

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**A PROTEÇÃO AMBIENTAL NO ÂMBITO DO SISTEMA OMC:  
os Métodos de Processo e Produção ecossustentáveis e sua compatibilidade com as  
normas de comércio internacional**

Mariana Clara de Andrade

Acadêmica

Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior

Orientador

**FLORIANÓPOLIS – SC**

**2015**

de Andrade, Mariana Clara.

A proteção ambiental no âmbito do Sistema OMC: os Métodos de Processo e Produção ecossustentáveis e sua compatibilidade com as normas de comércio internacional / Mariana Clara de Andrade ; orientador, Arno Dal Ri Júnior. - Florianópolis, SC, 2015.

126 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Graduação em Direito.

1. Direito Internacional. 2. Organização Mundial do Comércio. 3. Métodos de Processo e Produção. I. Dal Ri Júnior, Arno. II Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.

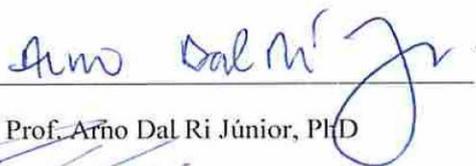


SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**  
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE  
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC  
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815  
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

### TERMO DE APROVAÇÃO DE TCC

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "A PROTEÇÃO AMBIENTAL NO ÂMBITO DO SISTEMA OMC: OS MÉTODOS DE PROCESSO E PRODUÇÃO ECOSSUSTENTÁVEIS E SUA COMPATIBILIDADE COM AS NORMAS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL", elaborado pela acadêmica **Mariana Clara de Andrade** defendido nesta data e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez.), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 15 de junho de 2015.



Prof. Arno Dal Ri Júnior, PhD



Profª. Dra. Cristiane Derani



Taciano Scheidt Zimmermann

*Nada mais justo do que dedicar este trabalho àquele que não pode ser nomeado.*

## AGRADECIMENTOS

A meus pais, acadêmicos, os quais, ainda que inadvertidamente, são responsáveis por eu também me enveredar no caminho da Academia. Com especial apreço, à minha mãe, Aurélia, pelo carinho e apoio incondicional e, particularmente, pelo germe ambientalista que, para o bem ou para o mal, trouxe-me para este projeto.

Ao meu caro orientador, Arno Dal Ri Júnior, pelas aulas, considerações acadêmicas e diversas outras oportunidades que ensejaram e ensejam a constante reflexão crítica e uma visão global, não fracionada, do direito internacional, contribuições indispensáveis na minha formação nestes últimos anos da minha graduação.

A toda a equipe da 313, pelos momentos e oportunidades únicos, pelas discussões e piadas infames sobre Direito Internacional, por fazer da minha Graduação mais aconchegante e divertida e pelo crescimento pessoal e intelectual. Dentre essas pessoas sensacionais, agradeço especialmente ao caríssimo Taciano Scheidt Zimmermann, pelas conversas acadêmicas e não acadêmicas, na 313 e no toco do CCJ, e por aturar-me com tanta paciência. E, falando em paciência, não fica atrás meu querido amigo Gustavo Carnesella, que está comigo desde antes de 2010 – agradeço, especialmente, pela amizade.

Ao meu ex-chefe, Leandro Monteiro Liberal, pois Academia também é argumentação, e, assim o sendo, o resultado deste trabalho é também (ainda) reflexo dos exercícios argumentativos por ele supervisionados. E, ainda que assim não se entenda, no que verdadeiramente não se crê possível, os vícios de linguagem jurídiquês aqui e acolá desta Monografia também lhe são devidos.

À Delauros, por ser nada menos do que *supercalifragilisticexpialidocious* e, com particular carinho, à Bel, Téci, Naná e Gabi: a amizade de vocês é uma daquelas coisas sem as quais *nenhum* trabalho seria o mesmo, porque contribui diretamente para a sanidade mental de quem o realiza.

Por último, mas certamente não menos importante (com o perdão do clichê), eu não poderia deixar de agradecer ao caro Lucas Carlos Lima, pelo precioso incentivo acadêmico, estímulos intelectuais e pelos ensinamentos e debates que indubitavelmente são em peso responsáveis pela pessoa que sou hoje.

Estes agradecimentos, como bem se vê pela repetição preposicional que estrutura o início dessas frases acima, também fazem as vezes de dedicatória deste trabalho.

## RESUMO

As normas de comércio internacional, tradicionalmente, não diferenciam produtos que tenham sido produzidos com menor impacto ambiental daqueles que tenham sido produzidos de maneira tradicional, de modo que a imposição de regulações que busquem privilegiar aquele primeiro grupo em detrimento do segundo são vistas com controvérsia pelo direito internacional. Diante dessa problemática, este trabalho se propõe a analisar a compatibilidade do arcabouço normativo da Organização Mundial do Comércio com medidas restritivas de comércio internacional baseadas nos métodos e processos produtivos (PPMs) ecossustentáveis, especialmente aqueles que não têm repercussões nas características físicas do produto final. Para tanto, parte-se da exposição dos fundamentos históricos e, principalmente, normativos da organização, delineando-se os principais objetivos da OMC e as principais regras de comércio internacional por ela estabelecidas. Em seguida, é exposto com maior detalhamento o conceito de PPM, bem como os motivos pelos quais existem controvérsias acerca da imposição de medidas baseadas em PPMs ambientais, e confrontando as normas da OMC com a possibilidade de uso dessa regulação. Por fim, partindo dessa análise teórico-normativa, são analisados dois casos paradigmáticos relacionados ao tema (*US – Shrimp* e *US – Tuna II*), confrontando as considerações dos capítulos anteriores com a aplicação casuística do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Esse exercício acadêmico é realizado por meio da leitura e análise dos textos normativos da OMC, de casos pertinentes ao estudo e de trabalhos doutrinários sobre o tema. Conclui-se que a regulação de medidas baseadas em PPMs ambientais não enseja violação *prima facie* ao direito da OMC.

Palavras-chave: Organização Mundial do Comércio. Métodos e Processos Produtivos. Comércio Internacional. Meio Ambiente.

## ABSTRACT

International trade law does not conventionally differentiate regular products from those produced in a more sustainable manner, which makes unilateral international commerce regulations created in order to privilege the latter to be controversial under international law. Bearing this issue in mind, this work examines the compatibility of the legal system of the World Trade Organization (WTO) with measures that restrict international trade based on environmental process and production methods (PPMs), especially those that leave no physical traces (are not incorporated) in the final product. To make this assessment, this work initially sets out the historical and normative foundations of the organization, and analyses the main objectives of the WTO as well as the legal framework of international trade that is established by it. It then exposes with details the concept of PPMs and the reasons that make trade restrictions based on environmental PPMs controversial under international trade law, confronting the pertinent provisions of the WTO with the use of such regulation. Finally, taking this theoretical and legal analysis, two paradigmatic cases related to the subject matter (*US – Shrimp* and *US – Tuna II*) are described, studied and confronted with the conclusions of the previous chapters. This academic exercise is accomplished through the assessment and reasoning of the WTO legal texts, its pertinent case law and doctrinary work on the issue. Considering all raised issues, this work concludes that the regulation of measures based on environmental PPMs does not imply a *prima facie* violation of WTO law.

Keywords: World Trade Organization. Process and Production Methods. International Trade Law. Environment.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 OS FUNDAMENTOS DO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO E A OMC</b> .....	15
2.1 SISTEMA GATT/OMC: FUNDAMENTOS BASILARES .....	19
2.1.1 Cláusula da Nação Mais Favorecida (NMF) .....	20
2.1.2 Tratamento Nacional (TN) .....	23
2.1.3 “Produtos similares” .....	26
2.1.4 Barreiras não tarifárias ao comércio .....	29
2.1.5 Exceções Gerais .....	31
2.2 FONTES DO SISTEMA OMC.....	33
2.2.1 A OMC como um “regime autocontido”? .....	34
<b>3 A PROBLEMÁTICA DAS MEDIDAS REGULATÓRIAS DE COMÉRCIO BASEADAS EM PPMs E O DIREITO DA OMC</b> .....	43
3.1 MÉTODOS DE PROCESSO E PRODUÇÃO (PPMS): DEFINIÇÃO, RELEVÂNCIA E CLASSIFICAÇÃO .....	43
3.1.1 A implicação dos PPMs no produto final e a classificação <i>pr-PPM / npr-PPM</i> .....	45
3.1.2 As medidas PPMs ambientais e sua problemática .....	48
3.2 PPMs AMBIENTAIS: (IN)CONSISTÊNCIAS COM O SISTEMA .....	50
3.2.1 PPMs, as cláusulas de não discriminação e o conceito de <i>produto similar</i> .....	55
3.2.2 PPMs e a proibição às Restrições Quantitativas (Artigo XI).....	65
3.2.3 PPMs e as Exceções Gerais do Artigo XX.....	66
3.3 OS ACORDOS TBT E SPS.....	71
3.3.1 Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT).....	73
3.3.2 Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS) .....	79
<b>4 O CONTENCIOSO DA OMC E AS MEDIDAS BASEADAS EM PPMs AMBIENTAIS</b> ..	81
4.1 O MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC (MSC/OMC).....	81
4.2 O CASO <i>US – SHRIMP</i> .....	83
4.2.1 Relatório do Painel .....	88
4.2.2 Relatório do Órgão de Apelação.....	90
4.3 O CASO <i>US – TUNA II</i> .....	94
4.3.1 Relatório do Painel .....	101
4.3.2 Relatório do Órgão de Apelação.....	104
4.4 CONSIDERAÇÕES ARTICULADAS.....	107
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	115
<b>6 REFERÊNCIAS</b> .....	119



## 1 INTRODUÇÃO

Não obstante ser verdade as noções de economia e proteção ambiental possuem escopos aparentemente antagônicos, é também verdade que a busca pelo desenvolvimento sustentável perpassa os dois âmbitos. A produção de bens de consumo e a sua comercialização está intrinsecamente relacionada à utilização de recursos naturais. Paralelamente, tais recursos naturais, mesmo aqueles considerados como renováveis, são exauríveis, de modo que a sua utilização reverbera diretamente no ecossistema. Emerge dessa leitura que o modo de apropriação de recursos naturais e seu impacto ambiental como um todo estão estritamente relacionados ao futuro do desenvolvimento econômico; é corolário dessa análise que o conceito de *desenvolvimento sustentável* como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”<sup>1</sup>.

A ideia de *desenvolvimento* está estritamente relacionada a comércio mundial, por meio da intensificação das trocas de produtos, serviços e pessoas e da dinamização das relações entre Estados e indivíduos. Assim, coliga-se a ponte entre desenvolvimento sustentável e o papel da Organização Mundial do Comércio (OMC), a instituição internacional cuja função, por excelência, é promover a liberalização do comércio.

É com a inspiração (acadêmica) de conciliar a proteção ambiental e o comércio internacional que o presente trabalho analisa – sem, contudo, a ambição de exaurir – um dos temas centrais da harmonização entre esses extremos aparentemente opostos: os Métodos de Processo e Produção ambientais (ou, doravante, PPMs) e a sua relação com o aparato regulamentador da OMC.

Os PPMs referem-se, na definição da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), à “forma pela qual produtos são manufaturados ou processados e recursos naturais são extraídos ou cultivados”<sup>2</sup>. A questão que emerge, num sistema de comércio internacional que visa precipuamente à mitigação de quaisquer tipos de barreiras à livre circulação de mercadorias (particularmente aquelas discriminatórias e injustificadas), é a compatibilidade de medidas que restrinjam o comércio internacional com base em critérios que diferenciam produtos por seu impacto ambiental. Não há, na acepção tradicional do livre comércio (a qual se exterioriza particularmente pelas disposições do

---

<sup>1</sup> COMISSÃO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991.

<sup>2</sup> “The term PPMs refers to processes and production methods and is defined as the way in which products are manufactured or processed and natural resources extracted or harvested” (OCDE, 1997, p. 7).

GATT/94 – a primeira compilação de ditames normativos amplamente aceita pela comunidade internacional, e cuja redação originária é datada de 1947), espaço para uma tal diferenciação. O conceito de *produtos similares*, conforme tradicionalmente analisado pelo sistema de solução de controvérsias da OMC, não abarca a forma como um produto é cultivado ou manufaturado.

O presente trabalho analisa, diante desses elementos, a questão dos PPMs e, juridicamente, problematiza: medidas restritivas de comércio baseadas em PPMs ambientais são compatíveis com o sistema normativo do sistema de liberalização do comércio instituído pela Organização Mundial do Comércio? Em outras palavras, averigua-se se é possível a implementação de regulamentações de comércio internacional que visem à proteção ambiental com base na restrição de importação de produtos cuja produção tenha sido efetivada de forma mais nociva ao meio ambiente.

A única disposição do GATT/47, texto que se tornou fundamental para a OMC, acerca do meio ambiente encontra-se prevista nas Exceções Gerais ao sistema do Artigo XX, particularmente em suas alíneas (b) e (g). Ou seja, a proteção ao meio ambiente escusa, em tese, todas as disposições do acordo. Tal disposição evidencia a concepção, presente no contexto à época de sua elaboração, de que proteção ambiental e livre comércio são antagônicos, de modo tal que é a esse recurso que os Estados recorrem quando instados a justificar barreiras ilícitas ao comércio que de alguma forma se relacionam com recursos naturais ou proteção dos animais e vegetais.

Ademais, o texto impreciso do Artigo XX reflete a ampla margem que as alíneas do mesmo Artigo precisam deixar para a possibilidade de aplicação de um dispositivo que trata de *exceções gerais*. De fato, não há qualquer detalhamento nesse dispositivo, de modo que o próprio conceito de “recursos naturais esgotáveis” trazido pela alínea (g) já foi posto à prova no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Contudo, essa vagueza não se restringe ao texto de um Acordo confeccionado há quase 70 anos; a ausência de disposições protetivas ao meio ambiente é uma constante (compreensível) no arcabouço normativo de uma instituição promotora da liberalização do comércio internacional.

Paralelamente, o debate acerca da proteção internacional do meio ambiente se intensifica, ainda que lentamente e sem grandes reflexos efetivos na comunidade internacional. Ao mesmo tempo em que acordos supostamente vinculantes, a exemplo do Protocolo de Kyoto, implantado em 1997 e cujo objetivo é a redução de metas de redução de gases nocivos à camada de ozônio, não atingem suas metas à evidência, os Estados assumem

gradativamente mais compromissos internacionalmente. Exemplo disso é a crescente participação dos Estados em Conferências ambientais promovidas pela ONU<sup>3</sup>, tendo a Rio+20, realizada em 2012, reunido todos os 193 membros da ONU.

Tendo isso em mente, parte-se da ideia de que, após quatro Conferências Ambientais das Nações Unidas (recebidas amplamente pela comunidade internacional), após a instituição do respeito ao meio ambiente como um dos objetivos do milênio, e após mesmo a positivação da “utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo de um desenvolvimento sustentável”<sup>4</sup> no preâmbulo do Acordo Constitutivo da OMC, os rumos delineados em 1947 em busca da liberalização do comércio internacional tomaram outros vieses.

A busca pela resposta à questão proposta no presente trabalho é realizada através do método dedutivo, com o estudo, principalmente, dos textos normativos que circundam o tema e do arcabouço jurisprudencial do sistema de solução de controvérsias da OMC (que, particularmente no âmbito dessa instituição, possui fundamental relevância, conferindo significação a diversos conceitos introduzidos pelos seus acordos). Não obstante o foco essencial nas normativas e no corpo de decisões relativo ao GATT/OMC, especial atenção será igualmente prestada aos comentadores acadêmicos da questão a fim de verificar de que maneira o problema é analisado doutrinariamente.

No Capítulo 2, far-se-á um breve esboço do desenvolvimento desse complexo sistema de normas, desde o momento da concepção das ideias de liberalização do comércio internacional até a criação da Organização Mundial do Comércio, com o seu amplo arcabouço normativo e um sistema de solução de controvérsias singular no direito internacional. O objetivo dessa leitura será compreender o desenvolvimento do sistema da OMC para em seguida adentrar-se em seus fundamentos.

Em seguida, serão enumerados e explanados quais os fundamentos do sistema OMC a que se refere este trabalho, e que serão confrontados com a problemática dos PPMs ambientais.

---

<sup>3</sup> A Primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente (Estocolmo, 1972) reuniu representantes de 113 Estados membros das Nações Unidas (fonte: <http://legal.un.org/avl/ha/dunche/dunche.html>, acesso em 27.03.2014), a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992) reuniu 172 governos participantes (fonte: <http://www.un.org/geninfo/bp/enviro.html>) e a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (a Rio+20, Rio de Janeiro, 2012) reuniu todos os 193 membros das Nações Unidas (fonte: [http://www.un.org/en/sustainablefuture/pdf/rio20%20concludes\\_press%20release.pdf](http://www.un.org/en/sustainablefuture/pdf/rio20%20concludes_press%20release.pdf), acesso em 27.03.2015).

<sup>4</sup> MDIC, Acordo Constitutivo da OMC.

Necessário ainda se faz, nesse capítulo, delinear as fontes do sistema OMC, já que, como referido, trata-se de um aparelho complexo, que conta com um amplo aparato normativo, e que por vezes é referido como um sistema autocontido. O objetivo será o de verificar até que ponto, de fato, pode-se ter na OMC efetivamente um sistema que seja regido pelas suas próprias regulamentações, ainda que seus sujeitos estejam vinculados também por outras obrigações de direito internacional.

O Capítulo 3 adentra propriamente no debate das PPMs. Inicialmente, estabelece-se seu conceito, as suas classificações e a relevância dessa discussão. A partir disso, e reportando-se aos fundamentos basilares explanados no Capítulo 2, confronta-se a problemática dos PPMs de cunho ambiental com aqueles preceitos. Serão examinados ainda acordos específicos da OMC que envolvem a questão, particularmente o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (*Agreement on Technical Barriers to Trade – TBT*).

No Capítulo 4, far-se-á uma análise das decisões judiciais paradigmáticas com relação ao tema, quais sejam os casos *US – Shrimp* e *US – Tuna II*. Não obstante não terem esses casos colocado fim à discussão, a sua importância para o debate está em terem abordado o problema, e demonstrarem, ainda que indiretamente, a leitura do Órgão de Apelação sobre a aplicação de medidas relativas a PPMs pela proteção ambiental como restrição ao comércio internacional.

