



Desenvolvimento e tratamento especial e diferenciado na OMC: uma abordagem sob a perspectiva da doutrina do *stare decisis*

Development and special and differential treatment in the WTO: an approach through stare decisis's doctrine

Eduardo Saldanha

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000) e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001) e Doutor pela Universidade de São Paulo (2009). Professor de graduação e pós-graduação do Centro Universitário Faculdade Católica de Administração e Economia – FAE, professor de pós-graduação da Universidade Estadual de Londrina, Universidade do Vale do Itajaí e PUC-PR, Curitiba, PR – Brasil

Resumo

O tema comércio internacional e desenvolvimento sob a perspectiva do tratamento especial e diferenciado tem sido objeto de debates acalorados, principalmente no que diz respeito à efetividade das regras existentes no âmbito da Organização Mundial do Comércio. A revisão dos mecanismos de tratamento especial e diferenciado e diferenciação tem sido objeto de obstáculos negociais que têm impedido que tais instrumentos sejam aplicados de forma a proporcionar uma diminuição das diferenças de desenvolvimento dos Membros da OMC. Uma das alternativas propostas é a possibilidade de utilização de precedentes vinculantes como mecanismos passíveis de permitir a adaptação das normas existentes afim de que

estas se aproximem da realidade efetiva dos Membros da OMC e respondam à problemática do desenvolvimento de forma mais específica.

Palavras-chave: Desenvolvimento. Tratamento especial e diferenciado na OMC. Doutrina do *stare decisis*.

Abstract

International trade and development from the perspective of special and differential treatment has been subject of strong debate, especially regarding the effectiveness of existing rules under the World Trade Organization. A review of mechanisms of special and differential treatment and differentiation has been object of bargaining obstacles that have prevented such instruments to be applied in order to allow a narrowing of development differences of WTO Members. An alternative option is the use of legally binding precedents, which could allow the necessary balance of existing rules in order to approximate the effective development reality of WTO Members and address development issues more specifically.

Keywords: *Development. Special and differential treatment in the WTO. Stare decisis's doctrine.*

Introdução

A discussão sobre a necessidade de um tratamento especial e diferenciado a países com graus de desenvolvimentos diversos no sistema internacional sempre teve grande relevância no comércio internacional, sendo que a construção do conceito de tratamento especial e diferenciado e os impactos da sua efetivação para o desenvolvimento dos países têm ocupado um espaço importante na definição de características do sistema multilateral de comércio internacional e nas teorias de desenvolvimento.

Há muito tempo chegou-se à conclusão de que um conjunto de normas multilaterais uniformes que crie obrigações idênticas a todos os participantes do sistema multilateral de comércio, independente do seu grau de desenvolvimento, traz mais prejuízos do que benefícios, sendo a isonomia um debate que já deveria estar superado.

O atual debate sobre a aplicação de um tratamento especial e diferenciado já deveria ter superado a questão da isonomia no comércio internacional, pacificando seu entendimento de flexibilização quando se

trata da relação comércio internacional e desenvolvimento. Tal superação é primordial no sentido de entender-se de uma vez por todas que realmente há a necessidade de um tratamento que encare os Estados Membros do sistema multilateral de comércio de acordo com o seu grau de desenvolvimento, ou seja, de forma diferenciada, flexibilizando o conceito de isonomia. Dessa forma, para estabelecer melhor a problematização do presente trabalho, parte-se da premissa da superação do debate sobre isonomia quanto às relações comércio internacional e desenvolvimento, estabelecendo-se a sua flexibilização.

O princípio da igualdade reavaliado, reestruturado, leva em consideração a existência de peculiaridades e diferenças econômicas, históricas, sociais, culturais, entre outras, dos Estados que fazem parte do sistema multilateral de comércio internacional, e conclui que não pode haver exigências idênticas à Estados com diferenças tão profundas.

Entretanto, mesmo havendo uma vasta regulação de tratamento especial e diferenciado dentro do arcabouço normativo da Organização Mundial do Comércio, muitas vezes a sua efetivação com direção à redução da pobreza e como real instrumento de desenvolvimento esbarra na determinação e diferenciação de graus de desenvolvimento entre os Membros do sistema multilateral de comércio, o que faz com que Membros com graus de desenvolvimento e necessidades díspares sejam agraciados com um tratamento especial e diferenciado idêntico, gerando desvio de objetivos centrais da própria organização internacional e que conformam a base da criação dos mecanismos de tratamento especial e diferenciado.

Na busca por alternativas, algumas questões acabam se impondo, as quais serão brevemente discutidas nesse trabalho, quais sejam estas: 1) como enquadrar diferenças fundamentais entre Membros de um mesmo sistema de comércio multilateral considerando a necessidade de estabelecer um arcabouço normativo multilateral com o objetivo de promoção do desenvolvimento? 2) Quais os principais obstáculos do atual sistema de tratamento especial e diferenciado na sua consecução como mecanismo que não seja indutor de mais desigualdades? 3) Como administrar a questão de quais Membros devem ter acesso a este tratamento e quais os seus limites? 4) Como a atual estrutura institucional e legal da Organização Mundial do Comércio pode ser utilizada na busca por uma maior efetividade das regras existentes e na definição de graus

de desenvolvimento que estejam mais próximos às realidades dos Estados? 5) Para tanto, pode a doutrina do *stare decisis* surgir como uma alternativa a ser adotada na Organização Mundial do Comércio?

Para tentar responder tais questionamentos será necessária a análise de questões sensíveis ao sistema multilateral do comércio como a regulação do comércio internacional e o objetivo de desenvolvimento, o histórico e conceito do tratamento especial e diferenciado, os mecanismos existentes de diferenciação de graus de desenvolvimento, e a natureza jurídica do sistema legal da Organização Mundial do Comércio; para que somente assim seja possível uma avaliação de alternativas.

Delineações da doutrina do *stare decisis*

Como premissa do debate na teoria geral dos precedentes está a utilização da doutrina do *stare decisis* e a força do precedente como fonte de direito. Para os países com tradição de *civil law* as decisões ocupam uma posição secundária no rol de fontes de direito, o que faz com que a doutrina do *stare decisis* perca importância nos debates acadêmicos.

Por sua vez, nos sistemas de direito com tradição de *common law* o precedente ocupa uma posição de destaque no que concerne às fontes de direito, concedendo muita visibilidade à doutrina do *stare decisis*, a qual fundamenta a utilização do precedente com força vinculante posicionando este entre as principais fontes a serem consideradas.

Na doutrina do precedente aplicada nos países com tradição de *common law* os julgadores utilizam princípios estabelecidos em casos precedentes para decidir novos casos que possuam fatos similares e que levantem questões legais semelhantes, estabelecendo regras que adquiram uma força para além das partes envolvidas em um caso particular.

Esta tendência em seguir casos decididos anteriormente é chamada de doutrina do *stare decisis*, que vem da expressão latina *stare decisis et non quieta movere* (manter decisões e não macular questões já definidas). É importante que fique claro que a utilização de casos anteriormente decididos não pode ser tida como ilimitada, pois um caso particular somente irá tratar de questões específicas àquele litígio, sendo deixado a cargo da corte subsequente decidir o alcance e a razão de direito da questão precedente, sendo que questões fáticas jamais ganham força precedental vinculante (FINE, 2007, p. 61).

No caso dos sistemas de *civil law* as decisões ocupam uma posição secundária, suplementar, persuasiva, subsidiária, sendo um mecanismo importante e que gera previsibilidade, impedindo que os julgadores decidam de forma caótica. Entretanto, a construção jurisprudencial apresenta-se como fonte secundária de direito, não como mecanismo de criação e abstração normativa, o que acaba por marginalizar a doutrina do *stare decisis* dentro da tradição de *civil law*. Assim, as decisões não serão utilizadas como fontes criadoras, sendo concedida à decisão somente efeito *inter partes*. De forma contrária, nos países de tradição de *common law* tem-se que o processo de aplicação da lei aos fatos que envolvem um caso específico envolve a interpretação daquele direito pelos juízes a partir dos argumentos apresentados pelas partes, mas com grande diferença na força que a decisão adquire no que tange à casos subsequentes.

Como pode ser verificado, as decisões das cortes sobre casos específicos são vinculantes com relação às partes envolvidas no caso em ambas as tradições, entretanto, nos países de *common law* há a possibilidade de se estender a interpretação e aplicação do direito discutido em casos específicos à casos similares de forma vinculante. Importante salientar que não se trata de uma vinculação do caso como um todo, mas sim de questões de direito muito específicas, as quais são identificadas e definidas pela doutrina do *stare decisis*.

No caso da *common law* precedente poderá adquirir um caráter persuasivo ou vinculante. O poder vinculante define uma relação entre uma decisão e as decisões subsequentes de cortes inferiores, sendo possível, em casos excepcionais vinculação dentro da mesma corte. Um exemplo com o qual se pode trabalhar reside nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, as quais são vinculantes a todas as outras cortes dos Estados Unidos da América, no caso de decisões de uma corte federal de apelações, estas são vinculantes com relação a todas as cortes dentro do mesmo circuito¹, todas as cortes distritais sob o mesmo al-

¹ O sistema legal dos Estados Unidos da América é extremamente descentralizado, sendo que cada circuito, são em um total de 11 circuitos, englobam diversos estados, sendo que as cortes de apelação têm jurisdição somente dentro do seu próprio circuito, como é caso do 11^o circuito, o qual engloba os estados do Alabama, Geórgia e Flórida.

cance geográfico do circuito, assim como a própria corte de apelações². Decisões de uma corte distrital, entretanto, somente vinculam as partes que estejam perante a corte naquele caso e não controla casos subsequentes (FINE, 2007, p. 62).

Por sua vez, não havendo força vinculante entre os precedentes, a força do precedente será de caráter persuasivo. Ou seja, a força persuasiva é não vinculante em uma corte subsequente mas poderá ajudar o juiz no processo de tomada de decisão, informando como outras cortes decidiram questões legais similares e casos análogos. Por exemplo, não existindo precedente vinculante aplicável a um caso perante um juiz de uma corte distrital nos Estados Unidos da América, isso quer dizer que não há precedente da Suprema Corte e nem da corte de apelações do circuito à qual pertence a corte distrital, o juiz da corte distrital deverá considerar as determinações de outras cortes sobre a questão diante dele, juízes de corte distrital dentro e fora do circuito e as cortes de apelações nos outros circuitos, entretanto com força somente persuasiva, o que significa que não há a obrigatoriedade do juiz seguir a decisão adotada nas outras cortes, fato que não impede o juiz de adotar a posição estabelecida nas cortes externas ao seu circuito de forma persuasiva, ou então que decida de forma totalmente diferente. Entretanto não se pode olvidar que para que um precedente seja vinculante ou até mesmo persuasivo este deve ser relevante, ou seja, o precedente deve levantar fatos e questões legais similares.

