

Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Mestrado em Direito das Relações Internacionais

Camila Martins A. Gontijo

**MEDIDAS RESTRITIVAS À INSERÇÃO DOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO NO
COMÉRCIO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE DO ACORDO TBT**

Brasília – DF

2016

Camila Martins Araújo Gontijo

**MEDIDAS RESTRITIVAS À INSERÇÃO DOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO NO
COMÉRCIO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE DO ACORDO TBT**

Dissertação apresentada para obtenção do
título de Mestre em Direito das Relações
Internacionais pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito do Centro Universitário
de Brasília

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira Ribeiro

Brasília – DF

2016

Camila Martins Araújo Gontijo

**MEDIDAS RESTRITIVAS À INSERÇÃO DOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO NO
COMÉRCIO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE DO ACORDO TBT**

Brasília-DF, de outubro de 2016

Banca Examinadora

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Ribeiro
Orientador

Examinador(a)

Examinador(a)

AGRADECIMENTO

Agradeço o apoio dos meus pais e do meu irmão que sempre estiveram ao meu lado, e foram de presença fundamental durante os estudos do mestrado.

Agradeço ao professor Dr. Gustavo Ribeiro pelos ensinamentos e apoio durante o curso, e sua orientação nessa dissertação.

Agradeço também aos professores, colegas e amigos que contribuíram para as novas aprendizagens.

RESUMO

O estabelecimento da Organização Mundial do Comércio (OMC), em 1994, instituiu regras para o comércio internacional buscando, em algumas situações, a harmonização de medidas entre os Membros visando a liberalização comercial. O Acordo de Barreiras Técnicas (TBT) da OMC é um destes instrumentos e objeto de estudo deste trabalho. A inserção internacional dos Estados em desenvolvimento enfrenta diversas barreiras, como medidas não tarifárias. Estão entre elas as medidas técnicas, cobertas pelo TBT, o que tem gerado diversos questionamentos no sistema de solução de controvérsias e nos mecanismos de consultas do Comitê do TBT. O acordo TBT da OMC é a base para a análise de disputas ocorridas entre 2008 e 2016 com foco em seu artigo 2.2. As discussões em torno desse artigo se referem aos objetivos legítimos, à necessidade da aplicação das medidas, estabelecimento de regulações técnicas, a aplicação de medidas mais restritivas ao comércio do que o necessário e a possibilidade de riscos pelo não cumprimento das medidas. Os casos analisados neste trabalho (EUA – Atum II, EUA – COOL, EUA – Cigarros de cravo e Austrália – Embalagens genéricas de tabaco) foram aqueles que indicaram o artigo 2.2 do acordo TBT como questão de disputa, e nos quais o Brasil atuou como terceira parte. Embora a hipótese inicial do trabalho fosse a de que as medidas técnicas estariam representando obstáculos desnecessários ao comércio e à inserção dos Estados em desenvolvimento no mercado internacional, deve-se relativizá-la após os estudos dos casos.

Palavras chaves: OMC, Acordo TBT, artigo 2.2, Estados em desenvolvimento.

ABSTRACT

The institution of the World Trade Organization (WTO) in 1994 established rules for international trade seeking harmonization of measures among Members and trade liberalization. The agreement of technical barriers to trade (TBT) is one of the WTO instruments and object of study in this research. The international integration of developing States face many barriers, such as non-tariff measures. There are among them the technical measures covered by the TBT, which has generated many enquiries in the dispute settlement system and consultation mechanisms of the TBT Committee. The TBT agreement is the basis for the analysis of disputes that occurred between 2008 and 2016 with a focus on Article 2.2. Discussions about the contents of this article refer to the legitimate objectives, the necessity for implementation of the measures, establishment of technical regulations, the implementation of more trade restrictive measures than necessary and the possibility of risk for non-compliance of the measures. The cases analyzed in this study (US - Tuna II, USA - COOL, US - Clove Cigarettes and Australia - Tobacco Plain Packaging) were those that have indicated Article 2.2 of the TBT Agreement as a matter of dispute, and in which Brazil acted as third part. Although it was suggested as an initial hypothesis that technical measures would represent unnecessary obstacles to trade and to the access of developing States to international trade, it should be re-analysed after the case studies.

Key words: WTO, TBT Agreement, article 2.2, developing States.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES:

AFTA – Asean Free Trade Area

APEC – Asia-Pacific Economic Cooperation

ASEAN - Association of Southeast Asian Nations

AIDCP - Agreement on the International Dolphin Conservation Program

BIRD - Banco Mundial ou Banco internacional para a reconstrução e desenvolvimento

BNT – Barreiras não-tarifárias

CE – Comunidade Europeia, ou Comunidades Europeias

Cepal - Comissão Econômica para América Latina e Caribe

COOL - country of origin labeling

CRTA – Committee on Regional Trade Agreements

CTD - Committee on Trade and Development

DESA – Development policy and analysis division (DPAD)

DS – Dispute settlement

DSU - Dispute Settlement Understanding

ECSC – European Coal and Steel Community

EEC – European Economic Community

ESC - Entendimento relativo às normas e procedimentos sobre solução de controvérsias

EUA – Estados Unidos da América

Euratom – European Atomic Energy Community

ETP – East tropical Pacific ocean

ECE - European Colorfastness Establishment

EUA – Estados Unidos da América

FMI – Fundo Monetário Internacional

FAO – Food and agricultural organization

FCTC - Framework convention to tobacco control

GATT – General Agreement on Tariffs and Trade

GATS – General agreement on trade of services

IEC - International electro technical commission

IPPC - International Plant Protection Convention

ISO - International Organization for Standardization

ITC – International trade centre

ITO – International trade organization

MERCOSUL – Mercado Comum do Cone Sul

MFN – most favored nation

NMF – nação mais favorecida

MTN – multilateral trade negotiation

NAFTA – North America Free Trade Area

NICs – new industrialized countries, novos países industrializados

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OECD - Organization for Economic Co-operation and Development

OIC – Organização internacional do comércio

OIE - Office International des Epizooties

OMC – Organização Mundial do Comércio

OMS - Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

OSC - órgão de solução de controvérsias

PAP – plano de aplicação provisória

PPMs – process and production methods

SGPC - sistema global de preferências de comércio

SGP - sistema geral de preferências

SH – Sistema harmonizado de classificação de mercadorias

SPS – sanitary and phytosanitary; sanitary and phytosanitary agreement

STC – specific trade concerns

TBT – technical barriers to trade; technical barriers to trade agreement

TRIMS - Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio

TRIPS - Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio

U.E – União Europeia

UN – United Nations

UNCTAD - Comissão das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento

US – United States of America

US FDA - US Food and drug administration

WESP - World Economic Situation and Prospects

WHO – World Health Organization

WTO - World Trade Organization

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A OMC E O ACORDO TBT.....	16
1.1 A Organização Mundial do Comércio	19
1.1.1 As Rodadas de Negociações.....	21
1.1.2 A Instituição Formal da OMC.....	28
1.1.3 A Rodada Doha	31
1.2 A Participação dos Estados em Desenvolvimento e Desenvolvidos, a Integração Regional e as Medidas Técnicas.....	32
1.2.1 MERCOSUL.....	34
1.2.2 ASEAN	35
1.2.3 APEC	36
1.2.4 União Europeia.....	37
1.2.5 Nafta	38
1.2.6 Blocos Regionais.....	40
1.3 O Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio	41
1.3.1 Histórico do TBT	41
1.3.2 O TBT e o Tratamento Diferenciado.....	51
1.3.3 Principais Dispositivos do TBT.....	55
1.3.4 Aplicação do Acordo TBT	58
1.3.5 Comitê para Barreiras Técnicas	62
2 OBSTÁCULOS AO COMÉRCIO INTERNACIONAL.....	66
2.1 Os Acordos e as Barreiras ao Comércio.....	67
2.2 Barreiras Técnicas.....	70
2.3 Regulações Técnicas - Medidas Não Tarifárias.....	71
2.3.1 Regulações Técnicas e Padronizações – artigo 2 do TBT	72
2.3.2 Regulações Técnicas – Tratamento Nacional – TBT, art. 2.1.....	73
2.3.3 Regulações Técnicas – Objetivos Legítimos: Não Mais Restritivo que o Necessário - TBT, art. 2.2.....	76
2.3.4 O Acordo SPS.....	85
2.3.5 Outros Acordos da OMC	89

3 AS RESOLUÇÕES DE DISPUTAS NA OMC	93
3.1 O Sistema de Resolução de Controvérsias da OMC – Um Panorama	93
3.1.1 O Entendimento sobre Solução de Controvérsias.....	94
3.1.2 A Estrutura para a Resolução de Disputas na OMC	97
3.1.3 A Solução de Controvérsias na OMC e o OSC	100
3.2 As Disputas e o Acordo TBT	108
3.3 As Disputas e a Participação dos Estados no OSC	112
4 ANÁLISE DE CASOS NO TBT.....	116
4.1 Caso do Atum – Estados Unidos	117
4.1.1 O Caso DS 381.....	117
4.1.2 Artigo 2.2 do TBT em Relação ao Caso.....	121
4.2 Casos COOL – Estados Unidos	127
4.2.1 As Etapas dos Casos 384 e 386 no OSC.....	131
4.2.2 Artigo 2.2 – TBT em Relação às Duas Demandas	134
4.2.3 Considerações sobre o Caso COOL	139
4.3 Caso dos Cigarros de Cravo – Estados Unidos	141
4.3.1 O Caso DS 406.....	141
4.3.2 As Etapas do Caso no Órgão de Solução de Controvérsias	143
4.3.3 Artigo 2.2 do Acordo TBT na Disputa DS 406	145
4.3.4 Considerações sobre o Caso dos Cigarros de Cravo	149
4.4 Casos sobre Marcas e Embalagens de Tabaco - Austrália	150
4.4.1 O Caso DS 434.....	152
4.4.2 O Caso DS 435.....	155
4.4.3 O Caso DS 441.....	156
4.4.4 O Caso DS 458.....	158
4.4.5 O Caso DS 467.....	160
4.4.6 A Resolução das Disputas.....	161
4.4.7 Considerações sobre o Caso das Embalagens na Austrália.....	163
4.5 Considerações sobre os Casos	166
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	172
6 REFERÊNCIAS.....	181

INTRODUÇÃO

O comércio internacional sempre envolveu diferentes condições entre os Estados negociantes. Diversas teorias de comércio já tentaram explicar essa relação e evoluíram para incorporar novas variáveis que influenciam esse tipo de transação. As teorias da vantagem comparativa¹ e do livre comércio foram a resposta ao mercantilismo, por exemplo.

Para a proteção do mercado interno, as alfândegas foram utilizadas com o controle das importações e a cobrança de taxas e impostos sobre a comercialização, de modo a diminuir a competição com o produto nacional ou em retaliação a ações do Estado de origem. As tarifas cobradas nas transações internacionais são um tradicional instrumento de barreira a importações e proteção ao produto nacional, e o mais antigo, sobre o qual diversos acordos de comércio foram firmados de modo a minimizar o seu impacto nos Estados exportadores.

O comércio internacional, atividade presente nas relações entre diferentes Estados, desde a sua origem, se desenvolveu e cresceu de modo a necessitar de regras que cobrissem toda a sua atividade. Com isso, a normatização internacional para a regulação do comércio evoluiu buscando a diminuição de barreiras no ambiente internacional.

Tratando da questão das tarifas e visando ao acesso a mercados, o Gatt de 1947 teve esse tema como um dos seus principais elementos de trabalho. A questão do acesso a novos mercados é uma preocupação de todos os Estados participantes do comércio internacional, porém Estados em desenvolvimento sofrem maiores impactos nas suas economias à medida que ações externas podem diminuir a competitividade de seus produtos, levando consequências para a economia interna e dificultando a sobrevivência das suas empresas.

¹ Teoria criada por Adam Smith, a partir da qual cada Estado deveria se especializar na produção de bens em que seja mais eficiente.

A principal instituição nessa arena, a Organização Mundial do Comércio (OMC), regula os diferentes temas relacionados ao comércio de bens e serviços, havendo entre seus acordos constitutivos, acordos relacionados a barreiras não tarifárias como o Acordo sobre Barreiras Técnicas (TBT). O tema das medidas técnicas passou a ganhar mais relevância no cenário internacional durante as rodadas de negociação do Gatt. Após a restrição a aplicação de tarifas, os Estados passaram a adotar barreiras técnicas como forma de protecionismo. Nos últimos anos diversas consultas sobre medidas técnicas foram realizadas ao comitê de barreiras técnicas da OMC, e esse número tem crescido a cada ano indicando a utilização de novas medidas pelos membros.

Os Estados membros da OMC têm seus regulamentos nacionais sobre comércio sujeitos a todos os acordos constitutivos da organização. Mas assim mesmo, argumenta-se neste trabalho que principalmente os Estados desenvolvidos estariam aplicando barreiras não tarifárias em descumprimento ao acordo TBT, principalmente seu artigo 2.2, o que poderia dificultar a inserção no comércio internacional do Brasil e de outros Estados em desenvolvimento. De acordo com o artigo 2.2 do TBT, os regulamentos dos Estados membros estão sujeitos ao teste da necessidade e ao cumprimento de objetivos legítimos. A partir desse ponto, este trabalho de pesquisa busca verificar se esses elementos são considerados e como são interpretados no órgão de solução de controvérsias (OSC) da OMC. Avalia-se se esses pontos se tornam verdadeiras barreiras ou dificultam a inserção no comércio internacional do Brasil e de Estados em desenvolvimento.

A inserção no comércio internacional de Estados em desenvolvimento estaria sendo dificultada por medidas protecionistas fundamentadas em medidas técnicas. Demonstra-se essa premissa pela aplicação de medidas que se materializam como barreiras comerciais, decorrentes de práticas de Estados desenvolvidos, como os Estados Unidos e Austrália nos casos do atum² e dos rótulos de cigarros³, por exemplo, que indicam um descumprimento do acordo de barreiras técnicas da OMC. Dessa forma, as barreiras técnicas estariam criando obstáculos desnecessários ao comércio.

² DS 381 – EUA, Atum II: Medidas sobre a importação, marketing e vendas de atum e produtos de atum.

³ DS 406 – EUA, Cigarros de cravo: Medidas afetando a produção e venda de cigarros de cravo.

Restringe-se o comércio internacional a partir de medidas, como as relacionadas a especificações técnicas embasadas em objetivos afirmados pelos Estados desenvolvidos.

Barreiras desnecessárias ao comércio estariam sendo impostas pelos Estados desenvolvidos como exigências que criam obstáculos para a entrada dos produtos originários principalmente de Estados em desenvolvimento. Isso estaria se refletindo na existência não somente de disputas construídas na OMC, mas também no crescimento do número de consultas sobre regulamentos técnicos. Ao se buscar estudar como se tem dado as disputas na arena multilateral de solução de controvérsias, não somente a existência das barreiras, mas a relação de cumprimento ou descumprimento dos acordos internacionais de comércio por parte dos Estados desenvolvidos pode ser observada.

O trabalho de pesquisa é realizado a partir de contextualização histórica, análise teórica e documental sobre o desenvolvimento das discussões para a institucionalização da OMC e do tema de barreiras técnicas ao comércio atual. O entendimento sobre o acordo TBT e funcionamento da arena de discussões na organização são fundamentais para se compreender as fases de discussões sobre as medidas questionadas. A partir daí, a análise de casos é realizada com base nos documentos do OSC e contribuições de estudos de teóricos da área.

Em termos de divisão dos capítulos, inicia-se o trabalho a partir da contextualização das discussões sobre a formatação de acordos internacionais de comércio, da institucionalização do acordo Gatt e da formação da OMC. Em seguida, a atuação dos Estados em organizações regionais e sua relação com as normas técnicas são apresentados. Essa contextualização contribui para o entendimento do contexto e posicionamento dos Estados em desenvolvimento e desenvolvidos nos ambientes de integração regional como base para se compreender a participação deles na arena do comércio internacional. O terceiro item do capítulo é uma introdução ao significado de regulamento técnico segundo o acordo TBT a ser explorado no capítulo subsequente.

Os obstáculos ao comércio internacional são caracterizados no segundo capítulo a partir dos acordos e as diferentes formas de barreiras ao comércio focando nas barreiras não tarifárias (BNT) e especialmente nas medidas técnicas (espécie de BNT). O acordo TBT da OMC é o referencial de estudo sobre as medidas cobertas por esse instrumento, sob o qual as regulações técnicas são analisadas quanto ao tratamento nacional sob o artigo 2.1 desse acordo. Esse último é relacionado ao principal foco do estudo: os objetivos legítimos e a questão da aplicação de medidas que não sejam mais restritivas do que o necessário sob o artigo 2.2 do mesmo acordo. Outros acordos que tratam sobre o tema também são indicados brevemente nesse estudo⁴.

O terceiro capítulo apresenta o tema das resoluções de disputas na OMC, a formação do sistema de solução de controvérsias e seu funcionamento. O entendimento dos mecanismos para as atividades do OSC, e as disputas sob o acordo TBT, assim como um panorama do histórico de painéis são apresentados.

No quarto capítulo são estudados os casos selecionados. O entendimento prévio sobre a regulação de barreiras técnicas do acordo TBT e o funcionamento do sistema de solução de controvérsias da OMC, possibilitam a análise dos casos de disputas ocorridos entre 2005 e 2014⁵ envolvendo o artigo 2.2 do TBT, com a participação do Brasil como terceira parte. Analisam-se os casos selecionados, os quais tiveram como demandados os Estados Unidos e a Austrália, a partir dos documentos do OSC desde o registro de pedido de consulta aos relatórios dos painéis, além de estudos realizados sobre as controvérsias. Os casos em que os Estados Unidos foram demandados, e em estudo são: Medidas sobre a importação, marketing e vendas de atum e produtos de atum, também conhecido como EUA – Atum II; Requerimento de rotulagem sobre país de origem, caso EUA - COOL; e Medidas afetando a produção e venda de cigarros de cravo⁶, EUA – Cigarros de cravo. Outros casos envolvendo o artigo 2.2 do TBT ocorreram demandando a Austrália em relação a medidas sobre marcas, indicações

⁴ Outros acordos: acordo de medidas sanitárias e fitossanitárias, acordo de salvaguardas, acordo sobre regras de origem.

⁵ O período de pesquisa foi de 2005 a 2014, sendo que os casos selecionados tiveram suas primeiras consultas entre 2008 e 2013, e um deles (Austrália – Embalagens genéricas de tabaco) ainda não foi concluído.

⁶ Os casos em estudo demandando os Estados Unidos são: DS 381, DS 384, DS 386, DS 406.

geográficas e outros requisitos de embalagens genéricas aplicáveis a embalagens e produtos de tabaco⁷, Austrália – Embalagens genéricas de tabaco.

O comércio internacional contemporâneo ocorre sob diversas condições políticas, econômicas e jurídicas. Mesmo com o desenvolvimento e multiplicação dos acordos bilaterais de comércio, a OMC tem mantido sua importância e de seus acordos multilaterais. O estudo busca analisar o entendimento e a utilização das medidas técnicas sob o artigo 2.2 do acordo TBT como forma de controle do comércio internacional. Embora a hipótese inicial do trabalho fosse de que as medidas técnicas estariam representando obstáculos desnecessários ao comércio e à inserção dos Estados em desenvolvimento no mercado internacional, deve-se relativizá-la após os estudos dos casos.

⁷ Os casos em estudo demandando a Austrália são: DS 434, DS 435, DS 441, DS 458, DS 467.

1 A OMC E O ACORDO TBT

O comércio internacional expandiu no século XIX com uma velocidade superior à dos períodos anteriores, principalmente, pelas modificações decorrentes da revolução industrial. A diminuição dos custos de transporte, as inovações tecnológicas que possibilitaram o aumento da produção entre outros fatores contribuíram para esse movimento.

O comércio internacional, segundo Caves, acontece a partir do momento em que dois Estados produzem a preços diferentes e têm a ganhar com a troca comercial a qualquer razão de preços intermediária. O objetivo do comércio internacional é “minimizar os custos reais dos recursos da produção mundial, ou seja, o comércio serve para maximizar o valor real da produção de recursos mundiais”⁸.

O primeiro impulso para o crescimento das relações comerciais iniciou-se no final do século XIX, a partir de 1870, segundo Hobsbawn, havendo registro de grande nível de atividade comercial. O período de 1870 a 1913, quando houve uma livre movimentação de capitais e trabalho sob o padrão ouro, é considerado por alguns historiadores como o início da globalização. Esse movimento comercial foi facilitado pela revolução industrial e pelas facilidades para o comércio geradas a partir daí, o que também ocasionou a queda dos custos de produção⁹.

Durante as grandes guerras mundiais e no período entre guerras, de acordo com Gilpin, o crescimento do comércio internacional foi prejudicado, sendo retomado após o fim dos conflitos e o estabelecimento do acordo de Bretton Woods. A constituição do Sistema de Bretton Woods finaliza o padrão ouro pela criação de uma nova ordem econômica internacional. Com o fim do padrão ouro, passa a haver a conversibilidade das moedas internacionais em dólar¹⁰. A nova ordem econômica almejava o

⁸ KENEN, 1998, p. 21.

⁹ HOBBSAWN, 2005, Cap. 3 – O mundo unificado, p. 79-105.

¹⁰ O dólar era a moeda do principal ator no pós-guerra, os Estados Unidos, e a conversibilidade foi realizada de forma gradativa estabelecendo o valor em relação ao ouro.

crescimento econômico e o pleno emprego para uma ordem econômica global estável¹¹.

No século XX, a organização da arena internacional de comércio se faz com a institucionalização de organismos para o ordenamento de acordos multilaterais. Um exemplo deste tipo de organização é a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço de 1951, como um arranjo regional, e o acordo de Bretton Woods para a liberalização comercial como uma institucionalização de padrões a serem seguidos, além das instituições¹².

O texto do acordo do Gatt 1947, afirma em seu preâmbulo que os Estados partes reconhecem que suas relações na área comercial devem contribuir para o aumento do padrão de vida, garantindo o pleno emprego e aumento da renda real e da demanda. O acordo original foi assinado por 23 Estados, estando entre eles Estados em diferentes níveis de desenvolvimento, mostrando assim o objetivo de se alcançarem melhores níveis a partir de um comércio internacional com redução de barreiras e da discriminação.

A ordem liberal referente ao livre-comércio se rompe à medida que as capacidades econômicas ficam cada vez mais concentradas. Depreende-se, assim, que o ator com maior capacidade econômica também terá maior poderio para negociação e imposição de seus interesses. Isso faz com que os regimes de liberalização se enfraqueçam e sejam sobrepostos por acordos de comércio¹³. Os acordos determinam condições diferenciadas para o comércio entre os Estados contratantes e os demais Estados, modificando assim as condições de comércio na arena internacional.

O principal acordo sobre comércio do século XX, o acordo Gatt de 1994, no artigo XXIV¹⁴, apresenta a garantia de tarifas para o comércio entre diferentes territórios. Se observado o acordo do Gatt, pode-se ver aspectos para o processo de liberalização através de garantias de acesso a mercados, que também estão contidas

¹¹ GILPIN, 1987, p. 131.

¹² A respeito das instituições criadas, veja o item 1.1.

¹³ RUGGIE, 1998, Cap. International regimes transactions and change: embedded liberalism in the postwar economic order (regimes), (1982), p. 64.

¹⁴ Article XXIV: Territorial Application — Frontier Traffic — Customs Unions and Free-trade Areas.

na OMC em geral, mas ainda está presente algo que pode ser considerado contraditório às práticas de livre-comércio, quando se observa as ressalvas que permitem o exercício de práticas protecionistas.

Os aspectos de reciprocidade e de não discriminação presentes no Gatt são citados por McQueen, o que indicaria que as transações aconteceriam em um cenário de igualdade de condições, mas na prática haveria o domínio daqueles com maior mercado e melhor posicionamento do mercado internacional. O autor ressalta as dificuldades para as negociações e os ganhos que os Estados desenvolvidos têm em relação aos menos desenvolvidos, quando os acordos beneficiam os interesses dos primeiros. Ainda, segundo o mesmo autor, os Estados desenvolvidos usam uma série de artifícios para a proteção de sua produção nacional, como as barreiras não tarifárias¹⁵.

Durante o século XX, houve mudanças no comércio mundial com os Estados da Ásia e da América Latina tendo uma maior participação nas exportações de bens com maior valor agregado, mesmo ainda tendo o comércio entre os Estados desenvolvidos correspondido a mais da metade do comércio mundial segundo a Comissão Econômica para América Latina e Caribe (Cepal)¹⁶. De acordo com esta instituição, existe uma relação entre o crescimento das exportações e o crescimento do PIB¹⁷. Assim, durante o século XX, o crescimento do comércio mundial levou ao crescimento da economia, principalmente, dos Estados menores, uma vez que esse crescimento estaria relacionado à sua atuação no mercado internacional.

Além das negociações sobre o Gatt, a segunda metade do século XX contou com a organização de blocos regionais, e a celebração de acordos bilaterais de comércio. Na última década desse período, houve a criação da OMC após oito rodadas de negociações. A seção seguinte descreve em maiores detalhes esses desenvolvimentos de forma a contextualizar o tema.

¹⁵ MCQUEEN, 1975, p.124.

¹⁶ A Cepal é um órgão da Organização das Nações Unidas.

¹⁷ PIB – produto interno bruto. De acordo com o Banco Central do Brasil: Refere-se ao valor do conjunto de todos os bens e serviços produzidos dentro do território econômico de um país em um determinado período. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br>

1.1 A Organização Mundial do Comércio

A Organização Mundial do Comércio (OMC) tem a responsabilidade de administrar as regras vigentes para a liberalização do comércio internacional. Entre os acordos constitutivos, alguns deles já eram existentes desde antes da sua criação, vários deles permaneceram e outros ainda foram assinados já na sua atividade, após a institucionalização da OMC¹⁸.

Em 1944, ainda durante a II Guerra Mundial, os aliados se reuniram em Bretton Woods, New Hampshire, Estados Unidos, segundo Trebilcock e Howse¹⁹, com o objetivo de criar estratégias de reconstrução da economia mundial após o término da guerra, o qual previam estar próximo. A partir dessa reunião, estabeleceu-se o Acordo de Bretton Woods, o qual previa a construção das principais instituições de alcance mundial, que eram o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial ou Banco internacional para a reconstrução e desenvolvimento (BIRD), e a Organização Internacional do Comércio (OIC)²⁰.

O conhecido Tripé formado em Bretton Woods tinha em cada instituição diferentes objetivos para o auxílio à economia internacional. O objetivo do FMI era a manutenção da estabilidade das taxas de conversão, e prover assistência aos Estados com problemas nas balanças de pagamento para que pudessem evitar crises. O Banco Mundial deveria prover recursos financeiros para o Japão e Estados da Europa que tivessem sido atingidos pela guerra, e essa ação estava relacionada ao Plano Marshall²¹ dos Estados Unidos. A OIC deveria prover a arena para negociações de um regime mundial de comércio multilateral e liberal.

¹⁸ World Trade Organisation – Disponível em: <http://www.wto.org>

¹⁹ TREBILCOCK e HOWSE, 2001, p. 20.

²⁰ Em inglês: International Trade Organization (ITO).

²¹ Plano Marshall: o seu nome oficial era Programa de Recuperação Europeia, e foi um plano de assistência financeira à Europa para recuperação econômica pós-guerra, entre 1945 e 1947, realizado pelos Estados Unidos. O objetivo era de que com a recuperação econômica dos Estados atingidos pela guerra, também houvesse uma estabilidade política no continente, e contenção da expansão do comunismo para a Europa ocidental.

A OIC não entrou efetivamente em atividade devido à oposição do Congresso²² dos Estados Unidos que entendia que o conteúdo da Carta de Havana,²³ a qual instituía a organização, limitava a soberania do Estado. Além disso, acreditava-se nos Estados Unidos que a liberalização comercial poderia colocar em risco as vagas de emprego no país, que ainda se recuperava da quebra da bolsa de Nova Iorque. A partir disso, foi organizada uma nova negociação entre os 23 Estados que eram detentores da maior parte do comércio internacional. A negociação terminou com o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (Gatt), o qual daria uma base institucional para a implantação da OIC.

O *General Agreement on Tariffs and Trade* – Gatt 1947, foi assinado durante a Segunda Guerra Mundial para negociação de tarifas. O Gatt entrou em vigor a partir do Protocolo sobre Aplicação Provisória (PAP), o qual previa a criação de uma organização que o substituiria para sua execução, a OIC. Esse protocolo possibilitou a existência do Gatt devido a cláusulas que asseguravam aos signatários alegarem normas de direito interno prévias ao acordo, para se eximirem de obrigações estabelecidas.

O protocolo de aplicação provisória²⁴, assinado por oito Estados²⁵ era formado por:

- A – parte I e III do Acordo Geral de Tarifas e Comércio;
- B – parte II do Acordo: o que não estivesse incompatível com a legislação interna existente de cada Estado.

O acordo adotado em 1947 tinha como seu principal objetivo as regras sobre tarifas aplicadas ao comércio internacional, e assim, como ressaltado por Trebilcock²⁶,

²² Segundo Jackson, o presidente dos Estados Unidos não chegou a submeter a proposta da criação da OIC ao Congresso. JACKSON, 2000, p.19.

²³ Carta de Havana: Assinada após as reuniões que ocorreram em Havana, Cuba, tinha por objetivo a criação da OIC, abrangendo vários temas com impacto no comércio internacional como o emprego e padrões trabalhistas, desenvolvimento econômico e reconstrução, barreiras comerciais, regras sobre comércio de *commodities* e investimento estrangeiro. (Havana Charter, Final Act, 1948 apud THORSTENSEN, 1998, p.7)

²⁴ JACKSON, 2000, cap.2, p. 17-33.

²⁵ Os signatários do Protocolo foram: Austrália, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, França, Luxemburgo, Países Baixos e Reino Unido.

²⁶ TREBILCOCK e HOWSE, 2001, Cap. 6 – Trade policy and domestic health and safety regulation and standards, p.139.

não continha dispositivos diretamente relacionados à proteção da saúde, ao meio ambiente ou padronizações.

Um dispositivo do acordo que poderia ser interpretado em relação a padronização de produtos e a não discriminação em relação aos produtos importados é o artigo terceiro, que afirma que deve haver o mesmo tratamento para produtos similares nacionais e importados em território nacional.

De igual forma, o artigo 20 do Gatt 1947 tratava das exceções às medidas possíveis de serem aplicadas, permitindo que os Estados contratantes utilizassem medidas que fossem “necessárias para a proteção da vida ou saúde humana, dos animais ou das plantas”, além de medidas que fossem relacionadas a conservação dos recursos naturais. Nesse dispositivo havia então espaço regulatório para as Partes Contratantes aplicarem barreiras técnicas ou medidas sanitárias e fitossanitárias durante a vigência do acordo.

1.1.1 As Rodadas de Negociações

Seguindo o objetivo do Gatt, após o início da regulação do sistema comercial, foram realizadas oito rodadas de negociações para se discutirem as regras do acordo e sua aplicação, sendo a última delas a Rodada Uruguai, que teve a participação de mais de 100 países, e que se inicia em 1986 e termina em 1994 com a criação da OMC²⁷.

As primeiras seis rodadas tinham como foco as negociações sobre tarifas e as concessões tarifárias, levando a redução das tarifas aplicadas no comércio internacional. As outras rodadas incluíram novos temas além das questões tarifárias, como as barreiras não tarifárias, medidas *anti-dumping*, propriedade intelectual, e setores específicos como a agricultura.

Durante a vigência do Gatt 1947, as reduções tarifárias se aplicaram ao mesmo tempo em que houve um aumento de regulamentos e padrões de produtos, o que fez

²⁷ A OMC começou suas atividades em 01 de janeiro de 1995.

com que os signatários do acordo indicassem a necessidade de se discutir a harmonização desses regulamentos. Segundo Marceau e Trachtman, os regulamentos facilitariam o comércio internacional à medida que favoreceria a harmonização e menor incompatibilidade entre os Estados, enquanto as normas refletiriam a responsabilidade dos governos para a saúde, segurança da população e do meio ambiente. Esse teria sido um entendimento comum entre os Estados participantes na Rodada Kennedy para o código a ser negociado na rodada seguinte²⁸.

Tabela 01: Rodadas de negociação

Rodada	Período	Temas cobertos	Países Participantes
Genebra	1947	Tarifas	23
Annecy	1949	Tarifas	13
Torquay	1950 - 1951	Tarifas	38
Genebra	1955 - 1956	Tarifas	26
Dillon (Genebra)	1960 - 1961	Tarifas	26
Kennedy (Genebra)	1964 - 1967	Tarifas e medidas antidumping.	62
Tóquio (Genebra)	1973 - 1979	Tarifas, Medidas não tarifárias, e outros acordos: - Primeiras negociações em barreiras não tarifárias; - Criação de códigos plurilaterais; - Criação da Cláusula de Habilitação.	102
Uruguai (Genebra)	1986 - 1993	Tarifas, Agricultura, Serviços, Propriedade Intelectual, Medidas de Investimento, solução de controvérsias, têxteis, novo marco jurídico, criação da OMC.	123
Doha	2001 - 2006	Tarifas, Agricultura, Serviços, Facilitação de Comércio, Solução de Controvérsias, "Regras".	149

Fonte: OMC.

Se as primeiras rodadas foram tímidas em seu alcance, a pauta de negociações durante a *Rodada Kennedy* foi de maior extensão. Atuou-se principalmente sobre o tema de redução de tarifas, mas incluíram-se algumas discussões sobre medidas não tarifárias. A Rodada, entretanto, falhou na formulação de regras sobre esse tema.

²⁸ MARCEAU e TRACHTMAN, 2002, p. 02.

Esse período referente à Rodada Kennedy pode ser considerado como pré-sistema multilateral de negociações²⁹, o qual é considerado por Jackson³⁰ como o primeiro esforço real para a negociação de barreiras não tarifárias no comércio internacional. A partir da Rodada Tóquio produziram-se esboços dos acordos sobre barreiras técnicas ao comércio, subsídios e medidas compensatórias, medidas *anti-dumping*, compras governamentais, licenças de importação, valoração aduaneira, produtos agrícolas, aviação civil, e a revisão do próprio Gatt.

O tema do desenvolvimento como objetivo fundamental do comércio é apontado por Stoll e Schorkopf³¹ como presente durante o século XX nas negociações do Gatt. Um dos principais momentos seria mesmo a Rodada Kennedy, e teve como tema as tarifas e medidas *anti-dumping* trouxe avanços para a relação dos Estados em desenvolvimento, especialmente com a institucionalização do Comitê para o Comércio e Desenvolvimento³² e do Centro Internacional de Negócios³³ (ITC).

As normas e exigências nacionais, segundo Marceau e Trachtman³⁴, multiplicaram-se após a Rodada Kennedy criando potenciais barreiras ao comércio e gerando a necessidade de se estabelecer algum tipo de harmonização internacional em relação às normas. Para se chegar ao estabelecimento de uma harmonização, entendia-se que era necessária a cooperação entre os Estados, os quais defendiam que mesmo com a definição de uma regra internacional fosse garantida a responsabilidade dos Estados em proteger a saúde e o bem-estar da população, e o meio ambiente.

²⁹ MTN – multilateral trade negotiation.

³⁰ JACKSON, 2000, Cap 3 – The birth of the GATT-MTN system, p. 35.

³¹ STOLL e SCHORKOPF, 2006, Chapter two: Concepts and legal structure, p. 39.

³² Committee on trade and development (CTD). O Comitê para comércio e desenvolvimento, o qual está presente na OMC atua para os temas de desenvolvimento, na consideração e coordenação de ações como programas de assistência técnica, tratamento diferenciado e especial, pequenas economias, ajuda para o comércio, e outros temas mais pontuais. Outros temas trabalhados pelo Comitê em eventos específicos: acordos regionais de comércio, comércio eletrônico, quotas e tarifas de importação, sistema multilateral de comércio e países em desenvolvimento. Outras informações, consultar:

http://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/d3ctte_e.htm

³³ International trade centre – Intracen ou ITC. O ITC é o ponto de referência das Nações Unidas e da Organização Mundial do Comércio para a assistência a países em desenvolvimento no que tange ao comércio internacional. Disponível em: www.intracen.org

³⁴ MARCEAU e TRACHTMAN, 2002, p. 02.

Outro momento significativo para o tratamento dos Estados em desenvolvimento no comércio internacional, segundo Stoll e Schorkopf, teria sido durante a *Rodada Tóquio* (1973 a 1979), quando se estabeleceu o tratamento especial para os Estados em desenvolvimento. A *Enabling clause* como foi conhecida a “Decisão sobre tratamento diferenciado e mais favorável, reciprocidade e total participação de Estados em desenvolvimento” acabou incluindo uma exceção à cláusula da nação mais favorecida instituindo o direito dos Estados em desenvolvimento comercializarem com Estados desenvolvidos sob condições de tratamento especial e diferenciado. Essa cláusula também é a base para o sistema geral de preferências (SGP)³⁵, arranjos regionais entre Estados em desenvolvimento e para o sistema global de preferências de comércio (SGPC)³⁶.

A cláusula da *nação mais favorecida* é uma das bases do sistema multilateral de comércio estabelecido com o Gatt, e do comércio sem discriminação. O princípio da nação mais favorecida significa que uma condição de comércio concedida por um membro da OMC, a outro membro, deve ser a mesma disponibilizada pelo primeiro a qualquer outro membro da organização. O uso dessa cláusula favorece a não discriminação dos produtos ou serviços provenientes de diferentes Estados, garantindo um tratamento equitativo aos diferentes membros com os quais um Estado comercialize. A Rodada Tóquio, além do tema tarifário, foi a primeira rodada a discutir mais firmemente questões não tarifárias como a intervenção do governo, as políticas de subsídios, avaliações alfandegárias e padrões técnicos. Nesta época estava surgindo o chamado “novo protecionismo”, frente à participação no comércio internacional dos países classificados como “novos países industrializados”, como Cingapura, Hong Kong, Taiwan, Coreia do Sul e Brasil que competiam com produtos industrializados. Por isso, ainda na década de 70 iniciou-se um movimento de aumento das tarifas de importação, além de barreiras não tarifárias como as quotas, subsídios agrícolas e

³⁵ No SGP o Estado desenvolvido pode oferecer tratamento tarifário especial para os produtos provenientes de Estados em desenvolvimento ou menos desenvolvidos sem a exigência da reciprocidade.

³⁶ Possibilita concessões comerciais entre Estados em desenvolvimento.

industriais, acordos de restrição de exportação, acordos de mercado, e o uso de medidas como as *anti-dumping*³⁷ e de compensação³⁸.

Acordos separados foram negociados nas Rodadas Kennedy e Tóquio, até o seu agrupamento na Rodada Uruguai. A fragmentação dificultava a implementação dos acordos, à medida que o Gatt possibilitava a adesão a cada acordo separadamente, o que foi mudado na OMC com o princípio do “*single undertaking*”³⁹.

O resultado da Rodada Tóquio, a qual aconteceu já com o sistema multilateral de negociações foi a elaboração de onze acordos: o acordo de barreiras técnicas ao comércio, (Código de Boa Conduta); o protocolo de Genebra sobre tarifas; compras governamentais; interpretação e aplicação dos artigos VI, XVI e XXIII – medidas de compensação e subsídios; sobre carne bovina; arranjo sobre laticínios; implementação do artigo VII – valoração aduaneira; procedimentos para licenciamento de importações; comércio de aeronaves civis; implementação do artigo VI – medidas *anti-dumping*; e acordos quadro⁴⁰.

De importância para esta dissertação, e como precursor do acordo de barreiras técnicas, pode-se citar o *Standards Code*, Código de padronização ou Código de Boa Conduta⁴¹, resultado da Rodada Tóquio. O código cobria especificações técnicas mandatórias e voluntárias para produtos industriais e da agricultura. Ponto importante sobre o Código é que ele foi adotado na forma de um acordo plurilateral, com a assinatura de apenas 32 Estados⁴² numa rodada que contava com a participação de

³⁷ Medidas *anti-dumping*: aplicação de tarifas pelos Estados em compensação aos danos causados pela importação de produtos com preços abaixo dos preços médios comercializados no seu Estado de origem.

³⁸ Medidas de compensação: aplicação de tarifas sobre produto importado para o qual foi identificada a aplicação de subsídios para a exportação a valores mais baixos, de modo a prejudicar os produtores nacionais.

³⁹ Isso significa que cada membro signatário dos acordos da OMC está submetido a todos os acordos, sem a opção de escolha ou retirada de acordo aderido. Com o surgimento da OMC também o *status* dos participantes se modifica, de *Contracting Parties* – Partes contratantes para *Member States* – Estados membros.

⁴⁰ JACKSON, 2010, Cap. 4 – GATT machinery and the Tokyo Round agreements, p. 52.

⁴¹ Alguns autores denominam o código ainda como Código de normas, ou Código de padrões, traduzindo do inglês - *Standards Code*, do espanhol – *Código de buena conducta*, ou do francês – *Code de normalisation*. De acordo com o Decreto 1.355/94 que internalizou o Gatt e seus acordos no Brasil, o título do seu anexo 3 é: Código de Boa Conduta para a elaboração, adoção e aplicação de normas.

⁴² APPLETON, 2003, p. 8. Outros autores, como Marceau e Trachtman, indicam a assinatura de 43 Estados.

mais de 100 Estados. Na época as barreiras não tarifárias eram largamente utilizadas como forma de protecionismo e necessitavam de um Código como aquele para a sua normatização. Segundo Marceau e Trachtman ⁴³, esse código prescrevia de uma maneira mais restritiva que o necessário, a adoção de regulamentos, especificações e padrões, além de proibir a discriminação e proteção da produção doméstica através de especificações técnicas e regulações. Os Estados signatários deveriam ainda cooperar para a harmonização das normas, e trabalhar para que as normas nacionais fossem baseadas nas internacionais.

O aumento das regulações técnicas em relação ao comércio de produtos agrícolas na década de 80 levou à ineficiência do Código de Boa Conduta, pois essas regulações alcançavam temas não previstos no código. As deficiências do Código de Boa Conduta levantaram discussões sobre seu conteúdo, fazendo com que as negociações sobre o tema das barreiras técnicas continuassem na Rodada seguinte, a Rodada Uruguai. O Comitê sobre Barreiras Técnicas teve como função a identificação de áreas que poderiam ser melhoradas no Código de Boa Conduta, indicando os itens a serem discutidos durante a Rodada com o objetivo de melhoria do texto legal. Esses itens ainda seriam classificados como⁴⁴:

- melhorias que deveriam ser feitas em regras existentes, mas inadequadas;
- esclarecimentos de disposições;
- inclusão de regras novas não cobertas pelo Código de Boa Conduta.

A *Rodada Uruguai* (1986 a 1993) foi a última antes do estabelecimento da OMC, e a mais trabalhosa, devido à complexidade e variedade de temas discutidos. Um dos temas mais discutidos foi a liberalização comercial para produtos agrícolas, além da diminuição do protecionismo para produtos têxteis e vestuário. Novos temas também se juntaram às discussões desta rodada, como o comércio internacional de serviços, assuntos relacionados à propriedade intelectual, e a investimentos.

⁴³ MARCEAU e TRACHTMAN, 2002, p. 02.

⁴⁴ THOMAS, Jeffrey; MEYER, Michael. The new rules of global trade: a guide to the WTO. Toronto, Carswell, 1997. Apud PRAZERES, 2003, p. 81.

Como principais resultados da Rodada Uruguai registrados no Acordo de Marraqueche⁴⁵, o qual declara o estabelecimento da OMC, e destacado por Prazeres⁴⁶, houve:

- redução de tarifas;
- aperfeiçoamento de instrumentos de defesa comercial;
- integração de produtos de origem agropecuária à OMC;
- incorporação dos produtos têxteis ao acordo multilateral, com previsão da extinção do Acordo Multifibras;
- Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (Gats);
- Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Trips);
- Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (Trims);
- Mecanismo de Revisão de Política Comercial dos Países Membros;
- novo mecanismo de solução de controvérsias;
- criação da Organização Mundial do Comércio.

O acordo de Marraqueche, que estabeleceu a OMC estabelecendo o compromisso único, impôs o Acordo de aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias (SPS) e o Acordo sobre barreiras técnicas ao comércio (TBT)⁴⁷, que substituíram o Código de Boa Conduta aos signatários, os quais somaram 129 Estados no início das atividades da organização⁴⁸. O Gatt 1994 incorporou o Gatt 1947 com suas alterações decorrentes de todas as rodadas de negociações, e também os memorandos de entendimento para a interpretação de pontos discutidos sobre o acordo e seu entendimento.