Assim sendo, partindo-se dos pressupostos acima delineados, o presente trabalho busca demonstrar, ao investigar a questão formulada, a possibilidade de conciliação de medidas restritivas ao comércio que visem à proteção ambiental com o sistema multilateral de comércio internacional. Para tanto, buscou-se realizar uma análise que perpassasse a mera teoria, combinando a pesquisa bibliográfica, a interpretação das normas internacionais dentro e fora da OMC e a aplicação dos institutos em discussão pelo órgão jurisdicional da instituição, a fim de se vislumbrar, com essa leitura e análise sistêmica, a resposta para o problema ora colocado.

Finalmente, cabe acrescentar uma observação metodológica quanto ao sistema de referências utilizado por este trabalho. Serão observadas as determinações da Associação Brasileira de Normas Técnicas, utilizando-se o sistema autor-data descrito pela norma NBR 10520, que permite a adição de notas de rodapé explicativas. Contudo, visando a uma maior limpeza textual, as referências do sistema autor-data constarão em notas de rodapé após as respectivas citações. Ademais, todas as traduções livres realizadas pela autora desta monografia estão acompanhadas do texto original, também apresentado em notas de rodapé.



## 2 OS FUNDAMENTOS DO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO E A OMC

O comércio internacional é regido, em boa proporção, pelo sistema normativo consolidado pela OMC. Nas palavras de Van den Bossche, “o direito da Organização Mundial do Comércio é atualmente o esforço mais ambicioso para controlar e regulamentar o comércio internacional”<sup>5</sup>. Contudo, a OMC, embora estabelecida em 1995, encontra origens em momento bastante anterior: seus princípios basilares foram acordados pelo sistema instituído pelo Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade*), em 1947, e desenvolvidos até a instituição daquela organização internacional.

Assim sendo, a consolidação do atual sistema multilateral de comércio internacional foi uma construção histórica e gradual, que remonta à regulamentação das relações comerciais posteriores à Segunda Guerra Mundial. Por não ser o objetivo do presente trabalho, não será abordado com especial detalhamento o desenvolver histórico do direito comercial internacional. Contudo, é necessário traçar um esboço breve de algumas dessas etapas para uma melhor compreensão sistêmica do atual modelo, particularmente da instituição do já referido GATT/47, o qual configura o embrião da atual OMC.

Ao final da Segunda Guerra Mundial, observou-se um movimento que buscava a liberalização do comércio internacional, em combate ao sistema protecionista então vigente em âmbito mundial. Em 1944, a realização da Conferência de Bretton Woods marcou uma nova perspectiva do direito do comércio internacional. Dos acordos realizados naquela ocasião surgiram duas instituições internacionais: o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o grupo do Banco Mundial<sup>6</sup>. Além dessas duas entidades, surgiu, durante a Conferência de Havana (1947-1948) o projeto de construção da Organização do Comércio Internacional (ITO – *International Trade Organization*), que constituiria uma terceira instituição e iria unir-se ao FMI e ao Banco Mundial (já que as duas primeiras instituições estavam ligadas ao sistema

---

<sup>5</sup> No original: “The law of the World Trade Organization is currently the most ambitious effort to manage and regulate international trade”. VAN DEN BOSSCHE, 2005, p. 2.

<sup>6</sup> Composto primordialmente por duas organizações (o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD) e a Associação Internacional de Desenvolvimento (IAD). Ademais, três outros órgãos fazem parte de sua estrutura: a Sociedade Financeira Internacional (SFI), a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA) e o Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID). Cf: <<http://www.worldbank.org/en/about>>. Acesso em 15/09/2014.

financeiro internacional), buscando a gradual solidificação de um sistema regulatório a fim de mitigar as barreiras ao comércio internacional<sup>7</sup>.

A ITO administraria a chamada Carta de Havana<sup>8</sup>, a qual dispunha amplamente sobre o sistema regulatório de comércio internacional e que visava à redução de tarifas, quotas e preferências, além de disciplinar outros mecanismos de regulação ao comércio, inclusive com a previsão de um sistema de solução pacífica de controvérsias<sup>9</sup>.

Concomitantemente, em Nova Iorque, ocorria outro movimento que buscava o livre comércio internacional<sup>10</sup>. Ali surgia o GATT (Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio<sup>11</sup>), negociado entre 23 países (dentre os quais figurava o Brasil) em 1947, tendo entrado em vigor em 1948, e que vigeria até o efetivo funcionamento da Carta de Havana<sup>12</sup>. Esse acordo foi articulado principalmente pelos Estados Unidos, e tinha por objetivo a redução recíproca de tarifas comerciais<sup>13</sup>. Contudo, pelo fato de ter sido acordado para uma posterior integração à ITO, as disposições do GATT eram de certa maneira limitadas.

Ocorre que, apesar da efetivação do Banco Mundial e do FMI, a ITO não logrou êxito em sua constituição<sup>14</sup>, pois (como não é estranho à história das organizações internacionais) o Congresso estadunidense não aprovou a Carta de Havana<sup>15</sup>. Assim, diz-se que o GATT nasceu como uma “medida provisória”<sup>16</sup>, cujas disposições deveriam vigor somente até a entrada em funcionamento da ITO<sup>17</sup>, mas que acabou por tornar-se o aparelho normativo primordial do comércio internacional até a fundação da OMC, quando por esta foi incorporado. Essa limitação das disposições do GATT servem, em parte, a explicar algumas problemáticas textuais que serão abordadas ao longo deste trabalho.

---

<sup>7</sup> DAL RI JR, 2004, p. 121.

<sup>8</sup> A Carta de Havana foi o resultado de negociações sucessivas entre Estados Unidos e Grã-Bretanha, que dispunha um projeto para a criação da ITO (NARLIKAR, 2005, p. 10). Sobre a Carta de Havana e alguns de seus problemas, inclusive relacionados às negociações entre os signatários, cf. NARLIKAR, 2005, pp. 10-14.

<sup>9</sup> VANGRASSTEK, 2013, pp. 43-44.

<sup>10</sup> HOEKMAN E MAVROIDIS, 2007, p. 7.

<sup>11</sup> Do inglês *General Agreement on Tariffs and Trade*.

<sup>12</sup> HOEKMAN E MAVROIDIS, 2007, p. 8.

<sup>13</sup> STOLL E SCHORKOPF, 2007, p. 12.

<sup>14</sup> DAL RI Jr. aponta “três fatores estruturais que concorreram para o insucesso da iniciativa: a) a mudança da situação mundial entre 1945 e 1960; b) a mudança da situação política nos Estados Unidos no final da década de quarenta; e c) os “defeitos” da Carta, que provocaram a ferrenha oposição de setores da economia norte-americana”. A partir disso, “[o] fato de o governo norte-americano ter retirado apoio à iniciativa representou o fim de qualquer possibilidade de sobrevivência do projeto da Carta de Havana e da Organização Internacional do Comércio. Sem a colaboração dos Estados Unidos, maior financiador do projeto e já naquela época responsável por grande parte dos fluxos comerciais internacionais, seria impensável levar adiante um projeto daquelas dimensões”. Cf. DAL RI JÚNIOR, 2004, p. 127 e pp. 128-129.

<sup>15</sup> VANGRASSTEK, 2013, p. 44.

<sup>16</sup> DAL RI JR., 2004, p. 135.

<sup>17</sup> O Art. XXIX.2 do GATT/47 previa: “A aplicação de Parte II [Artigo III ao Artigo XXIV] deste Acordo será suspensa no dia em que a Carta de Havana entrar em vigor” (MDIC, GATT/47).

O sistema GATT inaugurou ainda uma sucessão de rodadas de negociação<sup>18</sup> entre diversos países<sup>19</sup>, as quais buscavam precisamente delimitar as novas perspectivas referentes ao já descrito movimento de liberalização do comércio internacional. A primeira delas, em 1947, Genebra, e tinha por objetivo primordial, assim como as quatro rodadas subsequentes, a redução ou eliminação de tarifas alfandegárias em prol da circulação de bens. De 1964 em diante (Rodada Kennedy), as negociações também passaram a abranger tópicos relativos a barreiras não tarifárias. Esses novos objetivos deram azo à busca por um sistema mais complexo do que o texto do GATT, o qual não dispunha de arcabouço satisfatório para a diminuição desses outros obstáculos<sup>20</sup>. Os novos acordos concluídos no bojo dessas negociações, contudo, eram obrigações à parte do GATT<sup>21</sup>.

O apogeu dessas rodadas de negociação se deu com a Rodada do Uruguai, a qual, originalmente programada para durar quatro anos, foi de setembro de 1986 a dezembro de 1993<sup>22</sup>. Essa rodada havia sido concebida com o intento de negociações mais abrangentes, e dentre suas grandes inovações está o início de discussões relativas também ao comércio de serviços (além dos já discutidos temas sobre comércio de produtos de agricultura, têxteis e vestimentas)<sup>23</sup>. Nessa rodada estabeleceu-se também o GATT/94, em substituição ao GATT/47, o qual adicionou alguns instrumentos legais ao texto e implementou também uma série de decisões tomadas pelas suas partes contratantes<sup>24</sup>, mas não modificou suas provisões. Assim, o texto permaneceu praticamente inalterado em relação à versão de 1947.

Uma particular inovação da Rodada do Uruguai foi ainda que todos os acordos concluídos nas negociações até o momento foram unificados em um “pacote”, que poderia ser aceito ou recusado apenas em sua inteireza<sup>25</sup>, e não mais individualmente como anteriormente.

---

<sup>18</sup> Tais foram as rodadas: Genebra (1947), Annecy (1949), Torquay (1951), Dillon Round (1960-1961), Kennedy Round (1964-1967), Tokyo Round (1973-1979) e Uruguay Round (1986-1994).

<sup>19</sup> Na primeira rodada, em 1947, 23 países estavam presentes. O sistema foi ganhando gradual apoio e participação internacional, sendo que a atual Rodada de Doha, inaugurada em 2001, conta com mais de 150 participantes. HOEKMAN E MAVROIDIS, 2007, p. 9.

<sup>20</sup> VAN DEN BOSSCHE, 2005, p. 82. O autor ressalta ainda: “In spite of its scant institutional framework, the GATT was very successful in reducing tariffs on trade in goods, in particular on industrial goods from developed countries. In eight negotiating rounds between 1947 and 1994, the average level of tariffs of developed countries on industrial products was brought down from over 40 per cent to less than 4 per cent” (p. 81-82).

<sup>21</sup> STOLL E SCHORKOPF, 2006, p. 13.

<sup>22</sup> VANGRASSTEK, 2013, p. 45.

<sup>23</sup> HOEKMAN E MAVROIDIS, 2007, p. 12.

<sup>24</sup> IRWIN, MAVROIDIS E SYKES, 2008, p. 103 e 119. Essa distinção está inclusive positivada pelo Acordo Constitutivo da OMC, em seu Artigo II.4.

<sup>25</sup> STOLL E SCHORKOPF, 2006, p. 13.

Finalmente, excedendo as expectativas da rodada (que já não eram modestas), o *round* culminou com a instituição da Organização Mundial do Comércio, em um processo de acordos entre os países negociadores que durou de 1990 (quando o Canadá formalmente sugeriu a instituição de uma organização) a 1993 (quando os Estados Unidos, que apresentavam maior relutância ao projeto, aceitaram-no finalmente)<sup>26</sup>.

A OMC, uma vez constituída, apossou-se do pacote de acordos que haviam se unificado ao sistema GATT, institucionalizando-o definitivamente. De fato, uma das grandes diferenças do GATT/47 e o sistema da OMC, conforme anotam Hoekman e Mavroidis, é justamente o aspecto estrutural que a organização recebeu, uma vez que fazer parte da OMC significa a aceitação de todas as provisões de seus Acordos Multilaterais, enquanto no sistema GATT cada membro decidia de quais provisões e acordos abrangidos participaria<sup>27</sup>.

O Acordo Constitutivo da OMC traz consigo uma lista de quatro anexos, os quais configuram as obrigações e direitos dos seus membros<sup>28</sup>. O Anexo 1 enumera os Acordos de Comércio Multilaterais (relativos à comercialização de bens, de serviços e relativos à propriedade intelectual), enquanto o Anexo 4 traz os Acordos de Comércio Plurilaterais<sup>29</sup>.

O Anexo 2 traz o Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos Sobre Solução de Controvérsias (o ESC), que dispõe questões procedimentais relativas ao mecanismo de solução de controvérsias do sistema (MSC).

Finalmente, o Anexo 3 consolida o Mecanismo de Exame de Políticas Comerciais, que estabelece as normas procedimentais para a notificação e a supervisão das políticas e normas comerciais de cada um dos membros da Organização<sup>30</sup>.

O GATT/47 possuía seu próprio mecanismo de resolução de controvérsias, baseado na formação de grupos especiais (painéis), cujo esqueleto basilar permanece no âmbito da OMC<sup>31</sup>. Também na Rodada do Uruguai, esse mecanismo foi aprimorado e institucionalizado, particularmente no tocante ao poder de vinculação dos *reports* pelo sistema do consenso negativo e à instituição de um Órgão de Apelação fixo (OAp)<sup>32</sup>.

---

<sup>26</sup> O histórico de consolidação desse projeto na Rodada do Uruguai é descrito com clareza por Van Den Bossche (2005, pp. 83- 85).

<sup>27</sup> HOEKMAN E MAVROIDIS, 2007, p. 29.

<sup>28</sup> HOEKMAN E MAVROIDIS, 2007, p. 20.

<sup>29</sup> Acordos *multilaterais* é o termo utilizado em contraposição a acordos *plurilaterais*, também no âmbito da OMC, cuja aceitação pelos membros é facultativa. Cf. Artigo II.3 do Acordo Constitutivo da OMC.

<sup>30</sup> VAN DEN BOSSCHE, 2005, pp. 94 e ss.

<sup>31</sup> VANGRASSTEK, 2013, pp. 60-61.

<sup>32</sup> No sistema anterior, as decisões dos painéis só seriam adotadas na ausência de manifestação contrária expressa de qualquer dos signatários do Acordo. Após a instituição da OMC, o consenso negativo instaurou um sistema em que as decisões só não são adotadas se todos os países manifestam expressamente sua contrariedade. Conforme Hoek e Mavroidis: “Under the WTO, it is virtually impossible to block the formation of dispute

Atualmente, a OMC está consolidada como a principal organização a lidar com normas de mercado internacional entre Estados<sup>33</sup>, dispondo do já referido robusto aparato normativo, de um eficaz mecanismo de resolução de litígios<sup>34</sup> e supervisão de políticas de comércio internacional. Além disso, a organização também suplantou as negociações do GATT, dando continuidade às rodadas de negociações e tornando-se o próprio foro para a sua consecução.

## 2.1 SISTEMA GATT/OMC: FUNDAMENTOS BASILARES

O desenvolvimento desse sistema de normas de comércio internacional fundamenta-se em algumas regras primordiais, as quais nortearam (e norteiam) as disposições do texto do GATT, bem como os específicos acordos multilaterais sobre comércio de bens e serviços dentro do sistema.

As origens de alguns desses princípios de comércio internacional datam de séculos atrás, tendo sido originalmente aplicados em acordos bilaterais entre Estados que buscavam a expansão de suas fronteiras em termos de comércio internacional. Conforme anota Dal Ri Júnior, verifica-se a existência de diversos tratados de comércio internacional firmados já a partir do final do século XVIII, alguns dos quais, inclusive, difundiram instrumentos baseados no que atualmente se nomeia de cláusula da Nação-Mais-Favorecida, ou NMF<sup>35</sup>. Esses conceitos foram sendo adaptados com a gradual modificação do direito internacional econômico, e hoje são os pilares da OMC.

Ainda que pareça contraditório em um primeiro momento, o grande número e a especialização das normas da OMC visam justamente à máxima liberalização do comércio e diminuição de barreiras tarifárias e não tarifárias, e é precisamente essa lógica que respalda todo o sistema. Nesse sentido, Stoll e Schorkopf anotam que o próprio preâmbulo do Acordo

---

settlement panels, the adoption of panel reports and the authorization to retaliate, whereas this was possible under the GATT” (2007, p. 29). A jurisprudência do sistema anterior, contudo, continuou a ser referida pelos novos casos trazidos no sistema de solução de controvérsias da OMC.

<sup>33</sup> Fonte: <[http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/inbrief\\_e/inbr00\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/inbrief_e/inbr00_e.htm)>. Acesso em 23.09.2014.

<sup>34</sup> Cameron e Gray comentam brevemente elementos para a eficácia do sistema de resolução de litígios da OMC e a sua credibilidade (2001, pp. 249 e ss.).

<sup>35</sup> DAL RI JÚNIOR, 2004, pp. 95-113.

Constitutivo da OMC não trata expressamente de livre comércio, mas sim de *liberalização* do comércio internacional por meio da reciprocidade<sup>36</sup>.

Assim, a pedra fundamental do sistema de liberalização do comércio internacional é o princípio de não discriminação, que, no contexto da OMC, subdivide-se em duas obrigações, a serem explicadas abaixo com maior detalhamento: a obrigação do tratamento da Nação-Mais-Favorecida (NMF) e a obrigação do Tratamento Nacional (TN). Todas as demais normas do sistema guiam-se pela lógica de mitigação máxima de barreiras ao comércio, consubstanciada na ideia de não discriminação tanto na relação de mercado interno-mercado externo, quanto entre os demais países membros da Organização<sup>37</sup>.

Assim sendo, procede-se inicialmente à elucidação das cláusulas NMF e TN, para em seguida abordarem-se os demais princípios relevantes a este trabalho.

### **2.1.1. Cláusula da Nação Mais Favorecida (NMF)**

A cláusula da Nação-Mais-Favorecida (NMF) é um dos pilares do direito da OMC<sup>38</sup>, ao impor o tratamento igualitário entre todos os membros do GATT com relação ao acesso a um mercado<sup>39</sup>. De igual maneira, essa cláusula é fundamental para as concessões recíprocas que devem ser acordadas entre os membros da OMC, ao garantir tratamento homogêneo entre os diversos países negociantes<sup>40</sup>.

Em síntese, a cláusula NMF tem por objetivo eliminar qualquer tratamento diferencial entre membros da OMC com relação a uma mercadoria de mesmo caráter. Se

---

<sup>36</sup> 2005, pp. 35 e 44. Os autores consideram ainda que a busca eliminação da discriminação de tratamento entre países demonstra justamente essa distinção, uma vez que as obrigações de não discriminar aplicam-se independentemente da existência de obrigações de liberalização em um determinado setor.

<sup>37</sup> Nesse sentido, Horn e Mavroidis corroboram: “Indeed, from a legal perspective, the GATT/WTO is basically an agreement on nondiscrimination, with significant exemptions allowed in the form of Preferential Trading Agreements (PTAs), and contingent protection, for instance” (2001, p. 233).