Como pode ser verificado a doutrina do *stare decisis* tem como mecanismo central o efeito vinculante (*binding-effect*) das decisões judiciais, o que confere força normativa e legalidade material (*rule of law*) às decisões. Mas em busca de um entendimento mais específico de como estes precedentes adquirem este poder vinculante, esta autoridade obrigatória, é preciso entender quatro institutos que fundamentam a doutrina do *stare decisis*: a *Ratio Decidendi* ou *holding*; o *obiter dictum* ou *dicta*, o *distinguishing* e o *overruling*.

² Uma corte de apelações específica está ligada pelas suas próprias decisões a não ser que sejam sobrepostas ou revertidas para Suprema Corte dos Estados Unidos ou pela própria corte de apelações em um regramento *en banc*. É claro que painéis subsequentes da corte de apelações, assim como cortes distritais no circuito, são livres para diferir os fatos apresentados por casos subsequentes afim de atingir um resultado diferente.

Primeiramente, a melhor forma para instrumentadores do direito acostumados com a tradição da *civil law* entenderem a doutrina do *stare decisis* é preciso que se faça uma distinção entre *ratio decidendi* ou *holding* e o *obiter dictum* ou simplesmente *dicta*. A *ratio decidendi*, como referida na Inglaterra, ou *holding*, como denominada nos Estados Unidos da América, pode ser entendida como a resolução de uma questão legal ou de várias questões legais argumentadas em um caso, sendo determinado a partir da análise de fatos materiais, da decisão da corte, e da motivação do juízo. Entretanto a determinação exata da *ratio decidendi* ou *holding* de um caso somente poderá ser definitivamente estabelecida após a sua aplicação concreta em casos subsequentes.

Por sua vez *dicta* é tudo aquilo que é afirmado na decisão do juízo, sendo declarações feitas por uma corte que transcendem a questão legal ou fatos apresentados pelo caso submetido a corte. A *dicta* tem caráter meramente persuasivo perante a corte, o que quer dizer que as cortes não deverão seguir como precedente as questões definidas como *dicta*. Dessa maneira, o *obiter dictum*, ou simplesmente *dicta*, não possui efeito vinculante, autoridade obrigatória. Como bem apresentando pela Professora Toni Fine (2007, p. 63), a base racional para a natureza não vinculante da *dicta* é bastante convincente. No que tange à base racional da *dicta* a própria Suprema Corte dos Estados Unidos da América se pronunciou, definindo que:

o questionamento frente à corte é investigado com cuidado e considerado em sua totalidade. Outros princípios que podem servir para ilustrá-lo, são considerados em sua relação com o caso decidido, mas a sua possível influência em todos os outros casos é raramente investigada completamente (COHENS VIRGINIA, 1821).

Embora não tenha caráter vinculante a *dicta* pode ser seguida pela mesma corte em casos posteriores e uma corte inferior pode ser persuadida a seguir suas razões, ou seja, autoridade persuasiva.

A metodologia de se definir o que poderá ser aplicado em casos subsequentes com autoridade vinculante, baseia-se muito na metodologia de distinção do que configura *holding* e o que deve ser simplesmente considerado como *dicta*. Na prática esta acaba sendo a tarefa mais com-

plexa e importante na definição da natureza obrigatória e vinculante de um caso a um caso subsequente, a qual denomina-se *distinguishing*.

O *distinguishing* objetiva demonstrar que fatos materiais apresentados em um caso específico são análogos aos fatos materiais nos casos decididos anteriormente, possibilitando que o precedente seja utilizado. O *distinguishing* acaba transformando-se no grande instrumento das partes no sistema adversarial da *common law*, vez que as partes concentram suas forças em determinar se um precedente pode ou não ser aplicado ao caso que está sendo analisado por uma corte, e tal empreitada engloba o sistema de analogia definido pela metodologia do *distinguishing*.

Por sua vez o *overruling*, é o poder que as cortes têm de decidir um caso apresentado perante de forma diversa ao determinado em um precedente com autoridade obrigatória, sendo uma forma de derrogação do precedente a partir da criação de um novo precedente sobre um precedente que será sobreposto.

O *overruling* adquire grande importância na configuração da doutrina do *stare decisis* vez que permite que o Direito assumira uma característica de “Direito Vivo” respeitando a evolução dinâmica da atividade jurisdicional, entretanto limitando esta atividade, evitando arbitrariedades e insegurança jurídica. Em suma, o *overruling* é a decisão de um juízo que expressamente declara que o precedente não tem mais característica vinculante, autoridade obrigatória, substituindo o precedente por um novo precedente, estabelecendo uma nova *holding* (ratio decidendi), onde poderá ser encontrada a fundamentação do *overruling* do antigo precedente. Como bem observa o Guido Soares (1999, p. 64), nada mais é do que transformar *holding* em *dicta*, vez que o fato de um precedente ter sido sobreposto não quer dizer que ele deixe de existir, continuando a ter força persuasiva, mas no que tange à autoridade obrigatória esta será sobreposta pelo novo precedente, fruto do *overruling*.

Ainda, por mais que pareça algo lógico em sistemas de *civil* e de *common law*, deve-se atentar para o fato de que a doutrina do *stare decisis* define de forma clara que uma corte inferior na hierarquia judiciária não possui autoridade para realizar o *overruling* em um precedente de uma corte superior, apenas a corte que proferiu o precedente ou uma corte hierarquicamente superior possuem esta autoridade.

Há de ser ressaltado que uma das principais críticas e preocupações quanto à adoção de uma força vinculante aos precedentes repousa na utilização do *stare decisis* como sendo uma violação à separação de poderes, onde o judiciário acaba sobrepondo funções do legislativo ou do executivo, possibilitando que algumas decisões não sejam fundamentadas em questões jurídicas, função do poder judiciário, mas sim em posições meramente políticas ou ideológicas, gerando o chamado “*judicial activism*”. Para tanto, com o objetivo de impedir que a criatividade do magistrado seja ilimitada ou desmedida, o que levaria a um “*judicial activism*” que certamente desconfiguraria a balança de poderes, existem limites à atuação jurisdicional fundada no *stare decisis*, dentre eles está o mecanismo de *checks and balances* (pesos e contrapesos) exercido pelos poderes legislativo e executivo, bem como o próprio *stare decisis*, que exerce uma considerável força de limitação ao poder de inovação jurisprudencial. Mas algo que não se pode negar é a necessidade de confiança na força e credibilidade das instituições que compõem o Estado.

Da necessidade de hierarquia judiciária para a consolidação do *binding effect*

O Direito Internacional Público não pode ser visto como tendo natureza de *civil* ou *common law*, vez que tem sua própria natureza jurídica de Direito Internacional Público com características e princípios próprios que o difere tanto da estrutura de *common law* como de *civil law*.

No que se refere aos mecanismos de *stare decisis* que impõem efeito vinculante às decisões verifica-se que estes não são formalmente utilizados no Direito Internacional Público, nesse caso distanciando-o da estrutura de *common law*. Porém algumas características aproximam muito o Direito Internacional Público de algumas características afetas à *common law*, como é o caso da força que o direito consuetudinário possui perante o sistema legal de internacional. Por sua vez a codificação, e característica auxiliar das decisões, o aproximam da *civil law*.

Um grande exemplo da especificidade do Direito Internacional Público, e que será essencial para o debate que circunda a possibilidade de concessão de autoridade obrigatória aos precedentes dentro da Organização Mundial do Comércio, reside no fato de normalmente não

existir hierarquia entre cortes internacionais, sendo que esta hierarquia mostra-se como pressuposto para a consolidação do *stare decisis* como mecanismo a ser utilizado de forma efetiva, vez que há efeito vinculante quando há cortes superiores que tenham poder com relação às cortes inferiores.

A existência de uma estrutura de judiciário hierarquizada é tão importante para a concessão de efeito vinculante aos precedentes que este efeito somente foi reconhecido na Inglaterra após determinação formal de hierarquia entre cortes com os chamados *Judicature Acts* de 1873-1875, os quais reorganizaram as cortes inglesas em uma estrutura judiciária unificada e hierarquizada que tinha a *House of Lords* como a corte de última instância, sendo que abaixo dela encontravam-se a *Court of Appeal*, as *Divisional Courts* e as *Courts of First Instance*.

No ano de 1898 a *House of Lords*, juridicamente embasada em uma estrutura hierarquizada, define a necessidade de vinculação entre decisões, gerando efeito vinculante até mesmo da própria *House of Lords* perante os seus precedentes. Esta vinculação da própria *House of Lords* mostrou-se extremamente complexa e rígida, o que a levou esta a admitir que as suas decisões somente seriam obrigatórias com relação às cortes inferiores, e não mais com relação à própria *House of Lords*³.

Assim, atualmente tem-se que a doutrina do efeito vinculante dos precedentes somente é aplicável onde há hierarquia entre cortes, fazendo parte da doutrina do *stare decisis*, sendo então pressuposto fundamental para a aplicação do efeito vinculante seja em estruturas de *common law* ou qualquer outra tradição que queira apoiar-se em precedentes vinculantes, como é o caso do objeto de estudo presente, qual seja este a possibilidade de utilização dos precedentes vinculantes no Direito Internacional Público.

Em suma, a vinculação de precedentes depende diretamente da hierarquia entre cortes, sendo que as decisões de cortes superiores geram efeito vinculante com relação às cortes inferiores, jamais de forma contrária. Deve ainda ficar claro que a doutrina do precedente na *common law* define que a decisão é somente vinculante entre as partes, pois não passa a ser vinculante com relação à casos similares entre outras partes de forma automática após a decisão, vez que para que o precedente seja configurado como obrigatório é necessário que as cortes

³ Esta decisão foi alcançada pela primeira vez no caso *Conway v. Rimmer* de 1968.

inferiores apliquem efetivamente a decisão de uma corte superior a partir da definição da *ratio decidendi* (holding) da corte superior à qual estará vinculada a sua decisão, cabendo às partes argumentarem que aquela *ratio decidendi* (holding) deve ou não ser aplicada por ser questão legal similar ou não se tratar de questão legal similar, processo este conhecido como distinção (*distinguishing*). Após definida a *ratio decidendi* (holding), as cortes são obrigadas a aplicar o precedente em casos subsequentes similares.