⁴⁵ O acordo de Marraqueche foi assinado por 124 Estados em 15 de abril de 1994, na cidade de Marraqueche, no Marrocos. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm.

⁴⁶ A autora cita como referência para os resultados: BOURGEOIS, Jacques. Et al. The Uruguay Round Results. Bruges, European University Press, 1995.

⁴⁷ Além desses dois acordos, outros onze acordos entraram em vigor relacionados ao comércio de bens (Acordo geral sobre tarifas e comércio; Acordo sobre agricultura; Acordo sobre têxteis e vestuário; Acordo sobre a implementação do art. VI do Gatt 1994; Acordo sobre a implementação do art. VII do Gatt 1994; Acordo sobre inspeção pré-embarque; Acordo sobre regras de origem; Acordo sobre procedimentos para o licenciamento de importações; Acordo sobre subsídios e medidas compensatórias; Acordo sobre salvaguardas), aspectos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPS), acordo geral de comércio de serviços (GATS), medidas de investimentos relacionadas ao comércio (TRIMS), e de revisão de políticas comerciais.

⁴⁸ Atualmente a OMC conta com 162 membros. (Informação atualizada no site da OMC em 30/11/2015).

Conforme o artigo II:2, do acordo da OMC, os acordos SPS e TBT são partes integrais do acordo da OMC sendo obrigatórios (*binding*) a todos os membros. Uma diferença marcante na entrada em vigência do Código de Boa Conduta e o TBT foi o número de signatários: no primeiro, assinaram 46 Estados⁴⁹. Em relação ao conteúdo, o TBT estabeleceu a obrigatoriedade de notificação de novos regulamentos, normas técnicas, e regras para verificação de conformidade, o que gerou maior transparência entre os Membros.

Os acordos SPS e TBT permitem que os Estados membros façam exigências em relação às características dos produtos, para que esses possam ser importados, desde que essa exigência seja necessária para cumprir um objetivo legítimo. Assim, as barreiras sanitárias e fitossanitárias são regidas pelo acordo SPS, enquanto as barreiras técnicas estão sob o acordo TBT. De relevância para esta dissertação, o último terá suas especificidades tratadas na seção 1.3.

1.1.2 A Instituição Formal da OMC

Há uma distinção que se faz necessária entre o Gatt e a OMC. O primeiro, cuja origem remonta o período subsequente a Conferência de Bretton Woods em 1948, faz parte do projeto de liberalização econômica do comércio internacional, é um acordo entre partes contratantes (Estados). Já a segunda, é uma organização, que por sua vez, possui personalidade jurídica e é constituída por membros. A estrutura legal da OMC engloba as regras estabelecidas pelo antigo Gatt, as modificações efetuadas ao longo dos anos e os resultados das negociações passadas sobre a liberalização do comércio.

A OMC é uma instituição inovadora nas relações internacionais do ponto de vista da natureza de sua institucionalização, pois se difere de outras instituições

⁴⁹ WILSON, John S. World Bank Research in Progress on Standards. Washington, World Bank, 2000 apud PRAZERES, 2003, p. 84.

internacionais como os Comitês das Nações Unidas, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial que são coordenados por um grupo de diretores.

De acordo com a carta constitutiva da OMC, os objetivos primordiais da organização são: a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego, a expansão da produção e do comércio de bens e serviços, a proteção do meio ambiente, o uso ótimo dos recursos naturais em níveis sustentáveis e a necessidade de realizar esforços positivos para assegurar uma participação mais efetiva dos Estados em desenvolvimento no comércio internacional. Além de promover um sistema multilateral de comércio mais viável, durável e integrado, trabalhando para a redução substancial de tarifas e outras barreiras ao comércio⁵⁰.

Conforme a própria OMC, esta organização tem como atribuição administrar a implantação e operação de acordos comerciais multilaterais que moldam o novo sistema de comércio internacional, e servir de foro para as negociações multilaterais. Também cabe à OMC a administração de todo um sistema de regras e procedimentos relativos à solução de controvérsias, e do Mecanismo de Revisão de Políticas Comerciais. A partir das revisões periódicas das políticas de comércio exterior dos membros, a organização busca dar transparência ao sistema multilateral de comércio.

De modo geral, os acordos ao serem assinados pelos Estados partes fazem com que esses Estados tornem-se obrigados a aplicar o que foi estabelecido no texto do acordo, como previsto no artigo 12⁵¹ da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. Desse modo, as normas estabelecidas nos acordos podem influenciar ou modificar normas nacionais dos Estados signatários a partir de sua internalização. Além disso, as negociações no âmbito da OMC seguem o princípio do *single undertaking* - "compromisso único" - que obriga todos os membros a concordarem com todos os temas negociados, aderindo automaticamente a todos os acordos da organização e impede que os Estados escolham apenas os acordos de seus interesses. Além disso,

⁵⁰ Gatt 1947, disponível em: www.wto.org.

⁵¹ Decreto nº 7.030, de 14/12/09. CVDT, Art. 12 – Consentimento em obrigar-se por um Tratado manifestado pela assinatura.

como ressaltado por Kapterian, as obrigações contidas em um dos acordos influenciam nas obrigações previstas nos demais⁵².

A OMC é organizada em três grandes áreas: Conselho Geral, Órgão de solução de controvérsias (OSC) e Órgão de revisão de política comercial. No Conselho Geral existem três conselhos que se encarregam de diferentes áreas, e cada um tem seus corpos subsidiários: Conselho para o comércio de bens (Conselho de bens), Conselho para o comércio de serviços (Conselho de serviços), e Conselho para assuntos relacionados ao comércio de direitos de propriedade intelectual (Conselho do Trips). Assim, por exemplo, o Conselho para Comércio de Bens tem 11 subcomitês tratando de assuntos específicos como agricultura, subsídios, medidas *anti-dumping*, etc.⁵³

Dentre os comitês mais importantes para a presente pesquisa, está o Comitê de barreiras técnicas ao comércio (Comitê TBT). Além desse, deve-se considerar o Comitê para comércio de desenvolvimento (CTD), e do Comitê para acordos regionais de comércio (CRTA)⁵⁴, os quais tratam do ambiente de atuação dos Estados em desenvolvimento. Esse último, o CRTA, foi estabelecido em 1996 tendo como principais funções a análise dos acordos regionais e sua relação com o sistema internacional de comércio, assim como a relação entre os diferentes acordos. Em relação às barreiras técnicas, há o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT)⁵⁵, que trata principalmente das padronizações e outros mecanismos de harmonização, que por sua importância neste trabalho, será especificamente estudado na seção 1.3. E em relação à saúde humana e animal, e meio ambiente, o Acordo de medidas sanitárias e fitossanitárias (SPS)⁵⁶.

⁵² KAPTERIAN, 2010, p. 94.

⁵³ Comitês do Conselho de Bens: acesso a mercados; agricultura; medidas sanitárias e fitossanitárias; barreiras técnicas ao comércio; corpo de monitoramento dos têxteis; subsídios e medidas compensatórias; *anti-dumping*; regras de origem; licença de importação; medidas de investimento; salvaguardas; compras governamentais (grupo de trabalho).

⁵⁴ CTD - Committee on Trade and Development; CRTA – Committee on Regional Trade Agreements.

⁵⁵ O nome do acordo será utilizado ao longo do trabalho em sua forma reduzida: Acordo de barreiras técnicas.

⁵⁶ O acordo SPS garante aos Estados a possibilidade de aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias para a proteção da saúde humana, animal, e vegetal.

1.1.3 A Rodada Doha

Em 2001, após seis anos de existência da Organização Mundial do Comércio, iniciou-se uma nova etapa de negociações a respeito dos acordos já instituídos visando o seu aprimoramento, no que foi chamado de Rodada Doha. Além da implementação dos acordos e diminuição de barreiras ao comércio, novos temas foram incorporados nas discussões compondo a Agenda de Desenvolvimento de Doha, tratando principalmente dos aspectos do comércio internacional relacionados aos Estados em desenvolvimento. A previsão para o término das negociações era janeiro de 2005, o que não ocorreu devido a divergências entre os Estados sobre diversos temas, como por exemplo, os relacionados a agricultura, se estendendo até 2006 e sendo suspensas pelo diretor geral da OMC à época, Pascal Lemy⁵⁷.

A Declaração de Doha elenca cerca de 20 temas⁵⁸ sobre negociações, ações de implementação, análise e monitoramento tendo como referência os acordos da OMC. Em relação às barreiras técnicas ao comércio, as questões discutidas trataram da assistência técnica aos Estados menos desenvolvidos, e assistência em geral; determinação de prazo de seis meses como “intervalo razoável” para a implementação de novas medidas em Estados em desenvolvimento; e a importância dos Estados em desenvolvimento de despenderem esforços para a adequação a padrões e normas internacionais. Além desses pontos relacionados diretamente às barreiras técnicas, o diretor geral da OMC ressaltou a importância da assistência técnica para o aumento da capacidade de participação efetiva dos Estados em desenvolvimento para as negociações futuras⁵⁹.

⁵⁷ Informações disponíveis em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/doha1_e.htm

⁵⁸ A própria OMC indica que o número de temas varia de 19 a 21 dependendo da interpretação sobre os temas relacionados a regras que podem ser considerados em conjunto.

⁵⁹ Doha WTO 2001: Implementation-related issues and concerns. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_implementation_e.htm#techn_barriers. Declaração ministerial WT/MIN(01)/17, de 14 de novembro de 2001. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.pdf

1.2 A Participação dos Estados em Desenvolvimento e Desenvolvidos, a Integração Regional e as Medidas Técnicas

Além do aspecto multilateral das barreiras técnicas, é relevante se observar a discussão no nível regional. Afinal, a formação de acordos e blocos regionais pode ser citada como resultado do processo de cooperação e regionalização de Estados em desenvolvimento. Dentre eles, pode-se averiguar, por exemplo, as condições de inserção do MERCOSUL e da ASEAN, formados por Estados em um nível similar de desenvolvimento (Estados em desenvolvimento).

Segundo Garret e Lange, os Estados na esfera econômica buscam a distribuição de riqueza em favor do núcleo político que exerce o poder. Assim, há a necessidade de instituições socioeconômicas para atender as demandas políticas dos atores econômicos. A hipótese desses autores é que a existência desse tipo de instituição muda as condições nos mercados globais, e dá condições para os governos exercerem seus interesses. As mudanças nas condições econômicas internacionais levariam a mudanças nas preferências e poderes dos atores, que a partir de sua atuação neste cenário modificado teriam seu desempenho econômico e políticas, de uma forma diferente da anteriormente praticada. Além disso, as responsabilidades do Estado e as percepções econômicas decorrentes dos interesses privados na esfera pública seriam modificados na medida em que as condições internacionais são transformadas⁶⁰.

A facilitação do acesso ao comércio exterior, de acordo com Frieden e Rogowski, provoca efeitos nos Estados como a suscetibilidade às condições externas, mas também a pressão da sociedade para a diminuição das barreiras para a prática das atividades econômicas no exterior e transações comerciais. As tendências econômicas externas aumentariam as preferências dos atores em relação às políticas econômicas. Para Heckscher – Ohlin, em qualquer conjuntura haverá atores a favor da liberalização (os dotados de fatores de produção), e aqueles com escassez dos fatores tenderão à

⁶⁰ GARRET e LANGE, IN: KEOHANE, 1996, p. 48-75.

aplicação de barreiras protecionistas⁶¹, o que foi analisado neste estudo com foco nas barreiras não tarifárias.

Diante das posições antagônicas, a saída que os Estados encontraram para lidar com as barreiras do mercado internacional foi a negociação de regimes de comércio. Os regimes podem ser entendidos a partir da concepção de Ruggie que significa: “Expectativas mútuas, regras e regulamentos, conjuntos organizacionais, energias, e comprometimento financeiro que tenha sido aceito por um grupo de Estados”⁶². A evolução de alguns regimes de comércio levou ao aparecimento de instituições, o que se difere do regime em si, sendo caracterizadas por “... regras persistentes e conectadas, formal e informalmente, que prescrevem os comportamentos, delimitam atividades e supre expectativas”⁶³. Assim, pode-se caracterizar o Gatt como o regime de comércio existente até o surgimento da instituição OMC.

O sistema multilateral de comércio é um tipo de regime, o qual, segundo Hoekman e Kostecki⁶⁴, pode ser entendido por dois pontos de vista: um mecanismo de compromissos políticos comerciais, e como um código de conduta. Como um fórum de políticas comerciais, propicia o ambiente para a comunicação das políticas nacionais e seus objetivos facilitando a identificação de possíveis impactos em terceiros Estados. Nesse fórum é possível a negociação para a redução de barreiras e a discussão sobre regras. Uma organização internacional na qual esse tipo de fórum está presente é a OMC.

O código de conduta⁶⁵ derivado do regime de comércio diz respeito às obrigações legais que regulam as relações comerciais. No caso da OMC essas obrigações partem dos acordos que formam a organização, como os acordos Gatt, Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS), o Acordo de Barreiras Técnicas (TBT), além dos demais acordos. Hoekman ressalta cinco princípios desse sistema: não

⁶¹ FRIEDEN e ROGOWSKI, 1996, p. 31.

⁶² RUGGIE, 1998, p. 56. Tradução livre de: “...mutual expectations, rules and regulations, organizational lans, energies, and financial commitments that have been accepted by a group of states”.

⁶³ KEOHANE apud RUGGIE, 1998, p. 109. Tradução livre de: “...persistent and connected sets of rules, formal and informal, that prescribe behavioral roles, constrain activity, and share expectations.”

⁶⁴ HOECKMAN e KOSTECKI, 2001, p. 25.

⁶⁵ Nesse trabalho há a referência a “código de conduta” e “Código de Boa Conduta”, os quais são instrumentos distintos.

discriminação, reciprocidade, compromisso, transparência, e válvulas de segurança. A questão da não discriminação engloba os pontos relativos à nação mais favorecida e ao tratamento nacional; a reciprocidade significa que as regras valem entre os Estados partes; o compromisso está relacionado a possibilidade de alguma forma de retaliação ao não se cumprir o acordo; a transparência é relacionada ao processo de divulgação de informações; e as válvulas de segurança são as exceções ao cumprimento de alguma cláusula. Esses cinco princípios apresentados por Hoekman estão presentes nos artigos do TBT vistos no capítulo anterior, e na sua análise, além do Gatt 1994 permeando o funcionamento da OMC, e a aplicação de seus acordos.

A OMC é a instituição principal para o regime multilateral de comércio, havendo em seu acordo constitutivo o artigo 24, o qual se intitula “Aplicação territorial – tráfego fronteiro – uniões aduaneiras e áreas de livre comércio”, abrindo a possibilidade da formação de *blocos regionais*. Assim, entre os seus membros há Estados partes de diversas organizações regionais que buscam algum grau de integração econômica ou comercial para o aumento e fortalecimento de suas atividades no comércio internacional. Dentre os Estados partes nos casos de disputas a serem analisados neste estudo, há membros de organizações regionais com participação majoritária de Estados em desenvolvimento como o Mercosul, Asean e Apec, assim como de organizações com grande participação de Estados desenvolvidos como a União Europeia⁶⁶ e o Nafta.

1.2.1 MERCOSUL

O Mercado Comum do Sul (Mercosul)⁶⁷ foi criado em 1991 a partir do Tratado de Assunção, o qual estabelecia os objetivos para a integração econômica dos Estados membros a partir das condições de comércio e construção de políticas coerentes entre

⁶⁶ A única organização regional que atua na OMC em nome próprio representando todos os seus membros é a União Europeia, a qual aparece em diversos casos como terceira parte por ser a mais sólida institucionalmente. Isso também é resultado da maturidade e do *status* jurídico da organização, que a permite atuar dessa maneira no cenário internacional.

⁶⁷ Mercosul. Disponível em: <http://www.mercosur.int/>

os membros. Com a assinatura do Protocolo de Ouro Preto de 1994 teve a definição da sua estrutura institucional, como união aduaneira. Os membros desta união são originalmente Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai, aos quais se juntaram a Venezuela e Bolívia, tendo ainda a participação de Estados associados⁶⁸. Como parte da política de inserção internacional do Mercosul, houve diversos tratados ou acordos do bloco com outros Estados que não são membros do grupo.

A entrada em vigor do Mercosul coincide com a institucionalização da OMC. Contando com a participação de todos os seus membros na organização mundial, a união aduaneira não estabelece regras para o tratamento de *medidas técnicas*. Antes de sua institucionalização como união aduaneira, a atuação do Mercosul em relação às medidas técnicas se dava com base na “norma técnica do Mercosul” a qual deveria ser referenciada pelos países membros para correspondência a uma norma nacional no momento de sua determinação⁶⁹.

O Mercosul trata do tema do *desenvolvimento* nos contextos sociais e de meio ambiente, não se referindo a condições de desenvolvimento de cada Estado membro. A ausência de uma afirmação sobre a questão da classificação do nível de desenvolvimento dos Estados pode ser entendida pelo fato de todos os membros estarem na mesma denominação e não haver a necessidade de se reafirmar isso, ou o não objetivo direto do Mercosul, como união aduaneira, para a mudança dessa condição para seus membros alcançarem o *status* de Estados desenvolvidos⁷⁰.

1.2.2 ASEAN

⁶⁸ Chile, Peru, Colômbia e Equador.

⁶⁹ Mercosul/GMC/Res.20/93. Disponível em:

<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/387/2/innova.front/busqueda-de-normativa>

⁷⁰ Tratado de Assunção: tratado para a constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai. Disponível em: www.mercosur.int.

A Associação das Nações do Sudeste Asiático⁷¹ (ASEAN) foi formada inicialmente por cinco Estados em 1967, e atualmente é composta por dez Estados sendo eles: Brunei, Camboja, Cingapura, Filipinas, Indonésia, Malásia, Mianmar, República de Lao, Tailândia e Vietnã. Os principais objetivos dessa associação são o desenvolvimento econômico e social, assim como a manutenção da paz e estabilidade da região. Desde 1992 a Associação vem fazendo diversos acordos visando à integração econômica intrabloco, e diminuindo as barreiras para o comércio entre seus membros. Em 1992 já houve o acordo relativo a área de livre comércio, passando por outros de preferência e sobre matérias específicas como o trânsito de bens, ou sobre tarifas, além de acordos com terceiros Estados.

A carta de instituição da Asean não trata de barreiras ao comércio nem de medidas técnicas ou outro tipo de medida que poderia afetar o comércio entre seus membros, uma vez que o objetivo do bloco é a cooperação econômica regional, e a criação de uma área de livre comércio. Apesar de não prever o tratamento para possíveis divergências em relação às legislações dos Estados membros sobre exigências técnicas, esse tema provavelmente seria tratado no Conselho para a área de livre comércio da Asean (AFTA)⁷².

A Asean possui algumas recomendações nas quais se menciona Estados em desenvolvimento, por exemplo, em relação a acordos de comércio preferenciais, e análises considerando o desenvolvimento. Mas não traz a classificação de Estados em desenvolvimento ou algum tipo de política exclusivamente voltada para o tema⁷³.

1.2.3 APEC

⁷¹ Association of Southeast Asian Nations (ASEAN). Disponível em: <http://www.aseansec.org>

⁷² AFTA Council – Asean Free Trade Area Council.

⁷³ Carta da Asean – The Asean Charter, disponível em:
<http://www.asean.org/archive/publications/ASEAN-Charter.pdf>

A Associação para cooperação econômica da Ásia-Pacífico⁷⁴ (APEC) trata dos Estados em desenvolvimento em suas reuniões e relatórios, mas não os nomeia ou trata com exclusividade, e nem mesmo adota medidas especiais para esse grupo dentro da organização⁷⁵. A presença dos Estados desenvolvidos no grupo pode ser vista como um empecilho para essa classificação no que representaria uma divisão entre os membros e até medidas diferentes em relação a essa diferença de condição, podendo ser uma opção adotada tanto pelos membros mais desenvolvidos quanto pelos demais.

A Apec é composta por 21 Estados membros, sendo:

- Estados desenvolvidos: Austrália, Canadá, Estados Unidos, Japão, Nova Zelândia;
- Estado em desenvolvimento em transição⁷⁶: Rússia;
- Estados em desenvolvimento: Brunei, Chile, China, Cingapura, Coreia, Filipinas, Hong Kong, Indonésia, Malásia, México, Papua Nova Guiné, Peru, Tailândia, Taipei⁷⁷, e Vietnã.

No Comitê de comércio e investimento, a Apec possui o Subcomitê em padrões e conformidade, o qual tem o objetivo de diminuir os efeitos das diferentes regras de padronização entre os Estados membros contribuindo para os objetivos de liberalização comercial. O subcomitê também incentiva os membros ao alinhamento com normas internacionais.

1.2.4 União Europeia

A União Europeia foi o único bloco regional que atuou nas Rodadas de negociações do Gatt. Ainda como Comunidade Europeia, o bloco atuou nas rodadas,

⁷⁴ Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC). Disponível em: www.apec.org/

⁷⁵ Análise de informações do Comitê de comércio e investimentos, disponível em: <http://www.apec.org/Groups/Committee-on-Trade-and-Investment.aspx>; e do Comitê diretor para cooperação técnica e econômica, disponível em: <http://www.apec.org/Groups/SOM-Steering-Committee-on-Economic-and-Technical-Cooperation.aspx>.

⁷⁶ Classificação da Wesp: World Economic Situation and Prospects, produzido pela Development policy and analysis division (DESA), da ONU.

⁷⁷ Taipei não consta na lista da Wesp como país em desenvolvimento, e foi classificado como tal, pela autora deste trabalho.

tendo a partir de 1993 se integrado à União Europeia. Até 2009 a atuação do bloco na OMC se deu como Comunidades Europeias, e a partir dessa data como União Europeia⁷⁸.

O bloco surgido em 1958 é formado por 28 Estados, sendo todos considerados como Estados desenvolvidos. Os últimos membros a entrarem para o bloco foram Bulgária e Romênia em 2007, e Croácia em 2013. Estão em processo de adesão a Albânia, Montenegro, Sérvia, Macedônia e Turquia. Os Estados membros são:

- Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Tcheca, Romênia e Suécia⁷⁹.

A União Europeia tem trabalhado na regulação técnica dentro do bloco, de longa data. Em 1985, entrou em vigor o documento “Nova abordagem à harmonização técnica” o qual tornava o processo de definição de normas ou regulamentos técnicos mais simples. A partir dessa definição, o processo se dava com o Conselho Europeu concentrando a definição dos requisitos essenciais de cada produto, enquanto a definição de especificidades técnicas seria feita por instituições privadas. Os requisitos essenciais deveriam estar associados à saúde, segurança, proteção do meio ambiente e do consumidor⁸⁰.

1.2.5 Nafta

⁷⁸ A Comunidade Europeia ou Comunidade Econômica Europeia foi criada em 1957. O termo Comunidades Europeias se refere a Comunidade Econômica Europeia (EEC), Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (ECSC), e Comunidade Europeia da Energia Atômica (Euratom). Em 1993 as três comunidades se integraram de forma subsidiada à União Europeia, quando o Mercado Comum tomou destaque. Em 2009 a União Europeia substituiu as Comunidades Europeias nos fóruns internacionais.

⁷⁹ Outras informações sobre os Estados membros da União Europeia disponíveis em:

http://europa.eu/about-eu/countries/index_en.htm. União Europeia – Disponível em: <https://europa.eu/>

⁸⁰ Informações disponíveis em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009D0882&from=PT>.

O Tratado de livre comércio da América do Norte (Nafta) é um bloco formado por Estados Unidos, México e Canadá (todos os quais participam dos casos de disputas na OMC em estudo neste trabalho), demonstrando a cooperação entre dois Estados desenvolvidos e um em desenvolvimento. Em relação às barreiras técnicas, o Nafta possui entre seus documentos o Código do TBT, o qual reflete em certa medida os direitos e deveres do Acordo TBT da OMC. O código permite o estabelecimento de medidas que objetivam proteger a vida humana, animal e vegetal, assim como os consumidores e meio ambiente. No bloco, cada Estado tem a autonomia para determinar o seu nível de proteção sem a obrigatoriedade de harmonização das medidas entre as partes. As medidas podem ser mais restritivas do que o previsto em regulamentos internacionais podendo haver a comprovação de riscos por evidência científica ou informação técnica para o seu estabelecimento⁸¹.

O código em seu artigo 904, sobre direitos básicos e obrigações, indica o tratamento não discriminatório, o qual inclui o tratamento não menos favorável. Em relação aos obstáculos desnecessários o código faz uma interpretação sobre o uso de medidas para o alcance de objetivos legítimos, o que então não caracterizaria um obstáculo desnecessário ao comércio, mas sem apresentar outras informações para a determinação das medidas.

O artigo 908, sobre verificação de conformidade, trata da questão da necessidade não relacionada às medidas, mas a outros procedimentos como informações, confiabilidade do serviço, correção de procedimentos e determinação de custos. Apesar do seu embasamento no acordo TBT da OMC, o código do Nafta não faz menção a “menos restritivo ao comércio”.

Interessante notar que no texto do anexo 908.2 do Nafta, há a previsão específica para o México, único Estado em desenvolvimento do grupo, de maior prazo para as regras de verificação da conformidade.

⁸¹ NAFTA, Cap 9. Standards related measures, art. 907 – Assessment of risk.

1.2.6 Blocos Regionais

Ao compararmos os primeiros blocos, formados majoritariamente por Estados em desenvolvimento, com outros formados por Estados desenvolvidos, como a União Europeia (UE) e o Tratado de livre comércio da América do Norte (Nafta), observamos que nesses blocos há uma grande diferença tanto no trato à questão do desenvolvimento quanto às medidas técnicas.

Na União Europeia⁸² o próprio tratado sobre o seu funcionamento⁸³, no Título III, estabelece os fundamentos para a cooperação para o desenvolvimento, e há claramente a diferenciação sobre a classificação do nível de desenvolvimento dos Estados, e atividades determinadas em relação a esses. A União no decorrer de sua existência ampliou a atuação para o tema, que inicialmente abrangia os Estados e territórios ultramarinos associados, e posteriormente englobou Estados em desenvolvimento em outras regiões. Já no Nafta⁸⁴, apesar de em seu preâmbulo citar a cooperação para o desenvolvimento e comércio global, não há nenhuma menção a desenvolvimento dos Estados. No Mercosul não há ainda uma preocupação em relação ao controle das medidas técnicas adotadas, realizando apenas o monitoramento das medidas de cada Estado parte.

As medidas técnicas parecem corresponder a um tema de maior relevância somente na Apec, União Europeia, e Nafta. Nesses blocos pode ser observada a presença de Estados desenvolvidos, o que sugere que a preocupação com as medidas e barreiras técnicas é algo inerente ao grau de desenvolvimento dos atores. Os blocos formados por Estados em desenvolvimento podem não institucionalizar regras sobre esse tema devido a não necessidade, por não enfrentarem problemas no comércio intra-bloco decorrentes de medidas desse tipo.

⁸² Sínteses da legislação da União Europeia, disponível em: http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/development.html?root_default=SUM_1_CODED%3D11&locale=pt

⁸³ Tratado de funcionamento da União Europeia, disponível em: http://europa.eu/pol/pdf/qc3209190ptc_002.pdf

⁸⁴ Texto do acordo disponível em: <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement>

Outros blocos ou arranjos regionais com a participação dos principais atores dos casos em estudo neste trabalho são: Comunidade Andina, Parceria Trans-Pacífico (TPP), Acordo para cooperação econômica e comércio regional do Pacífico sul (Sparteca), e União aduaneira da África austral (SACU).

A importância de arranjos regionais para o comércio exterior dos Estados membros está no fortalecimento do grupo para negociações com outros blocos internacionais de comércio, e possibilidade de melhores resultados em novos acordos de comércio. Além disso, o amadurecimento dos Estados na participação do comércio regional os leva a desenvolver capacidades para sua inserção internacional.

1.3 O Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio

O Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT) começou a ser negociado durante a Rodada Tóquio⁸⁵, e teve seu texto concluído na Rodada Uruguai⁸⁶, incorporando-se aos acordos que criaram a OMC, como já mencionado. Pela fundamentabilidade nesta dissertação, foca-se a seguir nas especificidades desse histórico.

1.3.1 Histórico do TBT

O estabelecimento do acordo Gatt que restringia em certa medida a aplicação de tarifas ao comércio internacional fez com que houvesse uma diminuição dos direitos

⁸⁵ Rodada Tóquio: de 1973 a 1979, teve como principais temas tarifas, barreiras não tarifárias e outros acordos, começando as negociações sobre barreiras não tarifárias, criação de códigos plurilaterais, e a criação da cláusula de habilitação.

⁸⁶ Rodada Uruguai: de 1986 a 1994 terminando na criação da OMC, e inclusão de novos temas. Essa rodada englobou mais temas que as anteriores, entre eles: tarifas, barreiras não tarifárias, serviços, propriedade intelectual, solução de controvérsias, agricultura, etc.

aduaneiros e da aplicação de restrições quantitativas. A partir daí, os Estados passaram a adotar outras medidas com potencial para restringir as importações com o intuito protecionista. Nos anos 60, já havia uma lista de notificações apresentadas pelas partes contratantes do Gatt sobre os obstáculos técnicos ao comércio, os quais tinham passado a ser os mais utilizados na arena internacional⁸⁷. Isso fez com que os Estados contratantes reconhecessem a necessidade de se discutir as medidas não tarifárias.

Na Rodada Tóquio se iniciaram as negociações sobre os temas de medidas não tarifárias, códigos plurilaterais, e sobre a criação da cláusula de habilitação. O grupo especial de negociação (grupo de trabalho 3) foi estabelecido em 1974 para tratar dos assuntos relacionados a padrões e normas de produtos. Esse grupo deu continuidade ao trabalho do Comitê em comércio de produtos industriais do Gatt, contribuindo para a elaboração do acordo sobre barreiras técnicas ao comércio. Nessa fase das negociações, o principal objetivo era de que as normas não criassem obstáculos desnecessários ou injustificáveis ao comércio. Em 1978, foi acrescentado o tema de não discriminação e a obrigação do tratamento nacional, assim como o da nação mais favorecida⁸⁸. Essas discussões, principalmente levaram a elaboração do artigo 2.1 do TBT (e que é bastante fiel ao texto do Código de Boa Conduta).

Alguns temas embasariam a elaboração do acordo como a rotulagem (incluindo o selo ambiental)⁸⁹, padrões, processos e métodos de produção⁹⁰. A nota do secretariado elaborada em conjunto com os dois comitês da OMC, o de meio ambiente e o de barreiras técnicas, apresenta o histórico de discussões desses temas durante as Rodadas Tóquio e Uruguai⁹¹.

Na Rodada Tóquio e no acordo TBT, os *requisitos de rotulagem* foram definidos exigindo a notificação nos casos previstos nos artigos 2.9, 4 e anexo 3 (Código de Boa Conduta para a elaboração, adoção e aplicação de normas) do acordo, conforme o tipo

⁸⁷ OMC, 2012, p. 95.

⁸⁸ MTN/NTM/W/192 apud NATENS and GERAETS, 2015, p. 64.

⁸⁹ Ecolabelling – selos disponibilizados por uma instituição verificadora ou normalizadora, para as empresas que adotam práticas que visam à diminuição de custos e impactos ao meio ambiente; baseados no ciclo de vida dos produtos.

⁹⁰ Da sigla em inglês: PPMS – process and production methods; desenvolvido no item 1.2.4.

⁹¹ Nota do secretariado, WT/CTE/W/10 e G/TBT/W/11. Referência completa, ver em: Referências.

de informação presente nos rótulos, e a padronização voluntária dos rótulos. As discussões em relação a rótulos começaram com o Comitê para o comércio de produtos industrializados em 1969. O comitê buscava analisar a aplicação de padrões, embalagens, e requisitos de rótulos de marcas, que pudessem ser utilizados como barreiras ao comércio⁹², o qual foi afirmado em seu relatório de 1971. Na época havia diferentes abordagens sobre a rotulagem a depender do Estado, o que refletia em variadas exigências, e aspectos a serem cumpridos pelos produtores que desejassem comercializar no mercado externo. Isso aumentava os custos para adequação dos produtos e conseqüentemente criava certa barreira para sua comercialização. Durante as discussões sobre a questão da rotulagem, os Estados em desenvolvimento se pronunciaram afirmando que os requisitos em relação aos rótulos eram bastante onerosos para suas empresas, e que apoiavam medidas que simplificassem e harmonizassem esses requisitos.

Em 1975, o grupo de Medidas não tarifárias criou o Subgrupo de barreiras técnicas ao comércio (Subgrupo TBT) para continuar o trabalho acerca da questão dos rótulos, enquanto os grupos “agricultura” e “produtos tropicais” analisariam as regras referentes a regulações sobre saúde e questões sanitárias para os produtos agrícolas e tropicais. O subgrupo definiu no mesmo ano que o Rascunho do Código de Boa Conduta⁹³, o qual seria a base para os próximos trabalhos, deveria incluir em “padrões” a questão da rotulagem.

O texto final do acordo TBT da Rodada Tóquio foi publicado em março de 1979, contendo no Anexo 1 – Termos e definições para os objetivos específicos do acordo, a seguinte definição de “especificação técnica”:

“... uma especificação descrita em um documento... . Essa deve incluir ou tratar exclusivamente de terminologia, símbolos, métodos de teste e testes, embalagem, requisitos de marca ou rotulagem aplicáveis a produtos”⁹⁴.

⁹² G/TBT/W/11, pág. 03.

⁹³ Do inglês: Draft standards code.

⁹⁴ MTN/NTM/W/192/Rev. 5. Tradução livre de: “a specification contained in a document which lays down characteristics of a product such as levels of quality, performance, safety or dimensions. It may include or deal exclusively with terminology, symbols, testing and test methods, packaging, marking or labeling requirements as they apply to a product”.

O Código de Boa Conduta elaborado na Rodada Tóquio e concluído em 1979 foi ratificado por somente 13 Estados, e posteriormente por mais 30 Estados contratantes do Gatt⁹⁵. Na data de entrada em vigor, em janeiro de 1980, o código já havia sido aceito por 46 Partes contratantes do Gatt, sendo considerado um sucesso o número de aderentes⁹⁶. O Código era aplicável a todos os produtos industriais e agrícolas, reafirmava o princípio do tratamento nacional presente no Gatt e a orientação de que os regulamentos e padronizações técnicas não deveriam ser utilizados para criar obstáculos ao comércio internacional. Os Estados contratantes deveriam ainda trabalhar para a harmonização dos padrões em nível internacional, os quais seriam conseqüentemente adotados por aqueles Estados. O Código também incentivava os Estados participantes do Gatt a adotar o reconhecimento mútuo para testes, certificações e declarações de conformidade dos outros Estados.

A exceção à aplicação dos padrões internacionais seriam os casos em que fosse preciso se proteger a saúde humana, animal ou vegetal, problemas tecnológicos, fatores geográficos ou climáticos, e segurança nacional. Na determinação do que seria possível ou não de ser aplicado observando o critério de não se criar obstáculos ao comércio já se discutia a questão da *necessidade* das medidas. Trebilcock ressalta que para o código não havia um detalhamento suficiente para a definição da necessidade de aplicar uma medida ou não, ficando o Estado que se sentisse lesado a provar se a medida seria protecionista ou além do necessário para o caso em discussão⁹⁷.

O termo *padrão* ou *padronização* foi bastante discutido para se chegar ao entendimento atual sobre sua aplicação no acordo de barreiras técnicas. Desde 1969 as delegações dos Estados participantes da Rodada Tóquio demandavam a definição de padrões voluntários e de regulações obrigatórias, sendo o primeiro geralmente estabelecido por organizações privadas e o segundo por governos.

⁹⁵ MARCEAU, G. And TRACHTMAN, J. A map of the WTO law of domestic regulation of goods: the technical barriers to trade agreement, the sanitary phytosanitary and the general agreement on tariffs and trade; apud CARLONE, 2014, p. 5.

⁹⁶ IBDD S26/9 (1980), apud OMC, 2012, p. 82.

⁹⁷ TREBILCOCK, 2001, p. 68.

O Secretariado, a partir de uma demanda do subgrupo do TBT, apresentou em março de 1975, uma “Proposta de código do Gatt para a prevenção de barreiras técnicas ao comércio”. A proposta foi redigida após discussões sobre as definições de especificações técnicas, e sobre órgão normalizador, baseando inclusive em definições já estabelecidas na Comissão econômica para a Europa da ONU⁹⁸. No texto dessa proposta de código, continha em seu Anexo 1 a definição de “padrões”, e os diferenciava entre os obrigatórios e os voluntários. Em relação às instituições normalizadoras, o mesmo documento definia órgãos de normalização voluntária, órgãos de normalização regional, e órgãos de normalização internacional. Sobre essas definições, a Finlândia apresentou outras propostas e os países nórdicos outras sugestões baseadas na definição ECE/ISO⁹⁹.

Continuando as discussões da Rodada Tóquio sobre o tema, em 1976, o subgrupo do TBT apresentou nova proposta com duas definições para “padrões” (standard), e uma para “órgão normalizador”, as quais tiveram contribuição da Comunidade Europeia e dos Estados Unidos. O Canadá também indicou sugestões as quais não foram incorporadas no documento final. Essas definições continuariam a ser discutidas pelos membros. No final da rodada, em 1979, no Acordo TBT da Rodada Tóquio, o anexo 1 continha as seguintes definições para padrões, órgão normalizador e padronização:

- Padrões: “especificação técnica aprovada por um órgão reconhecido para aplicação repetida ou continuada a qual seu cumprimento não é obrigatório”. Ainda se adicionou a seguinte nota explicativa: A definição ECE/ISO correspondente contém vários elementos normativos os quais não estão incluídos na definição acima. Assim mesmo, especificações técnicas que não sejam baseadas no consenso são cobertas pelo Código. Esta definição não cobre especificações técnicas preparadas por empresas individuais para sua própria produção ou requisitos de consumo. A palavra “órgão” cobre também o sistema nacional de padronização.

⁹⁸ WT/CTE/W/10 e G/TBT/W/11, 1 – Definitions of “standard” and “standardizing body”.

⁹⁹ ECE/ISO – European Colorfastness Establishment and International Organization for Standardization.

- Órgão normalizador: “órgão governamental ou não governamental, com uma de suas atividades reconhecidas no campo da padronização”. Na década de 80 e início da década de 90, as negociações continuaram com sugestões de definições por parte dos países nórdicos, Japão e dos representantes da ISO. Em julho de 1990, já durante a Rodada Uruguai, o presidente do Grupo de negociações apresentou a proposta de definição de “padrões” da última proposta dos países nórdicos, acrescida de uma nota explanatória sobre a utilização dos termos definidos no 2º Guia da ISO/IEC¹⁰⁰. A Rodada terminou com a seguinte definição contida no Acordo TBT:

- Padronização: “Documento aprovado por um órgão reconhecido, que provê para o uso comum e repetitivo, regras, orientações ou características para produtos ou processos e métodos de produção a eles relacionados, para os quais o cumprimento é obrigatório. Isto deve incluir ou tratar exclusivamente de terminologia, símbolos, embalagem, requisitos de marcas ou rótulos que se aplicam a produtos, processos ou métodos de produção”.

Sobre a nota explicativa que acompanha a definição, completando o entendimento sobre o termo definido, e abrindo o campo de atuação e cobertura do acordo TBT a respeito do tema, vale destacar o seguinte trecho:

“... para o objetivo desse Acordo, padrões são definidos como voluntários, e regulações técnicas são medidas obrigatórias. Padrões elaborados pela comunidade internacional de padronização são baseados em consenso. Este documento cobre também aqueles não baseados em consenso”.

A preparação, adoção e aplicação de padrões por diferentes tipos de *instituições padronizadoras ou normalizadoras* foram objeto de discussões na Rodada Tóquio as quais continuaram na Rodada Uruguai. O primeiro ponto de discussão para essas ações na Rodada Tóquio foi em relação às diferentes obrigações decorrentes da

¹⁰⁰ ISO/IEC Directives – definem os procedimentos para o desenvolvimento de padrões e normas internacionais, e publicações. IEC – International electro technical commission; publica padrões internacionais baseados em consenso, e gerencia sistemas de conformidade para produtos elétricos e eletrônicos, sistemas e serviços conhecidos como eletrotecnologia. Mais informações em: <http://www.iec.ch/> e <http://www.standardsinfo.net/info/inttrade.html>

padronização nos casos de obrigatoriedade ou caráter voluntário da padronização, os quais estavam relacionados a padronizações obrigatórias de governos centrais, padronizações obrigatórias de governos locais, e padronizações voluntárias¹⁰¹. Na construção do Código de Boa Conduta já havia a preocupação para se prevenir que as padronizações voluntárias pudessem se tornar obstáculos ao comércio internacional.

Na Rodada Uruguai se discutiu no Comitê TBT questões que haviam sido determinadas no Comitê TBT da Rodada Tóquio relacionadas à rotulagem, o que ganhou destaque em 1991, com o caso da mudança das regras de rotulagem e etiquetagem de têxteis no México. Além do México, a discussão contou com manifestações da Finlândia com posições contrárias aos argumentos mexicanos (de que as notificações sobre requisitos de rotulagem deveriam ser feitas somente em casos com especificações de produtos), e apoiados pelos Estados Unidos e Comunidade Europeia. A decisão do comitê foi mais voltada para a proposta dos Estados reclamantes, determinando a notificação de requisitos de rotulagem não baseadas em padrões internacionais¹⁰².

Na Rodada Uruguai, alguns Estados, como Índia, Estados Unidos, Japão, países nórdicos (além de Noruega e Finlândia com propostas individuais) e Comunidade Europeia propuseram o aumento da transparência nos acordos de padronização, na informação sobre os requisitos, nos sistemas de provimento de certificações e seus processos. Outras propostas foram realizadas em relação às instituições e órgãos de governo e suas responsabilidades na normatização, testes e inspeção. A questão da verificação de conformidade assim como as regras do acordo TBT da Rodada Tóquio para os diversos tipos de órgãos responsáveis por essa verificação, foi tema de sugestões dos países nórdicos, Estados Unidos, Canadá, e Comunidade Europeia¹⁰³.

O presidente do Grupo de Negociação apresentou em julho de 1990 uma proposta para o texto do artigo 4 do acordo TBT¹⁰⁴, intitulado “preparação, adoção e aplicação de padronizações”. Dentre seus quatro artigos, o artigo 4.2 foi adotado no

¹⁰¹ COM.IND/W/108 citado em TBT/W/11.

¹⁰² TBT/16/Rev. 5.

¹⁰³ WT/CTE/10, G/TBT/W/11. WTO, 1995.

¹⁰⁴ Draft of the agreement, MTN.GNG/NG8/W/83/Add.3, citado em G/TBT/W/11.

texto final e atual do TBT, com pequenas modificações e acréscimo de uma frase final sobre obrigações. As mudanças no texto se referem ao termo “partes” o qual foi modificado para “membros”, e a referência ao anexo 4, que atualmente é o anexo 3 do acordo.

Diferentes tipos de organizações que lidam com a *verificação de conformidade* foram tema das negociações das Rodadas Tóquio e Uruguai no que tange às suas atividades e cobertura de atuação. Na Rodada Tóquio, o Rascunho do Código de Boa Conduta¹⁰⁵ tratava de “conformidade com padronização” e “sistemas de verificação de qualidade”. Esse documento continha seções direcionadas à conformidade com os padrões voluntários, sistemas de verificação de qualidade por órgãos de governo centrais para verificação de conformidade de padrões voluntários (incluindo aspectos sobre obrigações), sistemas de verificação de qualidade operados por organizações não governamentais, e sistemas regionais e internacionais de verificação de qualidade e conformidade com padrões voluntários. Durante a Rodada Tóquio, o termo “verificação de qualidade” foi trocado por “certificação”, e foram definidos dois níveis de obrigação para as Partes.

Na Rodada Uruguai, o Código de Boa Conduta (Acordo plurilateral de barreiras técnicas ao comércio) elaborado na Rodada anterior foi dividido em dois acordos: o Acordo sobre medidas sanitárias e fitossanitárias, visando a proteção e saúde da vida humana, animal e das plantas; e o Acordo de barreiras técnicas, cobrindo as demais medidas e padronizações técnicas. Nessa Rodada as discussões no acordo TBT seguiram sobre os tipos de atividades cobertas pela verificação de conformidade, teste e certificação. Passou-se a considerar a aprovação de produtos e inspeção, em que os principais proponentes foram os Estados Unidos, Canadá e países nórdicos. Os diferentes tipos de organizações envolvidas na verificação de conformidade também foram foco das discussões dessa rodada.

