



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

ANA VITÓRIA MUNIZ BOKOS

**DISCRICIONARIEDADE ESTATAL PARA DETERMINAR INTERESSES DE
SEGURANÇA NACIONAL NO COMÉRCIO EXTERIOR: Uma análise do artigo
XXI.(b).III do Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas - GATT**

**BRASÍLIA
2021**

ANA VITÓRIA MUNIZ BOKOS

**DISCRICIONARIEDADE ESTATAL PARA DETERMINAR INTERESSES DE
SEGURANÇA NACIONAL NO COMÉRCIO EXTERIOR: Uma análise do artigo
XXI.(b).III do Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas - GATT**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientador: Professor Gustavo Ferreira Ribeiro

**BRASÍLIA
2021**

ANA VITÓRIA MUNIZ BOKOS

**DISCRICIONARIEDADE ESTATAL PARA DETERMINAR INTERESSES DE
SEGURANÇA NACIONAL NO COMÉRCIO EXTERIOR: Uma análise do artigo
XXI.(b).III do Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas - GATT**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientador: Professor Gustavo Ferreira Ribeiro

Brasília, de de 2021.

BANCA AVALIADORA

Professor Gustavo Ferreira Ribeiro (Orientador)

Professor(a) Avaliador(a)

RESUMO

A Organização Mundial do Comércio (OMC) tem como objetivo a liberalização do comércio internacional. Entretanto, seus acordos admitem exceções, que, no âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio se dividem entre Exceções Gerais e de Segurança. Este trabalho discute a exceção de segurança disposta no artigo XXI.(b).III do GATT, qual seja, a possibilidade de adotar medidas excepcionais caso o Estado considere necessário à proteção de seus interesses essenciais de segurança, em casos de guerra ou outras emergências nas relações internacionais. Este ponto revela o problema de pesquisa do trabalho, que diz a quais seriam os limites ao direito de regular estatal, no contexto de necessidade e emergência internacional. Assim, serão interpretados os principais conceitos do dispositivo legal, com base na análise dos trabalhos preparatórios e de negociação ao acordo e nas principais disputas envolvendo o dispositivo legal, com ênfase no caso “*Russia — Measures Concerning Traffic in Transit*”. Desta forma, será verificada a jurisdição do Órgão de Solução de Disputas para a revisão de legalidade e quais os limites enfrentados ao julgamento do mérito, a possibilidade de revisão através da aplicação do princípio da boa-fé e a possibilidade de exigir o ônus da prova como critério objetivo e delineado ao Estado alegando a exceção, em uma análise das principais lacunas da decisão. Além disso, o trabalho sugere possibilidades de interpretação e de desenvolvimento da jurisprudência no tema com base em interpretações do Direito Internacional Público e do Direito dos Investimentos em situações semelhantes.

Palavras-chave: Exceções de Segurança. Comércio Internacional. Discricionariedade estatal. Cláusula auto determinável. Revisão de legalidade. Limites ao direito de regular.

ABSTRACT

The World Trade Organization (WTO) aims to liberalize international trade. However, their agreements allow exceptions, which, under the General Agreement on Tariffs and Trade, are divided between General and Security Exceptions. This paper discusses the security exception provided for in Article XXI.(b).III of the GATT, which states the possibility of adopting exceptional measures if the State considers it necessary to protect its essential security interests, in cases of war or other emergencies in international relations. This point reveals the problem of this work, which addresses what are the limits to the state's right to regulate in the context of international need and emergency. Thus, the main concepts of the legal provision will be interpreted based on the analysis of the preparatory work and negotiation of the agreement and the main disputes involving the legal provision, with an emphasis on the "Russia - Measures Concerning Traffic in Transit" case. This way, it will be discussed the jurisdiction of the Dispute Settlement Body for the legality review, the limits faced in judging the merits, the possibility of review through the application of the principle of good faith and the possibility of demanding the burden of proof as an objective criterion and outlined to the State alleging the exception, in an analysis of the main gaps in the decision. In addition, the work suggests possibilities for interpreting and developing jurisprudence on the topic based on interpretations of international public law and investment law in similar situations.

Keywords: Security Exception. International Trade. State discretion. Self-judging clause. Legality review. Limits to the right to regulate.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AB	Órgão de Apelação ('Appellate Body')
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CVDT	Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
DSB	Órgão de solução de controvérsias ('Dispute Settlement Body')
DSU	Entendimento de Solução de Controvérsias ('Dispute Settlement Understanding')
CE	Comunidade Europeia
GATS	Acordo Geral sobre Comércio de Serviços
GATT	Acordo Geral de Tarifas e Comércio
ILC	'International Law Commission'
ITO	Organização Internacional do Comércio
OMC	Organização Mundial do Comércio
TRIPS	Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 INTERPRETAÇÃO DAS EXCEÇÕES DE SEGURANÇA NO COMÉRCIO INTERNACIONAL	14
1.1 A problemática das Exceções de Segurança na codificação das normas de Comércio Internacional	14
1.2 A problemática das Exceções de Segurança no histórico de disputas envolvendo as Exceções de Segurança na OMC	18
2 A INTERPRETAÇÃO TRAZIDA PELA DECISÃO DO PAINEL NO CASO ‘RUSSIA — MEASURES CONCERNING TRAFFIC IN TRANSIT’ DE 2019	25
2.1 A análise de jurisdição pelo Painel: o caráter auto determinável da Exceção de Segurança como limite à jurisdição	26
2.2 A análise de mérito pelo Painel: o caráter auto-determinável da Exceção de Segurança como limite ao julgamento de mérito	29
3 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO PELA APLICAÇÃO DISCRICIONÁRIA DE MEDIDAS DE SEGURANÇA NACIONAL	35
3.1 A aplicação do princípio da boa-fé como limite ao interesse de segurança essencial	35
3.2 A exigência do ônus da prova para demonstrar a relação causal entre a medida e a proteção de interesses essenciais de segurança	40
3.3 A interpretação das exceções no direito de regular medidas de interesse nacional no Direito dos Investimentos	42
CONCLUSÃO	49

INTRODUÇÃO

A Organização Mundial do Comércio (OMC) conta com 164 países membros e em mais de 25 anos teve cerca de 600 disputas trazidas e mais de 350 decisões emitidas pelo Órgão de Solução de Controvérsias (*'Dispute Settlement Body'* - “DSB”, ou OSC, em português)¹. A OMC mudou as estruturas de muitas das regras comerciais que evoluíram sob o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*'General Agreement on Tariffs and Trade'* - “GATT”) de 1994.

Entretanto, apesar do histórico de resolução de controvérsias bem-sucedido e um desenvolvimento legal no Comércio Internacional, ainda existem muitos pontos controversos ou desatualizados². Dentre eles, encontra-se a aplicação das exceções de segurança nacional dispostas no artigo XXI.(b) do GATT³.

As exceções de segurança permitem que os membros justifiquem medidas restritivas ao comércio por motivos não comerciais. De maneira geral, as regras de Comércio Internacional visam a liberalização do comércio, a redução de tarifas e barreiras e a eliminação do tratamento discriminatório. Entretanto, as nações restringem rotineiramente o comércio por razões de segurança. Na ausência da exceção de segurança, tais ações violariam as regras fundamentais da OMC que garantem, por exemplo, o tratamento de nação mais favorecida (NMF)⁴, o tratamento nacional⁵, e a proibição de restrições quantitativas⁶.

¹ WTO. *Dispute settlement activity: some figures*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispustats_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

² SIEGEL, Deborah E. Legal Aspects of the IMF/WTO Relationship: The Fund's Articles of Agreement and the WTO Agreements. *American Journal of International Law*, v. 96, n. 3, p. 561-599, 2002, at p. 561.

³ WTO. *General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*, 1994, article XXI. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021; YOO, Ji Yeong; AHN, Dukgeun. Security Exceptions in the WTO System: Bridge or Bottle-Neck for Trade and Security?. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 19, n. 2, p. 417-444, out. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2809074>. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁴ WTO. *General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*, 1994, article I. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁵ WTO. *General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*, 1994, articles III.4 e XIII.1. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁶ WTO. *General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*, 1994, article XI. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

A pesquisa existente reconhece uma prevalência das preocupações com a segurança nacional em comparação às preocupações com o livre comércio⁷ quanto à aplicação das exceções de segurança.

Além do Artigo XXI do GATT, que trata do comércio de bens, o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (*'General Agreement on Trade in Services'* - "GATS") e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*'Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights'* - "TRIPS") também incorporam exceções de segurança nacional que são aplicáveis ao regime de comércio de serviços e à proteção de direitos de propriedade intelectual, respectivamente.

Ainda, embora as exceções de segurança do artigo XXI sejam semelhantes às exceções gerais dispostas no artigo XX do GATT⁸, elas diferem de duas maneiras importantes⁹. Por muito tempo, a interpretação doutrinária era de que as diferenças se dão no texto do artigo XXI, que (i) não traz um *caput*, o que significa, comparativamente, que os países não estão sujeitos a uma proibição da arbitrariedade ou da discriminação injustificável; e (ii) traz uma expressão que sugere ser necessário apenas que os próprios países aplicando medidas restritivas 'considerem' que seus interesses essenciais de segurança estão envolvidos.

Em relação ao primeiro ponto de diferença, o texto do *caput* do artigo XX dispõe explicitamente que as medidas sob o regime de exceções gerais não devem ser aplicadas de maneira que constitua um meio de discriminação arbitrária ou injustificável, enquanto o artigo XXI deixa de mencionar sobre a vedação à arbitrariedade ou sobre a justificação, sugerindo um caráter de auto-determinação (*'self-judging nature'*) das exceções de segurança.¹⁰

Já o segundo ponto de diferença entre os dispositivos ressalta a linguagem literal do artigo XXI, ilustrando novamente este caráter auto-determinável ao indicar que as obrigações

⁷ YOO, Ji Yeong; AHN, Dukgeun. Security Exceptions in the WTO System: Bridge or Bottle-Neck for Trade and Security?. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 19, n. 2, p. 417-444, out. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2809074>. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁸ WTO. *General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*, 1994, article XX. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁹ AYRES, Glyn; MITCHELL, Andrew. General and Security Exceptions under the GATT and GATS. In: CARR, Indira; BHUIYAN, Jahid; ALAM, Shawkat (edit.). *International Trade Law and WTO*. Sidney: Federation Press, 2012. p. 228-268.

¹⁰ AYRES, Glyn; MITCHELL, Andrew. General and Security Exceptions under the GATT and GATS. In: CARR, Indira; BHUIYAN, Jahid; ALAM, Shawkat (edit.). *International Trade Law and WTO*. Sidney: Federation Press, 2012. p. 228-268.

comerciais assumidas pelo Acordo não devem restringir as partes de tomarem medidas que elas próprias considerem necessárias para a proteção de seus interesses de segurança nacional.

Neste sentido, surgiu margem à interpretação quanto ao caráter ‘justiciável’¹¹ - ou não - das exceções de segurança, que foi objeto de pesquisa ao longo dos anos¹², sem ter chegado, no entanto, a uma análise jurisprudencial até recentemente, no caso envolvendo Rússia e Ucrânia¹³.

A discricionariedade prevista pelo artigo decorre do direito soberano de formular uma política externa, que é matéria essencialmente da jurisdição interna de um Estado.¹⁴ De maneira geral, esse direito não pode ser presumivelmente restringido, de acordo com o princípio do lócus.¹⁵ Nesse sentido, seria necessária a autolimitação do exercício da soberania doméstica, que se verifica, por exemplo, com a assinatura e ratificação de tratados internacionais que delimitem direitos e obrigações.

¹¹ O termo ‘justiciability’ é usado diferentemente de jurisdição; enquanto a jurisdição considera apenas a capacidade do foro decidir a questão, a ‘justiciabilidade’ considera se seria apropriado que o foro a decidisse. BOGDANOVA, Iryna. Adjudication of the GATT Security Clause: To Be or Not to Be, This is the Question. *World Trade Institute Working Paper*, Mar. 2019, p. 4. Disponível em: <https://www.wti.org/research/publications/1208/adjudication-of-the-gatt-security-clause-to-be-or-not-to-be-this-is-the-question/>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹² HAHN, Michael J. Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception. *Michigan Journal of International Law*, Michigan, v. 12, p. 558-620, 1991. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol12/iss3/3>. Acesso em: 30 mar. 2021.; CANN, Wesley A. Jr. Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance Between Sovereignty and Multilateralism. *Yale Journal of International Law*, v. 26, p. 413-485. 2001. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol26/iss2/7>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹³ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253739,252975,252976,248421,240333,236742,234478,231517,231365,231300&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁴ NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*, 26 de junho de 1945, artigo 2.7. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91220-carta-das-nacoes-unidas>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹⁵ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE (PCIJ). *Case of the S.S. Lotus* (France v. Turkey), Judgement, 1927, series A, No. 10, para. 44-47. Disponível em: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.; CHENG, Bin. *General Principles Of Law As Applied By International Courts And Tribunals*. Londres: Stevens & Sons Ltd., 1953, p. 473.

Ademais, o artigo XXI.(b).III¹⁶ dispõe sobre a exceção de segurança com base em um contexto de “emergência nas relações internacionais”, termo que precisaria de uma definição jurídica para a correta aplicação de medidas pelo Estado.

As preocupações sobre o abuso da exceção de segurança foram reconhecidas desde sua criação. Os negociadores do GATT temiam que a exceção criasse uma "lacuna muito grande"¹⁷. Em mais de sessenta anos de um sistema multilateral de comércio internacional, as invocações da exceção de segurança foram contestadas apenas algumas vezes, mas estas contestações não resultavam em uma decisão vinculativa do GATT ou da OMC.¹⁸

As Exceções de Segurança foram invocadas em quatro disputas sob o GATT de 1947,¹⁹ em uma abordagem geralmente seguida de disputas e discussões do Conselho, considerando as preocupações das partes quanto ao seu escopo e a possibilidade - ou não - de limitá-las.

De fato, autorizar uma proibição direcionada aos bens enquanto restrição comercial e impor um limite às importações distorce o livre comércio ao recompensar concorrentes dos países que não foram visados pela restrição aplicada, dando-os maiores possibilidades de comércio com o Estado que aplicou a medida em comparação aos países que sofreram a restrição.²⁰ Isso seria, de maneira geral, uma violação aos princípios propostos pela OMC.