A ausência de hierarquia entre cortes é uma característica bastante comum nas estruturas de solução de controvérsias normalmente adotadas no Direito Internacional Público, ou seja, normalmente as cortes internacionais que têm como objetivo solucionar litígios baseados em fontes de Direito Internacional Público são de única instância, não havendo hierarquia, como é o caso da Corte Internacional de Justiça. Entretanto, o fato de ser normal não quer dizer que não seja possível que existam cortes com características de superioridade hierárquica, como é o caso do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio.

Todo o atual sistema de solução de controvérsias da OMC está baseado em uma regra formal, a qual faz parte do Acordo Constitutivo da OMC. O conjunto de regras que formaliza o sistema de solução de controvérsias da OMC, conhecido como Entendimento relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC), contém 27 artigos que definem regras e procedimentos aplicáveis a controvérsias entre Estados Membros da OMC relativo a todos os acordos cobertos (*covered agreements*) pela organização internacional. Desse modo, a obrigação de respeitar o sistema de solução de controvérsias provém de uma obrigação jurídica legitimada por um tratado internacional.

Com a criação da OMC e com a aprovação do Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC) vislumbrou-se um verdadeiro sistema de solução de controvérsias. As alterações vislumbradas com o ESC dão uma nova visão à solução de litígios no comércio internacional, sendo que para o presente trabalho os pontos que merecem destaque são a criação de um único modelo de solução de controvérsias independentemente da matéria tratada e a criação de um Órgão de Apelação.

A criação de um único modelo para a solução de controvérsias significou uma unificação de procedimentos que faz com que a solução

dos litígios seja mais dinâmica, pois as regras para a solução dos litígios são sempre as mesmas para todos os acordos cobertos, fazendo com que, também, ganhe-se em qualidade, precisão, previsibilidade, segurança jurídica e acuidade técnica nas decisões.

Por sua vez a criação de um Órgão de Apelação demonstra um grande avanço no procedimento de solução de controvérsias da OMC, pois cria efetivamente uma instância recursal, incomum para organizações internacionais intergovernamentais com personalidade jurídica de Direito Internacional Público. Ao Órgão de Apelação somente serão submetidas questões de direito tratadas no relatório do painel e as interpretações jurídicas por ele formuladas⁴, impedindo, dessa maneira, que as partes perdedoras aleguem uma solução injusta, errônea ou incompleta pela falta da análise de qualquer argumento de direito anteriormente levantado, assegurando desse modo um maior grau de justiça e juridicidade, trazendo credibilidade ao sistema de solução de controvérsias da OMC.

A estrutura criada e o processo de solução de controvérsias na OMC gera maior credibilidade ao sistema, essencial para a implementação bem sucedida de mecanismos baseados na doutrina do *stare decisis*, assim como possibilita que o pressuposto da hierarquia entre cortes encontre respaldo em um sistema eminentemente de Direito Internacional Público.

Resumidamente, o procedimento de solução de controvérsias na OMC inicia-se com a fase de consultas, passando à instituição de um painel, e, se for o caso, apreciação do relatório do painel em grau de recurso pelo Órgão de Apelação.

Primeiramente, a parte que entende estar sendo prejudicada pela conduta de outro Membro em violação à uma norma da OMC solicita uma consulta indicando as medidas controversas e o embasamento legal, fundamentando. Não sendo cumpridos os prazos estipulados pelo ESC⁵ ou não havendo solução mutuamente aceitável a parte reclamante poderá requerer a instituição de um painel.

Finalizada a fase de consultas sem uma solução do litígio instaura-se um painel, devendo o pedido de instauração deste seguir alguns requisitos formais, sendo necessária a indicação das medidas controver-

⁴ ESC artigo 17.6.

⁵ ESC artigo 4.3.

sas, o embasamento legal da reclamação e a indicação da ocorrência de consultas⁶. Nesse momento a parte reclamante estabelece os limites de conhecimento e decisão do painel, pois elege os termos de referência, indica as medidas ou ações que objetivaram a reclamação, assim como aponta as normas que por ventura tenham sido violadas. Alcançada uma decisão, a qual resultará em um relatório, o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) faz recomendações ao Membro julgado com base no relatório. O painel tem o dever de proceder uma avaliação objetiva dos fatos, da aplicabilidade e da concordância com os acordos cobertos, formulando conclusões que ajudem o OSC a fazer recomendações e emitir decisões⁷.

Buscando maior publicidade e justiça, antes da circulação do relatório abre-se uma oportunidade para as partes envolvidas revisarem o relatório, chamada de *interim review*, a qual se dá após a consideração das réplicas e apresentações orais, havendo a permissão de que sejam feitos comentários acerca do relatório, sendo que estes comentários serão analisados pelo painel nas conclusões por ocasião do relatório final⁸.

Após a publicização do relatório do painel às partes faculta-se o direito de apelar junto ao Órgão de Apelação. Entretanto, como grau de apelação, há uma limitação formal de questões passíveis de argumentação frente ao Órgão de Apelação, vez que este somente poderá analisar questões de direito tratadas pelo painel e as interpretações jurídicas por ele formuladas, sendo que questões fáticas somente podem ser levantadas durante a fase específica do painel, não sendo fruto de análise do Órgão de Apelação.⁹ Esta estrutura acaba criando um organismo que tem o poder de revisar as interpretações do painel, se colocando em uma posição institucional de superioridade com relação à primeira instância de solução de controvérsias, consubstanciando assim uma hierarquia de cortes.

Adotado o relatório não há mais instância de apelação, sendo feita, então, uma recomendação através do Órgão de Solução de controvérsias ao Estado Membro perdedor. A não implementação das recomen-

⁶ ESC artigo 6.2.

⁷ ESC artigo 11.

⁸ ESC artigo 15.

⁹ ESC artigo 17.6.

dações feitas pelo Órgão de Solução de Controvérsias podem ensejar a utilização de compensações e a suspensão de concessões e outras obrigações¹⁰.

Os julgados como fonte de Direito Internacional Público – sua força de aplicabilidade

A existência de uma estrutura hierárquica de solução de controvérsias que permita a adoção de precedentes vinculantes pode ser encontrada, de forma *sui generis* para uma organização internacional, na Organização Mundial do Comércio. Entretanto, para que seja possível a adoção da doutrina do *stare decisis* na Organização Mundial do Comércio ainda é necessário que às decisões seja concedido o caráter de fonte primária, ou seja, capacidade para criar normas de Direito Internacional Público, sendo esta a fase mais sensível e complexa do debate, seja por ausência de previsão normativa ou por uma questão fundamental do Direito Internacional Público que é o voluntarismo.

Com base na prática internacional reiterada geralmente aceita como parâmetro de conduta aceita-se como principal indicativo de fontes formais de Direito Internacional Público o estabelecido no Estatuto da Corte internacional de Justiça, onde resta estabelecido como fontes aquelas definidas em seu artigo 38, onde restam expostas, sem características hierárquicas, mas sim apontando a doutrina e as decisões judiciais como fontes auxiliares, as fontes que seguem:

Artigo 38

A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar;

1. as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
2. o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito;
3. os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
4. as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59.

¹⁰ ESC artigo 22.

5. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se convier às partes.

De maneira geral, cortes internacionais e tribunais internacionais não seguem precedente, seguindo a forma adotada na Corte Internacional de Justiça que em seu artigo 59¹¹ define que as decisões da Corte não possuem efeito vinculante exceto entre as partes e no que diz respeito àquele caso em particular. Muito dessa regra tem como base a formatação voluntarista do Direito Internacional Público, que devido à realidade soberana dos Estados e estes somente estarão subordinados a um compromisso ao qual foi manifestado consentimento, tal qual definido pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

Logicamente, como princípio, um tratado internacional pode gerar compromisso diverso ao assumido perante o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, vez que este aplica-se para questões levadas à Corte Internacional de Justiça e acordos cobertos por esta jurisdição internacional. Entretanto, tem se verificado este acordo internacional como indicativo formal de fontes.

Assim, no que tange à Corte Internacional de Justiça o efeito vinculante das decisões não existe formalmente. Há que ser considerado que a ausência de efeito vinculante dos precedentes prevista no estatuto da CIJ é plenamente justificável, pois além de ter sido definido de maneira expressa a força das decisões como fonte de Direito, a CIJ é uma corte de única instância, não havendo cortes superiores a ela, o que por si só já afastaria a possibilidade de ser considerado o efeito vinculante das decisões.

O fato de a estrutura legal e a jurisdição da CIJ afastarem a possibilidade de aplicação do efeito vinculante, esta regra não pode ser entendida como fundamento do Direito Internacional Público como ramo abrangente do Direito. Portanto, não se pode rechaçar a possibilidade de utilização da doutrina do *stare decisis* no Direito Internacional Público, pois sua natureza jurídica permite adaptação de instrumentos de Direito Internacional Público à natureza do *stare decisis*, desde que os acordos e as estruturas institucionais estejam preparadas para absorver

¹¹ Artigo 59 - A decisão da Corte não é obrigatória senão para as partes em litígio e respeito ao caso alvo de decisão.

as características exigidas para que seja efetivada a força vinculante de precedentes.

Assim, considerando a natureza de liberdade, autonomia e voluntarismo do Direito Internacional Público, caso um grupo de Estados estabeleça rol de fontes, assim como sua força, de forma diversa ao estabelecido no Estatuto da Corte Internacional de Justiça em tratado específico, não há qualquer impedimento para que este possa ser executado normalmente, desde que não viole os princípios fundamentais do Direito Internacional Público, assim como qualquer outro acordo que regule a celebração e aplicação de Tratados Internacionais, como é o caso da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

Aplicação da doutrina do *stare decisis* na OMC

Os acordos existentes na OMC são acordos realizados sob o mais absoluto respeito aos princípios basilares do Direito Internacional Público, dentre eles o voluntarismo. É necessário entender que os acordos cobertos pela OMC são fruto de intensas negociações e barganha, e por isso muito complicado abordar a possibilidade de criação de direitos que não advenham diretamente da negociação entre os Membros ou previsões explícitas nos acordos cobertos que já tenham sido negociadas. Sendo por este motivo que os acordos limitam os poderes do sistema de solução de controvérsias, vez que o papel tanto do painel como do órgão de apelação são claramente definidos via acordo internacional que cobre toda a OMC.

O sistema de solução de controvérsias da OMC tem se mostrado o mecanismo de solução de controvérsias mais efetivo no universo em evolução do Direito Internacional Público. Ao contrário da Corte Internacional de Justiça e outros órgãos e mecanismos de solução de disputas na seara internacional, o sistema de solução de controvérsia da OMC contempla sim a estrutura hierárquica necessária para a implementação da força vinculante aos precedentes. Há, porém, que se considerar que até o presente momento, mesmo havendo a estrutura institucional necessária, não existe respaldo legal nos acordos celebrados no seio da OMC para que seja dada força vinculante aos precedentes, o que fatalmente obsta a utilização da estrutura de *stare decisis*.