<sup>38</sup> Para Van Den Bossche, “The MFN treatment obligation is the single most important rule in WTO law. Without this rule the multilateral trading system could and would not exist” (2005, p. 40).

<sup>39</sup> A cláusula NMF não foi apenas estabelecida a partir da conclusão do GATT/47. Suas origens datam do século XII, e sua emergência se deu com a consolidação do comércio internacional nos séculos XV e XVI (JACKSON, DAVEY E SYKES, 1995, p. 440), de modo tal que a sua previsão na maior parte dos tratados comerciais franceses estimulou fortemente o livre comércio em parte do século XIX (TREBILCOCK E HOWSE, 2001, p. 18). Para Dal Ri Júnior: “Somente a partir do século XVIII e preponderantemente no século XIX que a cláusula da Nação-Mais-Favorecida passou a desempenhar um papel central no direito do comércio internacional. Contribuíram amplamente para este fenômeno os tratados de comércio firmados a partir do final do século XVIII, quando a cláusula passou a ter uma difusão generalizada. Durante o século XIX, foram as profundas transformações econômicas e sociais determinadas pela revolução industrial a fazer de tal cláusula um dos instrumentos fundamentais para a grande expansão do comércio internacional” (DAL RI JÚNIOR, 2004, p. 106). Ademais, a cláusula NMF está presente também em outros campos do direito internacional econômico, como no direito dos investimentos (STOLL E SCHORKOPF, 2006, p. 49)

<sup>40</sup> STOLL E SCHORKOPF, 2006, p. 51.

algum tipo de vantagem é acordado entre os países A e B com relação a um produto X, todos os demais países contratantes terão direito à mesma vantagem. Essa vantagem se dá particularmente no tocante a encargos e direitos aduaneiros<sup>41</sup>, especialmente no contexto do GATT/94, mas não se restringe a tratamentos tarifários.

Logicamente, essa norma é uma via de mão dupla, e se algum país acredita estar recebendo um tratamento desfavorável em relação a outro, também irá invocar a afronta à NMF.

Assim dispõe o Artigo I.1 do GATT, o qual consolida a cláusula NMF no contexto do comércio de produtos:

Qualquer vantagem, favor, imunidade ou privilégio concedido por uma Parte Contratante em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produtor similar, originário do território de cada uma das outras Partes Contratantes ou ao mesmo destinado. Este dispositivo se refere aos direitos aduaneiros e encargos de toda a natureza que gravem a importação ou a exportação, ou a elas se relacionem, aos que recaiam sobre as transferências internacionais de fundos para pagamento de importações e exportações, digam respeito ao método de arrecadação desses direitos e encargos ou ao conjunto de regulamentos ou formalidades estabelecidos em conexão com a importação e exportação bem como aos assuntos incluídos nos §§ 2 e 4 do art. III.<sup>42</sup>

Cumprido ressaltar que, embora o dispositivo acima transcrito esteja inserido no contexto do GATT, as cláusulas de não discriminação também figuram em outros textos que foram incorporados pelo Sistema OMC, tais como o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS), o Acordo Sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT), dentre outros. Isso é reflexo justamente do fato de que tais princípios, como mencionado anteriormente, fundamentam a lógica do sistema como um todo.

Algumas exceções são possíveis, tais como um tratado de livre comércio que estabeleça tratamento favorável apenas a seus membros ou a concessão de tratamento favorável a países em desenvolvimento. No entanto, essas e outras exceções têm previsão bastante estrita<sup>43</sup>.

Em *Canada - Autos*, o Órgão de Apelação do Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC (OAp) esclareceu que o intuito desse artigo é “proibir a discriminação entre produtos similares originados de ou destinados a países distintos”<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Cf. Artigo II.2 do GATT/94.

<sup>42</sup> MDIC, GATT/47.

<sup>43</sup> Fonte: <[http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/fact2\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm)>. Acesso em 01/09/2014. Cf. ainda STOLL E SCHORKOPF, 2006, p. 52.

<sup>44</sup> No original: “is to prohibit discrimination among like products originating in or destined for different countries”. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/analytic\\_index\\_e/gatt1994\\_01\\_e.htm#fntext21](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/gatt1994_01_e.htm#fntext21)>. Acesso em 21.08.2014

Esse mesmo julgado também consignou que o tratamento não menos favorável deve ser interpretado tanto sob o âmbito *de jure* (formal) como *de facto* (de direito)<sup>45</sup>:

Ao considerar essa questão, nós observamos primeiramente que as palavras do Artigo I:1 não restringem seu escopo apenas a casos em que a falha em acordar uma “vantagem” a produtos similares a todos os outros Membros seja evidente à medida, ou possa ser demonstrada na base das palavras da medida. Nem as palavras “de jure” nem “de facto” aparecem no Artigo I:1. Ainda assim, nós observamos que o Artigo I:1 não cobre apenas a discriminação jurídica, ou “de jure”. Como diversos painéis do sistema GATT confirmaram, Artigo I:1 cobre também a discriminação material, ou “de facto”.<sup>46</sup>

Essa interpretação tem por escopo evitar que medidas que não sejam explicitamente discriminatórias quanto à origem dos produtos, mas que possam ter por consequência prática da aplicação da medida em si uma discriminação relativa à origem, não recaiam sobre a aplicabilidade da cláusula NMF. No caso *Canada – Autos*, Mota explica:

embora as medidas não impusessem, à primeira vista, qualquer restrição formal quanto à origem do veículo automóvel importado, a limitação a determinados importadores da possibilidade de beneficiar da isenção de direitos aduaneiros, conjugada com o fato de o comércio de produtos da indústria se efetuar frequentemente entre empresas do mesmo grupo, implicava que a isenção do pagamento de direitos aduaneiros aplicada pelo Canadá iria beneficiar, muito provavelmente, as importações originárias dos EUA<sup>47</sup>.

Outro exemplo de afronta à cláusula NMF por discriminação *de facto* pode ser encontrado no caso *US - Gasoline*<sup>48</sup>, em que os Estados Unidos impuseram critérios para a importação de gasolina com base em padrões de produção das refinarias que tinham sido estabelecidos num determinado período de tempo (o ano de 1990). Assim, conforme o painel entendeu, “um importador que obedecesse aos critérios depois dessa data não poderia invocar a regra [de importação mais favorável]” e, portanto, “a regra poderia apenas beneficiar alguns países cujas refinarias locais as companhias estadunidenses tivessem investido antes de 1990”<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> MOTA, 2005, p. 115.

<sup>46</sup> Do original: “In approaching this question, we observe first that the words of Article I:1 do not restrict its scope only to cases in which the failure to accord an “advantage” to like products of all other Members appears on the face of the measure, or can be demonstrated on the basis of the words of the measure. Neither the words “de jure” nor “de facto” appear in Article I:1. Nevertheless, we observe that Article I:1 does not cover only “in law”, or de jure, discrimination. As several GATT panel reports confirmed, Article I:1 covers also “in fact”, or de facto, discrimination” (WT/DS139/AB/R, pp. 25-16, para. 78).

<sup>47</sup> MOTA, 2005, p. 115.

<sup>48</sup> Abreviação de *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*.

<sup>49</sup> Do original: “Regarding the 75 % Rule, the EC argued that the fact it was based on objective criteria, as argued by the United States, was not sufficient to avoid discrimination in the present case. A de facto discrimination in the application of the most-favoured-nation principle was possible, as the criteria used to grant that treatment were based on the situation in 1990. An importer meeting the required criteria after that date could not have invoked it. Hence, the Rule could only benefit certain countries where US companies had invested in local refiners before 1990. As acknowledged by the United States, this could have included Canada, where certain US companies owned refineries at that time. However, this could not have benefitted production of refiners located in countries where, for instance, the petroleum industry was mostly, if not exclusively, owned by

Em síntese, é proeminente a necessidade de que a regulação não seja voltada a privilegiar um país ou grupo de países em detrimento de outros, ainda que essa discriminação não seja explicitamente consignada pela medida em si. Na prática, essa questão pode trazer alguns problemas, por não ser tão evidente a determinação dos reais objetivos de uma medida, se discriminatória ou não. É possível que uma imposição tarifária não seja voltada a privilegiar um membro em detrimento de outro, mas a sua aplicabilidade prática acabe por ensejar essa diferenciação. Apenas no caso concreto poder-se-á averiguar em que medida efetivamente existe ou inexistente uma medida discriminatória quanto à origem, e se há afronta à NMF.

Da leitura do dispositivo do Artigo I.1, extraem-se três elementos a serem verificados para se analisar a conformidade de uma medida de comércio internacional e a cláusula NMF: (i) a existência de uma *vantagem* nos termos descritos pelo Artigo I.1, (ii) se os produtos em questão se tratam de *produtos similares* e (iii) se a vantagem em questão recai “imediate e incondicionalmente ao produto similar”<sup>50</sup>. Se a resposta para os dois primeiros elementos for positiva, e para o terceiro for negativa, verificar-se-á uma inconsistência da medida aduaneira com a cláusula NMF do GATT/94. A delimitação subjetiva desta provisão também merece observação: a vantagem em questão é aquela concedida *por qualquer membro a qualquer produto originado em qualquer outro país*. Portanto, irrelevante se um membro concede a vantagem a um país não membro: ele deverá conceder referida vantagem a todos os membros da OMC<sup>51</sup>.

### 2.1.2 Tratamento Nacional (TN)

A cláusula do Tratamento Nacional (TN) impede a discriminação entre os produtos similares nacionais e importados *a partir do momento em que estes ingressam no mercado doméstico* (ou seja, o dispositivo se refere às chamadas medidas internas, e não as de fronteira<sup>52</sup>). Em outras palavras, essa cláusula previne o uso de medidas internas (tarifárias ou

---

the State in 1990. Therefore, the 75 % Rule was de facto not based on objective criteria, and hence contrary to Article I of the General Agreement” (WT/DS2/R, p. 29, para. 4.5).

<sup>50</sup> VAN DEN BOSSCHE, 2005, p. 312.

<sup>51</sup> UNCTAD, 2003, p. 15 .

<sup>52</sup> Nota *Ad* ao Artigo III dispõe: “Qualquer imposto ou outros tributos internos, bem como qualquer lei, regulamento ou prescrição mencionados no § 1º que se apliquem não só ao produto importado como também ao produto nacional similar e que sejam cobrados ou exigidos no caso do produto importado no momento e no local da importação, serão não obstante considerados como taxa interna ou um outro tributo interno ou como uma lei, regulamentação ou exigências regidas no § 1º e estão conseqüentemente sujeitas às disposições do art. III”.

não) como mecanismos protecionistas, não podendo ser aplicados a produtos importados ou nacionais “de modo a proteger a produção nacional”<sup>53</sup>.

O Artigo III.1 estabelece:

**As Partes Contratantes reconhecem que os impostos e outros tributos internos, assim como leis, regulamentos e exigências** relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou utilização de produtos no mercado interno e as regulamentações sobre medidas quantitativas internas que exijam a mistura, a transformação ou utilização de produtos, em quantidade e proporções especificadas, **não devem ser aplicados a produtos importados ou nacionais, de modo a proteger a produção nacional.** (grifo nosso)<sup>54</sup>

Veja-se que tais medidas podem ser “tributos internos e outros encargos internos, leis regulamentos, e leis, regulamentos e requisitos que afetem a venda interna” e outras restrições quantitativas (Artigo III.1). É o elemento de *internalidade* que a particularmente a diferencia dos Artigos II (Lista de Concessões) e XI (Restrições Quantitativas), pois esses dois últimos artigos tratam de medidas alfandegárias, tarifárias ou não.

O que se observa da leitura dos dispositivos acima colacionados, e do restante do texto do mesmo artigo, é que não há uma vedação completa de encargos aplicados internamente. No entanto, eles não podem refletir uma forma de tratamento diferencial entre os produtos nacionais e importados, afetando a sua competitividade no mercado interno de modo a proteger a produção nacional<sup>55</sup>.

O objetivo fundamental da cláusula TN é, portanto, nas palavras do OAp:

evitar protecionismo na aplicação de taxas e medidas regulatórias internas. Mais especificamente, o objetivo do Artigo III é “assegurar que medidas internas não sejam aplicadas a produtos importados ou domésticos de modo a conferir proteção à produção interna”. Nesse sentido, o Artigo III obriga os membros da OMC a prover igualdade de condições de competição para produtos importados em relação a produtos domésticos.<sup>56</sup>

É de se observar que a natureza das cláusulas NMF e TN é bastante semelhante; contudo, elas não se confundem. Horn e Mavroidis explicam que, com relação à complementariedade da obrigação do TN em relação à NMF,

existem (pelo menos) três dimensões pelas quais a aplicabilidade dessas cláusulas pode ser comparada: o tipo de medidas em questão, o grau de similitude dos produtos em que a cláusula se aplica e a origem dos produtos que devem ser comparados. NMF é aplicada tanto para medidas internas quanto alfandegárias e,

---

(MDIC, GATT/47). Esse dispositivo esclarece que qualquer medida aplicada no momento de importação, mas que também recaia sobre um produto similar doméstico, é considerada uma medida de natureza *interna*.

<sup>53</sup> MDIC, GATT/47, Artigo III.1

<sup>54</sup> MDIC, GATT/47

<sup>55</sup> STOLL E SCHORKOPF, 2006, p. 54. Os autores lembram que a função do Artigo III do GATT/94 foi estabelecida pelo OAp no caso *Japan – Alcoholic Beverages*.

<sup>56</sup> Do original: “The broad and fundamental purpose of Article III is to avoid protectionism in the application of internal tax and regulatory measures. More specifically, the purpose of Article III “is to ensure that internal measures not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production”. Toward this end, Article III obliges Members of the WTO to provide equality of competitive conditions for imported products in relation to domestic products” (WT/DS8/AB/R, p. 17, notas de rodapé suprimidas).

nesse aspecto, sua abrangência é mais ampla que o NT, o qual se aplica apenas para medidas internas. NMF tem condições mais rígidas com relação à similitude do produto do que o NT, e, por isso, é menos aplicável, já que apenas se refere a produtos *similares*, mas também pode ser interpretada para aplicar-se no caso de bens “diretamente concorrentes ou substituíveis”. Finalmente, as duas provisões são “ortogonais” no sentido de que NMF se refere ao tratamento dado a produtos de origem externa distintos, enquanto o NT compara o tratamento dado a produtos estrangeiros com aquele dado a produtos domésticos.<sup>57</sup>

Assim, “uma vez que a similitude seja reconhecida, os membros da OMC devem acordar tratamento NMF *incondicional*, a menos que possam justificar-se sob uma *exceção*”<sup>58</sup>. O mesmo vale para o TN: a partir do momento em que o produto passa pela alfândega e é reconhecido como um similar a um determinado produto nacional, a sua possibilidade de acesso ao mercado interno deve ser a mesma que a de referido semelhante.

Sob o risco de recair em repetição, vale consignar: o objetivo primordial das duas cláusulas é evitar discriminação com base na origem do produto, discriminação essa que pode ser conferida em diversos âmbitos no comércio internacional (antes ou depois da entrada do produto no mercado interno; sob a forma de taxa ou outro tipo de regulação). Por conseguinte, parece idôneo concluir que medidas que não tenham intuito discriminatório quanto à origem do produto, *de facto* ou *de jure*, não serão contrárias às disposições do Artigo I e III do GATT/94.

A cláusula TN, como mencionado acima, aplica-se a todas as medidas internas que possam afetar a competitividade entre produtos equivalentes estrangeiros e nacionais. Assim, o Artigo III.2<sup>59</sup> regulamenta restrições tributárias, enquanto o Artigo III.4<sup>60</sup> é mais abrangente, e trata de medidas não tributárias<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Traduzido do original: “The two provisions that enshrine this obligation—MFN and NT—are complementary. To see how, note that there are at least. Three dimensions in which the applicability of these clauses can be compared: the type of policy measures addressed, the degree of similarity between the products required for the clause to apply, and the origin of the products to be compared. MFN applies to both internal and border measures and, in this respect, it is wider in its applicability than NT, which only applies to internal measures. MFN has more stringent requirements with regard to product similarity than NT and, thus, is less applicable, since it only refers to A like B products, whereas NT does not only refer to A like B products, but has also been interpreted to apply in the case of A directly competitive or substitutable goods (DCS). Finally, the two provisions are “orthogonal” in the sense MFN referring to the treatment rendered to different foreign products, whereas NT compares the treatment given to foreign products to that of domestic products”. (HORN E MAVROIDIS, 2001, p. 238).

<sup>58</sup> Do original: “Once likeness has been established, WTO Members must accord unconditional MFN treatment, unless they can justify an exception. Discrimination, either *de jure* or *de facto*, is in, principle, illegal in the WTO. In what follows, we highlight some central aspects of the interpretation of these terms” (HORN E MAVROIDIS, 2001, p. 239). A *exceção* a que este trecho se refere diz respeito às Exceções Gerais previstas pelo Art. XX do GATT, a serem tratadas com maior detalhamento no Capítulo 4.

<sup>59</sup> Assim dispõe o Artigo III.2 do GATT/ 94: “Os produtos do território de qualquer Parte Contratante, importados por outra Parte Contratante, não estão sujeitos, direta ou indiretamente, a **impostos ou outros tributos internos de qualquer espécie** superiores aos que incidem, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais. Além disso nenhuma Parte Contratante aplicará de outro modo, impostos ou outros encargos internos a produtos importados nacionais, contrariamente as principais estabelecidas no parágrafo 1.” (grifo) (MDIC, GATT/47).

Apesar da aparente equivalência dos dois artigos para medidas de naturezas diferentes, o OAp já esclareceu que sua interpretação não segue precisamente a mesma lógica, particularmente porque os dois artigos estruturalmente estabelecem obrigações distintas<sup>62</sup>. Essa lógica hermenêutica foi considerada pelo OAp devido à estrutura frasal dos dois artigos, pois o parágrafo 2 do Artigo III, estabelece, primeiramente, uma obrigação relativamente a produtos similares nacionais e, em segundo lugar, uma obrigação de que os tributos internos não sejam aplicados de modo a proteger a indústria nacional de um modo geral. Essa estrutura não se replica no parágrafo 4 do mesmo Artigo, que estabelece a obrigação TN apenas para produtos similares<sup>63</sup>.

### 2.1.3 “Produtos similares”

A noção de *produto similar* não é propriamente um princípio jurídico da OMC. Trata-se, contudo de um conceito presente, como visto, em ambas as cláusulas de não discriminação, e que merece elucidação já que os artigos *per se* não são claros ao definir o que se entende por esse conceito.

