towards the United States” (United States – Trade Measures Affecting Nicaragua, p. 11, § 5.6).

CONCLUSÕES

Apontam-se, como principais conclusões do estudo realizado, as seguintes:

1. O germe do que veio a tornar-se o art. XXIII do GATT remonta à preocupação de que medidas sem regulamentação pudessem minar os compromissos de redução de tarifas alfandegárias.

1.a. Versão remota do artigo, cunhada na década de 1930, já mencionava o conceito de anulação ou prejuízo; o rompimento da reciprocidade era o essencial para acionar-se a contraparte, não importando se o seu comportamento fosse legal ou não.

1.b. Cláusula com o mesmo feitio foi inserida pelos Estados Unidos no projeto de Carta da OIC, sofrendo modificações de redação nas conferências negociadoras que sobrevieram. Finda a de Genebra (1947), decidiu-se colocar em vigência o GATT; o seu art. XXIII espelhou a cláusula de anulação ou prejuízo consoante formulada na conferência genebrina.

1.c. O art. XXIII permite que um Membro acione outro caso haja anulação ou prejuízo de benefícios decorrente de uma medida ilegal, não proibida ou outra situação. A essas três hipóteses correspondem, respectivamente, as reclamações de violação, não violação e situação (essa relegada à não utilização).

1.d. As reclamações de violação e não violação são conducentes, respectivamente, a responsabilidade por atos ilícitos e por atos não proibidos em direito internacional do comércio; isso justifica uma ligeira visita a tais categorias, desenvolvidas em direito internacional geral, e das quais a presente dissertação se vale.

2. Conforme testemunham os trabalhos da Comissão de Direito Internacional, a responsabilidade internacional divide-se em duas grandes vertentes: responsabilidade por atos ilícitos e por atos não proibidos.

3. O labor da CDI sobre responsabilidade por atos ilícitos, que recebeu prioridade, resultou na conclusão, em 2001, do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade por Atos Internacionalmente Ilícitos.

3.a. O Projeto fundamenta-se na separação entre regras primárias e secundárias; todas as suas regras integram o segundo grupo, e têm em vista definir as condições gerais para a existência de um ato internacionalmente ilícito e as consequências legais que dele advêm. A necessidade ou não de culpa para que seja engajada a responsabilidade, por exemplo, deve ser pesquisada nas regras primárias relevantes, fugindo, assim, à alçada do Projeto.

3.b. O Projeto adota, implicitamente, a ideia de dano jurídico, de maneira que a mera violação de uma obrigação, independentemente das consequências, dá azo à responsabilidade. A invocação da responsabilidade depende da demonstração de um dano (meramente jurídico, material ou imaterial).

3.c. O termo remédios jurídicos presta-se para expressar as formas através das quais a responsabilidade internacional toma corpo. Tais remédios distribuem-se em dois grupos principais: obrigação de cessação e obrigação de reparação. Já as contramedidas têm a finalidade específica de compelir o infrator ao cumprimento das obrigações de cessação e de reparação.

4. A cisão do tópico da responsabilidade internacional em responsabilidade por atos ilícitos e por atos não proibidos deveu-se a diferenças estruturais. Apesar da denominação *responsabilidade*, a responsabilidade por atos não proibidos consiste em uma regra primária que, em linhas gerais, estatui: se um Estado, ao desenvolver (ou permitir que um particular desenvolva) sob sua jurisdição a atividade X, causar dano a outro, deverá indenizá-lo. Descumprido esse dever, aplicam-se as regras secundárias de responsabilidade por atos ilícitos.

4.a. O escopo do trabalho da CDI sobre responsabilidade por atos não proibidos é mais restrito do que o título oficial do tópico (*responsabilidade por consequências danosas decorrentes de atos não proibidos pelo direito internacional*) sinaliza: abarca, apenas, o dano transfronteiriço, originado das consequências físicas de uma atividade desenvolvida em um Estado e sentido noutro.

4.b. Em um primeiro momento, resolveu-se tratar somente da prevenção de danos transfronteiriços decorrentes de atividades perigosas, finalizando-se, em 2001, o *Projeto de Artigos sobre Prevenção de Dano Transfronteiriço decorrente de Atividades Perigosas*. A questão referente à responsabilização foi abordada mais tarde, adotando-se, em 2006, o *Projeto de princípios sobre a alocação de prejuízo no caso de dano transfronteiriço decorrente de atividades perigosas*.

4.c. Sem contar com respaldo na prática estatal, a CDI não proclamou a responsabilidade *sine delicto* do Estado. Essa espécie de responsabilização, em direito internacional, só poderá ser fruto de normas convencionais.