¹⁶ WTO. *General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*, 1994, article XXI.(b).III. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁷ UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Thirty-Third Meeting of Commission A, Doc. *E/PC/T/A/PV/33*, 1947. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/APV-33.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁸ ALFORD, Roger P. The Self-Judging WTO Security Exception. *Utah Law Review*, Salt Lake City, n. 3, p. 697-759, 2011. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/330. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁹ GATT. United States – Restrictions on Exports to Czechoslovakia, *CP.3/SR22*, Record of the Twenty-second meeting, June 8, 1949. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/GATTCP3/SR22.PDF>. Acesso em: 30 mar. 2021; GATT. United States – Imports of Sugar from Nicaragua, *L/5607*, Panel Report, Mar. 2, 1984. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/83sugar.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021; GATT. United States – Trade Measures Affecting Nicaragua, *L/6053*, Panel Report, Oct. 13, 1986. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/91240197.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021; GATT. Trade Measures Taken by the European Community against the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, *L/6948*, Communication, Dec. 2, 1991. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/91600060.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

²⁰ ALFORD, Roger P. The Self-Judging WTO Security Exception. *Utah Law Review*, Salt Lake City, n. 3, p. 697-759, 2011, p. 701. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/330. Acesso em: 30 mar. 2021; GATT. United States – Restrictions on Exports to Czechoslovakia, *CP.3/SR22*, Record of the Twenty-second meeting, June 8, 1949. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/GATTCP3/SR22.PDF>. Acesso em: 30 mar. 2021; GATT. United States – Imports of Sugar from Nicaragua, *L/5607*, Panel Report, Mar. 2, 1984. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/83sugar.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021; GATT. United States – Trade Measures Affecting Nicaragua, *L/6053*, Panel Report, Oct. 13, 1986. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/91240197.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

Por outro lado, embora a liberalização do comércio seja a principal preocupação da OMC, esta não é sua única preocupação. O Artigo XX do GATT e o Artigo XIV do GATS, por exemplo, permitem que seus membros busquem outros objetivos legítimos de política e restrinjam o comércio no processo, sujeito a certos requisitos, em prol de seus interesses. Isto porque, apesar da liberalização do comércio geralmente ter primazia nos acordos da OMC, existe o entendimento de que nenhum país deve liberalizar o comércio a qualquer custo.²¹ Como mencionado, a pesquisa existente considera uma prevalência das preocupações com a segurança nacional em comparação às preocupações com o livre comércio.

Neste contexto, a reflexão aqui proposta é baseada na discricionariedade estatal na aplicação de exceções de segurança nacional com o recente entendimento da OMC no caso ‘*Russia — Measures Concerning Traffic in Transit*’ de 2019. Assim, este estudo partirá da análise do artigo XXI.(b).III do GATT, identificando os elementos entendidos como necessários para determinar a exceção de segurança nacional de acordo com a nova decisão.

Ademais, baseando-se nas obrigações de boa-fé, na obrigação de demonstrar o que é alegado através do ônus da prova, nos limites encontrados ao direito de regular no Direito dos Investimentos, bem como nas definições jurídicas de necessidade, de interesse essencial de segurança e de direito de regular, verifica-se a possibilidade jurídica de restrição à discricionariedade estatal.

Diante dessas duas possibilidades de interpretação, seja pela prevalência da autonomia estatal em definir seus próprios interesses de segurança nacional, seja pela possibilidade de limitar abusos decorrentes da discricionariedade, questiona-se: qual o escopo de revisão de legalidade de medidas restritivas ao comércio sob o fundamento da exceção de segurança?

Considerando essa problemática, o presente trabalho tem o intuito de identificar a interpretação atualmente atribuída às exceções de segurança no Comércio Internacional e suas

em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/91240197.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021; GATT. Trade Measures Taken by the European Community against the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, *L/6948*, Communication, Dec. 2, 1991. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/91600060.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

²¹ NAGY, Csongor István. World Trade, Imperial Fantasies and Protectionism: Can You Really Have Your Cake and Eat It Too?. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 26, n. 1, p. 87-132, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3363951>. Acesso em: 10 mar. 2021.

consequências, analisando a possibilidade ou não de revisão de legalidade das medidas adotadas.

Nesse sentido, defende-se que, a partir de uma análise sistêmica do direito, é possível restringir a discricionariedade estatal na aplicação de medidas em função de segurança nacional através da revisão de legalidade. Entretanto, existem limitações à atuação jurisdicional, conforme será demonstrado ao longo deste trabalho.

Sob essa ótica, a análise parte (1) da interpretação das exceções de segurança no Comércio Internacional a partir do trabalho preparatório do GATT e das disputas envolvendo o instituto, em especial (2) no caso envolvendo medidas aplicadas pela Rússia, analisadas na decisão do Painel em 2019. Em seguida, (3) será analisada a possibilidade de revisão da legalidade através (i) do princípio da boa-fé, (ii) do ônus da prova em demonstrar a relação entre a medida restritiva ao comércio e os interesses essenciais de segurança e (iii) da interpretação do direito de regular no Direito dos Investimentos.

1 INTERPRETAÇÃO DAS EXCEÇÕES DE SEGURANÇA NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

O cenário de discussões acerca da discricionariedade estatal para a adoção de medidas restritivas ao comércio por necessidade e interesses essenciais é verificado desde o início de negociações acerca de exceções de segurança no comércio internacional. A parte inicial deste trabalho é composta por (1) uma análise histórica de tais negociações, partindo para (2) a interpretação dada ao longo das disputas em torno do artigo XXI do GATT.

1.1 A problemática das Exceções de Segurança na codificação das normas de Comércio Internacional

O conceito de “liberalização do comércio” tomou força no contexto do Bretton Woods, fazendo surgir posteriormente o objetivo de ter uma instituição de regulação do comércio internacional.²² A partir dos anos 1970, foi ficando mais clara a sensibilidade do sistema de comércio internacional. Assim, a ideia foi de que era necessária uma instituição forte para regular as relações entre os atores comerciais e tratar acerca do surgimento de novos assuntos relacionados ao comércio internacional ao longo do tempo.²³

Atualmente, a noção de um sistema multilateral de comércio enfrenta críticas, razão pela qual se fortaleceram os acordos preferenciais e Acordos de Livre Comércio como formas alternativas. Fato é que no momento da criação do sistema multilateral, este era visto como fundamental.

A necessidade de uma instituição central foi motivada pela tentativa de criação da Organização Internacional do Comércio (*‘International Trade Organization’* - “ITO”), iniciada

²² SPERO, Joan. E.; HART, Jeffrey. A. *The politics of international economic relations*. 7. ed. Boston: Cengage Learning, 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/271216566_The_Politics_of_International_Economic_Relations. Acesso em: 31 mar. 2021.

²³ VANGRASSTEK, Craig. *The history and future of the World Trade Organization*. Geneva: World Trade Organization, 2013. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/historywto_e.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

em 1944. O seu objetivo era de funcionar como um ministério do comércio global. Entretanto, o contexto da Guerra Fria impediu seu desenvolvimento.²⁴

O GATT surgiu como uma alternativa e entrou em força antes da ITO poder emergir, vindo a se tornar a principal ferramenta nas questões envolvendo comércio internacional por quase 50 anos. De 1947 até 1995, o GATT presidiu oito rodadas multilaterais de negociações internacionais, cumprindo com sua função provisória.²⁵ Como consequência, as rodadas de negociações deram margem à criação da OMC e de novas perspectivas à liberalização comercial.

Ocorre que o GATT, inicialmente, objetivava fazer parte da Carta de Havana para a ITO, que viria a ser criada em 1947. A partir de 1º de janeiro de 1948, o GATT 1947 entrou em força por meio de um Protocolo de Aplicação Provisória.²⁶ Entretanto, a Carta de Havana nunca entrou em força, de modo que o GATT 1947 permaneceu provisoriamente em força, vindo a ser incorporado posteriormente ao GATT de 1994, com o surgimento da OMC.

Na fase inicial da elaboração da Carta da ITO, não havia uma disposição separada para exceções de segurança. As exceções se concentravam nas Exceções Gerais, que apenas passou a incluir uma disposição que se assemelhava à exceção por razões de segurança a partir do rascunho da Proposta dos Estados Unidos²⁷.

O artigo XXI do GATT, justamente, se baseia no artigo 99 da Carta de Havana, criada no contexto político da guerra fria.²⁸ Esta disposição era uma das cláusulas consideradas como

²⁴ VANGRASSTEK, Craig. *The history and future of the World Trade Organization*. Geneva: World Trade Organization, 2013. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/historywto_e.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

²⁵ VANGRASSTEK, Craig. *The history and future of the World Trade Organization*. Geneva: World Trade Organization, 2013. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/historywto_e.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

²⁶ WTO. GATT 1994. Provisional Application of the General Agreement of 1947. In: WTO. *WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice*. Genebra: World Trade Organization, 2012. p. 1071-1084. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/prov_appl_gen_agree_e.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021.

²⁷ UNITED STATES OF AMERICA. Department of State. *Proposals for Expansion of World Trade and Employment*, Nov. 1945. Disponível em: <http://www.worldtradelaw.net/document.php?id=misc/ProposalsForExpansionOfWorldTradeAndEmployment.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

²⁸ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 7.96. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253739,252975,252976,248421,240333,236742,234478,231517,231365,231300&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

condições “não negociáveis” do governo dos Estados Unidos para a adesão à ITO.²⁹ Inclusive, existe o entendimento de que a Carta da ITO nunca entrou em força em razão da não ratificação deste instrumento pelo congresso americano.³⁰

Ainda assim, o histórico das negociações mostra as discussões das razões para criar exceções de segurança.³¹ Entre a própria delegação americana nas negociações da Carta da ITO, existiam questionamentos acerca dos possíveis efeitos das exceções de segurança sugeridas.³² Enquanto por um lado, havia o entendimento de que seria positivo se fosse deixado à total discricionariedade do Estado a aplicação da exceção, existia também o entendimento de ser necessário cautela na sua formulação, de modo a evitar abuso na invocação por outros Estados.³³

Entretanto, não havia dúvida quanto à formulação de um certo nível de discricionariedade para a determinação da ‘necessidade’ da medida. Já em relação aos demais termos da exceção de segurança, o entendimento geral era de que a discricionariedade não se aplicaria.³⁴

Durante as negociações de 1947, em Genebra, um delegado do governo americano ainda observou que a exceção de segurança não teria por objetivo “permitir qualquer coisa sob o sol”³⁵, deixando claro que o objetivo não seria de mascarar medidas verdadeiramente comerciais sob a justificativa de ser por motivos de segurança.

²⁹ GOLDSTEIN, J. Creating GATT Rules: Politics, Institutions, and American Policy. In: RUGGIE, John (edit.). *Multilateralism Matters*. Nova York: Columbia University Press, 1993. p. 36-37.

³⁰ GOLDSTEIN, J. Creating GATT Rules: Politics, Institutions, and American Policy. In: RUGGIE, John (edit.). *Multilateralism Matters*. Nova York: Columbia University Press, 1993, p. 22-49.

³¹ HAHN, Michael J. Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception. *Michigan Journal of International Law*, Michigan, v. 12, p. 558-620, 1991. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol12/iss3/3>. Acesso em: 30 mar. 2021; PELC, Krzysztof J. *Making and bending international rules: The design of exceptions and escape clauses in trade law*. Nova York: Cambridge University Press, 2016, p. 95.

³² VANDELDE, Kenneth J. *The first bilateral investment treaties: U.S. postwar friendship, commerce, and navigation treaties*. Nova York: Oxford University Press, 2017, p. 509.

³³ VANDELDE, Kenneth J. *The first bilateral investment treaties: U.S. postwar friendship, commerce, and navigation treaties*. Nova York: Oxford University Press, 2017, p. 510.

³⁴ VANDELDE, Kenneth J. *The first bilateral investment treaties: U.S. postwar friendship, commerce, and navigation treaties*. Nova York: Oxford University Press, 2017, p. 510.

³⁵ UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Thirty-Third Meeting of Commission A, Declaration of US Delegate JM Leddy, *Doc. E/PC/T/A/PV/33*, 1947, p. 21. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/APV-33.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021.

Ainda na Conferência de Genebra em 1947, foi sugerida a separação em dois artigos³⁶, em uma distinção clara entre as cláusulas de exceção relacionadas a questões políticas e de segurança e outra governando os demais assuntos, que posteriormente viriam a ser as exceções Gerais e de segurança.³⁷

O Acordo da OMC, que estabelece a OMC, entrou em vigor em 1 de janeiro de 1995. O Anexo 1A do Acordo da OMC contém o GATT 1994, que incorpora, por referência, as disposições do GATT 1947³⁸, seis entendimentos sobre artigos do GATT 1947 e o protocolo de Marrakech.

A problemática envolvendo o artigo XXI já era percebida durante a formulação do GATT, entendendo que embora os Estados julguem seus interesses essenciais de segurança, eles também deveriam ser cautelosos para não fazer perder o sentido do GATT por completo.

Desde o início, a diferença principal com as Exceções Gerais era o seu *caput*, que prevê a “exigência de que as medidas não sejam aplicadas de forma a constituir um meio de restrição arbitrária ou disfarçada ao comércio internacional” para regular e limitar abusos, em oposição à linguagem do artigo XXI, que não traz tal previsão.

O próprio Presidente da comissão que redigiu o Artigo XXI do GATT, ressaltou a importância da interpretação do dispositivo como garantia contra medidas de segurança que tenham fins comerciais³⁹, para evitar tais abusos⁴⁰.

³⁶ UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Thirty-Third Meeting of Commission A, *Doc E/PC/T/196*, September Draft, 1947. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/196.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021.

³⁷ A nomenclatura ‘Exceções de Segurança’ surgiu no mesmo ano, em Genebra, evoluindo ao rascunho final do GATT, em outubro de 1947. UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Eleventh Meeting of the Tariff Agreement Committee, *Doc. E/PC/T/TAC/PV/11*, 1947, p. 23-26. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/TACPV-11.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021; UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Final Act, GATT and Protocol of Provisional Application, *Doc. E/PC/T/214/Add.1/Rev.1*, 1947. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/214A1R1.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021.

³⁸ WTO. *General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*, 1994, article I.(a). Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

³⁹ WTO. GATT 1994. Article XXI (Jurisprudence), Security Exceptions. *In: WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice*. Genebra: World Trade Organization, 2012. p. 600. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art21_e.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁴⁰ UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Thirty-Third Meeting of Commission A, *Doc. E/PC/T/A/PV/33*, 1947, p. 20-21. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/APV-33.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021.; UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and

1.2 A problemática das Exceções de Segurança no histórico de disputas envolvendo as Exceções de Segurança na OMC

A partir do texto inicial do Artigo XXI do GATT, a maioria das questões trazidas envolveu a linguagem do que o Estado “considera necessário para proteger seus interesses essenciais de segurança”, “tomadas em tempo de guerra ou 'outra emergência nas relações internacionais’”, constante do artigo XXI.(b).III.

Curiosamente, como será demonstrado, este foi o dispositivo legal mais utilizado em alegações de Exceção de Segurança. Isso significa que as partes do GATT e membros da OMC muitas vezes dependem exclusivamente do artigo XXI.(b).III com o objetivo de tirar proveito da linguagem ambígua⁴¹ e da ausência de interpretação exata.

Na OMC, antes de 2019, o Painel nunca havia analisado o dispositivo legal. A interpretação mais próxima se deu no caso ‘*China—Raw Materials*’, em que o Painel verificou a subjetividade ao comparar o artigo XI.2, que exclui do escopo da proibição geral de restrições quantitativas ao comércio de “proibições de exportação ou restrições temporariamente aplicadas para prevenir ou aliviar a escassez crítica de gêneros alimentícios ou outros produtos essenciais para a parte contratante exportadora”⁴², com o artigo XXI.(b).