As propostas encaminhadas tiveram como tema o serviço de inspeção, sistemas de acreditação, laboratórios e instituições, levando a apresentação de três propostas diferentes pela presidência do grupo de negociação. O principal ponto apresentado foi

¹⁰⁵ Documentos COM.IND/W/108 e MTN/NTM/W/5, citados em TBT/W/11.

de que o primeiro nível de obrigações estaria relacionado a sistemas de verificação de conformidade de organismos internacionais ou regionais realizados por órgãos governamentais centrais, e o segundo nível seria de responsabilidade dos Membros, atentando-se aos sistemas internacionais e regionais para a verificação da conformidade por instituições em seus territórios que fossem membros ou participantes.

Os *processos e métodos de produção* (PPMs, no acrônimo em inglês) também foram discutidos na Rodada Tóquio, definindo “regulação técnica” e “padronização”. O termo “especificações técnicas” foi o primeiro termo discutido na década de 70, além de ser relacionado não só a produto, mas também a processo de fabricação. Algo que esteve presente nas propostas sobre o tema foi a relação dos termos com as características dos produtos e com os processos e métodos de produção, sendo que o segundo ponto não parecia estar claro nos textos e por isso as reiteradas discussões.

Em 1981, o Comitê chegou a uma conclusão e, no texto apresentado, foi considerado que fatos relacionados aos processos e métodos de produção que configurassem *obstáculos desnecessários ao comércio*, deveriam ser comunicados¹⁰⁶. A partir desse momento, houve a relação aos obstáculos desnecessários ao comércio, e as exigências quanto aos processos de produção, algo que seria incluído posteriormente no texto final do acordo. Na Rodada Uruguai, os participantes afirmaram a necessidade de deixar mais clara a definição de “processos e métodos de produção”, sugerindo sua definição, além da definição de padronização de processos e métodos de produção. A proposta apresentada pelo Canadá também retoma a questão de “obstáculos desnecessários ao comércio”. As consultas finais ocorreram em 1993.

Em 14 de julho de 1995¹⁰⁷, o Comitê TBT adotou a decisão de 1992 feita por ocasião das discussões sobre têxteis levantadas pelo México, na qual as “Partes são obrigadas a notificar todos os requerimentos de rotulagem obrigatórios que não sejam

¹⁰⁶ TBT/16/Rev.8 citado em TBT/W/11.

¹⁰⁷ G/TBT/1/Rev.1 and G/TBT/M/2.

baseados substancialmente em um padrão internacional e que afetem significativamente o comércio de outras Partes¹⁰⁸”.

Ao decorrer das duas Rodadas e das negociações que aconteceram, nota-se que as propostas apresentadas pelos diferentes temas discutidos no âmbito das barreiras técnicas foram originárias de Estados desenvolvidos, havendo baixa participação expressa com propostas concretas de Estados em desenvolvimento. O maior número de propostas foi proveniente dos Estados Unidos, Comunidade Europeia, Canadá, países nórdicos, Nova Zelândia e Japão¹⁰⁹, havendo como participação individual somente o registro de Índia e México como Estados em desenvolvimento.

A baixa participação dos Estados em desenvolvimento para propor melhorias e mudanças nas regras de barreiras técnicas estabelecidas desde a Rodada Tóquio pode ser inferida pelo contexto em que esses Estados estavam a partir da década de 70 ao início da década de 90 quanto à industrialização e abertura econômica. Nessa época, o tema de medidas técnicas ainda não era considerado prioritário por esses Estados. O domínio de propostas pelo pequeno grupo de Estados que se notou presente coincide com os atores de maior desenvolvimento na área de regulamentação técnica na época das discussões, justificando a sua participação ativa nas rodadas. Pode-se notar que além da negociação nas rodadas que antecederam a OMC, os Estados desenvolvidos já influenciavam as normas internacionais através de outras instituições como a Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE)¹¹⁰ e da ISO, de onde houve inclusive o embasamento de normas como no caso das diretivas ISO/IEC de criação da Comunidade Europeia.

¹⁰⁸ Texto da decisão TBT/16/Rev.5. Tradução livre de: “In conformity with Article 2.5 of the Agreement, Parties are obliged to notify all mandatory labeling requirements that are not based substantially on a relevant international standard and that are not based substantially on a relevant international standard and that may have a significant effect on the trade of other Parties.

¹⁰⁹ WT/CTE/W/10 e G/TBT/W/11.

¹¹⁰ A OCDE (Organization for Economic Cooperation and Development) é formada por 34 Estados membros, que são economias avançadas ou emergentes da América do Norte e do Sul, Europa, e Ásia-Pacífico. A organização provê um foro para que os governos discutam assuntos relacionados a economia, mudança climática e bem estar das suas populações, trocando experiências e encontrando soluções. A OCDE acompanha e mensura a produtividade e fluxos de comércio e investimentos, e contribui para normatização em diversas áreas. Estados não membros também participam, como China, Índia e Brasil. Disponível em: <http://www.oecd.org/>

1.3.2 O TBT e o Tratamento Diferenciado

O tratamento diferenciado aos Estados em desenvolvimento foi considerado pela comunidade internacional desde as negociações do Gatt. O acordo de 1947 incluiu o princípio da nação mais favorecida, mas também possibilitou a aplicação de tarifas preferenciais a determinados Estados¹¹¹. As restrições quantitativas para exportação ou importação apesar de serem a regra geral, também admitia suas exceções relacionadas a balança de pagamentos e vagas de empregos nos Estados em desenvolvimento.

O Gatt 1994 teve a inclusão do Art. 2 – Cronograma de concessões¹¹², a descrição das condições que Estados teriam para o acesso a mercados. O anexo referente a esse artigo foi dividido em quatro partes:

- Parte 1 – tarifas aplicáveis sob a cláusula da nação mais favorecida;
- Parte 2 – tarifas preferenciais para Estados em desenvolvimento;
- Parte 3 – concessões não tarifárias;
- Parte 4 – limitação de subsídios na área agrícola.

Esse artigo determina a existência de tarifas consolidadas, podendo os Estados aplicarem tarifas abaixo desse limite. A possibilidade de mudanças nos cronogramas é assegurada pelo artigo XXVIII¹¹³ do Gatt.

A OMC prevê um tratamento diferenciado para os Estados membros com especificidades afirmadas em diversos de seus acordos, e admite quatro níveis de desenvolvimento para os Estados segundo a definição das Nações Unidas:

- Estados menos desenvolvidos¹¹⁴;
- Estados em desenvolvimento (com renda *per capita* de até US\$ 1.000 ao ano);

¹¹¹ Os Estados com tarifas diferenciadas seriam os referentes ao grupo de aliados antes da II Guerra Mundial, do Império Otomano, e ex-colônias da Espanha, França e Reino Unido. TREBILCOCK e HOWSE, 2001, Cap. 14 – Trade and developing countries, p.368-369.

¹¹² Gatt, Art. 2 – Schedules of concessions.

¹¹³ Gatt, Art. 28 – Modification of schedules.

¹¹⁴ Em inglês: LDC – least developed countries.

- Estados em desenvolvimento – outros Estados em desenvolvimento com maior renda *per capita*;

- Estados desenvolvidos.

Em 1964, a primeira conferência da Comissão das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (Unctad)¹¹⁵, ocorreu em Genebra, e em 1968, o Gatt, em resposta às recomendações feitas pela Unctad adicionou a parte IV, a qual versa sobre o *status* para tratamento especial e diferenciado aos Estados menos desenvolvidos. A parte IV do Gatt garantia a esse grupo de países a não obrigatoriedade para a reciprocidade em relação a concessões feitas no comércio internacional, ao mesmo tempo em que os Estados desenvolvidos deveriam garantir melhores condições para a comercialização dos produtos originários daqueles Estados.

Ainda por influência da Unctad¹¹⁶, houve a criação do Sistema geral de preferências (SGP), o qual permite a aplicação de reduções tarifárias de modo unilateral e não linear em favor dos Estados em desenvolvimento. Alguns sistemas estão vigentes atualmente, sendo os maiores, que constam de listas mais extensas de produtos, os dos Estados Unidos e da União Europeia. Os sistemas são revistos com periodicidade determinada para a avaliação dos impactos do sistema geral de preferências para o Estado importador e para os exportadores, e fazem parte de uma agenda para a cooperação comercial.

A inclusão do tratamento diferenciado¹¹⁷ aos Estados menos desenvolvidos na OMC favoreceu o pensamento recorrente na época em relação às teorias de substituição de exportações, sob a qual diversos governos de Estados em desenvolvimento adotaram políticas para o desenvolvimento industrial, e

¹¹⁵ Na década de 60, os países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos¹¹⁵ se uniram para a formação de uma nova instituição dentro do sistema das Nações Unidas, a Unctad (em inglês - United Nations Conference on Trade and Development), a qual promoveria a arena para as discussões e requisições dos Estados em desenvolvimento. TREBILCOCK e HOWSE, 2001, p. 22. Unctad, disponível em: <http://unctad.org/en/Pages/Home.aspx>.

¹¹⁶ PRAZERES, 2003, p. 29.

¹¹⁷ O Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias¹¹⁷ é um exemplo de acordo da OMC que prevê o tratamento diferenciado, contendo em seu anexo VII uma lista de Estados com renda per capita anual de até US\$ 1.000,00. A partir das regras especiais e diferenciadas há uma possibilidade dos Estados em desenvolvimento de aplicarem subsídios em certos níveis que garantam o seu desenvolvimento. Acordo sobre subsídios e medidas compensatórias, disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf.

consequentemente promoverem o desenvolvimento econômico e diminuição da dependência externa. A Rodada Uruguaí foi marcada pela inclusão do tema “desenvolvimento” no sistema multilateral de comércio, numa época em que surgiam os acordos com a inclusão do “tratamento especial e diferenciado” e a assistência técnica aos Estados¹¹⁸.

A classificação do grau de desenvolvimento de um Estado é de sua própria responsabilidade, com exceção dos Estados desenvolvidos que já são reconhecidos como tal pela Organização das Nações Unidas, e não há expectativa de que mudem de classificação. A partir disso, a OMC acata a autodeclaração dos Estados membros quanto ao seu nível de desenvolvimento.

No que toca o TBT, especificamente, reconhecem-se as particularidades, dificuldades e obstáculos que enfrentam os Estados em desenvolvimento, e dedica-se parte de seu texto às cláusulas referentes a esses Estados. O artigo 11 trata da assistência técnica aos Estados membros, prevendo ações de assessoria e de assistência técnica em si para a elaboração de normas, criação de instituições e outras atividades. A assistência aos Estados em desenvolvimento pode ser provida por outros Estados, por organizações regionais, organizações internacionais e pelo secretariado da OMC.

O artigo 12 do texto do acordo trata dos Estados em desenvolvimento e o tratamento especial e diferenciado. Na época da entrada em vigor do Gatt 1994 e do acordo TBT, reconheceu-se a importância de prover condições diferenciadas aos Estados em desenvolvimento para que eles pudessem se adequar às novas diretrizes dos acordos que estavam entrando em vigor, incluindo o TBT, respeitadas suas condições econômicas. Apesar desse artigo se referenciar ao tratamento diferenciado aos Estados em desenvolvimento, ele não exclui o cumprimento das obrigações previstas no acordo, como a harmonização, padronização e reconhecimento mútuo.

No artigo 12.3 do TBT, há a afirmação de que as regulações técnicas, padrões e procedimentos de verificação de conformidade não devem criar obstáculos

¹¹⁸ OMC, 2012, p. 278.

desnecessários às exportações dos Estados em desenvolvimento, além de levar em conta as finanças e o comércio dos membros em desenvolvimento. O artigo seguinte é o que garante maior abertura para a atuação dos Estados em desenvolvimento, afirmando que não é esperado que esses Estados utilizem os padrões internacionais nos casos em que não sejam compatíveis com suas necessidades financeiras, de comércio e de desenvolvimento. Além disso, o acordo permite a utilização de regulações e normas técnicas ou procedimentos de conformidade que preserve sua tecnologia e métodos de produção compatíveis com sua necessidade de desenvolvimento.

Além das já mencionadas possibilidades, o acordo ainda prevê a solicitação de um *waiver*, que é um pedido de suspensão temporária das obrigações, e é direcionado ao Comitê sobre Barreiras Técnicas para análise e deferimento ou não do pedido. O acordo TBT reconhece diversos problemas que precisam ser enfrentados por Estados em desenvolvimento, e dificuldades que podem atrapalhar a adoção de medidas indicadas no acordo, mas indica a revisão do texto periodicamente para adequação do tratamento diferenciado. A parte final do artigo do acordo TBT dedicado a esse tema, indica que a OMC esperava prover um ambiente favorável ao desenvolvimento de seus Membros, para que num futuro não houvesse mais a necessidade de se diferenciar o tratamento dado aos signatários.

No ano 2000, os Estados em desenvolvimento membros da OMC se mobilizaram a partir do reconhecimento da importância da sua participação nos organismos internacionais de normalização. Esses Estados demandaram ao diretor geral da organização a articulação junto às organizações intergovernamentais para a viabilidade de mecanismos de financiamento e apoio técnico para a participação dos Estados em desenvolvimento para a normalização. Além desse apoio, nessa ocasião foi solicitado que a OMC coordenasse a assistência técnica provida por organizações internacionais em relação aos obstáculos técnicos ao comércio, ressaltando a importância da assistência técnica bilateral e regional¹¹⁹.

¹¹⁹ WT/GC/M/59 apud OMC, 2012, p. 291.

Em 2001, durante a Conferência Ministerial de Doha, houve uma segunda demanda ao diretor geral, ressaltando a importância da cooperação entre organizações internacionais e instituições para a participação dos membros menos desenvolvidos¹²⁰. O diretor geral atendeu aos pedidos dos Estados em desenvolvimento fazendo uma articulação com outras instituições o qual foi registrado no documento: Medidas visando a participação dos países em desenvolvimento nos trabalhos das organizações internacionais competentes de normalização¹²¹. A partir daí, as organizações que têm o *status* de observadoras junto à OMC se reportam informando as medidas de assistência aos membros.

O Comitê TBT aprovou em 2004 um programa de trabalho para a assistência técnica, e em 2005 foi adotada o modelo de notificação voluntária de pedido de assistência técnica e de respostas¹²² facilitando as atividades de assistência.

1.3.3 Principais Dispositivos do TBT

O acordo TBT, como visto, é aplicável a normas e regulamentos ou padrões voluntários ou obrigatórios, para todos os tipos de produtos, de origem agrícola ou industrial. Além dos produtos, o acordo também se aplica a processos e métodos de produção. O preâmbulo do acordo TBT afirma que cada Membro tratará do nível de proteção na medida em que considerar apropriado.

Dois temas relacionados ao comércio de bens que não são cobertos pelo Acordo TBT são: as medidas sanitárias e fitossanitárias, as quais estão sob o Acordo SPS; e as diretivas sobre compras públicas, as quais são regidas pelo Acordo plurilateral sobre compras governamentais (vigente somente para os signatários desse acordo).

O acordo em seu primeiro artigo determina a sua abrangência afirmando se referir a produtos industrializados e agrícolas, em relação a padronizações,

¹²⁰ Decisão WT/MIN(01)/17 apud OMC, 2012, p.291.

¹²¹ WT/GC/48, G/TBT/W/172 apud OMC, 2012, p. 291.

¹²² G/TBT/13, G/TBT/16 apud OMC, 2012, p. 294.

procedimentos de conformidade e regras, excluindo as questões sanitárias e fitossanitárias. Essas questões sanitárias e fitossanitárias são tratadas no acordo específico de medidas sobre o tema, o acordo SPS. O acordo TBT não determina como deve ser realizada a regulação sobre riscos ou a obrigação de embasamento científico para a regulação. Por outro lado, o teste da necessidade, a proporcionalidade de ações, e padrões adotados devem ter um embasamento científico. Essa falta de referência à forma de regulação, para Trachtman e Marceau¹²³ indicaria uma menor rigorosidade do acordo TBT do que do acordo SPS.

Em seguida às disposições gerais (art. 1), o acordo tem sua primeira parte, a qual versa sobre regulações técnicas e padrões, composta pelos artigos 2, 3, e 4. O segundo artigo, o qual tem como tema a “preparação, adoção e aplicação das regulações técnicas pelos órgãos dos governos centrais” é o mais importante para o desenvolvimento deste trabalho. Será estudado de forma mais aprofundada no capítulo seguinte, especialmente os artigos 2.1 e 2.2, com maior foco dado ao segundo devido ao número de condições presentes em seu texto para guiar suas diretrizes.

O artigo 2.1 discorre sobre o tratamento não menos favorável, e o artigo 2.2 indica que as normas não devem ser mais restritivas do que o necessário podendo requisitar a evidência científica para demonstrar a necessidade da aplicação de certa medida. A pertinência ou validade das regulações técnicas são tratadas no artigo 2.3.

O artigo 2.4 indica que as regulações técnicas a serem adotadas devem se basear em padrões internacionais, mas somente se esses padrões forem apropriados para o alcance dos objetivos. Em relação a isso, deve-se também observar as condições climáticas, geográficas ou tecnológicas do país. No próximo parágrafo, o relacionado ao artigo 2.5, o texto chama atenção para a possibilidade de se criar efeitos para o comércio de outro Membro, devendo então o Estado que propõe a aplicação da medida, se for requisitado, justificar a regulação técnica com base nos artigos 2.2, 2.3 e 2.4 do TBT. Segundo o parágrafo 2.5, a regulação técnica deve ser adotada para se alcançar um objetivo legítimo, e não deve criar obstáculos desnecessários ao comércio.

¹²³ TRACHTMAN e MARCEAU, 2002, p. 16.

Outros parágrafos do artigo 2 tratam da transparência e da legitimidade das medidas técnicas adotadas, além dos procedimentos a serem adotados para suas aplicações.

Nos artigos subsequentes, o tema tratado é a preparação, adoção e aplicação de regulações técnicas por órgãos locais do governo e organizações não governamentais (art. 3), e preparação, adoção e aplicação dos padrões (art. 4).

A segunda parte do acordo trata da conformidade com regulações técnicas e padrões, tratando dos procedimentos para a verificação da conformidade por órgãos centrais do governo (art. 5), do reconhecimento da verificação da conformidade por esses mesmos órgãos (art. 6), por órgãos locais do governo (art. 7), e por organizações não governamentais (art. 8).

O artigo 9 - sistemas internacionais e regionais faz uma ligação com o artigo 5 – procedimentos para avaliação de conformidade com os órgãos governamentais centrais, e o artigo 6 – reconhecimento da avaliação de conformidade por órgãos governamentais centrais. No artigo 9, a sua referência aos dois outros artigos citados reforça a legitimidade dos Estados em aplicarem a sua avaliação e estabelecimento de critérios técnicos, e traz a relação com os sistemas regionais e internacionais para a incorporação desses procedimentos e disseminação de padrões e avaliações a serem aplicadas e reconhecidas por diferentes Estados. A presença de um organismo regional ou internacional tratando do tema de especificações técnicas seria um facilitador para o comércio internacional e para a harmonização dos requisitos sobre os produtos. Principalmente essa parte do acordo retoma os objetivos afirmados no preâmbulo:

“... Reconhecendo a importante contribuição que as normas internacionais e os sistemas de avaliação de conformidade podem dar a este respeito por meio do aumento da eficiência da produção e por facilitar o curso do comércio internacional”;

(...)

“Desejando, entretanto, assegurar que os regulamentos técnicos e as normas,... e procedimentos para avaliação de conformidade... não criem obstáculos desnecessários ao comércio internacional.”

A terceira parte do acordo trata da questão da informação e assistência, tendo no décimo artigo as regras sobre informação sobre regulamentos técnicos, padrões e

procedimentos de verificação de conformidade. No artigo 11 é tratada a assistência técnica a outros Membros, o que tem como principal foco os Estados em desenvolvimento; e o artigo 12 é dedicado ao tratamento especial e diferenciado aos Estados em desenvolvimento.

A parte final do acordo registra as instituições e procedimentos para consultas e resolução de disputas, o que se inicia pelo Comitê de Barreiras Técnicas ao Comércio (art. 13). A execução de consultas e resolução de disputas ocorre no OSC da OMC, reforçando o estabelecido no Gatt.

A parte final do acordo tem em seus anexos a definição de termos utilizados, as regras sobre os grupos de especialistas técnicos¹²⁴, o Código de Boa Conduta para a preparação, adoção e aplicação de padrões; e outras providências substantivas definindo e esclarecendo alguns conceitos e procedimentos indicados no acordo.

1.3.4 Aplicação do Acordo TBT

A abrangência do TBT determina regras que são aplicadas, segundo a dominação de Bossche et al¹²⁵, a um escopo substantivo, ou seja, aqueles tipos de medidas sobre as quais o TBT é aplicável: o escopo pessoal (a quem se dirige) e o escopo temporal (validade ou período de aplicação). O escopo substantivo é descrito como o relativo às regulações técnicas, padrões e procedimentos de verificação de conformidade, termos que estão definidos no anexo 1 do TBT.

O acordo TBT, segundo Trebilcock¹²⁶ estabelece regulamentos ou regras técnicas que se diferenciariam de normas técnicas. O primeiro trata de diretrizes obrigatórias, enquanto o segundo trata de regras e critérios para o método e processo de produção de bens. As avaliações de conformidade são definidas ainda por

¹²⁴ O Acordo TBT se refere a “especialistas técnicos”, enquanto o ESC se refere a “peritos” sendo nos dois casos aquelas pessoas de elevado conhecimento a respeito de determinado assunto. Durante este trabalho será feita a referência a esses atores conforme o documento de referência durante a análise.

¹²⁵ BOSSHE et al, 2005, p.5.

¹²⁶ TREBILCOCK e HOWSE, 2001, Cap 6 – Health and safety standards, p.143.

Trebilcock como processos que determinam o cumprimento de requisitos técnicos ou padrões.

A definição de “regulação técnica” apresentada é referente a documento o qual define as características do produto ou seus processos, e métodos de produção incluindo as medidas administrativas cabíveis para as quais o cumprimento é *obrigatório*. Isso deve incluir ou tratar exclusivamente dos requisitos de terminologia, símbolos, embalagens, marcas ou rótulos para aplicação nos produtos, processos ou métodos de produção¹²⁷.

Os “padrões”, ou *standards* são documentos aprovados por um órgão reconhecido, que prevê para um uso comum e repetitivo, regras, orientações ou características para produtos ou processos relacionados, e métodos de produção com os quais a adequação *não é obrigatória*. Isso pode incluir ou tratar exclusivamente de terminologia, símbolos, embalagens, marcas ou requisitos de rotulagem para aplicação a produtos, processos ou métodos de produção¹²⁸.

O Anexo 1 do acordo TBT ainda em suas notas explicativas afirma que os padrões são voluntários, enquanto as regulações técnicas são documentos que geram obrigações. Além disso, o TBT cobre tanto os padrões que são definidos pela comunidade internacional de normatização por consenso, quanto os definidos por outros meios não baseados no consenso. Em uma denominação jurídica, os termos “padrões técnicos” ou “exigências técnicas” são classificados como gênero, onde os regulamentos e normas técnicas são as espécies. A diferença entre os regulamentos técnicos e as normas técnicas estaria na obrigatoriedade do seu cumprimento. Os regulamentos técnicos, na esfera interna dos Estados são encontrados na forma de leis (e suas denominações usuais conforme o Estado), e podem ser construídos internamente a partir da observância da instrução de normas técnicas internacionais estabelecidas por instituições normalizadoras. As normas técnicas analisadas de forma isolada não geram a obrigatoriedade de serem seguidas, e nem da internalização na forma de leis ou regulamentos técnicos.

¹²⁷ Acordo TBT, Anexo 1, 1.

¹²⁸ Acordo TBT, Anexo 1, 2.

Os procedimentos de verificação de conformidade são definidos pelo artigo 3 do TBT como qualquer procedimento usado direta ou indiretamente para determinar que os requisitos relevantes das regulações técnicas ou padrões estão sendo seguidos. Esses procedimentos, segundo as notas explicativas, incluem atividades relacionadas à amostragem, testes, inspeção, avaliação, verificação e conferência da conformidade, além do registro, acreditação e aprovação.

Outros termos definidos no anexo 1 são: órgão ou sistema internacional, órgão ou sistema regional, órgão do governo central, órgão do governo local, e órgão não governamental. Esses órgãos são os responsáveis pelas regulações internacionais, regionais ou nacionais, além de em alguns casos proverem serviços para a verificação técnica dos produtos e procedimentos, regulação ou fiscalização.

Ao acordo TBT se aplicam todos os princípios que estão presentes no Gatt, como a cláusula da nação mais favorecida, o princípio do tratamento nacional e a transparência (na publicidade sobre as regras e normas técnicas). Outro princípio presente em ambos os acordos, mas relacionado à possibilidade de manutenção de uma barreira técnica é sobre a definição de “objetivos legítimos”. Assim como os outros princípios que ganharam maior destaque no TBT, de “medidas menos restritivas ao comércio” e “vedação da proteção disfarçada”. As medidas ou meios menos restritivos ao comércio é um princípio baseado na prática europeia, na qual um regulamento técnico deve ser aplicado de modo a gerar o mínimo de obstáculos ao comércio internacional para atingir o seu objetivo¹²⁹.

As regras sobre os *processos e métodos de produção (PPMs)* são um avanço do acordo TBT em relação ao Código de padrões, pois possibilita também a normatização sobre fabricação de um produto e não somente do produto em si¹³⁰. Os processos e métodos de produção estão presentes no TBT tanto em relação às normas quanto aos regulamentos técnicos, estando sujeitos às mesmas regras de controle do protecionismo. Regras de processos e produção relacionadas ao produto são aquelas

¹²⁹ PRAZERES, 2003, Cap. 2 – Barreiras técnicas ao comércio internacional, p.88.

¹³⁰ STOLL e SCHORKOPF, 2006, p. 131.

cujo as exigências de aplicação se refletem no bem final, enquanto as relacionadas à produção não alteram o produto.

Stoll chama a atenção para o fato de que os membros devem cooperar para o desenvolvimento de normas internacionais que posteriormente serão internalizadas, modificando as regulações técnicas nacionais¹³¹. De toda forma, os membros ainda têm a opção de adaptar suas normas técnicas a partir dos padrões internacionais. O TBT incentiva o uso de padrões internacionais pelos Estados membros da OMC, a não ser nos casos em que as padronizações sejam ineficazes ou inapropriadas para o alcance dos objetivos legítimos.

Os padrões internacionais são vistos, de acordo com Trebilcock¹³², como aqueles que não geram obstáculos desnecessários ao comércio. Se um Estado pretende adotar um regulamento próprio o qual recairá sobre produtos importados, podendo ter efeitos no comércio internacional, esse deve ser divulgado de modo a possibilitar que os outros Estados membros possam se manifestar por escrito sobre a proposta. Entre a data da publicação de um novo regulamento e a sua entrada em vigor deve haver um período de tempo suficiente para que os Estados produtores se adequem para continuarem a comercializar dentro das novas regras.

A implantação de novas normas nos Estados, seguindo o previsto no acordo TBT, estaria relacionada a programas regulatórios globais, o que na administração global no entendimento de Kingsbury, Krisch, e Stewart¹³³, penetram no nível doméstico e no estabelecimento das normas internamente aos Estados. Isso pode ser visto na implantação de normas segundo a OMC, por exemplo, nos casos em que os Estados membros devem adaptar suas legislações nos temas previstos nos acordos e que tenham relação com os bens e serviços comercializados com outros membros. O artigo 2.4 do TBT prevê que os Estados deem preferência às normas internacionais ao implementar normas técnicas internamente.

¹³¹ STOLL e SCHORKOPF, 2006, p. 133.

¹³² TREBILCOCK, 2001, Cap. 6 – Health and safety standards, p.143.

¹³³ COHEN e SABEL, 2006, p. 5. Obs.: no artigo de Cohen e Sabel não há os dados de referência da obra de Kingsbury, Krisch e Stewart.

O acordo TBT prevê a possibilidade da aplicação de restrições técnicas a importações conforme “padrões internacionais”, os quais podem ser determinados por outras instituições internacionais, inclusive privadas, como a Organização Internacional para Normalização (ISO). O uso de normas de outras instituições só é aceito se o acordo original, como o TBT, afirmar essa possibilidade.

A evolução do Gatt se reflete também no acordo TBT no que se refere à possibilidade de se manter a autonomia regulatória dos Estados. A preocupação quanto à utilização de normas nacionais de modo a criar barreiras ao comércio internacional, se confirma no texto do acordo em relação ao mais restritivo do que o necessário, aos obstáculos ao comércio, e na referência aos padrões internacionais, como modo de minimizar os efeitos das regulações no comércio internacional. É ressaltado por Ribeiro e Silveira que o acordo visa a “promoção do livre comércio (ou rejeição ao protecionismo discriminatório)”, além da autonomia¹³⁴ já citada.

Por fim, o Comitê de Barreiras Técnicas ao Comércio desempenha importante papel na interação entre os Estados regulados e a própria OMC, conforme se desenvolve no próximo tópico.

1.3.5 Comitê para Barreiras Técnicas

O Comitê de Barreiras Técnicas ao Comércio (Comitê TBT), em inglês *TBT Committee*, foi estabelecido pelo acordo de barreiras técnicas¹³⁵, no seu artigo 13, no qual se afirma que seu objetivo além de garantir a implementação do acordo TBT é:

“... dar aos Membros a oportunidade de consultar-se sobre qualquer questão relativa ao funcionamento do presente Acordo ou à promoção de seus objetivos, bem como desempenhará as funções que lhe forem atribuídas em virtude deste Acordo ou pelos Membros.” (Art. 13.1)

¹³⁴ RIBEIRO e SILVEIRA, 2014, p. 3.

¹³⁵ A atuação do comitê começou durante a Rodada Tóquio.

O comitê é composto pelos membros da OMC, os quais se reúnem quando convocados, ao menos uma vez por ano sobre a operacionalização do acordo e como oportunidade de discussão sobre os temas de barreiras técnicas. A revisão do acordo é realizada anualmente, ocorrendo na reunião anual do comitê, ou em uma das reuniões que ocorrerem no ano. Em relação à transparência, recomendações, ajustes de direitos e obrigações, o comitê realiza sua análise e revisão a cada três anos (art. 15.4 do TBT).

O comitê pode estabelecer grupos de trabalho ou outros órgãos como achar conveniente, para assumir responsabilidades indicadas pelo próprio comitê em assuntos do acordo TBT. O comitê tem entre suas obrigações a observância para a não duplicação de trabalho entre o comitê e governos em outros órgãos técnicos. Os Estados membros devem informar ao comitê as mudanças nas medidas que adotam, como forma de atualização das informações providas na criação da organização (art. 15.2 do TBT).

O comitê é um fórum para o conhecimento das medidas técnicas adotadas pelos Estados e deve ainda administrar questões específicas de comércio (*specific trade concerns – STC*) que sejam apresentadas pelos Estados membros. A discussão das medidas nas reuniões do comitê materializam a transparência existente no Acordo TBT, como ressaltado por Ribeiro e Silveira¹³⁶. O conhecimento das normas é promovido através das notificações que os Estados encaminham para o comitê informando a nova norma (nos casos em que forem baseadas em normas internacionais preexistentes não há obrigatoriedade) a ser adotada e a data em que será implementada.

Os Estados podem pedir esclarecimentos ou informações sobre normas novas em outros Estados, o que não significa uma consulta ou qualquer outro procedimento referente ao OSC. Segundo, Horn et al, entre 1995 e 2012, a União Europeia foi a parte que mais apontou questões sobre o acordo TBT (177 questões), seguido de Estados Unidos (150) e Japão (53). Entre os dez Estados com mais inserções no Comitê levantando questões aparecem México (49), Argentina (38) e Brasil (27) como Estados em desenvolvimento. E entre os Estados questionados, com mais casos, estão União Europeia (281 questões) e Austrália (66), seguidos de Estados Unidos e Japão (ambos

¹³⁶ RIBEIRO e SILVEIRA, 2014, p. 7.

com 62 questões). Na lista dos dez Estados que mais receberam pedidos de esclarecimentos ou informações, estão apenas dois Estados em desenvolvimento, em nono e décimo lugar a Argentina e Brasil (24 questões)¹³⁷. No ano de 2013, os maiores notificantes foram Estados Unidos, União Europeia, China e Brasil¹³⁸. Nota-se que esses Estados estarão figurando como partes nas disputas em estudo neste trabalho, mas ressalta-se que as consultas realizadas no âmbito do Comitê de Barreiras Técnicas não têm necessariamente correspondência com as consultas realizadas no OSC.

A partir das atividades do comitê, pode-se concluir que essas refletem princípios do direito administrativo global¹³⁹ os quais, segundo Kingsbury e Casini¹⁴⁰, expressam-se nas organizações internacionais. Esses princípios contidos nas atividades da OMC e do comitê são a transparência, a participação, a jurisdição, a revisão dos atos administrativos e a responsabilidade como consequência para a governança dos regimes. Em relação à transparência, essa estaria relacionada ao acesso a informação e à confidencialidade e privacidade além dos controles jurídicos e políticos para o uso da informação. Esses princípios seriam necessários para estruturar a relação entre as organizações e sua atuação de governança global.

Os princípios citados acima permeiam as diversas instituições que compõem a OMC, como o sistema de solução de controvérsias da organização. Sua compreensão é primordial para a atuação dos Estados membros e governança da organização. Uma vez introduzido no Capítulo 3, será retomado no Capítulo 4 desta dissertação, quando da análise dos casos. No próximo capítulo será tratado o tema dos obstáculos ao comércio internacional analisando os acordos, as barreiras técnicas, e as regulações técnicas como medidas não tarifárias. A partir desse ponto se inicia uma análise mais detalhada sobre o artigo 2 do acordo TBT, sobre regulações técnicas e padronizações. Em seguida o artigo 2.1 com foco no tratamento nacional é estudado, e finalmente o

¹³⁷ HORN et al, 2013, p. 10.

¹³⁸ Cada um desses Estados realizou respectivamente, 90, 85, 82 e 35 notificações naquele ano. FERREIRA e SILVEIRA, 2014, p. 8.

¹³⁹ O direito administrativo global é relacionado a regulação transgovernamental e administração relacionada a regimes ou instituições que atuam em multiplicidade de atores (Estados).

¹⁴⁰ KINGSBURY e CASINI, 2009, p.08.

artigo 2.2. Outros acordos da OMC que tratam sobre o tema e os principais pontos em estudo também estão presentes no final do próximo capítulo.

2 OBSTÁCULOS AO COMÉRCIO INTERNACIONAL

A restrição ao comércio internacional é dada por diversas formas, estando entre elas as barreiras técnicas. As relações comerciais internacionais apresentam diversos tipos de barreiras à entrada de produtos estrangeiros em toda a sua história. A presença dos produtos estrangeiros nos mercados nacionais pode significar concorrência com produtos locais, deixando os produtores nacionais incomodados, ou ameaçando as características dos produtos nacionais, no caso das cópias ou falsificações. À medida que isso acontece, ou preventivamente, governos começam a adotar medidas para o controle e barreira dos produtos estrangeiros.

Algumas formas de adoção de políticas para a proteção do mercado interno e de sua produção são consideradas protecionismo. A forma mais simples e mais usada durante um longo período da história foi a imposição de tarifas, o que contrariava as proposições das teorias econômicas clássicas do livre-cambismo¹⁴¹. A aplicação das tarifas foi duramente combatida em diversas negociações internacionais, não só nas negociações bilaterais nas quais se buscava melhores condições comerciais com tarifas mais baixas, como no Gatt, em que se incluiu o princípio da nação mais favorecida, conforme se viu no capítulo anterior.

O desenvolvimento das negociações comerciais e dos acordos de comércio levou os Estados a buscarem novas formas de proteger seu mercado interno, criando o chamado neo-protecionismo, no qual se aplica outras medidas diferentes das tarifas, como as barreiras não tarifárias. Prazeres sugere que “protecionismo e neoprotecionismo indicam essencialmente um mesmo fenômeno, que recentemente toma novas feições em função da existência de regras que impedem o uso tradicional das formas clássicas de protecionismo,...”¹⁴².

¹⁴¹ Os principais teóricos clássicos são Adam Smith e David Ricardo, precursores das teorias de livre-cambismo, ou seja, sem a intervenção do Estado nas relações de comércio internacional.

¹⁴² PRAZERES, 2003, p. 67.

O número de notificações ao comitê de barreiras técnicas da OMC tem aumentado ano a ano, saltando de 1.737 notificações no primeiro triênio de revisão (1995-1997), para 2.658 no quarto triênio (2004-2006) e 6.150 notificações no último triênio (2012-2015)¹⁴³. As notificações são relacionadas a novas normas, adendos, correções, revisões e suplementos. Essa tendência de crescimento no número de notificações implica num possível aumento no número de consultas realizadas na OMC entre os Estados, e possíveis disputas relacionadas às medidas adotadas com embasamento em normas técnicas.

2.1 Os Acordos e as Barreiras ao Comércio

Os acordos comerciais podem envolver diferentes tipos de regras sobre as políticas comerciais a serem praticadas pelos signatários. Algumas delas podem ser consideradas como barreiras comerciais, e por isso são foco de discussões e negociações entre as partes. A diversidade de opções para a adoção dessas práticas demonstra que alternativas a práticas que sejam restringidas por alguns acordos aos quais os Estados sejam parte, podem ser permitidas em outras situações.

Entre as políticas de comércio existentes, segundo Krugman e Obstfeld, a mais importante e antiga é a imposição de tarifas que, além de protegerem a produção nacional é uma fonte de arrecadação dos governos. As tarifas são realizadas como impostos sobre os produtos importados e são consolidadas a partir de acordos, ou seja, aceitas e reconhecidas para a sua prática e com a determinação de um valor máximo a ser praticado. Quanto à sua forma, as tarifas poderão ser específicas (sobre quantidade de produto), *ad valorem* (porcentagem sobre preço), ou compostas - incorporando os dois sistemas de taxaço¹⁴⁴.

Como barreira comercial, além da imposição de tarifas, existem as medidas sanitárias e fitossanitárias, as barreiras técnicas e os incentivos internos. Políticas

¹⁴³ G/TBT/37 Seventh triennial review of the operation and implementation of the agreement on TBT under article 15.4, p.12.

¹⁴⁴ KRUGMAN e OBSTEFELD, 2001, Cap. 8 – Instrumentos de política comercial, p. 137-145.

baseadas nessas últimas medidas foram discutidas na Rodada Uruguai do Gatt, em que foram estabelecidos os termos a serem usados nas negociações posteriores. Entre eles, foram definidos “subsídios à exportação¹⁴⁵” e “concessões em acesso a mercados”. Os subsídios à produção local¹⁴⁶ configura outra política que também pode interferir na cadeia produtiva e na competitividade dos produtos no comércio internacional.

Como foco deste trabalho, discutem-se *padrões de produtos e regulações técnicas* no comércio internacional. Para Hoekman e Kosteki, há um lado positivo, em que essas exigências garantiriam a qualidade dos produtos comercializados. Ademais, essas padronizações geralmente são definidas pelas próprias indústrias, ou organismos não governamentais como a ISO¹⁴⁷, devendo ser observado o acordo TBT pelos membros da OMC¹⁴⁸.

Por outro lado, todas essas medidas podem ser entendidas como formas de *protecionismo*, de acordo com o contexto de sua aplicação e embasamento utilizado para a aplicação das medidas. Segundo Gilpin, o protecionismo se divide em duas vertentes, que seriam classificadas como o velho e o novo protecionismo¹⁴⁹. O primeiro deles se refere às restrições tarifárias, medidas impostas que foram negociadas quanto às suas reduções durante as rodadas do Gatt. Já o segundo seria aquele relacionado às medidas não tarifárias. Gilpin ainda aponta que para vários estudiosos o novo protecionismo não afetaria o comércio internacional, uma vez que exportações de manufaturados dos países que estariam sendo afetados por essas medidas, ainda

¹⁴⁵ Os *subsídios às exportações* podem se realizar na forma de auxílio financeiro aos produtores locais, promovendo a redução dos preços e possibilitando a competitividade com o produto estrangeiro. Os pagamentos são feitos pelo governo aos produtores locais, sejam eles indivíduos ou empresas, como forma de medidas compensatórias. Conforme o “Acordo sobre subsídios e medidas compensatórias” da Rodada Uruguai do Gatt, o subsídio se define como a contribuição financeira não só do governo e também se materializa com o perdão de dívidas ou fornecimento de bens e serviços de forma especial ou fora das ações normais do Estado. Algumas formas de subsídios são proibidas, de acordo com as cláusulas dos acordos negociados e firmados pelos Estados envolvidos.

¹⁴⁶ Os *subsídios à produção local* podem fazer com que o preço interno alcance o preço do produto estrangeiro, que é inferior, com as distorções provocadas pelo subsídio. O exportador com o benefício de subsídios (produção subsidiada) poderá vender no mercado internacional por menores preços. “Assim como uma tarifa, o subsídio à exportação pode ser específico (uma soma fixa por unidade) ou *ad valorem* (uma proporção do valor exportado)”. KRUGMAN, 2001, p. 204.

¹⁴⁷ ISO - International Organization for Standardization (Organização Internacional para Padronização).

¹⁴⁸ HOEKMAN e KOSTECKI, 2001, p. 186.

¹⁴⁹ GILPIN, 1987, p. 204.

assim continuariam a crescer. Para outros, esse novo protecionismo ocorreria somente no nível político não se transformando em regras econômicas. Essas teorias, assim como a obra de Gilpin, são da primeira metade dos anos 80, o que coincide com o crescimento dos novos países industrializados (NICs), influenciando as ideias apresentadas.

As salvaguardas, juntamente com os subsídios e as medidas sanitárias e fitossanitárias, podem fazer parte de práticas de obstrução do comércio proveniente dos Estados importadores. As medidas sanitárias e fitossanitárias são impostas pelo governo para garantir a saúde humana e animal, e o meio ambiente. As salvaguardas¹⁵⁰ são medidas tomadas de forma preventiva para diminuir o número de importações e manter a balança comercial para um produto específico em níveis considerados aceitáveis.

Outra medida a ser considerada no comércio internacional é relativa às quotas de importação, que são determinadas pelos governos para restringir as quantidades do bem a ser importado, elevando o preço deste. Essas políticas forçam os produtores a se adaptarem às normas dos Estados com os quais vão comercializar, e as imposições geram aumento dos custos e obstáculos à produção voltada para este comércio.

De acordo com Kenen, a soberania nacional influencia o comércio internacional à medida que os governos agem de forma a defender seus interesses. Um dos efeitos diz respeito a como os residentes de um país percebem e reagem às oportunidades, sejam elas internas ou externas, como os residentes de Estados diferentes se comportam frente a oportunidades idênticas e os riscos e custos das transações. Os principais fatores que podem levar a diferentes resultados para um país são as políticas de comércio¹⁵¹. O comércio internacional seria então restringido pelas barreiras que limitam a comercialização.

¹⁵⁰ Pela OMC somente seria permitido no caso temporário de barreiras de importações, desde que atendido a existência de uma circunstância com características pré-definidas. Ou no caso de exceção permanente a obrigações gerais.

¹⁵¹ KENEN, 1998, p. 268.

2.2 Barreiras Técnicas

As barreiras técnicas ao comércio são aquelas impostas baseadas em critérios relacionados a características de produtos, ou processos e não se relacionam diretamente com as tarifas aplicadas. Segundo Stoll, barreiras técnicas ao comércio são:

“... medidas que fazem com que a importação ou comercialização para o mercado doméstico sejam sujeitas a certas (tecnicamente) **condições do produto**, ou – relacionadas aos **métodos de produção**¹⁵²”.

As medidas que trazem determinações técnicas influenciam a produção e o mercado internacional de bens e serviços. Os padrões técnicos são determinados por instituições que podem ser independentes ou governamentais e buscam requisitos mínimos de qualidade e padronização para garantir a segurança e facilitar a adequação de certos produtos. Além das instituições nacionais, há instituições regionais, e outras que trabalham em nível mundial, como por exemplo, a Organização Internacional para Padronização (ISO)¹⁵³. Essas instituições são responsáveis pela verificação e expedição de certificações, que são os documentos que comprovam a consonância do processo ou produto com as exigências técnicas correspondentes.

Porém, dependendo do tipo de norma e padrão a serem estabelecidos, esses padrões podem dificultar o comércio internacional à medida que um produtor precisar modificar o seu produto para um determinado mercado, enquanto a padronização nos demais mercados seja outra. Ou seja, a exigência não corresponde a uma harmonização internacional de padrões de produtos.