5. O GATT, paulatinamente, evoluiu rumo à judicialização. A ênfase na anulação ou prejuízo de benefícios para a invocação da responsabilidade, sem atenção a considerações sobre a legalidade da medida, a sugerir recurso pouco frequente à reclamação de violação, não se confirmou. A imensa maioria dos litígios foi instrumentalizada por meio de uma reclamação de violação.

6. Há correspondência entre o art. 1º do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade por Atos Ilícitos e o art. XXIII:1(a) do GATT: em ambos, a responsabilidade internacional dependerá da ocorrência de um ato ilícito.

6.a. Ocorre que, enquanto em direito internacional geral a responsabilidade é gerada pelo ato ilícito, apenas, em direito internacional do comércio ela é gerada por anulação ou prejuízo

de benefícios; o ato ilícito (a *violação*) é um dos meios pelos quais se produz a anulação ou prejuízo.

6.b. A violação de uma obrigação gera presunção de anulação ou prejuízo de benefícios, teoricamente *juris tantum*. Assentou-se na jurisprudência o postulado de que as regras do GATT tutelam condições de concorrência, e não volumes de comércio; por alterar as condições de concorrência, a mera violação das regras, independentemente de quaisquer efeitos comerciais reais, ocasiona anulação ou prejuízo de benefícios. O entendimento aproxima a reclamação de violação da lógica do art. 1º do Projeto de Artigos – a ilicitude *per se* origina a responsabilidade, independentemente de qualquer dano material – e torna a presunção, na prática, irrefutável.

7. O remédio jurídico principal da reclamação de violação é a recomendação para que a medida julgada ilegal seja posta em conformidade com o acordo em questão.

7.a. A obrigação de reparação não é prevista no ESC, de modo que a responsabilidade, na reclamação de violação, exaure-se na obrigação de cessação.

7.b. Quando não acontecer o cumprimento da recomendação, ou o cumprimento ter sido julgado ruim pelo painel do art. 21:5, a parte vencida deve entabular negociações visando à concessão de compensação, até que a recomendação seja cumprida.

7.c. O último recurso contra o descumprimento é a suspensão de concessões ou outras obrigações (retaliação). O uso da retaliação cerca-se de disciplinas, como as dos artigos 22:3 e 22:4. Tese defendida por CHARNOVITZ preconiza que, mais do que restaurar a reciprocidade, a retaliação tenciona compelir a parte infratora ao cumprimento.

8. Como responsabilidade por atos não proibidos, a responsabilidade por não violação vincula-se a uma obrigação primária: se um Membro, por meio de medida não proibida, frustrar vantagens de outro, deverá compensá-lo.

9. Os elementos que compõem a reclamação de não violação estão dispostos no art. XXIII:1(b) do GATT: que (i) um benefício resultante, direta ou indiretamente, do acordo (abrangido) (ii) esteja sendo anulado ou prejudicado (iii) em consequência de (iv) uma medida não violadora do acordo. No ESC, a reclamação de não violação vem regulada no art. 26:1, que codifica a exigência de justificação detalhada.

9.a. O art. 64:2 do TRIPS estabeleceu moratória de cinco anos para a utilização da reclamação de não violação; expirado tal prazo sem que a Conferência Ministerial se tenha manifestado sobre o destino da reclamação de não violação no TRIPS, seu status, nesse acordo, permanece indefinido.

9.b. O GATS alterou a redação da reclamação de não violação; por exemplo, só são invocáveis benefícios advindos da Parte III do Acordo, e que poderiam ser razoavelmente esperados.

10. Suprindo lacuna do período do GATT, o art. 26:1 dispõe sobre os remédios jurídicos da reclamação de não violação. A alínea *b* dita que não há obrigação de retirar a medida não proibida, e que o órgão judicante recomendará que o Membro faça um acordo mutuamente satisfatório; a *c* faculta a arbitragem do art. 21:3 para cálculo dos benefícios anulados ou prejudicados e/ou sugestão de meios para um ajuste mutuamente satisfatório; já a *d* prevê a aplicação do instituto da compensação, equivalendo, na reclamação de não violação, a solução definitiva para a disputa. Se bem que o art. 26:1 nada mencione sobre suspensão de concessões, sua incidência não se descarta.

11. A abertura dos termos constantes no art. XXIII:1(b) do GATT confere função destacada à jurisprudência, o que suscita que se perquiria como foram formulados jurisprudencialmente os diversos elementos da reclamação de não violação.

11.a. Houve, até o presente, quinze decisões que abordaram a reclamação de não violação, analisando o seu mérito ou não; onze da era GATT e quatro da era OMC.