A conclusão foi de que o Estado invocando o artigo XI.2 não poderia determinar de forma discricionária sua aplicação, pois o artigo não trazia a linguagem “que considere necessário”, ao contrário do estabelece o artigo XXI.(b), fazendo menção expressa ao dispositivo.⁴³ Ainda, foi mencionado que caso a intenção fosse de discricionariedade, a linguagem seria semelhante à do artigo XXI, o que trouxe certa discordância.⁴⁴

Employment, Thirty-Third Meeting of Commission A, *Doc. E/PC/T/A/SR/33*, 1947, p. 3. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/ASR-33.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁴¹ YOO, Ji Yeong; AHN, Dukgeun. Security Exceptions in the WTO System: Bridge or Bottle-Neck for Trade and Security?. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 19, n. 2, p. 417-444, out. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2809074>. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁴² WTO. *General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*, 1994, article XI.2(a). Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁴³ WTO. *China—Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, *WT/DS394/R*, *WT/DS395/R*, *WT/DS398/R*, Panel report, July 5, 2011, para 7.276. Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news11_e/394_395_398r_e.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁴⁴ A União Europeia solicitou a remoção de qualquer referência ao Art. XXI of the GATT, WTO. *China—Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, *WT/DS394/R*, *WT/DS395/R*, *WT/DS398/R*, Panel

A busca pela interpretação do artigo XXI do GATT que não boicotasse as demais previsões do GATT, ao mesmo tempo que permitisse que os Estados determinassem seus interesses de segurança essenciais esteve presente em diversas práticas documentadas, com destaque ao boicote da Liga Árabe de 1970 contra Israel⁴⁵, o sistema sueco de cotas globais de importação de calçados de 1975 e seu posterior encerramento pela Suécia, a suspensão de abril de 1982 das importações de produtos argentinos pela Comunidade Econômica Européia, Canadá e Austrália, a proibição dos Estados Unidos de maio de 1985 contra todas as importações e exportações envolvendo a Nicarágua, e as medidas comerciais da Comunidade Européia de 1991 contra a Iugoslávia.

Nunca houve um consenso entre os membros da OMC de que o Artigo XXI do GATT poderia remover completamente uma medida do sistema da OMC, embora os Estados Unidos frequentemente tenham assumido essa posição⁴⁶.

As declarações dos membros da OMC desde o início de suas disputas expressaram a ideia de que as ações políticas estão fora do escopo da solução de controvérsias da OMC. Por outro lado, da mesma forma, existe a ideia de que as ações tomadas para as razões de segurança devem ser examinadas pela OMC. No Quadro 1, está a lista dos casos trazidos à OMC, com um destaque de que decisões do GATT adotadas entre 1948 e 1994 incluem o chamado de “acervo do GATT”.

Quadro 1 - Disputas referentes ao artigo XXI do GATT

Ano	Disputa	Documento	Dispositivo
1949	‘US – Issue of export licenses’	CP.3/SR22-II/28	Art.XXI.(b).II
1951	‘US – Suspension of obligations between the US and Czechoslovakia’	CP.5/5-II/36	Art.XXI.(b).III
1954	‘Peru – Prohibition of Czechoslovakian imports’	L/2844	Art.XXI.(b).III

report, July 5, 2011, para. 6.22. Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news11_e/394_395_398r_e.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁴⁵ WEISS, Martin A. *Arab League Boycott of Israel*. Washington: Congressional Research Service, Ago. 2017, p. 2 e 13. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/59c37d214.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴⁶ BHALA, Raj. National Security and International Trade Law: What the GATT Says, and What the US Does. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 19, n. 2, p. 263-317, 1998, p. 268;

1961	‘Ghana - Ban on imports of Portuguese goods’	GG/SR/19-12.	Art.XXI.(b).III
1962	‘US - The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act’	COM.IND/6/Add.4	Art. XXI
1975	‘Sweden - Import Restrictions on Certain Footwear’	C/M/109	Art. XXI
1982	‘EC, Australia, Canada – Trade restrictions affecting Argentina applied for non-economic reasons’	C/W/402	Art.XXI.(b).III
1983	‘US – Imports of sugar from Nicaragua’	BISD/31S/67	Art.XXI.(b).III
1985	‘US – Trade measures affecting Nicaragua’	L/6053	Art.XXI.(b).III
1991	‘EEC – Trade measures taken by the EC against the Socialist Federal Republic of Yugoslavia’	L/6948	Art.XXI.(b).II e III
1996	‘US – The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act’	DS38	Art.XXI
1998	‘India - Import Restrictions’	WT/DS149/1	Art.XXI
2000	‘Nicaragua – Measures Affecting Imports from Honduras and Colombia’	DS188 e DS201	Art.XXI
2018	‘United Arab Emirates — Measures Relating to Trade in Goods and Services, and Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights’	DS526	Art.XXI
2018	‘US - Certain Measures on Steel and Aluminium Products’	DS544	Art.XXI
2019	‘Russia — Measures Concerning Traffic in Transit’	DS512	Art.XXI.(b).III

Fonte: elaboração própria a partir de dados da OMC.

Inicialmente, as disputas envolvendo exceções de segurança tiveram como consequência acordos informais, o encerramento das medidas ou até mesmo a posterior negociação tarifária entre as partes da disputa, mediante o artigo XXXV do GATT.

Como exemplo, no caso ‘*US – Export Restrictions*’ de 1949, a Tchecoslováquia requereu, nos termos do art. XXIII da GATT 1947, ‘anulação ou prejuízo’ (*nullification* ou *impairment*) e um ajuste satisfatório às partes contratantes, alegando estar sendo administrada de forma discriminatória, contrária ao Artigo I do GATT 1947⁴⁷. Sob a justificativa de segurança nacional,⁴⁸ os Estados Unidos solicitaram às partes contratantes a dissolução formal das obrigações entre os dois países consagradas no Acordo Geral, que já haviam sido anuladas por acontecimentos políticos⁴⁹, adotada em 1951 por votação nominal.

No mesmo sentido, em 1961, durante a acessão de Portugal ao GATT, Gana seguiu a interpretação dada pelos Estados Unidos ao artigo XXI, ao explicar as razões para restringir o comércio com Portugal.⁵⁰ No entanto, além disso, Gana mencionou conformidade com o texto do artigo XXI, referindo-se também aos pré-requisitos objetivos elencados no artigo XXI(a). Declarou que a política seguida pelo Governo de Portugal em relação aos seus territórios africanos tinha conduzido a uma emergência nas relações internacionais. Entretanto, Gana subsequentemente invocou as disposições do Artigo XXXV contra Portugal para as partes não entrarem em negociações tarifárias⁵¹.

Também relevante neste contexto, em 1982, a Comunidade Europeia (“CE”), o Canadá e a Austrália tomaram medidas de suspensão das importações da Argentina⁵² em reação ao ataque armado da Argentina às Ilhas Malvinas. Em uma comunicação conjunta aos membros do Conselho do GATT, declararam que (a) tomaram certas medidas à luz da Resolução 502 do Conselho de Segurança; (b) tomaram essas medidas com base em seus direitos inerentes, dos

⁴⁷ GATT. Contracting Parties Third Session. *Doc. GATT/CP.3/33*, 1949. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90320183.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴⁸ GATT. Contracting Parties Third Session. *Doc. GATT/CP.3/33*, 1949. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90320183.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴⁹ GATT. Contracting Parties Sixth Session. *Doc. GATT/CP.6/5*, 1951. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90070309.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁵⁰ GATT. Contracting Parties Nineteenth Session. *Doc. GATT/SR.19/12*, 1961. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/SR/19-12.PDF>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁵¹ GATT. Portugal Accession, *Doc. L/1764*, 1962. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90750286.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁵² GATT. Trade Restrictions Affecting Argentina Applied for Non-Economic Reasons, Communication, *Doc. L/5336*, June 15, 1982. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/L5399/5336.PDF>. Acesso em: 30 mar. 2021.

quais o Artigo XXI do Acordo Geral é um reflexo.⁵³ O Artigo XXI é mencionado como um reflexo de direitos inerentes não especificados, como se verifica da menção ao artigo 51 da Carta das Nações Unidas.⁵⁴

Durante as discussões, vários países levantaram objeções à recusa da CE em fundamentar sua alegação de que as ações estavam cobertas pelo artigo XXI, por estabelecer um precedente perigoso por não demonstrar que os requisitos do artigo XXI foram cumpridos. Ao mesmo tempo, houve concordância com a posição da CE de que a definição de interesses essenciais de segurança, por uma questão de princípio, deveria ser definida pelo Estado que os invocava.⁵⁵

Como consequência dessas discussões, adotaram uma “Decisão Relativa ao Artigo XXI do Acordo Geral”, na qual algumas das posições articuladas pela CE e seus aliados foram rejeitadas. A decisão afirmava que:

1. Sujeito à exceção do Artigo XXI: a, as partes contratantes devem ser informadas, na medida do possível, das medidas comerciais tomadas de acordo com o Artigo XXI. 2. Quando uma ação é tomada de acordo com o Artigo XXI, todas as partes contratantes afetadas por tais ações mantêm todos os seus direitos sob o Acordo Geral. 3. O Conselho pode ser solicitado a dar mais atenção a este assunto no momento oportuno.⁵⁶

É importante notar que a decisão, em seu preâmbulo, afirma expressamente que o recurso ao artigo XXI pode “afetar os benefícios para as Partes Contratantes nos termos do Acordo Geral”.⁵⁷ Esta é a redação do artigo XXIII, que é a base para o procedimento de solução de controvérsias do GATT. Ao mesmo tempo, a Decisão lembra a importância do artigo XXI

⁵³ GATT. Trade Restrictions Affecting Argentina Applied for Non-economic Reasons, Communication, *Doc. L/5319/Rev.1*, May 18, 1982. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/L5399/5319R1.PDF>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁵⁴ NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*, 26 de junho de 1945, artigo 51. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91220-carta-das-nacoes-unidas>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁵⁵ GATT. Minute of the meeting Held in the Centre William Rappard, *GATT Doc. C/M/157*, May 7, 1982. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/C/M157.PDF>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁵⁶ “1. Subject to the exception in Article XXI:a, contracting parties should be informed to the fullest extent possible of trade measures taken under Article XXI. 2. When action is taken under Article XXI, all contracting parties affected by such action retain their full rights under the General Agreement. 3. The Council may be requested to give further consideration to this matter in due course.” GATT. Decision Concerning Article XXI, *L/5426*, Nov. 30, 1982, para. 1, 2 e 3. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/english/SULPDF/91000212.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁵⁷ WTO. *General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*, 1994, article XVIII. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

como constituindo “um elemento importante para salvaguardar os direitos das Partes Contratantes quando elas consideram que estão envolvidas razões de segurança”.⁵⁸

A partir do caso ‘*Sweden - Import Restrictions on Certain Footwear*’⁵⁹, que não foi uma disputa, mas uma decisão do Conselho do GATT, a conclusão foi de que a proibição de importação de calçados, que dizia se tratar de bens estratégicos militares, seria um exemplo de abuso e uso indevido das Exceções de Segurança do GATT.⁶⁰ Ou seja, ficou claro que o artigo XXI não aceita uma declaração arbitrária dos Estados sobre a necessidade de proteger os interesses de segurança, deixando o debate quanto ao escopo de revisão das medidas mais evidente.

A questão de saber em que medida pode haver revisão das razões para as medidas de segurança nacional tomadas sob o Artigo XXI foram discutidas no Conselho do GATT em maio e julho de 1985 em relação ao embargo comercial dos EUA contra a Nicarágua. O painel estabelecido para examinar as medidas dos EUA entendeu que “o Painel não pode examinar ou julgar a validade ou motivação para a invocação do Artigo XXI.(b).III pelos Estados Unidos”.⁶¹ No Relatório, o Painel entendeu existirem limites estritos às suas atividades já que não poderia examinar a validade ou a motivação para a invocação de Artigo XXI.(b).III, concluindo que não estava autorizado a examinar a justificativa para a invocação pelos Estados Unidos de uma exceção às obrigações sob o GATT.

A natureza controversa da linguagem de autojulgamento é ilustrada no caso julgado tanto na Corte Internacional de Justiça (“CIJ”) quanto no GATT. Após a medida de sanção dos EUA contra a Nicarágua, a decisão da CIJ declarou explicitamente que a CIJ tem plena jurisdição e autoridade sobre a revisão de casos relativos a interesses essenciais de segurança⁶²,

⁵⁸ GATT. Decision Concerning Article XXI, *L/5426*, Nov. 30, 1982, para. 23. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/english/SULPDF/91000212.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021; HAHN, Michael J. Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception. *Michigan Journal of International Law*, Michigan, v. 12, p. 558-620, 1991, p. 575. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol12/iss3/3>. Acesso em: 30 mar. 2021;

⁵⁹ GATT. Minutes of Meeting - Held in the Palais des Nations, Geneva, *Doc. C/M/109*, Oct. 31, 1975, p. 9. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/C/M109.PDF>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁶⁰ GATT. Sweden—Import Restrictions on Certain Footwear, *L/4250*, Nov. 17, 1975, para. 4. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/L4399/4250.PDF>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁶¹ GATT. United States – Trade Measures Affecting Nicaragua, *L/6053*, Panel Report, Oct. 13, 1986, para. 5.1-5.3. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/91240197.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁶² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. Estados Unidos da America), Judgement, ICJ, 1986, para. 222. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

enquanto as Partes Contratantes do GATT entenderam que não poderiam efetivamente defender sua autoridade sobre a disposição porque suas exceções de segurança tinham a palavra “considera”, que implica uma margem para a discricão do Estado.

Durante a guerra fria e com a adesão Tchecoslováquia, Cuba e Nicarágua ao GATT, os membros do tratado eram constituídos principalmente por países não comunistas. Com o cancelamento da concessão dos EUA no âmbito da Recuperação Europeia Programa (‘Plano Marshall’) para a Tchecoslováquia, logo após o golpe comunista em fevereiro de 1948, esta foi excluída da Lei de Assistência Externa dos Estados Unidos e foi imposto um controle de exportação separado. Assim, o princípio da nação mais favorecida (NMF) do GATT tornou-se um obstáculo para os Estados Unidos na prossecução da sua política externa contra o bloco comunista.⁶³

Com isso, ficou mais clara a motivação política das medidas impostas.⁶⁴ Tanto é que desde que a China e a Rússia se tornaram membros da OMC, a questão da exceção de segurança recuperou o ímpeto.

Uma série de disputas na OMC envolvendo a exceção de segurança surgiu nos últimos anos. A mais avançada dessas disputas é apresentada pela Ucrânia contra as restrições russas ao tráfego em trânsito da Ucrânia para países terceiros através da Rússia, sob a alegação de violações das disposições sobre “Liberdade de Trânsito” do Artigo V do GATT.

⁶³ YOO, Ji Yeong; AHN, Dukgeun. Security Exceptions in the WTO System: Bridge or Bottle-Neck for Trade and Security?. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 19, n. 2, p. 417-444, out. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2809074>. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁶⁴ BOGDANOVA, Iryna. Adjudication of the GATT Security Clause: To Be or Not to Be, This is the Question. *World Trade Institute Working Paper*, Mar. 2019, p. 3. Disponível em: <https://www.wti.org/research/publications/1208/adjudication-of-the-gatt-security-clause-to-be-or-not-to-be-this-is-the-question/>. Acesso em: 30 mar. 2021.