O próprio texto do Entendimento sobre Solução de Controvérsias da OMC define em seu artigo 3.2 um sistema de solução de controvér-

sias com caráter interpretativo quanto às regras de comércio internacional previstas nos acordos da organização internacional, definindo limitações ao poder do órgão de solução de controvérsias e à força concedida às decisões deste.

Artigo 3. Disposições Gerais

2. O sistema de solução de controvérsias da OMC é elemento central na promoção de segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio. OS Membros reconhecem que este serve para preservar os direitos e obrigações dos Membros sob os acordos cobertos, e para esclarecer os dispositivos legais existentes daqueles acordos de acordo com o direito consuetudinário e a interpretação do Direito Internacional Público. Recomendações e decisões do Órgão de Solução de Controvérsias não podem acrescentar ou diminuir direitos e obrigações previstos nos acordos cobertos.

O artigo 3.2 deixa claro que o sistema de solução de controvérsia é regido pelo Direito Internacional Público e pelos costumes, o que por si só já reafirma o conteúdo voluntarista, o qual leva à conclusão de haver necessidade de consentimento expresso dos Membros na criação de direitos. Mesmo assim o dispositivo reforça este posicionamento definindo que as decisões do Órgão de Solução de Controvérsias não poderão promover o aumento ou a diminuição dos direitos e obrigações definidos nos acordos da OMC, o que acaba por conceder caráter interpretativo das regras existentes sem a capacidade de criação de normas de conduta, *rule of law*.

Por sua vez o artigo 3.9¹² considera a natureza interpretativa do Órgão de Solução de Controvérsias, a qual envolve a interpretação e aplicação das regras previstas nos acordos negociados no seio da OMC, sempre buscando a consistência das obrigações conforme o próprio sistema internacional evolui. Esta consistência nas decisões, implica uma certa ordem, coerência, o que por si só dá indícios da necessidade de interpretações que não sejam de certa forma tão díspares e que pos-

¹² 3.9 *The provisions of this Understanding are without prejudice to the rights of Members to seek authoritative interpretation of provisions of a covered agreement through decision-making under the WTO Agreement or a covered agreement which is a Plurilateral Trade Agreement.*

sam colocar em jogo a previsibilidade, a justiça e a ordem do próprio sistema.

Dessa forma, há de se perceber que a manutenção de uma coerência na interpretação do direito acaba sendo base para a manutenção de um sistema consistente de direito. Entretanto o fato de existir um entendimento de que deve haver coerência na resolução de controvérsias não há a criação formal de uma autoridade obrigatória aos precedentes, mas somente uma recomendação que seja mantida uma coerência na interpretação dos acordos cobertos da OMC.

Verifica-se, então, que no sistema legal da OMC não foi concedido efeito vinculante às decisões seja do painel ou do órgão de apelação na OMC, não sendo possível considerar a existência de *binding effect* como definido na doutrina do *stare decisis*. Segundo as normas existentes os painéis da OMC não estão limitados pelas decisões de outros painéis e também pelas decisões do Órgão de Apelações, o que há é uma simples recomendação de coerência.

Por este motivo, e muito devido à imutável natureza voluntarista do Direito Internacional Público, caso não ocorra uma reforma das normas da OMC sobre o tema, reforma esta pouco extensa mas demasiadamente profunda e inovadora, a utilização do precedente com efeito vinculante, obrigatório, mostra-se difícil. Nesse caso, sendo que a decisão de seguir decisões anteriores deve partir livremente do painel, não podendo ser exigido deste atuação vinculada à decisões prévias, ou seja, a utilização dos precedentes não é vedada, podendo ocorrer, somente não sendo possível que as partes envolvidas em uma controvérsia exijam que um precedente seja seguido.

Na prática os painéis da OMC e o Órgão de Apelação têm feito de forma consistente referência a casos anteriores, o que acaba, virtualmente, gerando um efeito de precedente, embora este não possua as características plenas dos precedentes como verificado nos sistemas de *common law*.

Dentro da própria organização mundial do comércio, principalmente a partir das decisões observadas tanto no âmbito do painel como do órgão de apelação, tem se observado a tendência da observação da metodologia do *case law* como sendo resultado da prática dos acordos da OMC. Os próprios *reports* do Órgão de Apelação podem ser delineados de tal forma para que possam servir de evidência da prática na in-

terpretação e aplicação dos acordos cobertos da OMC, mesmo que estes *reports* sejam seguidos como *rationale* ou *holding*.

O marco do caso *US - Stainless Steel*

Em alguns casos já se tem observado a utilização de argumentos muito próximos à adoção do precedente vinculante. Entretanto deve-se novamente ressaltar que tal direção tomada pelo Órgão de Solução de controvérsias em momento algum foi consagrada nos textos legais da OMC.

Embora as conclusões apresentadas nos relatórios do painel e do Órgão de Apelação na OMC tenham somente efeito vinculante entre as partes, como claramente denota a regra vigente, as considerações de painéis prévios e principalmente os *relatórios* do Órgão de Apelação são frequentemente mencionados como elementos persuasivos de grande importância.

Recentemente no caso *US-Stainless Steel* (México)¹³, onde debateu-se a metodologia de cálculo para aplicação de direitos antidumping adotada no Estados Unidos da América, metodologia esta conhecida como “*zeroing*”. A “*zeroing*” utiliza como base para cálculo na determinação de dumping somente as vendas para exportação que poderiam ser classificadas como objeto de dumping, enquanto que, de forma diversa, a metodologia “*nonzeroing*” utiliza como base para o cálculo de dumping todas as exportações, independente destas serem classificadas como sendo objeto de dumping ou não.

A grande maioria dos países Membros da OMC são contrários à utilização da metodologia “*zeroing*”, mas o Estados Unidos da América defende a sua utilização, o que levou vários Membros à apresentarem reclamações contra a prática estadunidense, dentre eles Coréia do Sul, Nova Zelândia, a União Européia como bloco e o México.

No caso levado ao sistema de solução de controvérsias pelo México, a alegação central era a de que a prática do Estados Unidos da América relacionada à utilização da metodologia do “*zeroing*” assim como a aplicação de direitos anti-dumping em casos específicos, violavam as

¹³ Panel Report, *United States – Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, WT/DS344/R (Dezembro de 2007) e Appellate Body Report, *United States – Final anti-dumping measures on Stainless Steel from México*, WT/DS344/AB/R (Abril de 2008).

regras da OMC relacionadas à antidumping. Após a fase de consultas, instituição e realização do painel, o relatório apresentado pelo painel concluiu que a prática do “zeroing” pelo Estados Unidos da América não deveria ser considerada como inconsistente frente às regras da OMC. Inconformado com o estabelecido pelo painel, o México apelou ao Órgão de Apelação da OMC.

Na análise do relatório do painel o Órgão de Apelações reverteu o que havia sido estipulado anteriormente pelo painel. Como pano de fundo às questões de direito pertinentes ao caso em relação à metodologia do “zeroing”¹⁴, o México argumentou que o painel atuou de forma inconsistente com o artigo 11 do Entendimento sobre solução de controvérsias ao interpretar o texto dos acordos internacionais (Acordo Geral de Tarifas e Comércio e Acordo Antidumping). Esta interpretação inconsistente do painel se deu pois este interpretou as normas debatidas de uma forma que já havia sido expressamente rejeitada pelo Órgão de Apelação em relatórios anteriores que versavam sobre questões de direito idênticas¹⁵. Nesse sentido o México arguiu que o painel violou sua obrigação definida pelo artigo 11 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias, que define que:

Artigo 11. A função de um painel é auxiliar o OSC a desempenhar as obrigações que lhe são atribuídas por este Entendimento e pelos acordos abrangidos. Conseqüentemente, um grupo especial deverá fazer uma avaliação objetiva do assunto que lhe seja submetido, incluindo uma avaliação objetiva dos fatos, da aplicabilidade e concordância com os acordos abrangidos pertinentes, e formular conclusões que auxiliem o OSC a fazer recomendações ou emitir decisões previstas nos acordos abrangidos. Os grupos especiais deverão regularmente realizar consultas com as partes envolvidas na controvérsia e propiciar-lhes oportunidade para encontrar solução mutuamente satisfatória. (grifo nosso).

O Órgão de Apelação observou que a primeira frase do artigo 11 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias corrobora a função

¹⁴ O painel em seu relatório considerou a prática da metodologia de *como sendo consistente com os artigos VI.2 do Acordo Geral de Tarifas e Comércio e Artigo 9.3. do Acordo Antidumping*, questão essa que já havia sido considerada de forma diversa em relatórios anteriores do Órgão de Apelação..

¹⁵ U.S. – *Zeroing* (Comunidade Européia) – Relatório do Órgão de Apelação WT/DS294/AB/R de maio de 2007, e U.S. – *Zeroing* (Japão) WT/DS322/AB/R de janeiro de 2007.

auxiliar do painel com relação ao desempenho das obrigações do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC). E no que tange à análise do comando para que o painel realize uma “avaliação objetiva do assunto que lhe seja submetido” na continuidade do mesmo dispositivo, o Órgão de Apelação definiu que devido ao fato de haver a palavra “Consequentemente” no início da frase, deve-se entender que há a obrigação de uma avaliação objetiva, e que esta está ligada diretamente à função auxiliar do painel quanto ao Órgão de Solução de Controvérsias, ou seja, a avaliação objetiva está subordinada é consequência da função auxiliar, o que concede ao relatório do Órgão de Apelação uma posição diferenciada. Ainda, o Órgão de Apelação define que a função do painel resta determinada também pelo artigo 3, o qual estabelece a previsibilidade e a segurança do sistema multilateral de comércio como sendo um objetivo importante na solução de controvérsias (HARVARD LAW REVIEW, 2009, p. 1998).

Artigo 3. (...)

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

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.

Examinando a questão, o Órgão de Apelação define que resta bem delimitado que os relatórios do Órgão de Apelação não são vinculantes, com exceção à resolução de questões particulares entre as partes, não sendo possível, no entanto, inferir que os painéis subsequentes são li-

vres para desconsiderarem a interpretação legal e a *ratio decidendi* contidas em relatórios prévios do Órgão de Apelação que tenham sido adotados pelo Órgão de Solução de Controvérsias¹⁶.

“158. It is well settled that Appellate Body reports are not binding, except with respect to resolving the particular dispute between the parties.308 This, however, does not mean that subsequent panels are free to disregard the legal interpretations and the ratio decidendi contained in previous Appellate Body reports that have been adopted by the DSB.309 In Japan – Alcoholic Beverages II, the Appellate Body found that: [a]dopted panel reports are an important part 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.”