11.b. A OMC, como o GATT anteriormente, confere grande peso à jurisprudência; depois dos acordos abrangidos, cuida-se da fonte de direito mais importante, sendo cabível dizer que a doutrina do precedente é adotada *de facto*. Quanto aos relatórios não adotados do GATT, eles podem propiciar uma orientação útil, porém não o fundamento de uma decisão.

12. Do *caput* do art. XXIII:1 do GATT são extraídos os seguintes elementos: benefício, princípio da expectativa legítima (implícito), anulação ou prejuízo e nexo de causalidade.

13. A jurisprudência sobre não violação debruçou-se sobre *benefício* a partir de duas perspectivas: (i) determinar o seu conteúdo e (ii) estabelecer quais disposições dão origem a benefícios tuteláveis pelo art. XXIII:1(b).

14. O benefício decorrente de uma concessão tarifária (art. II do GATT) é a melhoria das oportunidades de competição do produto importado, consubstanciada na retirada ou diminuição da vantagem artificial representada pela tarifa alfandegária, e não o aumento do volume de comércio; entendimento que transcende o art. II (veja-se o item 6.b).

15. Posição *majoritária* sustenta que a reclamação de não violação protege, somente, benefícios decorrentes do art. II do GATT. *EEC – Citrus* é o mais explícito entre os julgados que aceitaram a reclamação de não violação para tutela de benefícios advindos de outras disposições; no entanto, o relatório do painel (precedente) não foi adotado.

16. O princípio da expectativa legítima é produto de construção jurisprudencial, elemento não escrito da reclamação de não violação; estipula que tal reclamação só prosperará se a medida em questão não pôde razoavelmente ter sido antecipada pelo Membro postulante quando da negociação tarifária. O “razoável” deve ser buscado nas circunstâncias do caso.

16.a. Casos da OMC propiciaram novas abordagens do princípio da expectativa legítima.

16.b. O painel em *Japan – Film* elaborou duas ordens de presunções (*juris tantum*): (i) para medidas introduzidas *após* a negociação tarifária, presumir-se-ia que não se poderia tê-las

antecipado; (ii) para medidas introduzidas *antes* da negociação tarifária, presumir-se-ia que se deveria tê-las antecipado.

16.c. O painel e o órgão de apelação em *EC – Asbestos* assinalaram que não pode haver expectativa legítima quanto à não aplicação de medidas que têm em mira a proteção da saúde humana; ainda, rejeitaram presunção (i) formulada em *Japan – Film*.

16.d. Em *Korea – Procurement* o painel assentou que a expectativa legítima de oportunidades de concorrência deve advir de uma concessão, e não, simplesmente, da etapa de negociação.

17. O significado de anulação ou prejuízo é adiantado pela compreensão de benefício; haverá anulação ou prejuízo sempre que a medida frustrar, total ou parcialmente, as condições de concorrência que o produto importado desfruta.

18. A reclamação de não violação requer um suporte probatório maior em comparação à reclamação de violação; daí o requisito da justificação detalhada. Sem embargo, o painel em *Japan – Film* afirmou que tal requisito configuraria meramente um “*pleading requirement*”.

18.a. A questão do nexo de causalidade foi detalhadamente discutida em *Japan – Film*. O painel consignou que se deve investigar se a medida fez contribuição maior do que *de minimis* para a anulação ou prejuízo; que, mesmo que as medidas em questão não discriminem *de jure*, é possível que discriminem *de facto*; que, ainda que o dolo não esteja previsto no art. XXIII:1(b), pode constituir indício em prol da alegação de anulação ou prejuízo; que, para verificação da relação de causalidade, as medidas devem ser consideradas individualmente e no seu conjunto.

19. É imprescindível, para acionar-se um Membro, a ocorrência de uma medida a ele atribuível.

20. Apesar do art. XXIII:1(b) determinar que a medida seja “*contrária ou não às disposições do presente Acordo*”, a casuística aponta que se a medida consistir, tão-somente,

em uma violação, sem justificação em outro dispositivo, o caminho correto será questioná-la através da reclamação de não violação; medidas cuja legalidade é incerta também têm sido questionadas via reclamação de não violação.

21. Orientação administrativa, típica forma de atuação governamental japonesa, pode ser igualada a medida desde que (i) haja incentivos e desincentivos suficientes para que medidas não-obrigatórias surtam efeito, e (ii) a operação de tais medidas seja essencialmente dependente de ação ou intervenção governamentais (*Japan – Semi-conductors*). Um terceiro critério seria considerar se os atos em questão produzem efeito similar ou não ao de atos obrigatórios (*Japan – Film*).

22. O art. XXIII:1(b) incide sobre toda sorte de medidas, independentemente da sua natureza (*EC – Asbestos*).

23. O art. XXIII:2 não dispõe acerca de remédios jurídicos específicos da reclamação de não violação; coube à jurisprudência formular tais remédios.