2 A INTERPRETAÇÃO TRAZIDA PELA DECISÃO DO PAINEL NO CASO ‘RUSSIA — MEASURES CONCERNING TRAFFIC IN TRANSIT’ DE 2019

A crise entre a Ucrânia e a Federação Russa⁶⁵ trouxe sanções econômicas impostas por ambos os lados do conflito, bem como por outros Estados. Apesar das declarações oficiais sobre a incompatibilidade das sanções com os compromissos da OMC, nenhum dos membros da OMC as contestou. Ainda assim, a exceção de segurança foi alegada no que veio a se tornar a disputa sobre as restrições ao trânsito.

As alegações da Ucrânia são de que a Rússia teria (i) banido o trânsito de produtos ucranianos pelo território russo; (ii) limitado o tráfego de produtos ucranianos e (iii) proibido o trânsito de mercadorias ucranianas em razão de regras de vigilância sanitária e fitossanitária⁶⁶.

Em resposta, a Rússia apresentou uma defesa baseada no artigo XXI(b).III do GATT, alegando que as medidas foram tomadas em um contexto de emergência nas relações internacionais, configurando uma ameaça aos “interesses de segurança” da Rússia, de modo que (i) o Painel não teria jurisdição sobre o caso, e (ii) a natureza excepcional da medida justificaria o descumprimento dos compromissos assumidos pela Rússia no âmbito do GATT e do protocolo de acesso⁶⁷. Além disso, a Federação Russa argumenta que não assume o ônus da prova nos termos da cláusula de segurança em virtude do Artigo XXI (a), que isenta o réu desse dever.

⁶⁵ INTERNATIONAL TRIBUNAL ON THE LAW OF THE SEA (ITLOS). *Case concerning the detention of three Ukrainian naval vessels* (Ukraine v. Russia Federation), Provisional Measures 2019. Disponível em: <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/case-concerning-the-detention-of-three-ukrainian-naval-vessels-ukraine-v-russian-federation-provisional-measures/>. Acesso em: 31 mar. 2021; INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Ukraine v. Russia Federation), Judgement, Preliminary Objections, 2019. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/166>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁶⁶ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/1*, Request for consultations by Ukraine. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/512-1.pdf&Open=True>. Acesso em: 30 mar. 2021; WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/3*, Request for the establishment of a panel by Ukraine. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/512-3.pdf&Open=True>. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁶⁷ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R/Add.1*, Report of the Panel - Addendum, 2019. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/512RA1.pdf&Open=True>. Acesso em: 31 mar. 2021

2.1 A análise de jurisdição pelo Painel: o caráter auto determinável da Exceção de Segurança como limite à jurisdição

A decisão analisada foi a primeira decisão do Painel a interpretar a exceção de segurança, o que intensificou as discussões envolvendo a interpretação do dispositivo legal e abriu a ‘caixa de pandora’⁶⁸.

O Direito Internacional moderno tem evoluído da visão clássica envolvendo a segurança nacional, que entendia que medidas tomadas por esta razão estariam fora do alcance das normas, sendo que a mera afirmação de segurança nacional não pode retirar a aplicação de uma medida econômica.⁶⁹ Esta visão acompanha a evolução do entendimento de soberania e do direito de regular.

Se um Estado invoca a exceção de segurança por razões comerciais, o direito econômico internacional desenvolveu-se a ponto de que haverá alguma ‘justiciabilidade’⁷⁰ da segurança nacional declarada de um Estado, mesmo que seja apenas para os tribunais internacionais decidirem preliminarmente se têm jurisdição sobre as disputas perante eles.

No caso da Rússia, a decisão do painel é uma tentativa de equilibrar a exceção de segurança nacional com algum tipo de revisão judicial exercida pelos tribunais da OMC. Apesar de o painel ter afirmado sua jurisdição sobre a cláusula de segurança, a ordem de análise demonstra que ele teria um poder limitado a revisar a invocação da cláusula de segurança e verificar se houve uma “emergência nas relações internacionais”, se a medida foi tomada no momento da emergência, se houve determinação de boa-fé de “interesses essenciais de segurança” e se a medida atende ao “requisito mínimo de plausibilidade”.⁷¹

⁶⁸ BOKLAN, D.; BAHRI, A. The First WTO's Ruling on National Security Exception: Balancing Interests or Opening Pandora's Box?. *World Trade Review*, v. 19, n. 1, p. 123-136, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1474745619000430>.

⁶⁹ DESIERTO, Diane A. *Necessity and National Emergency Clauses: Sovereignty in Modern Treaty Interpretation*. Nijhoff: Brill, Jan. 2012, p. 412. DOI: <https://doi.org/10.1163/9789004218536>.

⁷⁰ DESIERTO, Diane A. Protean ‘National Security’ in Global Trade Wars, Investment Walls, and Regulatory Controls: Can ‘National Security’ Ever Be Unreviewable in International Economic Law?. *EJIL Talk*, Apr. 2, 2018. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/national-security-defenses-in-trade-wars-and-investment-walls-us-v-china-and-eu-v-us/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁷¹ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 7.138 e 7.139. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253739,252975,252976,248421,240333,236742,234478,231517,23136

Percebe-se que os conceitos de jurisdição e ‘justiciabilidade’ são usados. Enquanto o termo jurisdição se refere ao poder e à competência para julgar, a ‘justiciabilidade’ presume que seja capaz de ser decidido naquele foro jurídico e que seja considerado apropriado fazê-lo.⁷² Os Estados Unidos submeteram a definição de “jurisdição neste contexto, como a extensão do poder do Painel sob o *Dispute Settlement Understanding* (DSU) para tornar decisões nesta disputa, e justiciabilidade se uma questão está sujeita a conclusões do Painel sob o DSU”.⁷³

Conforme visto nas discussões anteriores, ao considerar que a exceção de segurança é uma cláusula não ‘justiciável’, é assumido que a exceção de segurança é uma cláusula de escape política, e nem os painéis nem o Órgão de Apelação (Appellate Body - AB) podem julgá-la ou fazer recomendações ao órgão de solução de controvérsias, conforme exigido pelo Artigo 19 do DSU.

Isto porque argumenta-se que a expressão 'considera' trazida pelo texto do artigo autoriza um Membro da OMC a fazer suas próprias determinações sobre a necessidade de qualquer medida tomada para interesses essenciais de segurança. Os meios suplementares de interpretação do tratado trazem uma natureza inteiramente ‘auto determinável’ da cláusula.

Antes da decisão no caso envolvendo a Rússia, os árbitros no caso chamado “*EC – Bananas Recourse to arbitration under article 22.6 of DSU*” interpretaram o artigo 22.3 (b) e 22.3 (c) do DSU que traz a expressão “se a parte considerar”. O tribunal entendeu que as palavras apenas conferem à parte uma “margem de apreciação [...] Em chegar às suas conclusões no que diz respeito a uma avaliação de certos elementos factuais”.⁷⁴ A conclusão

5,231300&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁷² Ver nota de rodapé 10.

⁷³ “we might define jurisdiction in this context as the extent of power of the Panel under the DSU to make legal decisions in this dispute, and justiciability as whether an issue is subject to findings by the Panel under the DSU.” WTO. *Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation)*, DS512, Third-Party Oral Statement of the United States of America, 25 Jan. 2018, para. 3. Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/DS/US.3d.Pty.Stmt.%28as%20delivered%29.fin.%28public%29.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁷⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Whaling in the Antarctic* (Australia v. Japan: New Zealand intervening) Written Observations by New Zealand, 4 April 2013, para. 51-52. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/148/17386.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

foi de que o tribunal poderia julgar se a parte considerou os fatos necessários objetivamente e se, com base nestes fatos, poderia chegar a esta conclusão plausível.⁷⁵

Ainda, houve o argumento perante o Painel de que o âmbito da revisão concedida à exceção de segurança é limitado a uma revisão factual. Ou seja, verificar (i) se o Membro considera a ação necessária para a proteção de seus interesses de segurança essenciais; e (ii) se essa ação é tomada para a proteção dos seus interesses essenciais de segurança⁷⁶.

Por fim, existe também o argumento de que os tribunais da OMC têm competência para decidir sobre as questões de segurança sem quaisquer restrições à ‘justiciabilidade’ da exceção, de acordo com o artigo 11 do DSU e que as restrições prejudicariam os objetivos fundamentais do sistema de solução de controvérsias consagrados no Artigo 3.2 do DSU⁷⁷.

Desta forma, o Painel analisou os limites de sua jurisdição sob dois aspectos: a jurisdição adjudicativa e a jurisdição *ratione materiae*. Primeiramente, o Painel destacou que tem competência para decidir sobre os limites da sua própria competência, conforme o artigo 1 do DSU, que estende a competência do DSB a todos os acordos da OMC. Como a Ucrânia iniciou a disputa com base no artigo XXIII do GATT, e considerando que não há regras especiais de procedimento previstas para o artigo XXI, o Painel considerou ter jurisdição adjudicativa para julgar casos envolvendo o artigo XXI do GATT.

Ademais, o Painel destacou que a Rússia questionou a jurisdição do Painel, com base na natureza ‘auto determinável’ do artigo XXI do GATT, enquanto limite à jurisdição *ratione materiae* do Painel.

A alegação trazida pela Rússia foi de que o significado do termo “que considere” seria um qualificante dos itens I a III,⁷⁸ e que, por isto, os Membros teriam discricionariedade para

⁷⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Whaling in the Antarctic* (Australia v. Japan: New Zealand intervening) Written Observations by New Zealand, 4 April 2013, para. 52. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/148/17386.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁷⁶ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *DS512*, Third-Party Oral Statement of Australia, 2018. Disponível em: <https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/ds512-australias-third-party-oral-statement-240118.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁷⁷ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *DS512*, European Union Third Party Written Submission, 2017. Disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156602.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁷⁸ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 7.65. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253739,252975,252976,248421,240333,236742,234478,231517,23136

definir o que configura “guerra ou outras emergências nas relações internacionais”, automaticamente excluindo a jurisdição *ratione materiae* do Painel sobre a disputa em questão.

Com base no art. 31(1) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT), o Painel concluiu que uma interpretação a partir do objetivo do GATT, bem como do efeito útil (*effet utile*) da forma do texto do artigo XXI.(b).III, indicaria que o termo “que considere” não se estende aos itens I a III.⁷⁹ Pelo contrário, considerou que os itens são critérios objetivos que permitem verificar se o artigo XXI.(b) se aplica ou não a uma determinada medida questionada, com a consequente competência do Painel para julgar se foram satisfeitos.⁸⁰

2.2 A análise de mérito pelo Painel: o caráter auto-determinável da Exceção de Segurança como limite ao julgamento de mérito

As questões de mérito que foram verificadas foram (i) se a emergência alegada pela Rússia satisfazia os critérios do artigo XXI.(b).III, e (ii) se requisitos contidos no *caput* do art. XXI.(b) também foram satisfeitos.

A ordem da decisão do Painel seguiu a ordem dos argumentos alegados pela defesa russa.⁸¹ Mais precisamente, a Federação Russa argumentou que está isenta da necessidade de se envolver na discussão do mérito pela mera invocação da cláusula de segurança. O painel seguiu esta linha de raciocínio, deixando de analisar pontos trazidos por outras partes, como a questão do ônus da prova, o que gera margem para novas interpretações no futuro.

5,231300&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁷⁹ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 7.5.3.1.3. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253739,252975,252976,248421,240333,236742,234478,231517,231365,231300&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁸⁰ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 8.1.(a).(i). Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253739,252975,252976,248421,240333,236742,234478,231517,231365,231300&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁸¹ BOGDANOVA, Iryna. The WTO Panel Ruling on the National Security Exception: Has the Panel ‘Cut’ the Baby in Half? *EJIL Talk*, Apr. 12, 2019. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-wto-panel-ruling-on-the-nationalsecurity-exception-has-the-panel-cut-the-baby-in-half/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

Iniciando pela análise do item III do art. XXI.(b), o Painel interpretou o termo “emergência internacional”, já que “guerra” já tem conceito mais definido no direito internacional⁸² e não faz parte das alegações trazidas pela Rússia.

O entendimento foi de que “outras emergências nas relações internacionais” seria uma situação de conflito armado, conflito armado latente, aumento de tensões, crises ou instabilidade em torno de um Estado. Esta definição considerou que o termo “ou”, na expressão “guerra ou outras emergências” indicaria que tais emergências teriam alguma relação com o conceito de guerra.⁸³

A conclusão foi de que a alegada “situação de emergência” foi identificada pela Rússia, a partir dos seguintes fatores: (i) o período temporal em que a emergência surgiu continua existindo, (ii) a situação envolve a Ucrânia, (iii) a situação afeta a segurança da fronteira da Rússia com a Ucrânia, (iv) a emergência levou outros países a imporem sanções contra a Rússia e (v) a situação é amplamente conhecida.

Assim, foi entendida a qualificação como “emergência internacional” por haver evidências de que entre março de 2014 e o final de 2016, as relações entre os dois países se deterioraram ao ponto de se tornarem uma preocupação para a comunidade internacional, com o reconhecimento, em 2016, pela Assembleia Geral da ONU, de que a situação envolvia um conflito armado.⁸⁴ As medidas foram tomadas no tempo de emergência, uma vez que todas foram adotadas entre 2014 e 2016, havendo nexos temporais suficientes entre as medidas e a situação emergencial.⁸⁵

⁸² GREENWOOD, Christopher. *The Concept of War in Modern International Law*. Cambridge University Press, v. 36, n. 2, p. 283-306, 1987. DOI:10.1093/iclqaj/36.2.283.

⁸³ WTO. *Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation)*, *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 7.72. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253739,252975,252976,248421,240333,236742,234478,231517,231365,231300&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁸⁴ UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution No. 71/205*. Situation of human rights in the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol, Dec. 19, 2016. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/858544?ln=en>. Acesso em: 01 abr. 2021; WTO. *Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation)*, *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 7.8. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253739,252975,252976,248421,240333,236742,234478,231517,231365,231300&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁸⁵ UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution No. 68/262*. Territorial integrity of Ukraine, 27 Mar. 2014. Disponível em: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/a_res_68_262.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021; WTO. *Russia - Measures Concerning Traffic*

Já na análise do *caput* do art. XXI.(b), o Painel entendeu que o termo “interesses essenciais de segurança” significam “interesses relacionados às funções essenciais do Estado, como a proteção do seu território e de seu povo de ameaças externas, e a manutenção do direito e da ordem pública interna”⁸⁶. Assim, o Painel entendeu que os países tem discricionariedade para definir seus interesses de segurança nacional, trazendo como limite a obrigação de interpretar e aplicar o artigo XXI.(b) em boa-fé.

Por outro lado, no Direito internacional, o entendimento de “interesse essencial de segurança” admite critérios. A CIJ entende que “o conceito de interesses de segurança essenciais certamente se estende além do conceito de um ataque armado”⁸⁷, mas uma ameaça militar significativa é necessária para invocar adequadamente a cláusula. Por meio desta decisão, um critério de “necessidade” foi amplamente examinado pela CIJ no caso de Nicarágua.