Essa problemática remonta à elaboração original do texto do GATT, que previu que a determinação desse conceito poderia ser relegada à ITO, e o método de classificação tarifária previsto pelo Artigo II poderia ser utilizado como parâmetro para definir o que seriam produtos similares<sup>64</sup>.

Assim como boa parte dos conceitos abertos trazidos pelo GATT, o entendimento do significado do que seria um produto “similar” tem sido desenvolvida pela jurisprudência. Hudec esclarece que, nas primeiras tentativas de esclarecimento acerca do significado do termo *produtos similares*, tendo em vista o escopo dessa nomenclatura ser o de evitar-se a discriminação com base na origem do produto, dois painéis do sistema GATT haviam indicado o entendimento de que dois critérios deveriam ser levados em consideração: (i) se a

---

<sup>60</sup> Assim dispõe o Artigo III.4 do GATT/ 94: “Os produtos de território de uma Parte Contratante que entrem no território de outra Parte Contratante não usufruirão tratamento menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional, no que diz respeito às **leis, regulamento e exigências** relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição e utilização no mercado interno. Os dispositivos deste parágrafo não impedirão a aplicação de tarifas de transporte internas diferenciais, desde que se baseiem exclusivamente na operação econômica dos meios de transporte e não na nacionalidade do produto” (grifo) (MDIC, GATT/47).

<sup>61</sup> HOEKMAN E MAVROIDIS, 2007, p. 39.

<sup>62</sup> WT/DS135/AB/R, pp. 35-36, paras. 93 e ss.

<sup>63</sup> Para maior detalhamento acerca da estrutura do Artigo III e seus parágrafos, cf. VAN DEN BOSSCHE, 2005, p. 327-365.

<sup>64</sup> OMC, GATT Analytical Index..

distinção que embasava a medida tinha por objetivo a proteção à indústria nacional e (ii) se essa distinção tinha por *efeito* proteção à indústria nacional<sup>65</sup>.

Esse entendimento, denominado de critérios “Aim and Effect” (Objetivo e Efeito) foi, contudo, abandonado pelo Órgão de Apelação da OMC, responsável pela padronização interpretativa das normas do sistema, em 1996, no contencioso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*<sup>66</sup>. Ao analisar o conceito de produtos similares no âmbito do Artigo III.4, quatro critérios objetivos foram consolidados: a) as propriedades, natureza e qualidade dos produtos (referentemente às suas características físicas), b) o propósito final do uso dos produtos, c) a classificação tarifária em termos alfandegários e d) o gosto e hábito dos consumidores (em que medida os produtos são substituíveis para eles)<sup>67</sup>.

Esses critérios haviam sido desenvolvidos pelo *Working Party on Border Tax Adjustments* (‘BTA’), em 1970<sup>68</sup>. Após a sua consolidação no caso, passaram a ser utilizados por diversos contenciosos trazidos ao MSC/OCM posteriormente. A forma como o relatório do BTA indicou critérios que foram amplamente aceitos fez com que seu conjunto ganhasse a alcunha, para alguns autores, de “critérios BTA”<sup>69</sup>.

Cabe ressaltar que, apesar de sua aceitação geral, o OAp esclareceu não serem esses critérios elementos mandatórios e fixos para a análise da similaridade entre produtos, podendo servir como norteadores, mas não uma lista fechada que determinará a caracterização dos produtos em questão<sup>70</sup>.

Existe entendimento doutrinário de que o termo “produtos similares” não necessariamente será interpretado da mesma maneira quando da aplicabilidade do Artigo I (NMF) ou do Artigo III (TN), ainda que as duas medidas, de maneira ampla, visem a diminuir o tratamento diferencial dado a dois produtos considerados diretamente competitivos, mas que sejam provenientes de nacionalidades distintas. Essa diferença interpretativa se dá em função dos distintos objetivos específicos e redação de cada um desses artigos<sup>71</sup>.

Na mesma lógica, o OAp já esclareceu que dentro do próprio Artigo III, quando da interpretação dos dispositivos III:2 e III:4, o conceito de similaridade deve ser analisado de

---

<sup>65</sup> HUDEC, 2000, p. 02.

<sup>66</sup> HUDEC, 2000, p. 02. Cf. WT/DS8/AB/R, pp. 20 e ss.

<sup>67</sup> READ, 2005, pp. 244-245.

<sup>68</sup> STOLL E SCHORKOPF, 2006, p. 51.

<sup>69</sup> CHOI, 2012, p. 05

<sup>70</sup> VAN DEN BOSSCHE, 2005, p. 356.

<sup>71</sup> Tal diferenciação de aplicabilidade do conceito para NMF ou para NT não se mostra relevante para propósitos deste trabalho, ainda que a anotação seja bastante pertinente. Com particular destaque, escreve sobre o tema Robert. E. Hudec (2000), em trabalho intitulado “*Like product*”: *The differences in Meaning in GATT Articles I and III*.

maneira distinta, e, conquanto possa tomar por base os critérios BTA, deve ser interpretado conforme a casuística<sup>72</sup>. Em *EC – Asbestos*<sup>73</sup>, o OAp determinou que, devido à estrutura frasal dos dois Artigos, o conceito de produtos similares não tem a mesma repercussão nos dois dispositivos<sup>74</sup>.

Diante desses parâmetros, a similaridade dos produtos deve ser apreciada a partir da casuística, ainda que o OAp e os países litigantes tenham costumeiramente feito uso dos critérios BTA para respaldar suas respectivas decisões e teses jurídicas. A caracterização de dois grupos de produtos como *similares* é elemento central na observância das cláusulas de TN e NMF, visto que ambos os artigos abordam diretamente a aplicabilidade dessas provisões *incidindo sobre* produtos assim considerados.

Apesar das diferentes significações que o termo adquire de acordo com o dispositivo normativo em que está inserido e no contexto da casuística, como linha geral pode-se depreender que a ideia dos produtos similares foi estabelecida para conferir igual tratamento a produtos que tenham, em alguns aspectos determinados, algum tipo de relação, particularmente no que tange à sua competitividade<sup>75</sup>. Nesse sentido, Vranes explana que

muito embora a exata significação desse termo é objeto de intenso debate na doutrina, é consenso que o Artigo III:1 deixa claro que a função do Artigo III como um todo é evitar protecionismo em favor de produtos domésticos como o contexto relevante para a compreensão do termo “produtos similares”. Ademais, para que uma regulação intervencionista seja protecionista em sua natureza, é necessário que haja uma relação de competitividade entre o produto doméstico protegido e os produtos estrangeiros desfavorecidos, uma vez que, caso contrário, o efeito protecionista não seria sequer percebido. Assim, o Artigo III deve ser entendido como primordialmente voltado a produtos que estão nesta *relação de competitividade*.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> STOLL E SCHORKOPF, 2006, p. 55.

<sup>73</sup> Abreviação de *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*

<sup>74</sup> Como mencionado anteriormente, devido à divisão do Artigo III.2 em duas obrigações. O OAp julgou: “In previous Reports, we have held that the scope of “like” products in this sentence is to be construed “narrowly”. This reading of “like” in Article III:2 might be taken to suggest a similarly narrow reading of “like” in Article III:4, since both provisions form part of the same Article. (...) In construing Article III:4, the same interpretive considerations do not arise, because the “general principle” articulated in Article III:1 is expressed in Article III:4, not through two distinct obligations, as in the two sentences in Article III:2, but instead through a single obligation that applies solely to “like products.” (WT/DS135/AB/R, pp. 35-36, paras. 93 e 96, notas de rodapé suprimidas).

<sup>75</sup> Cf. HUDEC, 2000, pp. 3-4.

<sup>76</sup> Do original: “Although the exact import of this clause is subject to intense debate in academic writing, there is consensus in general that Article III:1 makes it clear that the function of Article III as a whole is the avoidance of protectionism, a reading which is in line with the overall telos of WTO law. Therefore, contextual as well as teleological arguments point to the importance of avoiding protectionism in favour of domestic products as the relevant background for interpreting the term „like products“. Moreover, a regulatory intervention, in order to be protectionist in nature, requires that there be a competitive relationship between the domestic products protected and the disfavoured foreign products, since otherwise the protectionist effect would not normally be felt. Hence, Article III should be understood as being primarily concerned with products that are in such a competitive relationship” (VRANES, 2010, pp. 10-11, notas de rodapé suprimidas).

É essa relação de competitividade entre os produtos em análise que será apreciada com as evidências do caso concreto dentro do contencioso do MSC/OMC. Tal relação está diretamente ligada à percepção do mercado interno com relação aos produtos em análise (em outras palavras, ao critério relativo aos gostos e preferências do consumidor)<sup>77</sup>.

Esse entendimento exclui a possibilidade de diferenciação de produtos pelo Estado regulador com base em critérios unilateralmente estabelecidos, tais como o impacto ambiental de um produto ou a contrariedade de algum elemento desse produto a questões culturais daquele país. Contudo, como já restou esclarecido, o escopo das cláusulas de não discriminação é, precisamente, impedir o tratamento diferencial de produtos com base em sua *origem*. A similaridade de grupos de produtos é averiguada para fins comparativos, e a competitividade é certamente um elemento a ser ponderado, mas não há impedimentos normativos para que se trate um produto ecológico e outro não ecológico, não diferenciados como tal pelo mercado interno – ou seja, diretamente competitivos entre si – como produtos distintos.

#### **2.1.4 Barreiras não tarifárias ao comércio**

Como explanado, o direito da OMC está pautado na imposição de condições igualitárias de acesso ao mercado interno para produtos nacionais e produtos importados. *Acesso ao mercado*, para Van den Bossche, refere-se tanto a barreiras tarifárias quanto a barreiras não tarifárias<sup>78</sup>. Nenhuma das duas categorias está absolutamente proibida pelo sistema OMC; contudo, busca-se, senão a redução ao máximo de sua imposição, a padronização de seus critérios. A exemplo do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT), a ser abordado com maior detalhamento no Capítulo 3, os regulamentos técnicos que supervisionam a entrada de bens em um país não podem ser “mais restritivos ao comércio do que o necessário tendo em conta os riscos que a não realização criaria”<sup>79</sup>. Já as tarifas alfandegárias, por exemplo, ainda que não proibidas, estão limitadas à quota acordada entre os membros, conforme as listas de concessões previstas no Artigo II do GATT/94.

As barreiras tarifárias incluem precipuamente encargos aduaneiros, impostos no momento da importação de determinado produto, estando a entrada desse produto em um

---

<sup>77</sup> VRANES, 2010, p. 12,

<sup>78</sup> VAN DEN BOSSCHE, 2005, p. 376.

<sup>79</sup> MDIC, TBT, Artigo 2.2

mercado condicionada ao pagamento desse valor<sup>80</sup>. Servem a três propósitos diferentes, para Van den Bossche: fonte de receita aos governos, proteção de indústrias domésticas e uma valorização de determinado setor com a alocação premeditada desses encargos (por exemplo, uma menor taxa sobre máquinas industriais em comparação a cosméticos)<sup>81</sup>. Em regra, o estabelecimento desses encargos, desde que maneira não discriminatória entre membros distintos da OMC (afinal, a não discriminação é o fundamento primordial da instituição), é permitida pelo direito da OMC<sup>82</sup>.

As barreiras não tarifárias, por sua vez, incluem restrições quantitativas e quaisquer outras formas de limitação à entrada de produtos ou serviços no mercado interno, como, por exemplo, regulamentos e padrões técnicos, medidas sanitárias e fitossanitárias, etc.. São disciplinadas essencialmente pelo Artigo XI do GATT, cujo parágrafo 1 dispõe:

Nenhuma Parte Contratante instituirá ou manterá, para a importação de um produto originário do território de outra Parte Contratante, ou para a exportação ou venda para exportação de um produto destinado ao território de outra Parte Contratante, proibições ou restrições a não ser direitos alfandegários, impostos ou outras taxas, quer a sua aplicação seja feita por meio de contingentes, de licenças de importação ou exportação, quer por outro qualquer processo.<sup>83</sup>

Esse dispositivo trata, portanto, não apenas de restrições quantitativas propriamente ditas, mas quaisquer restrições que não direitos alfandegários, impostos ou outras taxas. Temos, assim, as seguintes categorias de restrições quantitativas: (i) proibição (ou banimento) de um produto, (ii) quotas indicando a quantidade a ser importada, (iii) licenciamentos (relativos a algum tipo de documentação necessário para a entrada na alfândega) e (iv) demais restrições quantitativas, como imposição de preço mínimo<sup>84</sup>.

Restrições quantitativas, via de regra, são proibidas. Contudo, algumas exceções são possíveis, e o artigo XIII do GATT (*Aplicação não discriminatória das Restrições Quantitativas*) indica normas nesse sentido, dispondo acerca a possibilidade de sua aplicação desde que referidas “proibições ou restrições semelhantes sejam aplicadas à importação do produto similar originário de todos os outros países ou à exportação do produto similar

---

<sup>80</sup> Nos termos de Van den Bossche: “customs duty, or tariff, is a financial charge, in the form of a tax, imposed on products at the time of, and/or because of, their importation. Market access is conditional upon the payment of the customs duty.” (2005, p. 377).

<sup>81</sup> VAN DEN BOSSCHE, 2005, p. 379

<sup>82</sup> VAN DEN BOSSCHE, 2005, p. 380. Ele esclarece ainda que, conquanto não proibidos pelo direito da OMC, por constituírem evidente barreira ao comércio, são objeto de constante negociação visando à sua redução, de maneira inclusive positivada pelo Artigo XXVIII *bis* do GATT/94.

<sup>83</sup> MDIC, GATT/47.

<sup>84</sup> VAN DEN BOSSCHE, 2005, pp. 442 e 455.

destinado a todos os outros países”<sup>85</sup>. Outras exceções estão previstas no próprio Artigo XI:2, que excepciona a vedação a restrições quantitativas em hipóteses taxativamente descritas.

Quando as restrições quantitativas forem permitidas e efetivamente aplicadas<sup>86</sup>, contudo, elas deverão ser administradas de maneira não discriminatória<sup>87</sup>, conforme determina o Artigo XIII do GATT. Van Den Bossche afirma que essa obrigação equipara-se à obrigação NMF, e, assim sendo, na aplicação de restrições quantitativas “produtos similares devem ser tratados da mesma maneira, independentemente de sua origem”<sup>88</sup>. O Artigo XIII.2 determina ainda alguns requisitos para a aplicação de restrições quantitativas, quando permitidas, dentre os quais a preferência por limitação de contingentes e, apenas na impossibilidade desses tipo de restrição, a aplicação de restrições por meio de licenças ou permissões de importação sem contingente global<sup>89</sup>.

### 2.1.5 Exceções Gerais

Muito embora o sistema multilateral de comércio internacional tenha sido instituído a partir da premissa de que a intensificação das relações comerciais por meio da redução de barreiras ao comércio tem por consequência a prosperidade<sup>90</sup>, muitas vezes as obrigações estabelecidas por essa lógica vão de encontro a outros objetivos e interesses também perquiridos por esses membros. Não alheios a essa realidade, tanto o texto original do GATT quanto o sistema OMC estabeleceram exceções a suas obrigações.

Essas exceções dispõem acerca de situações de emergência econômica e balanço de pagamento, segurança, desenvolvimento econômico, valores históricos e culturais, dentre diversas outras<sup>91</sup>.

---

<sup>85</sup> MDIC, GATT/47, Art. XIII.1.

<sup>86</sup> Cf. MDIC, GATT/47.

<sup>87</sup> VAN DEN BOSSCHE, 2005, p. 450.

<sup>88</sup> WT/DS27/AB/R *apud* VAN DEN BOSSCHE, 2005, p. 451: “As the Appellate Body noted in EC – Bananas III, the essence of the non-discrimination obligations of Articles I:1 and XIII of the GATT 1994 is that: ‘like products should be treated equally, irrespective of their origin’”.

<sup>89</sup> Cf. Artigo XIII.2: “2. Na aplicação das restrições à importação de um produto qualquer, as Partes Contratantes esforçar-se-ão por chegar a uma repartição do comércio desse produto que se aproxime tanto quanto possível da que, na ausência dessas medidas, as diferentes Partes Contratantes teriam o direito de esperar, observando para esse fim as disposições seguintes : (a) Sempre que for possível, contingentes que representem a soma global das importações autorizadas (sejam eles ou não repartidos entre os países fornecedores) serão fixados e sua importância será publicada de acordo com a alínea 3 (b) do presente artigo; (b) quando não for possível fixar contingentes globais, as restrições poderão ser aplicadas por meio de licenças ou permissões de importação sem contingente global; (...)” (MDIC, GATT/47)

<sup>90</sup> STOLL E SCHORKOPF, 2006, p. 33. Os autores esclarecem, contudo, que essas premissas não levam em consideração a distribuição dessa prosperidade, mas sim a prosperidade da sociedade como um todo.

<sup>91</sup> VAN DEN BOSSCHE, 2005, pp. 597-598.

Dentro do arcabouço normativo referente ao comércio de produtos, a disposição mais abrangente está estabelecida pelo Artigo XX do GATT. Tratar-se-á, aqui, apenas das disposições deste artigo, por ser esse mais genérico e particularmente relevante ao presente trabalho<sup>92</sup>.

O Artigo XX do GATT, denominado *Exceções Gerais*, trata de hipóteses nas quais obrigações acordadas pelos signatários do GATT podem ser escusadas. Há, contudo, uma ressalva (cuja especificação textual seja talvez desnecessária, mas cuja aplicabilidade prática revela-se marcante) à possibilidade de adoção de medidas referentes a essas hipóteses: as medidas podem estar sob a tutela das exceções gerais do Artigo XX “[d]esde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional”<sup>93</sup>.

O rol das hipóteses em questão é taxativo<sup>94</sup>, estando enumerado em sete alíneas, e tem por intento a proteção de alguns valores sociais, como a moralidade pública (alínea a), a saúde das pessoas e dos animais e preservação dos vegetais (alínea b), conservação de tesouros nacionais de valor artístico, histórico ou arqueológico (alínea f), dentre outras hipóteses. Essas hipóteses, de redação notoriamente ampla, são a principal possibilidade de escape de obrigações de comércio internacional quando uma medida adotada por um Membro é considerada inconsistente com as normas do GATT/94.