24. A formulação dos remédios jurídicos operada em *Australian Subsidy* foi posteriormente observada: recomendação ao demandado para que promova um ajuste mutuamente satisfatório; impossibilidade de requerer-se a retirada da medida não proibida; prerrogativa dos painéis para sugerir os meios para alcançar-se um ajuste mutuamente satisfatório.

25. Não obstante a suspensão de concessões nunca ter sido solicitada em sede de reclamação de não violação, diversos excertos confirmam que ela se aplica à aludida reclamação, hipótese na qual consistiria em resolução final do contencioso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. Principes Généraux de la Responsabilité Internationale d'après la Doctrine et la Jurisprudence. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de La Haye*, tomo 96, v. I, 1959, p. 349-441.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A Solução de Controvérsias na OMC e a Aplicação do Direito Internacional*. Tese apresentada para o Concurso de Provas e Títulos para Provimento do Cargo de Professor Titular no Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

ANZILOTTI, Dionisio. *Curso de Derecho Internacional*. Tomo I. Trad. Julio Lopez Olivan. Madrid: Editorial Reus, 1935.

ARÉCHAGA, Eduardo Jimenez de. International Law in the Past Third of a Century. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de La Haye*, tomo 159, v. I, 1978, p. 01-344.

BAHADIAN, Adhemar Gabriel. *A tentativa do controle do poder econômico nas Nações Unidas: estudo do conjunto de regras e princípios para o controle das práticas restritivas*. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 1992.

BARBOZA, Julio. International Liability for the Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law and the Protection of the Environment. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de La Haye*, tomo 247, v. III, 1994, p. 291-405.

BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

BARTON, John H.; GOLDSTEIN, Judith L.; JOSLING, Timothy E.; STEINBERG, Richard H. *The Evolution of the Trade Regime – Politics, Law, and Economics of the GATT and the WTO*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BHUIYAN, Sharif. Mandatory and Discretionary Legislation: The Continued Relevance of the Distinction Under the WTO. *Journal of International Economic Law*, vol. 05, n. 03, 2002, p. 571-604.

BOYLE, Alan E. State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction? *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 1990, p. 01-26.

BRIGGS, Herbert W. Codification Treaties and Provisions on Reciprocity, Non-Discrimination or Retaliation. *American Journal of International Law*, vol. 56, n. 02, 1962, p. 475-482.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 5.ed. New York: Oxford University Press, 1999.

CAMERON, James; GRAY, Kevin. Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, n. 02, 2001, p. 248-298.

CANAL-FORGUES, Eric. *L'Institution de la Conciliation dans le Cadre du GATT – Contribution à l'Étude de la Structuration d'un Mécanisme de Règlement des Différends*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1993.

CARMODY, Chios. A Theory of WTO Law. *Journal of International Economic Law*, vol. 11, n. 03, 2008, p. 527-557.

CARREAU, Dominique; FLORY, Thiébaud; JUILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. 3.ed. Paris: LGDJ, 1990.

CHARNOVITZ, Steve. Rethinking WTO Trade Sanctions. *American Journal of International Law*, vol. 95, n. 04, 2001, p. 792-832.

CHO, Sung-joon. GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are They the Achilles Heel of the Dispute Settlement Process? *Harvard Journal of International Law*, vol. 39, n. 02, 1998, p. 311-355.

CHUA, Adrian T. L. Reasonable Expectations and Non-Violation Complaints in GATT/WTO Jurisprudence. *Journal of World Trade*, vol. 32, n. 02, 1998, p. 27-50.

_____. The Precedential Effect of WTO Panel and Appellate Body Reports. *Leiden Journal of International Law*, vol. 11, 1998, p. 45-61.

COSTA, Ligia Maura. *OMC – Manual Prático da Rodada Uruguai*. Saraiva: São Paulo, 1996.

CRAWFORD, James. The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect. *American Journal of International Law*, vol. 96, n. 4, 2002, p. 874-890.

DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DAM, Kenneth W. *The GATT – Law and International Economic Organization*. Chicago: The University of Chicago Press, 1970.

DAUL, David A. A Picture Worth Far More than a Thousand Words: A Unique Cause of Action at the World Trade Organization to Enforce American Trade Rights Against Japan. *Hamline Journal of Public Law & Policy*, vol. 17, 1995/1996, p. 121-150.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DILLON, Sara. *Fuji-Kodak, the WTO, and the Death of Domestic Political Constituencies*. *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 08, 1999, p. 197-248.

DUPUY, Pierre-Marie. Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States. *European Journal of International Law*, vol. 03, n. 01, 1992, p. 139-148.

_____. Le Fait Générateur de la Responsabilité Internationale des États. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de La Haye*, tomo 188, v. V, 1984, p. 09-133.