O caso das “*Oil Platforms*”, decidido pela CIJ em 2003, rejeitou o argumento de defesa de segurança essencial dos EUA.⁸⁸ Nesse caso, o entendimento do tribunal acerca das disposições essenciais de segurança, considerando o alegado direito à legítima defesa de “ataque armado”, entendendo que a mineração de um único navio militar é insuficiente para justificar os ataques americanos às plataformas de petróleo iranianas.

Neste mesmo sentido, os tribunais arbitrais também interpretam os tratados de acordo com Artigo 31 da CVDT. Duas abordagens interpretativas surgiram na jurisprudência do Centro

in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 7.122. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253739,252975,252976,248421,240333,236742,234478,231517,231365,231300&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁸⁶ “Essential security interests, which is evidently a narrower concept than “security interests”, may generally be understood to refer to those interests relating to the quintessential functions of the state, namely, the protection of its territory and its population from external threats, and the maintenance of law and public order internally.” WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, 7.130. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253739,252975,252976,248421,240333,236742,234478,231517,231365,231300&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁸⁷ “the concept of essential security interests certainly extends beyond the concept of an armed attack, and has been subject to very broad interpretations in the past.” INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. Estados Unidos da America), Judgement, ICJ, 1986, p. 116. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021

⁸⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgement, 2003. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/90/090-20031106-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

Internacional para Resolução de Disputas de Investimentos (“ICSID”)⁸⁹. A primeira abordagem iguala a cláusula à ‘necessidade’ garantida pelo direito consuetudinário internacional, baseando o entendimento sobre a disposição de segurança essencial, por exemplo, no Artigo 25 dos Artigos sobre Responsabilidade do Estado.⁹⁰ A segunda abordagem considera a prevalência da regra de *lex specialis* em oposição ao costume,⁹¹ conforme será abordado.

No caso Gabcikovo-Nagymaros, mencionado pela *International Law Commission* (ILC) em seus comentários aos Artigos sobre Responsabilidade do Estado⁹², a CIJ reconheceu que a necessidade é direito internacional consuetudinário. Ainda, foi estabelecido o critério de um perigo grave e iminente para ser salvaguardado o interesse essencial, e o curso de ação realizado deve ser a “única maneira” disponível para salvaguardar esse interesse do Estado. O segundo critério é que a conduta não deve prejudicar seriamente um interesse essencial do outro Estado ou da comunidade internacional como um todo. Terceiro, a necessidade não pode ser invocada para excluir a ilicitude de uma medida quando a obrigação internacional em questão exclui o fundamento de necessidade. Por fim, o quarto critério é que a necessidade não pode ser usada como desculpa se o Estado contribuir para a situação de necessidade.

No âmbito da OMC, o relatório do Painel no caso ‘*United States-Restrictions on Imports of Tuna*’ também examina a necessidade, requisito estabelecido no artigo XX do GATT. No caso, o Painel adotou o entendimento de que o termo “necessário” realmente significa “indispensável” ou “inevitável”.⁹³ Portanto, uma medida que é inconsistente com o

⁸⁹ MOON, William. Essential Security Interests in International Investment Agreements. *Journal of International Economic Law*, v. 15, n. 2, p. 481-502, Apr. 2012. DOI: 10.1093/jiel/jgs024.

⁹⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, *ICSID case No. ARB/01/8*, Award of 12 May 2005. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, article 25. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3ddb8f804.html>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁹¹ MOON, William. Essential Security Interests in International Investment Agreements. *Journal of International Economic Law*, v. 15, n. 2, p. 481-502, Apr. 2012. DOI: 10.1093/jiel/jgs024.; INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Sempra Energy Int’l v. Argentine Republic, ICSID Case No. Arb 02/16*, Decision on the Argentine Republic’s Application for Annulment of the Award of 29 June 2010, para. 377. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0776.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁹² INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3ddb8f804.html>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁹³ WTO. United States – Restrictions on Imports of Tuna (México v. Estados Unidos da América), *DS29/R*, Panel Report, para. 3.71. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/92tuna.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

GATT só poderia ser justificada como necessária se “não houvesse medida alternativa [...] que fosse consistente ou menos inconsistente com outras disposições do GATT”.⁹⁴

Por outro lado, o Órgão de Apelação da OMC no caso *‘Korea - Beef’* apresentou interpretação sobre o termo “necessário” no Artigo XX.(d) do GATT como não limitado ao que é “indispensável”, “de necessidade absoluta” ou “inevitável”, mas outras medidas também podem cair no âmbito desta exceção, podendo ser entendido como algo que “dê uma contribuição para” o resultado esperado.⁹⁵

Caso fosse adotada a visão de que a proteção ao interesse de segurança essencial se assemelha à necessidade, os critérios estabelecidos no Direito Internacional poderiam ser analisados na interpretação do artigo XXI.(b) do GATT. Entretanto, o Painel deixou de analisar⁹⁶ se houve ou não a proteção de interesse de segurança essencial ao entender que tal definição seria de discricionariedade do país alegando a cláusula, ressalvada a boa-fé.

O Painel concluiu que a emergência alegada pela Rússia era muito próxima de um conflito armado, que constitui uma emergência nas relações internacionais, na aceção do subparágrafo III do Artigo XXI (b).⁹⁷ Quanto aos interesses de segurança da Rússia, apesar de não entender que houve uma articulação com as medidas tomadas, mencionou-se a segurança da fronteira Ucrânia-Rússia.⁹⁸

⁹⁴ WTO. United States – Restrictions on Imports of Tuna (México v. Estados Unidos da América), *DS29/R*, Panel Report, para. 3.71. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/92tuna.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁹⁵ WTO. Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (United States of America v Korea), *WT/DS161/AB/R*, *WT/DS169/AB/R*, Report of the Appellate Body, Dec. 11, 2000, para. 161. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=28643,66170,107599,12458,13372,22203,110283,19005,7858,46659&CurrentCatalogueIdIndex=3&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁹⁶ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 8.1.(d). Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253739,252975,252976,248421,240333,236742,234478,231517,231365,231300&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁹⁷ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 8.1.(d).(i). Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253739,252975,252976,248421,240333,236742,234478,231517,231365,231300&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁹⁸ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, 8.1.(d).(ii). Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253739,252975,252976,248421,240333,236742,234478,231517,231365,231300&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True.

Por esses motivos, o Painel entendeu que existia um nexo entre a emergência internacional de 2014 e as medidas adotadas pela Rússia nesse período, concluindo que a Rússia satisfaz as condições do caput do artigo XXI.(b) do GATT e, portanto, as eventuais violações alegadas pela Ucrânia estariam devidamente justificadas.

3 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO PELA APLICAÇÃO DISCRICIONÁRIA DE MEDIDAS DE SEGURANÇA NACIONAL

A partir do que se verifica da análise da interpretação dada ao caso *Russia - Measures concerning traffic in transit*, algumas lacunas e críticas podem ser observadas, em especial no que concerne a discricionariedade estatal. Assim, este capítulo abordará (1) o princípio da boa-fé como limite à discricionariedade através da revisão de legalidade; (2) a exigência do ônus da prova, em razão da lacuna deixada pela decisão; (3) os conceitos de necessidade, interesse essencial de segurança, emergência internacional e direito de regular, a partir da ótica do Direito dos Investimentos.

3.1 A aplicação do princípio da boa-fé como limite ao interesse de segurança essencial

Como visto, as exceções de segurança permitem a aplicação de medidas contrárias às regras de Comércio Internacional dispostas no GATT em função da proteção dos interesses de segurança essenciais, tomadas em tempo de guerra ou outras emergências nas relações internacionais. O objetivo deste trabalho é observar os limites à discricionariedade estatal para determinar estas medidas.

A principal crítica à completa discricionariedade estatal advém do caso de 1975, em que a Suécia procurou justificar a imposição de cotas para as importações de calçados com base no argumento de que sua capacidade de fazer calçados internamente era "indispensável a fim de garantir o fornecimento de produtos essenciais necessários para atender às necessidades básicas em caso de guerra ou outra emergência nas relações internacionais".⁹⁹

Na doutrina, é frequente o argumento de que o princípio da boa-fé é uma forma de limitar a atuação do estado através de revisão pelo Painel¹⁰⁰, garantindo conformidade com as

⁹⁹ GATT. Sweden—Import Restrictions on Certain Footwear, *L/4250*, Nov. 17, 1975, para. 4. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/L4399/4250.PDF>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹⁰⁰ KNOLL, David D. The Impact of Security Concerns upon International Economic Law. *Syracuse J. Int'l L. & Com.* Syracuse, v. 11, p. 587-624, 1984, em p. 586-590. Disponível em: <https://surface.syr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1201&context=jilc>. Acesso em: 30 mar. 2021; HAHN, Michael J. Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception. *Michigan Journal of International Law*, Michigan, v. 12, p. 558-620, 1991. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol12/iss3/3>. Acesso em: 30 mar. 2021; SCHLOEMANN, Hannes L.; OHLHOFF, Stefan. 'Constitutionalization' and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence. *The American Journal of International Law*, v. 93, n. 2, p. 424-451, 1999, p. 426. DOI: <https://doi.org/10.2307/2997999>; CANN, Wesley A. Jr. Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance Between Sovereignty and Multilateralism. *Yale Journal of International Law*, v. 26, p. 413-485. 2001, p. 413. Disponível

normas internacionais e com os objetivos do GATT. Entretanto, apesar do reconhecimento do princípio de boa-fé como um padrão para delinear as Exceções de Segurança, nem sempre é reconhecida a possibilidade de revisão judicial.¹⁰¹

No âmbito da OMC, existe o entendimento de que o *caput* do artigo XX dispõe o que seria o princípio da boa-fé. O Órgão de Apelação apontou a necessidade de encontrar um equilíbrio entre o direito de invocar uma exceção e os direitos estabelecidos no GATT, sendo reconhecido que derivam não apenas do *caput* do Artigo XX, mas também de princípios gerais de direito internacional.¹⁰² Em sua opinião, o *caput* do Artigo XX "é, de fato, uma expressão do princípio de boa fé".¹⁰³

Entretanto, a discussão de que o artigo XXI não traz tal disposição em seu *caput* não esbarra no óbice à revisão de legalidade, já que regras gerais de Direito Internacional Público se aplicam às regras da OMC¹⁰⁴, mesmo se tratando de *lex specialis*. Não obstante, é comum que a OMC recorra a decisões de outros tribunais internacionais ao abordar questões de Direito Internacional Público.¹⁰⁵

Assim, partindo da interpretação dada ao princípio da boa-fé, é possível verificar sua aplicação a cláusula considerada auto-determinada (*'self-judging'*). A CIJ analisou uma cláusula auto determinável no caso *'Certain Questions of Mutual Assistance'*, relativa ao artigo

em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol26/iss2/7>. Acesso em: 30 mar. 2021; LOBSINGER, Eric J. Diminishing borders in trade and terrorism: An examination of regional applicability of GATT article 21 national security trade sanctions. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, v. 13, n. 1, p. 99-138, 2006; BONNAN, Regis. The GATT Security Exception in a Dispute Resolution Context: Necessity or Incompatibility?. *Currents International Trade Law Journal*, v. 3, p. 449-478, 2010.

¹⁰¹ KNOLL, David D. The Impact of Security Concerns upon International Economic Law. *Syracuse J. Int'l L. & Com.* Syracuse, v. 11, p. 587-624, 1984, em p. 586-590. Disponível em: <https://surface.syr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1201&context=jilc>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁰² WTO. United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, *Doc. WT/DS58/AB/R*, Report of the Appellate Body, Nov. 1998, para. 157. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=49069,73647,22613,31576,97612,43205,14994,1751,52902,34963&CurrentCatalogueIdIndex=2&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁰³ WTO. United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, *Doc. WT/DS58/AB/R*, Report of the Appellate Body, Nov. 1998, para. 158. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=49069,73647,22613,31576,97612,43205,14994,1751,52902,34963&CurrentCatalogueIdIndex=2&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁰⁴ PAUWELYN, Joost. The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go?. *American Journal of International Law*, v. 95, n. 3, p. 535-578, 2001.

¹⁰⁵ COOK, Graham. *A Digest of WTO Jurisprudence of Public International Law Concepts and Principles*. Genebra: Cambridge University Press, 2015, p. 246-247. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781316212691>.

2 (c) da Convenção sobre Assistência Judiciária em Matéria Penal, que estabelece que um estado pode recusar um pedido se “considerar que a execução do pedido é suscetível de prejudicar a sua soberania, a sua segurança, seu *ordre public*, ou outros interesses de segurança essenciais”.¹⁰⁶ A CIJ reconheceu que o Artigo 2 (c) confere uma ampla discricionariedade, mas considerou que o exercício dessa discricionariedade está sujeito ao requisito de boa fé nos termos do Artigo 26 da CVDT.

Além disso, a Corte entendeu que tem jurisdição para examinar se as razões apresentadas pelas autoridades francesas satisfazem o requisito de boa-fé. Neste ponto, ressalta-se que a CIJ havia entendido, no passado, que tinha jurisdição para examinar medidas tomadas em conformidade com exceções de segurança em casos em que não havia a expressão “que considere”, fazendo menção ao artigo XXI do GATT.¹⁰⁷ Portanto, a Corte deu a entender que teria jurisdição apenas em cláusulas de exceção de segurança que não trouxessem uma linguagem auto-determinável.

O Painel, entretanto, observou no caso envolvendo a Rússia, que a CIJ não pretendia interpretar o Artigo XXI do GATT nesta decisão, mas apenas referiu-se à disposição *a contrario* a fim de destacar a ausência do termo “que considere” na exceção de segurança analisada. O Painel determinou que esse caso não compunha a fundamentação para sua interpretação do Artigo XXI.(b).III do GATT.

Por outro lado, em decisão mais recente, ao entender pela possibilidade de revisão de legalidade através do requisito da boa-fé em cláusula auto-determinável¹⁰⁸, a CIJ demonstrou que a expressão “considere” não é suficiente para limitar o exercício de jurisdição da Corte. Ainda, a decisão citou casos como *Military and Paramilitary Activities in and against*

¹⁰⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Judgement, 2008. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/136/136-20080604-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁰⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. Estados Unidos da America), Judgement, ICJ, 1986, para. 222. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁰⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Judgement, 2008, para. 135 e 145. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/136/136-20080604-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

*Nicaragua*¹⁰⁹ e *Oil Platforms*¹¹⁰, normalmente mencionados como exemplos de impedimento da jurisdição da Corte.¹¹¹

O juiz Keith, em sua opinião separada, considerou, além do princípio da boa-fé, os princípios relacionados de abuso de direito e abuso de poder,¹¹² mencionando o caso *Gabckicovo Nagymaros*. Foi demonstrado certo desacordo com a maneira em que a revisão de legalidade seria realizada, já que estaria restrita a verificar os requisitos de honestidade, que seria a adoção da medida independente à fatores irrelevantes, e de razoabilidade, ou seja, consistente com os propósitos do tratado.