Assim sendo, dentro do sistema de resolução de controvérsias, uma vez verificada a inconsistência de uma medida com uma disposição do GATT/94, e tendo o país-membro reclamado invocado alguma das exceções do Artigo XX, verificar-se-á a aplicabilidade da medida ao caso concreto. Para tanto, o OAp consolidou a seguinte metodologia: primeiramente, verifica-se a subsunção a alguma das hipóteses do rol taxativo das alíneas (conforme a alínea invocada no caso concreto); depois, verificam-se os requerimentos do *caput* do artigo. Essa metodologia foi instituída a partir do caso *US – Reformulated Gasoline*,

---

<sup>92</sup> Para uma descrição mais aprofundada do sistema de exceções da OMC, cf. STOLL E SCHORKOPF, 2005, pp. 56 e ss. e VAN DEN BOSSCHE, 2005, pp. 597 e ss..

<sup>93</sup> MDIC, GATT/47, Artigo XX.

<sup>94</sup> Conforme o painel do caso *US – Section 337* concluiu: “The Panel noted that Article XX is entitled “General Exceptions” and that the central phrase in the introductory clause reads: “nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement ... of measures...”. Article XX(d) thus provides for a limited and conditional exception from obligations under other provisions. The Panel therefore concluded that Article XX(d) applies only to measures inconsistent with another provision of the General Agreement, and that, consequently, the application of Section 337 has to be examined first in the light of Article III:4. If any inconsistencies with Article III:4 were found, the Panel would then examine whether they could be justified under Article XX(d)”. (L/6439 - 36S/345, para. 5.9).

o primeiro contencioso apreciado dentro do MSC/OMC<sup>95</sup>. A lógica é que, antes que se verifique um eventual abuso de direito do país que emanou as regulações, é necessário averiguar se o escopo específico da alínea foi seguido pela medida<sup>96</sup>.

A título exemplificativo, se um país institui o banimento de produtos que considera prejudiciais à saúde de sua população (medida *a priori* contrária ao Artigo XI – Restrições Quantitativas), ele poderá invocar, *e.g.*, a alínea (b) do Artigo XX como escusa. Nesse caso, verificar-se-á se a medida realmente é “necessária à proteção da saúde (...) das pessoas”<sup>97</sup>, conforme dispõe a alínea em questão. Caso a resposta seja afirmativa (ou seja, caso a medida realmente seja necessária para atingir o fim de proteger a saúde da população), partir-se-á para a verificação do *caput* do Artigo, analisado se a medida não foi aplicada “de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional”.

Ainda que pareça evidente que a ressalva de que as medidas em questão não possam configurar “discriminação arbitrária ou injustificada” ou “restrição disfarçada” (afinal, nesse caso, não haveria de se falar em subsunção às alíneas do artigo, pois o real intento da medida não seria a proteção daquele valor), o que se verifica é que a positivação dessa “observação” tem tido particular repercussão na jurisprudência do MSC/OMC. Isso porque é apenas na análise do *caput* do Artigo XX que se verifica eventual abuso de direito na aplicação de medidas que, em tese, poderiam escusar regulamentações *a priori* contrárias ao direito da OMC.

## 2.2 FONTES DO SISTEMA OMC

As normas acima descritas foram inicialmente positivadas pelo GATT/47, posteriormente incorporadas ao GATT/94, e atualmente refletem os principais objetivos da Organização Mundial do Comércio. Todo o aparato normativo da OMC foi desenvolvido a partir desses pressupostos, e hoje transcendem as disposições daquele acordo, interagindo com diversas outras proposições de regulamentação do comércio internacional. Ademais, como já mencionado, proposições fundamentais como as cláusulas NMF e TN estão atualmente insculpidas também em outros acordos que fazem parte do “guarda-chuva” do sistema OMC.

---

<sup>95</sup> HOWSE, 2002, p. 5.

<sup>96</sup> HOWSE, 2002, p. 5.

<sup>97</sup> A alínea (b) do Artigo XX escusa das obrigações do GATT/94 as medidas “necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais” (MDIC, GATT/47).

O objetivo desta seção é analisar brevemente as fontes do direito da OMC e a sua interação das demais fontes de direito internacional geral, interação essa limitada pelo reflexo do que se chama de *fragmentação* do direito internacional<sup>98</sup>. A questão, no âmbito do Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC (MSC), emerge clara quando se coloca desta forma: ainda que as normas de comércio internacional façam parte do direito internacional como um todo, até que ponto o MSC pode executar as obrigações que os seus Estados-membros concluem fora do âmbito da OMC?<sup>99</sup>

Busca-se, com esta seção, demonstrar que as obrigações concluídas dentro do âmbito da OMC devem interagir com as demais obrigações de direito internacional a que os Estados se comprometem, ainda que o seu mecanismo de solução de controvérsias tenha por fonte primordial as normas concluídas no arcabouço da instituição.

### 2.2.1 A OMC como um “regime autocontido”?

Sendo o sistema judicante o principal lócus de aplicação do direito de um ordenamento, corolário que apenas as normas que possam ser invocadas dentro da jurisdição desse ordenamento reflitam efetivamente as fontes de seu direito aplicável. No âmbito da OMC, a jurisdição do MSC parece estar delimitada pelo Artigo I.1 do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias, ao dispor que “[a]s regras e procedimentos do presente Entendimento se aplicam às controvérsias pleiteadas conforme as disposições sobre consultas e solução de controvérsias dos acordos enumerados no Apêndice 1 do presente Entendimento”<sup>100</sup>.

Os textos enumerados pelo Apêndice 1, denominados de *acordos abrangidos*, incluem apenas o Acordo Constitutivo da OMC e seus Anexos 1, 2 e 4<sup>101</sup>. Isso significa que obrigações firmadas por acordos “não abrangidos”, em tese, não serão apreciadas dentro do MSC/OMC.

---

<sup>98</sup> Sobre o tema, e com particular atenção ao fenômeno no âmbito da OMC: KOSKENIEMMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties. **Leiden Journal Of International Law**, Leiden, n. 15, p.553-579, fev. 2002.

<sup>99</sup> Em contraposição à questão que o MSC da OMC deve efetivamente responder, conforme Koskeniemi e Leino: “O direito da OMC foi violado?” (2002, p. 571).

<sup>100</sup> MDIC, ESC.

<sup>101</sup> Cabe lembrar que os Anexos 1 e 4 referem-se aos Acordos comerciais multilaterais e plurilaterais, respectivamente, e o Anexo 3 refere-se ao próprio Entendimento relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC).

Contrariamente a essa interpretação, Mavroidis e Palmetter argumentam que os acordos abrangidos não exaurem as fontes de direito a serem consideradas pela OMC<sup>102</sup>. Em sentido análogo, Van Den Bossche reconhece que a principal fonte do sistema jurídico da OMC efetivamente é o Acordo da OMC; contudo, ele enumera ainda outras fontes de direito da OMC, como as decisões do seu OSC, demais acordos concluídos no âmbito da organização, atos dos órgãos da OMC além do próprio direito internacional costumeiro, princípios gerais do direito e outros acordos internacionais<sup>103</sup>.

Com efeito, Pauwelyn, acerca das normas da OMC enquanto parte do direito internacional, defende que, ainda que sejam consideradas parte de um ramo do direito internacional público (e um ramo especializado, que em certa medida inclusive constitui *lex specialis* em face de *algumas* – não todas – as normas de direito internacional), não podem ser vistas como um sistema *à parte* do direito internacional<sup>104</sup>.

Ainda que se considere a possibilidade de o sistema judicante da OMC aplicar apenas as normas concluídas dentro do espectro do seu próprio sistema, a regulação do sistema multilateral de comércio acaba por afetar, direta ou indiretamente, outros campos do direito internacional. Nesse sentido, Marceau lembra inclusive que as próprias exceções do Artigo XX do GATT, ao tratar sobre situações como proteção ao meio ambiente, saúde e segurança, reconhece a existência de outros sistemas de direito e política regulatória<sup>105</sup>.

Os litígios da Organização de fato costumam ser analisados à luz tão somente dos chamados acordos abrangidos, mesmo porque as matérias levadas à apreciação do Órgão de Solução de Controvérsias são delineadas pelos países reclamantes com base precípua no direito da OMC. Contudo, o que esses autores acima defendem, e, de igual maneira, o que este trabalho tenta demonstrar, é que os mesmos Estados que assumem as obrigações internacionais dentro da OMC assumem obrigações fora desta. Assim, se a interpretação do direito da OMC for efetivada em completo isolamento do direito internacional geral, como se a organização fosse um sistema jurídico completamente autocontido e à parte dessa relação, conflitos com outras normas seriam mais suscetíveis de ocorrer<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> 1998, p. 399.

<sup>103</sup> Segundo o autor: “The principal source of WTO law is the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, concluded on 15 April 1994 and in force since 1 January 1995. Other sources of WTO law include WTO dispute settlement reports, acts of WTO bodies, agreements concluded in the context of the WTO, customary international law, general principles of law, other international agreements, subsequent practice of WTO Members, teachings of the most highly qualified publicists and, finally, the negotiating history” (VAN DEN BOSSCHE, 2005, p. 44).

<sup>104</sup> PAUWELYN, 2001, p. 539.

<sup>105</sup> MARCEAU, 1999, p. 108.

<sup>106</sup> MARCEAU, 1999, p. 109.

Para respaldar a visão de que a OMC não é um regime fechado em si mesmo, completamente autorreferencial, Mavroidis e Palmeter<sup>107</sup> defendem que Artigos 3.2 e 7.2 do ESC trariam uma maior abertura ao sistema, e expandiriam o restrito arcabouço normativo *a priori* designado pelo supracitado Artigo I.1 do mesmo texto<sup>108</sup>. Particularmente, assim dispõe o Artigo 3.2:

2. O sistema de solução de controvérsia da OMC é elemento essencial para trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio. Os Membros reconhecem que esse sistema é útil para preservar direitos e obrigações dos Membros dentro dos parâmetros dos acordos abrangidos e para esclarecer as disposições vigentes dos referidos acordos **em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público**. As recomendações e decisões do OSC não poderão promover o aumento ou a diminuição dos direitos e obrigações definidos nos acordos abrangidos.<sup>109</sup> (grifo)

Para melhor compreensão, é digno de nota esclarecer que a redação original desse trecho faz menção expressa às normas *costumeiras* sobre interpretação do direito internacional público, ao revés de “normas correntes de interpretação do direito internacional público”<sup>110</sup>.

O Artigo 3.2, portanto, consigna a possibilidade de utilização de normas costumeiras de direito internacional público para a interpretação dos acordos abrangidos. Diante disso, esse Artigo 3.2 é frequentemente invocado pelo OAp em seus julgados quando o órgão deseja fazer uso da metodologia interpretativa positivada pela Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados (CVDT)<sup>111</sup>, particularmente por ser tal Convenção considerada a codificação das normas costumeiras de interpretação do direito internacional. Há, contudo, divergências

---

<sup>107</sup> MAVROIDIS E PALMETER, 1998, p. 399.

<sup>108</sup> Gabrielle Marceau (1999, p. 110) apresenta uma crítica a essa análise, considerando que o mecanismo de resolução de litígios da OMC não é uma corte de direito internacional geral. Ela indica ainda que o próprio Artigo 7.2 e o Artigo 11 do ESC são claros ao limitar a jurisdição dos painéis à aplicabilidade e conformidade com os acordos abrangidos relevantes. Ela defende, contudo, a possibilidade de interpretação de normas externas, mas não adjudicação das suas obrigações.

<sup>109</sup> MDIC, ESC.

<sup>110</sup> No original: “2. The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements” (grifo). Fonte: < [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dsu\\_e.htm#4](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm#4)>. Acesso em 26/09/2014.

<sup>111</sup> Exemplos de julgados que fizeram uso da CVDT: US – Gasoline (WT/DS2/AB/R), Japan – Alcoholic beverages II (WT/DS8/AB/R), Índia – Patents (WT/DS50/AB/R), US – Carbon Steel (WT/DS213/AB/R), dentre outros. Cameron e Gray afirmam ter havido uma aceitação tácita da aplicação da CVDT para a interpretação por meio do Artigo 3.2 do ESC (2001, p. 253). Os autores lembram ainda que as normas da convenção podem ser usadas para interpretação inclusive com relação a países litigantes no MSC não membros da CVDT, pois suas provisões representam uma codificação do direito costumeiro internacional e, portanto, são vinculantes a todos os Estados, conforme ressaltou o OAp em *Japan – Taxes* (2001, p. 254).

doutrinárias acerca da sua extensão também com relação a outros tipos de costume internacional para os litígios da OMC<sup>112</sup>.

De todo modo, o próprio OAp considerou que o Artigo 3.2 reflete o não isolamento do sistema OMC do direito internacional público. No caso *US – Reformulated Gasoline*, o OAp entendeu que, ao autorizar-se o uso direito consuetudinário internacional por meio desse dispositivo, reconhece-se que “o GATT [ou o próprio direito da OMC] não pode ser lido em isolamento clínico do direito internacional público”<sup>113</sup>.

No mesmo sentido, Pauwelyn lembra ser uma presunção inserida na lógica do direito internacional de que se um tratado não derroga outra norma de direito internacional geral, aquela norma continua a ser direito aplicável. Os Acordos da OMC são tratados internacionais e, assim o sendo, interagem com outros tratados nessa mesma medida. Se essa leitura não é suficiente para comprovar que o sistema da OMC não é um regime fechado, o próprio Artigo 3.2 corrobora essa leitura<sup>114</sup>. Isso porque a CVDT dispõe, em seu Artigo 31.3:

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:
  - a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;
  - b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;
  - c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.<sup>115</sup>

O parágrafo (c) é claro ao dispor que *quaisquer regras* de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes devem ser levadas em consideração quando da interpretação de um texto de direito internacional. Por conseguinte, a própria Convenção já recorrentemente utilizada como suporte interpretativo pelo MSC da OMC indica expressamente a possibilidade de interação com *quaisquer normas* de direito internacional geral. Dessa leitura pode-se aduzir que, se tratados fora do âmbito do sistema OMC também são aplicáveis à relação discutida, ou mesmo se princípios ou o costume internacional são passíveis de serem invocados, tais elementos devem ser analisados pelo MSC/OMC quando da resolução de um litígio.

---

<sup>112</sup> VAN DEN BOSSCHE, 2005, p. 57.

<sup>113</sup> No original: “The ‘general rule of interpretation’ set out above has been relied upon by all of the participants and third participants, although not always in relation to the same issue. That general rule of interpretation has attained the status of a rule of customary or general international law. As such, it forms part of the ‘customary rules of interpretation of public international law’ which the Appellate Body has been directed, by Article 3(2) of the DSU, to apply in seeking to clarify the provisions of the General Agreement and the other ‘covered agreements’ of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (the ‘WTO Agreement’). That direction reflects a measure of recognition that the General Agreement is not to be read in clinical isolation from public international law.” WT/DS2/AB/R, p. 17.

<sup>114</sup> PAUWELYN, 2001, p. 542.

<sup>115</sup> BRASIL, 2009.

Apesar disso, a relação entre as obrigações firmadas por acordos externos e acordos da OMC não está esclarecida. De igual maneira, outras fontes de direito internacional gerais como princípios e o costume, são aplicados de maneira bastante estrita pelos grupos especiais e pelo OAp.

A título exemplificativo, vale mencionar *EC – Beef Hormones*<sup>116</sup>, em que as Comunidades Europeias invocaram o princípio da precaução para a justificativa de sua medida<sup>117</sup>, particularmente porque as evidências científicas para respaldar a medida restritiva foram consideradas insuficientes<sup>118</sup>. O OAp entendeu que “o princípio da precaução, por si só e sem diretiva clara textual nesse sentido, não retira o encargo do painel do dever de aplicar os princípios normais (i.e. costume internacional) de interpretação de tratados ao analisar as disposições do Acordo SPS [Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias]”<sup>119</sup>. Essa conclusão advém do entendimento de que o princípio da precaução estaria no âmbito dos princípios de direito internacional *ambiental*, sem que isso signifique que efetivamente seja um *costume* de direito *internacional* propriamente dito<sup>120</sup>, e, portanto, não vinculante<sup>121</sup>.

O MSC/OMC demonstra-se, portanto, muito cauteloso com a consideração de outras fontes de direito internacional na resolução de seus litígios – e assim também têm agido as partes litigantes. Particularmente em matéria ambiental, argumentos principiológicos, que poderiam ser de fundamental relevância na defesa de determinada medida restritiva ao comércio com o objetivo de preservação ambiental, ficam prejudicados com uma interpretação muito restrita das obrigações dos acordos abrangidos. Ante a complexidade dos problemas ambientais e a dificuldade de regulamentação, a utilização dos princípios é

---

<sup>116</sup> Abreviação de *European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*.

<sup>117</sup> No contexto do SPS, o acordo abrangido em análise no caso, é necessário que uma medida restritiva ao comércio esteja baseada em normas internacionais caso existam, ou justificção científica para tanto. O uso do princípio da precaução, portanto, justificaria uma desnecessidade de acordo científico internacional sobre os riscos do consumo de carne com hormônios. Cf. WT/DS26/AB/R, p. 46 e ss. e CAMERON E GRAY, 2001, p. 269.

<sup>118</sup> KISS E SHELTON, 2007, p. 249.

<sup>119</sup> No original: “Lastly, however, the precautionary principle does not, by itself, and without a clear textual directive to that effect, relieve a panel from the duty of applying the normal (i.e. customary international law) principles of treaty interpretation in reading the provisions of the SPS Agreement”. WT/DS26/AB/R, p. 46, para. 124.

<sup>120</sup> WT/DS26/AB/R, p. 46, para. 123: “The precautionary principle is regarded by some as having crystallized into a general principle of customary international environmental law. Whether it has been widely accepted by Members as a principle of general or customary international law appears less than clear. We consider, however, that it is unnecessary, and probably imprudent, for the Appellate Body in this appeal to take a position on this important, but abstract, question. We note that the panel itself did not make any definitive finding with regard to the status of the precautionary principle in international law and that the precautionary principle, at least outside the field of international environmental law, still awaits authoritative formulation”.

<sup>121</sup> Sobre o tema, Koskeniemi e Leino: “suggesting that had it become customary, it would have been WTO-relevant” (2002, p. 572).

fundamental à proteção ambiental<sup>122</sup>; sua utilização, contudo, aparenta ser muito limitada pelo MSC. Como exemplo dessa problemática, temos um possível embate entre uma medida respaldada no princípio da precaução e o exigente teste de necessidade imposto pela alínea (b) do Artigo XX.

Bartels traz à discussão a leitura do Artigo 19.2 do ESC<sup>123</sup>, que dispõe que a utilização das normas costumeiras permitida pelo Art. 3.2 do ESC é limitada, pois “as conclusões e recomendações do grupo especial e do Órgão de Apelação não poderão ampliar ou diminuir os direitos e obrigações derivados dos acordos abrangidos”<sup>124</sup>. A compreensão do autor sobre essa leitura conjunta é de que todas as fontes de direito internacional são aplicáveis à OMC, mas sua interpretação não pode modificar os direitos e obrigações do direito da OMC.