DURLING, James P.; LESTER, Simon N. Original Meanings and the *Film* Dispute: The Drafting History, Textual Evolution, and Application of the Non-Violation Nullification or Impairment Remedy. *George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 32, 1999, p. 211-269.

EHLERMANN, Claus-Dieter; EHRING, Lothar. WTO Dispute Settlement and Competition Law: Views from the Perspective of the Appellate Body's Experience. *Fordham International Law Journal*, vol. 26, 2002/2003, p. 1505-1561.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GARCIA-AMADOR, F.V. State Responsibility – Some New Problems. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de La Haye*, tomo 94, v. II, 1958, p. 365-491.

GARCIA, Márcio P. P. Responsabilidade Internacional do Estado: atuação da CDI. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 273-285. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_162/R162-21.pdf>.

GARCIA-RUBIO, Mariano. Unilateral Measures as a Means of Forcible Execution of WTO Recommendations and Decisions. In: FORLATI, Laura Picchio; SICILIANOS, Linos-Alexandre (Org.). *Economic Sanctions in International Law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 445-475.

GATTINI, Andrea. Smoking/No Smoking: Some Remarks on the Current Place of Fault in the ILC Draft Articles on State Responsibility. *European Journal of International Law*, vol. 10, n. 02, 1999, p. 397-404.

GAZZINI, Tarcisio. The Legal Nature of WTO Obligations and the Consequences of their Violation. *European Journal of International Law*, vol. 17, n. 04, 2006, p. 723-742.

GEPING, Rao. The Law Applied by World Trade Organization Panels. *Temple Journal of International & Comparative Law Journal*, vol. 17, 2003, p. 125-137.

GHERING, Thomas; JACHTENFUCHS, Markus. Liability for Transboundary Environmental Damage – Towards a General Liability Regime? *European Journal of International Law*, vol. 04, n. 01, 1993, p. 92-106.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRAY, Christine. The Choice between Restitution and Compensation. *European Journal of International Law*, vol. 10, n. 02, 1999, p. 413-423.

HANDL, Gunther. State Liability for Accidental Transnational Environmental Damage by Private Persons. *American Journal of International Law*, vol. 74, n. 03, July 1980, p. 525-565.

_____. Territorial Sovereignty and the Problem of Transnational Pollution. *American Journal of International Law*, vol. 69, n. 01, 1975, p. 50-76.

HANSEN, Patricia Isela. Antitrust in the Global Market: Rethinking “Reasonable Expectations”. *Southern California Law Review*, vol. 72, 1999, p. 1601-1649.

HUDEC, Robert. E. *Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement*. Disponível em: <www.worldtradelaw.net/articles/hudecremedies.pdf>.

_____. Retaliation Against “Unreasonable” Foreign Trade Practices: The New Section 301 and GATT Nullification and Impairment. *Minnesota Law Review*, vol. 59, 1974-1975, p. 461-539.

_____. *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*. New York: Praeger Special Studies, 1975.

HSU, Locknie. Non-violation Complaints – World Trade Organization Issues and Recent Free Trade Agreements. *Journal of World Trade*, vol. 39, n. 02, 2005, p. 205-237.

JACKSON, John H. *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*. 2.ed. Cambridge: MIT Press, 1999.

JENKS, C. Wilfred. Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de La Haye*, tomo 117, v. I, 1966, p. 99-200.

JESSUP, Philip C. Negotiating Reciprocity Treaties. *American Journal of International Law*, vol. 27, 1933, p. 738-743.

KELSEN, Hans. *Law and Peace in International Relations – The Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41*. Buffalo: William S. Hein & Co., Inc., 1997.

KIM, Dae-Won. *Non-Violation Complaints in WTO Law – Theory and Practice*. Bern: Peter Lang, 2005.

KOMURO, Norio. *Kodak-Fuji Film Dispute and the WTO Panel Ruling*. *Journal of World Trade*, vol. 32, n. 05, 1998, p. 161-217.

KUYPER, Pieter Jan. The Law of GATT as a Special Field of International Law. *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXV, 1994, p. 227-257.

LAFER, Celso. *A OMC e regulamentação do comércio internacional – uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *O Convênio do Café de 1976 – Da Reciprocidade no Direito Internacional Econômico*. São Paulo: Perspectiva, 1979.

LAROUER, Christophe. WTO Non-Violation Complaints: A Misunderstood Remedy in the WTO Dispute Settlement System. *Netherlands International Law Review*, vol. 53, n. 01, 2006, p. 97-126.

LAUTERPACHT, Hersch. *The Function of Law in the International Community*. Oxford: Clarendon Press, 1933.