No mesmo relatório o Órgão de Apelação argumenta que a prática da solução de controvérsias na OMC demonstra o importante significado dado às “razões de direito” apresentadas em painéis prévios assim como em relatórios do Órgão de Apelação, definindo que, quando adotados, os relatórios são regularmente citados pelas partes como mecanismo persuasivo para seus argumentos legais, fazendo com que a interpretação legal corporificada em painéis e relatórios do Órgão de Apelação torne-se parte do *acquis* do sistema de solução de controvérsias. Ainda, corrobora o argumento apresentado pelo México quanto à aplicação do artigo 3.2 no que tange à necessidade de garantir previsibilidade e segurança no sistema de solução de controvérsias.

160. Dispute settlement practice demonstrates that WTO Members attach significance to reasoning provided in previous panel and Appellate Body reports. Adopted panel and Appellate Body reports are often cited by parties in support of legal arguments in dispute settlement proceedings, and are relied upon by panels and the Appellate Body in subsequent disputes. In addition, when enacting or modifying laws and national regulations pertaining to international trade matters, WTO Members take into account the legal interpretation of the covered agreements developed in adopted panel and Appellate Body reports. Thus, the legal

¹⁶ WT/DS344/AB/R.

interpretation embodied in adopted panel and Appellate Body reports becomes part and parcel of the acquis of the WTO dispute settlement system. Ensuring "security and predictability" in the dispute settlement system, as contemplated in Article 3.2 of the DSU, implies that, absent cogent reasons, an adjudicatory body will resolve the same legal question in the same way in a subsequent case¹⁷.

Quanto à questão relativa ao papel da estrutura hierárquica do sistema de solução de controvérsias da OMC, o Órgão de Apelação define no parágrafo 161 do seu relatório que o painel e o Órgão de Apelação têm papéis distintos, e que a criação do Órgão de Apelação, fruto da vontade dos próprios Membros da OMC, reconhece a importância da existência de consistência e estabilidade na interpretação dos direitos definidos nos acordos cobertos da OMC, vez que o insucesso do painel em seguir relatórios previamente adotados pelo Órgão de Apelação quanto à questões legais mina o desenvolvimento de um corpo jurisprudencial coerente que esclareça aos Membros da OMC quanto às suas obrigações frente aos acordos cobertos da OMC.

161. In the hierarchical structure contemplated in the DSU, panels and the Appellate Body have distinct roles to play. In order to strengthen dispute settlement in the multilateral trading system, the Uruguay Round established the Appellate Body as a standing body. Pursuant to Article 17.6 of the DSU, the Appellate Body is vested with the authority to review "issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel". Accordingly, Article 17.13 provides that the Appellate Body may "uphold, modify or reverse" the legal findings and conclusions of panels. The creation of the Appellate Body by WTO Members to review legal interpretations developed by panels shows that Members recognized the importance of consistency and stability in the interpretation of their rights and obligations under the covered agreements. This is essential to promote "security and predictability" in the dispute settlement system, and to ensure the "prompt settlement" of disputes. The Panel's failure to follow previously adopted Appellate Body reports addressing the same issues undermines the development

¹⁷ WT/DS344/AB/R.

of a coherent and predictable body of jurisprudence clarifying Members' rights and obligations under the covered agreements as contemplated under the DSU. Clarification, as envisaged in Article 3.2 of the DSU, elucidates the scope and meaning of the provisions of the covered agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. While the application of a provision may be regarded as confined to the context in which it takes place, the relevance of clarification contained in adopted Appellate Body reports is not limited to the application of a particular provision in a specific case¹⁸.

Este corpo jurisprudencial, e não conjunto de precedentes vinculantes, tem como base uma necessidade de coerência interpretativa dos acordos cobertos da OMC, e não criação de precedentes obrigatórios. Deve-se ainda ter em consideração que a metodologia de interpretação a ser adotada tanto pelo painel como pelo Órgão de Apelação está definida de forma clara em um instrumento de Direito Internacional Público, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados em seus artigos 31, 32 e 33¹⁹. Esta preocupação quanto à inconsistência das decisões do

¹⁸ WT/DS344/AB/R.

¹⁹ Artigo 31 - Regra Geral de Interpretação - 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

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

Artigo 33 - Interpretação de Tratados Autenticados em Duas ou Mais Línguas - 1. Quando um tratado foi autenticado em duas ou mais línguas, seu texto faz igualmente fé em cada uma delas, a não ser que o tratado disponha ou as partes concordem que, em caso de divergência, prevaleça um texto determinado. 2. Uma versão do tratado em língua diversa daquelas em que o texto foi autenticado só será considerada texto autêntico se o tratado o previr ou as partes nisso concordarem. 3. Presume-se

painel com relação à concretizada jurisprudência do Órgão de Apelação é abordada de maneira muito clara no Parágrafo 162 do relatório do Órgão de Apelação, onde fica definida a preocupação quanto às sérias implicações para o devido funcionamento do sistema de solução de controvérsias da OMC nos casos de inconsistências interpretativas.

162. We are deeply concerned about the Panel's decision to depart from well-established Appellate Body jurisprudence clarifying the interpretation of the same legal issues. The Panel's approach has serious implications for the proper functioning of the WTO dispute settlement system, as explained above. Nevertheless, we consider that the Panel's failure flowed, in essence, from its misguided understanding of the legal provisions at issue. Since we have corrected the Panel's erroneous legal interpretation and have reversed all of the Panel's findings and conclusions that have been appealed, we do not, in this case, make an additional finding that the Panel also failed to discharge its duties under Article 11 of the DSU²⁰.

Por mais que o Órgão de Apelação tenha deixado claro sobre a necessidade de que o sistema de solução de controvérsias prime pela previsibilidade e segurança, não se pode afirmar que estas decisões criaram uma doutrina de precedente vinculante que possibilite a aplicação do *stare decisis*.

Os painéis da OMC não estão de forma obrigatória limitados pelas decisões de outros painéis e também pelos relatórios do Órgão de Apelações, algo que se mantém inalterado após a decisão do caso *US – Stainless Steel* (México). Entretanto tal caso apresentou uma tendência de consolidar instrumentos de consistência e coerência na construção jurisprudencial da OMC, o que por si só é a base teórica da construção de uma doutrina de *stare decisis*. Não que em um corpo jurisprudencial não exista tal preocupação, entretanto o tom adotado nas decisões evi-

que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos. 4. Salvo o caso em que um determinado texto prevalece nos termos do parágrafo 1, quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos.

²⁰ WT/DS344/AB/R.

dencia-se o direcionamento rumo à uma doutrina de precedente a ser advogada e consolidada na OMC.

Assim, para que realmente seja consolidado um efeito vinculante obrigatório de forma a criar uma estrutura de precedente na OMC, é essencial que ocorra reforma no corpo normativo da OMC de acordo com as regras de Direito Internacional Público. A estrutura institucional da OMC mostra-se totalmente viável para suportar estas mudanças. Tais mudanças certamente aumentariam o poder do Órgão de Solução de Controvérsias, o que capacitaria o *ruling* de questões legais relacionadas aos acordos cobertos, inclusive no que tange ao tratamento especial e diferenciado e diferenciação.

Vantagens na implementação formal de força vinculante ao precedente na Organização Mundial do Comércio.

Conceder às decisões do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC um efeito vinculante pode trazer diversos benefícios para o sistema multilateral de comércio internacional, assim como gera preocupações que não podem ser marginalizadas. Além da previsibilidade, coerência e delimitação interpretativa já verificados anteriormente, Raj Bhala (2001) ressalta que a doutrina do *stare decisis*, ao contrário do que possa parecer aos instrumentadores de *civil law*, limita o poder dos julgadores, além de reduzir a tensão negociadora entre países em desenvolvimento e desenvolvidos, algo central para o debate do tratamento especial e diferenciado e diferenciação.

O limite ao poder dos julgadores é bastante evidente na utilização da doutrina do *stare decisis*, vez que, o único limite existente atualmente aos julgadores de cortes internacionais está na norma, que é passível de interpretação. Por sua vez a interpretação encontra limites na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados ou em qualquer outro tratados internacional que regule a interpretação e aplicação de acordos internacionais.

A adoção de mecanismos ligados à *stare decisis* cria mais um limitador aos julgadores, assim por dizer, ao painel do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, vez que além de respeitar os limites interpretativos previstos pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados e os limites apresentados pelas próprias normas existentes no seio da OMC, o julgador também estará limitado pela atuação legítima do Órgão de

Apelação a partir da definição de precedentes vinculantes, os quais logicamente podem ser sobrepostos (*overuled*), o que acaba por engessar a estrutura normativa, mas limitando a atuação caótica dos julgadores. Tal perspectiva vai de encontro com a busca por justiça, equilíbrio, dinâmica e previsibilidade jurídica necessária ao sistema multilateral de comércio e sem desconsiderar o voluntarismo dos Membros.

Uma das grandes questões a serem debatidas, quando se trata de desenvolvimento e comércio internacional, é a existência óbvia de tensão entre países desenvolvidos, países em desenvolvimento e com menor grau de desenvolvimento, pois os interesses comerciais e de desenvolvimento diferem diametralmente, o que realmente transforma-se em um dos maiores obstáculos às negociações de novos acordos, ou a reestruturação das normas vigentes. Estas tensões são extremamente prejudiciais ao comércio internacional, pois como afirma Raj Bhala (2001, p. 908), o sistema GATT/OMC não pode ser considerado como bem sucedido se somente torna países ricos mais ricos e países pobres mais pobres, aumentando a distância entre países desenvolvidos e os países com menor grau de desenvolvimento. O sucesso do sistema multilateral pode ser medido quando há o enriquecimento dos países pobres, sem que isso seja feito às custas de outros Membros, fazendo com que os países menos favorecidos pelo sistema tornem-se parceiros comerciais robustos e estáveis.

Até mesmo a definição de quais são os países em desenvolvimento tem gerado um desequilíbrio nos efeitos do sistema multilateral de comércio internacional quanto à redução de níveis de desenvolvimento, muito devido à falta de especificidade normativa. Mas como a adoção de uma doutrina de *stare decisis* ajudaria a reduzir as tensões e diminuir a distância de desenvolvimento?

Há que se considerar que em um regime jurídico no qual não exista uma obrigatoriedade de se manter uma coerência decisória em termos de solução de controvérsias politiza demais o debate e não garante consistência, o que acaba aumentando as tensões negociais entre os Membros da OMC.