É amplamente majoritário o entendimento de que a OMC não é um sistema autocontido<sup>125</sup>, e deve valer-se das demais fontes de direito internacional geral quando pertinentes à relação entre as partes. A forma como essa interação deve se dar, contudo, ainda é debatida, e não foi devidamente esclarecida pelo OAp. Acredita-se que, dada a jurisdição limitada do MSC para a aplicação do direito determinado somente pelos acordos abrangidos, em caso eventual conflito de obrigações entre o direito da OMC e direito externo à organização, a decisão será em favor daquele. Contudo, essa restrição não impede a possibilidade de que tais obrigações sejam ponderadas pelos painéis e pelo OAp, bem como não é contraditória com a aceitação de argumentos pautados no direito internacional geral.

#### 2.2.1.1. *Os MEAs e as normas da OMC*

Um ponto específico acerca do direito aplicável na OMC que merece particular atenção para os propósitos deste trabalho é a interação de acordos multilaterais de direito internacional ambiental (MEAs – *Multilateral Environmental Agreements*) e as normas do sistema multilateral de comércio. Essas convenções, amplamente reconhecidas como o meio mais efetivo de regulamentar a proteção ambiental<sup>126</sup>, delineiam objetivos e obrigações que podem entrar em conflito com as normas de livre mercado, ao eventualmente estabelecer

---

<sup>122</sup> Sobre a importância dos princípios à proteção ambiental, cf. KISS E SHELTON, 2007, p. 89 e ss.

<sup>123</sup> BARTELS, 2001.

<sup>124</sup> MDIC, ESC.

<sup>125</sup> Segundo Pauwelyn, “[w]ith one possible exception, no academic author (or any WTO decision or document) disputes that WTO rules are part of the wider corpus of public international law” (2001, p. 538)

<sup>126</sup> Cf. SAMPSON, 2005, p. 129; KISS E SHELTON, 2007, p. 78.

obrigações que podem prejudicar o comércio internacional no intuito de promover a proteção ambiental<sup>127</sup>. Exemplos de acordos ambientais potencialmente conflitantes com o direito da OMC são o Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio e a Convenção de Basiléia para o Controle dos Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Disposição, ambos os quais diretamente impõem obrigações de banimento da importação de certos produtos, inclusive de países que não são signatários<sup>128</sup>.

A relação entre MEAs e o direito da OMC não está devidamente esclarecida, e alguns autores indicam que, conquanto a jurisdição do MSC possa *a priori* ser limitada pelos acordos abrangidos, os MEAS não podem ser descartados. Um membro da OMC pode, por exemplo, justificar uma medida restritiva ao comércio como tomada em cumprimento à finalidade de um MEA que tenha concluído. Nesses casos, conforme Marceau afirma, “o MEA ainda constitui uma ‘norma relevante de Direito Internacional’, a qual, em alguns casos, um painel será obrigado a levar em consideração”<sup>129</sup>.

Com efeito, nesse aspecto, o OAp não se mostra de todo alheio a essa interação. No caso *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (ou *US — Shrimp*), o OAp lançou mão de diversas normas fora do âmbito da OMC para chegar às suas conclusões finais<sup>130</sup>. A controvérsia, que versava sobre uma medida restritiva de importação alegadamente criada para a proteção de tartarugas marinhas, trouxe para a apreciação do órgão, dentre outras questões, o conceito de “recursos naturais esgotáveis”.

Essa análise partiu do preâmbulo do Acordo da OMC (como não poderia ser diferente, dado que “principal fonte do sistema jurídico da OMC”), reconhecendo que o desenvolvimento sustentável é um dos objetivos da instituição, para, a partir disso, considerar que o termo “recursos naturais”, utilizado pelo texto do GATT/47-94 deve abarcar uma “interpretação evolucionária”<sup>131</sup>. Em seguida, fez referência à Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (1982), cuja redação refere-se a “recursos naturais” sejam eles “vivos ou não vivos”. E, no mesmo sentido, citou a Convenção sobre Diversidade Biológica, a Agenda 21 e a Convenção sobre a Conservação das Espécies Migratórias Pertencentes à Fauna

---

<sup>127</sup> Como exemplo, podemos citar o Protocolo de Montreal, a Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES) e a Convenção da Basiléia, acordos que impõe obrigações restritivas de comércio. Sobre o assunto, cf. MARCEAU, 2001.

<sup>128</sup> MARCEAU, 2001, p. 1096.

<sup>129</sup> No original: “Nonetheless, that MEA may still constitute a “relevant rule of international law” that, in some circumstances, a panel will be obliged to take into account when interpreting and applying the provisions of Article XX for the benefit of a particular WTO Member” (MARCEAU, 2001, p. 1098).

<sup>130</sup> Esse litúgio será analisado com maior detalhamento no Capítulo 4 desta Monografia.

<sup>131</sup> WT/DS58/R, para. 130.

Selvagem para demonstrar que o direito internacional amplamente condiz com esse entendimento<sup>132</sup>.

Finalmente, com relação às tartarugas marinhas, trouxe a Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES) para demonstrar que, efetivamente, pelo fato de elas estarem listadas no seu Anexo 1, não haveria possibilidade de se controverter a sua possibilidade de exaurimento.

Esse exemplo serve a demonstrar que, como argumentado na subseção anterior, o sistema OMC não se encontra isolado do Direito Internacional como um todo. Contudo, verifica-se, nesse julgado, a limitação da leitura das MEAs, que apenas foram consideradas para esclarecer o conceito de ‘recursos naturais’, não tendo havido a necessidade de aprofundada análise das obrigações estabelecidas pelas convenções mencionadas.

Até o momento, o MSC não tratou de nenhuma disputa que envolvesse um conflito de obrigações dispostas por MEAs e Acordos da OMC propriamente ditos<sup>133</sup>, de modo que alguns autores propõem formas de lidar com esse possível embate. Para evitar eventuais conflitos entre países em razão de uma limitação comercial imposta por um MEA, Sampson propõe que os países interessados negociem e delimitem amplamente os objetivos dessa regulação, de modo que uma eventual ilegalidade seja lidada a partir de um mecanismo desse próprio acordo, e não deixada à interpretação do MSC/OMC<sup>134</sup>. Evidentemente, o autor considera que, para tanto, é necessário que o MEA seja cuidadosamente redigido.

Marceau, por sua vez, sugere a possibilidade de que, no contexto do GATT, a utilização de MEAs sirva como fundamento às exceções do Artigo XX<sup>135</sup>. A autora sugere, inclusive, que uma medida tomada em observância às disposições de um MEA esteja presumidamente de acordo com os requerimentos do mencionado artigo<sup>136</sup>.

A interação efetiva desses dois instrumentos normativos de direito internacional, assim como o direito aplicável da OMC e as demais fontes de direito internacional geral, ainda carece de maior esclarecimento. De todo modo, ainda que o MSC/OMC não possa aplicar diretamente obrigações negociadas e firmadas fora do arcabouço da organização, espera-se que uma eventual necessidade de interpretação de obrigações comerciais em contraposição a obrigações “externas” seja feita consistentemente com o direito internacional

---

<sup>132</sup> WT/DS58/R, parágrafos 121 e ss.

<sup>133</sup> CONRAD, 2013, p. 129.

<sup>134</sup> SAMPSON, 2005, p. 129.

<sup>135</sup> MARCEAU, 2001, p. 1096-1097.

<sup>136</sup> MARCEAU, 2001, p. 1097.

geral, sem que se recaia no já afastado isolamento clínico (não apenas interpretativo) do sistema.

A partir do exposto acima, a análise deste trabalho, portanto, parte da premissa que as normas internacionais de proteção ao meio ambiente devem ser levadas em consideração em um litígio de direito econômico perante a OMC, ainda que – e assim se verifica o caráter de *lex specialis* dos acordos abrangidos – de maneira subsidiária.

### 3 A PROBLEMÁTICA DAS MEDIDAS REGULATÓRIAS DE COMÉRCIO BASEADAS EM PPMs E O DIREITO DA OMC

#### 3.1 MÉTODOS DE PROCESSO E PRODUÇÃO (PPMs): DEFINIÇÃO, RELEVÂNCIA E CLASSIFICAÇÃO

Uma vez expostos os princípios sobre os quais a OMC se assenta, e tendo em mente os objetivos de liberalização do comércio estabelecidos pela organização, não é difícil antever que medidas de regulação do comércio internacional que visem à proteção do meio ambiente serão potencialmente conflitantes com tais objetivos. As consequências da expansão do livre comércio para o meio ambiente e os recursos naturais são reconhecidas e analisadas pela própria estrutura da OMC<sup>137</sup>, e essa interação é discutida nas negociações multilaterais.

Em contraposição à intensificação da produção em massa e da aceleração do consumo dos recursos naturais, emergem também políticas de sustentabilidade, que buscam estimular a produção de bens com custo ambiental reduzido. Assim, tem sido tomado como ponto central do embate comércio *versus* meio ambiente a consideração dos chamados Métodos de Processo e Produção (PPMs) como elemento de diferenciação entre produtos e como base para medidas regulatórias do comércio.

A expressão “PPMs” surgiu pelo Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT), acordo abrangido pelo sistema GATT, anteriormente ainda à instituição da OMC, em 1979<sup>138</sup>. A OCDE apresenta a seguinte definição: “O termo PPMs refere-se a *métodos de processo e produção* e é definido como forma com a qual produtos são manufaturados ou produzidos e recursos naturais são extraídos ou colhidos”<sup>139</sup>.

Assim sendo, o conceito de PPMs diz respeito, como o nome sugere, aos métodos de produção e processamento a que determinado produto é submetido, e não, propriamente, ao produto em si e suas características inerentes. É esse elemento que dá princípio ao debate, na medida em que, tradicionalmente, o conceito de *produto similar* não abrange a maneira como ele foi processado mas, como esclarecido no capítulo anterior, outros requisitos como a sua

---

<sup>137</sup> Algumas iniciativas dentro da estrutura da OMC corroboram essa leitura, tais como a criação de um Comitê específico para tratar de questões acerca da relação entre comércio e meio ambiente (Committee on Trade and Environment – CTE). Cabe ressaltar, inclusive, ser esse um dos temas centrais da atual Rodada de Doha. Contudo, a discussão sobre o papel da OMC quanto ao tema ainda é objeto de debate e resistência. Cf. SAMPSON, 2005, pp. 54 e ss..

<sup>138</sup> CHARNOVITZ, 2002, p. 64.

<sup>139</sup> No original: “The term PPMs refers to processes and production methods and is defined as the way in which products are manufactured or processed and natural resources extracted or harvested”. OECE, 1997, p. 7.

finalidade e as suas propriedades físicas. Em um primeiro momento, despidendo para fins de regulação do comércio internacional é a forma como, por exemplo, camarões foram capturados ou se a produção de um tipo de cimento causa menos impacto ambiental, pois o que é levado em consideração *a priori* é tão somente o produto final, independentemente de suas externalidades, sejam elas positivas ou negativas<sup>140</sup>.

As medidas de PPMs são, portanto, medidas de restrição ao comércio internacional que têm por base regulamentadora elementos relacionados aos métodos e processos produtivos de um determinado produto. No contexto da OMC, o Estado-membro estabelece uma medida que de alguma maneira reflete no comércio internacional e nos acordos da organização a partir da forma como um produto é produzido, e não somente o produto em si.

Para Holzer, medidas desse gênero são tomadas de forma a compensar alguma deficiência originada pelo mercado, que pode ser de três tipos: imperfeições de mercado, externalidades negativas de mercado e aquelas de caráter distributivo<sup>141</sup>. Exemplos de medidas impostas pelos governos para equilibrar, particularmente, externalidades negativas, tais como, e.g., a poluição, seriam taxas impostas a produtores que se utilizam de um método mais barato de produção, porém ambientalmente mais prejudicial que outro método mais caro<sup>142</sup>.

As medidas baseadas em PPMs que trataremos no nosso trabalho são aquelas de cunho ambiental: elas impõem uma regulamentação que, de alguma maneira, afeta o comércio de produtos, buscando privilegiar produtos mais ecologicamente sustentáveis do que outros.

---

<sup>140</sup> Conforme Hackett (2006, p. 66-69): “Externalities are positive or negative impacts on society that occur as a by-product of production and exchange. These effects are called externalities because they are not included in the factors that underlie market supply and demand, and their omission leads to the market failing to efficiently allocate resources. The inefficiency due to externalities can be used as a justification for government intervention in otherwise well-functioning competitive market systems. (...) A positive externality can be defined as an unpaid-for benefit enjoyed by others in society that is generated as a by-product of production and exchange. Positive externalities are also known as external benefits. For example, as a by-product of purchasing a college education, a college student produces external benefits to society in the form of being an informed voter and a resourceful citizen. (...) A negative externality can be defined as an uncompensated harm to others in society that is generated as a by-product of production and exchange. Many negative externalities occur as a by-product of market transactions. Pollution is the prime example of a negative externality (...).”

<sup>141</sup> Holzer esclarece: “From an economic perspective, a PPM measure is a government intervention in free markets in the situation of a market failure, when a market cannot efficiently fulfill its function. Market failures can be of three types: market imperfections, such as a lack of consumer information, negative market externalities, such as industrial pollution; and market failures that have a distributional character, such as the abuse of the rights of the workers. Respectively, PPM measures can be distinguished in three categories: those addressing market imperfections (e.g. labeling schemes); those internalizing negative market externalities (e.g. emissions taxes); and PPM measures that correct market failures of a distributional character (e.g. trade restrictions on products produced with child labor)”. (HOLZER, 2014, p. 92)

<sup>142</sup> Cf. HACKETT, 2006, p. 79.

Para uma melhor elucidação, pode-se adiantar uma breve descrição os dois casos clássicos que foram levados à apreciação do contencioso do sistema OMC, e que serão tratados com maior detalhamento no Capítulo 4 desta monografia<sup>143</sup>.

O primeiro caso, denominado *US – Shrimp* ou *Shrimp-Turtle*<sup>144</sup>, teve origem em um banimento imposto pelos Estados Unidos à importação de camarões que não tivessem sido pescados com a utilização de TEDs (*Turtle Excluder Devices*), aparelhos que diminuiriam a morte incidental de tartarugas marinhas (e outros animais) no processo de captura.

O segundo, com origem fática particularmente semelhante ao contencioso *US – Shrimp*, denominado de *US – Tuna II* ou *Tuna-Dolphin II*<sup>145</sup>, envolve a imposição de critérios, pelos Estados Unidos, para a concessão de um rótulo indicativo *dolphin-safe* a atum e derivados de atum, para advertir seus consumidores acerca dos danos causados a golfinhos por aquele determinado produto. Ao desestimular a compra de atum sem aquele selo, essa medida também tinha por objetivo reduzir a pesca de atum por métodos que resultassem em morte ou danos sérios incidentais a mamíferos do oceano (comumente, golfinhos).

Ambos os exemplos retratam claramente restrições ao comércio baseadas em *métodos de processo e produção* de um produto, uma vez que estão ligados à forma como, respectivamente, camarões ou atuns são pescados, e não ao produto propriamente dito. Regulamentar a captura de camarão e atum de forma a minimizar o impacto em grupos de golfinhos e tartarugas marinhas sequer apresenta uma repercussão direta ao produto final em questão, caracterizando PPMs não incorporados ao produto (os chamados npr-PPMs). Por não implicar consequências perceptíveis no produto final e que não seriam de plano constatadas pelo consumidor, a utilização de medidas com relação a npr-PPMs é ainda mais particular, conforme será detalhado no tópico a seguir.

### **3.1.1 A implicação dos PPMs no produto final e a classificação *pr-PPM* / *npr-PPM***

---

<sup>143</sup> Ainda, cabe mencionar o caso *Belgian Family Allowances*, de 1952. Ele é considerado o primeiro caso a tratar de medidas PPMs não incorporados ao produto. Trata-se de uma medida que impunha um tratamento diferencial, através da isenção de taxa de importação, por parte do governo belga à países que aplicassem um sistema de abonos familiares similar ao aplicado pela Bélgica. A isenção justificava-se pelo fato de que a taxa, se não incorporada pelo produto, deveria ser suportada pelo empregador. O caso, que impõe padrões legislativos internos de um país a outro por meio da expedição de taxas à importação, pode ser comparado, analogamente, a medidas baseadas em PPMs ambientais que impõem padrões ambientais de um país a outro, e por isso traz uma problemática bastante relevante, ainda que não necessariamente ligada a questões ambientais. Cf. BERNASCONI-OSTERWALDER *et al.* 2006, pp. 217-218 e CHARNOVITZ, 2002, pp. 83-84.

<sup>144</sup> Versões abreviadas de *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*.

<sup>145</sup> Versões abreviadas de *United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*.

Os métodos de produção e processamento podem ou não repercutir nas características finais do produto em questão. Nas palavras de Conrad, “alguns PPMs são incorporados no produto final devido ao impacto físico que lhe causam, e outros PPMs são não-incorporados no sentido de não deixarem quaisquer traços físicos sobre ou dentro da mercadoria”<sup>146</sup>. Esse critério enseja uma divisão de suma importância na análise do objeto deste trabalho: caso haja uma repercussão nas características físicas do produto final que tenha sido originada a partir tão somente da diferença dos métodos produtivos, tem-se os chamados *pr-PPMs* (do inglês *product-related Process and Production Methods*); caso contrário, denominam-se *npr-PPMs* (*non-product-related PPMs*)<sup>147</sup>.

Em termos ambientais, na primeira categoria (*pr-PPMs*), como o nome sugere, o impacto ambiental é incorporado pelo produto. O método ao qual o produto é submetido traz consequências diretas às suas características físicas, e tem por escopo externalidades de consumo.

Exemplos clássicos de *pr-PPMs* são produtos agrícolas cultivados com uso de pesticidas e produtos que contenham substâncias agressivas à camada de ozônio<sup>148</sup>. Produtos agrícolas, e.g., podem ser cultivados com ou sem o uso de pesticidas, e esse uso ou não uso é o que caracteriza o PPM em questão. Ocorre que o PPM não irá repercutir apenas externamente, no momento da produção, pois seus traços permanecerão no produto agrícola final. O mesmo ocorre com aerossóis produzidos com CFC<sup>149</sup>, pois o produto final irá conter esse gás se o PPM utilizado fizer uso dessa substância.