LAWSON, Michael Nunes. A fase de implementação no sistema de solução de controvérsias da OMC: subsídios para a sua revisão. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Direito Internacional e da Integração*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

_____. Responsabilidade por Atos Ilícitos e por Atos Não proibidos em Direito Internacional do Comércio. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Estudos de Direito Internacional*. Vol.14. Curitiba: Juruá, 2008.

LÉVY, Denis. La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public. *Revue Générale de Droit International Public*, vol. XXXII, Octobre – Décembre 1961, p. 744-764.

LINDROSS, Anja; MEHLING, Michael. Dispelling the Chimera of ‘Self-Contained Regimes’ – International Law and the WTO. *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 05, 2006, p. 857-877.

MAIA, Paulo Carneiro. *Da cláusula rebus sic stantibus*. São Paulo: Saraiva, 1959.

MAGRAW, Daniel Barstow. The International Law Commission’s Study of “International Liability”. *American Journal of International Law*, vol. 80, n. 2, 1986, p. 305-330.

MARSCHIK, Axel. Too Much Order? The Impact of Special Secondary Norms on the Unity and Efficacy of the International Legal System. *European Journal of International Law*, vol. 09, n. 01, p. 212-239.

MAVROIDIS, Petros C.; PALMETER, David. *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*. 2.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

MAVROIDIS, Petros C. Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place. *European Journal of International Law*, vol. 11, n. 04, 2000, p. 763-813.

MORAES, Henrique Choer. A atuação externa do Estado em benefício de particulares: uma análise da formação da micropolítica externa. *Revista Brasileira de Política Internacional*, ano 45, n. 2, 2002, p. 115-134.

_____. *O regime dos subsídios intrazona no Mercosul*. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, UFRGS, 2005.

NETO, Adelino Arantes. *Responsabilidade do Estado no Direito Internacional e na OMC*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NIBOYET, J. P. La Notion de Réciprocité dans les Traités Diplomatiques de Droit International Privé. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de La Haye*, tomo 52, v. II, 1935, p. 253-363.

OLIVEIRA, Silvia Menicucci de. *Barreiras Não Tarifárias no Comércio Internacional e Direito ao Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PARK, Nohyoung; SHADIKHODJAEV, Sherzod. Cessation and Reparation in the GATT/WTO Legal System: A View from the Law of State Responsibility. *Journal of World Trade*, vol. 41, n. 06, 2007, p. 1237-1258.

PAUWELYN, Joost. The Nature of WTO Obligations. Jean Monnet Working Paper 1/02, New York University School of Law, 2002. Disponível em: <www.jeanmonnetprogram.org/papers/02/020101-01.html>.

_____. The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go? *American Journal of International Law*, vol. 95, n. 03, 2000, p. 535-578.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo (Org.). *Direito Internacional do Comércio – Mecanismo de Solução de Controvérsias e Casos Concretos na OMC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Ensaio sobre a Responsabilidade Internacional do Estado e suas Consequências no Direito Internacional – A Saga da Responsabilidade Internacional do Estado*. São Paulo: LTr, 2000.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*. London: Kluwer Law International, 1997.

_____. Violation Complaints and Non-Violation Complaints in Public International Trade Law. *German Yearbook of International Law*, vol. 34, 1991, p.175-229.

PULKOWSKI, Dirk. *Narratives of Fragmentation – International Law between Unity and Multiplicity*. Disponível em: <www.esil-sedi.org/english/pdf/Pulkowski.PDF>.

_____; SIMMA, Bruno. Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law. *European Journal of International Law*, vol. 17, n. 03, 2006, p. 483-529.

REIF, Timothy M.; FLORESTAL, Marjorie. Revenge of the *Push-Me, Pull-You*: The Implementation Process Under the WTO Dispute Settlement Understanding. *The International Lawyer*, vol. 32, n. 03, 1998, p. 755-788.

REIS, Felipe Nagel. *Os subsídios na OMC: As limitações impostas aos governos na sua política industrial pelas regras do ASMC e pela jurisprudência da OMC*. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS, 2007.

ROESSLER, Frieder. Should Principles of Competition Policy be Incorporated into WTO Law through Non-Violation Complaints? *Journal of International Economic Law*, vol. 02, n. 03, 1999, p. 413-421.

SCHWARZENBERGER, Georg. The Principles and Standards of International Economic Law. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de La Haye*, tomo 117, v. I, 1966, p. 01-98.

SHAW, Malcom N. *International Law*. 4.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

SIMMA, Bruno. Self-Contained Regimes. *Netherlands Journal of International Law*, vol. XVI, 1985, p. 111-136.

SPTIZER, Florian. *The Non-violation Complaint in WTO Law*. Berlin: Tenea Verlag Ltd., 2004.