No entanto, a análise de boa-fé eventualmente realizada no âmbito da OMC tomaria como base, em especial, a jurisprudência voltada a casos de comércio internacional.

Neste sentido, o Painel invocou o princípio de boa fé no caso da Rússia, ao revisar a parte de autojulgamento da exceção de segurança, ou seja, os interesses de segurança essenciais e a necessidade de sua proteção.

Ocorre que o Painel deixou de usar a jurisprudência do caso *EC – Bananas Recourse to arbitration under article 22.6 of DSU*, que reconheceu a jurisdição de verificar se a parte considerou os fatos necessários objetivamente e se, com base nesses fatos, poderia plausivelmente chegar à conclusão. Esta decisão se assemelha ao entendimento trazido pelo juiz Keith¹¹³ e no direito dos Investimentos.¹¹⁴

¹⁰⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. Estados Unidos da America), Judgement, ICJ, 1986, para. 222. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹¹⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgement, 2003, p. 183, para. 43. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/90/090-20031106-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹¹¹ A CIJ mencionou também os casos PCIJ *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits*, de 1926, p. 30, e PCIJ *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Julgamento, de 1932, p. 167.

¹¹² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Declaration of Judge Kenneth Keith, 2008, para. 6. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/136/136-20080604-JUD-01-06-EN.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹¹³ SANKLECHA, Jay Manoj. The limitations on the invocation of self-judging clauses in the context of WTO dispute settlement. *Indian Journal of International Law*, v. 59, p. 77-109, 2019, p. 29. DOI: <https://doi.org/10.1007/s40901-019-00108-6>.

¹¹⁴ NOLAN, Michael D.; SOURGENS, Frederic G. The Limits of Discretion? Self-Judging Emergency Clauses in International Investment Agreements. In: SAUVANT, Karl P. (edit.). *Yearbook of International Investment Law & Policy 2010-2011*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 363-413.

O entendimento prévio de que o princípio da boa-fé seria baseado na comprovação de dois requisitos foi intencionalmente¹¹⁵ não utilizado na decisão da Rússia. Sob esta perspectiva, o tribunal apenas teria jurisdição para definir, primeiro, a especificidade da articulação em que o Estado invoca um interesse de segurança essencial e, segundo, um cumprimento mínimo do requisito de plausibilidade.

Quanto ao primeiro ponto, de acordo com o Painel, quanto mais afastada a situação está de uma emergência nas relações internacionais, mais específica a articulação dos interesses de segurança essenciais exigida do Estado.¹¹⁶ Quanto ao segundo ponto, se trata de uma revisão para saber se a medida em questão está tão distante do interesse essencial de segurança que seria implausível que a medida fosse adotada para sua proteção.¹¹⁷ Ao adotar um padrão de plausibilidade, o Painel concedeu um alto grau de deferência para a ação do Estado.

Embora a plausibilidade possa ser interpretada estritamente, o Painel rejeitou a aplicação do caso *EC – Bananas Recourse to arbitration under article 22.6 of DSU*, explicado pelo fato de que optou por definir “guerra” e “outras emergências nas relações internacionais” como fatos objetivos. Essa perspectiva pode estar sujeita a abusos por parte dos Estados na aplicação de exceções de segurança.¹¹⁸

¹¹⁵ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 7.147. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253739,252975,252976,248421,240333,236742,234478,231517,231365,231300&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹¹⁶ SANKLECHA, Jay Manoj. The limitations on the invocation of self-judging clauses in the context of WTO dispute settlement. *Indian Journal of International Law*, v. 59, p. 77-109, 2019, p. 30. DOI: <https://doi.org/10.1007/s40901-019-00108-6>.

¹¹⁷ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 7.138. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253739,252975,252976,248421,240333,236742,234478,231517,231365,231300&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹¹⁸ SANKLECHA, Jay Manoj. The limitations on the invocation of self-judging clauses in the context of WTO dispute settlement. *Indian Journal of International Law*, v. 59, p. 77-109, 2019, p. 30. DOI: <https://doi.org/10.1007/s40901-019-00108-6>.

3.2 A exigência do ônus da prova para demonstrar a relação causal entre a medida e a proteção de interesses essenciais de segurança

A partir da decisão do Painel no caso envolvendo a Rússia, pode-se notar que a Rússia falhou em articular um “interesse de segurança essencial” e, ainda assim, o Painel considerou a medida consistente com a exceção de segurança.¹¹⁹

A Federação Russa apresentou a defesa de que não assume o ônus da prova nos termos da cláusula de segurança em virtude do Artigo XXI (a), que efetivamente isenta o réu desse dever.

Como mencionado, a ordem da análise se deu com base nas alegações das partes. Assim, a questão do ônus da prova foi ocultada, já que o painel seguiu a linha de raciocínio da defesa, dando margem para novas interpretações no futuro.¹²⁰ Assim, a Rússia foi dispensada de cumprir seu ônus da prova para demonstrar uma relação causal, ainda que distante, entre a medida e a proteção de seus interesses essenciais de segurança.¹²¹

A questão do ônus da prova pode ser visualizada como uma obrigação de quem alega a violação no direito internacional, devendo, portanto, comprovar o descumprimento à obrigação.¹²² No caso da revisão de boa-fé, por ser presumida, o órgão revisor apenas analisaria se foi estabelecida a falta de boa-fé por aquele que alega a violação.¹²³ Deste modo, o Estado que justificasse suas ações com base na exceção não precisaria evidenciar a boa-fé.

¹¹⁹ SANKLECHA, Jay Manoj. The limitations on the invocation of self-judging clauses in the context of WTO dispute settlement. *Indian Journal of International Law*, 2019, p. 31. <https://doi.org/10.1007/s40901-019-00108-6>

¹²⁰ BOGDANOVA, Iryna. The WTO Panel Ruling on the National Security Exception: Has the Panel ‘Cut’ the Baby in Half? *EJIL Talk*, Apr. 12, 2019. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-wto-panel-ruling-on-the-nationalsecurity-exception-has-the-panel-cut-the-baby-in-half/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹²¹ WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 8.1.(d).(ii). Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253739,252975,252976,248421,240333,236742,234478,231517,231365,231300&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹²² CHENG, Bin. *General Principles Of Law As Applied By International Courts And Tribunals*. Londres: Stevens & Sons Ltd., 1953, p. 326-335.

¹²³ SCHILL, Stephan; BRIESE, Robyn. If the State Considers: Self-Judging Clauses In International Dispute Settlement. In: WOLFRUM, Rüdiger (edit.). *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Nijhoff: Brill, 2009. v. 13, p. 61-140, at p. 123. DOI: <https://doi.org/10.1163/18757413-90000037>.

Por outro lado, no caso em que existe a defesa sob a justificativa de uma exceção, o Estado alegando a preclusão da ilicitude seria o responsável de estabelecer se a exceção de fato se aplica.¹²⁴

No caso da Rússia, a questão do ônus da prova não envolve apenas a revisão do argumento de boa-fé. A Rússia deixou de cumprir seu ônus da prova para demonstrar a relação causal entre a medida e a proteção de seus interesses essenciais de segurança. Como se verifica da decisão, o próprio Painel reconheceu que:

Embora a Rússia não tenha articulado explicitamente os interesses de segurança essenciais que considera que as medidas em questão são necessárias para proteger, referiu-se a certas características da emergência de 2014 que dizem respeito à segurança da fronteira Ucrânia-Rússia.¹²⁵

No Direito Internacional, a relação de causalidade é definida através do critério de proximidade. Além da mera causalidade, o critério da proximidade estabelece que o dano não pode ser remoto ou indireto¹²⁶, com base na análise dos fatos.¹²⁷

Nesse sentido, não sendo a medida elemento necessário e suficiente¹²⁸ para a não ocorrência de dano à segurança nacional, não haveria proximidade entre a medida de restrição

¹²⁴ TRYBUS, M. “The EC Treaty as an Instrument of European Defence Integration: Judicial Scrutinny of Defence and Security Exceptions”, *Common Market Law Review*, v. 39, pp. 1347 a 1369, 2002, p. 1361-1362.

¹²⁵ “While Russia has not explicitly articulated the essential security interests that it considers the measures at issue are necessary to protect, it did refer to certain characteristics of the 2014 emergency that concern the security of the Ukraine-Russia border.” WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019, para. 7.136. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253739,252975,252976,248421,240333,236742,234478,231517,231365,231300&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹²⁶ UNITED NATIONS REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS (UNRIAA). *Trail Smelter case (United States, Canada)*, Decision of 16 April 1938, vol. III, p. 1931. Disponível em: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021; PERMANENT COURT OF ARBITRATION (PCA). *Eritrea–Ethiopia Commission, Guidance Regarding Jus Ad Bellum Liability*, Decision 7, 27 July 2007, para. 13. Disponível em: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVI/1-22.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021; INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, article 31(10). Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3ddb8f804.html>. Acesso em: 30 mar. 2021; UNITED NATIONS. *Security Council resolution 687*, Apr. 3, 1991, para. 16. Disponível em: <https://www.un.org/Depts/unmovic/documents/687.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021;

¹²⁷ UNITED NATIONS REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS (UNRIAA). *Sugar Company (United States v. Germany)*, Decision of 1 November 1923, vol. VII, p. 44. Disponível em: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_VII/44-63.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹²⁸ WRIGHT, Richard W. Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts. *Iowa Law Review*, v. 73, p. 1001-1077, 1988, at p. 1019.

e a proteção de seus interesses essenciais de segurança, ao contrário do entendimento da decisão.

Apesar deste resultado, a exigência do ônus da prova para demonstrar a relação causal entre a medida restritiva de comércio e a proteção da segurança nacional ainda pode ser invocada em casos futuros, não deixando outra alternativa ao Painel que não a análise dos argumentos envolvendo a comprovação pela parte e eventuais critérios para que isso ocorra.

3.3 A interpretação das exceções no direito de regular medidas de interesse nacional no Direito dos Investimentos

O presente estudo intenta debater os principais pontos do artigo XXI.(b).III, especialmente a partir da decisão do Painel no caso ‘Rússia’. Assim, o ponto de partida foi a análise de jurisdição e ‘justiciabilidade’ da chamada cláusula auto determinável e, posteriormente, a limitação no julgamento do mérito, envolvendo conceitos como “emergência internacional”, “interesse de segurança essencial” e “necessidade”.

Com base nestas discussões, o objetivo deste tópico é trazer a interpretação do Direito dos Investimentos na aplicação destes mesmos institutos.

A iniciar pelos limites à jurisdição em cláusulas autodetermináveis, tais cláusulas são trazidas em diversos tratados dos investimentos bilaterais e multilaterais, bem como acordos de livre comércio. Como exemplo, tem-se o artigo 2102(1) do NAFTA que, em seu item (b).II, especialmente se relaciona com o artigo XXI.(b).III.

Entretanto, nenhum tribunal dos investimentos decidiu sobre exceções autodetermináveis.¹²⁹ O que se verifica são as visões, através de *obter dictum*, acerca de exceções autodetermináveis, em que “Caso o Tribunal concluísse que a disposição é auto julgável, a determinação estaria sujeita a uma revisão de boa fé de qualquer maneira”.¹³⁰

¹²⁹ SCHILL, Stephan; BRIESE, Robyn. If the State Considers: Self-Judging Clauses In International Dispute Settlement. In: WOLFRUM, Rüdiger (edit.). *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Nijhoff: Brill, 2009. v. 13, p. 61-140, at p. 111. DOI: <https://doi.org/10.1163/18757413-90000037>.

¹³⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, *ICSID Case No. ARB/02/1*, Decision on Liability, Oct 3, 2006, para. 214. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

Outro ponto analisado pela doutrina ao comparar a aplicação do artigo XXI do GATT ao Direito dos Investimentos se trata da interpretação dada à necessidade. De fato, a análise dos tribunais se demonstra relevante ao caso, sendo verificada a necessidade sob o contexto de proteção de interesses essenciais de segurança,¹³¹ ainda que não exista uma discussão semelhante em relação à natureza auto determinável.¹³² Os casos relevantes são ‘CMS v. República Argentina’¹³³, ‘LG&E v. República Argentina’¹³⁴, ‘Enron v. República Argentina’ e ‘Sempra v. República Argentina’¹³⁵.

Nestes casos, a Argentina argumentou ser isenta de responsabilidade com base no estado de necessidade, que foi provocada por uma crise econômica, social e política, a partir de 2001.

Este estudo não tem o objetivo de analisar o caráter costumeiro - ou não - do dispositivo elencado, mas tão somente de observar a interpretação jurídica dada à situação semelhante ao artigo XXI.(b).III do GATT, partindo da definição dos conceitos do Direito Internacional aplicáveis.

O caso ‘CMS’ analisa a exceção com base no entendimento de estado de necessidade como costume internacional e, em seguida, considera a cláusula do tratado bilateral analisado, tratando-a de forma conectada ao princípio costumeiro.¹³⁶ O caso ‘Sempra’ também indica

¹³¹ A análise nos casos *CMS*, *Enron*, *LG&E* e *Sempra* envolvendo a Argentina, especificamente, tratam expressamente a defesa de necessidade no contexto do acordo com os Estados Unidos (U.S.-Argentina Bilateral Investment Treaty), em seu artigo XI, que traduz: “Este Tratado não obsta à aplicação por qualquer das Partes das medidas necessárias para a manutenção da ordem pública, o cumprimento de suas obrigações no que diz respeito à manutenção ou restauração da paz ou segurança internacional, ou a proteção de seus próprios interesses essenciais de segurança”. Veja: JÜRGEN, Kurtz. Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis. *Society of International Economic Law*, Jul. 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1154702>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹³² O artigo XI analisado nestes casos traz redação que se assemelha ao tratado compreendido no Caso de Nicarágua, decidido pela CIJ, onde o entendimento foi de que a previsão seria claramente *a contrario* do artigo XXI do GATT. Ver nota de rodapé 58

¹³³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, *ICSID case No. ARB/01/8*, Award of 12 May 2005. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹³⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, *ICSID Case No. ARB/02/1*, Decision on Liability, Oct 3, 2006. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹³⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Sempra Energy Int’l v. Argentine Republic*, *ICSID Case No. Arb 02/16*, Decision on the Argentine Republic’s Application for Annulment of the Award of 29 June 2010. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0776.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹³⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, *ICSID case No. ARB/01/8*, Award of 12 May 2005, para. 315-352

parecida motivação, mas considera que “o próprio Tratado não tratou dos elementos necessários para a invocação de um estado de necessidade”.¹³⁷ O caso ‘Enron’ adota razões similares. Entretanto, o Tribunal LG&E, considerou parcialmente a invocação das exceções pela Argentina, trazendo uma perspectiva do caráter de *lex specialis* da norma.