O efeito vinculante tem a possibilidade de dinamizar o direito, tornando-o um direito vivo e mesmo assim aumentar a sua previsibilidade. O aumento da legitimidade, e a diminuição da tensão entre países desenvolvidos e em desenvolvimento se dá a partir da alteração da per-

cepção de razão política na negociação dos acordos internacionais, diminuindo os custos transacionais.

Devido à estas tensões e objetivos discrepantes, o negociadores normalmente não chegam a um consenso, o que obsta a celebração de novos acordos ou a reestruturação dos existentes. Como alternativa, para que o sistema não trave, os negociadores quando celebram tratados internacionais acabam por permitir que sejam mantidas ambiguidades na linguagem, afim de possibilitar que se chegue a um acordo, para que sejam superadas no momento da aplicação do acordo e de sua interpretação. Acontece que muitas vezes estas ambiguidades ou obscuridades não conseguem ser superadas pelas regras de interpretação da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados²¹, continuando ambíguas.

A manutenção de ambiguidades muitas vezes mostra-se proposital, vez que tem como objetivo postergar debates sensíveis à assinatura e adesão aos acordos, sendo que é nesse momento que a importância do sistema de solução de controvérsias surge. A previsibilidade de coerência na aplicação e interpretação parece ser possível a partir da concessão de maior força aos precedentes. A harmonização das decisões, diretrizes interpretativas e conceitos amplos existentes no Direito Internacional Público e na OMC pode ser incrementada a partir da implementação de autoridade obrigatória aos precedentes, entretanto, para que isso seja possível é necessária uma regulação clara da questão. Nesse caso, um dos benefícios do *rule of law*, característico da doutrina do *stare decisis*, está na imposição de limites à atuação de julgadores, diminuindo a politização dos debates, gerando consistência e a possibilidade de preenchimento de lacunas a partir de um mecanismo previsível e seguro, concedendo maior equilíbrio às regras, facilitando as negociações.

Preocupações quanto à utilização dos precedentes em sistemas de Direito Internacional Público

O Direito Internacional Público tem a liberdade negocial e o voluntarismo como características centrais, e por este motivo uma das principais críticas à adoção de efeito vinculante aos precedentes se dá com relação ao poder de criar direitos e obrigações que é concedido aos

²¹ Artigos 31, 32 e 33.

juizadores, vez que com esta medida as decisões passam a ser verificadas como fonte primária de Direito Internacional Público.

Os juizadores não são representantes dos Estados, o que faz com que estes estejam totalmente afastados das razões negociais de cada Estado. As decisões, ao alcançarem um efeito vinculante a outros Estados que não àqueles envolvidos na solução da controvérsia, podem alterar concessões e objetivos conhecidos somente pelos Estados negociadores dos tratados. A definição de que as razões legais das decisões sejam obrigatoriamente seguidas pode desvirtuar os objetivos das partes, fazendo com que obrigações que não tenham sido objeto do expresso consentimento dos Estados negociadores tornem-se obrigatórias, ou seja, a função de abstração normativa deixa de ser papel exclusivo dos sujeitos de Direito Internacional Público.

O processo de interpretação por parte dos organismos de solução de controvérsias exige criatividade dos juizadores, o que pode politizar demais as decisões, gerando o chamado *judicial activism*²², o que seria extremamente prejudicial a um sistema que possui a barganha como elemento central. Certamente os Estados que fazem parte de uma organização internacional, onde a barganha assume um papel central no processo de criação legislativa, possuem sérias restrições quanto a conceder poder a quem não possua esta mesma percepção na criação de direitos e deveres, muito devido à possibilidade de *judicial activism*.

Alterações necessárias no sistema multilateral de comércio internacional para a adoção de precedentes obrigatórios

O Direito Internacional Público tem como objetivo concretizar vontades políticas para estabelecer um ideal de coexistência no sistema internacional, por este motivo, no caso da OMC, uma organização internacional calcada no Direito Internacional Público, quaisquer alterações propostas deverão, necessariamente, passar pelo crivo de seus Membros. Assim, a primeira mudança a ser almejada é a de mentalidade quanto à relação dos Membros da OMC com a tomada de decisões, sendo esta a alteração mais profunda.

²² O *judicial activism* ocorre quando os juizadores extrapolam a sua função de intérpretes da norma existente e acabam fazendo a função de legisladores, gerando um conflito de poderes. Esta é uma grande preocupação apresentada em sistemas que utilizam o precedente obrigatório.

Aparentemente, a OMC tem sofrido com a falta de equilíbrio na aplicação das suas regras, principalmente quando se trata do tema comércio internacional e desenvolvimento. A alteração das normas existentes na busca por um maior equilíbrio normativo é um trabalho demorado e extremamente desgastante aos seus Membros, vez que um exercício de barganha. Mesmo que algumas alterações sejam consolidadas, isso não quer dizer que estas conseguirão se adaptar satisfatoriamente à cada caso específico e à dinâmica do comércio internacional. Assim, não se pode considerar a adoção de um sistema baseado na doutrina do *stare decisis* sem que sejam concretizadas alterações nos textos legais dos acordos cobertos da OMC.

Nesse sentido, a primeira alteração necessária verifica-se no artigo IX.2 do Acordo Constitutivo da OMC, o qual atualmente define de forma clara que o poder de interpretação definitiva dos acordos cobertos da OMC é da Conferência Ministerial e do Conselho Geral.

Artigo IX. Processo Decisório – 2. A Conferência Ministerial e o Conselho Geral terão autoridade exclusiva para adotar interpretações do presente Acordo e dos Acordos Multilaterais de Comércio. No caso de uma interpretação de um Acordo Multilateral de Comércio do Anexo I, a Conferência Ministerial e o Conselho Geral exercerão sua autoridade com base em uma recomendação do Conselho responsável pelo funcionamento do Acordo em questão. A decisão de adotar uma interpretação será tomada por maioria de três quartos dos Membros. O presente parágrafo não será utilizado de maneira a prejudicar as disposições de alteração do artigo X.

A existência de tal dispositivo obsta que uma estrutura de precedentes obrigatórios seja utilizada. Para que seja consolidada uma estrutura de precedentes obrigatórios a *ratio decidendi* ou *holdings* do Órgão de Apelação, devem possuir autoridade para definir interpretação definitiva dos acordos cobertos da OMC, ou seja, além da Conferência Ministerial e do Conselho Geral, também ao Órgão de Apelação deveria ser concedido o poder de interpretação definitiva.

Para Raj Bhala (2001, p. 956), nesse caso, a emenda mais indicada ao artigo IX.2 seria simplesmente adicionar o Órgão de Apelação também como autoridade para interpretar os textos legais da OMC. Como o citado autor ressalta, esta emenda alterará também a relação entre ór-

gãos da OMC, fato que gerará diversas implicações de governança, vez que um organismo da OMC que possuía caráter auxiliar, passará a ter poder decisório. Nesse caso, poderia se optar por uma emenda que deixasse claro que a interpretação definitiva do Órgão de Apelação seria válida na ausência de interpretação definitiva da Conferência Ministerial e do Conselho Geral, o que manteria o poder nas mãos dos Membros quanto à decisão de adoção ou não da interpretação definida pelo Órgão de Apelação (BHALA, 2001, p. 957).

No que tange ao Entendimento sobre Solução de Controvérsias, seria necessário, provavelmente no artigo 3, que fosse inserido dispositivo que deixe clara a posição das decisões como fonte de direito dentro da OMC. Importante salientar que não se trata da decisão como um todo, mas sim a *ratio decidendi* (*holding*), definindo esta como mecanismo imprescindível para que o Órgão de Apelação exerça seu poder de interpretação definitiva, como na proposta à emenda ao artigo IX.2 do Acordo Constitutivo da OMC. Para tanto, será necessária uma distinção formal entre o que significa um relatório do painel e um relatório do Órgão de Apelação, sendo que somente às *holdings* dos relatórios do Órgão de Apelação seriam concedidas autoridade obrigatória (BHALA, 2001, p. 958).

Logicamente tais emendas, que textualmente são muito pequenas, mas que em termos de alteração institucional são extremamente profundas, devem respeitar os mecanismos de emendas dos acordos da OMC, tanto do Acordo Constitutivo da OMC, como do Entendimento de Solução de Controvérsias, estando aí presente o elemento voluntarista, e porque não, a barganha, que tanto caracterizam o sistema multilateral de comércio internacional.

Precedentes e o tratamento especial e diferenciado e a definição de graus de desenvolvimento

Por óbvio que as normas relativas a um tratamento especial e diferenciado visam diminuir a distância entre ricos e pobres no sistema multilateral de comércio, fazendo com que o comércio internacional seja realmente utilizado como um mecanismo de realização do ser humano através de um desenvolvimento equilibrado e justo. Em se tratando da regulamentação internacional deste sistema multilateral de comércio, a

qual tem como instrumento o Direito Internacional Público, o tema tratamento especial e diferenciado passa a ser objeto de regulação via tratados internacionais. Mas o fato de o tema ser regulamentado não quer dizer que seja suficiente como mecanismo de desenvolvimento.

A existência de normas equilibradas, que não gerem desvio dos objetivos traçados, é pressuposto central para diminuir a distância de desenvolvimento entre os Membros da Organização Mundial do Comércio. Para tanto, a eficiência na aplicação de normas de tratamento especial e diferenciado passa pelo aperfeiçoamento do sistema de diferenciação entre os diversos níveis de desenvolvimento. Nessa esteira, um tratamento especial e diferenciado que realmente responda às necessidades de desenvolvimento deve ser aplicado de acordo com as realidades específicas de cada Membro, diferenças que muitas vezes mostram-se tão profundas que dificultam o sucesso na negociação de tratados internacionais. Assim a interpretação e aplicação da norma deve cumprir o papel de adaptar o direito à realidade, e a realidade é de diferenças. A adaptação do direito à realidade possibilita ao direito acompanhar a dinâmica da sociedade internacional, mas para tanto são necessários instrumentos que evitem prejuízos à legitimidade do sistema.

O equilíbrio normativo necessário à uma maior efetividade do sistema multilateral na consecução dos objetivos de desenvolvimento está em uma diferenciação não só no que diz respeito ao nível de desenvolvimento do Membro, mas no sentido da defesa dos frágeis interesses das sociedades que sofrem com a miséria e a desigualdade, algo que dificilmente encontra previsão específica na norma, estando a cargo do intérprete e do executor da desta.