STILWELL, Matthew; TUERK, Elisabeth. *Non-Violation Complaints and the TRIPS Agreement: Some Considerations for WTO Members*. Center for International Environmental Law. May 2001. Disponível em: <http://www.ciel.org/Publications/Nonviolation_Paper1.pdf>.

SUN, Haochen. *TRIPS and Non-violation Complaints – From a Public Health Perspective*. 2002. Disponível em: <<http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/Sun-TRIPS.pdf>>.

SWAN, Alan C. “Fairness” and “Reciprocity” in International Trade – Section 301 and the Rule of Law. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 16, n. 01, 1999, p. 37-75.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 38.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TRACHTMAN, Joel. The Domain of WTO Dispute Resolution. *Harvard Journal of International Law*, vol. 40, 1999. Disponível em: <<http://www.worldtradelaw.net/articles/trachtmandomain.pdf>>.

TUNKIN, Grigory. Is General International Law Customary Law Only? *European Journal of International Law*, vol. 04, n. 01, p. 534-541.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Publico*. Madrid: Aguilar, 1955.

VILLALPANDO, Santiago M. Attribution of Conduct to the State: How the Rules of State Responsibility May Be Applied Within the WTO Dispute Settlement System. *Journal of International Economic Law*, vol. 05, n. 02, 2002, p. 393-420.

VIRALLY, Michel. Le Principe de Réciprocité dans le Droit International Contemporain. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de La Haye*, tomo 122, v. III, 1967, p. 01-105.

VON BOGDANDY, Armin. The Non-Violation Procedure of Article XXIII:2 – Its Operational Rationale. *Journal of World Trade*, vol. 26, n. 04, 1992, p. 95-111.

WALLACH, Lori; WOODALL, Patrick. *Whose Trade Organization? A Comprehensive Guide to the WTO*. New York: The New Press, 2004.

ZEITLER, Helge Elisabeth. Good Faith in the WTO Jurisprudence – Necessary Balancing Element or an Open Door to Judicial Activism? *Journal of International Economic Law*, vol. 08, no. 03, 2005, p. 721-758.

DOCUMENTOS DA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL

Fifth Report on International Responsibility by Special Rapporteur F. V. Garcia-Amador, 09 February 1960 (A/CN.4/125). Yearbook of the ILC 1960, v. 2, part. 1.

First Report on International Responsibility by Special Rapporteur F. V. Garcia-Amador, 20 January 1956 (A/CN.4/96). Yearbook of the ILC 1956, v. 2, part 1.

KOSKENNIEMI, Martti. *The function and scope of the lex specialis rule and the question of 'self-contained regimes': An outline*. International Law Commission, Study Group on Fragmentation. UN Doc. ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1/Add.1(2004).

Preliminary Report on International Liability for Injurious Consequences Arising Out of Acts Not Prohibited by International Law by Special Rapporteur Robert Q. Quentin-Baxter, 24 and 27 June & 4 July 1980 (A/CN.4/334). Yearbook of the ILC 1980, v. 2, part 1.

Report of the ILC on the work of its fifteenth session, 6 May – 12 July 1963 (A/5509). Yearbook of the ILC 1963, v. 2, part 1.

Report of the ILC on the work of its fifty-eighth session, 2006 (A/61/10). Yearbook of the ILC 2006.

Report of the ILC on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June & 2 July – 10 August 2001 (A/56/10). Yearbook of the ILC 2001.

Report of the ILC on the work of its thirtieth session, 8 May – 28 July 1978 (A/33/10). Yearbook of the ILC 1978, v. 2, part. 2.

Report of the ILC on the work of its twenty-eight session, 3 May – 23 July 1976 (A/31/10). Yearbook of the ILC 1976, v. 2, part 2.

Report of the ILC on the work of its twenty-fifth session, 7 May – 13 July 1973 (A/9010/Rev.1). Yearbook of the ILC 1973, v. 2, part 2.

Second Report on International Liability for Injurious Consequences Arising Out of Acts Not Prohibited by International Law by Special Rapporteur Robert Q. Quentin-Baxter, 12 and 30 June & 1 July 1981 (A/CN.4/346). Yearbook of the ILC 1981, v. 2, part 1.

Second Report on State Responsibility by Special Rapporteur F. V. Garcia-Amador, 15 February 1957 (A/CN.4/106). Yearbook of the ILC 1957, v. 2, part 1.

Third Report on International Liability for Injurious Consequences Arising Out of Acts Not Prohibited by International Law by Special Rapporteur Robert Q. Quentin-Baxter, 23 June 1982 (A/CN.4/360). Yearbook of the ILC 1982, v. 2, part 1.