Ressalta-se que enquanto a análise do artigo XXI do GATT considerava o propósito de liberalização do comércio, entendendo, de maneira geral, que seria inviável a adoção de exceções de segurança por motivos comerciais, os casos arbitrais entenderam que motivos econômicos, como uma crise, sempre comprometeria a “própria existência do Estado e sua independência” a ponto de atrair a exceção do tratado.¹³⁸

Ou seja, a resposta regulatória da Argentina não poderia ser considerada a “única forma” de lidar com a crise financeira, tendo em vista que existe “uma variedade de alternativas”¹³⁹ para lidar com a crise, ao contrário do sugerido pelo artigo 25(2) dos Artigos da ILC sobre Responsabilidade dos Estados no qual as decisões se baseiam.

Para verificar a necessidade, existem diversas sugestões, como testes de proporcionalidade,¹⁴⁰ da medida menos restritiva e razoável,¹⁴¹ que alcance o mesmo nível de benefício e efeitos menos restritivos, além das interpretações de Direito Internacional Público já mencionadas.

e para. 353-78. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹³⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Sempra Energy Int’l v. Argentine Republic, *ICSID Case No. Arb 02/16*, Decision on the Argentine Republic’s Application for Annulment of the Award of 29 June 2010, para. 378. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0776.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹³⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Sempra Energy Int’l v. Argentine Republic, *ICSID Case No. Arb 02/16*, Decision on the Argentine Republic’s Application for Annulment of the Award of 29 June 2010, para. 348. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0776.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.
Enron Award, para 306.

¹³⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, *ICSID case No. ARB/01/8*, Award of 12 May 2005, para. 323. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.
INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Sempra Energy Int’l v. Argentine Republic, *ICSID Case No. Arb 02/16*, Decision on the Argentine Republic’s Application for Annulment of the Award of 29 June 2010, para. 350-351. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0776.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁴⁰ REINISCH, August. Necessity in International Investment Arbitration: An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases. *Journal of World. Investment & Trade*, v. 8, p. 191-201, 2007.

¹⁴¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Continental Casualty Company v Argentine Republic, *ICSID Case no. ARB/03/9*, Award of 5 Sept. 2008, para. 198-199. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0228.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

Em relação ao conceito de emergência nas relações internacionais, os casos CMS, LG&E e Enron concluíram que crises econômicas graves não podem ser excluídas do escopo do Artigo XI, não sendo preciso que haja ação militar,¹⁴² diferente do entendimento da OMC. No entanto, enquanto no CMS e no Enron, a conclusão foi de que a crise na Argentina não seria severa o suficiente para ser considerada uma emergência, já que não causou um total colapso econômico e social.¹⁴³

No caso LG&E, o tribunal procurou primeiro analisar os termos do BIT e, “na medida necessária para a interpretação e aplicação de suas disposições, o direito internacional geral”¹⁴⁴, em uma perspectiva que considera um caráter de *lex specialis*, em certa oposição ao posicionamento dos demais casos em considerar o direito costumeiro. O entendimento foi de que a Argentina estava em uma “crise durante a qual foi necessário adotar medidas para manter a ordem pública e proteger seus interesses essenciais de segurança”.¹⁴⁵

Estes entendimentos mostram uma preocupação menor na liberalização do comércio e maior na proteção dos interesses essenciais quando comparada a interpretação dada no âmbito da OMC. Além disso, revelam uma diferenciação entre as exceções de interesse público, adotada no Direito dos Investimentos,¹⁴⁶ e as exceções de segurança, adotada no Comércio Internacional, ainda que não haja um reconhecimento explícito desta diferença pelos tribunais.

¹⁴² “Concluir que uma crise econômica tão severa não poderia constituir um interesse de segurança essencial é diminuir a destruição que a economia pode causar na vida de uma população inteira e na capacidade de liderança do governo. Quando a base econômica de um Estado está sob cerco, a gravidade do problema pode ser igual à de qualquer invasão militar.” INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, *ICSID Case No. ARB/02/1*, Decision on Liability, Oct 3, 2006, para. 238. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁴³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, *ICSID case No. ARB/01/8*, Award of 12 May 2005, para.355. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁴⁴ “to the extent required for the interpretation and application of its provisions, the general international law shall be applied” INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, *ICSID Case No. ARB/02/1*, Decision on Liability, Oct 3, 2006, para. 206. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁴⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, *ICSID Case No. ARB/02/1*, Decision on Liability, Oct 3, 2006, para. 229. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁴⁶ “A exceção de ordem pública é uma doutrina de que os tribunais não farão cumprir contratos que ofendam o interesse público fundamental” FORDE, 1980 apud MOON, William. Essential Security Interests in International Investment Agreements. *Journal of International Economic Law*, v. 15, n. 2, p. 481-502, Apr. 2012. DOI: 10.1093/jiel/jgs024.

Por fim, outro ponto de análise decorre do direito de regular assuntos internos, como medidas de segurança aos interesses essenciais do Estado e os limites encontrados nas normas de Direito Internacional.

O conceito de direito de regular decorre da soberania estatal e, da mesma maneira, pode sofrer restrições. O uso de expressões como ‘liberdade de regular’ e ‘poder de polícia’ são usados na doutrina como seus sinônimos.¹⁴⁷

Apesar da doutrina dos poderes de polícia não tratar de regulações necessárias para a proteção aos interesses essenciais, em um contexto de emergência nas relações internacionais, ela ainda assim considera a questão da discricionariedade estatal.¹⁴⁸ Entretanto, é importante ressaltar que os critérios para determinar a legalidade da afirmação de liberdade regulatória e discricionariedade variam entre os diferentes dispositivos dos acordos abrangidos pela OMC.

Enquanto alguns Tribunais como os de ‘SD Myers Inc v Canada’,¹⁴⁹ ‘Feldman’,¹⁵⁰ ‘Tecmed’¹⁵¹, ‘Methanex Corporation v. Estados Unidos da América’,¹⁵² ‘Chemtura v. Canada’,¹⁵³ ‘Saluka v. Czech Republic’¹⁵⁴ e ‘Philip Morris v. Uruguay’¹⁵⁵ endossaram esta

¹⁴⁷ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law". *OECD Working Papers on International Investment*, Paris, n. 4, 2004, p. 22. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>.

¹⁴⁸ O direito de regular é comumente associado às Exceções Gerais trazidas pelo artigo XX do GATT. DESIERTO, Diane. Public Policy In International Investment And Trade Law: Community Expectation And Functional Decision-Making. *Florida Journal of International Law*, v. 26, p. 50-150, 2014, p. 117.

¹⁴⁹ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13 Nov. 2000. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁵⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, *ICSID Case No. ARB(AF)/99/1*, Award, Dec. 16, 2002. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁵¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, *ICSID Case No. ARB (AF)/00/2*, Award, May 29, 2003. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁵² UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *Methanex Corporation v. United States of America*. Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, NAFTA tribunal of 2005. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁵³ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, Award, NAFTA Tribunal of 2010. Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149_0.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁵⁴ PERMANENT COURT OF ARBITRATION (PCA). *Saluka Investments BV. v. The Czech Republic*, Partial Award, PCA Tribunal of 2006. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹⁵⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Philip Morris Brands Sàrl et al. v. Oriental Republic of Uruguay*, *ICSID Case No. ARB/10/7*, Award, 2016, para. 295. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

doutrina, outros tribunais, como os de ‘Metalclad’¹⁵⁶ e ‘Pope & Talbot’¹⁵⁷ aparentemente tiveram a oportunidade considerar a aplicação desta doutrina, mas a ignorou.

Uma das primeiras expressões neste sentido foi trazida no caso *Methanex v. USA*, em que a definição de poder de polícia seria “uma questão de direito internacional geral, uma regulamentação não discriminatória para um propósito público, que é promulgada de acordo com o devido processo”.¹⁵⁸

Especialmente relevante é a decisão do caso *Philip Morris v. Uruguay*, que entendeu sendo partes do “Exercício razoável de boa-fé do Estado de poderes policiais em questões como a manutenção da ordem pública”¹⁵⁹. Como visto, ainda que o direito de regular não seja considerado semelhante ao artigo XXI do GATT, bem como que o termo “ordem pública” abrange um escopo mais amplo do que o de “interesse essencial de segurança”, a partir desta decisão é possível verificar a aplicabilidade do conceito de direito de regular à discricionariedade estatal para impor medidas restritivas ao comércio.

Dentre os limites ao direito de regular, tem-se (i) a proporcionalidade,¹⁶⁰ entendida neste contexto como a relação razoável entre a carga da medida imposta e o fim que se

¹⁵⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, *ICSID Case No. ARB(AF)/97/1*, Award, Aug. 30, 2000. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁵⁷ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, Interim Award, 26 June 2000. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0674.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁵⁸ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *Methanex Corporation v. United States of America*. Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, NAFTA tribunal of 2005, para. 7. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁵⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Philip Morris Brands Sàrl et al. v. Oriental Republic of Uruguay*, *ICSID Case No. ARB/10/7*, Award, 2016, para. 305-306. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021; INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, *ICSID Case No. ARB (AF)/00/2*, Award, May 29, 2003. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁶⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Philip Morris Brands Sàrl et al. v. Oriental Republic of Uruguay*, *ICSID Case No. ARB/10/7*, Award, 2016, para. 305-306. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021; INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, *ICSID Case No. ARB (AF)/00/2*, Award, May 29, 2003, para. 122. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

pretende;¹⁶¹ (ii) a boa-fé; (iii) o interesse público, também entendido como bem-estar público e como interesse vital; e (iv) não-discriminação.¹⁶²

Assim, é reconhecida a possibilidade de limitar, no sentido de revisar a legalidade, o direito de regular assuntos internos. Sujeitar a regra do poder de polícia a uma revisão de proporcionalidade significa que se a restrição imposta superar o benefício decorrente da medida, esta não se enquadra na liberdade de regular, mesmo que a medida seja não-discriminatória e adotada para a proteção do bem-estar público.¹⁶³

Esta conclusão é semelhante ao entendimento de revisão de proporcionalidade e do meio razoável menos restritivo para a alegação de necessidade e de exceções de interesse público.¹⁶⁴ Ainda assim, percebe-se que foram delineados critérios objetivos para limitar o direito de regular do Estado, nos casos concretos do Direito dos Investimentos. A construção contínua do tema levou ao desenvolvimento da jurisprudência neste sentido, ao longo do tempo.

¹⁶¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, *ICSID Case No. ARB (AF)/00/2*, Award, May 29, 2003, para. 122. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁶² “o tribunal, apoiando-se no princípio pronunciado no caso Philip Morris, considerou que as medidas regulatórias dos Estados não constituem expropriação indireta se forem adotadas de boa fé para proteger o bem-estar público, não-discriminatórias e proporcionais.” INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Marfin Investment Group Holdings S.A. et al. v. Republic of Cyprus, *ICSID Case No. ARB/13/27*, Award, July 26, 2018, para. 828-829. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10149.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021; Ver também WNC Factoring Ltd. v. The Czech Republic, para. 394.

¹⁶³ RANJAN, Prabhash. COVID-19, India and Indirect Expropriation: Is the Police Powers Doctrine a Reliable Defence?. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, v. 13, n. 1, p. 205-228, May 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3617770>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁶⁴ Ver notas de rodapé 125 e 126.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou identificar o escopo de revisão de legalidade de medidas restritivas ao comércio sob o fundamento da Exceção de Segurança. A reflexão partiu da análise do artigo XXI.(b).III do GATT, identificando os elementos entendidos como necessários para determinar a exceção de segurança nacional, baseada na discricionariedade estatal para a aplicação de exceções de segurança nacional com o entendimento do Painel da OMC no caso *‘Russia — Measures Concerning Traffic in Transit’* de 2019.

Foi verificado que o argumento de que a exceção de segurança seria estritamente discricionária não merece prosperar pois, conforme entendimento do Painel no caso da Rússia, a OMC tem jurisdição para o caso. Ainda assim, foi verificado que o fato de se tratar de uma cláusula auto determinável (*‘self-judging’*) limita a análise do mérito pelo Órgão a verificar se o contexto da alegação se enquadra no conceito de “guerra ou outras emergências nas relações internacionais” e a verificar o nexo de causalidade entre a medida restritiva adotada e a proteção de interesses essenciais de segurança. Isso significa que a preponderância da discricionariedade estatal em oposição à revisão de legalidade ainda é verificada, mesmo que haja jurisdição do Painel.

Um ponto crítico percebido, que sugere a possibilidade de mudança e desenvolvimento da jurisprudência é de que, como a decisão do Painel seguiu a ordem dos argumentos apresentados pela Rússia, a questão do ônus da prova para demonstrar o nexo de causalidade sugerida por outros países não foi abordada.

Como consequência da análise do caso, foi verificada a discussão acerca da possibilidade da revisão de boa-fé e quais seriam seus critérios. Além disso, foi verificada a lacuna referente ao ônus da prova. Por fim, foram vistos os limites encontrados ao direito de regular no Direito dos Investimentos, bem como nas definições jurídicas de necessidade, de interesse essencial de segurança e de direito de regular, para que ocorra a possibilidade de restrição à discricionariedade estatal no contexto do artigo.

Nesse sentido, conclui-se que é possível restringir a discricionariedade estatal na aplicação de medidas em função de segurança nacional através da revisão de legalidade, apesar de existirem restrições à atuação jurisdicional, conforme demonstrado.

Portanto, é preciso admitir que a revisão de legalidade pelos canais demonstrados neste trabalho tem limitações que precisam ser consideradas, sendo necessário também que se continue a considerar alternativas para estabelecer limites mais objetivos ao direito de regular na aplicação de exceções de segurança.

REFERÊNCIAS

ALFORD, Roger P. The Self-Judging WTO Security Exception. *Utah Law Review*, Salt Lake City, n. 3, p. 697-759, 2011. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/330. Acesso em: 30 mar. 2021.

AYRES, Glyn; MITCHELL, Andrew. General and Security Exceptions under the GATT and GATS. In: CARR, Indira; BHUIYAN, Jahid; ALAM, Shawkat (edit.). *International Trade Law and WTO*. Sidney: Federation Press, 2012. p. 228-268.

BHALA, Raj. National Security and International Trade Law: What the GATT Says, and What the US Does. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 19, n. 2, p. 263-317, 1998.

BOGDANOVA, Iryna. Adjudication of the GATT Security Clause: To Be or Not to Be, This is the Question. *World Trade Institute Working Paper*, Mar. 2019. Disponível em: <https://www.wti.org/research/publications/1208/adjudication-of-the-gatt-security-clause-to-be-or-not-to-be-this-is-the-question/>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BOGDANOVA, Iryna. The WTO Panel Ruling on the National Security Exception: Has the Panel ‘Cut’ the Baby in Half? *EJIL Talk*, Apr. 12, 2019. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/the-wto-panel-ruling-on-the-national-security-exception-has-the-panel-cut-the-baby-in-half/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BOKLAN, D.; BAHRI, A. The First WTO's Ruling on National Security Exception: Balancing Interests or Opening Pandora's Box?. *World Trade Review*, v. 19, n. 1, p. 123-136, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1474745619000430>.

BONNAN, Regis. The GATT Security Exception in a Dispute Resolution Context: Necessity or Incompatibility?. *Currents International Trade Law Journal*, v. 3, p. 449-478, 2010.

CANN, Wesley A. Jr. Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance Between Sovereignty and Multilateralism. *Yale Journal of International Law*, v. 26, p. 413-485. 2001. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol26/iss2/7>. Acesso em: 30 mar. 2021.