---

<sup>146</sup> No original: “In other words, some PPMs are incorporated in the end-product by means of the physical impact they exert on it, and other PPMs are unincorporated in the sense that they do not leave any physical traces on or in the merchandise” (CONRAD, 2013, p. 28).

<sup>147</sup> Charnovitz apresenta uma crítica com relação à simplicidade dessa distinção, particularmente pois, em sua visão, todos os PPMs de alguma maneira afetam o produto (2002, pp. 65-67). Crowley e Howse (notadamente Robert Howse, como ele pontua em alguns outros trabalhos de sua autoria) também apresentam uma crítica, não à taxonomia, mas aos conceitos atribuídos pela doutrina às duas categorias. Para os autores, o entendimento de que “não relacionados ao produto” relaciona-se à ideia de não envolver características físicas é incorreto; para eles, “relacionar-se ao produto” significa apenas que o PPM está inserido no contexto de comércio de produtos, e não em outra categoria. Está, assim, regulamentado pelo GATT, TBT, SPS e outros acordos sobre comércio de produtos, e não, e.g., no GATS ou no TRIPS. Como eles ressaltam, na análise do caso *US – Tuna II*, “in determining whether the US measure was a technical regulation, the AB never even considered the notion that ‘characteristic’ might mean physical characteristic”, corroborando a sua interpretação. Cf. CROWLEY e HOWSE, 2014, pp. 325-327.

<sup>148</sup> OECD, 1997, p. 12.

<sup>149</sup> O clorofluorcarbono (CFC) é um gás que costumava ser injetado nas embalagens de aerossol para que o líquido pudesse ser propulsionado para fora do frasco, e é extremamente prejudicial à camada de ozônio: “O clorofluorcarbono (CFC) é a principal substância destruidora da Camada de Ozônio. Foi amplamente utilizado entre as décadas de 80 e 90 na indústria de produtos e serviços, como a de refrigeração. O consumo do gás foi banido em 2010. Existem diferentes derivados do composto (CFC-11, o CFC-12, o CFC-113 e CFC-114), todos com funções específicas. O CFC-11, por exemplo, era usado na manufatura de espuma, em aerossóis e em bombinhas para asma. Já o CFC-12 serviu como esterilizantes e fluidos refrigerantes para geladeiras e ar

A segunda categoria (npr-PPMs) retrata PPMs que não trazem consequências diretas ao produto final, e dirigem-se a externalidades relativas ao momento de produção (cultivo de plantas, criação de animais, exploração de recursos naturais, produção ou manufatura de produtos)<sup>150</sup>. Exemplo dessa classificação, além dos produtos analisados nos contenciosos citados no tópico anterior, é a utilização de determinados métodos produtivos que danifiquem a camada de ozônio (com a liberação excessiva de carbono, *e.g.*) ou utilizem recursos naturais em excesso<sup>151</sup>.

Ressalte-se a diferença entre os exemplos apresentados nos dois casos: produtos que *contenham* substâncias nocivas à camada de ozônio e produtos cujo *método produtivo* cause impactos à camada. No primeiro caso, o CFC é uma externalidade negativa ao meio ambiente presente na composição físico-química do produto final – portanto, *relacionada* ao produto final (pr-PPM). Já o segundo exemplo envolve a liberação de gás carbônico apenas durante o processo produtivo, mas sem que esse gás seja incorporado ao produto final – portanto, é uma característica não relacionada ao produto (npr-PPM).

Charnovitz pontua que medidas baseadas em pr-PPMs têm objetivos que asseguram determinado aspecto da funcionalidade do produto, ou servem para proteger a integridade de seu consumidor, a exemplo de medidas de segurança alimentar, enquanto os npr-PPMs buscam resguardar um determinado interesse social que poderá ou não afetar o consumidor<sup>152</sup>.

Os pr-PPMs, por culminarem em distinções que afetam o produto final, encontram menos controvérsia no sistema normativo da OMC do que os npr-PPMs. Isso se verifica por ser mais fácil caracterizar produtos como “não similares” se eles apresentam características físicas distintas. Inclusive, encontram-se regulados em certa medida por acordos da OMC, como o Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS), a ser adiante tratado com maior detalhamento.

As chamadas medidas de PPMs ambientais são, no presente contexto, medidas relacionadas à forma de produção de determinado produto, e que impõem alguma restrição ao comércio internacional a partir de critérios de proteção ao meio ambiente. A partir disso, parte-se à análise de tais medidas dentro do arcabouço dos acordos da OMC, buscando compreender, assim, a problemática normativa envolvida.

---

condicionado”. Fonte: <<http://www.protocolodemontreal.org.br/eficiente/sites/protocolodemontreal.org.br/pt-br/site.php?secao=perguntaserespostas&pub=134>>. Acesso em 24.05.2015.

<sup>150</sup> OECD, 1997, p. 11.

<sup>151</sup> OECD, 1997, p 15-16.

<sup>152</sup> CHARNOVITZ, 2002, p. 65.

### 3.1.2 As medidas PPMs ambientais e sua problemática

As medidas regulatórias baseadas em PPMs ambientais podem ser tomadas de diversas formas, tais como rótulos que indicam a origem sustentável de um produto (*eco-labels*), banimentos (embargos) e restrições à importação de produtos inadequados a parâmetros de PPMs impostos por um país, taxas impostas a produtos fora de tais padrões ambientais<sup>153</sup>. Todas essas medidas constituem restrições comerciais, *a priori* vedadas pelo sistema multilateral de comércio, conforme verificado no Capítulo 2, e que são impostas sob o pretexto de proteção ambiental.

Justamente por serem impostos com uma justificativa de proteção ambiental, debate-se em que medida elas realmente são incompatíveis com o sistema multilateral de comércio internacional, haja vista que tais restrições visam a um bem maior. O balanceamento entre proteção ambiental e livre comércio internacional é de importância reconhecida pelo próprio sistema OMC, diante, a título de exemplo, do Artigo XX do GATT e do próprio preâmbulo do Acordo Constitutivo da OMC<sup>154</sup>.

Essa discussão encontra-se em ascensão num cenário internacional em que há uma crescente ampliação de políticas e discursos ambientais, particularmente em defesa do desenvolvimento sustentável. Enquanto um dos conceitos-chave do sistema de não discriminação do comércio internacional, qual seja, *produtos similares*, é justamente o cerne da discussão sobre PPMs, evidente que a aceitação de diferenciação de produtos com base na sua forma de produção é controversa. Veja-se que a própria utilização das escusas do Artigo XX do GATT, um texto redigido em 1947, ainda suscita debate, pois, no caso concreto, trata de avaliar o real intento do Estado regulador em proteger os valores dispostos nas alíneas desse artigo em detrimento do livre comércio, ou se se trata apenas de uma discriminação injustificada e arbitrária.

É essencialmente essa também a grande controvérsia das medidas baseadas em PPMs ambientais, em especial por pautarem-se em um mecanismo de diferenciação que na prática ainda é muito subjetivo.

Ademais, conforme Charnovitz esclarece:

---

<sup>153</sup> OCDE, 1997, p. 9. Para uma breve análise comparativa dessas alternativas, cf. CONRAD, 2013, pp. 452 e ss.

<sup>154</sup> O Acordo Constitutivo da OMC, preambularmente, reconhece a necessidade de se objetivar “a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e um volume considerável e em constante elevação de receitas reais e demanda efetiva, o aumento da produção e do comércio de bens e de Serviços, permitindo ao mesmo tempo a utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo de um desenvolvimento sustentável e buscando proteger e preservar o meio ambiente e incrementar os meios para fazê-lo, de maneira compatível com suas respectivas necessidades e interesses segundo os diferentes níveis de desenvolvimento econômico” (MDIC, Acordo da OMC).

O uso de PPMs ambientais é controverso por duas razões principais. Primeiramente, um PPM pode restringir o comércio ou torná-lo mais difícil ou custoso para um exportador enviá-lo a um mercado internacional. Em segundo lugar, PPMs são um sinal de países importadores a países exportadores a propósito das práticas ambientais e normas que o país importador considera que o país exportador deve manter.<sup>155</sup>

No mesmo sentido, parte das ressalvas existentes com relação a uma mais ampla aceitação das medidas de PPMs ambientais está ligada a uma crítica à existência de um “eco-imperialismo”<sup>156</sup>. Isso porque, na medida em que são os países desenvolvidos os detentores de meios mais próximos da sustentabilidade (tanto pelo desenvolvimento tecnológico, quanto pelos recursos financeiros para tanto), não é raro que se identifique a imposição de medidas protetivas do meio ambiente como uma forma de dominação comercial dos países mais industrializados<sup>157</sup>.

Sendo um debate recente no âmbito do comércio internacional (cuja regulamentação, por exemplo, apenas relativamente recentemente passou a levar em consideração a mitigação também de barreiras não tarifária<sup>158</sup>), o devido esclarecimento dessa questão, como já mencionado, ainda deixa a desejar.

A discussão sobre o impacto de PPMs ambientais no comércio internacional é, assim, relevante também na tentativa de um reconhecimento amplo de padronização de critérios entre os países, para que os padrões relativos aos métodos produtivos tornem-se homogêneos, na medida do possível. Quanto mais ampla é a aceitação da importância do reconhecimento de PPMs à proteção ambiental e, por conseguinte, mais extensamente regulamentada é a questão, menos controvérsias relativas ao tema dentro do comércio internacional. Assim, seria possível a mitigação de barreiras ao comércio relativas aos PPMs, notadamente aquelas que são impostas injustificada ou arbitrariamente por um país com fins discriminatórios, ainda que mascarada por pretensões ambientais.

Conforme Read considera, a busca por uma regulamentação de PPMs é também advinda do sucesso do sistema de liberalização multilateral do comércio, que levou a um “crescente foco em questões qualitativas mais sofisticadas relativas às escolhas do

---

<sup>155</sup> No original: “The use of environmental PPMs is controversial for two main reasons. First, a PPM can restrict trade or make it harder and costlier for an exporter to supply a foreign market. Second, PPMs are a signal from importing countries to exporting countries about the environmental practices and laws that the importing country thinks the exporting country should have” (CHARNOVITZ, 2002, p. 62).

<sup>156</sup> CHARNOVITZ, 2002, p. 70.

<sup>157</sup> Cf. READ, 2005, p. 243.

<sup>158</sup> Particularmente com a Rodada de Tóquio, 1973-1979, e a Rodada do Uruguai, 1986-1993.

consumidor acerca de modos alternativos de produção, em oposição a questões quantitativas relacionadas à oferta de produtos e preços”<sup>159</sup>.

Apesar disso, tal padronização não é um procedimento simples, particularmente dado que os países têm liberdade soberana para regulamentar seus métodos produtivos, bem como a ingerência de seus recursos naturais – ainda que tal ingerência tenha efeitos globais, como, reconhecidamente, é o impacto transfronteiriço dos danos ambientais<sup>160</sup>. Não suficiente, para o estabelecimento desses padrões seria necessário amplo estudo científico, e divergências sobre critérios para essas avaliações entre os países seriam constantes<sup>161</sup>.

Cabe anotar que os padrões ambientais não estão disciplinados de maneira uniforme nos diversos países-membros da OMC, de modo que, por consequência, medidas voltadas à proteção ambiental, por natureza, serão incompatíveis nos mercados distintos. Justamente por esse motivo, é comum que as restrições ao mercado internacional visando à proteção ambiental tenham origem em resoluções e estudos internos, criando reflexos no mercado internacional.

Diante dessas dificuldades, este trabalho averigua as limitações das medidas baseadas em PPMs ambientais. O foco é dado às medidas baseadas em npr-PPMs, pois, como já explanado, por não se refletirem no produto final, são essas mais subjetivas e de delimitação mais complexa.

### 3.2 PPMs AMBIENTAIS: (IN)CONSISTÊNCIAS COM O SISTEMA

Tradicionalmente, não há espaço, no sistema multilateral de normas de comércio internacional, para medidas que levem em consideração o conceito de PPMs como critério

---

<sup>159</sup> No original: “The desire to regulate trade based upon PPMs is arguably a direct consequence of the success of multilateral trade liberalisation, notably in the leading industrialised countries. Liberalisation has led to an increasing focus on more sophisticated qualitative issues relating to consumer choice regarding alternative modes of production as opposed to quantitative issues related to product supply and prices.” READ, 2004, p. 125.

<sup>160</sup> Cf. KISS E SHELTON, 2007, pp. 44 e seguintes.

<sup>161</sup> A OCDE, em seu relatório sobre PPMs, pontua: “Experience has shown that countries affected, particularly when they apply different domestic requirements, raise issues such as the scientific basis for the PPM requirements and the priority of scientific evaluation over political choices or whether it is justified to apply the precautionary principle in the evaluation process. (...) The harmonisation of non-product-related PPM requirements is highly problematic and may be undesirable where the PPMs in question have no transboundary or global environmental effects. While strict non-product-related PPM requirements may have positive benefits for sustainable development by removing some of the hidden costs of environmentally unsound practices, demands for harmonisation of non-product-related requirements may be difficult to justify because it is generally accepted that a country's solution to domestic environmental problems should be based on its own policy decisions and evaluations, reflecting its own economic conditions and social preferences. Harmonisation of non-product-related PPM requirements may even be undesirable to the extent that it masks comparative advantage”. (1997, pp. 14 e 17, notas de rodapé suprimidas).

restritivo. Os pilares do sistema, como explanado no Capítulo 2, fundamentam-se na ideia de tratamento igualitário, dentro e fora das fronteiras do país regulador, a *produtos similares* nacionais e estrangeiros, sendo *a priori* irrelevante a forma como tais produtos são cultivados ou produzidos, particularmente se a maneira como eles são produzidos não deixa traços no produto final. Assim, ainda que haja uma aceitação em maior grau dessas medidas no âmbito dos pr-PPMs (afinal, verifica-se uma distinção mais concreta no produto final), o mesmo não é válido para npr-PPMs.

Ademais, esse tratamento igualitário entre produtos similares deve se pautar também no Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias (HS), introduzido em 1985 a fim de uniformizar as concessões tarifárias. Esse sistema foi amplamente recebido pelos membros da OMC, ao ser integrado pelo Artigo II do GATT/94<sup>162</sup>, e classifica mercadorias por um quadro de nomenclaturas, de modo que as tarifas aduaneiras deverão respeitar os limites acordados pelos países nesse acordo<sup>163</sup>. A título exemplificativo, no contexto de PPMs, o capítulo 4 do Sistema Harmonizado internacional trata de “Leite e laticínios; ovos de aves; mel natural”, descrevendo diversos tipos de queijos, leites e ovos, inclusive quanto à forma de produção. Contudo, não há uma diferenciação para aqueles

---

<sup>162</sup> O Artigo II do GATT/94 (Lista de Concessões) dispõe: “1. (a) Cada Parte Contratante concederá às outras Partes Contratantes, em matéria comercial, tratamento não menos favorável do que o previsto na parte apropriada da lista correspondente, anexa ao presente Acordo. (b) Os produtos das Partes Contratantes, ao entrarem no território de outra Parte Contratante, ficarão isentos dos direitos aduaneiros ordinários que ultrapassarem os direitos fixados na Parte I da lista das concessões feitas por esta Parte Contratante, observados os termos, condições ou requisitos constantes da mesma lista. Esses produtos também ficarão isentos dos direitos ou encargos de qualquer natureza, exigidos por ocasião da importação ou que com a mesma se relacionem, e que ultrapassem os direitos ou encargos em vigor na data do presente Acordo ou os que, como consequência direta e obrigatória da legislação vigente no país importador, na referida data, tenham de ser aplicados ulteriormente. (...)” (MDIC, GATT/47).

<sup>163</sup> Conforme MDIC: “O Sistema Harmonizado, conhecido como SH, é uma nomenclatura sistemática com a seguinte estrutura: Lista ordenada de Posições e de Subposições, compreendendo 21 Seções, 96 Capítulos e 1.241 Posições, subdivididas em Subposições. O Capítulo 77 foi reservado para utilização futura do SH e os capítulos 98 e 99, para utilização das partes contratantes; Notas de Seção, de Capítulo e de Subposição; Seis Regras Gerais Interpretativas. As mercadorias estão ordenadas de forma progressiva, de acordo com o seu grau de elaboração, principiando pelos animais vivos e terminando com as obras de arte, passando por matérias-primas e produtos semielaborados. Quanto maior a participação do homem na elaboração da mercadoria, mais elevado é o número do capítulo em que ela será classificada. O SH compreende 5.019 grupos ou categorias distintas de mercadorias identificadas por um código de 6 dígitos. Os dois primeiros dígitos indicam o Capítulo. A Posição dentro do Capítulo é identificada pelos quatro primeiros dígitos. O quinto dígito, denominado Subposição Simples (de 1º nível ou de 1 travessão), representa o desdobramento da Posição. O sexto dígito, Subposição Composta (de 2º nível ou de 2 travessões), corresponde ao desdobramento da Subposição Simples. Se o quinto e sexto dígitos forem iguais a zero, significa que não há desdobramento da Posição. Se somente o sexto dígito for igual a zero, significa que não há desdobramento da Subposição Simples em 2º nível.”. Fonte: MDIC. *Identificando seu produto no mercado internacional: Sistema Harmonizado*. Disponível em: <[http://www.mdic.gov.br/sistemas\\_web/aprendex/de\\_fault/index/conteudo/id/21](http://www.mdic.gov.br/sistemas_web/aprendex/de_fault/index/conteudo/id/21)>. Acesso em 24 maio 2015.

produtos de leite e derivados que tenham sido obtidos através de produção orgânica, de modo que, em tese, não pode haver uma diferenciação tarifária que privilegie esses produtos<sup>164</sup>.

Na ausência de regulações do Artigo II e de classificação dentro do HS, presume-se que os membros da OMC podem introduzir subclassificações dentro do seu parâmetro internacional de tarifas, inclusive relativamente a npr-PPMs<sup>165</sup>. No entanto, ainda assim, a sujeição ao conceito de produtos similares não é sua discricionariedade, e poderá ser arbitrada pelo MSC no caso de uma reclamação ser levantada por um membro que se sinta prejudicado, e, conforme indica Mota, o excesso na particularização dos produtos na lista de classificações pode gerar profunda discriminação<sup>166</sup>.

Cabe ressaltar, de todo modo, que já se esclareceu não ser a classificação HS exaustiva; ou seja, suas descrições não estabelecem parâmetros definitivos para o entendimento do que seriam produtos equivalentes<sup>167</sup>. Mesmo porque as classificações impostas por esse sistema são relativamente genéricas<sup>168</sup>, de modo que eventual diferenciação de produtos com base em seu método produtivo pode se encaixar perfeitamente na classificação (mais ampla) configurada pelo HS. Assim, a classificação tarifária de um produto *per se*, conforme a respectiva lista de concessões, não poderia ser o único indicativo da equivalência de produtos<sup>169</sup>.