A exigência de aspectos técnicos dos produtos, como bem lembra Stoll, está bastante próxima de outras restrições, como: “Art. XI:1 Gatt 1994, no qual, entre outros,

¹⁵² Tradução livre de: “...measures which make import into or marketing in the domestic market subject to certain (technical) **conditions of the product**, or – and this is highly disputed – which relate to a **product’s production methods**.” Com grifos do autor. STOLL e SCHORKOPF, 2006, p. 130.

¹⁵³ Para mais informações, consultar a página na internet da ISO – International Standards Organization. Disponível em: www.iso.org.

concerne em requisições de certificados de conformidade, e também do princípio do tratamento nacional de acordo com Art. III: 4 Gatt,... admissão legal das medidas pelo Art. XX”, do mesmo acordo.

Alguns tipos de exigências técnicas podem ser consideradas como barreiras às importações e são classificadas como barreiras técnicas, uma modalidade de barreira não tarifária. As barreiras técnicas atuam em relação ao conteúdo dos produtos, seus processos produtivos, ou mesmo na verificação da conformidade de um determinado produto em relação às normas ou exigências técnicas.

2.3 Regulações Técnicas - Medidas Não Tarifárias

As barreiras não tarifárias podem ser classificadas em dois grandes grupos presentes atualmente nas transações comerciais internacionais, nos acordos de comércio, e no Gatt, que são: as medidas sanitárias e fitossanitárias, e as barreiras técnicas ao comércio. Destacando-se as barreiras técnicas ao comércio, o principal instrumento vigente é o acordo TBT, da OMC.

Entre as determinações contidas no acordo TBT, Bossche et al, classificam como provisões substantivas básicas os *princípios* desse acordo que estão também presentes no Gatt, os quais são o tratamento da nação mais favorecida, a obrigação do tratamento nacional, e a obrigação de se evitar a criação de obstáculos desnecessários ao comércio internacional. Além desses pontos, o acordo prevê o requerimento da necessidade e o uso de padrões internacionais.

O acordo TBT, em sua parte referente aos padrões e regulações técnicas, no artigo 2 intitulado “preparação, adoção e aplicação de regulações técnicas por órgãos de governo central”, tem em seus primeiros artigos pontos importantes para este estudo. Os artigos 2.1 e 2.2 são referenciados muitas vezes de forma conjunta nos pedidos de consulta ao OSC da OMC.

Nos demais parágrafos do artigo 2 do TBT, os temas que são abordados são:

- continuidade das regulações técnicas – art. 2.3; trata da validade de uma regulação técnica devido ao avanço tecnológico ou mudanças de políticas, circunstâncias ou outros elementos que levem à reavaliação da necessidade ou não da manutenção de certo regulamento.

- harmonização – arts. 2.4 a 2.6; abrangendo o uso de padrões internacionais, o ônus da prova, a existência de padrões internacionais relevantes, a obrigatoriedade do uso de padrões internacionais; e objetivos legítimos.

- equivalência – art. 2.7; significa a similaridade entre regulamentos técnicos.

- preferência e desempenho – art. 2.8; a regulação técnica deve privilegiar o desempenho de um produto, e não outras características.

- procedimentos de transparência – art. 2.9 – 2.12; esse conceito envolve a publicidade das regulações técnicas, notificações, e conhecimento das medidas.

Em seguida serão tratados os artigos 2.1 e 2.2 do TBT, os quais têm maior relevância para este trabalho, e, de modo mais detalhado o artigo 2.2 que será foco da análise das disputas na OMC.

2.3.1 Regulações Técnicas e Padronizações – artigo 2 do TBT

As regulações técnicas e as padronizações são a base para o segundo artigo do acordo TBT. Conforme foi apresentado no capítulo sobre o histórico do acordo, esses dois termos foram tema de extensas discussões nas Rodadas Tóquio e Uruguai do Gatt para se chegar a definição atual, contida no texto do acordo TBT.

A implementação do acordo TBT e a adesão dos Estados membros da OMC permite que o OSC analise a legislação nacional dos Estados demandados em contraposição ao acordo.

As barreiras técnicas se referem às regulações ou regulamentos técnicos que determinam especificações para produtos, rótulos, embalagens, e processos de produção. Os produtos devem seguir essas especificações conforme a norma do país para que possam ser comercializados. Esse tipo de exigência pode restringir o comércio internacional à medida que o vendedor necessita adequar ou modificar seus produtos para atender aos requisitos de cada mercado de destino. A partir disso, os Estados também podem adotar determinadas exigências como forma de proteger o seu mercado e produção internos.

No acordo TBT, seção sobre “regulamentos técnicos e normas”, do artigo 2, “Preparação, adoção e aplicação dos regulamentos técnicos por instituições do governo central”, serão estudados os artigos 2.1 e 2.2, com maior ênfase no segundo. Apesar de todo o acordo TBT se aplicar a diferentes tipos de atores, o artigo 2 se aplica somente às organizações ou instituições governamentais centrais, as quais são definidas em seu anexo 1, parágrafo 6, como aquelas organizações submetidas diretamente ao controle do governo central no que tange às suas atividades.

O estudo do artigo 2.1 se faz rapidamente, pois apesar do foco desse trabalho ser relativo ao artigo 2.2, o primeiro apresenta conceitos importantes que são aplicados nos casos, muitas vezes em conjunto com as premissas discutidas sob o artigo 2.2, permeando diversos aspectos da OMC e da liberalização do comércio.

2.3.2 Regulações Técnicas – Tratamento Nacional – TBT, art. 2.1

Na parte do acordo de barreiras técnicas sobre “regulamentos técnicos e normas”, no artigo 2, “Preparação, adoção e aplicação de regulamentos técnicos por instituições do governo central”, o artigo 2.1 dispõe que:

“Os Membros assegurarão, a respeito de regulamentos técnicos, que os produtos importados do território de qualquer Membro recebam tratamento não menos favorável que aquele concedido aos produtos similares de origem nacional e a produtos similares originários de qualquer outro país.”

Nesse artigo estão contidas duas obrigações dos Estados membros da OMC que são a do “tratamento da nação mais favorecida” e a do “tratamento nacional”. O tratamento da nação mais favorecida significa que o Estado deve exigir as mesmas condições de produto de qualquer Estado exportador, ou seja, os requisitos devem ser os mesmos independente da origem do produto. O princípio do tratamento nacional é relacionado ao nível de exigência do produto importado, o qual não pode ser maior do que a exigência para o produto similar produzido nacionalmente, ou seja, o Estado deve aplicar as mesmas obrigações e direitos aos bens e serviços nacionais e estrangeiros em seu território.

Ao se aplicar a cláusula da nação mais favorecida, deve-se observar a similaridade dos produtos, o que é ressaltado por Prazeres¹⁵⁴, como um obstáculo exatamente ao se analisar o grau de similaridade. O entendimento sobre as características de um produto e sobre o quanto ele pode ser compatível com o produto sobre o qual recaem menores tarifas, pode gerar controvérsias que são levadas ao sistema de solução de disputas da OMC.

O princípio do tratamento nacional está presente no artigo III do Gatt, prevendo que as tarifas aplicadas aos produtos importados não excedam as tarifas aplicadas diretamente ou indiretamente aos mesmos produtos de fabricação nacional. O tratamento dado aos produtos importados deve ser o mesmo para os produtos de diferentes membros da OMC¹⁵⁵.

A discriminação a produtos importados, segundo o Acordo TBT é proibido, e, portanto ilegítima. As exigências técnicas ou regulatórias, sendo aplicadas a todos os produtos nacionais ou estrangeiros não implica em discriminação, mas pode gerar custos mais altos aos produtos estrangeiros devido aos processos de adequação àquelas regras.

¹⁵⁴ PRAZERES, 2003, p. 40-41.

¹⁵⁵ O artigo ainda trata da composição, processamento e mistura de produtos, que não estejam previstas em legislações nacionais, e do estabelecimento de preços máximos para o mercado interno o qual deve ser considerado em negociações para não gerar efeitos prejudiciais para o exportador.

O acordo TBT não apresenta a expressão “tratamento nacional”, porém no texto do artigo 2.1 ao se ler “tratamento não menos favorável que aquele dado aos produtos similares de origem nacional”, entende-se o mesmo princípio. Assim como na frase “produtos similares originários de qualquer outro país” encontra-se o princípio da nação mais favorecida. O entendimento sobre os termos, e a omissão de alguns termos em artigos que são usados como referência pelos Membros no caso do pedido de consultas em decorrência de controvérsias são pontos de discussão pelos participantes do OSC da OMC.

Outro princípio que pode ser abstraído do artigo é o princípio da “não discriminação”, apontado por Tamiotti¹⁵⁶, o qual incorporaria os princípios da “nação mais favorecida” (art. 1, Gatt), e o do “tratamento nacional” (art. 3, Gatt). Assim, o artigo 2.1 do TBT seria um resumo e reafirmação daqueles dois artigos do Gatt. Tamiotti ainda ressalta que se deve atentar à determinação de “similaridade” entre produtos em relação ao artigo 2.1.

Ao se tratar de similaridade, Tamiotti¹⁵⁷ chama a atenção para o fato de que nem o Gatt nem o TBT determinam o que seriam “produtos similares”. Isso faz com que seu entendimento varie em cada caso de determinação da similaridade e das disputas envolvendo o tema. Tamiotti inclusive cita o caso do painel CE - Amianto¹⁵⁸, no qual o relatório do órgão de apelação chama a atenção para o fato de que a “similaridade” não deve ser entendida diretamente para a relação com textos nos quais exista a expressão “produtos similares”, mas realizando uma análise tanto nesses casos quanto naqueles em que não se explicitam a possibilidade de similaridade usando essa mesma expressão. Nesse caso foram determinados quatro categorias de características para a análise da similaridade: propriedades físicas dos produtos; o quanto cada produto poderia ser usado para a mesma finalidade; percepção do consumidor sobre o produto

¹⁵⁶ IN: WOLFRUM, 2007, p. 210-235.

¹⁵⁷ Tamiotti, Article 2 TBT – Preparation, adoption and application of technical regulations by central government bodies. IN: WOLFRUM, 2007, p. 210-234.

¹⁵⁸ EC – Asbestos, WT/DS135/AB/R: European Communities – Measures affecting asbestos and products containing asbestos. Disputa demandada por Canadá em 1998, devido à medida imposta pela França, tendo como terceiras partes o Brasil, Estados Unidos e Zimbábue; na qual entre os acordos citados está o TBT e seu art. 2.

ser alternativo desempenhando funções específicas; classificação internacional dos produtos para aplicação de tarifas¹⁵⁹.

Em relação ao termo “tratamento não menos favorável” Tamiotti cita três painéis que versam sobre o termo, sendo o primeiro dizendo que uma diferença formal no tratamento dos produtos não seria suficiente para violar o art. 3:4 do Gatt; o segundo implicando que o tratamento menos favorável existiria se a medida aplicada modificasse as condições de competição em um mercado relevante; e o terceiro indicando que o tratamento dado a produto importado fosse consequência direta de medida aplicada¹⁶⁰.

2.3.3 Regulações Técnicas – Objetivos Legítimos: Não Mais Restritivo que o Necessário - TBT, art. 2.2

O artigo 2.2 do acordo de barreiras técnicas contém um texto mais extenso do que a média dos artigos do acordo, possibilitando uma análise sobre vários conceitos a serem aplicados na análise do comércio internacional e das políticas praticadas pelos Membros da OMC. Este artigo é uma obrigação positiva, trata da prevenção ao uso de medidas desnecessárias ao comércio, e conta com importantes conceitos para definição e aplicação de medidas. Assim se apresenta o texto do artigo 2.2, com cinco pontos a serem destacados:

“Os Membros assegurarão que os regulamentos técnicos não sejam elaborados, adotados ou aplicados com a finalidade ou o efeito de se criar obstáculos desnecessários¹⁶¹ ao comércio internacional. Para este fim, os regulamentos técnicos não serão mais restritivos ao comércio do que o necessário para realizar um objetivo legítimo, tendo em conta os riscos que a não realização criaria. Tais objetivos legítimos são *inter alia*: imperativos de segurança nacional; prevenção de práticas enganosas; a proteção da saúde ou segurança humana, da saúde ou vida animal ou vegetal, ou do meio ambiente. Ao avaliar tais riscos, os elementos pertinentes a serem levados em

¹⁵⁹ EC – Asbestos, WT/DS135/AB/R, parág. 101.

¹⁶⁰ Os casos de referência foram: Korea – Various measures on beef, e US – FSC (Tax treatment for “Foreign Sales Corporation”).

¹⁶¹ Na tradução do acordo TBT para o português, contida no Decreto 1355/94, a expressão utilizada na tradução de “unnecessary obstacles” foi “obstáculos técnicos”. Como toda a discussão a respeito do disposto no artigo em estudo diz respeito à necessidade e ao uso de obstáculos desnecessários, optou-se por utilizar a tradução da autora ao invés do texto do decreto brasileiro.

consideração são, *inter alia*: a informação técnica e científica disponível, a tecnologia de processamento conexa ou os usos finais a que se destinam os produtos”.

O primeiro ponto do artigo é o termo “*obstáculos desnecessários*”. A expressão em si não é definida no acordo de forma objetiva, mas o texto do artigo traz os pontos que devem ser cumpridos para não se criar um obstáculo desnecessário, ou justificar quando se tem uma situação de necessidade de imposição de algum tipo de medida. O Anexo 3 do TBT, sobre o tema de provisões substantivas, em seu parágrafo E, também se refere aos obstáculos desnecessários: “A instituição de normalização assegurará que as normas não sejam elaboradas, adotadas ou aplicadas com vistas a, ou com o efeito de, criar obstáculos desnecessários ao comércio internacional”.

O segundo ponto é sobre as “*regulações técnicas*” e que essas não devem ser mais restritivas ao comércio do que o necessário. Segundo Bossche¹⁶², os membros devem sempre verificar a necessidade das suas regulações técnicas, pois uma regulação existente no presente pode deixar de ser adequada no futuro. Além de verificar se as regulações não passam a ser mais restritivas ao comércio do que o necessário para o alcance dos objetivos da política adotada. As regulações técnicas para se enquadrarem no TBT, também devem observar os quesitos da definição de “*regulações técnicas*” adotada pelo próprio acordo.

O terceiro ponto diz respeito às medidas que sejam “*mais restritivas do que o necessário*”. Outros acordos da OMC também fazem referência à restrição ao comércio, como o Gatt, o Gats, o Acordo sobre Regras de Origem, e o acordo SPS. No Gatt, art. XI:1, está presente a proibição à restrição quantitativa para importação e exportação de produtos. O Gats, art. VI:4 afirma que os procedimentos e requisitos de qualidade, normas técnicas e licenças para o provimento de serviços não devem constituir barreiras desnecessárias ao comércio, reconhecendo que algumas medidas podem ser restritivas ao comércio de serviços. No acordo sobre regras de origem, o art. 2 (c) indica

¹⁶² BOSSCHE et al, 2005, p. 17.

que as regras de origem não devem criar restrições, distorções ou efeitos de ruptura no comércio internacional.

No acordo SPS, art. 5.6, as medidas aplicadas pelos membros não devem ser “mais restritivas do que o necessário para o nível apropriado de proteção sanitária e fitossanitária, levando em conta a viabilidade técnica e econômica”. A nota de rodapé do artigo 5.6 define que uma medida seria mais restritiva do que o necessário nos casos em que houver outras medidas que possam alcançar o mesmo nível de proteção e viabilidade técnica e econômica sendo menos restritiva ao comércio. A restrição ao comércio é vista por Voon¹⁶³, como composta de três elementos, o teste da necessidade em dois níveis (necessários, e necessários temporariamente) e nas exceções para a sua aplicação.

Outra parte do acordo TBT que reforça as questões dos “obstáculos desnecessários”, e “mais restritivo do que necessário” está na parte de “conformidade com regulações técnicas e padrões”. No artigo 5.1.2 do TBT, prevê-se que os membros devem aplicar a seguinte ação em relação aos produtos originados de outros membros:

“os procedimentos de avaliação de conformidade não serão elaborados, adotados ou aplicados com a finalidade ou o efeito de criar obstáculos desnecessários ao comércio internacional. Isto significa, *inter alia*, que os procedimentos de avaliação de conformidade não deverão ser mais rigorosos ou ser aplicados mais rigorosamente do que o necessário para dar ao Membro importador confiança suficiente de que os produtos estão em conformidade com os regulamentos técnicos u normas aplicáveis, levando em conta os riscos que a não conformidade criaria”.

O artigo afirma que os procedimentos de verificação de conformidade não devem criar obstáculos desnecessários ao comércio, nem serem aplicados de forma mais restritiva do que o necessário. Esses procedimentos devem apenas garantir que os produtos importados seguirem os padrões e regulamentos técnicos aplicáveis. Como procedimentos de verificação de conformidade incluem-se: declaração de conformidade

¹⁶³ VOON, 2011, p. 06.

do fabricante; teste de produtos; certificação de produtos; e certificação de sistemas de qualidade¹⁶⁴.

No primeiro e no terceiro termo de maior relevância para a análise do artigo 2.2 do TBT, coincide a questão da necessidade: “obstáculos desnecessários,” e “não mais restritivo do que o necessário”. Para Tamiotti¹⁶⁵, a parte que trata do “não mais restritivo do que necessário” é que determina a existência ou não das regulações técnicas como previsto na primeira parte do artigo 2.2 sobre os obstáculos. Essa primeira indicação do dispositivo, determina que o Estado deva garantir que as regulações não sejam obstáculos desnecessários ao comércio internacional. A análise que é feita sobre o fato de uma prática ser necessária ou não necessária é chamada de “teste da necessidade”. Para Tamiotti, o “necessário” não significa “indispensável”, mas estaria entre o que é indispensável e o que contribui para algo. Para a análise da necessidade, o mesmo autor sugere que devem ser considerados três pontos: a análise de quanto uma medida contribui para o cumprimento de um regulamento; a importância dos interesses comuns ou valores protegidos; e o impacto da regulação nas importações ou exportações. A importância desses aspectos ao serem analisados leva a determinação do grau de necessidade da aplicação de uma medida, e com isso a conclusão sobre a sua pertinência ou não.

Como dito, o artigo 2.2 do TBT prevê que as medidas adotadas não devem ser mais restritivas do que o necessário para o alcance dos objetivos, o que nos remete ao *teste da necessidade*. A análise sobre uma medida que aponte regulamentos técnicos deve considerar a importância e o resultado daquela medida, ou seja, a necessidade da aplicação do que se exige que o exportador cumpra em relação a determinado produto, e determinadas exigências para o resultado esperado pela medida. O teste da necessidade está relacionado diretamente ao nível da restrição ao comércio, no artigo 2.2 do TBT, ao se analisar a necessidade em relação a outras medidas que possam implicar em menor restrição ao comércio.

¹⁶⁴ Procedimentos citados por: PRAZERES, 2003, Cap. 2, p. 96.

¹⁶⁵ TAMIOTI, Article 2, TBT. In: WOLFRUM, Et al. 2007, p. 217-220.

A necessidade, assim como a restrição ao comércio devem ser analisados para se balancear a contribuição de uma medida para o alcance do objetivo proposto, sua importância e legitimidade, conforme previsto no artigo 2.2. Segundo Voon, uma medida mais restritiva deve cumprir o requisito do teste de necessidade referente a sua contribuição para o objetivo, e seja importante, destacando a autora o entendimento do órgão de apelação para maior importância dada às medidas relativas à proteção da vida ou saúde humanas. As medidas menos restritivas ao comércio seriam aquelas com contribuições mais modestas aos objetivos, e seriam necessárias apenas de forma provisória. Outra classificação utilizada¹⁶⁶ para esses casos é da “razoabilidade da necessidade” e do “estritamente necessário”, e que se aplicam também a outros acordos.

No teste da necessidade, Voon destaca que a abordagem predominante na OMC diz respeito às “medidas menos restritivas ao comércio”, o que é relacionado aos termos “menos inconsistente com a OMC” e “menos discriminatório”¹⁶⁷. O princípio da não discriminação também é ressaltado por Kapterian, quem afirma que essa seria a base para a interpretação da “necessidade”, a qual está presente no objeto e objetivos dos acordos¹⁶⁸. Uma proposta de uma medida menos restritiva para se alcançar o objetivo perseguido é sinalizada pelos demandantes ou pelo próprio painel. Esse objetivo do respondente deve ter sido considerado como um objetivo legítimo pelo painel. O Estado demandante é o que tem a obrigação de provar que as medidas adotadas não são necessárias.

A necessidade de se utilizar determinada medida, para Mitchell e Henckels¹⁶⁹ significa que aquela medida seja a “única maneira disponível” para se lidar com determinada situação. O uso do conceito de necessidade seria um meio para que os Membros do acordo pudessem usar medidas que restringem ou limitam o comércio. Dessa forma, o teste da necessidade é a delimitação da permissão que o Estado

¹⁶⁶ Classificação de medidas necessárias citadas por Mitchell e Henckels, p. 102.

¹⁶⁷ VOON, 2015, p.14.

¹⁶⁸ KAPTERIAN, 2010, p. 92.

¹⁶⁹ MITCHELL e HENCKELS, 2013, Cap 2 – Necessity analysis in context, p. 97.

membro possui para o uso das medidas, assim como a possibilidade de aplicá-las mesmo quando possam ser contraditórias a outras nuances do acordo.

Outra forma de se interpretar a expressão contida no artigo 2.2, de “não mais restritivo do que o necessário para o alcance dos objetivos legítimos”, é feita por Kapterian que diferentemente de outros autores não vê aí o teste da necessidade, mas sim o teste das medidas menos restritivas¹⁷⁰. O teste das medidas menos restritivas estaria diretamente ligado às possibilidades de objetivos legítimos que poderiam ser usados como justificativa para as medidas.

Retornando aos cinco pontos do artigo 2.1, o quarto ponto do artigo é “*objetivos legítimos*”, os quais também são encontrados nos artigos 2.4 e 2.5 do TBT. No próprio artigo 2.2, a definição para o termo é dada com a listagem presente no seu texto, indicando como principais objetivos: a segurança nacional; a prevenção de práticas enganosas; a proteção à saúde e segurança humana, animal e das plantas; e proteção do meio ambiente. Além desses objetivos indicados no artigo, a expressão *inter alia* indica a possibilidade de outros objetivos serem agregados como legítimos, o que poderá ser acrescido conforme as decisões dos órgãos governamentais que constroem e aplicam as medidas para o comércio, e em outro momento no OSC, no qual os painéis poderão interpretar os casos e a legitimidade dos objetivos propostos.

Os “objetivos legítimos” devem ser indicados pela parte interessada no caso de uma notificação de medida ao comércio. Os objetivos indicados não se restringem somente aos exemplificados no artigo, pois o próprio artigo, como explicamos, possibilita a relação com outros objetivos desde que coerentes com a medida adotada. Alguns objetivos já considerados em painel na OMC são a proteção do consumidor, a transparência de mercado, e a competição justa, como citados por Tamiotti. Outras possibilidades seriam o cumprimento de uma nova lei nacional, a facilitação do comércio ou a remoção de barreiras, o que diferirá de acordo com a parte que argumenta sobre o artigo, se a parte demandante ou a demandada. Alguns outros

¹⁷⁰ KAPTERIAN, 2010, p. 97.

objetivos de importância a serem considerados são levantados por Voon, como a proteção da privacidade e normas de trabalho¹⁷¹.

Por fim, o quinto ponto é a questão dos *riscos*. Pode-se analisar os riscos, como o termo em si, ou os riscos decorrentes do não alcance de um objetivo legítimo, o que significa a não realização desse objetivo. No primeiro caso deve-se avaliar o que é entendido como risco, e o que o caracteriza. O “risco”, segundo Adam e Loon, é aquilo que constrói uma incerteza que pode causar danos à vida, ou algo que pode acontecer¹⁷². Outros teóricos também definem a questão dos riscos quanto à sociedade, os ordenamentos jurídicos, e outras ciências. Esses mesmos autores, citando Beck¹⁷³ apresentam uma noção de sociedade de risco, na qual estaria presente uma transformação nas instituições, a qual vai se materializar, por exemplo, no estabelecimento das regras de prevenção dos riscos, como aconteceu nas regras do acordo TBT. Para Adam e Loon, o risco está relacionado às:

“...condições sociais, econômicas, políticas e culturais que são caracterizadas pela crescente incerteza disseminada da lógica da manufatura e implica na transformação das estruturas sociais existentes, instituições e relações para a incorporação de mais complexidade, contingência e fragmentação¹⁷⁴”.

Enquanto na segunda consideração sobre o termo (riscos decorrentes do não alcance de um objetivo legítimo), onde os riscos se apresentam pela falha em não se alcançar um objetivo, pode-se avaliar a necessidade de se adotar uma medida e as consequências da não adoção dessa medida. Para essa análise, voltamos ao teste da necessidade. Para isso, é preciso que estejam disponíveis informações técnicas ou científicas, relatórios sobre o processo ou uso do produto. No acordo TBT não há a definição do que é considerado como “riscos”, mas sim o que é necessário para se comprovar que existem riscos.

¹⁷¹ VOON, 2015, p. 8.

¹⁷² ADAM and LOON, 2000, p.

¹⁷³ Ulrich Beck foi um sociólogo alemão com obras de influência para política e direito, e criador do conceito de “sociedade do risco”.

¹⁷⁴ ADAM and LOON, 2000, p. 5. Tradução livre: “...social, economic, political and cultural conditions that are characterized by the increasingly pervasive logic of manufactured uncertainty and entail the transformation of existing social structures, institutions and relationships towards an incorporation of more complexity, contingency and fragmentation”.

O artigo 2.2 do TBT também deve ser interpretado em relação ao contexto do artigo 2.1, o qual afirma que os “produtos importados do território de qualquer Membro deve ter tratamento não menos favorável do que aos produtos de origem nacional e produtos similares originários de qualquer outro país”. O princípio da não discriminação está também presente no Gatt, em seu preâmbulo, e no artigo I, em relação ao princípio da nação mais favorecida.

Nas normas de não discriminação relacionadas ao princípio da nação mais favorecida, infere-se que o Estado deve prover o mesmo tratamento para as transações econômicas realizadas com um Estado ou outro que também esteja habilitado a receber o tratamento, ou seja, outros Estados membros da OMC. O primeiro artigo do Gatt sendo referente ao princípio da nação mais favorecida demonstra a importância desse princípio no acordo e na OMC, sendo o maior pressuposto para as relações comerciais entre os seus membros.

Especificamente no texto do Gatt, o artigo primeiro se refere a taxas aduaneiras e impostos relacionados a importação ou exportação, qualquer vantagem, favor, privilégio ou imunidade dado a qualquer parte contratante a produtos originários ou destinados a outras partes contratantes¹⁷⁵, o mesmo tratamento dado a produtos similares, originários ou destinados a todas as outras partes contratantes¹⁷⁶.

O órgão de apelação segue uma estrutura de análise similar a do teste de necessidade para as exceções gerais, para se verificar se uma regulação técnica é mais restritiva do que o necessário para o alcance de um objetivo legítimo conforme previsto no artigo 2.2¹⁷⁷:

Primeiramente o painel averigua a contribuição da regulação técnica para o objetivo legítimo e os riscos que o seu não cumprimento criaria, juntamente com o nível de restrição ao comércio dessa medida. No segundo momento, caso a primeira parte da análise leve a uma conclusão provisória de que a medida seja necessária, o painel irá

¹⁷⁵ No texto do acordo se refere a “partes contratantes” ao invés de Estados “membros”, pois se tratava dos Estados que aderiram ao acordo, e que ainda não eram partes em uma instituição, a OMC.

¹⁷⁶ GATT - 1947, Part 1, art. 1.

¹⁷⁷ VOON, 2011, p. 08.

analisar se outras medidas menos restritivas ao comércio e que poderiam contribuir de modo equivalente para o alcance dos objetivos estariam disponíveis, considerando os riscos do não alcance do objetivo. Concluindo as duas partes do teste, o painel deve levar em consideração a natureza dos riscos e as consequências do não cumprimento da medida analisada.

Os procedimentos de análise das regulações ou normas técnicas pelo OSC, ou mesmo pelos Estados membros em um passo anterior ao da manifestação da identificação de alguma infração no acordo TBT, são importantes para se ter a conclusão sobre essa real infração do acordo, e as possíveis medidas alternativas.

2.4 Outros Acordos da OMC e Barreiras Não Tarifárias

As barreiras não tarifárias podem se manifestar de diferentes formas no comércio internacional. As políticas internas que criam distorções comerciais também já estão contempladas nos acordos da OMC, e para todas as formas de ações que interferem no comércio internacional há um acordo correspondente visando à diminuição das barreiras.

Em complementaridade às barreiras técnicas, outras barreiras não tarifárias podem ser aplicadas. O acordo de medidas sanitárias e fitossanitárias prevê a proteção dos seres humanos, animais e meio ambiente, com determinação de condições para os produtos.

As regras de origem também podem ser entendidas como algo que dificulta o comércio internacional, ao se restringir a comercialização baseando-se no grau de industrialização de um produto em determinados países, ou outras exigências. As tarifas ainda podem ser aplicadas em algumas ocasiões específicas, o que se verá na previsão de sua utilização em outros acordos da OMC, como o de medidas compensatórias, e salvaguardas.

2.3.4 O Acordo SPS

O objetivo do Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS) foi a incorporação dos aspectos relacionados a medidas não tarifárias, especificamente a medida sanitária e fitossanitária, que poderiam afetar o comércio entre os Estados, além de garantir a utilização dessas medidas nos casos em que fosse necessário para a proteção da vida e da saúde humana, animal ou vegetal. A utilização de argumentos relacionados a esse tipo de questão para limitar o comércio internacional, foi reconhecida como um fator de extrema importância nas questões comerciais e que levava a indisposições entre as partes. A preocupação com os aspectos sanitários também foi um ponto que tomou importância no século XX pelo desenvolvimento dos métodos de produção de alimentos, estudos científicos sobre a nocividade de diversas substâncias e o questionamento do consumidor sobre a qualidade dos produtos industrializados, ou que sofriam a ação de qualquer outro produto durante o seu cultivo ou produção.

Nesse cenário de desenvolvimento tecnológico, o acordo veio para garantir aos Estados membros a possibilidade de aplicar certas medidas, e minimizar os efeitos negativos ao comércio derivados dessas medidas. Pode-se inferir que a aplicação desse acordo também garantiria em certo nível a proteção dos consumidores, o que se está presente em alguns painéis da OMC também em referência às medidas técnicas. Os próprios Estados partes alegam ao tomar certas medidas, que essas são para a proteção de seus nacionais.

O artigo 2, do acordo SPS, afirma exatamente esse ponto de que as medidas adotadas devem ser tão extensas quanto forem necessárias para a proteção da saúde humana, animal ou das plantas¹⁷⁸. A proporção de uma medida está relacionada à evidência científica do risco, ou comprovação dos riscos à saúde. E assim como o acordo TBT, o SPS também encoraja os Estados membros a desenvolverem normas e estabelecerem a harmonização de parâmetros de reconhecimento internacional.

¹⁷⁸ SPS, Art. 2, parág. 1: “Os Membros têm o direito de adotar medidas sanitárias e fitossanitárias para a proteção da vida ou saúde humana, animal ou vegetal, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as disposições do presente acordo.”

As medidas que não sejam cobertas pelo acordo SPS, provavelmente serão pelo TBT, ou mesmo pelo texto geral do Gatt. No artigo 1 do texto do SPS há a afirmação de que o acordo é aplicável a todas as medidas que possam afetar diretamente ou indiretamente o comércio internacional¹⁷⁹ e de que nenhuma medida afetaria os direitos estabelecidos pelo acordo TBT¹⁸⁰. Os limites do acordo estão estabelecidos em seu Anexo A, que estabelece as definições para a aplicação das medidas sanitárias e fitossanitárias, artigo 1, a-d. A alínea a, trata da saúde dos animais e preservação dos vegetais em relação a doenças e pragas, a alínea b, fala sobre a proteção da vida das pessoas e animais em relação a produtos alimentícios que possam se contaminar, enquanto as alíneas c e d tratam da entrada, erradicação e propagação de doenças ou pragas. Enquanto o acordo SPS trata principalmente dos produtos agrícolas, e sua possibilidade de riscos ou danos à saúde humana, animal ou vegetal, os demais produtos que também têm potencial de dano, mas que não são produtos de origem agrícola são considerados pelo acordo TBT.

O acordo prevê a harmonização das medidas e o trabalho conjunto com instituições internacionais de referência para o estabelecimento de padrões. A comissão de medidas sanitárias e fitossanitárias promove um espaço de discussão para cooperação, coordenação e harmonização, com decisões tomadas por consenso e, além disso, é responsável pela articulação institucional para a harmonização internacional com os Estados membros, e com as outras instituições que têm temas convergentes e atuam em conjunto com a OMC. A instituição de referência para alimentos é a Codex Alimentarius¹⁸¹, a qual está atualmente sob a administração da Organização Mundial da Saúde (OMS) e da Organização para Alimentos e Agricultura das Nações Unidas (FAO). Em relação a segurança animal a instituição responsável é o Escritório Internacional de Saúde Animal¹⁸², enquanto para questões fitossanitárias e

¹⁷⁹ SPS, Art. 1, parág. 1 – Este Acordo aplica-se a todas as medidas sanitárias e fitossanitárias que possam direta ou indiretamente afetar, o comércio internacional. (...)

¹⁸⁰ SPS, Art. 1, parág. 4 – Nada neste Acordo afetará os direitos dos Membros sob o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio no que se refere a medidas que não se encontrem no âmbito do presente Acordo.

¹⁸¹ Codex Alimentarius. Disponível em: <http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/en/>

¹⁸² Office International des Epizooties (OIE), consultar a página na internet para informações. Disponível em: <http://www.oie.int/>.

controle de pragas, a Convenção Internacional para a Proteção de Plantas¹⁸³, além da possibilidade de se usar normas e diretivas internacionais como referência para o acordo SPS.

O acordo SPS prevê assim como o TBT o reconhecimento mútuo de medidas e padrões. O artigo 4 do acordo, intitulado “equivalência” discorre sobre a possibilidade de reconhecimento de medidas entre os Membros, assim como a possibilidade de acordos bilaterais ou multilaterais para esse fim.

A aplicação de medidas relacionadas ao acordo SPS deve se pautar em três condições estabelecidas pelo próprio acordo e ressaltadas por Stoll: as medidas devem ser embasadas no risco, especificação dos elementos de não discriminação, e regras das medidas preventivas conforme as condições do art. 5.7 do SPS.

As medidas somente devem ser aplicadas se verificado a possibilidade de risco à saúde humana, animal e das plantas, e que sejam medidas que estejam em conformidade com os procedimentos homologados pelas organizações internacionais relevantes, citadas anteriormente. A questão da evidência científica é um ponto primordial a ser considerado na aplicação de qualquer medida sanitária ou fitossanitária, a qual parte da análise de processos e métodos de produção, testes e checagens de produtos, para a verificação de contaminação. A análise e declaração de áreas livres de certas enfermidades ou pestes também é possível dentro do acordo SPS. O uso de produtos e técnicas também são levados em consideração deixando aberta a verificação científica de novas técnicas e produtos e suas possíveis consequências de combinações não existentes à época do estabelecimento do acordo.

Além da evidência científica, o acordo prevê a possibilidade de risco como critério na aplicação das medidas sanitárias e fitossanitárias. Admitindo-se que há evidência científica e risco para a saúde, o Estado membro deve determinar um nível de proteção proporcional¹⁸⁴ ao cenário estabelecido. Segundo o artigo 5.4, “ao determinar o nível adequado de proteção sanitária ou fitossanitária, os Membros deverão

¹⁸³ International Plant Protection Convention (IPPC). Disponível em: <https://www.ippc.int/>

¹⁸⁴ SPS, Art. 5 – Avaliação do risco e determinação do nível adequado de proteção sanitária e fitossanitária.

considerar o objetivo de reduzir ao mínimo os efeitos negativos sobre o comércio”. O parágrafo seguinte evidencia a importância de se evitar diferentes níveis de proteção em diferentes situações para que não haja discriminação. Stoll ressalta que a congruência entre os artigos 5.4 e 5.5 do acordo SPS reforçam a consistência política, o que não haveria se dependesse somente das legislações nacionais.

A possibilidade de se aplicar medidas preventivas também é coberta pelo acordo, no artigo 5.7 está presente essa possibilidade durante um tempo razoável para que os Estados levantem pesquisas e informações adicionais. Esse tipo de medida se enquadra no princípio da precaução, o qual é comumente utilizado nos âmbitos do meio ambiente e da proteção do consumidor, como bem ressalta Stoll¹⁸⁵. Por outro lado, a questão do uso de uma medida como obstáculo ao comércio, ponto importante de estudo no acordo TBT, não aparece no acordo SPS.

Os Estados em desenvolvimento foram lembrados no texto do acordo, especialmente no cuidado nas análises de determinados fatos levando em consideração o impacto econômico, e os custos em se adotar métodos alternativos.

Assim como no acordo TBT, os Estados demandantes é que têm a obrigação de provar que uma medida adotada sob o SPS é necessária ou não, de acordo com os testes de necessidade desse acordo e outras avaliações. Para Kapterian, o artigo 5.6 do SPS, apresentaria o teste de medidas menos restritivas, ao invés de teste de necessidade, assim como a mesma autora denominou para o TBT. Porém, pode-se interpretar que a análise da possibilidade de aplicação de uma medida menos restritiva ao comércio seria o mesmo que se interpretar o quão necessária seria determinada medida, o que levaria a conclusão se a medida é mais ou menos restritiva. Outro autor que usa denominação semelhante é Trachtman¹⁸⁶, que se refere ao teste de alternativa menos restritiva ao comércio como o mesmo que teste da necessidade.

¹⁸⁵ STOLL e SHORKOPF, 2006, p. 146.

¹⁸⁶ TRACHTMAN, J.P., Trade and... Problems, cost-benefit analysis and subsidiarity, apud KAPTERIAN, 2010, p. 99.

2.3.5 Outros Acordos da OMC

Nesta seção são apresentados rapidamente outros acordos da OMC que tratam de pontos importantes da análise do artigo 2.2 do acordo TBT, como a necessidade e práticas restritivas ao comércio, os quais são recorrentes nos casos em que se questionam as medidas adotadas pelos Estados juntamente aos pontos sob o acordo TBT.

Medidas de defesa comercial

Os acordos que dizem respeito a medidas de defesa comercial são o acordo de subsídios e de medidas compensatórias¹⁸⁷, e o acordo sobre salvaguardas, os quais são apontados em alguns casos de disputas juntamente com o acordo TBT¹⁸⁸. Esses acordos possibilitam a imposição de barreiras temporárias ao se identificar as práticas previstas em cada um deles, as quais configuram práticas desleais de comércio. O acordo de subsídios e de medidas compensatórias (o qual engloba as medidas *anti-dumping*¹⁸⁹) são a base para a aplicação de medidas que neutralizam os efeitos decorrentes do aumento de importações de determinado produto a preços desleais.

A - Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias

O acordo permite a adoção de medidas compensatórias sobre os produtos importados que sejam identificados com distorção de preços, em decorrência do recebimento de subsídios. Os subsídios podem se caracterizar por um incentivo específico, ou redução nas taxas de juros de financiamentos, por exemplo. Além da

¹⁸⁷ Nesse caso deve-se considerar como defesa comercial somente as medidas compensatórias, pois subsídios não caracterizam ato de defesa comercial, mas política comercial que pode gerar resposta de outro Estado em forma de medida de defesa comercial.

¹⁸⁸ Os acordos de defesa comercial também contam com a referência à questão da necessidade, um dos pontos de análise nesse trabalho acerca do artigo 2.2 do TBT e devido a isso foram considerados para a sua inserção nesse trabalho.

¹⁸⁹ O *dumping* ocorre quando um país exporta um produto com um valor de exportação inferior ao valor comercializado no mercado interno (valor normal). O *anti-dumping* corresponde à aplicação de uma sobretaxa ao produto importado.

identificação da distorção do preço e dos subsídios no país de origem, o importador deve comprovar que essa prática possui nexos causal com os danos causados à indústria nacional fabricante de produtos similares.

Em relação às práticas restritivas ao comércio, o acordo cita essa expressão somente uma vez, no art. 15.5, ao se referir às condições que devem ser analisadas para se considerar os danos causados pelos subsídios. No seu artigo 3 faz referência a tratamento nacional, mas não trabalha a questão da necessidade (outro ponto de estudo no acordo TBT) de se aplicar um subsídio.

A parte 5 é a que trata das medidas compensatórias no acordo, a qual apresenta diversas diretrizes para a determinação das condições de aplicação das medidas, mas apesar do seu uso estar condicionado à necessidade de se reparar um dano, o texto do acordo não traz a expressão “necessário” para justificar o início da sua aplicação, mas somente para o tempo de vigência¹⁹⁰ para contra-arrestar o subsídio. Em relação à restrição ao comércio, afirma que a medida compensatória pode ser utilizada em resposta a uma medida que restringe o comércio (art. 15.5). Além desses pontos não há o que se falar em obstáculo ao comércio, pois a aplicação de um subsídio por um Estado não gera um obstáculo em si, mas uma condição de concorrência artificial no mercado internacional.

B - Acordo de salvaguardas

O acordo de salvaguardas permite que o Estado membro, aplique medidas de salvaguarda quando houver um grande volume de importações que estejam causando ou ameaçando prejuízos graves à indústria nacional. A salvaguarda se aplica a um determinado produto que esteja sendo investigado no Estado importador, atingindo assim os produtos com qualquer origem, sem determinação ou discriminação sobre o Estado fabricante para que haja a adoção das medidas de salvaguarda.

¹⁹⁰ Acordo sobre subsídios e medidas compensatórias: Art. 21 – Duração e revisão de direitos compensatórios e compromissos, e Art. 27 – Tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento Membros.

A medida de salvaguarda é um direito que pode ser aplicado para se barrar o aumento das importações de um determinado produto, em termos absolutos ou em termos relativos (em relação à produção nacional), que ameacem ou causem prejuízos graves à indústria nacional de produtos similares ou concorrentes diretos. Entre as medidas possíveis, há a restrição à quantidade de produto importado¹⁹¹, e qualquer medida não deve ser mais restritiva do que as condições de comércio prévias à adoção das medidas de salvaguarda. Um Estado em desenvolvimento, ainda pode estender a aplicação das salvaguardas por até dois anos, além do período máximo previsto no acordo que é de oito anos (arts. 7 e 9).

O acordo de salvaguardas faz referência a necessidade (arts. 5, 7 e 12) de se aplicar as medidas para a prevenção ou reparação de danos, ou como um modo de facilitar os ajustes a serem feitos. Em relação à restrição ao comércio, no artigo sobre a duração e revisão das salvaguardas, se afirma que a medida aplicada não deve ser mais restritiva do que era no período inicial. Devido ao fato das salvaguardas serem utilizadas em resposta a outra medida, nesse caso não se fala em criação de obstáculo ao comércio.

C - Acordo sobre regras de origem

O acordo sobre regras de origem estabelece os parâmetros para que os membros da OMC criem regras de origem não preferenciais, as quais não são vinculadas a preferências tarifárias estabelecidas em acordos regionais ou bilaterais de comércio. Assim, as regras de origem não preferenciais são aplicadas para os Estados que exigem a certificação (certificado de origem) de que os produtos foram produzidos pelos Estados exportadores.

O texto do acordo aponta para que as regras de origem não criem obstáculos desnecessários ao comércio em seu preâmbulo, e durante o texto do acordo trata da

¹⁹¹ Acordo sobre salvaguardas, Art. 5.1 – (...). Se é utilizada restrição quantitativa, tal medida não reduzirá a quantidade das importações abaixo do nível de um período recente. (...)

consideração sobre a necessidade, para que exista a aplicação das regras de origem, e que as medidas não devem criar condições restritivas¹⁹² ao comércio.

Os demais acordos da OMC que tratam de temas que podem ser aplicados como barreiras não tarifárias, ou a defesa das barreiras (como o acordo de medidas compensatórias) compartilham de uma base conceitual comum, refletindo de alguma forma os principais conceitos estudados no acordo TBT, como a questão da necessidade e obstáculos ao comércio. Isso demonstra a congruência entre os textos dos acordos da OMC, o que é de se esperar para a coesão da formação jurídica desse organismo internacional. Mesmo assim, pode-se concluir que além do acordo TBT, somente o acordo SPS apresenta de forma afirmativa e mais intensa as regras relacionadas à necessidade de aplicação das medidas, e a ressalva quanto ao uso de medidas que criam obstáculos desnecessários ao comércio.