Nesse sentido, por mais genéricas que muitas vezes possam parecer, as exceções criadas por um tratamento especial e diferenciado devem ser vistas como mecanismo para um reequilíbrio das regras da OMC frente aos efeitos sistêmicos prejudiciais ao desenvolvimento. Entretanto, o tratamento especial e diferenciado depende de um esforço interpretativo e de aplicação dos tratados internacionais, tratados estes que muitas vezes mostram-se insuficientes, necessitando, então, que lacunas sejam preenchidas, questões esclarecidas e especificidades definidas.

As negociações para novos acordos têm se mostrado cada vez mais difíceis e infrutíferas. Nesse caso, observa-se que a própria Organi-

zação Mundial do Comércio, a partir de suas normas e instituições, pode sim ser utilizada para incrementar a aplicação de dispositivos sobre tratamento especial e diferenciado de forma mais individualizada e que considerem as diferenças básicas de desenvolvimento entre os beneficiários deste mecanismo. Atualmente, países com níveis de desenvolvimento totalmente discrepantes, como Coréia do Sul e Uruguai, recebem tratamento idêntico quanto aos benefícios de tratamento especial e diferenciado, mesmo sendo evidente que suas necessidades são muito diferentes. Dessa forma, um maior equilíbrio das normas urge, e a alternativa apresentada nesse momento reside no poder interpretativo e de solucionar desequilíbrios, ambigüidades e obscuridades que possuem os sistemas de solução de controvérsias. Entretanto, é importante salientar que esta não é a única alternativa, mas algo que deve ser considerado com muita atenção na busca de mais efetividade, justiça e equilíbrio das normas da OMC.

É de inevitável conclusão que a grande ameaça ao sistema multilateral de comércio internacional está no poder que este possui de gerar aumento na divisão internacional do trabalho, como verificado pelos teóricos da CEPAL e da teoria da dependência, fazendo com que os países pobres sejam mantidos em uma condição de desenvolvimento tardio, aumentando o abismo entre ricos e pobres, algo que não é, e jamais será, objetivo de uma organização de caráter internacional como a OMC. Por este motivo, o acesso dos países com menor grau de desenvolvimento à mercados apresenta-se como importante peça nessa engrenagem. Entretanto, a politização do debate, como ocorre atualmente, acaba sendo um obstáculo, pois o poder de barganha na criação de normas muitas vezes corresponde à força de participação dos Membros no sistema de comércio internacional. Algo tem sido tentado pelos países com menor participação no comércio internacional é a “concertação”, ou seja, a união de países com interesses comuns. O grande problema é que até mesmo entre países em desenvolvimento os interesses muitas vezes são muito diferentes, pois as características de seus processos de desenvolvimento nem sempre são coincidentes, seja por questões históricas, culturais, políticas ou econômicas.

Nesse caso o própria sistema multilateral de comércio, desde o GATT, já encontrou uma fórmula de sucesso, a regulamentação de condutas pelo Direito Internacional Público. Entretanto, é importante que

as regras criadas sejam realmente encaradas como um mecanismo para o desenvolvimento, sendo este desenvolvimento um objetivo a ser alcançado, e uma diretriz interpretativa e de aplicação da norma, por mais que esta seja insuficiente, ambígua ou obscura.

O grande desafio da OMC atualmente está na realização destes objetivos sem minar a legitimidade de um sistema de Direito Internacional Público. Nesse sentido, a doutrina do *stare decisis* parece ser um caminho saudável, e uma alternativa possível que já encontra respaldo na estrutura da OMC. Para tanto é imprescindível que seja revisto o papel do sistema de solução de controvérsias na interpretação e aplicação das normas na busca pela promoção do desenvolvimento.

A atuação do sistema de solução controvérsias, a partir de uma percepção de *rule of law*, traria a possibilidade de adaptar os benefícios de tratamento especial e diferenciado às reais necessidades dos Membros da OMC a partir de uma análise caso-a-caso, criando-se *holdings* vinculantes à casos com questões legais similares. O *rule of law* possibilitaria a eliminação de ambigüidades, imprecisão interpretativa e obscuridades nos tratados internacionais, algo que já ocorre, entretanto tal atuação se daria de forma vinculante e com poder de fonte primária. Este poder a ser concedido ao Órgão de Solução de Controvérsias diminuiria a tensão política entre países com níveis de desenvolvimento discrepantes, permitindo o avanço das negociações, assim como uma aplicação consistente, coerente e previsível das normas existentes, e o preenchimento de lacunas normativas centrais à uma maior evolução da liberalização e do acesso a mercados.

A legitimidade do sistema de Direito Internacional Público, essencialmente voluntarista e baseado no consentimento expresso dos seus sujeitos não estaria ameaçado com a adoção de uma doutrina de precedentes obrigatórios. Há muito o sistema multilateral tem buscado estar cada vez mais orientado pela regra, sem marginalizar uma boa dose de relações políticas. Através de uma maior consistência na interpretação e aplicação das normas segundo os objetivos e necessidades reais dos seus Membros continuaram a direcionar e limitar a atuação do Órgão de Solução de Controvérsias. Não se trata de criar direitos e obrigações sem o consentimento dos Membros, mas sim de aumentar o equilíbrio das normas existentes, e caso estas sejam insuficientes, interpretar na direção definida pelos acordos, criando decisões vinculantes para casos

subsequentes. Tal medida é possível através de interpretações coerentes e não caóticas por parte de uma das instituições responsáveis por corrigir a rota na que tange à aplicação dos acordos cobertos, o Órgão de Solução de Controvérsias.

Este aumento de poder não retiraria o poder das instituições de caráter executivo da OMC, por assim dizer a Conferência Ministerial e o Conselho Geral, vez que estas continuariam com o poder de executar a interpretação, ou seja, a efetivação do *rule of law* ainda dependeria diretamente dos representantes dos Membros da OMC, mantendo-se, assim, o caráter voluntarista do Direito Internacional Público.

A adoção de força obrigatória à precedentes reforçaria o entendimento de que qualquer medida adotada por um Membro que seja prejudicial a outro e considerada como inconsistente com as regras da OMC ou com a interpretação definida pelo Órgão de Controvérsias, vincularia questões subsequentes que tivessem similaridade de questão legal. Tal perspectiva por si só diminuiria condutas prejudiciais e interpretações erráticas por parte dos Membros, na esperança que a sua conduta seja convalidada pelo Órgão de Solução de Controvérsia, algo extremamente instável para um sistema que vive da segurança jurídica.

Especificamente no que tange ao tratamento especial e diferenciado e diferenciação, como é sabido, após a adoção da cláusula de habilitação²³, os Membros podem utilizar o mecanismo de auto-definição para se declararem como em desenvolvimento, tendo assim benefícios de tratamento especial e diferenciado. Após a Cláusula de Habilitação definiu-se a existência de três grupos de países, os desenvolvidos, os países em desenvolvimento e os países menos desenvolvidos. Com isso os países em desenvolvimento e como menor grau de desenvolvimento relativo continuam sendo beneficiários de um tratamento especial e diferenciado, mas tal diferenciação se dá a partir de um espectro subjetivo.

A prática de negociação da OMC mostra que a própria diferenciação passou a ser elemento de barganha dos países em desenvolvimento, vez que tais conceitos dão cobertura legal e formal no que diz respeito à

²³ Durante as negociações, os países determinam em sua agenda de compromissos a intenção de serem considerados países em desenvolvimento. Caso a proposta seja aceita pelos outros Membros, o país passará a receber o tratamento de acordo com a diferenciação por ele indicada. Em suma, cada Membro decide por si só se deve ou não ser considerado um país desenvolvido ou em desenvolvimento perante as regras da OMC.

preferências determinadas no SGP, tratamento especial e diferenciado, em acordos de barreiras não tarifárias e acordos regionais de comércio entre países em desenvolvimento.

Por exemplo, caso a Coréia do Sul seja considerada como país em desenvolvimento, no mesmo patamar de Argentina, Uruguai, Paraguai, Brasil e México, estes Membros terão os mesmos benefícios, independente dos efeitos prejudiciais causados pela diferença de desenvolvimento entre eles, algo que é totalmente contrário aos objetivos de desenvolvimento reafirmados tantas vezes nos textos legais da OMC.

A possibilidade de uma maior especificidade a ser criada pela interpretação vinculante dos textos legais da OMC sobre a questão de desenvolvimento por si só criaria previsibilidade e maior especificidade à casos em que houver similaridade legal. Em nenhum momento está se propondo que o Órgão de Solução de Controvérsias legisle sobre o tema, mas sim que interprete os textos considerando as diferenças e similaridades reais entre os Membros da OMC, e que essas interpretações sirvam de parâmetro para definição de condutas posteriores. Para tanto uma análise que crie uma *ratio decidendi* (*holding*) que permita que o status assumido perante à OMC, e que prejudique o sistema multilateral de comércio, possa ser alterado por decisão do Órgão de Solução de Controvérsias que se baseie em similaridades e diferenças de forma a vincular casos subsequentes sobre a mesma questão legal e que defina parâmetros claros, certamente contribuiria para equilibrar os efeitos do acesso às regras de tratamento especial e diferenciado, e consequentemente desenvolvimento.

Atualmente o pressuposto de relativização do princípio da igualdade na OMC tem fracassado no que tange ao acesso aos benefícios de tratamento especial e diferenciado, que por sua vez têm se mostrado abstratamente insuficientes, vez que desiguais estão sendo tratados como iguais. Alguns resultados indesejáveis, como distorções comerciais e erosão de preferências tarifárias, podem ser diretamente inconsistentes com os objetivos traçados no preâmbulo do GATT e do Protocolo de Marrakesh caso não fique bem definido quem pode ou não se beneficiar de um tratamento especial e diferenciado. A aplicação correta deste conceito depende de uma avaliação atenta dos níveis de desenvolvimento, assim como a possibilidade ou a existência de um prejuízo ao sistema ou a um Membro do sistema.

Conforme o princípio teleológico previsto pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, e confirmado pela OMC, caso as normas estejam sendo aplicadas em desacordo com o objeto e finalidade do tratado internacional deve-se corrigir o curso da norma através de uma interpretação finalística. No caso da OMC o Órgão de Solução de Controvérsias tem o poder para realizar esta correção de rota através da consideração quanto aos efeitos do próprio tratamento especial e diferenciado.

A avaliação do impacto das regras fundamentadas em uma análise país-a-país, caso-a-caso, para a concessão de tratamento diferenciado é uma perspectiva que continua sendo adotada na OMC, porém com a manutenção de um caráter demasiadamente político e pouco científico de diferenciação, culminando em condutas erráticas e imprevisíveis. Este modelo tem se mostrado ineficaz em grande parte pela dificuldade negocial de balancear as necessidades das partes a partir de acordos internacionais, vez que as necessidades de alguns Membros para serem satisfeitas significam prejuízos causados à outros, gerando um impasse muitas vezes intransponível.