CHENG, Bin. *General Principles Of Law As Applied By International Courts And Tribunals*. Londres: Stevens & Sons Ltd., 1953.

COOK, Graham. *A Digest of WTO Jurisprudence of Public International Law Concepts and Principles*. Genebra: Cambridge University Press, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781316212691>.

DESIERTO, Diane A. *Necessity and National Emergency Clauses: Sovereignty in Modern Treaty Interpretation*. Nijhoff: Brill, Jan. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1163/9789004218536>.

DESIERTO, Diane A. Protean ‘National Security’ in Global Trade Wars, Investment Walls, and Regulatory Controls: Can ‘National Security’ Ever Be Unreviewable in International Economic Law?. *EJIL Talk*, Apr. 2, 2018. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/national-security-defenses-in-trade-wars-and-investment-walls-us-v-china-and-eu-v-us/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

DESIERTO, Diane. Public Policy In International Investment And Trade Law: Community Expectation And Functional Decision-Making. *Florida Journal of International Law*, v. 26, p. 50-150, 2014.

GATT. Contracting Parties Nineteenth Session. *Doc. GATT/SR.19/12*, 1961. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/SR/19-12.PDF>. Acesso em: 10 mar. 2021.

GATT. Contracting Parties Sixth Session. *Doc. GATT/CP.6/5*, 1951. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90070309.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

GATT. Contracting Parties Third Session. *Doc. GATT/CP.3/33*, 1949. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90320183.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

GATT. Decision Concerning Article XXI, *L/5426*, Nov. 30, 1982. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/english/SULPDF/91000212.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

GATT. Minute of the meeting Held in the Centre William Rappard, *GATT Doc. C/M/157*, May 7, 1982. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/C/M157.PDF>. Acesso em: 30 mar. 2021.

GATT. Minutes of Meeting - Held in the Palais des Nations, Geneva, *Doc. C/M/109*, Oct. 31, 1975. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/C/M109.PDF>. Acesso em: 10 mar. 2021.

GATT. Portugal Accession, *Doc. L/1764*, 1962. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90750286.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

GATT. Sweden—Import Restrictions on Certain Footwear, *L/4250*, Nov. 17, 1975. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/L4399/4250.PDF>. Acesso em: 10 mar. 2021.

GATT. Trade Measures Taken by the European Community against the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, *L/6948*, Communication, Dec. 2, 1991. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/91600060.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

GATT. Trade Restrictions Affecting Argentina Applied for Non-Economic Reasons, Communication, *Doc. L/5336*, June 15, 1982. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/L5399/5336.PDF>. Acesso em: 30 mar. 2021.

GATT. Trade Restrictions Affecting Argentina Applied for Non-economic Reasons, Communication, *Doc. L/5319/Rev.1*, May 18, 1982. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/L5399/5319R1.PDF>. Acesso em: 30 mar. 2021.

GATT. United States – Imports of Sugar from Nicaragua, *L/5607*, Panel Report, Mar. 2, 1984. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/83sugar.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

GATT. United States – Restrictions on Exports to Czechoslovakia, *CP.3/SR22*, Record of the Twenty-second meeting, June 8, 1949. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/GATTCP3/SR22.PDF>. Acesso em: 30 mar. 2021.

GATT. United States – Trade Measures Affecting Nicaragua, *L/6053*, Panel Report, Oct. 13, 1986. Disponível em: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/91240197.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

GOLDSTEIN, J. Creating GATT Rules: Politics, Institutions, and American Policy. In: RUGGIE, John (edit.). *Multilateralism Matters*. Nova York: Columbia University Press, 1993. p. 201-232.

GREENWOOD, Christopher. The Concept of War in Modern International Law. *Cambridge University Press*, v. 36, n. 2, p. 283-306, 1987. DOI:10.1093/iclqaj/36.2.283.

HAHN, Michael J. Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception. *Michigan Journal of International Law*, Michigan, v. 12, p. 558-620, 1991. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol12/iss3/3>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, *ICSID case No. ARB/01/8*, Award of 12 May 2005. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic, *ICSID Case No. Arb 02/16*, Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award of 29 June 2010. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0776.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Continental Casualty Company v Argentine Republic, *ICSID Case no. ARB/03/9*, Award of 5 Sept. 2008. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0228.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, *ICSID Case No. ARB/02/1*, Decision on Liability, Oct 3, 2006. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Marfin Investment Group Holdings S.A. et al. v. Republic of Cyprus, *ICSID Case No. ARB/13/27*, Award, July 26, 2018. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10149.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, *ICSID Case No. ARB(AF)/99/1*, Award, Dec. 16, 2002. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Metalclad Corporation v. United Mexican States, *ICSID Case No. ARB(AF)/97/1*,

Award, Aug. 30, 2000. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Philip Morris Brands Sàrl et al. v. Oriental Republic of Uruguay, *ICSID Case No. ARB/10/7*, Award, 2016. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, *ICSID Case No. ARB (AF)/00/2*, Award, May 29, 2003. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Whaling in the Antarctic* (Australia v. Japan: New Zealand intervening) Written Observations by New Zealand, 4 April 2013. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/148/17386.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Ukraine v. Russia Federation), Judgement, Preliminary Objections, 2019. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/166>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Judgement, 2008. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/136/136-20080604-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Declaration of Judge Kenneth Keith, 2008. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/136/136-20080604-JUD-01-06-EN.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. Estados Unidos da America), Judgement, ICJ, 1986. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgement, 2003. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/90/090-20031106-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3ddb8f804.html>. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL TRIBUNAL ON THE LAW OF THE SEA (ITLOS). *Case concerning the detention of three Ukrainian naval vessels* (Ukraine v. Russia Federation), Provisional Measures 2019. Disponível em: <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/case->

concerning-the-detention-of-three-ukrainian-naval-vessels-ukraine-v-russian-federation-provisional-measures/. Acesso em: 31 mar. 2021.

JÜRGEN, Kurtz. Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis. *Society of International Economic Law*, Jul. 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1154702>. Acesso em: 30 mar. 2021.

KNOLL, David D. The Impact of Security Concerns upon International Economic Law. *Syracuse J. Int'l L. & Com.* Syracuse, v. 11, p. 587-624, 1984. Disponível em: <https://surface.syr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1201&context=jilc>. Acesso em: 30 mar. 2021.

LOBSINGER, Eric J. Diminishing borders in trade and terrorism: An examination of regional applicability of GATT article 21 national security trade sanctions. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, v. 13, n. 1, p. 99-138, 2006.

MOON, William. Essential Security Interests in International Investment Agreements. *Journal of International Economic Law*, v. 15, n. 2, p. 481-502, Apr. 2012. DOI: 10.1093/jiel/jgs024.

NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*, 26 de junho de 1945. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91220-carta-das-nacoes-unidas>. Acesso em: 10 mar. 2021.

NAGY, Csongor István. World Trade, Imperial Fantasies and Protectionism: Can You Really Have Your Cake and Eat It Too?. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 26, n. 1, p. 87-132, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3363951>. Acesso em: 10 mar. 2021.

NOLAN, Michael D.; SOURGENS, Frederic G. The Limits of Discretion? Self-Judging Emergency Clauses in International Investment Agreements. In: SAUVANT, Karl P. (edit.). *Yearbook of International Investment Law & Policy 2010-2011*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 363-413.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law". *OECD Working Papers on International Investment*, Paris, n. 4, 2004. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>.

PAUWELYN, Joost. The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go?. *American Journal of International Law*, v. 95, n. 3, p. 535-578, 2001.

PELC, Krzysztof J. *Making and bending international rules: The design of exceptions and escape clauses in trade law*. Nova York: Cambridge University Press, 2016.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION (PCA). *Eritrea–Ethiopia Commission, Guidance Regarding Jus Ad Bellum Liability*, Decision 7, 27 July 2007. Disponível em: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVI/1-22.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021

PERMANENT COURT OF ARBITRATION (PCA). *Saluka Investments BV. v. The Czech Republic*, Partial Award, PCA Tribunal of 2006. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE (PCIJ). *Case of the S.S. Lotus* (France v. Turkey), Judgement, 1927, series A, No. 10. Disponível em: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

RANJAN, Prabhash. COVID-19, India and Indirect Expropriation: Is the Police Powers Doctrine a Reliable Defence?. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, v. 13, n. 1, p. 205-228, May 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3617770>. Acesso em: 20 mar. 2021.

REINISCH, August. Necessity in International Investment Arbitration: An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases. *Journal of World. Investment & Trade*, v. 8, p. 191-201, 2007.

SANKLECHA, Jay Manoj. The limitations on the invocation of self-judging clauses in the context of WTO dispute settlement. *Indian Journal of International Law*, v. 59, p. 77-109, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1007/s40901-019-00108-6>.

SCHILL, Stephan; BRIESE, Robyn. If the State Considers: Self-Judging Clauses In International Dispute Settlement. In: WOLFRUM, Rüdiger (edit.). *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Nijhoff: Brill, 2009. v. 13, p. 61-140. DOI: <https://doi.org/10.1163/18757413-90000037>.

SCHLOEMANN, Hannes L.; OHLHOFF, Stefan. 'Constitutionalization' and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence. *The American Journal of International Law*, v. 93, n. 2, p. 424-451, 1999. DOI: <https://doi.org/10.2307/2997999>.

SIEGEL, Deborah E. Legal Aspects of the IMF/WTO Relationship: The Fund's Articles of Agreement and the WTO Agreements. *American Journal of International Law*, v. 96, n. 3, p. 561-599, 2002.

SPERO, Joan. E.; HART, Jeffrey. A. *The politics of international economic relations*. 7. ed. Boston: Cengage Learning, 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/271216566_The_Politics_of_International_Economic_Relations. Acesso em: 31 mar. 2021.

TRYBUS, M. The EC Treaty as an Instrument of European Defence Integration: Judicial Scrutiny of Defence and Security Exceptions. *Common Market Law Review*, v. 39, p. 1347-1369, 2002.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, Award, NAFTA Tribunal of 2010. Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149_0.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *Methanex Corporation v. United States of America*. Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, NAFTA tribunal of 2005. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, Interim Award, 26 June 2000. Disponível

em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0674.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13 Nov. 2000. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED NATIONS REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS (UNRIAA). *Sugar Company (United States v. Germany)*, Decision of 1 November 1923, vol. VII. Disponível em: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_VII/44-63.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED NATIONS REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS (UNRIAA). *Trail Smelter case (United States, Canada)*, Decision of 16 April 1938, vol. III. Disponível em: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Final Act, GATT and Protocol of Provisional Application, *Doc. E/PC/T/214/Add.1/Rev.1*, 1947. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/214A1R1.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Thirty-Third Meeting of Commission A, Declaration of US Delegate JM Leddy, *Doc. E/PC/T/A/PV/33*, 1947. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/APV-33.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Thirty-Third Meeting of Commission A, *Doc. E/PC/T/A/PV/33*, 1947. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/APV-33.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Thirty-Third Meeting of Commission A, *Doc. E/PC/T/196*, September Draft, 1947. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/196.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Eleventh Meeting of the Tariff Agreement Committee, *Doc. E/PC/T/TAC/PV/11*, 1947. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/TACPV-11.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Thirty-Third Meeting of Commission A, *Doc. E/PC/T/A/SR/33*, 1947. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/ASR-33.PDF>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution No. 68/262*. Territorial integrity of Ukraine, 27 Mar. 2014. Disponível em: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/a_res_68_262.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021;

UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution No. 71/205*. Situation of human rights in the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol, Dec. 19, 2016. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/858544?ln=en>. Acesso em: 01 abr. 2021.

UNITED NATIONS. *Security Council resolution 687*, Apr. 3, 1991. Disponível em: <https://www.un.org/Depts/unmovic/documents/687.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of State. *Proposals for Expansion of World Trade and Employment*, Nov. 1945. Disponível em: <http://www.worldtradelaw.net/document.php?id=misc/ProposalsForExpansionOfWorldTradeAndEmployment.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

VANDEVELDE, Kenneth J. *The first bilateral investment treaties: U.S. postwar friendship, commerce, and navigation treaties*. Nova York: Oxford University Press, 2017.

VANGRASSTEK, Craig. *The history and future of the World Trade Organization*. Geneva: World Trade Organization, 2013. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/historywto_e.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

WEISS, Martin A. *Arab League Boycott of Israel*. Washington: Congressional Research Service, Ago. 2017. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/59c37d214.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

WRIGHT, Richard W. Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts. *Iowa Law Review*, v. 73, p. 1001-1077, 1988.

WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *DS512*, European Union Third Party Written Submission, 2017. Disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156602.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/3*, Request for the establishment of a panel by Ukraine. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/512-3.pdf&Open=True>. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R/Add.1*, Report of the Panel - Addendum, 2019. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/512RA1.pdf&Open=True>. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/R*, Report of the Panel, 2019. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=253739,252975,252976,248421,240333,236742,234478,231517,231365,231300&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. China—Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, *WT/DS394/R*, *WT/DS395/R*, *WT/DS398/R*, Panel report, July 5, 2011. Disponível em:

https://www.wto.org/english/news_e/news11_e/394_395_398r_e.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

WTO. *Dispute settlement activity: some figures*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispustats_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. GATT 1994. Article XXI (Jurisprudence), Security Exceptions. *In: WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice*. Genebra: World Trade Organization, 2012. p. 600. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art21_e.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. GATT 1994. Provisional Application of the General Agreement of 1947. *In: WTO. WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice*. Genebra: World Trade Organization, 2012. p. 1071-1084. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/prov_appl_gen_agree_e.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021.

WTO. *General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*, 1994. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (United States of America v Korea), *WT/DS161/AB/R*, *WT/DS169/AB/R*, Report of the Appellate Body, Dec. 11, 2000. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=28643,66170,107599,12458,13372,22203,110283,19005,7858,46659&CurrentCatalogueIdIndex=3&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *DS512*, Third-Party Oral Statement of the United States of America, 25 Jan. 2018. Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/DS/US.3d.Pty.Stmt.%28as%20delivered%29.final.%28public%29.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *DS512*, Third-Party Oral Statement of Australia, 2018. Disponível em: <https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/ds512-australias-third-party-oral-statement-240118.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

WTO. Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (Ukraine v. Russian Federation), *Doc. WT/DS512/1*, Request for consultations by Ukraine. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/512-1.pdf&Open=True>. Acesso em: 30 mar. 2021.

WTO. United States – Restrictions on Imports of Tuna (México v. Estados Unidos da América), *DS29/R*, Panel Report. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/92tuna.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

WTO. United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, *Doc. WT/DS58/AB/R*, Report of the Appellate Body, Nov. 1998. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=49069,73647,22613,31576,97612,43205,14994,1751

,52902,34963&CurrentCatalogueIdIndex=2&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em: 31 mar. 2021.

YOO, Ji Yeong; AHN, Dukgeun. Security Exceptions in the WTO System: Bridge or Bottle-Neck for Trade and Security?. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 19, n. 2, p. 417-444, out. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2809074>. Acesso em: 31 mar. 2021.