Em alguns casos são exigidas medidas técnicas em conjunto com medidas sanitárias ou fitossanitárias como forma de garantir a qualidade dos produtos importados. As medidas sanitárias também podem ser adotadas em conjunto com as regras de origem, ao se determinar a contaminação ou salubridade de determinada região de origem do produto. Enquanto as salvaguardas e medidas compensatórias estudadas podem ser usadas pelo Estado que identificar um prejuízo decorrente da utilização de alguma medida prevista no acordo relacionado ao tema.

Após o entendimento sobre os obstáculos ao comércio internacional baseado em regulações técnicas e o descumprimento dos acordos da OMC, e em especial, o acordo TBT, deve-se entender o funcionamento das resoluções de disputas na OMC. Esse último tema é o foco do terceiro capítulo, o qual apresenta e analisa algumas questões sobre o sistema de resolução de controvérsias.

¹⁹² Acordo sobre regras de origem: Art. 2 – disciplinas durante o período de transição, e Art. 9 – objetivos e princípios.

3 AS RESOLUÇÕES DE DISPUTAS NA OMC

O entendimento sobre o funcionamento do sistema de resolução de controvérsias na OMC é primordial para a compreensão dos casos a serem estudados e das etapas cumpridas ou em andamento. Nesta seção discorre-se sobre o Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC) que contém os procedimentos das resoluções de disputas na OMC. Os principais pontos sobre as disputas levantadas sob o acordo TBT, e um panorama sobre a participação dos Estados em desenvolvimento como demandantes e demandados também são tratados neste capítulo, assim como a frequência de participação do Brasil.

Este capítulo apresenta assim, conceitos essenciais para o entendimento dos procedimentos da OMC na resolução de controvérsias, recomendando-se aos leitores que já possuem esse conhecimento a leitura a partir do item 3.3 deste capítulo.

3.1 O Sistema de Resolução de Controvérsias da OMC – Um Panorama

A OMC tem seu próprio mecanismo para resolução de disputas, o que a torna única em relação a esse tema e em comparação com outras organizações internacionais. A presença desse mecanismo garante certo nível de neutralidade e igualdade entre os Estados partes numa disputa, pois não dependem somente de seus próprios meios diplomáticos para se chegar a uma resolução, tendo suas questões analisadas pela organização.

Anteriormente, na vigência do Gatt antes da institucionalização da OMC, as disputas eram resolvidas com base no consenso entre as partes envolvidas. Esse consenso era inclusive na fase de instalação de um painel, assim uma das partes poderia negar que houvesse a discussão no âmbito do acordo. Os painéis poderiam ser abertos pelas partes contratantes que entendessem que os seus direitos estivessem

sendo anulados ou impedidos. O que podemos ver como uma falha na solução de controvérsias durante a vigência do Gatt é que a disputa também poderia ocorrer sobre outras regras de comércio. Nesse caso a reclamação se daria para um fato de não nulidade ou impedimento de direitos¹⁹³.

Segundo Trebilcock¹⁹⁴, na Rodada Tóquio iniciou-se a negociação sobre o Entendimento sobre solução de disputas, o qual excluía disputas sobre temas não relacionados ao Gatt. No Entendimento sobre solução de disputas estava também determinado os prazos para o estabelecimento de painéis, e a escolha dos membros dos painéis. Na Rodada Uruguai foram finalizadas as negociações para a conclusão do Entendimento sobre solução de disputas, o qual incluiu a existência de um órgão de apelação.

Na OMC foi estabelecido o órgão de solução de controvérsias (OSC), o qual tem uma base legal que garante o seu funcionamento e determina suas regras a partir do anexo 2, cujo título é Entendimento relativo às normas e procedimentos sobre solução de controvérsias (ESC)¹⁹⁵, do acordo da OMC. A principal diferença para a resolução de disputas no âmbito da OMC para o Gatt até 1994, é que na OMC não há a possibilidade de uma das partes impedir o estabelecimento do painel, e cada fase tem tempo limite para acontecer.

3.1.1 O Entendimento sobre Solução de Controvérsias

O anexo 2 do Gatt 1994 é o documento do Entendimento relativo a normas e procedimentos para a solução de controvérsias¹⁹⁶ o qual foi aprovado no Encontro de

¹⁹³ TREBILCOCK e HOWSE, 2001, Cap. 3 – Dispute settlement, p. 31.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 53.

¹⁹⁵ Em forma resumida em português será utilizado Entendimento sobre solução de controvérsias (ESC), do inglês Dispute Settlement Understanding (DSU). O ESC trata das questões de procedimento para painéis de especialistas e órgão de apelação, para os casos sob as regras da OMC. O ESC foi aprovado durante o Encontro de Marraqueche, em 1994, ao final da Rodada Uruguai.

¹⁹⁶ Documento disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-ESC_e.htm

Marraqueche, em abril de 1994 ao final da Rodada Uruguai¹⁹⁷. O documento é composto por 27 artigos, e 4 apêndices, os quais tratam das normas e procedimentos, como as consultas bilaterais; bons ofícios, conciliação e mediação; estabelecimento e funcionamento de painéis e do órgão de apelação; implementação de recomendações, compensações e concessões. O OSC realiza a fiscalização do cumprimento dos relatórios do painel, e determina a sanção nos casos de descumprimento dos relatórios. Além dos aspectos relativos ao funcionamento do sistema de resolução de disputas, o Entendimento ainda faz referência a arbitragem, ao tratamento especial para os Estados menos desenvolvidos e os termos de responsabilidade do secretariado¹⁹⁸.

Além do Entendimento relativo a normas e procedimentos para a solução de controvérsias¹⁹⁹, as Regras de conduta sobre procedimentos de soluções de controvérsias²⁰⁰, e as Regras de apelação²⁰¹ também regulam a solução de controvérsias na OMC. Essas regras permeiam todos os acordos da OMC, podendo ser aplicadas a qualquer tema, assim como ao acordo TBT, em estudo neste trabalho. A unificação de procedimentos presente atualmente se refere a existência de um único modelo de solução de controvérsias independente do tema, e do acordo sob o qual será discutida a disputa, garantindo a não fragmentação da OMC.

Os objetivos do OSC da OMC segundo o artigo 3 do ESC são a resolução de disputas em si, a proteção de direitos e obrigações recíprocas e o esclarecimento de provisões existentes conjuntamente às regras do direito internacional costumeiro em relação a tratados. A interpretação dos acordos da OMC é de competência exclusiva da Conferência Ministerial e do Conselho Geral. O mesmo artigo ainda chama atenção

¹⁹⁷ Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Ata final que incorpora os resultados das negociações comerciais multilaterais da Rodada Uruguai.

¹⁹⁸ Os apêndices do Entendimento são compostos pelo apêndice 1 que apresenta a lista de acordos cobertos; o apêndice 2 trata das regras e procedimentos adicionais aos cobertos pelos acordos; o apêndice 3 é relativo aos procedimentos de execução determinando os prazos máximos para cada fase do processo para a análise e resolução de uma disputa; e o apêndice 4 trata da composição dos grupos de especialistas para revisões.

¹⁹⁹ A aplicação do Entendimento no Gatt 1994 se difere da prática durante a vigência do Gatt 1947 a partir do momento em que unifica procedimentos e promove a inversão da regra do consenso.

²⁰⁰ Rules of conduct for the “understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes”. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm

²⁰¹ Appellate body – working procedures for appellate review. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_e.htm

para o fato de que o órgão não deve acrescentar ou diminuir o direito dos Estados partes envolvidos nas disputas. Nesses objetivos também se infere a manutenção e funcionamento do quadro jurídico da organização.

O acordo do Gatt de 1994 prevê as possibilidades de abertura de disputa, como disposto nos artigos XXII²⁰², e XXIII²⁰³ que tratam das regras para a abertura de disputas e as condições para um Estado parte pedir a abertura de um painel, considerando as questões de reciprocidade e obrigações. O segundo artigo citado garante ao Estado, que está sofrendo algum prejuízo no seu comércio internacional, o acesso ao mecanismo de solução de controvérsias baseado em fatos que estejam prejudicando as transações comerciais, e não necessariamente no descumprimento de obrigações legais. O mesmo artigo deixa aberta a condição de se avaliar outras circunstâncias que possam ser consideradas como prejudiciais ao comércio internacional.

O processo de resolução de disputas na OMC, embasado pelo Entendimento sobre Solução de Controvérsias, possibilita a solicitação de *consulta*, no qual pode haver ou não um entendimento entre as partes. Se não houver um entendimento na consulta, um painel de especialistas é estabelecido. A resolução de disputas na OMC é baseada em várias regras, sendo formada pelo o que Stoll²⁰⁴ chama de “sistema integrado de resolução de disputas” o que leva a uma análise conjunta do ESC e as regras constantes nos acordos da OMC. O Entendimento sobre solução de controvérsias trata das disputas sob qualquer assunto e acordo da OMC, ou seja, sobre bens, serviços e propriedade intelectual.

Os Estados que se sintam prejudicados por alguma medida podem entrar com um pedido para resolução de disputa no OSC da OMC, que tem um prazo de 30 dias para responder a consulta. No caso de não haver uma resolução satisfatória num

²⁰² Gatt, Art. XXII – Consultation, 2. The contracting parties may, at the request of a contracting party, consult with any contracting party or parties in respect of any matter for which it has not been possible to find a satisfactory solution through consultation under paragraph 1.

²⁰³ Gatt, Art. XXIII - Nullification or Impairment.

²⁰⁴ STOLL e SCHORKOPF, 2006, p. 72.

período de 60 dias ou consenso, o Estado pode solicitar a instalação de um painel²⁰⁵, no qual haverá uma mobilização de especialistas para a análise do caso.

Os Estados demandantes de um *painel* devem, segundo Trebilcock²⁰⁶, apresentarem as provas sobre o fato em questão. Nos casos onde há uma infração das obrigações sob um acordo da OMC, a ação é considerada *prima facie* como de anulação e prejuízo. A análise dos fatos é realizada pelos membros do painel somente após o início dos procedimentos do painel. A averiguação, segundo o artigo 11 do ESC tem como finalidade realizar uma análise objetiva da questão e dos fatos relacionados ao caso. O painel, em relação ao uso das fontes consultadas, tem discricionariedade para a escolha das declarações de especialistas que forem consideradas mais relevantes para serem referenciadas. A análise jurídica é feita sobre os acordos da organização, e podem também se embasar em decisões anteriores de painéis ou decisões ministeriais, além de convenções internacionais, costume e princípios gerais do direito²⁰⁷.

3.1.2 A Estrutura para a Resolução de Disputas na OMC

As *instituições* da OMC para a resolução de disputas são regidas por regras de independência, de conflitos de interesse e imparcialidade, que compõem as regras de procedimentos. As instituições²⁰⁸ da resolução de disputas na organização são o órgão de solução de controvérsias, os painéis, o órgão de apelação, o secretariado, árbitros, e instituições especialistas.

O *órgão de solução de controvérsias* é administrado pelo Conselho Geral, mesmo sendo um órgão independente que possui procedimentos específicos e um diretor especial eleito. O órgão é responsável pela organização do sistema de resolução de disputas e suas instituições, o que reflete em ações como decisões de orientação

²⁰⁵ Art. 6.1 ESC – direito ao estabelecimento de painel.

²⁰⁶ TREBILCOCK e HOWSE, 2001, Cap. 3, Dispute settlement, p. 68.

²⁰⁷ Ibidem, Cap. 3, p. 73.

²⁰⁸ STOLL, 2006, Cap. 3, Section 3 - The institutions of dispute settlement, p. 75 e página na internet da OMC, disponível em www.wto.org.

durante diferentes estágios de um processo de resolução de disputa, incluindo o estabelecimento de painéis, sua composição e relatórios. Esse órgão, segundo Stoll, representa a continuidade da competência política da OMC para a independência institucional, garantindo a resolução de disputas de modo diplomático.

Os *painéis* são formados por grupos de especialistas²⁰⁹ no tema em questão, sendo formados em natureza *ad hoc*, para cada caso. O estabelecimento de um painel acontece somente se no período de consultas não chegar a uma resolução para o caso, a não ser que haja consenso²¹⁰ para o não estabelecimento desse. Os especialistas devem ser pessoas qualificadas e de notório conhecimento podendo ser ou não funcionários do governo dos seus respectivos Estados. Estariam aptas a atuar como especialistas, segundo Trebilcock²¹¹, pessoas que tiverem trabalhado na diplomacia, no Gatt, ou como oficiais de comércio dos seus governos, enquanto fora da atividade pública seriam considerados professores ou pesquisadores das áreas de direito internacional do comércio ou política comercial internacional. A escolha dos especialistas para a composição do painel deve observar a diversidade de experiência nos temas de cada um.

O *secretariado* é responsável pela lista de especialistas que podem ser convocados para os painéis, e que serão ou não aceitos²¹² pelas partes envolvidas, registra as demandas dos Estados membros, e dá suporte técnico e de secretaria ao painel. O secretariado ainda promove treinamentos para os especialistas dos Estados membros sobre os procedimentos e práticas de resolução de disputas²¹³.

O *órgão de apelação* é composto por sete membros os quais são especialistas com notório conhecimento em direito e comércio internacional, com mandato de quatro anos (com possibilidade de uma reeleição) indicados pelo OSC, e não atuam em casos

²⁰⁹ Art. 8.5 ESC – o painel deve ser composto por três pessoas altamente qualificadas, independentes e que não sejam cidadãos de nenhum Estado envolvido. As partes podem indicar que sejam cinco especialistas, a partir de uma lista do Secretariado, a qual é formada por indicações dos Estados membros da organização.

²¹⁰ Art. 6.1 ESC.

²¹¹ TREBILCOCK, 2001, Cap 3 – Dispute settlement, p. 63.

²¹² Se as partes não concordarem com a indicação dos especialistas para os painéis em 20 dias, o Diretor Geral pode indicar os membros.

²¹³ Art. 27 ESC – Responsabilidades do Secretariado.

que envolvam seus Estados de origem. O órgão é um segundo nível de decisão no qual, havendo uma requisição, acontece uma revisão da primeira decisão proferida²¹⁴ pelo painel, podendo manter, alterar ou descartar a decisão do painel. A cada caso de disputa são direcionados três membros para atuarem nas discussões, e sua composição é comunicada aos membros após consultas ao diretor geral, e ao presidente do OSC.

A *resolução de um painel*, de acordo com o artigo 17 do ESC, somente será bloqueada em caso de um consenso negativo, ou seja, todos os membros da OMC, incluindo os Estados partes na disputa, devem concordar em negar a resolução. Esse tipo de decisão também pode ser aplicada a outros estágios da resolução de disputas. Segundo Prazeres, em relação à regra de consenso, anteriormente à entrada em vigor do ESC, o Estado parte na disputa participava na declaração do grupo por consenso tanto para a instalação do painel quanto para a aprovação do relatório do painel.

A *resolução* de uma controvérsia, segundo Jackson²¹⁵, pode seguir duas técnicas com orientações diferentes, a diplomacia orientada pelo poder, e a diplomacia orientada pelas regras. Essas orientações se definem pela “resolução através de negociação e acordo com referência (explícita ou implícita) ao *status* relativo de poder das partes, ou resolução através de negociação ou decisão com referência a normas ou regras às quais ambas as partes tenham acordado previamente²¹⁶”. Jackson ainda ressalta que nas duas técnicas, a negociação e a resolução de disputas são os mecanismos utilizados, mas devem-se observar os pontos usados para barganha.

O sistema de solução de controvérsias completa o sistema regulador do comércio internacional de modo a prover maior segurança e previsibilidade na arena internacional para os Estados e demais atores.

²¹⁴ Art. 17 ESC – Procedimentos para revisão.

²¹⁵ JACKSON, The world trade system, 2002, p. 109.

²¹⁶ Tradução livre de: “... settlement by negotiation and agreement with reference (explicitly or implicitly) to relative power status of the parties; or settlement by negotiation or decision with reference to norms or rules to which both parties have previously agreed.”

3.1.3 A Solução de Controvérsias na OMC e o OSC

Nesta seção, apresenta-se a estrutura da resolução de disputas na OMC, o órgão de solução de controvérsias (OSC), o procedimento para se chegar a uma solução com destaque para a participação dos atores e dos especialistas, além de tratar rapidamente sobre o órgão de apelação, instância de revisão posterior aos painéis.

O OSC foi criado para minimizar as diferenças de capacidades entre os Estados partes e garantir a discussão das questões que afetam o comércio internacional, porém alguns pontos ainda deixam em desvantagem os Estados menos desenvolvidos ou em desenvolvimento em relação aos Estados desenvolvidos.

No sistema de resolução de disputas da OMC, quatro características são apontadas por Hoekman²¹⁷: presença unicamente de governos; compensação por danos não é obrigatória; os custos do processo podem ser significantes; muitos casos são resolvidos bilateralmente.

A proposição de abertura de um painel podendo ser realizada somente a partir da motivação de um *governo* poderia deixar com que setores da indústria nacional prejudicados não aproveitassem a arena para a discussão do caso. Alguns governos de Estados menos desenvolvidos podem optar por não abrir uma disputa por receio de retaliações em outras áreas, como por exemplo, ajuda humanitária, ou mesmo ter o relacionamento político abalado. Dependendo do Estado, a participação do governo na arena da OMC não seria um problema à medida que o setor privado, como no caso brasileiro, possa apresentar sua demanda aos órgãos do governo que analisam a situação para realizar as discussões nas instituições internacionais como a OMC.

O segundo ponto, sobre a *compensação de danos*, diz respeito aos casos em que a resposta de um painel pode ser uma orientação pra mudança de alguma regra, ou outra medida que não envolva diretamente recursos financeiros a serem pagos ao Estado que foi prejudicado por aquela prática. O fato de não haver garantia que os

²¹⁷ HOEKMAN e KOSTECKI, 2001, p.87.

danos financeiros serão recuperados, pode ser um desanimador para a abertura da disputa. O não cumprimento da resolução de um painel poderia desencadear um processo de retaliação ao Estado descumpridor, porém os danos de um pequeno Estado contra um grande não afetariam de maneira significativa o comércio internacional do segundo, e o desgaste em uma aliança mal formada (possibilidade de insucesso) para se aplicar a retaliação também poderia ser alta.

Os *custos* que envolvem um painel são de dimensão diferente para os Estados conforme seu nível de desenvolvimento. Os Estados desenvolvidos possuem pessoal qualificado para as instruções nos painéis e possuem recursos para contratar especialistas para darem suporte aos casos em que estiverem envolvidos. Enquanto os Estados em desenvolvimento não possuem os mesmos recursos, ficando em defasagem. Sobre essa situação, o artigo 27.2 do ESC prevê que o secretariado da OMC provenha assistência técnica (jurídica) aos Estados em desenvolvimento que precisarem, o que acontece geralmente quando são respondentes nos painéis.

A resolução de disputa pelos painéis é um último recurso quando não se consegue uma resposta por outras vias. Assim, a OMC encoraja os membros a resolverem suas divergências *bilateralmente*. A primeira parte desse processo é o período de consulta, sendo um período em que as partes podem chegar a uma resposta sem levar o caso ao estabelecimento de um painel.

A OMC possui uma característica peculiar em relação a análise do cumprimento de seus acordos e normas no que diz respeito a consequência do seu descumprimento, que é a possibilidade de autorizar *sanções*. As sanções econômico-comerciais permitem retaliações e suspensão de benefícios, o quê, segundo Prazeres²¹⁸, faz com que a demanda pelo OSC seja maior do que a outros tribunais internacionais, e o índice de cumprimento de decisões desse órgão seja alto.

3.1.3.1 - Procedimentos para a resolução de uma controvérsia

²¹⁸ PRAZERES, 2003, p. 51.

O procedimento de resolução de disputas pode ser dividido em três partes: consultas, painel e apelação, e aplicação. As *consultas* são o primeiro passo para a tentativa de se resolver um conflito em relação aos acordos da OMC. Segundo Stoll, as consultas podem ser interpretadas como um elemento político e diplomático da resolução de disputas, e correspondem ao estágio inicial e obrigatório anterior ao estágio jurídico que é o estabelecimento do painel. O objetivo de uma consulta é uma solução que atenda às partes envolvidas.

As consultas têm a participação exclusiva das partes envolvidas, sendo que um membro realiza a consulta ao outro por escrito, e o procedimento é registrado no OSC. Durante esse processo não há interferência dos órgãos da OMC e nem análise sobre os esforços das partes para se chegar a uma solução. Outros procedimentos possíveis, e esses com abertura para participação de terceiras partes são os *bons officios*, *conciliação* e *mediação*.

Um Estado membro pode pedir a abertura de uma consulta ou disputa quando entender que outro membro não tenha atendido os dispostos no acordo, e tiver seus interesses prejudicados. Para que seja feita a requisição de abertura de um painel, a parte demandante deve ter passado pelo período de consulta, na qual é submetida sua demanda por escrito, contendo as razões, identificação das medidas em questão, e o embasamento legal (conforme os acordos da OMC). Durante a realização da consulta, o caso é tratado de maneira confidencial, sem divulgação de suas informações ao público²¹⁹.

Os bons officios, mediação e conciliação são procedimentos disponibilizados aos membros para a resolução de disputas e que não são obrigatórios para o estabelecimento de um painel, mas de acordo com o art. 5 do ESC, eles impactam no prazo²²⁰ entre a abertura da consulta e o procedimento voluntário eleito pelas partes, e o estabelecimento do painel. O procedimento em que as partes estiverem envolvidas pode continuar durante o painel caso as partes concordem.

²¹⁹ ESC, art. 4.6.

²²⁰ Se o pedido para o procedimento de bons officios, conciliação ou mediação ocorre até 60 dias após o pedido de consulta, o demandante deve aguardar 60 dias para a requisição do estabelecimento de painel. Art. 5, ESC.

O *painel* pode ter seus procedimentos divididos em quatro partes, sendo a primeira parte a primeira reunião que é a que trata da definição e conhecimento do tema e das terceiras partes envolvidas. A segunda reunião acontece após o recebimento das respostas sobre os questionamentos levantados por uma parte a outra, e é gerado um relatório provisório. A terceira parte se refere à fase de revisão do relatório, e em seguida a divulgação do relatório final (quarta parte) às partes e em seguida aos demais membros da organização.

Os painéis têm o direito de buscar informações onde for mais apropriado, podendo ser instituições especializadas no tema em discussão, organizações, órgãos de Estados membros (comunicado ao Estado sobre o contato). Além desse tipo de pesquisa, o painel pode consultar os próprios Estados, os quais devem fornecer as informações requeridas em tempo hábil, além da possibilidade de consulta a especialistas de maneira individual ou a um grupo de especialistas de revisão²²¹.

3.1.3.2 Especialistas

A requisição da abertura de uma disputa por um Estado membro faz com que o painel estabeleça um grupo de especialistas para dar suporte aos assuntos de natureza técnica, de forma detalhada²²². O grupo de especialistas é formado por pessoas qualificadas no tema em questão, com experiência, ficando submetido ao painel, e a esse entrega seus relatórios. A regra é de que o grupo seja composto por especialistas que sejam nacionais de Estados que não façam parte da disputa, mas há exceção para a participação de um nacional de alguma das partes nos casos em que não há especialistas sobre o tema em outros Estados. Os especialistas não podem atuar como representantes de governos e nem de organizações, mas podem consultar informações de instituições provenientes de Estados participantes das disputas desde que informe àquele governo previamente.

²²¹ Art. 13 – Right to seek information, ESC.

²²² Art. 14.2, TBT.

O Entendimento sobre solução de controvérsias prevê a possibilidade do painel em realizar consultas a fontes relevantes ou a especialistas sobre o tema em questão. Para os temas de barreiras técnicas ao comércio, o painel pode solicitar um relatório de um grupo de peritos para temas técnicos ou científicos, sem que esse relatório seja vinculativo. Essa possibilidade também está prevista no artigo 14.2 do TBT, no qual qualquer parte em disputa pode solicitar esse tipo de contribuição para o caso em relação às questões técnicas.

Um grupo de revisão de especialistas²²³ pode atuar nos casos em que o painel considerar necessário. O funcionamento desse grupo é regulado pelo Entendimento sobre resolução de disputas, o qual determina sua subordinação ao painel, suas funções e procedimentos. O grupo de especialistas pode realizar pesquisas e captar informações de qualquer fonte confiável, e como resultado de seu trabalho é elaborado um relatório sobre o qual as partes em conflito no painel podem comentar e responder antes da entrega do relatório final o qual apresenta uma conclusão por consenso do grupo²²⁴. Além da formação de um grupo de especialistas, outra opção é a indicação dos painéis e do órgão de apelação de especialistas, e organismos para serem consultados²²⁵. Nesses casos, segundo Marceau e Hawkins²²⁶, as regras explícitas no anexo 4 sobre grupos de especialistas, não se aplicariam²²⁷.

A consulta a especialistas, de acordo com Marceau e Hawkins, seria um contribuinte para o alongamento da duração dos painéis. Os procedimentos dos painéis que deveriam durar nove meses, se estenderiam a cerca de doze meses, pois os painéis somente têm condições de determinar a necessidade de consulta aos especialistas, e quais indivíduos ou organizações a serem consultados após as primeiras análises dos casos.

3.1.3.3 Órgão de apelação

²²³ DSU, Appendix 4, Expert review groups.

²²⁴ STOLL e SCHORKOPF, 2006, cap. 3, Dispute Settlement, p. 83.

²²⁵ DSU, art. 13.

²²⁶ MARCEAU e HAWKINS, 2012, p. 05.

²²⁷ Essa regra não está explícita no ESC.

Outro ponto de inovação com o estabelecimento da OMC em relação à resolução de disputas é a criação do *órgão de apelação*. O órgão possibilita o pedido de recurso tanto pela parte demandante quanto pela parte demandada em uma disputa, como um tipo de segunda instância. Os Estados atuando como terceira parte podem submeter suas alegações ao órgão, por escrito, se o caso estiver nessa instância, mas não podem solicitar a abertura de recurso à decisão do painel. Essa atuação aumenta a possibilidade de argumentação das partes e reduz os riscos referentes a erros e discussões sobre o resultado de uma disputa. A análise do órgão se limita a questões de direito e interpretações jurídicas das questões apresentadas no painel.

O órgão de apelação pode realizar suas próprias pesquisas e levantamento de informações para as análises dos casos, não se atendo somente ao trabalho realizado pelo painel. O órgão deve analisar a motivação do Estado em estabelecer determinada medida, os objetivos perseguidos, a legislação nacional e outras evidências. Como resultado das atividades, o órgão pode sustentar, modificar ou reverter indicações jurídicas e a decisão do painel. A existência do órgão de apelação permite a contestação ao resultado dos painéis, e segundo Trebilcock²²⁸, contribui para a diminuição da manipulação interna por uma elite profissional. Sobre isso, o mesmo autor ressalta a importância dos membros do painel não serem filiados a nenhum governo.

O resultado do trabalho do painel ou do órgão de apelação é um *relatório* no qual contém o descritivo do caso, alegações das partes e análise do painel ou do órgão. Nos casos em que a conclusão de qualquer dos dois órgãos for de que a medida analisada é incompatível com um ou mais acordos da OMC, deve-se então recomendar que o Estado membro responsável atue para que a medida se adeque aos referidos acordos. Essas recomendações podem sugerir as formas de implementação das ações para adequação das medidas, mas não podem aumentar ou diminuir os direitos e obrigações dos acordos da OMC (ESC, art. 19). Os painéis podem apresentar recomendações de ressarcimento de taxas captadas indevidamente, fazendo com que o Estado

²²⁸ TREBILCOCK e HOWSE, 2001, Cap. 3, p. 79.

demandado realize a devolução das taxas ou pague compensações aos outros Estados²²⁹.

A fiscalização do cumprimento dos relatórios dos painéis ou do órgão de apelação é realizada pelo OSC, assim como a autorização ou aplicação de sanções pelo descumprimento dos relatórios aprovados. Sendo que no caso das sanções (as quais podem ser somente no âmbito econômico-comercial) é necessária a aprovação por consenso, ou seja, o voto positivo de todos os Membros.

A execução da decisão do painel ou do órgão de apelação acontece em duas etapas: implementação voluntária e sanções. Na primeira etapa, espera-se o cumprimento imediato ou em prazo razoável. Caso não aconteça a implementação, há a possibilidade de compensações ou suspensão de concessões do Estado que não esteja cumprindo as decisões do OSC. O prazo para o cumprimento de uma decisão, nos casos em que não é possível a implementação imediata, é proposto pelo próprio Estado e analisado pelo OSC que comunica oficialmente o período autorizado para as adequações.

A compensação ou a suspensão de uma concessão deve ser requisitada pelo Estado atingido pela medida discutida no painel, quando a implementação das recomendações não tiver acontecido, e os prazos para tal estejam se esgotando. As negociações para uma compensação são realizadas, e nos casos em que não se chegue a um acordo, então se pode requerer a suspensão das concessões dadas ao Estado, a qual deve ser autorizada pelo OSC²³⁰.

3.1.3.4 Atores

²²⁹ Como exemplo podemos citar o caso do algodão, DS 267, disputa demandada pelo Brasil, gerada pelos danos causados ao comércio internacional de algodão, decorrente do uso indevido de subsídios aos produtores estadunidenses de algodão. O painel decidiu pelo pagamento financeiro proporcional aos danos, além de outras medidas compensatórias relativas a outros produtos provenientes do Brasil, constantes no Quadro para a solução mútua da disputa do algodão. O Brasil constituiu um grupo administrador do fundo receptor da indenização paga pelos Estados Unidos.

²³⁰ DSU, art. 22 – Compensation and the suspension of concessions.

A participação nos procedimentos para a resolução de conflitos é de exclusividade dos Estados membros da OMC. Os Estados podem atuar como demandantes ou demandados em qualquer nível de discussão, e como terceira parte em determinados casos. Os Estados que atuam como terceiras partes concordam com uma demanda apresentada primeiramente por outro Estado, podendo ser no processo de consultas, painel e apelação. Qualquer Membro que tenha esse interesse deve registrá-lo junto ao OSC, fazendo referência ao ESC como “terceira parte”.

Os Estados atuantes como terceiras partes têm direito de realizar manifestações orais ou escritas ao painel, e receber os documentos contendo as manifestações das partes em disputa. O Estado incluído como terceira parte pode fazer submissões por escrito ao painel, as quais são distribuídas às demais partes e compõem o relatório do painel²³¹.

A representação dos Estados na OMC acontece pela interação das delegações e representantes dos governos. Existe a possibilidade dos governos solicitarem apoio jurídico especializado, de acadêmicos ou juristas, os quais só podem se manifestar nos procedimentos se fizerem parte das delegações, com exceção do órgão de apelação que não aceita a presença de advogados²³².

Em relação às organizações não governamentais, essas podem ser referência no caso de consultas sobre temas específicos quando se busca instituições reconhecidas internacionalmente, e ainda há possibilidade de algum integrante compor a delegação de um Estado como especialista. A participação de uma organização não governamental independente de um Estado somente se daria na condição de *amicus curiae brief*²³³ nos painéis e apelações. Por fim, o público em geral, e cidadãos das partes envolvidas ou de outros Estados não tem participação nos procedimentos.

²³¹ DSU, art. 10 - Third Parties.

²³² STOLL e SCHORKOPF, 2006, cap. 3 - Dispute settlement, cap.4 – The dispute settlement procedure, p. 86.

²³³ Segundo Stoll, o *amicus curiae briefs* é uma instituição procedimental do ordenamento jurídico estadunidense, no qual terceiras partes não se envolvem diretamente no julgamento para o convencimento da corte. STOLL e SCHORKOPF, 2006, p.87, Nota de rodapé 60.

A organização do sistema de solução de controvérsias na OMC foi muito bem estruturada e tem apresentado bons resultados desde a sua implantação. Diversos Estados membros da organização já recorreram ao OSC, havendo o entendimento entre as partes mesmo durante as consultas sem a necessidade do estabelecimento de painéis. A possibilidade de participação de outros Estados como terceiras partes, e o espaço para sua manifestação contribuem para que esse seja um foro de discussões sobre as regras derivadas dos acordos da OMC.

3.2 As Disputas e o Acordo TBT

O acordo de barreiras técnicas sendo parte da OMC faz com que as controvérsias em seu âmbito sejam discutidas pelo mesmo órgão de solução de disputas da organização em geral. As definições sobre as regras de estabelecimento de disputas e solução de controvérsias no TBT estão dispostas nos artigos 14 e anexo 2 de seu texto. O seu escopo de discussão se enquadra no Entendimento de Resolução de Disputas²³⁴ da OMC, e se reafirma no Anexo 2 do TBT que trata dos grupos de especialistas técnicos nos painéis, e das regras e procedimentos para a resolução dos conflitos.

As disputas são tratadas no artigo 14 – Consultas e resolução de disputas do TBT, o qual reafirma que as consultas e disputas sobre os temas do acordo devem ser tratadas conforme os procedimentos do OSC da OMC, os quais estão previstos nos artigos XXII e XXIII do Gatt 1994.

3.2.1 A Demanda de um Estado (para uma consulta) e o Painel sobre o TBT

Os Estados em desenvolvimento têm assegurado pelo acordo TBT a garantia de um tratamento especial diferenciado para a aplicação das normas, o que se dá com a

²³⁴ DSU – Dispute Settlement Understanding, art. 14, TBT.

diferença em prazos para o estabelecimento de regulamentos (prazos mais longos), e direito a assistência técnica.

Os Estados membros da OMC têm acesso ao OSC, e qualquer um pode requisitar uma consulta, ou pedir o estabelecimento de um painel. O Estado que entender que esteja tendo um tratamento desfavorável para as suas transações comerciais deve analisar se há medidas discriminatórias para os seus produtos, que se enquadrem como descumprimento da cláusula da nação mais favorecida ou do princípio do tratamento nacional.

Se as medidas não são entendidas como discriminatórias, os Estados analisam outros pontos relacionados a essas medidas, como a legitimidade do objetivo que o Estado que está aplicando a medida tem com sua aplicação. Como o artigo 2.2 do TBT permite a utilização de outros objetivos além dos listados no seu texto, o Estado que aplica a medida poderá apresentar os seus argumentos para a justificativa da aplicação da medida em questão.

O Estado que demanda a solução para o caso é o responsável por apresentar as provas de que o Estado demandado esteja infringindo os pressupostos dos referentes artigos e acordos da OMC, e o Estado demandado deve obrigatoriamente responder. O Estado que contesta uma medida, pode argumentar contra a justificativa do Estado demandado, questionando o enquadramento da medida nos limites necessários para a garantia da defesa do interesse legítimo ou se essa é mais restritiva do que o necessário.

Para a análise da restrição ao comércio de uma medida, essa pode ser comparada com outras medidas aplicáveis e menos restritivas que alcançariam o mesmo objetivo proposto pelo Estado na aplicação da medida em discussão. Em alguns casos, a comparação entre medidas aplicáveis gera uma análise mais complexa principalmente quando não exista um produto nacional similar ao produto importado, não exista produto similar estrangeiro, ou a medida se aplique a todos os produtos importados. As medidas alternativas à medida em discussão são propostas pelo Estado demandante. A interpretação para a definição do que se considera restritivo ao

comércio nos casos apresentados nos painéis da OMC é dada pelo corpo de técnicos que analisam os casos no órgão de soluções de controvérsias.

Em todos os painéis analisados no período entre 2005 e 2014 se verificou forte presença de Estados como terceira parte. Nesses painéis, contendo referência ao artigo 2.2 do acordo TBT, há uma presença de no mínimo oito Estados como terceira parte em um painel, chegando a participação de 36 Estados no caso de Honduras demandando a Austrália sobre “Medidas sobre marcas e outros requisitos de embalagem (e embalagens genéricas)”²³⁵ para embalagens e produtos de tabaco”.

Nos casos em que um Estado participante de um painel como terceira parte que considere que uma medida discutida “anula ou obriga sob qualquer acordo, esse Membro deve ter possibilidade de um procedimento normal de resolução de disputas”²³⁶. Esses são os casos em que temos a mesma disputa sob diferentes demandantes em relação a um mesmo Estado demandando. Nesses casos, os Estados que atuam como terceiras partes na demanda original podem optar em participar das novas demandas ou não, realizando sua manifestação de adesão a cada uma delas. Entre os casos estudados neste trabalho o caso de “Medidas sobre marcas e outros requisitos de embalagem para embalagens e produtos de tabaco” contra a Austrália é um caso que teve esse tipo de desdobramento, chegando a cinco painéis. Da mesma forma, o caso COOL demandando os Estados Unidos se desdobrou em dois painéis.

Considerando o acordo TBT no que tange a resolução de disputas, qualquer Estado membro deve responder prontamente a qualquer demanda feita pelo grupo de especialistas de um painel. Nos casos em que os especialistas buscam informações em instituições sob jurisdição de um Estado, eles devem informar o Estado dessa atividade. As partes em disputa têm acesso às informações do grupo de especialistas, com exceção dos casos em que as informações sejam classificadas como confidenciais. As informações também são divulgadas na forma de um relatório preliminar que dá às partes a possibilidade de emitirem suas considerações, para a análise do grupo de

²³⁵ Plain packaging – embalagem genérica, com as mesmas características para qualquer marca ou fabricante, sem distinção.

²³⁶ ESC, art. 10.4.

especialistas na elaboração do relatório final. O relatório final de um painel é distribuído a todos os membros da OMC, e para análise do OSC.

As *regras e normas* para a análise nos casos de resolução de disputas na OMC são principalmente as dos acordos constitutivos da organização. Os painéis, segundo Stoll²³⁷, podem ainda consultar outros acordos internacionais que sejam relevantes para as disputas. A interpretação das regras, conforme previsto no artigo 3.2 do Entendimento sobre resolução de disputas deve seguir as regras costumeiras de interpretação do direito internacional público.

A questão a ser discutida no OSC é determinada pela parte demandante na ocasião do pedido de consulta assim como a referência jurídica questionada. Dessa forma, o painel não discute temas que não tenham sido abordados pelo demandante na consulta ou na requisição do painel, e não incluem na discussão outros acordos além dos citados que poderiam se enquadrar nos casos. Essa forma de definição do caso, incluindo o tema da questão levantada e os acordos e seus respectivos artigos, de acordo com Stoll²³⁸, delimitam o mandato do painel e sua atuação.

Os relatórios dos painéis e do órgão de apelação indicam recomendações e regras a serem seguidas pela parte demandada como meio para adequar as suas medidas aos acordos da OMC. O órgão de solução de disputas deve adotar os relatórios para que esses possam tomar *status* de cumprimento obrigatório. A partir da obrigatoriedade do cumprimento dos relatórios, passa-se a observação da implementação, o que é realizado pelo OSC. O não cumprimento das recomendações dará embasamento para a possibilidade de aplicação de sanções.

A observação da implementação e prazos – os membros têm a obrigação de aplicar as regras e recomendações imediatamente após a sua divulgação, tendo um prazo razoável para sua implementação. Nos casos em que o membro demandado em um painel, por resultado da disputa implementa as suas recomendações e regras completamente e mesmo após essas ações surge um questionamento sobre o cumprimento dos relatórios, o OSC pode instaurar um painel curto denominado *panel*

²³⁷ STOLL e SCHORKOPF, V - Applicable rules, interpretation and legal effect, 2006, p. 87.

²³⁸ STOLL e SCHORKOPF, 2006, p. 88.

de conformidade (compliance panels). Esses painéis publicam seu relatório em até 90 dias após a data de divulgação de sua atividade, e não impede que o Estado demandante aplique contramedidas ao Estado demandado durante a ocorrência desse painel.

As contramedidas aplicáveis podem ser consideradas “sanções comerciais”, o que segundo o art. 22 do ESC podem ser referentes a suspensão de concessões e outras obrigações, além da utilização de compensações. Essas medidas são de aplicação temporária, sendo a compensação de natureza voluntária e deve ser consistente com os acordos em questão. O direito à aplicação das sanções deve ser autorizado pelo OSC.

No próximo item será apresentando um panorama sobre a configuração das disputas no OSC para o período em estudo nesta dissertação.

3.3 As Disputas e a Participação dos Estados no OSC

Iniciando a análise das disputas ocorridas na OMC, nota-se que nos primeiros dez anos da organização houve a maior concentração de disputas levadas ao OSC, tendo ocorrido 324 disputas de 1995 a 2004, em uma média de 32 consultas realizadas por ano. No período de análise para a seleção dos casos a serem estudados nesse trabalho, de 2005 a 2014, o número de consultas no OSC diminuiu para 16 por ano. Já no ano de 2015, apenas para ilustração, iniciaram-se somente onze disputas como demonstrado na tabela 02.

Tabela 02: Número de disputas por período

Disputas na OMC	
1995 - 2004	324
2005 - 2014	164
2015	11
Total (1995 - 2015)	499

Fonte: OMC. Elaboração: Própria.

O período de dez anos para análise dos dados seguintes é de 2005 a 2014, correspondendo aos casos DS 325 a DS 488, totalizando 164 casos. Entre esses casos, somente 18²³⁹ deles indicaram consultas relacionadas ao acordo TBT.

Tabela 03: Formatação das disputas – nível de desenvolvimento dos Estados partes (2005 – 2014)

Demandante X Demandado	Nº casos
Em desenvolvimento X Em desenvolvimento	35
Desenvolvido X Em desenvolvimento	51
Em desenvolvimento X Desenvolvido	49
Desenvolvido X Desenvolvido	26

Fonte: OMC. Elaboração: Própria.

Considerando todos os casos em consulta ou painéis no período analisado (2005 a 2014), os Estados que atuaram mais vezes como demandantes foram Estados Unidos e União Europeia²⁴⁰ (27 vezes cada), Argentina e China (11 vezes cada), Canadá e Indonésia (8 vezes cada), e Brasil (5 vezes). Os Estados mais demandados foram: Estados Unidos (37 vezes), China (31 vezes) União Europeia (29 vezes), Argentina (7 vezes), Austrália (6 vezes), Canadá, Colômbia, Índia e Rússia (5 vezes cada). O Brasil foi demandado apenas três vezes no período, enquanto os Estados Unidos e a União Europeia foram os Estados mais atuantes.

Analisando a configuração dos casos nota-se que a distribuição de casos entre Estados desenvolvidos e em desenvolvimento é equilibrada. Ao se comparar essa informação com o número de participantes, observa-se o menor número de Estados desenvolvidos relacionados em consultas ou painéis demonstrando a concentração de questionamentos em torno das políticas e medidas adotadas por esses para o comércio internacional.

²³⁹ Considerando diferentes demandas sob o mesmo tema ao mesmo Estado.

²⁴⁰ Para o estudo a União Europeia, participante como ator legítimo na OMC, está sendo considerada como um Estado para facilitar a contagem de atores. O período em que a participação houve participação das Comunidades Europeias está sendo considerado como UE para a contabilidade final.

Tabela 04: Nº de Estados nos casos da OMC por classificação (2005 – 2014)

	Em desenvolvimento	Desenvolvidos
Demandantes	26	7
Demandados	21	6

Fonte: OMC. Elaboração: Própria.

Nota-se que os Estados que mais atuaram como demandantes ou demandados em disputas no OSC da OMC também figuram entre os maiores exportadores e importadores do mundo. Assim, pode-se concluir que sua participação nas discussões a partir de conflitos comerciais seria proporcional à sua representatividade no comércio internacional global.

Em seis casos o Brasil realizou consultas como o demandante principal, havendo somente em um caso invocado o acordo TBT (Indonésia — Medidas sobre a importação de carnes e produtos de frango)²⁴¹ em 2014. O Brasil foi respondente em quatro consultas²⁴², sendo que em nenhuma delas foi questionado sobre medidas relacionadas ao acordo TBT.

No período em estudo houve 13 casos²⁴³ envolvendo o acordo TBT, dentre os quais oito casos foram de Estados desenvolvidos sendo demandados por Estados em desenvolvimento. Em quatro desses casos, a amostra final deste trabalho, o Brasil atuou como terceira parte a partir da abertura dos painéis, quais sejam: EUA – Atum II, EUA – COOL, EUA – Cigarros de cravo, e Austrália – Embalagens genéricas para tabaco.

Visto a composição dos painéis na OMC, a atividade do OSC e após a compreensão sobre o funcionamento do sistema de resolução de controvérsias, no

²⁴¹ DS 484 – Indonesia – Measures concerning the importation of chicken meat and chicken products. Esse caso não foi considerado para as análises desse trabalho por estar, durante o período de pesquisa, ainda sob consulta. O painel foi composto somente em março de 2016.

²⁴² DS 497 - Brazil — Certain Measures Concerning Taxation and Charges (Complainant: Japan); DS 472 - Brazil — Certain Measures Concerning Taxation and Charges (Complainant: European Union); DS 355 - Brazil — Anti-dumping Measures on Imports of Certain Resins from Argentina (Complainant: Argentina); DS 332 - Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres (Complainant: European Communities).