Claro que a definição de níveis de desenvolvimento e benefícios de acesso a um tratamento especial e diferenciado são questões políticas e demasiadamente técnicas, e por isso há que se considerar se os técnicos que atuam perante o Órgão de Solução de Controvérsias, tanto os juízes como todos àqueles de alguma forma influenciam no processo de solução de controvérsia, como os peritos, têm capacidade para assumir tal responsabilidade e poder. Esta pergunta somente pode ser respondida com um debate mais profundo, qual seja este a confiança nas próprias instituições que conformam a OMC.

O Órgão de Solução de Controvérsias pode se apresentar como uma alternativa viável para uma interpretação coerente, previsível e equilibrada das normas existentes. Mas tal alternativa somente parece ser possível com uma aumento da força das decisões do Órgão de Solução de Controvérsias como fonte de direito na OMC, algo que passa pela adoção da doutrina do *stare decisis*.

Conclusão

A relativização do conceito de igualdade no comércio internacional está ameaçada, não pelo fato de os países em desenvolvimento estarem assumindo obrigações idênticas às dos países desenvolvidos, pois para evitar isso existe o tratamento especial e diferenciado, mesmo que insuficiente, nesse sentido ele cumpre sua função. Acontece que o desenvolvimento como meta da Organização Mundial do Comércio encontra-se ameaçado pelo fato de os países em desenvolvimento serem muito diferentes entre eles, fazendo, nesse caso, que desiguais sejam tratados como iguais.

A existência de peculiaridades e diferenças econômicas, históricas, sociais, culturais, entre outras, dos Estados que fazem parte do sistema multilateral de comércio internacional são mais do que evidentes, entretanto a norma escrita não tem conseguido alcançar de forma satisfatória estas especificidades. Na realidade, devido às características do Direito Internacional Público, é muito provável que os acordos da OMC jamais cheguem a um ponto que seja possível tal especificidade de diferenciação, algo que deve ficar a cargo de técnicos e intérpretes das normas. Certamente a interpretação das normas não pode, de forma alguma, minar a legitimidade do sistema, e é exatamente por este motivo que deve-se congregar a necessidade de especificidade com a legitimidade do sistema.

Para uma efetiva redução da pobreza e utilização do comércio como real instrumento de desenvolvimento é preciso que se alcance mais equilíbrio normativo sem que o sistema venha a ruir. Este desafio tem encontrado obstáculos aparentemente intransponíveis nas Rodadas de Negociação da OMC, devido à diversidade de interesses em jogo.

Assim, a OMC precisa encontrar soluções em sua própria estrutura, a qual já mostra-se bastante consolidada. Experiências, seja de *common law* ou de *civil law*, podem servir de modelo, desde que adaptáveis à natureza jurídica e características do sistema internacional determinado pelo Direito Internacional Público.

É inquestionável que existem diferenças de desenvolvimento entre os Membros da OMC, até mesmo entre Membros que ocupam o mesmo *status* de desenvolvimento, mas talvez a resposta para satisfazer a necessidade de um sistema mais equilibrado e que comporte estas diferenças não esteja na negociação de novos acordos ou na reestrutu-

ração dos já existentes, mas sim na interpretação das normas da OMC, tendo em consideração o objeto e finalidade dessa. É óbvio que esta interpretação já ocorre, mas não com a força necessária para delimitar condutas com a efetividade que o sistema de tratamento especial e diferenciado tanto necessita.

Assim, o enquadramento das diferenças entre os Membros do sistema multilateral de comércio encontra respaldo na própria estrutura da OMC, assim como em suas normas, não sendo este, então, o principal obstáculo para a consolidação de um tratamento especial e diferenciado mais efetivo, de uma OMC que tenha instrumentos efetivos na busca pela eliminação do abismo entre pobres e ricos.

Atualmente um grande obstáculo pode ser identificado na falta de especificidade das normas existentes. Mas será que, considerando a estrutura de Direito Internacional Público que sustenta a OMC, é possível que se alcance a especificidade necessária em acordos internacionais? Muito possível que não, pois a diferença de interesses e de níveis de desenvolvimento dos atores desse processo de consolidação normativa apresenta-se como o grande obstáculo.

Assim, a administração da questão deve restar à própria OMC, às suas instituições. Mas como há um problemas, muito difícil seria resolvê-lo sem mudanças. Talvez a mudança necessária não esteja nos acordos que vislumbrem um tratamento especial e diferenciado e benefícios comerciais, mas sim nos mecanismos de determinação de conduta. Nesse sentido, o Órgão de Solução de Controvérsias pode ser uma alternativa viável, e o *rule of law* o instrumento.

A utilização da doutrina do *stare decisis* certamente concederia mais força às decisões do Órgão de Solução de Controvérsias, o qual já possui a estrutura hierárquica necessária para que suas decisões ganhem em importância frente à uma nova percepção de fontes de direito na OMC. Esta nova percepção, como já apreciada até mesmo pelo próprio Órgão de Apelação, possibilitaria uma análise mais específica do tema comércio internacional e desenvolvimento, sem que seja necessária a criação de novos acordos, mas simplesmente a definição clara das obrigações contidas nos acordos existentes em consonância com os objetivos traçados pela própria organização internacional em seus acordos constitutivos e as necessidades dos seus Membros.

Referências

ALMEIDA, P. R. OCDE, UNCTAD e OMC: Uma Perspectiva Comparada sobre a Macroestrutura Política das Relações Econômicas Internacionais. *In*: CASELLA, P. B.; MERCADANTE, A. de A. (Coords.). **Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio?**: a OMC e o Brasil. São Paul: LTr, 1998.

BHALA, R. The Power of the Past: towards De Jure Stare Decisis in WTO Adjudication. **The George Washington University International Law Review**, Washington, n. 873, 2001.

BHALA, R. The Myth about Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy). **American University International Law Review**, Washington, 1999.

BROWN, A.; STERN, R. Concepts of Fairness in the Global Trading System. **Pacific Economic Review**, Hong Kong, v. 12, n. 3, p. 295, 2007.

CARDOSO, F. H.; FALETTO, E. **Dependência e desenvolvimento na América Latina**: ensaio de interpretação sociológica. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

CEPAL. **O Mercado comum latino-americano**. Organização das Nações Unidas: Santiago.

CEPAL. The Role of Technical Assistance In WTO Trade. **Boletim**, Santiago, n. 238, jun. 2006.

DAVID, F. The Role of Precedent in the WTO: Nem Horizons?. **Maastricht Faculty of Law Working Paper**, Maastricht, 2009-12.

FINE, T. **An Introduction to the Anglo-American Legal System**. Thomson-Aranza: [s.l.], 2007.

HARVARD LAW REVIEW, **Recent International Decision**, New York, v. 122, 2009.

HOEKMAN, B.; ÖZDEN, Ç. Trade Preferences and Differential Treatment of Developing Countries: A Selective Survey. **World Bank Research Working Paper**, Wahsington, n. 3566, abr. 2005.

HOEKMAN, B.; MICHALOPOULOS, C.; WINTERS, A. Special and Diferential Treatment of Developing Countries in the WTO: Moving Forward After Cancun. **Blackwell Publishing**, Oxford, 2004.

ISMAIL, F. Mainstreaming Economic Development in the Trading System. *In*: EVENETT, S. J.; HOEKMAN, B. M. **Economic Development and Multilateral Trade Cooperation**. World Bank and Palgrave Macmillan: New York, 2005.

JACKSON, J. Dispute Settlement in the WTO: policy and jurisprudencial considerations. *In: Research seminar in international economics*. University of Michigan: Michigan, 1998.

KASTENG, J.; KARLSON, A.; LINDBERG, C. Differentiation between Developing Countries in the WTO. **Swedish Board of Agriculture**. International Affairs Division, jun. 2004.

KECK, A.; LOW, P. Special and Differential Treatment in the WTO: Why, When and How? *In: EVENETT, S. J.; HOEKMAN, B. M. Economic Development and Multilateral Trade Cooperation*. World Bank and Palgrave Macmillan: Washington, 2005.

KLEEN, P.; PAGE, S. Special and Diferential Treatment of Developing Countries in the WTO. **Ministry of Foreign Affairs of Sweden Publication**, Stockholm, 2005.

LAFER, C. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional**: uma visão brasileira. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 1998.

NASSER, R. A. **A OMC e os Países em Desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

OCDE. **DAC Guidelines on Capacity Development for Trade in the New Global Context**. OCDE: Paris, 2001.

PANAGARIYA, A. Evaluating the Case for Export Subsidies. **The World Bank Development Research Group: Policy Research Working Paper**, Washington, n. 2276.

PARK, Samuel. Nondiscrimination in GATT/WTO: was there anything to begin with and is there anything left?. **World Trade Review**, Cambridge, 2005.

PEREIRA, L. **Ensaio de sociologia do desenvolvimento**. São Paulo: Pioneira, 1970.

PLESKOVIC, B.; STIGLITZ, J. **Annual World Bank Conference on Development Economics**. World Bank: Washington, 1998.

PREBISH, R. **Significación del mercado común em el desarrollo econômico de América Latina**. CEPAL, 1959.

ROY, J.; BAGAI, S. Key Issues in Trade Facilitation. World Bank **Policy Research Working Paper**, Washigton, n. 3703, p. 4, set. 2005.

SANTOS, T. dos. **A Teoria da Dependência**: Balanço e Perspectivas. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

SCHUMPETER, J. **Teoria do desenvolvimento econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. São Paulo: Abril, 1986.

SEN, A. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, A. The Concept of Development. In: **Handbook of Development Economics**. v.1.

SEN, A. **Sobre Ética e Economia**. São Paulo, Companhia das Letras, 1999.

SOARES, G. F. S. **Common Law**: introdução ao direito dos Estados Unidos da América. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STIGLITZ, J.; CHARLTON, A. A Development Round of Trade Negotiations? **Annual World Bank Conference on Development Economics**, Washington, mai. 2004.

UNCTAD. Assegurando Ganhos de Desenvolvimento a partir do sistema comercial internacional e das negociações de comércio. **Nota de informação pelo secretariado da UNCTAD: Décima primeira sessão**, Genebra, n. 397, mai. 2004.

WEBER, M. **Economia e Sociedade**. Brasília: Unb, 1991. Vol. 1.

WTO CONSULTATIVE BOARD. **The Future of The WTO**: Addressing institutional challenges in the new millennium. WTO: Genebra, 2004.

Recebido: 02/06/2014

Received: 06/02/2014

Aprovado: 02/06/2014

Approved: 06/02/2014