Third Report on State Responsibility by Special Rapporteur James Crawford, 15 March 2000 (A/CN.4/507). Yearbook of the ILC 2000, v. 2, part 2.

DOCUMENTOS DA OMC

Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. *Non-Violation Complaints and the TRIPS Agreement*. Note by the Secretariat. 28 January 1999. IP/C/W/124.

DOCUMENTOS DO GATT

GATT. Contracting Parties, Ninth Session. *Report of the Review Working Party III on Barriers to Trade other than Restrictions or Tariffs*. 01 March 1955. L/334.

GATT Council, *Minutes of Meeting – Held in the Centre William Rappard on 12 March 1985*. 19 April 1985. C/M/186.

Group of Negotiations on Goods (GATT). Negotiating Group on Dispute Settlement. *Non-Violation Complaints Under GATT Article XXIII:2*. Note by the Secretariat. 14 July 1989. MTN.GNG/NG13/W/31.

Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance, GATT, adopted 28 November 1979, L/4907.

DECISÕES DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA:

Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I.C.J., 1980.

South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), I.C.J., Second Phase, Judgment of 18 July 1966.

GATT:

Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act, GATT Panel Report, adopted 07 February 1984, L/5504 – BISD 30S/140.

European Community – Tariff Treatment on Imports of Citrus Products from Certain Countries in the Mediterranean Region, GATT Panel Report, 07 February 1985 (not adopted), L/5776.

European Economic Community – Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and related Animal-Feed Proteins, GATT Panel Report, adopted 25 January 1990, L/6627 – BISD 37S/86.

European Economic Community – Production Aids Granted on Canned Peaches, Canned Pears, Canned Fruit Cocktail and Dried Grapes, GATT Panel Report, 20 February 1985 (not adopted), L/5778.

Follow-Up on the Panel Report “European Economic Community – Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and related Animal-Feed Proteins”, GATT Panel Report, 31 March 1992 (not adopted), DS28/R – BISD 39S/91.

Japan – Measures on Imports of Leather, GATT Panel Report, adopted 16 May 1984, L/5623 – BISD 31S.

Japan – Trade in Semi-Conductors, GATT Panel Report, adopted 04 May 1988, L/6309 – BISD 35S/116.

Panel on Import, Distribution and Sale of Alcoholic Drinks by Canadian Provincial Marketing Agencies, GATT Panel Report, adopted 22 March 1988, L/6304 – BISD 35S/37.

Spain – Measures concerning Domestic Sale of Soyabean Oil, GATT Panel Report, 17 June 1981 (not adopted), L/5142.

The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate, GATT Working Party Report, adopted 03 April 1950, GATT/CP.4/39 – BISD II/188.

Treatment by Germany of Imports of Sardines, GATT Working Party Report, adopted 31 October 1952, G/26 – BISD 1S/53.

United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages, GATT Panel Report, adopted 19 June 1992, DS23/R – BISD 39S/206.

United States – Restrictions on the Importation of Sugar and Sugar-Containing Products Applied Under the 1955 Waiver and Under the Headnote to the Schedule of Tariff Concessions, GATT Panel Report, adopted 07 November 1990, L/6631 – BISD 37S/228.

United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances, GATT Panel Report, adopted 17 June 1987, L/6175 – BISD 34S/136.

United States – Trade Measures Affecting Nicaragua, 13 October 1986 (not adopted), L/6053.

Uruguayan Recourse to Article XXIII, GATT Panel Report, adopted 16 November 1962, L/1923 – BISD 11S/95.

OMC:

Argentina – Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items, WTO AB Report, adopted 22 April 1998, WT/DS56/AB/R.

European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WTO AB Report, adopted 05 April 2001, WT/DS135/AB/R.

European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products, WTO Panel Report, circulated 18 September 2001, WT/DS135/R.

European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WTO AB Report, adopted 25 September 1997, WT/DS27/AB/R.

European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WTO Panel Report, circulated 22 May 1997, WT/DS27/R/USA.

India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, WTO AB Report, adopted 16 January 1998, WT/DS50/AB/R.

Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WTO Panel Report, adopted 22 April 1998, WT/DS44/R.

Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, WTO AB Report, adopted 01 November 1996, WT/DS8,10,11/AB/R.

Korea – Measures Affecting Government Procurement, WTO Panel Report, adopted 19 June 2000, WT/DS163/R.

Turkey – Restrictions on Imports of Textiles and Clothing Products, WTO Panel Report, circulated 31 May 1999, WT/DS34/R.

United States – Anti-Dumping Act of 1916, WTO Panel Report, circulated 26 September 2000, WT/DS162/R.

United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000, WTO AB Report, adopted 27 January 2003, WT/DS217,234/AB/R.

United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000, WTO Panel Report, circulated 16 September 2002, WT/DS217,234/R.