²⁴³ A contagem dos casos foi realizada agrupando as demandas a um mesmo Estado, sob mesmo título, e as considerando como somente uma.

capítulo 4 encontra-se a análise dos casos selecionados para este estudo, conforme parágrafo anterior.

4 ANÁLISE DE CASOS NO TBT

Este trabalho de pesquisa e análise foi realizado para um período de dez anos (2005 – 2014), para se verificar entre as consultas apresentadas à OMC, quais os casos que envolveram o acordo TBT.

Analisa-se o procedimento das resoluções de disputas na OMC e os painéis que apresentaram como tema de discussão o artigo 2 do acordo TBT, com especial foco sobre o artigo 2.2. Neste trabalho não se tem o objetivo de analisar as notificações levadas à organização e nem as consultas relativas ao mesmo tema, mas os casos que efetivamente se transformaram em painéis.

Os casos selecionados são aqueles nos quais há a presença do Brasil como terceira parte envolvida e, na análise da formação desses casos, pode-se constatar uma predominância de Estados em desenvolvimento como reclamantes e Estados desenvolvidos como demandados. A análise dos casos com a participação brasileira como terceira parte se deu pelo fato do próprio país não ter apresentado nenhum caso como demandante no período analisado sobre o acordo.

Outros casos apontando o acordo TBT estão sob consulta na OMC, como o da Argentina sobre a regulamentação europeia de biodiesel (DS 459), de 2012, no qual entre os temas discutidos está o da sustentabilidade; e o caso do Canadá (DS 400) e da Noruega (DS 401) sobre o banimento de produtos de focas imposto pela União Europeia visando à proteção desses animais. Além desses, a já citada consulta a Indonésia (DS 484) acerca de medidas sobre a importação de carnes e produtos de frango, realizada pelo Brasil.

O foco da análise em relação às disputas escolhidas é o artigo 2.2 do TBT, o qual trata dos objetivos legítimos, obstáculos desnecessários ao comércio e outros temas complementares. Esta dissertação então analisa as disputas em que os painéis discutiram esse artigo, e seus entendimentos sobre as medidas adotadas pelos Estados demandados. Feito esse recorte metodológico, o ponto de partida se dá com

nove demandas que se agrupam em quatro painéis. Os três primeiros casos a serem analisados têm os Estados Unidos como demandado, enquanto o último tem a participação da Austrália como demandada. São os seguintes temas discutidos no OSC da OMC, e as respectivas referências para os casos:

- Medidas sobre a importação, marketing e vendas de atum e produtos de atum (DS 381);
- Requerimentos de rotulagem de país de origem (DS 384 e DS 386);
- Medidas afetando a produção e venda de cigarros de cravo (DS 406);
- Medidas sobre marcas e requisitos sobre outras embalagens aplicáveis a produtos e embalagens de tabaco (DS 434, 435, 441, 458, e 467).

4.1 Caso do Atum – Estados Unidos

4.1.1 O Caso DS 381

DS 381 – Medidas sobre a importação, marketing e vendas de atum e produtos de atum (EUA – Atum II).

Quadro 01:

ESTADOS	
Demandante	México
Demandado	Estados Unidos
Terceiras Partes	Argentina; Austrália; <u>Brasil</u> ; Canadá; China; Comunidade Europeia; Equador; Guatemala; Japão; Nova Zelândia; Noruega; República da Coreia; Taipei; Tailândia; Turquia; Venezuela.
ACORDOS CITADOS	
Gatt 1994	Art. I, III
TBT	Art. 2, 5, 6, 8
OSC	Consulta em 24 de outubro de 2008.

Este caso foi levado à OMC primeiramente pelo México na forma de uma consulta a qual foi realizada em 2008 sobre medidas decorrentes da legislação em vigor nos Estados Unidos. A legislação estadunidense apontada pelo México foi: o Código dos Estados Unidos, título 16, seção 1385 – Ato de informação do consumidor sobre proteção de golfinhos; Código Federal de Regulações, título 50, seção 216.91 – Padrões de rotulagem sobre proteção de golfinhos e a seção 216.92 – Requerimento de proteção a golfinhos para pesca de atum no Oceano Pacífico Tropical Leste (ETP)²⁴⁴ por grandes barcos; e jurisprudência derivada do caso *Earth Island Institute v. Hogarth*, 494 f.3d 757 (9th cir.2007).

As medidas estadunidenses determinavam o uso de um rótulo com os dizeres “golfinhos a salvo”²⁴⁵ para o atum e produtos de atum vendidos no país, mas não obrigava a utilização da indicação para a comercialização dos produtos. A possibilidade do uso da informação no rótulo estava relacionada ao método de pesca do atum e a área de pesca, excluindo os produtos de pesca com rede, na qual havia a possibilidade de se prenderem também golfinhos nessas redes. Apesar da comercialização de atum e produtos de atum nos Estados Unidos não ser condicionada a presença da inscrição no rótulo sobre os golfinhos, a preferência dos distribuidores e consumidores pelo produto com essa indicação tem valor comercial, e diferencial competitivo para o acesso ao mercado estadunidense.

O México alegou que: as medidas para o uso dos rótulos “golfinhos a salvo” em produtos de atum; e as condições para o acesso ao Departamento de Comércio dos Estados Unidos para a apresentação da documentação comprobatória de que a pesca do atum estava sendo realizada de acordo com os métodos previstos na legislação estadunidense; eram inconsistentes com os artigos I:1 e III:4 do Gatt.

Sobre o artigo 2 do acordo TBT, a demanda mexicana se referia ao tratamento menos favorável dado ao atum mexicano (art. 2.1), aos obstáculos desnecessários ao comércio internacional (art. 2.2), e o não cumprimento de padrões internacionais (art. 2.4). Em relação à documentação exigida pelos Estados Unidos, o México alegou que

²⁴⁴ Em inglês: Eastern Tropical Pacific.

²⁴⁵ Em inglês: dolphin-safe.

essa variava de acordo com a área de origem e de pesca do atum. As medidas adotadas pelos Estados Unidos, na posição mexicana seriam discriminatórias e desnecessárias.

Ainda no período de consulta, a Comunidade Europeia e Austrália se juntaram ao México, e em março de 2009 foi feita a requisição para o estabelecimento de painel, o qual foi aprovado em reunião de abril, e criado em dezembro do mesmo ano²⁴⁶. Em seguida mais 12 Estados²⁴⁷ apresentaram também seu interesse em participar do painel como terceira parte. Além dos acordos da OMC apontados pelo México como descumpridos pelos Estados Unidos, foi também indicada outra lei estadunidense sobre rotulagem como menos restritiva ao comércio do que as leis aplicadas para os produtos de atum.

O OSC entendeu que a medida aplicada pelos Estados Unidos se referia a uma medida técnica, pois determinava a composição do rótulo do produto, e as condições necessárias para poder utilizar os dizeres “golfinhos a salvo” nos rótulos. As decisões do painel e do órgão de apelação versaram sobre os seguintes temas e artigos dos acordos da OMC: TBT anexo 1.1 – definição de regulação técnica, TBT art. 2.1 – tratamento nacional e regulações técnicas, TBT art. 2.2 – não mais restritivo ao comércio do que o necessário, TBT art. 2.4 – padrões internacionais, ESC art. 11 e Gatt arts. I:1, III:4 – uso do direito econômico pelo painel.

Na primeira fase de análise do caso o painel chegou às seguintes conclusões: o primeiro ponto a ser definido pelo painel foi o de que as medidas de rotulagem “golfinhos a salvo” constituía uma regulação técnica. Sobre o tratamento nacional, o painel afirmou que o México teria falhado em justificar que o tratamento dado ao seu produto fosse menos favorável do que o produto originário de outros países ou do produto estadunidense. Além disso, o painel concluiu que os Estados Unidos não teriam sido inconsistentes com as obrigações sob o artigo 2.1. A respeito dos padrões internacionais, esses foram considerados para a definição de segurança dos golfinhos e

²⁴⁶ WT/DS381/5, de 15 de dezembro de 2009.

²⁴⁷ Para efeito de contagem a Comunidade Europeia foi considerada como um ator/parte.

da rotulagem em referência ao Acordo Internacional para o Programa de Preservação dos Golfinhos²⁴⁸, o qual foi utilizado como base²⁴⁹ para a medida estadunidense.

O órgão de apelação considerou a medida de rotulagem como discriminatória. O painel teria errado na interpretação de “tratamento não menos favorável”. A medida incidia sobre a competitividade do produto mexicano, o qual em sua maioria estaria sendo excluído do mercado estadunidense, devido ao tratamento menos favorável. Outra questão se relaciona à comparação entre os produtos com e sem rótulo pelos consumidores estadunidenses, que além da influência na competitividade, a rotulagem foi considerada contrária ao princípio do tratamento nacional contido no art. 2.1 do acordo TBT. O órgão ainda ressaltou o fato da medida não alcançar os produtos de atum pescados em outras áreas do oceano.

Na discussão sobre o artigo 2.1 o órgão de apelação afirmou que este artigo não deveria ser interpretado de forma que um método ou processo de produção particular fosse por ele mesmo considerado um tratamento menos favorável. Assim mesmo, na argumentação mexicana, ao indicar que a medida adotada nos Estados Unidos impactava nas práticas pesqueiras fora do país, e que o objetivo em relação ao método de pesca não era legítimo²⁵⁰, poderia ter havido a argumentação de que a prática impactava no produto comercializado entre os dois países de modo a impor um *obstáculo* ao comércio internacional, à medida que implicava no método de produção no país de origem. Isso se considerasse que a pesca do peixe se enquadrasse nas etapas de produção.

Ainda sob o artigo 2, o órgão de apelação reconheceu o Acordo internacional para o programa de proteção de golfinhos²⁵¹ como uma norma internacional relevante, de acordo com o previsto no art. 2.4 do acordo TBT.

²⁴⁸ Da sigla em inglês: AIDCP – Agreement on the International Dolphin Conservation Program.

²⁴⁹ WT/DS381/AB/RW – Report of the appellate body, November, 20th, 2015.

²⁵⁰ WT/DS381/RW – parág. 7.358.

²⁵¹ Agreement on the International Dolphin Conservation Program (AIDCP).

4.1.2 Artigo 2.2 do TBT em Relação ao Caso

A determinação dos *objetivos* propostos pela medida estadunidense demonstra o quão amplas são as possibilidades de determinação de objetivos pretendidos a partir do artigo 2.2 do TBT para a aplicação de uma medida técnica. Entre as possibilidades de proteção da vida animal, como espécies marítimas que estão ameaçadas, foi escolhido o golfinho, e identificado o risco causado pela pesca do atum. Essa discricionariedade está prevista no acordo TBT, dentro da qual os Estados Unidos atuaram. Outro objetivo colocado pelo Estado foi o de informação do consumidor, através da rotulagem do produto, acerca da condição dos golfinhos em relação ao método de pesca do atum. A inserção da informação nos rótulos de atum, para os Estados Unidos também contribuiria para a proteção dos golfinhos, uma vez que seria incentivado o método de pesca que não prejudicasse essa espécie.

A respeito da demanda mexicana relativa ao artigo 2.2 do acordo TBT, o painel concluiu que as medidas para a rotulagem estadunidense sobre a segurança dos golfinhos eram mais restritivas ao comércio do que o necessário para o alcance dos objetivos legítimos: a – garantir que os consumidores não seriam enganados em relação aos produtos de atum capturados de forma que poderia afetar os golfinhos; b – contribuição para a proteção dos golfinhos, assegurando que o mercado estadunidense não fosse usado para encorajar os pescadores de atum a capturas que afetariam golfinhos; considerando os riscos que o não cumprimento poderia criar²⁵². Dessa forma, as medidas adotadas pelos Estados Unidos foram consideradas inconsistentes com o artigo 2.2.

As conclusões do painel em relação ao artigo 2.2 do TBT se basearam no fato de que as medidas de rotulagem com a indicação de “golfinhos a salvo” atendiam somente parcialmente aos objetivos declarados pelos Estados Unidos. Ou seja, os objetivos legítimos não seriam plenamente alcançados com a aplicação da medida. Outro fato indicado pelo painel foi a concordância com a proposta mexicana de uma alternativa de

²⁵² Summary on DS 381 – United States – Measures concerning the importation, marketing and sale of tuna and tuna products.

rotulagem menos restritiva ao comércio (a rotulagem do Programa Internacional de Proteção dos Golfinhos)²⁵³ e que alcançaria o mesmo nível de proteção aos golfinhos proposto pela medida de rotulagem estadunidense.

O painel concluiu que as medidas adotadas pelos os Estados Unidos eram *mais restritivas do que o necessário* para o alcance dos objetivos apontados, modificando as condições de competitividade no mercado em detrimento do atum mexicano. Em seguida o órgão de apelação aponta que o painel original teria errado ao considerar as medidas adotadas como mais restritivas do que o necessário. Esse órgão considerou que as medidas propostas pelo México no lugar das adotadas inicialmente pelos Estados Unidos não levariam a resultados suficientes para alcançar os resultados pretendidos com a medida original.

Ao determinar se o *objetivo* da medida estadunidense seria legítimo, o órgão de apelação definiu como legítima, aquela medida que fosse legal, justificável ou apropriada²⁵⁴. Além da legitimidade, o órgão ao avaliar o conteúdo do objetivo para que ele fosse considerado um objetivo em relação ao acordo TBT, além da lista do artigo 2.2, a qual não é exaustiva, apontou também o preâmbulo do acordo TBT e o Acordo de Marraqueche. Tanto o painel original quanto o órgão de apelação admitiram a proteção aos golfinhos como objetivo legítimo, de acordo com o artigo 2.2 do acordo TBT²⁵⁵. Porém a medida não seria suficiente para a proteção dos golfinhos em outras partes do mundo. Assim, a conclusão do painel foi de que a medida cumpria parcialmente os objetivos legítimos de informação ao consumidor sobre a situação dos golfinhos na pesca do atum, e a promoção da defesa dos golfinhos nas atividades de pesca.

No relatório referente ao recurso ao artigo 21.5 do ESC²⁵⁶ demandado pelo México, o órgão de apelação relembra a afirmação do painel inicial, no parágrafo 1.4²⁵⁷. A conclusão do relatório de recurso foi de que em relação ao artigo 2.1 do TBT, os

²⁵³ AIDCP – Agreement on the International Dolphin Conservation Program.

²⁵⁴ US Tuna, WT/DS381/AB/R – parág. 313.

²⁵⁵ US Tuna, WT/DS381/RW, parág. 7.524.

²⁵⁶ ESC, art. 21 – Supervisão da aplicação das recomendações e decisões.

²⁵⁷ US Tuna, WT/381/AB/RW.

Estados Unidos teriam aplicado a medida de forma a existir um tratamento menos favorável ao atum mexicano. Os Estados que se manifestaram como terceira parte na apelação foram o Canadá, Japão, Nova Zelândia e União Europeia. O Brasil não se manifestou de forma independente sobre o caso, o que pode ser inferido de não haver em seu território o acesso à região do oceano Pacífico para a qual a medida estadunidense se referia, apesar de que isso não era um impeditivo para a sua manifestação visto que a União Europeia se manifestou mesmo não tendo acesso àquele oceano. O impacto da rotulagem nos produtos de atum se daria a qualquer produto independente da região de pesca, pois o rótulo não se aplicava aos produtos originários de outras regiões.

O órgão de apelação reverteu a conclusão do painel sobre o uso da rotulagem indicando que essa foi uma medida *mais restritiva do que o necessário* para o alcance dos *objetivos legítimos* dos Estados Unidos. O órgão de apelação afirmou que o painel teria feito uma análise superficial da medida e da proposta do México para substituir a medida em questão, e que essa proposta não teria o alcance pretendido para todas as áreas oceânicas. Assim, o órgão de apelação reverteu a conclusão inicial do painel de que a medida seria inconsistente com o artigo 2.2 do TBT.

Em sequência o México apresentou uma apelação condicional a respeito do artigo 2.2, a qual foi rejeitada. Na apelação o México alegava que o objetivo apresentado pelos Estados Unidos não era legítimo, e sobre a conclusão do painel a respeito da proposta de alternativa mexicana (que cobriria somente parcialmente os objetivos dos Estados Unidos).

Ao fim do painel, os Estados Unidos modificaram parte de sua regulação a respeito da origem do atum, método de pesca e certificado. Em 2015, o México solicitou um *painel de conformidade* sobre os artigos 2.1 do TBT, arts. I.1 e III do Gatt, no qual participaram como terceiras partes: Canadá, China, Coreia, Guatemala, Japão, Noruega, Tailândia e União Europeia.

Brasil e terceiras partes

Nesse caso o Brasil não apresentou argumentos, tendo havido a manifestação apenas do Canadá, União Europeia, Japão e Nova Zelândia como terceiras partes. Nenhuma das partes tratou do artigo 2.2 especificamente, mas a União Europeia concordou com o México sobre o ponto de que a medida estadunidense causava impactos, e que o painel deveria determinar se a medida seria imparcial. A Nova Zelândia fez observação semelhante, mas em relação ao artigo 2.1 do TBT²⁵⁸.

4.1.3 Considerações sobre o Caso

Neste caso, os Estados Unidos utilizaram o artigo 2.2 do TBT em relação às medidas adotadas, justificando que essas teriam sido aplicadas para a proteção da vida animal e meio ambiente, o que seria um objetivo legítimo. No painel, o que foi demonstrado foi que o consumidor não tinha acesso ao rótulo dos produtos nos casos da alimentação fora do lar, o que não teria impacto na demanda, e conseqüentemente não interferiria no incentivo ou não da pesca do atum fora dos padrões determinados pelos Estados Unidos. A medida pôde então ser considerada mais restritiva do que o necessário e criadora de obstáculos ao comércio.

Outro ponto importante discutido no painel foi o alcance da medida visto que essa se aplicava somente a aceitação de um método de pesca, e impactava no atum pescado em determinada região do oceano Pacífico, o que implicava diretamente na produção mexicana, ignorando outros métodos de pesca que poderiam também ser seguros para os golfinhos, e da pesca em outras regiões oceânicas.

O anexo 1.1 do TBT na explicação sobre regulação técnica aponta a possibilidade de cobrir os requisitos aplicáveis a produto, processos ou métodos de produção. Na definição de Stoll²⁵⁹, as regras de processos e produção relacionadas à produção não alteram o produto, que se enquadra na determinação da medida estadunidense em relação ao atum e produtos de atum. O painel analisou esse tema em conjunto com o art. 2.1 alegando que não poderia ser entendido como tratamento

²⁵⁸ WT/DS381/AB/RW/Add.1.

²⁵⁹ STOLL e SHORKOPF, 2006, p. 131.

menos favorável. Não foi analisada a questão em relação a criação de obstáculos desnecessários ao comércio, conforme o art. 2.2, o que poderia ter sido analisado em relação ao uso dos rótulos, a partir do desdobramento do método de produção como requisito para a obtenção do rótulo.

As decisões do caso Atum – II, segundo Shaffer, foram importantes em relação a quatro temas sistêmicos: o esclarecimento de temas dos artigos 2.1 e 2.2 do acordo TBT; a aplicação do acordo TBT em relação a rótulos; rotulagem baseada em produto não relacionado a métodos de produção para pesca de atum em alto mar em águas estrangeiras; relação das obrigações dos Estados membros com outros acordos da OMC²⁶⁰. A decisão sobre a medida da rotulagem de “golfinhos a salvo” ter sido considerada discriminatória, mas não ter sido considerada como desnecessária, ainda segundo Shaffer, teria sido uma decisão do órgão de apelação para a manutenção de sua legitimidade, frente a dificuldade em se determinar a “necessidade” de uma medida.

A respeito dos métodos de produção foi aceita a medida estadunidense mesmo se referindo a produção em outro Estado. Apesar da definição restrita da área de produção somente no oceano Pacífico, a proteção aos golfinhos prevaleceu na decisão do órgão de apelação. No acordo TBT está prevista a aplicação de medidas relativas a métodos de produção, o que possibilita a determinação nacional de um requisito, e sua exigência ao produto importado.

Além do atum pescado na região do oceano Pacífico, produto determinado pela medida estadunidense, o atum pescado em outras áreas estaria em desvantagem competitiva no mercado dos Estados Unidos. Pois esses não teriam a possibilidade de obter a rotulagem informando o método de pesca mesmo que preservando as condições de vida dos golfinhos, por não se enquadrarem nos requisitos relacionados ao local da pesca. As regras para a aplicação da medida além de interferir diretamente no produto importado do México, também causava diferença nas condições de competitividade no mercado para os produtos importados de outros Estados.

²⁶⁰ SHAFFER, 2013, p. 8-9.

A argumentação sobre obstáculos ao comércio internacional não foi realizada no caso EUA – Atum II de forma direta, não aparecendo o termo “obstáculos” nos relatórios do painel, de apelação ou nos recursos. Ao se analisar as etapas desse caso, viu-se que o tema obstáculos foi tratado de forma subjetiva nas discussões sobre medidas mais restritivas ao comércio do que o necessário, e mesmo nas discussões sobre tratamento menos favorável. A questão das medidas mais restritivas do que o necessário foi bastante discutida em relação ao artigo 2.2, principalmente sobre a utilização de outras normas em substituição à aplicada pelos Estados Unidos e ao uso do rótulo.

Vale ainda a análise em relação ao artigo 2.4 do TBT, sendo relacionado a aplicação das normas internacionais (consideradas como referência pelo OSC), as quais devem ser a primeira opção para os regulamentos técnicos. No caso EUA – Atum II, a indicação mexicana da normativa AIDCP foi considerada relevante pelo painel, apesar do México não ter conseguido provar a sua eficácia, mas não foi aceita pelo órgão de apelação sob o art. 2.4 do TBT revertendo a decisão do painel²⁶¹.

Apesar de a disputa ter concluído com o reconhecimento da discriminação de produtos provenientes da área ETP e fora dessa área, e de que os requisitos de rotulagem fossem mais restritivos ao comércio do que o necessário, a implementação das medidas indicadas pelo OSC não proveu nenhum tipo de reparação aos demandantes. O aumento de requisitos para os atuns pescados fora da área ETP não implicará em abertura de mercado para o produto mexicano, ou para os produtos provenientes de outros Estados.

A participação dos Estados no comércio internacional²⁶².

No período de 2005 a 2014 as partes demandantes foram responsáveis por 40% das exportações de peixes no mundo, isso considerando peixes como um todo e não

²⁶¹ WT/DS381/AB/RW, p. 13-14.

²⁶² Dados do UN Comtrade, com base nos códigos do sistema harmonizado de classificação de mercadorias - SH 030194, 030195, 030231, 030232, 030234, 030235, 030236, 030239, 030341, 030342, 030344, 030345, 030346, 030349, 030487, 160414.

somente o atum. Essa análise sobre a comercialização de peixes é realizada dessa maneira por não haver um código específico para atum no sistema harmonizado de classificação de mercadorias. Assim não há como calcular o percentual dessa espécie entre os peixes comercializados em bases de dados oficiais.

Entre os 10 maiores exportadores de pescados estão: Tailândia (1º), Espanha (2º), Equador (3º), Coreia (6º), França (7º), China (9º). Os Estados Unidos foram o 19º maior exportador enquanto o Brasil foi o 43º exportador, tendo exportado o equivalente a US\$ 179,7 milhões no período estudado.

Nas importações dos Estados Unidos, 47% do valor importado no período foi de produtos originários dos Estados partes na disputa. Nas importações totais dos Estados Unidos houve 31% do valor importado sendo proveniente da Tailândia, seguida de Equador 9%, China 1,6% e México 1,5%. O Brasil foi o 7º maior fornecedor entre as partes em disputa do qual os Estados Unidos compraram US\$ 59,5 milhões em pescados, de um total de US\$ 9,4 bilhões no período.

No ano de abertura da disputa, as importações estadunidenses de pescados mexicanos caíram 23%, em 2009 tiveram nova queda de 6%, e até o final da disputa ainda não havia voltado aos valores anteriores à disputa. As importações provenientes do México chegaram a ultrapassar os US\$ 25 milhões em 2005, durante as discussões na OMC ficaram em média em US\$ 12 milhões por ano.

4.2 Casos COOL – Estados Unidos

A medida COOL, sigla em inglês de Rotulagem de país de origem²⁶³, foi derivada do Ato de comercialização agrícola de 1946, o qual recebeu como aditivo a Farm Bill de 2008 para implementação naquele mesmo ano nos Estados Unidos. A medida determina a obrigação de informar aos consumidores no varejo o país de origem de determinadas *commodities*, incluindo a carne bovina e suína. De acordo com a medida,

²⁶³ COOL – country of origin label.

uma carne só poderia ser considerada como estadunidense se o animal tivesse nascido, crescido e sido abatido nos Estados Unidos. Segundo a definição, os animais exportados vivos para recria e engorda, ou abate imediato não gerariam produtos estadunidenses, mesmo com o processamento desses produtos ocorrendo nacionalmente.

A medida COOL determinava o uso de cinco rótulos diferentes, sendo quatro para carne bovina, e um para a carne suína. Os rótulos para a carne bovina indicavam da categoria A à D o quanto o produto era nacional, sendo de categoria A – Estados Unidos como país de origem, aquele produto derivado de um animal nascido (ou nascido no Alasca ou Havaí e transportado em até 60 dias de vida para os Estados Unidos) e criado no país, e havendo o processamento da carne também no país. A categoria B - Vários países de origem, correspondem a animais nascidos no México ou Canadá, criados nos Estados Unidos, e categoria C – Importados para abate, referente a animais abatidos nos Estados Unidos, enquanto a categoria D – Origem no exterior, se refere a produto importado²⁶⁴.

A questão relacionada à política dos Estados Unidos – COOL – levou a abertura de dois painéis na OMC: DS 384 e DS 386 tendo como demandante o Canadá no primeiro caso, e o México no segundo caso. Nos dois casos há os mesmos Estados atuando como terceiras partes, inclusive com a participação do México como terceira parte no caso demandado por Canadá e esse, no caso mexicano. Apesar de haver duas disputas abertas no sistema de solução de controvérsias da OMC, as demandas do Canadá e do México foram analisadas conjuntamente, gerando relatórios os quais abordavam os dois casos.

No caso iniciado pelo Canadá, esse alegava que a medida prejudicava suas exportações de gado bovino e de suínos, enquanto no caso do México, se aplicava somente ao gado, os quais teriam como destino final a produção de carne para comercialização nos Estados Unidos. Esses produtos então estavam expostos à medida COOL, a qual, segundo os demandantes, não visava a informação ao

²⁶⁴ Table one: Cool origin labels. In: MELTZER and PORGES, Beyond discrimination, 2013.

consumidor sobre a origem, servindo apenas para a proteção dos produtos estadunidenses da concorrência com os produtos importados.

4.3.1 O Caso DS 384

DS 384 – Requisitos de rotulagem sobre país de origem²⁶⁵ (EUA – COOL).

Quadro 02:

ESTADOS	
Demandante	Canadá
Demandado	Estados Unidos
Terceiras Partes	Argentina; Austrália; <u>Brasil</u> ; China; Colômbia; Guatemala; Índia; Japão; México; Nova Zelândia; Peru; República da Coreia; Taipei; União Europeia.
ACORDOS CITADOS	
Gatt 1994	Art. III:4, IX, IX:2, X:3, XXIII:1(b), X:3(a)
TBT	Art. 2, 2.1, 2.2, 2.4
SPS	Art. 2, 5, 7
Regras de Origem	Art. 2, 2(b), 2(c), 2(e), 2(j)
OSC	Consulta requisitada em 1º de dezembro de 2008.

O Canadá apresentou pedido de consulta à OMC sobre a medida COOL, alegando que a medida adotada pelos Estados Unidos estava sendo inconsistente com os acordos da OMC, dentre eles, o TBT e seu artigo 2. Em outubro de 2009 foi autorizada a abertura de um painel para a análise do caso, contendo inicialmente 10 Estados como terceiras partes, com mais quatro adesões posteriores²⁶⁶, incluindo o Brasil.

²⁶⁵ Título em inglês: Certain Country of Origin Labeling (Cool) Requirements.

²⁶⁶ A Comunidade Europeia está sendo considerada como uma parte.

4.3.2 O Caso DS 386

DS 386 – Requisitos de rotulagem sobre país de origem (EUA – COOL).

Quadro 03:

ESTADOS	
Demandante	México
Demandado	Estados Unidos
Terceiras Partes	Argentina; Austrália; <u>Brasil</u> ; Canadá; China; Colômbia; Guatemala; Índia; Japão; Nova Zelândia; Peru; República da Coreia; Taipei; União Europeia.
ACORDOS CITADOS	
Gatt	Art. III, IX, X, X:3(a)
TBT	Art. 2,12
SPS	Art. 2, 5, 7
Regras de Origem	Art. 2
OSC	Consulta solicitada em 17 de dezembro de 2008.

A demanda mexicana foi embasada em quatro diferentes acordos da OMC, sendo que em relação ao artigo 2.2 do TBT fez referência a restrição ao comércio que a medida COOL estaria provocando, a desproporção quanto aos riscos que poderiam surgir do não cumprimento da medida, e a pequena contribuição que a medida teria para os objetivos almejados pelos Estados Unidos. Com isso, o México concluiu que a medida era desnecessária e inconsistente com o referido artigo do TBT.

O México alegou que a medida COOL deveria passar pelo teste da necessidade em duas etapas, sendo a primeira de análise relacional envolvendo pesos e balanceamento dos fatores indicados pelo órgão de apelação (três etapas descritas anteriormente), e a segunda análise seria a comparação da medida COOL com outras medidas alternativas em que também haveria o balanceamento. O México alegou que segundo o órgão de apelação, essa comparação não seria realizada em alguns casos, como por exemplo, naqueles em que a medida pareça não ser restritiva ao comércio, ela não seria contrária ao artigo 2.2. Para o México, se uma medida restringe o

comércio, e não contribui para o objetivo proposto, ela é inconsistente com o artigo 2.2²⁶⁷.

O México também afirmou que a verificação da “importância relativa” dos interesses comuns ou valores perseguidos pela medida deveriam ser analisados. Para esse Estado, a importância relativa e os interesses comuns não estavam sendo contemplados sob o teste da necessidade do artigo 2.2. O painel deveria realizar o primeiro passo do teste da necessidade averiguando a necessidade da medida e a relativa importância dos interesses objetivados, e o segundo passo fazendo a análise da legalidade da medida, incluindo o grau de contribuição para os objetivos, a restrição ao comércio, e os possíveis riscos do não cumprimento²⁶⁸. O acesso a informação sobre o país de origem para o consumidor, segundo o México, não alcançavam o nível de importância condizente com a proteção da vida humana e animal quanto aos riscos à saúde.

4.2.1 As Etapas dos Casos 384 e 386 no OSC

A - Painel

O painel determinou que a medida COOL (de requerimento de rotulagem para carnes com informações do país de origem) é uma regulação técnica conforme entendido no acordo TBT, identificando o grupo de produtos submetidos à medida (carne bovina e suína), determinando características dos produtos e exigência obrigatória de utilização de rotulagem conforme as normas. E a sua aplicação foi considerada inconsistente com as obrigações dos Estados Unidos na OMC.

A conclusão do painel sobre a medida foi de que a aplicação do COOL não alcançava seus objetivos de informação aos consumidores sobre a origem dos produtos, violando o artigo 2.2 do TBT e não cumprindo os objetivos legítimos²⁶⁹. E

²⁶⁷ WT/DS384/RW e WT/DS386/RW, parág. 7.293.

²⁶⁸ WT/DS384/RW/Add. 1 e WT/DS386/RW/Add.1, p. B.21.

²⁶⁹ WTO Dispute settlement: one-page case summaries – 1995-2014, US – COOL (DS 384,386).

ainda a aplicação da medida foi considerada desnecessária pelo painel na análise em relação à segurança dos alimentos. Além disso, o painel concluiu que a medida violava o artigo 2.1 ao gerar tratamento menos favorável aos produtos importados do Canadá²⁷⁰ e do México do que ao gado e aos produtos nacionais.

Os Estados Unidos fizeram um pedido de apelação sobre as conclusões do painel sob os dois artigos apontados no TBT, enquanto o México solicitou que a resposta do painel sobre o artigo 2.2 tivesse mais informações, além de fazer apelações condicionais sob os artigos III:4 e XXIII:1(b) do Gatt 1994.

B - Órgão de apelação

O Canadá levantou pontos no órgão de apelação ainda em referência ao artigo 2.2 do acordo TBT. Para esse Estado, ainda era necessário diferenciar a informação ao consumidor, entre o entendimento geral sobre origem e o entendimento dos Estados Unidos, pois a medida não atenderia ao objetivo de provimento de informações ao consumidor. Mas o órgão manteve o posicionamento de que o Canadá teria falhado em argumentar porque a determinação da origem do produto seria ilegítima.

O órgão de apelação sustentou a afirmação do painel de que os Estados Unidos violaram o artigo 2.1 em relação ao tratamento menos favorável ao gado e porcos importados do que aos animais domésticos, rejeitando a apelação dos Estados Unidos. Mas o órgão de apelação reverteu a indicação do painel de que a medida COOL violava o artigo 2.2, no referente ao não enquadramento de objetivo legítimo para prover informação aos consumidores sobre a origem.

Ao analisar a decisão do painel, o órgão de apelação verificou que o painel teria errado ao concluir que a medida COOL não preenchia todos os requisitos previstos no artigo 2.2 do TBT para sua aplicação. A medida não precisaria cumprir com todos os pontos do artigo para ser aplicável, pois a medida atendia ao seu “objetivo legítimo” de “prover informações aos consumidores sobre a origem”. Para o órgão de apelação, o

²⁷⁰ WT/DS384/RW de 20 de outubro de 2014.

painel teria errado ao considerar que para a congruência com o artigo 2.2, a medida teria que estar completamente relacionada ou prover as condições completas para o alcance do objetivo legítimo, sem considerar que a medida poderia ser contribuinte para o alcance do objetivo almejado pelos Estados Unidos. O órgão de apelação entendeu que esse ponto sendo atendido, significava a não violação do artigo, e reverteu a decisão do painel que era de inconsistência com o artigo 2.2, mas esse órgão não conseguiu fazer uma análise jurídica completa para determinar se a medida seria “mais restritiva do que o necessário” para o alcance dos objetivos legítimos conforme o artigo 2.2.

A medida COOL foi considerada onerosa para a importação de animais vivos, e rejeitou a argumentação estadunidense de que as conclusões do painel teriam sido feitas com base em “hipóteses incorretas” não baseadas nas condições comerciais atuais. O órgão de apelação ainda indicou a falta de exatidão dos rótulos, sob a medida COOL que foi modificada, e reforçou o entendimento de custos desproporcionais para produtores de animais e processadores de carnes, além de haver uma regulação distinta para os produtos importados e para os nacionais (foi identificado que a maior parte das carnes produzidas e comercializadas nos EUA não possuía as informações de rótulo que estavam sendo exigidas dos produtos importados), prejudicando a competitividade dos produtos.

C - Painel de conformidade

O painel de conformidade concluiu que o demandante não havia alegado que a medida COOL era mais restritiva do que o necessário, conforme o significado presente no art. 2.2 do TBT. E esse painel concluiu, que mesmo com suas limitações de cobertura a medida contribuía mesmo que parcialmente para o objetivo de prover informações aos consumidores sobre a origem do produto. Mas a medida, teria também aumentado “consideravelmente o grau de restrição ao comércio”, indicada na demanda original da disputa. Em relação aos riscos do não cumprimento da medida, poderia criar para o consumidor uma situação com diferentes tipos de informação sobre o país de

origem do produto. Por fim, este painel não considerou as medidas propostas pelos demandantes como solução para o caso, e o painel também não teve conclusões suficientes para indicar que a medida COOL seria mais restritiva do que o necessário em face das medidas alternativas propostas.

4.2.2 Artigo 2.2 – TBT em Relação às Duas Demandas

Os casos DS 384 e DS 386 se diferenciaram pela referência que os demandantes fizeram aos acordos da OMC, sendo inclusive o indicador para a abertura do segundo caso a partir do momento em que o México entendeu que as medidas adotadas pelos Estados Unidos impactavam no comércio internacional de maneira diferente da interpretada pelo Canadá. Em referência ao acordo TBT especificamente, enquanto no primeiro caso se apontava o artigo 2 de forma geral, e os artigos 2.1, 2.2, e 2.4 de forma específica, o segundo caso além do artigo 2, incluiu o artigo 12.

Entre os *objetivos legítimos* previstos no texto do artigo 2.2, não há o objetivo apresentado pelos Estados Unidos para a medida COOL, fazendo com que acontecesse a análise da legitimidade do objetivo. O painel identificou os objetivos da medida COOL como: prover informações sobre origem ao consumidor; prover da forma mais clara e precisa possível informações ao consumidor; e prover informações sobre a origem como declarado pelos Estados Unidos²⁷¹. O primeiro objetivo, relacionado a informações ao consumidor foi afirmado na conclusão do painel, mas a medida não alcançaria de forma satisfatória o objetivo de prover essa informação aos consumidores, sendo então inconsistente com o artigo 2.2 do TBT.

O órgão de apelação considerou a análise das medidas apresentadas como alternativas, e da medida COOL para a determinação da necessidade da medida para o alcance do seu objetivo, realizando uma análise comparativa. O órgão concordou com o painel no ponto relativo a uma medida proposta pelos demandantes como alternativa à medida COOL, onde se teria menos informações, mas uma cobertura maior de

²⁷¹ WT/DS384/RW e WT/DS386/RW, parág. 7.319.

produtos, que poderia contribuir de forma equivalente à medida COOL. Esse órgão também concordou com o México e Canadá na indicação de que o painel teria errado em considerar que os dois países teriam falhado na indicação de que a medida era mais restritiva ao comércio do que o necessário. O painel teria deixado de analisar dois tipos de rótulos COOL para determinar que a medida realizava uma “considerável mas parcialmente necessária” contribuição para o objetivo de prover informações ao consumidor. Assim, o órgão considerou que o painel deveria ter analisado juridicamente as consequências do não cumprimento da medida COOL. O órgão de apelação analisou os “riscos que o não cumprimento poderia criar” em conjunto com um fator presente no Gatt e no Gats que é o referente a “importância relativa do objetivo”²⁷². Apesar de ter considerado a medida como contribuidora para o alcance dos objetivos almejados, e que a medida ajustada contribuía mais que a medida original, o órgão também não pôde determinar o grau de contribuição da medida para o objetivo.

Segundo o relatório sobre o caso, o órgão de apelação afirmou que o painel não deveria ter se eximido de fazer um julgamento sobre a medida COOL, quando o painel concluiu sobre não ser possível determinar a gravidade das consequências do não cumprimento da medida COOL. Apesar do órgão de apelação não ter encontrado evidências de que a medida COOL fosse inconsistente com o artigo 2.2, ele reverteu a decisão do painel de que o Canadá e o México teriam falhado ao fazer a demanda para a disputa.

Analisando o significado de “*mais restritivo do que o necessário*” apontado no artigo 2.2, o órgão de apelação indicou ser necessário avaliar os seguintes fatores: o grau de contribuição da medida para o alcance do objetivo legítimo em questão, a restrição comercial da medida, a natureza dos riscos em questão e a gravidade das consequências que surgiriam do não alcance do objetivo definido pelo Membro aplicador da medida²⁷³. Esse posicionamento teve a concordância das partes.

²⁷² WT/DS394/RW e WT/DS396/RW, parág. 7.310.

²⁷³ Appellate Body Report, US Tuna II (Mexico), parág. 322, apud WT/DS384/RW – DS386/RW, parág. 7.289.

O órgão de apelação concluiu também sobre a *restrição ao comércio*, que o artigo 2.2 disciplina os efeitos da restrição ao comércio, e que a restrição deveria ser interpretada como limitante do acesso ao mercado, o que seria auferido pela análise quantitativa. Esse órgão também concordou com o painel em que a medida COOL é restritiva ao comércio considerando o significado do artigo 2.2, afetando a competitividade dos animais importados. Ainda em concordância com o painel, há uma distinção entre competitividade e efeitos no comércio, a partir do entendimento de que o termo “restrição ao comércio” não requer demonstração de efeitos ao comércio, podendo ser relacionado às oportunidades competitivas disponíveis para os produtos importados²⁷⁴. O órgão de apelação afirmou que o aumento dos custos para a criação de animais e produtos importados geraria efeitos negativos nas condições de competição com os produtos nacionais, em comparação com as condições existentes anteriormente à aplicação da medida.

Além dos três pontos de análise indicados pelo órgão de apelação (objetivos legítimos; mais restritivo do que o necessário; restrição ao comércio), o México afirmou que ainda seria necessária a análise da “importância relativa” dos interesses ou valores da medida COOL. Esse ponto seria para o México, o ponto inicial do teste de necessidade sob o artigo 2.2. O órgão incorporou a análise mexicana de que, a nosso ver, o primeiro ponto indicado pelo órgão de apelação já seria o primeiro ponto do teste de necessidade, e não o “quarto” ponto adicionado pelo México, pois ao se analisar a contribuição de uma medida para o alcance de um objetivo legítimo se analisa a necessidade daquela medida para se chegar ao objetivo.

Ainda foi levantada a pertinência em se comparar medidas substitutivas, o que foi contra-argumentado pelo México como parte da segunda etapa já indicada pelo órgão de apelação, relativo a “restrição comercial da medida”.

Sobre os riscos do não cumprimento da medida para o objetivo pretendido, o órgão de apelação reafirma que esse ponto é analisado como um aspecto do balanceamento para se verificar se uma medida é mais restritiva ao comércio do que o necessário. Na análise dos riscos segundo o órgão, deve estar presente a análise da

²⁷⁴ WT/DS384/RW e WT/DS386/RW, parág. 7.364.

natureza dos riscos e a gravidade das consequências decorrentes do seu não cumprimento, assim como já mencionado no caso do atum.

O órgão de apelação manteve a análise do painel sobre o artigo III:4 do Gatt. Em maio de 2015 os relatórios do painel e as modificações do órgão de apelação foram adotados pelo OSC mantendo a conclusão final de que a medida COOL implicava em discriminação ao gado importado. Após o relatório do órgão de apelação, Canadá e México requisitaram a aplicação de tarifas a produtos importados dos Estados Unidos como forma de retaliação, a qual foi aprovada em dezembro de 2015²⁷⁵, mas que ainda poderia ser contestada pelos Estados Unidos.

A - Painel de conformidade

O caso COOL, após as definições do OSC, retornou ao sistema de solução de controvérsias em um painel de conformidade. Este painel determinou que os demandantes não haviam realizado a *prima facie*, considerando a medida COOL como mais restritiva do que o necessário, sob o artigo 2.2 do TBT. Assim, o painel considerou que a medida realizava uma contribuição parcial para o alcance de seu objetivo de provimento de informações, mesmo com as falhas de cobertura. Mas o painel considerou que a medida aumentava “em nível considerável a restrição ao comércio”, e que por outro lado, o seu não cumprimento levaria a um cenário de rótulos com informações diferentes sobre o país de origem. Em relação às medidas sugeridas pelos Estados demandantes em substituição à medida COOL, nenhuma foi considerada pelo painel como suficiente. O painel não pode concluir se a medida COOL modificada seria mais restritiva ao comércio do que o necessário em comparação com as medidas alternativas propostas.

Ao se analisar as distinções regulatórias legítimas sob a medida COOL, relacionando ao tratamento menos favorável contido no artigo 2.1, o relatório cita o

²⁷⁵ Os valores estipulados foram de US\$ 781 milhões para o Canadá e US\$ 228 milhões para o México. GREENE, 2015, p. 2.

teste da necessidade sob o artigo 2.2 na análise da contribuição da regulação técnica para o objetivo.

A medida COOL revisada foi analisada sob o artigo 2.2 em relação a²⁷⁶: grau de contribuição para o objetivo legítimo; restrição comercial da medida; natureza dos riscos e gravidade das consequências do não alcance dos objetivos propostos para a medida; contribuição das medidas alternativas para o alcance dos objetivos legítimos e os riscos que o não cumprimento causaria; e disponibilidade das alternativas propostas. A medida ajustada foi considerada pelo painel de conformidade como mais restritiva e discriminatória ao produto importado do que a medida original²⁷⁷.

B - Brasil e terceiras partes

Entre os pontos apresentados na argumentação do Brasil²⁷⁸ está o efeito nas importações estadunidenses causado pelo regulamento técnico aplicado buscando o alcance do objetivo legítimo declarado pelos Estados Unidos. A legalidade e a legitimidade da medida deveriam ser analisadas separadamente sob o art. 2.1 do acordo TBT. O Estado ainda ressaltou a questão da presença do tratamento menos favorável gerando efeitos na competitividade no mercado.

Em referência ao art. 2.2 do TBT, o Brasil ressaltou a importância de se comparar a medida aplicada com outras medidas disponíveis para se verificar que a regulação técnica poderia ser mais restritiva do que o necessário ao comércio, impactando nas exportações e importações.

Os Estados integrantes do caso como terceiras partes que se manifestaram além do Brasil, foram: China, Colômbia, Coreia, Índia, Japão, Nova Zelândia e União Europeia. No órgão de apelação a Austrália, China, Colômbia, Japão, Nova Zelândia e União Europeia apresentaram argumentos com referência ao artigo 2.2 do TBT.

²⁷⁶ WT/DS384/RW e WT/DS386/RW, parág. 7.303.

²⁷⁷ WT/DS384/RW e WT/DS386/RW, 7.7.6 Conclusion on article 2.2 of the TBT Agreement.

²⁷⁸ WT/384RW/Add. 1, WT/DS386/RW/Add.1, Annex C-1, Integrated executive summary of the arguments of Brazil. p. 56-57.

Enquanto a Coreia apesar de ter se manifestado, somente indicou o artigo 2.1 do referido acordo.

4.2.3 Considerações sobre o Caso COOL

A - Objetivos

Nos casos do México e do Canadá, os dois Estados afirmaram que o *objetivo* da aplicação da medida COOL pelos Estados Unidos era a da proteção da produção interna de carne bovina e suína, e não a proteção do consumidor com o acesso à informação sobre a proveniência da carne²⁷⁹. Os produtos afetados pela medida seriam então aqueles que mais sofressem com a competição do produto importado. O painel então teve que analisar se a aplicação da medida como regulamento técnico alcançava o objetivo proposto pelos Estados Unidos ou não. O órgão de apelação realizou suas análises sobre as evidências, e afirmou que há casos em que os países têm exceções às medidas adotadas que não necessariamente significam protecionismo, e que as declarações de legisladores ou de grupos de interesse não são suficientes para a comprovação do objetivo de uma medida.

A restrição ao comércio através de obstáculos mais restritivos do que o necessário foi discutida fortemente por todas as partes, inclusive na manifestação dos Estados atuantes como terceiras partes. No caso EUA – COOL segundo Voon, a expressão “restrição ao comércio” é mencionada 432 vezes nos documentos do painel e órgão de apelação. A conclusão dos painéis sobre a existência da restrição comercial ao gado e às carnes importadas registra no OSC da OMC, e comprova que uma medida que realiza a discriminação de um produto de acordo com a sua origem impõe restrição ao comércio.

²⁷⁹ WT/DS384/AB/R, págs. 30-33 e 44-46.

Além do tratamento menos favorável dado ao produto importado, os Estados Unidos adotaram uma medida mais restritiva ao comércio do que o necessário para o alcance dos objetivos pretendidos, os quais conforme a declaração do Estado demandado seriam apenas de prover informação mais detalhada aos consumidores. Tanto o órgão de apelação quanto o painel de conformidade reafirmaram que os Estados Unidos atuaram em discordância com o previsto no art. 2.2 do acordo TBT.

Os obstáculos ao comércio do produto em questão foram criados pela rotulagem do produto, e da forma que a informação chegaria ao consumidor final, fazendo com que durante a cadeia de produção dos produtos de carne, a indústria deixasse de utilizar a matéria prima importada. Nesse cenário, o produto nacional estaria em uma vantagem competitiva no mercado, influenciada pela medida estadunidense de rotulagem que promovia uma imagem de que o produto nacional seria melhor que o importado, incentivando o uso da carne nacional e desincentivando a utilização do produto importado.

Apesar da medida COOL em sua forma completa também se aplicar a outros produtos de origem agrícola, a rotulagem para o maior detalhamento de informações foi especificada e direcionada somente para as carnes, produto que teria a maior participação em valores comerciais tanto no mercado interno do Estado quanto no internacional.

Os Estados Unidos sendo uns dos maiores produtores mundiais de carnes estaria utilizando com a medida COOL, um artifício complementar para a manutenção do seu mercado consumidor doméstico do produto. Pode-se observar que entre os Estados que atuaram como terceiras partes nos casos COOL estão os maiores concorrentes e exportadores de carne para os Estados Unidos, os quais se sentiram prejudicados ao ter seus produtos expostos ao tipo de discriminação provocada pela medida COOL.

B - A participação dos Estados no comércio internacional²⁸⁰:

Entre 2005 e 2014 as partes demandantes no caso COOL foram responsáveis por 82% das exportações do mundo de carnes bovina e suína. Somente os Estados que compõe a União Europeia exportaram 50% de toda a carne exportada no período. O maior exportador na soma desses anos foi os Estados Unidos (US\$ 69,4 bilhões). Entre os 15 maiores exportadores estão: Alemanha, Brasil (US\$ 52 bi), Holanda, Austrália, Dinamarca, Canadá, Espanha, França, Bélgica, Irlanda, Índia, Polônia, Nova Zelândia e Argentina. O México, que atua como demandante no caso juntamente com Canadá, tem a 20ª posição em valor exportado no período analisado.

Nas importações dos Estados Unidos, 92% do valor importado no período foram de carnes provenientes dos cinco maiores fornecedores, os quais foram Estados partes na disputa. Nas importações totais dos Estados Unidos, 40% do valor importado foi proveniente do Canadá, seguido de Austrália 24%, Nova Zelândia 15%, México 7,5% e União Europeia 5%. O Brasil foi o 14º maior fornecedor²⁸¹ entre as partes em disputa do qual os Estados Unidos compraram US\$ 6,75 milhões em carnes, de um total de US\$ 16,7 bilhões no período de 2005 a 2014.

4.3 Caso dos Cigarros de Cravo – Estados Unidos

4.3.1 O Caso DS 406

DS 406 – Medidas afetando a produção e venda de cigarros de cravo²⁸² (EUA – Cigarros de cravo).

²⁸⁰ Dados do UN Comtrade, com base nos códigos SH 0201, 0202, 0203.

²⁸¹ Considerando os Estados da União Europeia somente na soma das exportações como um ator, União Europeia.

²⁸² Título em inglês: Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes.

Quadro 04:

ESTADOS	
Demandante	Indonésia
Demandado	Estados Unidos
Terceiras Partes	Brasil; Colômbia; Guatemala; México; Noruega; República Dominicana; Turquia; União Europeia.
ACORDOS CITADOS	
Gatt 1994	Art. III:4, XX, XXIII:1(a)
TBT	Art. 2, 2.1, 2.2, 2.3, 2.5, 2.8, 2.9, 2.10, 2.12, 12
SPS	Art. 2, 3, 5, 7
OSC	Primeira consulta realizada em 07 de abril de 2010.

Nos Estados Unidos entrou em vigor em 2009 o Ato de controle do tabaco e prevenção do fumo na família, seção 101 do Ato Federal para Alimentos, Medicamentos e Cosméticos²⁸³, o qual proibia a produção e comercialização de cigarros de cravo, e cigarros contendo outros flavorizantes (sabores de morango, uva, laranja, canela, abacaxi, baunilha, côco, licor, chocolate, cacau, cereja e café) no país. A medida possibilitava a venda de cigarros sem aditivos e aqueles com flavorizantes de menta, além de definir que o controle desses produtores se daria pela US Food and drug administration²⁸⁴ - US FDA.

Em 2010, a Indonésia apresentou requisição de consulta à OMC, e em seguida o pedido para o estabelecimento de um painel, pois a produção e venda de cigarros contendo outros aditivos flavorizantes continuava sendo permitida enquanto os produtos com cravo seguiam proibidos. Na promulgação do ato, a Indonésia era o maior produtor mundial de cigarros de cravo, e o maior exportador para os Estados Unidos²⁸⁵.

²⁸³ Section 907(a)(1)(A), Federal Food, Drug and Cosmetic Act; Section 101(b) Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act.

²⁸⁴ US – FDA é um órgão do Departamento estadunidense de saúde e serviços da saúde (US department of health and services). Mais informações em: <http://www.fda.gov/>

²⁸⁵ Dados do Summary of the dispute to date. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds406_e.htm

Entre as demandas da Indonésia em relação ao acordo TBT foi afirmado que estava sendo despendido tratamento menos favorável ao cigarro de cravo do que ao de menta (art. 2.1), que a medida era mais restritiva ao comércio do que o necessário (art. 2.2), e que havia a presença de barreiras desnecessárias ao comércio de Estados em desenvolvimento (art. 12.3). Outros artigos do TBT que foram incluídos na demanda foram os relativos à obrigação da transparência (arts. 2.9 e 2.12) em relação à divulgação de medidas e regulamentos técnicos.

4.3.2 As Etapas do Caso no Órgão de Solução de Controvérsias

A – Painel

A análise do painel concluiu que a demanda da Indonésia se enquadrava no escopo do acordo TBT, sendo o Ato de controle do tabaco e prevenção do fumo na família, uma regulação técnica. Conforme destacado por Carlone, a regulação identificava expressamente os produtos cobertos, e de forma negativa determinava as características dos produtos²⁸⁶. Os passos seguintes para a análise do painel foram a determinação dos objetivos legítimos, os quais se relacionavam à diminuição do fumo entre os jovens e proteção à saúde, e a restrição ao comércio decorrente da proibição dos cigarros de cravo nos Estados Unidos. O último passo seria o da comparação com medidas alternativas para a aplicação visando o alcance dos objetivos.

A questão sobre a *definição de produtos similares* foi discutida neste painel, onde a Indonésia argumentou que os cigarros de cravo eram similares aos cigarros de menta produzidos nos Estados Unidos (para os quais se mantinha a autorização de produção e venda), em relação ao fato de serem adicionados de sabor e direcionados ao mesmo público. A similaridade de produtos, sob o artigo 2.1 do acordo TBT deve ser tratada conforme a obrigatoriedade do tratamento nacional, não podendo haver discriminação ao produto similar estrangeiro. O painel concordou com essa argumentação e afirmou que os produtos além de serem similares (com o propósito de se começar a fumar)

²⁸⁶ CARLONE, 2014, p. 11.

eram direcionados ao mesmo público²⁸⁷. O tratamento menos favorável se daria, segundo o painel, quando fosse modificada a condição de competição de um grupo de produtos em detrimento dos produtos importados similares²⁸⁸.

Continuando a análise do caso, e como meio de contrabalancear a liberalização comercial, o *painel* trata do objetivo de se evitar a criação dos obstáculos desnecessários ao comércio internacional através de regulações técnicas, padrões e procedimentos de verificação de conformidade. A questão da “similaridade” foi posta pelo painel como passível de ser interpretada sob os artigos 2.1 e 2.2 do TBT em relação aos objetivos legítimos, se diferenciando da interpretação sob o art. III:4 do Gatt 1994.

Segundo Carlone, o caso dos cigarros de cravo foi o primeiro caso de controvérsia do OSC da OMC a considerar uma medida inconsistente com o artigo 2.1 do TBT²⁸⁹. A conclusão do *painel* foi de que a medida estadunidense implicava em um tratamento menos favorável ao cigarro de cravo importado do que ao cigarro de menta nacional.

Sobre outras demandas da Indonésia sob o acordo TBT, o painel acatou as referentes somente aos artigos 2.9.2 – obrigação de notificar os membros da OMC sobre regulações técnicas, e o art. 2.12 – obrigação de aplicar período razoável entre a publicação e vigência de uma regulação técnica. As demais demandas foram consideradas pelo painel como falhas ao demonstrar a inconsistência das ações estadunidenses.

B - Órgão de apelação

Ao se analisar o objeto da *apelação* feita pelos Estados Unidos, o órgão de apelação, entendeu que o regulamento técnico sob análise infringia o acordo TBT o

²⁸⁷ WT/DS406/AB/R, p. 59.

²⁸⁸ NATENS e GERAETS, 2015, p. 12. Mesmo argumento apresentado pelos EUA (WT/DS406/AB/R, parág. 23).

²⁸⁹ CARLONE, 2014, p. 14.

qual em seu objetivo de reduzir os obstáculos ao comércio internacional, limita os direitos dos Membros para a regulação, proibindo a discriminação a produtos importados (art. 2.1), e exigindo que as regulações técnicas não sejam mais restritivas do que o necessário para o alcance dos objetivos legítimos (art. 2.2)²⁹⁰.

O órgão de apelação teve uma interpretação diferente do painel, e apesar de ter concluído que o Ato dos Estados Unidos era inconsistente com o artigo 2.1, do TBT, não concordou com a interpretação sobre “produtos similares” e “tratamento não menos favorável” do mesmo artigo. Assim mesmo, a conclusão foi de que os cigarros de cravo eram similares aos cigarros de menta. A interpretação do órgão de apelação em relação à similaridade foi baseada no critério tradicional de similaridade, no qual se analisa as características físicas, finalidade, gostos e hábitos de consumo, e classificação tarifária.

O órgão de apelação afirmou ainda que uma medida pode buscar seus objetivos, se aplicada de forma a não discriminar os produtos importados de forma arbitrária ou injustificável. Assim, a conclusão foi de que a medida não poderia modificar a concorrência no mercado. O órgão de apelação também considerou a existência de “tratamento menos favorável”, e o não cumprimento dos prazos entre a publicação do Ato e o início de sua vigência.

4.3.3 Artigo 2.2 do Acordo TBT na Disputa DS 406

A - Painel

A primeira definição do painel em relação ao artigo 2.2 do acordo TBT foi de que a medida aplicada pelos Estados Unidos possuía um objetivo legítimo. A demanda apresentada pela Indonésia foi quanto ao banimento do cigarro de cravo ser desnecessário. Essa demanda não foi aceita pelo painel, o qual considerou que o Estado falhou em demonstrar que o banimento era *“mais restritivo ao comércio do que o necessário para o alcance dos objetivos”* de reduzir o fumo entre os jovens, considerando os riscos do não cumprimento da medida, o que era previsto sob o artigo

²⁹⁰ WT/DS406/AB/R, parág. 93.

2.2 do TBT, sendo que entre os objetivos apresentados pelos Estados Unidos, o principal foi de redução do fumo entre jovens. Para essa conclusão, o painel se baseou em evidências científicas de que o banimento de cigarros flavorizados poderia diminuir o fumo entre os jovens. O painel rejeitou as reclamações da Indonésia sob o artigo 2.2 do TBT, a qual optou por não apelar sobre o referido artigo, mantendo apenas a questão sobre o tratamento nacional.

Na análise do “tratamento não menos favorável”, o artigo 2.2 também foi utilizado para a relação com os “obstáculos ao comércio internacional”. O painel interpretou o artigo 2.2 como permitindo os obstáculos ao comércio internacional, desde que não fossem “desnecessários” e nem “*mais restritivos do que o necessário* para o alcance dos objetivos legítimos”. A partir dessa interpretação, o painel entendeu que o artigo 2.1 não proibia os obstáculos ao comércio. Em relação aos obstáculos, o painel também realizou uma análise baseada no texto geral do TBT, ressaltando que os Membros não devem criar obstáculos desnecessários ao comércio internacional²⁹¹.

O painel afirmou que a medida deve necessariamente gerar uma contribuição material ao seu objetivo, não sendo mais restritiva ao comércio do que o necessário para o alcance desse objetivo. A análise da medida deve considerar a contribuição da medida para a lei ou norma, o interesse comum ou o impacto nas importações.

Sobre os *objetivos legítimos*, o painel não aceitou as indicações dos Estados Unidos, de potencial impacto no sistema de saúde, e de potencial do surgimento de um mercado negro e de tráfico de cigarros de menta como objetivos para a medida adotada²⁹². O painel entendeu que sendo que um quarto do mercado de cigarros no país era de cigarros de menta, a medida para os cigarros de cravo não justificava os objetivos propostos. A demanda da Indonésia sobre o artigo 2.2 em relação à medida ser mais restritiva do que o necessário para a redução do fumo entre os jovens, considerando os riscos que o não cumprimento da medida traria, também não foi aceita pelo painel que alegou que esse Estado falhou na construção da justificativa.

²⁹¹ WT/DS406/AB/R, parág. 95.

²⁹² WT/DS406/AB/R, p. 84, parág. 217.

Ao se tratar do tema dos *riscos*, presente no artigo 2.2 na expressão “... os riscos que o não cumprimento (da medida) poderia criar”, o painel apenas referencia para a análise do artigo 2.1. Os Estados Unidos usam o termo “riscos” para justificar a possibilidade de jovens não fumantes começarem a fumar cigarros de cravos, e para caracterizar a possibilidade de se ter um problema no sistema de saúde. No caso, os riscos são interpretados sob o artigo 2.2 para se analisar as consequências da aplicação da medida, concluindo-se por não serem relacionados ao produto específico atingido pela medida. Os riscos em relação aos objetivos legítimos seriam para o uso de qualquer tipo de cigarro, e não exclusivamente pelos cigarros flavorizados. Além disso, ao se analisar a medida e os riscos do seu não cumprimento, o painel não deve supor que apenas um público teria impactos positivos ou negativos, mas qualquer consumidor do produto.

Em relação à *restrição ao comércio*, o painel não reconheceu a sua pertinência em relação ao artigo 2.2, pois a Indonésia apenas indicou a questão da necessidade da medida adotada pelos Estados Unidos. A identificação da medida como de acordo com o objetivo de diminuir o fumo contribuiu para a não identificação da restrição ao comércio. Os obstáculos foram discutidos no painel, mas o relatório final não apontou a sua existência em relação ao artigo 2.2 do TBT.

B - Órgão de apelação

As regulações técnicas são referidas tanto no painel como no órgão de apelação em relação aos obstáculos ao comércio, devendo os padrões técnicos, as verificações de conformidade, assim como as regulações técnicas não criarem obstáculos ao comércio. O caso não apresenta novas interpretações para o acordo TBT em relação a regulações técnicas, mas reforça a afirmação de que uma regulação que preencha os requisitos de uma política legítima e objetiva em relação às características de um produto, não deve prover tratamento menos favorável a um produto importado em comparação com o tratamento dado ao produto nacional.

Isso demonstra que os preceitos contidos no artigo 2.2 do TBT devem e são considerados na análise do caso, mesmo que na segunda instância (considerando o painel como primeira instância) de análise na OMC o artigo não tenha sido o foco das discussões. Assim mesmo, o órgão de apelação se remeteu a questão apontada pelo painel sobre o artigo, reafirmando a relação entre esse e o artigo 2.1 do mesmo acordo.

Além da análise de obstáculos desnecessários, e do mais restritivo do que o necessário, nem o painel nem o órgão de apelação discutiram sob o termo dos testes de necessidade. Outros testes que foram avaliados foram o da “nacionalidade de origem”, e do “tratamento favorável”.

Ao analisar medidas alternativas, o painel afirmou que se uma alternativa para se alcançar os *objetivos* perseguidos criar maiores riscos em decorrência do seu não cumprimento, então a medida alternativa não seria legítima²⁹³. A conclusão final do órgão de apelação foi de que os Estados Unidos poderiam continuar a proibir os cigarros de cravo desde que de acordo com o acordo TBT, assim como outros Estados também poderiam proibir produtos de tabaco ou implementar outras políticas de saúde pública²⁹⁴.

C - Brasil e terceiras partes

No momento em que o caso foi submetido ao órgão de apelação, o Brasil²⁹⁵ se pronunciou como terceira parte sobre os pontos em discussão. O Brasil concordou com a definição de similaridade do painel; enquanto sobre os “objetivos legítimos”, foi levantado o fato desses não estarem sendo analisados sob o artigo 2.1 do acordo TBT. Para o Brasil, essa consideração era de suma importância para a análise da regulação técnica e da similaridade dos produtos. Apesar da apelação não ter mencionado o artigo 2.2 do mesmo acordo, esse também poderia ter sido apontado para a discussão sobre os “objetivos legítimos” do Ato dos Estados Unidos, e como não fazia parte da apelação, não cabia ao Brasil indicá-lo.

²⁹³ WT/DS406/R-01, pág. 142, parág. 7.424.

²⁹⁴ Gruszczynski, 2012, p. 10.

²⁹⁵ WT/DS406/AB/R, p. 25-27.

O Brasil ainda afirmou que a medida adotada pelos Estados Unidos estaria provocando um “tratamento menos favorável” ao produto importado. A prática do tratamento menos favorável ao produto importado, e a determinação das medidas para os objetivos pretendidos configuravam para o Brasil, uma discriminação *de facto*.

Os outros Estados atuantes como terceira parte que apresentaram argumentos foram: Colômbia, México, Noruega, Turquia e União Europeia. Esses Estados não se manifestaram a respeito do art. 2.2 do TBT, tendo como tema de suas argumentações a questão do tratamento menos favorável e produtos similares.

4.3.4 Considerações sobre o Caso dos Cigarros de Cravo

O painel poderia ter considerado as informações providas pela Indonésia, de que aproximadamente 25% dos fumantes estadunidenses eram consumidores de cigarro mentolado, enquanto apenas 0,1% consumiam cigarros de cravo²⁹⁶. Essa informação ilustra o alcance do produto no mercado, além de contribuir para a análise da similaridade do produto afetado com a medida discutida e os produtos que foram excluídos da medida. A discussão sobre a similaridade do produto passou pelo uso e perfil dos usuários e não a respeito das características do produto, ou sobre o código do produto como classificação aduaneira ou outras classificações comerciais, como previsto para esse tipo de análise.

Um fator que não ficou claro no painel, foi a análise do caso dos cigarros de cravos sob o artigo 2.2 do acordo TBT em relação à restrição comercial, e aos obstáculos ao comércio, os quais não foram especificamente apontados pela Indonésia na solicitação da consulta e do estabelecimento do painel. A definição de similaridade contida no artigo 2.1 do TBT em conjunto com a restrição comercial analisada no artigo 2.2 poderia ter uma interpretação diferente da realizada pelo painel do caso, se o produto tivesse sido considerado similar a qualquer outro cigarro flavorizado, o que levaria a identificação do tratamento menos favorável ao produto importado (uma vez

²⁹⁶ WT/DS406/R, p. 25, p.87.

que os Estados Unidos não tinham produção relevante de cigarros de cravo), e a restrição ao comércio do produto importado (majoritariamente da Indonésia).

Apesar de se poder entender que há uma discriminação para os cigarros de cravo em detrimento dos cigarros com outros sabores, esse fato não foi reconhecido pelo órgão de apelação na análise do caso. A medida para o banimento do produto do mercado estadunidense também não foi considerado mais restritiva do que o necessário. O resultado da disputa não deu nenhuma alternativa ao demandante ou aos Estados que atuaram como terceira parte, para a inserção no mercado estadunidense com seus produtos.

Mesmo o painel não considerando a violação do artigo 2.2 como causador de restrição ao comércio, a Indonésia não apresentou recurso ao órgão de apelação sobre esse ponto. Devido ao processo de análise dos casos no OSC considerar apenas o que é levantado pelas partes, pois os especialistas não incluem outros assuntos para a discussão, alguns pontos poderiam ter tido conclusões do painel e do órgão de apelação. A Indonésia deixou de utilizar o processo de solução de controvérsias de maneira mais completa devido a falha na sua argumentação que não explorou todos os temas possíveis para a discussão sobre a medida.

Por fim, é necessário notar que a análise da participação dos Estados no comércio internacional para o caso dos cigarros de cravo não é possível de ser realizada com base nos dados da ONU. Isso ocorre por não haver código do sistema harmonizado específico para cigarros flavorizados.

4.4 Casos sobre Marcas e Embalagens de Tabaco - Austrália

Os casos sobre marcas e embalagens de tabaco se iniciaram com a consulta ucraniana feita à Austrália sobre “certas medidas sobre marcas e outros requerimentos de embalagens genéricas aplicáveis a produtos e embalagens de tabaco”. Após a

requisição de consultas por outros Estados, a demanda passou a ter o seguinte título: Austrália – certas medidas relacionadas a marcas de fabricação ou comercialização, indicações geográficas e outras prescrições para embalagem genérica aplicável aos produtos de tabaco e embalagens desses produtos.

As discussões sobre o Ato australiano se iniciaram um ano antes da primeira consulta, por ocasião da notificação daquele país ao Comitê de barreiras técnicas, sobre o Ato de embalagens genéricas de tabaco que estava sendo promulgado. Naquele momento a Indonésia e a República Dominicana emitiram comunicados sobre suas preocupações em relação à medida, e a possível violação do artigo 2.2 do acordo TBT²⁹⁷.

Os casos sobre marcas e embalagens de Tabaco têm atualmente cinco demandantes diretos sendo Ucrânia, Honduras, República Dominicana, Cuba e Indonésia. Os Estados que aderiram aos casos como terceira parte variam em cada caso em número de 33 a 36 participantes, estando o Brasil presente em todas as demandas.

Entre os acordos apontados pelos demandantes como indicação de descumprimento pela Austrália, está presente o acordo sobre barreiras técnicas ao comércio em todos eles. Os artigos referentes ao acordo nas demandas são os artigos 2.1 e 2.2. Outros acordos presentes nas requisições sobre as marcas e embalagens de tabaco são o Gatt e o Trips.

A legislação australiana para as marcas e embalagens de tabaco e seus produtos determina que sejam utilizadas embalagens genéricas na cor marrom escuro²⁹⁸, sem o uso de marcas ou logomarcas, com definição do modelo e tamanho da embalagem e espaço destinado a advertências sobre os males causados pelo uso do tabaco. O Ato de embalagens genéricas permite que a identificação do produto se limite ao nome da marca, nome da empresa, e os requisitos legais. As informações escritas

²⁹⁷ VOON and MITCHELL, 2011, p.05.

²⁹⁸ O Ato de embalagens genéricas ainda especifica exatamente que a cor da embalagem é a Pantone 448C.

nas embalagens devem também obedecer ao tipo de fonte, tamanho e cores determinados.

O Ato de embalagens genéricas de tabaco (Tobacco plain package bill) foi implementado de modo a complementar as demais medidas já aplicadas pela Austrália no controle do tabagismo. O Estado já havia proibido propagandas em diversas mídias, investido em campanhas de conscientização da população, colocado avisos nas embalagens, entre outras medidas como a proibição do fumo em lugares fechados²⁹⁹. Mesmo com essas medidas o país enfrentava alta mortalidade de fumantes, buscando então com que a nova legislação desencorajasse o fumo, ao mesmo tempo que contribuísse para o abandono do vício, e diminuísse a exposição à fumaça, além de atender à Convenção quadro sobre o controle do uso do tabaco - FCTC³⁰⁰ da Organização Mundial da Saúde³⁰¹.

Os casos DS 434, DS 435, DS 441, DS 458 e DS 467 se diferenciaram pela referência que os demandantes fizeram aos acordos da OMC, sendo inclusive o indicador para a abertura das disputas separadas, a partir do entendimento de cada demandante sobre o impacto ao comércio internacional que as medidas adotadas pela Austrália provocariam. Em referência ao acordo TBT especificamente, enquanto no segundo caso fazia inicialmente referência somente ao artigo 2.1, os demais casos fizeram referência aos artigos 2.1 e 2.2 do TBT. Apresentam-se em seguida algumas informações específicas sobre cada caso.

4.4.1 O Caso DS 434

²⁹⁹ Tobacco Advertising Prohibition Act 1992 (Cth) ss 13, 15. Apud VOON and MITCHELL, 2011, p. 03.

³⁰⁰ Framework convention to tobacco control – FCTC. A convenção foi adotada em maio de 2003, tendo atualmente 168 Estados signatários, e 180 Estados partes (não membros da OMS mas membros da ONU). Informações disponíveis em: <http://www.who.int/fctc/en/>. O Brasil assinou a convenção em 16 de junho de 2003, e a internalizou através do decreto nº 5.658, de 02 de janeiro de 2006.

³⁰¹ VOON and MITCHELL, 2011, p.03.

DS 434 – Medidas sobre marcas e outros requisitos de embalagens genéricas aplicáveis a produtos e embalagens de Tabaco³⁰² (Austrália – Embalagens de tabaco).

Quadro 05:

ESTADOS	
Demandante	Ucrânia
Demandado	Austrália
Terceiras Partes	Argentina; <u>Brasil</u> ; Canadá; Cingapura; Chile; China; Cuba; Egito; Equador; Estados Unidos; Filipinas; Guatemala; Honduras; Índia; Indonésia; Japão; Malásia; Malauí; México; Nicarágua; Noruega; Nova Zelândia; Omã; Peru; República da Coreia; República da Moldova; República Dominicana; República da Nigéria; Tailândia; Taipei; Turquia; União Europeia; Uruguai; Zâmbia; Zimbábue.
ACORDOS CITADOS	
Gatt 1994	Art. I, III:4
TBT	Art. 2.1, 2.2
Trips	Art. 1.1, 2.1, 3.1, 15, 15.1, 15.4, 16, 16.1, 16.3, 20.1, 27
OSC	Requisição de consulta em 13 de março de 2012.

A Ucrânia realizou o pedido de consulta à Austrália em março de 2012 sobre as leis e regulações que impunham restrições em relação a marcas e embalagens de produtos de tabaco. A legislação australiana referente à consulta foi o Ato de 2011 de Embalagem genérica para tabaco, e as Regulações de embalagem genérica para tabaco também de 2011 para a implementação do Ato, além dos demais atos, regulamentos, políticas e práticas adotadas pelo Estado para a implementação do ato.

O painel foi estabelecido em setembro de 2012, e composto em maio de 2014 pelo diretor geral do OSC da OMC. Entre os diversos artigos dos acordos Gatt, Trips e TBT levantados pela Ucrânia, os quais estariam sendo desrespeitados pela Austrália está o *artigo 2.2 do TBT*. Sobre o referido artigo, o Estado afirma que a medida australiana constitui um “obstáculo desnecessário ao comércio, sendo mais restritivo do

³⁰² Título em inglês: Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging.

que o necessário para os objetivos relacionados à saúde³⁰³ afirmados pelo demandado.

Em maio de 2015 a Ucrânia solicitou com base no art. 12.12 do entendimento sobre solução de controvérsias (ESC), a suspensão do painel por estar em negociação com a Austrália para uma solução mútua³⁰⁴, a qual se iniciou no mês seguinte. Segundo o referido artigo do ESC, a suspensão do painel pode durar até 12 meses, fazendo com que haja a desconstrução do painel após esse período caso as partes não retomem o painel dentro daquele prazo.

A - Artigo 2.2 do TBT

Na requisição do painel a Ucrânia indicou o art. 2.2, porém no comunicado do painel³⁰⁵ apresentando as demandas e argumentos iniciais não há referência ao art. 2.2, focando apenas no artigo 2.1 e em outros casos já passados como o EUA – Atum II. A definição inicial sobre o escopo da discussão pelo painel foi sobre a cláusula da nação mais favorecida presente no art. 2.1 do TBT e no art. 1 do Gatt como principal ponto de análise.

B - Brasil e terceiras partes

A participação brasileira no caso foi de concordância com todos os pontos levantados pela Ucrânia, ressaltando a importância da identificação das medidas em discussão no painel, e o apontamento do embasamento legal para a aplicação de tais medidas. Além disso, o Brasil apoiou a possibilidade da Ucrânia incluir novos pontos na demanda, que complementassem sem alterar a disputa, com o objetivo de esclarecer o pleito³⁰⁶. O Brasil solicitou a divulgação pelo painel de informações detalhadas sobre a medida em questão para que pudesse em outra ocasião futura apresentar sua demanda.

³⁰³ Requests for consultations by Ukraine. WT/DS434/15, IP/D/30, G/TBT/D/39, G/L/985.

³⁰⁴ Communication from the chairperson of the panel - WT/DS434/16.

³⁰⁵ Communication from the panel. WT/DS434/15

³⁰⁶ Communication from the panel. WT/DS434/15.

Terceiras partes que se manifestaram: Argentina, Brasil, Canadá, Guatemala, Honduras, República Dominicana, e União Europeia. Esses Estados ressaltaram pontos relacionados ao artigo 2.1 do TBT e sobre o princípio da nação mais favorecida. Em nenhuma das argumentações houve a referência a obstáculos ao comércio ou outros temas do artigo 2.2.

4.4.2 O Caso DS 435

DS 435 – Medidas sobre marcas, indicações geográficas e outros requisitos de embalagens aplicáveis a produtos e embalagens de Tabaco³⁰⁷ (Austrália — Embalagens de Tabaco).

Quadro 06:

ESTADOS	
Demandante	Honduras
Demandado	Austrália
Terceiras Partes	África do Sul; Argentina; <u>Brasil</u> ; Canadá; Cingapura; Chile; China; Cuba; Equador; Estados Unidos; Filipinas; Guatemala; Índia; Indonésia; Japão; Malawi; Malásia; México; Nicarágua; Nigéria; Noruega; Nova Zelândia; Omã; Panamá; Peru; República da Coreia; República Dominicana; Taipei; Tailândia; Turquia; Ucrânia; União Europeia; Uruguai; Zâmbia; Zimbábue.
ACORDOS CITADOS	
Gatt 1994	Art III:4
TBT	Art. 2.1, 2.2
Trips	Art. 2.1, 3.1, 15.4, 16.1, 20, 22.2(b), 24.3
OSC	Requisição de consulta realizada em 04 de abril de 2012.

A requisição de consulta de Honduras à Austrália se difere da consulta realizada pela Ucrânia não só em relação aos artigos apontados nos acordos da OMC, mas

³⁰⁷ Título em inglês: Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging.

também sobre as considerações relacionadas à legislação australiana. As leis australianas apontadas por Honduras são: o Ato para embalagens de tabaco genéricas, o qual desencorajaria o uso de produtos de tabaco; Regulamentos para embalagens de tabaco, de 2011, o que altera a aparência das embalagens de cigarros e outros produtos de tabaco para a venda; Aditivo sobre marcas ao Ato de embalagens genéricas, o qual complementa o Ato de marcas comerciais de 1995; outros aditivos, práticas e instrumentos relacionados.

Em relação ao acordo de barreiras técnicas, Honduras apontou o artigo 2.1 em referência ao tratamento menos favorável dado aos produtos importados, e o artigo 2.2 afirmando que “os regulamentos técnicos em questão criam obstáculos desnecessários ao comércio, os quais são mais restritivos do que o necessário para o alcance do objetivo legítimo”. O demandante se conteve na indicação dos artigos do TBT e de suas próprias descrições sem o acréscimo de outros pontos de discussão ou abordagens sobre a questão. Sobre os acordos indicados por Honduras, o Estado conclui que a medida adotada pela Austrália anula e impede os direitos decorrentes desses³⁰⁸.

A consulta inicial foi realizada em abril de 2012, e o Brasil fez sua requisição para se juntar às consultas em 11 de abril de 2012. Em novembro foi autorizado pelo OSC o estabelecimento do painel, o qual foi instituído em setembro de 2013, e composto em maio de 2014 pelo diretor geral do OSC.

Artigo 2.2 do TBT

Honduras alega que as medidas são contrárias ao artigo 2.2, criando obstáculos desnecessários ao comércio que são mais restritivas do que o necessário para o alcance dos objetivos.

4.4.3 O Caso DS 441

³⁰⁸ Request for the establishment of a panel by Honduras. WT/DS435/16.

DS 441 – Medidas sobre marcas e outros requisitos de embalagens genéricas aplicáveis a produtos e embalagens de tabaco (Austrália – Embalagens de tabaco).

Quadro 07:

ESTADOS	
Demandante	República Dominicana
Demandado	Austrália
Terceiras Partes	África do Sul; Arábia Saudita; Argentina; <u>Brasil</u> ; Canadá; Cingapura; Chile; China; Cuba; Equador; Estados Unidos; Filipinas; Guatemala; Honduras; Índia; Indonésia; Japão; Malásia; México; Nicarágua; Nigéria; Noruega; Nova Zelândia; Peru; República da Coreia; Rússia; Taipei; Tailândia; Trinidad e Tobago; Turquia; Ucrânia; União Europeia; Uruguai; Zimbábue.
ACORDOS CITADOS	
Gatt 1994	Art III:4
TBT	Art. 2.1, 2.2
Trips	Art. 2.1, 3.1, 15.4, 16.1, 20, 22.2(b), 24.3
OSC	Requisição de consulta de 18 de julho de 2012.

A República Dominicana requisitou consulta à Austrália em julho de 2012 fazendo indicação das três leis australianas: Ato para embalagens genéricas de tabaco, de 2011; Aditivo ao regulamento de embalagens genéricas, de 2012; e Aditivo de marcas comerciais. Sobre os acordos desrespeitados pela Austrália, a República Dominicana mantém os mesmos indicados pelos outros casos, assim como os artigos do acordo TBT, 2.1 e 2.2. O painel foi estabelecido em abril de 2014 e composto em 05 de maio do mesmo ano.

A - Artigo 2.2 do acordo TBT

Na apresentação dos argumentos, a República Dominicana fez referência ao acordo TBT de forma genérica, indicando como acordo desrespeitado pela Austrália na aplicação das medidas sobre embalagens de tabaco. A Austrália, por sua vez, afirmou que as medidas adotadas seguiam a orientação da Convenção quadro para o controle do tabaco (FCTC) da Organização Mundial da Saúde, que orienta para que hajam

medidas multissetoriais para a redução do consumo do tabaco, como meio para a diminuição da exposição à fumaça de cigarros e de doenças relacionadas ao tabaco³⁰⁹.

Os argumentos apresentados pela Austrália podem indicar um objetivo legítimo de proteção à saúde de sua população, porém é necessário que o painel faça a análise dos resultados pretendidos e alcançados com essa medida, e as possíveis medidas alternativas para se alcançar a prevenção do uso do fumo e de seus efeitos.

No comunicado do painel não se apresentam análises sobre obstáculos, medidas mais restritivas do que o necessário e não menciona o artigo 2.2 do TBT, pois no momento se discutia a pertinência da demanda sobre as medidas aplicadas pela Austrália.

B - Brasil e Terceiras partes

Neste caso o Brasil não apresentou seus argumentos. Argentina, Guatemala, Honduras, Indonésia, México e União Europeia se manifestaram como terceiras partes apoiando a demanda inicial da República Dominicana sem ressaltarem acordos específicos para discussão³¹⁰.

4.4.4 O Caso DS 458

DS 458 – Medidas sobre marcas, indicações geográficas e outros requisitos de embalagens genéricas aplicáveis a produtos e embalagens de tabaco³¹¹ (Austrália – Embalagens de tabaco).

³⁰⁹ Communication from the panel; Main arguments of the parties - Australia. WT/DS441/19.

³¹⁰ WT/DS441/19, p. 14-16.

³¹¹ Título em inglês: Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging.

Quadro 08:

ESTADOS	
Demandante	Cuba
Demandado	Austrália
Terceiras Partes	África do Sul; Arábia Saudita; Argentina; <u>Brasil</u> ; Canadá; Chile; China; Cingapura; Estados Unidos; Equador; Filipinas; Guatemala; Honduras; Índia; Indonésia; Japão; Malásia; México; Nicarágua; Nigéria; Noruega; Nova Zelândia; Peru; República Dominicana; República da Coreia; Rússia; Tailândia; Taipei; Turquia; Ucrânia; União Europeia; Uruguai; Zimbábue.
ACORDOS CITADOS	
Gatt 1994	Art. III:4, IX
TBT	Art. 2.1, 2.2
Trips	Art. 3.1, 15.4, 16.1, 20, 22.2(b), 24.3
OSC	Requisição de consulta de 03 de maio de 2013.

A consulta realizada por Cuba, em maio de 2013, apontou as mesmas leis australianas que as consultas anteriores realizadas por Ucrânia, Honduras, e República Dominicana, assim como as medidas relacionadas para a implementação e complementação dos dispositivos legais.

Art. 2.2 e o acordo TBT

Na requisição do painel, estabelecido em abril de 2014, entre os diversos artigos dos acordos da OMC apontados, Cuba alega que a Austrália contrariou o artigo 2.2 do acordo TBT impondo regulações técnicas que criavam obstáculos desnecessários ao comércio, e que essas medidas eram mais restritivas ao comércio do que o necessário para o alcance de um objetivo legítimo considerando os riscos que o seu não cumprimento criaria³¹². Outro artigo do TBT que estaria sendo desrespeitado pela Austrália, na visão de Cuba, assim como em outros casos do mesmo tema é o artigo 2.1, referente ao tratamento menos favorável ao produto estrangeiro.

Brasil e terceiras partes

³¹² Request for the establishment of a panel by Cuba. WT/DS458/14.

A manifestação brasileira neste painel, segundo o resumo apresentado no documento referente ao comunicado do painel, se deteve em ressaltar a importância do painel para a realização da identificação das medidas em questão e sua relação com o embasamento legal. Além da possibilidade dos membros de adicionarem referências legislativas sem alterar a essência da disputa³¹³.

Outros Estados que apresentaram seus argumentos como terceiras partes foram: Argentina, Guatemala, Honduras, Indonésia, México e República Dominicana.

OBS: o comunicado do painel contido no documento WT/DS458/18 se refere somente às questões sob o acordo Trips.

4.4.5 O Caso DS 467

DS 467 – Medidas sobre marcas, indicações geográficas e outros requisitos de embalagens genéricas aplicáveis a produtos e embalagens de tabaco (Austrália – Embalagens de tabaco).

Quadro 09:

ESTADOS	
Demandante	Indonésia
Demandado	Austrália
Terceiras Partes	Argentina; <u>Brasil</u> ; Canadá; Cingapura; Chile; China; Cuba; Equador; Estados Unidos; Filipinas; Guatemala; Honduras; Índia; Japão; Malásia; Malawi; México; Nicarágua; Nigéria; Noruega; Nova Zelândia; Omã; Peru; República da Coreia; República Dominicana; Rússia; Taipei; Tailândia; Turquia; Ucrânia; União Europeia; Uruguai; Zimbábue.
ACORDOS CITADOS	
Gatt 1994	Art. III:4
TBT	Art. 2.1,2.2
Trips	Art. 2.1, 3.1,15.4, 16.1, 16.3, 20, 22.2(b), 24.3
OSC	Requisição de consulta de 20 de setembro de 2013.

³¹³ Communication from the panel. WT/DS458/18.

A Indonésia na requisição de consulta feita em 23 de setembro de 2013 manteve a mesma indicação sobre a legislação australiana sobre o tema que os casos anteriores. Os acordos da OMC apontados também se mantiveram (Gatt, Trips, TBT), com a indicação dos artigos 2.1 e 2.2 do TBT, sendo o primeiro em relação ao tratamento menos favorável ao produto importado, e o último em relação a criação de obstáculos desnecessários ao comércio por serem mais restritivos ao comércio do que o necessário para o alcance dos objetivos da Austrália.

Em 04 de outubro de 2013 o Brasil pediu para se juntar às consultas, e em março de 2014 foi estabelecido o painel. O comunicado da presidência do painel de 10 de outubro de 2014 indicava que a previsão de divulgação do primeiro relatório seria no segundo semestre de 2016³¹⁴. Já o comunicado seguinte, apresenta a requisição da Indonésia, a resposta australiana, e analisa semanticamente o significado de alguns termos utilizados na solicitação de abertura do painel, sem a análise da medida em relação aos acordos que estariam sendo descumpridos³¹⁵.

Brasil e Terceiras partes

O Brasil não se manifestou nesse caso específico, enquanto os Estados que se manifestaram como terceiras partes foram: Argentina, Guatemala, Honduras, México, República Dominicana, e União Europeia. Esses Estados argumentaram a favor da demanda inicial e contra a argumentação apresentada pela Austrália na apelação, sem mencionar artigos específicos dos acordos em discussão.

4.4.6 A Resolução das Disputas

O painel referente às demandas sobre as embalagens genéricas de tabaco na Austrália ainda está analisando o caso, o que gera algumas teorias sobre as possibilidades de conclusão que poderão ser apresentadas na divulgação do relatório,

³¹⁴ WT/DS467/18.

³¹⁵ Communication from the panel. WT/DS467/19.

e as possíveis apelações para a continuidade das discussões no órgão de apelação. Essas teorias se baseiam nos painéis anteriores que discutiram os mesmos dispositivos dos acordos da OMC.

Uma possibilidade de desenvolvimento do caso, para Voon e Mitchel, seria o teste da necessidade sob o art. XX do Gatt, no qual o órgão de apelação afirmaria que o objetivo perseguido pela medida seria da preservação da vida e saúde humana. A partir daí a medida poderia ser considerada de contribuição material para o alcance desse objetivo. O órgão poderia ainda usar fontes externas à OMC para consultas sobre estudos científicos³¹⁶.

Para Voon e Mitchel, em relação ao acordo TBT a medida sobre as embalagens genéricas se enquadraria como uma regulação técnica, pois é aplicada a um grupo de produtos, determinando as características de embalagem e de rótulo, sendo uma medida obrigatória e com penalidades determinadas para aqueles que a descumprirem³¹⁷.

O principal dispositivo em questão no caso das embalagens genéricas pode ser considerado o artigo 2.2 do TBT o qual deve ser analisado em relação ao seu impacto no comércio internacional, assim como na sua contribuição para o alcance dos objetivos australianos de proteção à saúde. Para Gruszczynski, esse artigo seria de difícil comprovação pelos demandantes quanto às provas de que a medida seria mais restritiva do que o necessário para o alcance do objetivo de proteção da saúde humana. A Organização Mundial da Saúde possui, segundo aquele autor, estudos indicando que a embalagem genérica diminuiria a atratividade pelo produto por parte do público alvo da indústria tabagista, sendo difícil provar que as outras medidas alcançariam o mesmo resultado³¹⁸. Por outro lado, Voon e Mitchel afirmam que a medida poderia ser considerada mais restritiva do que o necessário para alcançar os objetivos relacionados à saúde³¹⁹.

³¹⁶ VOON e MITCHEL, 2011, p. 09.

³¹⁷ Ibidem, p. 11.

³¹⁸ GRUSZCZYNSKI, 2012, p. 19.

³¹⁹ VOON e MITCHEL, 2011, p. 11.

Segundo o comunicado da presidência do painel de 10 de outubro de 2014 ao OSC, a expectativa é que conforme o cronograma adotado pelo painel, o relatório final seja divulgado no segundo semestre de 2016³²⁰ para os casos DS 435, DS 441, DS 458 e DS 467.

4.4.7 Considerações sobre o Caso das Embalagens na Austrália

A última reunião ministerial ocorrida na Organização Mundial da Saúde sobre embalagens e rótulos de produtos de tabaco³²¹ contou com a participação de representantes de 14 Estados³²², estando entre eles África do Sul, Canadá, Chile, Noruega, Tailândia e Uruguai que atuam como terceira parte nos casos das embalagens genéricas para produtos de tabaco na Austrália. Nessa reunião foi reafirmado o apoio a medidas para o controle do uso do tabaco, e medidas para reduzir e desencorajar o seu uso, com destaque ao apoio dado para a implementação das embalagens genéricas. Esse apoio converge com o objetivo de diminuição de doenças relacionadas ao uso do produto (posto que as embalagens contribuem para tal). E apoiam os países que sofram a pressão da indústria tabagista contra as mudanças nas legislações.

Tendo a OMS como instituição parceira da OMC, e os trabalhos da FCTC em congruência com a aplicação da medida australiana, espera-se que o relatório do painel faça alguma consideração em relação à convenção, e como nos casos do atum e dos rótulos de carnes, tenha uma decisão favorável ao Estado demandado.

Além da OMS, o secretário geral da Organização das Nações Unidas apoiou o fato da Austrália ser o primeiro Estado a implementar a lei de embalagens genéricas, e declarou que os governos devem se comprometer com a implementação da convenção

³²⁰ WT/DS458/17.

³²¹ Ministerial meeting on “Packaging and labeling of tobacco products: opportunities and challenges for implementation of articles 11 and 13 of the WHO FCTC”, Geneva, 24th May, 2016.

³²² Estados participantes: África do Sul, Canadá, Chile, Finlândia, Hungria, Líbano, Noruega, Panamá, Reino Unido, Sri Lanka, Suécia, Tailândia, e Uruguai.

FCTC da OMS e do Tratado da ONU para o controle do tabaco³²³, os quais contribuem para o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Com isso, a aplicação das embalagens genéricas contribuiria para o controle do tabagismo, diminuindo os danos à população³²⁴.

Dessa forma, os Estados demandantes não teriam sucesso na discussão sobre o artigo 2.2, uma vez que o objetivo legítimo poderia ser considerado a proteção à saúde da população, e embasado na prática de outras instituições e principalmente do FCTC, considerando o objetivo legítimo, e a medida suficiente para o alcance dos objetivos. A medida poderia ser considerada mais restritiva do que o necessário se não houver outras medidas complementares a essa para a redução do fumo no país. Assim, somente a legislação sobre a rotulagem poderia ser considerada insuficiente para o alcance dos objetivos. Nesses casos, a aplicação da medida sobre as embalagens genéricas estaria também criando obstáculos desnecessários ao comércio internacional, visto que nos Estados demandantes (e terceiras partes) não se utiliza a mesma prática quanto a rotulagem dos produtos. Interessante notar, que mesmo sendo terceira parte nas disputas contra a Austrália, seis Estados foram signatários da reunião ministerial citada anteriormente, demonstrando certa ambiguidade em suas participações na arena internacional (o que pode ser resultado de um não entendimento entre os setores de saúde e de comércio exterior no interior desses Estados).

O que se tem de concreto até o momento é a argumentação inicial das partes, a qual demonstra que a maior discussão deve ser em torno do acordo Trips. Caso a discussão se desenvolva sobre o acordo TBT, a regulação sobre as embalagens genéricas de tabaco provavelmente será considerada pelo painel como um “regulamento técnico” por se tratar de determinação de características de produtos obrigatórias, o que no caso determina inclusive penalidades civis se não for cumprida. Além disso, o fato da medida estar relacionada a embalagem e requisitos de rotulagem se convergem na definição de regulação técnica. Diferentemente do caso dos cigarros

³²³ UN Tobacco Control Treaty. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/>

³²⁴ FCTC. Plain Packaging: a key part to successful implementation of the UN tobacco control treaty.

de cravo nos Estados Unidos, o caso australiano se aplica a todos os produtos de tabaco, não havendo a discriminação a um tipo de produto ou origem.

Na possível continuidade das discussões no órgão de apelação, provavelmente haveria a confirmação de que em conformidade com o acordo TBT a medida se enquadra em regulação técnica. A discussão sobre o acordo 2.2 do TBT dependerá da apelação realizada pelas partes e dos especialistas participantes no órgão de apelação.

O Brasil se manifestou apenas nos casos 434 e 458, o que pode ser depreendido da análise da composição das demandas, que isso ocorreu devido à similaridade entre os casos dispensando a manifestação em todos eles. De toda forma esse Estado se manifestou de maneira bastante conservadora, tendo uma postura mais de observador e em busca de mais informações sobre a política adotada na Austrália, a qual, como visto pelo movimento do FCTC e da ONU estaria indicando uma tendência a ser seguida por outros Estados.

A Ucrânia foi a única a pedir a suspensão do painel, mantendo assim as outras demandas em relação à medida australiana, as quais deverão estar relacionadas nos relatórios do painel a serem divulgados em 2016.

A participação dos Estados no comércio internacional³²⁵:

No período entre 2005 e 2014 as partes demandantes no caso das embalagens genéricas para produtos de tabaco foram responsáveis por 8% das exportações do mundo de cigarros com tabaco. Entre os 10 maiores exportadores estão os seguintes Estados: Alemanha, Holanda, Polônia, China (não entrou no caso), EUA, Cingapura, Suíça (não entrou no caso), Reino Unido, Bélgica e Coreia. Os Estados demandantes estão no ranking mundial de exportações em 11º - Indonésia, 28º - Ucrânia, 41º - Honduras, 48º - Cuba, enquanto a Austrália foi o 44º maior exportador em valores, e o Brasil o 51º exportador (US\$ 389,6 milhões) no período.

³²⁵ Dados do UN Comtrade, com base nos códigos SH 2408 e 4813.

Nas importações da Austrália 90% dos produtos vem dos dez maiores fornecedores mundiais, sendo que apenas 1,5% foram provenientes do Brasil, tendo sido o 7º maior fornecedor entre as partes envolvidas.

4.5 Considerações sobre os Casos

A restrição ao comércio internacional é dada por diversas formas, estando entre elas as barreiras técnicas. A interpretação para a definição do que se considera restritivo ao comércio nos casos apresentados nos painéis da OMC é dada pelo corpo de técnicos que analisam os casos no OSC.

Os Estados demandantes ao apresentarem seus casos ao OSC, principalmente em relação ao artigo 2.2, como bem pontuado por Meltzer e Porges³²⁶, tiveram que identificar os objetivos legítimos do Estado que aplicava a medida questionada, indicar a restrição ao comércio que a medida provocava, demonstrar qual a contribuição da medida para os objetivos, e quais as medidas alternativas que poderiam ser adotadas.

Os painéis e órgão de apelação ao analisar as demandas dos Estados nos casos estudados tiveram que fazer primeiramente em relação à *análise sob o artigo 2.2 do TBT*, a identificação dos objetivos perseguidos pelos Estados aplicadores das medidas técnicas, e se esses objetivos seriam legítimos. E em seguida a análise da restrição comercial em relação ao alcance dos objetivos propostos, e da própria restrição ao comércio para que pudesse se chegar a uma conclusão se as medidas seriam mais restritivas ao comércio do que o necessário.

Inicialmente pode-se notar a presença do artigo 2.1 em conjunto com o artigo 2.2 do TBT nos casos analisados, refletindo certa complementaridade, porém ao se analisar o cumprimento desses artigos, eles se mostram independentes, fazendo com que a violação de um deles não represente necessariamente o descumprimento do

³²⁶ MELTZER and PORGES, 2013, p. 27.

outro artigo. Nos casos analisados, nota-se que os painéis não decidiram pela necessidade ou a não necessidade de aplicação das medidas, mas concluíram pelo resultado discriminatório das medidas adotadas³²⁷.

Sobre a restrição ao comércio, os casos foram analisados para a determinação do efeito limitador que as medidas poderiam apresentar. O entendimento do órgão de apelação³²⁸ é de que o artigo 2.2 trata das medidas que excedem o nível de restrição necessário para o alcance de um objetivo legítimo. A partir disso, o órgão indica *três etapas* de análise do painel, as quais devem considerar: o grau de contribuição da medida para o objetivo legítimo; a restrição ao comércio derivada da medida; a natureza dos riscos, e a gravidade das consequências que podem surgir do não alcance dos objetivos.

O entendimento e identificação sobre os *objetivos legítimos* são a primeira parte da análise de uma medida que esteja sendo questionada sob o art. 2.2 do TBT, sendo o primeiro passo a definição dos objetivos da medida. Em seguida os painéis analisaram se o objetivo seria legítimo ou se seria de obstrução das importações e proteção da produção interna. Nos casos do atum, da medida COOL, e dos cigarros de cravos, os objetivos foram considerados legítimos, e as medidas adotadas foram reconhecidas como medidas técnicas. Apenas para o caso das embalagens de produtos de tabaco ainda se aguarda a definição do painel.

O artigo 2.2 do TBT se diferencia de outros dispositivos do acordo SPS e do Gatt ao considerar a questão dos *riscos* que o não alcance dos objetivos de uma medida determinada pelo Estado pode causar. Outra especificidade encontrada no artigo estudado e que promove a discussão sobre a adequação de uma medida ao artigo é a extensão dada ao entendimento sobre objetivos legítimos. A expressão "*inter alia*" no texto do artigo garante a possibilidade da interpretação de outros objetivos não exemplificados como passíveis de serem considerados.

³²⁷ Com exceção do caso das embalagens de cigarros contra a Austrália que até o final desse trabalho ainda não havia finalizado.

³²⁸ US – Tuna II, WT/DS381/AB/R.

Nos casos dos cigarros de cravo, do atum e da rotulagem de carnes, os Estados demandantes apontaram que as medidas adotadas estavam sendo contrárias ao disposto no artigo 2.2 do TBT por serem *mais restritivas do que o necessário* para o alcance do objetivo. Nos recursos feitos nos casos do atum e dos rótulos de carnes, o órgão de apelação declarou que a necessidade prevista no artigo estava relacionada ao processo de balanceamento para a análise dos regulamentos técnicos e o grau de contribuição para o alcance dos objetivos.

O artigo 2.2 traz o termo “necessário”, e os casos estudados abordaram a questão da necessidade em relação à extrapolação das medidas adotadas pelos Estados demandados. Vale comentar que no critério de necessidade definido pelos grupos especiais do órgão de apelação a palavra “necessário” não é limitada ao que fosse “indispensável”, mesmo uma medida necessária estando mais próxima do que seria uma medida indispensável³²⁹. Também não se pode inferir a partir da necessidade a consequência do obrigatório.

A definição a partir daí, passa a ser sobre se a medida é mais restritiva ao comércio do que o necessário. Para isso, em alguns casos, pode ser analisada em conjunto com o acordo SPS³³⁰ ou dentro do próprio texto do art. 2.2 do acordo TBT. O órgão de apelação acabou aplicando a fórmula dos “pesos e balanças” para essa análise, verificando o grau de contribuição³³¹ e se as medidas alternativas apresentadas pelos demandantes correspondiam a medidas menos restritivas e passíveis de se alcançar os mesmos objetivos. As medidas devem ser suficientes para o alcance dos objetivos, pois se puderem fazê-lo somente parcialmente, o painel poderá indicar que a medida não esteja em conformidade com o art. 2.2 (como por exemplo, no caso EUA – COOL).

As medidas usadas por Estados Unidos e Austrália geraram de a percepção pelos Estados partes nos casos, de que existiria a restrição ao comércio dos produtos importados, criando obstáculos ao comércio, e sendo mais restritivas do que o

³²⁹ OMC, 2012, p. 147.

³³⁰ Os Estados Unidos fizeram essa referência nos casos em que participou.

³³¹ US – Tuna II, WT/DS381/AB/R.

necessário. Apesar de que esses três pontos não tenham sido confirmados pelos painéis de cada um dos quatro casos estudados (sendo que o último caso ainda está em processo), eles foram discutidos no OSC. O artigo 2.2 do acordo TBT foi alvo dessas discussões por ter sido usado como justificativa pelos Estados demandados, principalmente em relação aos objetivos pretendidos. O ponto relacionado ao objetivo legítimo é algo subjetivo e aberto no artigo estudado, possibilitando que cada Estado membro encontre uma justificativa para suas medidas adotadas em relação ao comércio internacional, que se enquadre no objetivo perseguido por ele.

De maneira resumida, apesar dos quatro casos terem referenciado a violação ao artigo 2.2, os três casos finalizados, EUA – Atum II, EUA – Cigarros de cravo e o EUA – COOL, tiveram *conclusões* diferentes sobre o dispositivo do acordo TBT. No caso dos cigarros de cravo, o painel rejeitou o pedido da Indonésia, enquanto nos outros dois casos a conclusão foi de que os Estados Unidos teriam violado o artigo 2.2, o que foi tema de apelação desse Estado parte. Nos órgãos de apelação as decisões dos painéis foram revogadas. Os painéis focaram em determinar o conceito aplicado de necessidade e o quadro legal para a avaliação da legitimidade dos objetivos regulatórios³³².

Entre as disputas analisadas neste trabalho vale ressaltar que duas delas acabaram tendo a abertura de um painel de conformidade, que foram os casos do atum e dos rótulos de carnes nos Estados Unidos. Nesses dois casos os Estados Unidos falharam em aplicar as medidas indicadas pelo órgão de apelação do OSC, gerando a demanda pelos Estados reclamantes.

Os resultados dos casos analisados geraram jurisprudência para o OSC, o que deve servir de referência para os próximos casos sobre barreiras técnicas. Desde 2012, segundo Carlone, a organização tem observado a crescente utilização de barreiras técnicas relacionadas a produtos, rótulos e embalagens³³³, o que conseqüentemente poderá gerar disputas sobre esses assuntos.

³³² MELTZER e PORGES, 2013, p.20.

³³³ World trade report 2012 trade and public policies: a closer look at non-tariff measures in the 21st century apud CARLONE, 2014, p. 3.

As possibilidades de interpretação do acordo TBT e do artigo 2 têm sido utilizadas para o embasamento das novas medidas adotadas pelos Estados como forma de protecionismo à sua indústria nacional. Os regulamentos técnicos foram usados como forma de medidas não tarifárias para os casos estudados, o que pode ser inferido da importância da produção e valores comercializados no mercado internacional pelos outros Estados partes nas disputas.

O quadro abaixo resume as decisões do órgão de apelação sobre o artigo 2.2 do TBT:

Quadro 10:

Caso	Decisão
EUA – Atum II	A medida não era inconsistente com o artigo, e a medida alternativa proposta pelo México (rotulagem AIDCP) contribuiria em menor grau para o objetivo.
EUA – COOL	O artigo não determina o nível de cumprimento do objetivo legítimo, sendo assim, o órgão de apelação não concluiu a análise sobre se a medida seria mais restritiva do que o necessário
EUA – Cigarros de cravo	O painel não identificou restrição ao comércio, e o artigo não voltou a ser discutido no órgão de apelação.
Austrália – Embalagens genéricas de tabaco	Ainda sob análise do painel.

Por fim, oferecem-se as seguintes conclusões preliminares após a análise dos casos:

- Os Estados demandados nos casos de disputas utilizaram padrões e especificações técnicas diferentes das utilizadas por outros Estados ou previstas em normas internacionais. A aplicação dessas medidas nacionais teriam causado obstáculos aos produtos importados sendo entendidas pelos demais Estados como medidas protecionistas.

- Em dois dos casos estudados foi apontada a existência de acesso diferenciado para os produtores domésticos e estrangeiros ao sistema de certificação do Estado de destino dos produtos – atum e carnes (COOL).

- Os objetivos legítimos são usados como justificativa para a aplicação de medidas que podem não ser necessariamente as mais adequadas para o alcance daqueles. Como o texto do artigo 2.2 do TBT permite a interpretação de outros objetivos não listados no acordo, os Estados usam essa abertura para justificarem os seus objetivos e suas medidas, o que gerou os questionamentos levados aos painéis analisados neste trabalho.

- A partir dos casos analisados e dos relatórios dos painéis com o resultado das disputas, pode-se concluir que apesar da percepção de que medidas mais restritivas ao comércio internacional do que o necessário estivessem sendo aplicadas, o OSC não teve esse entendimento em relação ao art. 2.2 do TBT.

- Os Estados desenvolvidos os quais foram demandados nos casos estudados utilizaram medidas que restringiram o comércio internacional, isso, do ponto de vista dos Estados em desenvolvimento os quais participaram em maior número como terceiras partes.

- Os blocos regionais, mesmo aqueles dos quais a maior parte dos seus membros está participando como terceira parte, não atuam nos casos ou no OSC, com exceção da União Europeia que atuou como terceira parte, devido ao seu status jurídico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arena internacional de comércio alcançou uma configuração na qual estão presentes diversos arranjos regionais, a institucionalização de normas de comércio exterior, tratados e arenas para a negociação de acordos e solução de controvérsias. Ainda assim, os Estados em desenvolvimento sofrem as consequências do descumprimento de acordos internacionais de comércio e ações tomadas por Estados desenvolvidos.

As barreiras técnicas adotadas pelos Estados desenvolvidos (principalmente nos casos estudados) podem se concretizar como obstáculos ao comércio internacional, gerando situações mais restritivas do que o necessário ao comércio. Porém tal entendimento não foi confirmado pelos relatórios do órgão de solução de controvérsias da OMC.

Separaram-se, a seguir, as considerações finais em blocos, visando trazer as diversas perspectivas do debate:

Participação dos Estados nos casos estudados

A participação no OSC como Estado demandante ou como terceira parte abre a oportunidade de manifestação da parte para os ajustes no entendimento das normas dos acordos da OMC. A discussão da aplicação dos acordos gera novos entendimentos que serão reproduzidos a partir da jurisprudência derivada das disputas ocorridas. Assim, os Estados que não participaram anteriormente têm uma nova oportunidade para expressarem os seus interesses em relação à normativa da organização. O comitê de barreiras técnicas também realiza reuniões periódicas sobre o entendimento e aplicação do acordo TBT, sendo outra arena para a participação dos Estados membros, tendo como principal objetivo a transparência e a troca experiências.

Durante os casos em disputa no OSC nem todos os Estados com *status* de terceira parte se manifestaram apresentando os seus argumentos conforme seus direitos de participação no órgão. A falta de participação pode ser entendida pela falta

de conhecimento aprofundado sobre a discussão, ou pela opção de um posicionamento de apoio ao mesmo tempo apresentando postura de observador da disputa. Nota-se que os maiores atores no comércio internacional para os produtos que foram base das discussões estiveram atuantes em todas as fases dos casos, como por exemplo, a União Europeia, mesmo esse sendo um ator que se difere dos demais por estar atuando em nome de diversos Estados interessados na resolução das disputas.

Quadro 11: Manifestação das partes nos casos

Caso	Demandantes	3ª partes - com manifestação
EUA - Atum II	México	Canadá, União Europeia, Japão e Nova Zelândia
EUA - COOL	Canadá, México	Brasil, China, Colômbia, Coreia, Índia, Japão, Nova Zelândia e União Europeia
EUA - Cigarros de cravo	Indonésia	Brasil, Colômbia, México, Noruega, Turquia e União Europeia
Austrália - Embalagens de tabaco	Ucrânia, Honduras, República Dominicana, Cuba, Indonésia	Argentina, Brasil, Canadá, Guatemala, Honduras, República Dominicana, e União Europeia

Fonte: OMC. Elaboração: Própria.

A inserção dos Estados em desenvolvimento nas discussões no comitê TBT ou nos painéis e órgão de apelação do OSC é uma opção de participação para contribuir para a aplicação dos acordos da OMC, e entre eles o acordo TBT. Mesmo assim, isso não impede que Estados desenvolvidos, com maior poder econômico não apliquem medidas que visam o seu protecionismo e dificultem a inserção internacional dos demais Estados. Principalmente os Estados em desenvolvimento teriam dificuldades frente a essa situação, por possuírem menos recursos para amenizarem os impactos na sua indústria, manterem a competitividade e participação nos mercados externos.

O Brasil teve uma participação conservadora, não se manifestando em todos os casos. No caso EUA - COOL, o Brasil apesar de ser um dos maiores exportadores de carnes no mundo, atuou assim como nos demais casos somente como terceira parte. Nesse caso o Brasil apresentou uma argumentação mais extensa incluindo questionamentos tanto sobre o artigo 2.1 quanto o artigo 2.2 do TBT, indicando que a medida poderia ser mais restritiva do que o necessário. O único caso dos quatro

analisados que não teve a manifestação do Brasil foi o caso EUA – Atum II, talvez por não ser um ator de expressiva participação no mercado internacional desse pescado e seus produtos.

Nos acordos da OMC, e inclusive no TBT, há a previsão de condições mais favoráveis para a implementação dos acordos pelos Estados em desenvolvimento, e das normas internacionais para a adequação das condições para a participação no comércio internacional. Porém o que se pode verificar nos casos estudados foi que os Estados desenvolvidos (Estados Unidos e Austrália) estavam atuando de maneira questionável em relação aos acordos da OMC. Nos casos do atum e das embalagens de tabaco constatou-se uma questão de descumprimento de normas, registrada nos relatórios dos painéis. No caso do atum, o produto não foi excluído do mercado estadunidense, mas teria vantagens comerciais se recebesse o rótulo de “golfinhos a salvo”. No caso das embalagens de produtos de tabaco, o produto seria comercializado somente se cumprisse com as exigências de embalagens.

Considerando os quatro casos estudados, havia a presença de Estados desenvolvidos como partes demandadas, impondo condições de comercialização em seus territórios. Apesar de não haver condições diferenciadas para Estados em desenvolvimento, pois as medidas adotadas se davam em relação a um tipo de produto a partir da legislação de um Estado, conclui-se analisando a composição dos painéis, que os maiores prejudicados teriam sido os Estados em desenvolvimento.

Normas internacionais

O OSC da OMC tem sido uma arena de discussão sobre a aplicação dos acordos e regras derivadas desses acordos. O acesso a especialistas e outras organizações internacionais tem influenciado o entendimento sobre as normas da OMC, inclusive com a absorção de normas internacionais, ou a criação de novos padrões de exigência.

Estados possuidores de grandes mercados consumidores, como os Estados Unidos, ou Estados vistos como referência na aplicação de medidas (que podem indicar

uma tendência para o mercado), como a Austrália³³⁴, têm o poder de determinar regras que impactam no sistema de comércio internacional. Isso se dá uma vez que outros Estados terão que se adaptar para atender às exigências de comercialização baseadas nas medidas adotadas por aqueles Estados. No caso da pesca do atum, o método de pesca seria determinante para venda aos Estados Unidos, fazendo com que outros Estados sigam o mesmo método para garantir o acesso àquele mercado. Além disso, há a possibilidade de que outros Estados possam passar a adotar a mesma exigência, ou mesmo haver a modificação das exigências atuais para a certificação e rotulagem AIDCP, que é uma instituição internacional.

Nos casos analisados neste trabalho, o órgão de apelação demonstrou certa atenção ao analisar a relevância das instituições indicadas como referência pelas partes, e as normas internacionais em relação aos efeitos sob o acordo TBT. O artigo 2.4 do TBT é relacionado a aplicação das normas internacionais, tendo sido referenciado em alguns casos.

O acesso a organizações internacionais para a referência e consultas durante os procedimentos de solução de controvérsias está previsto no ESC, no apêndice 4 – Grupo consultivo de peritos, em seu artigo 4: “Os grupos consultivos de peritos poderão fazer consultas e buscar informações e assessoramento técnico em qualquer fonte que considerem apropriada.” A partir desse dispositivo qualquer organização ou instituição poderá ser consultada desde que os peritos a considerem adequada e de relevância para os casos discutidos.

A institucionalização de novas regras a partir da afirmação do OSC da OMC, para os casos estudados, se daria somente no caso EUA – Atum II, e possivelmente no caso Austrália - Embalagens genéricas de tabaco, o qual ainda está em curso. Nos outros dois casos, o EUA - COOL, e EUA – Cigarros de cravo, as medidas estritamente nacionais não geram o interesse direto para a alteração de normas internacionais ou em outros Estados. Assim, esses casos podem apenas inspirar outros membros a adaptarem suas legislações nacionais.

³³⁴ Considerando os casos estudados.

O posicionamento da ONU e de outros Estados favoráveis a adotarem a mesma medida em relação à rotulagem e embalagens de produtos de tabaco, que está sendo adotada na Austrália, também mostra que a partir da política de um Estado pode se estar criando uma norma a ser seguida internacionalmente. No caso há duas fontes para a norma aplicada, que são a FCTC e a legislação australiana, que foi a primeira lei nacional em vigência a partir das definições e expectativas internacionais para o controle do tabagismo. O grau de normatização do Estado pode servir de referência e exemplo a ser indicado pelas organizações internacionais para que outros Estados também implementem normas no mesmo sentido. Enquanto a norma não é difundida internacionalmente as exigências para a comercialização do produto significam maior dispêndio para os produtores estrangeiros.

Sobre o cumprimento ou descumprimento do acordo TBT

O OSC confirmou o descumprimento dos Estados demandados do acordo TBT (nem todos os artigos apontados) e de outros acordos da OMC. O número de casos em que os Estados desenvolvidos estão sendo demandados reflete a sua atuação no comércio internacional em relação à normatização e seu alinhamento com os acordos da OMC. O alto número de questionamentos e de solicitações a esses Estados no comitê de barreiras técnicas também leva a um possível não cumprimento do acordo TBT que incorrerá em abertura de consultas no OSC.

As dificuldades que as partes demandantes tiveram em argumentar suas demandas em relação ao artigo 2.2 estariam no grau de complexidade para se provar o não cumprimento do artigo, em conjunto com uma construção sólida da argumentação. Em alguns casos não houve apelação para o artigo 2.2 pelas partes demandantes, desistindo da comprovação e optando por continuar a disputa sobre o artigo 2.1 do TBT. Nos casos do atum e da rotulagem de carnes, os painéis inicialmente haviam indicado o descumprimento do artigo 2.2, mas a decisão foi revertida no órgão de apelação.

Em nenhum dos casos analisados, salvo o caso da Austrália que ainda está em curso, foi afirmado o descumprimento do artigo 2.2 do acordo TBT, tendo a conclusão

dos relatórios do órgão de apelação indicado o descumprimento do artigo 2.1 do TBT em relação ao tratamento menos favorável e de outros acordos da OMC.

O órgão de apelação nos casos estudados atuou com cautela na análise, considerando não somente as etapas de avaliação de cada tema nos artigos e acordos apontados, como também considerando aspectos que influenciam no mercado, como por exemplo, as questões de consumo, ou que são considerados pela sociedade como o meio ambiente. Uma regulação técnica que não seja protecionista e seja aplicada com foco em um objetivo legítimo é considerada legal pelo órgão de apelação.

Algo que pode justificar a coexistência da indicação do artigo 2.1 com o artigo 2.2 do acordo TBT nas demandas realizadas nos casos estudados é a grande abertura que o artigo 2.2 possibilita para se indicar objetivos perseguidos pelas medidas adotadas. A dificuldade que os Estados demandantes têm para provar que as medidas não são embasadas nos objetivos declarados, mas em atitudes protecionistas faz com que seja mais plausível a indicação da quebra dos preceitos contidos no artigo 2.1.

No caso do artigo 2.2 é necessário que o Estado demandante identifique os objetivos legítimos, ou os objetivos que não considere legítimos, em seguida aponte como a medida atua para o alcance desses objetivos, e se a medida restringe o comércio e qual o nível de restrição comercial. Por último o demandante ainda deve indicar as medidas alternativas que sejam menos restritivas para o alcance do objetivo.

Os objetivos apontados pelos Estados demandados foram considerados legítimos pelos painéis, assim como todas as medidas em discussão foram consideradas regulamentos técnicos e assim puderam ser analisados sob o escopo do acordo TBT. A questão sobre os objetivos legítimos gerou maior discussão, pois foi necessário analisar se o objetivo poderia ser alcançado pelas medidas aplicadas.

O teste da necessidade foi abordado nos casos, principalmente ao se analisar as medidas alternativas propostas pelos demandantes, mas sem sucesso do ponto de vista dessas partes. A questão dos obstáculos ao comércio estava subentendida nas demandas, não chegando a se avaliar o quanto as medidas restringiam o comércio internacional.

Em relação a última questão apontada pelo artigo 2.2 do TBT, os riscos do não cumprimento das medidas foi discutido no caso EUA - Atum II em relação aos riscos que os golfinhos sofriam durante a pesca do atum. Para o caso EUA - COOL, se argumentou que a aplicação do rótulo não influenciava nos riscos à vida humana ou animal, e no caso EUA - Cigarros de cravo foi apontado o risco que o fumo traz à saúde humana. No caso da Austrália - Embalagens genéricas para tabaco, provavelmente a discussão se assemelhe à ocorrida no caso dos cigarros de cravo em relação aos riscos que o consumo do produto apresenta para a saúde.

Os relatórios do órgão de apelação também relacionam a análise do artigo 2.2 do TBT com alguns pontos do artigo XX do Gatt. Na análise da contribuição de uma medida para o alcance dos objetivos legítimos, também se analisa a contribuição para os objetivos políticos do art. XX do Gatt. Em relação à análise sobre uma medida alternativa que seja menos restritiva ao comércio, também é analisada a questão da necessidade contida no mesmo artigo do Gatt já citado³³⁵.

As medidas aplicadas pelos Estados Unidos e Austrália tendo o objetivo de proteção do consumidor, ou do meio ambiente, poderiam em tese serem melhores para os consumidores finais, porém o excesso na aplicação desse tipo de norma não apresenta diretamente melhorias para os consumidores dos Estados em desenvolvimento ou para os seus produtores. Nos Estados onde as medidas são aplicadas, os consumidores terão acesso a um tipo de produto, porém não necessariamente será o mesmo produto comercializado no Estado de origem que não compartilha da mesma norma em vigência.

Informações ao consumidor

Um fato comum encontrado nos casos analisados é a presença do objetivo de se prover informação ao consumidor. Com exceção do primeiro caso analisado no qual o produto foi banido do mercado estadunidense (cigarros de cravo), os outros três casos foram relacionados a rotulagem de produtos e informações ao consumidor. As medidas apontavam tentativas de modificação do comportamento do consumidor, a evitar um

³³⁵ MELTZER e PORGES, 2013, p.27

tipo de produto ou escolher outro produto tido como melhor ou que estivesse de acordo com normas (como no caso do atum em relação à proteção ambiental), e modificar os padrões de consumo.

Nos dois primeiros casos (EUA - Atum II e EUA - COOL) a rotulagem foi relacionada aos métodos de produção. A rotulagem tem como objetivo distinguir sobre diferentes métodos ou processos de produção, alertar os consumidores sobre os impactos no meio ambiente ou apoio à sua conservação, ou a um modo de vida saudável. O objetivo final dos rótulos com essa informação é induzir o consumidor a um determinado comportamento³³⁶. No caso da disputa sobre a rotulagem para o atum, foi considerado que o objetivo era a informação ao consumidor e proteção dos golfinhos, porém tanto nesse caso como nos demais foi argumentado que os rótulos implicavam em discriminação, e tratamento menos favorável ao produto importado conforme o artigo 2.1 do acordo TBT.

Modificando o comportamento consumidor, se modifica a demanda e a dinâmica comercial, dificultando o acesso a mercado dos produtores que não se enquadrem naquelas exigências de mercado. Apesar da premissa de que as normas sobre rótulos podem ser boas para os consumidores que estariam mais bem informados sobre as características dos produtos, ao mesmo tempo aumenta a barreira de entrada para os produtos estrangeiros.

A questão normativa sobre a consequência das regras nos indivíduos, Estados, outros atores (organizações) que criam a normatização global, e como esses atores incluem os diferentes *stakeholders* de modo a ter legitimidade nas suas decisões e garantir a sua existência são elementos da política global. Nesse aspecto, a transnacionalidade da política e relações intergovernamentais podem ser decisivas para as mudanças nas regras supranacionais e sobre seu conteúdo. Os atores, segundo Chayes e Chayes³³⁷ ao tratarem da soberania cooperativa, contribuem para a criação de regras que atuarão sobre eles mesmos.

³³⁶ VOON, et al, 2013, p. 7.

³³⁷ Apud COHEN e SABEL, 2006, p. 11.

Para o caso das relações internacionais, Kingsbury, Krisch, e Stewart, tratam da importância da independência das instituições globais³³⁸, o que podemos considerar como presente na OMC. Acrescentamos a essa análise o ponto da interdependência, e das relações de desigualdade de poder, ou posição no ambiente internacional, conhecido entre os atores, o que se materializa na OMC, onde os Estados desenvolvidos têm histórico de atuação com maior presença.

Nesse aspecto conclui-se que os Estados em desenvolvimento têm perdido a oportunidade de se manifestarem no OSC para contribuir para as discussões de entendimento dos dispositivos do acordo TBT. Dessa forma, com a preponderância da atividade dos Estados desenvolvidos, mantêm-se a normativa de interesse desses atores e aplicação dos instrumentos internacionais. A atuação dos Estados em desenvolvimento para a alteração da aplicação da normativa internacional, no caso nos referindo principalmente ao acordo TBT, tem sido falha e não contributiva para a facilitação da sua própria inserção no mercado internacional ou manutenção da sua competitividade nesse ambiente.

Como consequência desse cenário, as medidas técnicas que têm sido impostas no mercado internacional estariam dificultado a inserção não só dos Estados em desenvolvimento, como dos demais Estados que buscam atuar nesses mercados com barreiras. Apesar disso, os Estados que têm aplicado as medidas técnicas não estariam infringido o artigo 2.2 do TBT, segundo os relatórios dos painéis do OSC.

³³⁸ KINGSBURY, KRISH, STEWART, 2004, p. 13.

6 REFERÊNCIAS

ADAM, B., and VAN LOON, J. Introduction: repositioning risk; the challenge for social theory. IN: ADAM, Barbara; BECK, Ulrich; VAN LOON, Joost. *The risk society and beyond: critical issues for Social Theory*. London: Sage, 2000.

APPLETON, Arthur E. *Curso de solução de disputas em comércio internacional, investimento e propriedade intelectual*. Módulo 3.10 Barreiras técnicas ao comércio. Unctad, Nova Iorque e Genebra, 2003.

BOSSCHE, Peter V. Den; PRÉVOST, Denise; MATTHEE, Mariëlle. WTO rules on technical barriers to trade. *Maastrich Faculty of Law Working Paper*. Maastrich, 2005.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm

BRASIL. Decreto nº 1.355/94, Ata final que incorpora os resultados das negociações comerciais multilaterais da Rodada Uruguai. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1355-94.pdf

BRASIL. Decreto nº 5.658/2006, Promulga a Convenção-Quadro sobre o Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial da Saúde em 21 de maio de 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm

CARLONE, Jonathan. An added exception to the TBT agreement after clove, tuna II and cool. *Boston college international and comparative law review*. Vol. 37, issue 1, 2014.

CASSESE, Antonio. *International Law*. New York, Oxford University Press, 2001.

CAVES, Richard; FRANKEL, Jeffrey; JONES, Ronald. *Economia Internacional: Comércio e Transações Globais*. Cap. 2. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

COHEN, Joshua e SABEL, Charles F. Global Democracy? *Journal of International law and politics*, 37, Columbia University, 2006.

DS 135 EC – Asbestos. European Communities – Measures affecting asbestos and products containing asbestos. Disponível em:
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds135_e.htm

DS267 US – Upland cotton. United States – Subsidies on upland cotton. Disponível em:
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds267_e.htm

DS381 US – Tuna II. United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products. Disponível em:
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds381_e.htm

DS384 US – COOL. United States — Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements. Complainant: Canada. Disponível em:
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds384_e.htm

DS386 US – COOL. United States — Certain Country of Origin Labelling Requirements. Complainant: Mexico. Disponível em:
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds386_e.htm

DS406 US — Clove Cigarettes. United States — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes. Complainant: Indonesia. Disponível em:
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds406_e.htm

DS434 Australia — Tobacco Plain Packaging (Ukraine). Australia — Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging. Complainant: Ukraine. Disponível em:
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds434_e.htm

DS435 Australia — Tobacco Plain Packaging (Honduras). Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging. Complainant: Honduras. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds435_e.htm

DS441 Australia — Tobacco Plain Packaging (Dominican Republic). Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds441_e.htm

DS458 Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging. Complainant: Cuba. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds458_e.htm

DS467 Australia — Tobacco Plain Packaging (Indonesia). Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging. Complainant: Indonesia. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds467_e.htm

FCTC. Plain Packaging: a key part to successful implementation of the UN tobacco control treaty. Disponível em: <http://www.who.int/fctc/mediacentre/news/2016/FCTC-WNTD-2016/en/>

FRIEDEN, Jeffrey; ROGOWSKI, A. The impact of the international economy on national politics: an analytical overview. IN: KEOHANE, Robert O. and Milner, Helen V. *Internationalization and domestic politics*. New York, Cambridge University Press, 1996.

GARRET, Geoffrey; LANGE, Peter. Internationalization, Institutions, and Political Change. IN: KEOHANE, R. *Internationalization and domestic politics*. New York, Cambridge Univ. Press, 1996.

Globalization and Development. CEPAL 2002. Twenty-Ninth Session – Brasilia, 06-10 may 2002.

GILPIN, Robert. *The political economy of international relations*. Princeton University Press, New Jersey, 1987.

GREENE, Joel L. Country of origin labeling for foods and the WTO trade dispute meat labeling. Congressional research service, 2015.

GRUSZCZYNSKI, Lukasz. The TBT agreement and tobacco control regulations. *Society of international economic law*, Working paper n° 2012/51, Singapore, 2012.

HOBBSAWN, E. II Parte: Desenvolvimento. IN: _____. *A Era do Capital: 1848-1875*. São Paulo, Paz e Terra, 2005.

HOEKMAN, Bernard M; KOSTECKI, Michel M. *The political economy of the World trading system: the WTO and beyond*. 2 ed. New York: Oxford Univ. Press, 2001.

HORN, Henrik; MAVDROIS, Petros C.; WIJKSTROM, Erik N. In the shadow of the DSU: addressing specific trade concerns in the WTO SPS and TBT Committees. *Research institute of industrial economics*. Working paper n° 960, 2013.

JACKSON, John Howard. *The jurisprudence of Gatt and the WTO: insights on treaty law and economic relations*. Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2000.

_____. *The world trading system: law and policy of international economic relations*. 2nd edition, MIT Press, 2002.

KAPTERIAN, Gisele. *A critique of the WTO jurisprudence on "necessity"*. Cambridge journals. ICLQ, vol. 59, págs. 89-127, 2010.

KENEN, Peter B. *Economia Internacional: Teoria e Política*. Tradução da 3ª edição – Silvia Düssel Schiros. Ed. Campus. Rio de Janeiro, 1998.

KINGSBURY, Benedict; CASINI, Lorenzo. Global administrative law dimensions of international organizations law. *International law and justice working papers*, 2009/9.

KINGSBURY, B.; KRISCH, N.; STEWART, R. *The emergence of global administrative law*. International law and justice working paper. 2004/1.

KRUGMAN, Paul; OBSTFELD, Maurice. *Economia Internacional, teoria e política*. São Paulo, Makron Books, 2001.

MARCEAU, Gabrielle Z., and HAWKINS, Jennifer K. *Experts in WTO dispute settlement*. *Journal of international dispute settlement*, vol. 3, nº 3, 2012.

MARCEAU, Gabrielle, and TRACHTMAN, Joel P. The technical barriers to trade agreement, the sanitary and phytosanitary measures agreement, and the general agreement on tariffs and trade: a Map of the World Trade Organization Law of Domestic regulation of goods. *Journal of World Trade (Law-Economics-Public Policy)*. 36.5 (Oct. 2002): p. 811. From General OneFile.

MCQUEEN, Mathew. *Teoria econômica do desenvolvimento*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1975.

MELTZER, Joshua, and PORGES, Amelia. Beyond discrimination? The WTO parses the TBT Agreement in US – Clove cigarettes, US – Tuna II (Mexico) and US – Cool. Case notes, *Melbourne journal of international law*, vol. 14, 2013.

Ministerial meeting on “Packaging and labelling of tobacco products: opportunities and challenges for implementation of articles 11 and 13 of the WHO FCTC”. Geneva, May, 2016. Disponível em: <http://www.who.int/fctc/implementation/Ministerial-declaration-packaging-labelling-tobacco.pdf>

MITCHELL, Andrew D. and HENCKELS, Caroline. Comparing the concept of “necessity” in international investment law and WTO law. *Chicago journal of international law*, summer, 2013.

NAFTA. Chapter 9 – Standards related measures; Part 3 – Technical barriers to trade. Disponível em: <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement?mvid=1&secid=26e51195-68cc-4fd3-9b34-23fa182ca87b>

NATENS, Bregt, e GERAETS, Dylan. Modification of the conditions of competition for goods and services: the side-track that never was. *Manchester Journal of International Economic Law*, Vol. 12, Issue 1: 59-79, 2015.

Negotiating history of the coverage of the agreement on technical barriers to trade with regard to labelling requirements, voluntary standards, and process and production methods unrelated to product characteristics. Committee on trade and environment, and Committee on technical barriers to trade. WT/CTE/10, G/TBT/W/11. WTO, 1995. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/comites/pdf/docTBT2.pdf>

Obstacles techniques au commerce dans le cadre de l'OMC. OMC e-learning. OMC, 2012. Disponível em: www.wto.org

PRAZERES, Tatiana L. *Comércio internacional e protecionismo: As barreiras técnicas na OMC*. São Paulo, Aduaneiras, 2003.

RIBEIRO, Gustavo F. e SILVEIRA, Luciana D. O. Truth be told: acompanhem o TBT. *No prelo*. 2014.

RUGGIE, John Gerard. *Constructing the World Polity: Essays on international institutionalization*. New York, Routledge, 1998.

SHAFFER, Gregory. The WTO Tuna-Dolphin II case (United States – Measures concerning the importation, marketing and sale of tuna and tuna products). University of Minnesota Law School, *Legal studies research paper series*, nº 12-62, 2013.

STOLL, Peter Tobias; SCHORKOPF, Frank. *WTO – World Economic Order, World Trade Law*. Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

Technical barriers to trade agreement, WTO. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm

THORSTENSEN, Vera. A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência. *Revista brasileira de política internacional*, vol.41, Jan./Junho, 1998.

TREBILCOCK, Michael. J. e HOWSE, Robert. *The regulation of international trade*. London, Routledge, 2001.

UNCTAD - UN recognition of the Least Developed Countries. Disponível em: <http://www.unctad.org>

VOON, Tania. Exploring the meaning of trade-restrictiveness in the WTO. *World trade review*, vol. 14, 2015.

VOON, Tania and MITCHELL, Andrew. Face off: Assessing WTO challenges to Australia's scheme for plain tobacco packaging. *Public Law Review*, 218, 2011.

VOON, T., MITCHELL, A., GASCOIGNE, C. Consumer information, consumer preferences and product labels under the TBT Agreement. IN: MICHAEL, TREBILCOCK, TRACEY (eds.), *Research handbook on the WTO and technical barriers to trade*. Edward Elgar Publishing, 2013.

WOLFRUM, Rüdiger, Et al. *WTO – Technical barriers and SPS measures*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.