A partir disso, tem-se que a particular dificuldade que as medidas restritivas baseadas PPMs ambientais encontram relaciona-se à complexidade de distingui-los, enquanto medidas protetivas do meio ambiente, de uma forma de discriminação injustificada, bem como de protecionismo ilícito. Read explica que “isso se dá porque o uso de critérios

---

<sup>164</sup> BRASIL. Tarifa Externa Comum. Brasília, Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=3361>>. Acesso em: 24 maio 2014.

<sup>165</sup> CONRAD, 2013, p. 35.

<sup>166</sup> MOTA, 2005, p. 121.. Ele exemplifica o caso do n. 107 da Lista Alemã de 1902, cuja disposição descrevia um tipo de galo de maneira tão específica que, embora formalmente poderia se aplicar a qualquer país, na prática somente se aplicava a galos que apenas poderiam ser encontrados na Suíça e no Tirol austríaco, sem uma justificativa objetiva para isso. Assim, a especificação violava flagrantemente a cláusula NMF, dando privilégio *de facto* a esses dois países.

<sup>167</sup> *Japan – SPF Dimension Lumber* (panel report), 1989, p. 29: “The adoption of the Harmonized System, to which both Canada and Japan have adhered, had brought about a large measure of harmonization in the field of customs classification of goods, but this system did not entail any obligation as to the ultimate detail in the respective tariff classifications. Indeed, this nomenclature has been on purpose structured in such a way that it leaves room for further specifications” (BISD 36S/167, 1989).

<sup>168</sup> A lista de concessões tarifárias do Brasil na OMC podem ser encontradas em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=367>>. Acesso em 29.03.2014.

<sup>169</sup> CONRAD, 2013, p. 36.

qualitativos para medidas restritivas de mercado (...) pode, por sua própria natureza, carecer de justificação científica”<sup>170</sup>.

Outra crítica que se coloca a esse tipo de medida é o fato de que, conforme consideram alguns autores, de certa maneira, ao determinar barreiras ao comércio em face de um determinado método produtivo, o país que determina a restrição está impondo tal método produtivo a outro país<sup>171</sup>. Bernasconi-Osterwalder *et al.* Explicam que

críticos associam restrições ao comércio baseados em PPMs com extraterritorialidade porque, em sua leitura, o país que emana essas medidas está determinado ao produtores dos países exportadores *como* eles devem produzir ou cultivar seus bens, condicionando o acesso ao mercado no uso do PPM.<sup>172</sup>

Essa adução observa que, ao restringir a importação de, *e.g.*, camarão pescado sem danos às tartarugas marinhas, o país regulador está estendendo seus padrões ambientais à jurisdição de outros países. Por essa interpretação, uma tal medida pode ser considerada aplicação extraterritorial das normas do país regulador, o que seria contrário não só ao direito da OMC, mas as normas de direito internacional como um todo.

Essa leitura da questão presume ainda que, mesmo que o dano ambiental tenha, reconhecidamente, impactos transfronteiriços, a imposição dessas medidas ao comércio internacional (e, portanto, a produtores externos) quando o bem protegido está apenas dentro da jurisdição do país que as impõe pode ser considerada como uma medida unilateral de caráter extraterritorial<sup>173</sup>. Não haveria, por essa lógica, interesse de um país impor a outro, por exemplo, padrões de conservação de recursos naturais que estão fora de sua jurisdição, mesmo porque cada país é soberano para dispor de seus próprios recursos.

Quando há respaldo em um tratado (seja bilateral ou multilateral) que indique a necessidade de medidas PPMs para um determinado objetivo, pode-se considerar a existência de um consenso entre as partes que permita tal aplicação – nesse ponto, os MEAs, tratados no Capítulo 2, são de suma importância, ainda que seu papel não esteja completamente esclarecido com relação ao direito da OMC<sup>174</sup>.

Contudo, duas questões quanto à aplicabilidade de MEAs são centrais, e demonstram a insuficiência desse argumento em favor de medidas PPMs. A primeira é a

---

<sup>170</sup> No original: “The issue of ‘disguised’ protection remains a particular concern of the WTO with respect to PPMs. This is because the use of qualitative criteria for restrictive trade measures, unlike those provided for in the SPS and TBT Agreements may, by their very nature, lack scientific justification” (READ, 2005, p. 247).

<sup>171</sup> HOWSE E REGAN, 2000, p. 275 e ss.

<sup>172</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER *et al.*, 2006, p. 239..

<sup>173</sup> Essa questão foi discutida no caso *US – Shrimp*. Cf. Capítulo 4 deste trabalho.

<sup>174</sup> Apesar disso, o interesse de preservação de recursos naturais face à restrição comercial é questionado pelos países prejudicados, como ocorreu no caso *US – Shrimp*, em que um MEA foi invocado para indicar o interesse globalmente reconhecido pela preservação de tartarugas marinhas.

dificuldade em se ter um tratado que descreva com precisão as medidas restritivas a serem tomadas e quais os objetivos a serem alcançados, particularmente dado o caráter *lex specialis* das normas de comércio da OMC<sup>175</sup>. Em segundo lugar, também há a eventual limitação da imposição de medidas PPMs ambientais a países que não são signatários desse tratado. Ademais, vale lembrar que o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC não costuma aplicar tratados fora do sistema normativo da instituição em suas disputas e, até o momento, nenhuma medida estritamente respaldada em um MEA foi levada à sua apreciação<sup>176</sup>.

Apesar dessas limitações, verifica-se que o arcabouço normativo da OMC não é completamente alheio à possibilidade de interação de acordos internacionais em compasso com as suas próprias normas. O Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT) introduziu no sistema multilateral de comércio uma lógica de ensejo à busca pela harmonização de critérios internacionais relativos a regulamentos técnicos, dentre os quais podem figurar os PPMs ecossustentáveis. Há, contudo, uma evidente dificuldade em se chegar a um consenso (por motivos políticos e econômicos) acerca de padrões ambientais. Verifica-se, assim, que não há qualquer previsão de consenso pela implementação de um código mais consolidado tratando diretamente de PPMs<sup>177</sup>.

Outra crítica contrária a uma maior regulamentação de PPMs é a de que se considera que regulamentação explícita relativa a PPMs pode gerar uma extrema complexidade normativa, ensejando ainda mais disputas comerciais<sup>178</sup>.

Tradicionalmente, impõe-se frontalmente à adoção de medidas PPMs a existência do que Robert Hudec chama de “doutrina produto-processo”<sup>179</sup>. Essa doutrina, em conformidade com uma leitura estrita da ideia de produtos similares e uma interpretação tradicional das

---

<sup>175</sup> Alguns autores, contudo, consideram que a consagração de princípios como o do desenvolvimento sustentável (presente na Agenda 21 e Declaração do Rio), seguido de sua recepção pelo Acordo de Marraqueche, eliminam quaisquer eventuais antinomias entre MEAs e acordos da OMC. PUTH *apud* CONRAD, 2013, pp. 129-130

<sup>176</sup> CONRAD, 2013, p. 129.

<sup>177</sup> READ, 2005, p. 243.

<sup>178</sup> READ, 2004, p. 125.

<sup>179</sup> Esclarece Robert Hudec: “Under this so-called “product-process” doctrine, product distinctions based on characteristics of the production process, or of the producer, that are not determinants of product characteristics are simply viewed as a priori illegitimate. Product distinctions of this kind cannot be used as a justification for different treatment of foreign and domestic goods. When dealing with a product distinction based on such non-product criteria, WTO panels are instructed to ignore the non-product criteria and to determine whether any difference of treatment between foreign and domestic products can be justified under the other test of legitimacy provided in Article III — the “like product” test and its allied doctrines” (HUDEC, 1998, pp. 8-9). O trecho figura em um texto relativamente ultrapassado com relação ao tema, mas ajuda a elucidar a forma como ainda se verifica amplamente a hesitação em aceitar o conceito de PPMs como forma de diferenciação de produtos. Em sentido diametralmente oposto, Howse e Regan defendem que a regulação do comércio tendo por base PPMs em nada difere da regulação orientada pelas características do produto (2000). A leitura de Howse e Regan é diretamente contra-arrazoada por John. H. Jackson (2000), ao afirmar que há uma base textual explícita para a diferenciação entre regulações baseadas no produto e aquelas baseadas nos seus PPMs.

normas da OMC, indica que a distinção de processos produtivos seria absolutamente irrelevante à análise da conformidade de uma medida com o sistema; a distinção dos procedimentos seria *per se* ilegal<sup>180</sup>.

Tal posicionamento reflete a adversidade de medidas PPMs quando confrontadas com o princípio geral da não discriminação. Isso porque a não discriminação tem como um de seus elementos centrais o conceito de *produtos similares*, os quais devem ser tratados da mesma maneira independentemente de sua nacionalidade – daí as cláusulas TN e NMF.

Nesse sentido, a primeira etapa para se verificar se uma medida constitui uma afronta a essas cláusulas é averiguar se o produto que estaria sendo prejudicado é similar ao produto que estaria recebendo tratamento favorável (seja de um país em detrimento de outro, no caso da NMF, seja de um produto nacional em detrimento de um produto importado, no caso da TN).

### **3.2.1 PPMs, as cláusulas de não discriminação e o conceito de *produto similar***

É já no texto do GATT/94 que a questão das medidas baseadas em PPMs encontra sua primeira problemática. Os artigos I e III do GATT cristalizam as cláusulas de não-discriminação NMF e TN, determinando que medidas regulatórias do comércio internacional não podem ser criadas para privilegiar produtos de uma nacionalidade em detrimento de outra.

Efetivamente, por se tratar de barreira ao comércio, particularmente dado que essa barreira é imposta a uma determinada categoria de produtos diferenciada a partir do seu modo de produção, há iminente conflito dessas medidas com o conceito de *produtos similares* cristalizados pelos Artigos I e III, dentre diversos outros, do referido texto.

As cláusulas de não discriminação visam a impedir o tratamento diferencial entre produtos advindos de origem distinta – seja esta nacional ou estrangeira. Contudo, para a verificação de tratamento discriminatório, os produtos em questão (o dito “prejudicado” pelo país reclamante e o que goza de tratamento privilegiado) devem ser equivalentes em determinado nível, de modo que, como já mencionado, tais artigos fazem alusão ao termo “similares”.

Como determina a cláusula NMF, as mesmas medidas restritivas ao comércio (devidamente adequadas ao sistema, *e.g.*, dentro dos limites determinados pela lista de

---

<sup>180</sup> HOLZER, 2014, p. 94.

concessões respectiva), assim como os mesmos privilégios acordados a um determinado país, devem ser automaticamente estendidos aos todos os países da OMC – ou melhor, aos demais *produtos similares* advindos desses países. Nesse contexto, conforme os parágrafos 2 e 4 do Artigo III, não se poderá conceder tratamento menos favorável (seja relativamente a impostos e tributos internos, no caso do III.2, seja relativamente a leis, regulamentos e exigências, no caso do III.4) a um produto similar importado do que aquele concedido a um produto nacional.

No âmbito do TN, mesmo após a entrada no mercado interno de determinado produto, o uso de regulamentos internos (leis, diretivas, portarias, etc.) sobre produtos importados com base na diferenciação PPM pode levar a que se considere uma discriminação injustificada, se não reconhecido o efetivo valor daquele PPM com relação ao produto final.

Em síntese, no âmbito das cláusulas de não-discriminação, ter-se-á um país que irá reclamar tratamento discriminatório, seja com base na cláusula NMF, seja com base na cláusula TN, de uma medida advinda do país regular que privilegia o produto nacional ou de um grupo de outros países em detrimento do produto daquele país reclamante. Dessa forma, há, inequivocamente, uma comparação entre grupos de produtos de origens distintas. A determinação da similiaridade (ou seja, da possibilidade de equivalência) desses produtos para os fins dos Artigos I e III será feita na casuística, e de acordo com os critérios BTA descritos no Capítulo 2.

De efeito, como ponderado por Read, “a expressão crítica [no Artigo III], qualificada no Parágrafo 2, é o termo ‘produto similar’, definido como ‘um produto diretamente competidor ou que possa ser substituto direto’”<sup>181</sup>. Cumpre relembrar os quatro critérios BTA, explanados no Capítulo 2, utilizados pela casuística do SSC/OMC para a verificação de produtos similares: a) as propriedades, natureza e qualidade dos produtos (referentemente às suas características físicas), b) o propósito final do uso dos produtos, c) a classificação tarifária em termos alfandegários e d) o gosto e hábito dos consumidores (em que medida os produtos são substituíveis para eles).

Assim, e em vista da metodologia restritiva dos quatro critérios já consolidada para a verificação de produtos similares, não há espaço para a diferenciação com base na forma pela qual tais produtos foram produzidos, cultivados ou capturados. Read pontua, assim, que, dos quatro critérios em questão, apenas o último (os gostos e hábitos dos consumidores; a medida em que os consumidores consideram os produtos como potencialmente substituíveis) seria

---

<sup>181</sup> Do original: “The critical wording, qualified in Paragraph 2, is the term “like product”, defined as “a directly competitive or substitutable product”.” (READ, 2004, p. 126).

aplicável para a problemática dos PPMs, e, ainda assim, “apenas para consumidores bem informados e discernentes”<sup>182</sup>. Choi, todavia, indica que esse último critério tem sido aplicado restritivamente pelos painéis<sup>183</sup>.

A análise envolvendo as cláusulas de não discriminação não se restringe, contudo, à averiguação acerca da similaridade dos produtos; não basta que os produtos em questão sejam considerados similares para que uma medida regulatória que dificulte o acesso ao mercado de um produto menos ecossustentável seja considerada incompatível com o GATT. É necessário, ainda, que a medida adotada seja discriminatória, retirando a possibilidade de igualdade na competitividade dos produtos analisados<sup>184</sup>.

Antes de tecer maiores considerações sobre a interpretação do termo *produtos similares* e a aceitação de medidas PPMs ambientais, cabe analisar brevemente três casos relevantes do sistema de solução de controvérsias do sistema GATT/OMC nesse tocante, a fim de esclarecer melhor a questão e verificar-se de que maneira os *reports* já trataram a matéria em casos anteriores.

### 3.2.1.1 Spain – Unroasted Coffee (1981)

O primeiro caso paradigmático para a análise do conceito de produtos similares e a ideia dos PPMs é o *Spain – Unroasted Coffee*, arbitrado ainda no sistema de contenciosos do GATT/47.

Em 1979, a Espanha impôs tarifas diferenciais, com base em uma classificação por ela arbitrada, a diferentes tipos de café, através de uma lei que diferenciava café não torrado em cinco subcategorias (*Columbian mild, other mild, unwashed Arabica, Robusta* e outros), sobre três das quais incidiam tributos (*unwashed Arabica, Robusta* e outros), enquanto as duas outras permaneciam isentas. Atingido por um tratamento tarifário prejudicial, pois seu café era majoritariamente representado pelo subtipo *unwashed Arabica*, o Brasil opôs uma reclamação junto ao sistema de solução de controvérsias do sistema GATT em 1979. A Espanha alegou que não se tratavam de produtos similares, pois a maneira como eles eram cultivados e preparados fazia com que tais grãos tivessem diferentes gostos e aromas, de modo que os próprios consumidores os diferenciavam no mercado interno.

---

<sup>182</sup> Do original: “Of the above WTO criteria for like products, only the last – consumer tastes and habits – would apply and then only for well-informed and discerning consumers” (READ, 2005, p. 245).

<sup>183</sup> CHOI, 2012, p. 05.

<sup>184</sup> POTTS, 2008, p. 18.

Na análise do caso, o painel determinou que seria necessário averiguar i. o significado do termo *productos similares* e ii. a existência de preferências de um país em detrimento de outro por consequência do sistema tarifário imposto<sup>185</sup>.

Sopesando os argumentos das partes, o painel concluiu que os diferentes tipos de café categorizados pela Espanha deveriam ser considerados produtos similares. Interessante notar que, mesmo se tratando de um caso de pr-PPMs, “o painel não considerou que tais diferenças [as diferenças resultantes de fatores geográficos, métodos de cultivo, processamentos de grãos e fator genético] seriam suficientes para permitir tratamento tarifário diferenciado”<sup>186</sup>. Além disso, considerou que “café não tostado é principalmente, se não exclusivamente, vendido na forma de misturas (...) e que café, no seu uso final, é universalmente visto como um bem definido e único produto para bebida”<sup>187</sup>. Portanto, a diferença na tarifa alfandegária imposta pela Espanha seria contrária à cláusula MFN, Artigo I.1.

Esse caso demonstra uma inclinação do painel a levar em consideração preponderantemente os usos finais do produto em análise. Infere-se que, se o tratamento diferencial se pautasse em impor tarifas a café não-orgânico, buscando privilegiar cafés orgânicos, o painel também consideraria tal medida inconsistente com o Artigo I.1 do GATT/47.

### 3.2.1.2 *Japan – Alcoholic beverages (1996)*

A reclamação desse contencioso foi trazida ao MSC/OMC pelas Comunidades Europeias (CE), Estados Unidos e Canadá, diante do sistema de tarifas internas japonês, o qual classificava bebidas alcoólicas (shochu, uísque, brandy, rum, gim, genever e licores) e impunha diferentes taxas de acordo com essa classificação, dando particular preferência tarifária ao shochu, bebida tipicamente japonesa.

---

<sup>185</sup> L/5135 – 28S/102, 1981, p. 4.

<sup>186</sup> No original: “The Panel examined all arguments that had been advanced during the proceedings for the justification of a different tariff treatment for various groups and types of unroasted coffee. It noted that these arguments mainly related to organoleptic differences resulting from geographical factors, cultivation methods, the processing of the beans, and the genetic factor. The Panel did not consider that such differences were sufficient reason to allow for a different tariff treatment. It pointed out that it was not unusual in the case of agricultural products that the taste and aroma of the end-product would differ because of one or several of the above-mentioned factors.” (WT/DS8/R, p. 8, para. 4.6).

<sup>187</sup> No original: “The Panel furthermore found relevant to its examination of the matter that unroasted coffee was mainly, if not exclusively, sold in the form of blends, combining various types of coffee, and that coffee in its end-use, was universally regarded as a well-defined and single product intended for drinking” (WT/DS8/R, p. 8, para. 4.7).

Nesse caso, o painel formado também considerou que os produtos em questão eram similares. Para essa interpretação, os julgadores ponderaram que o que define a similaridade de um produto é seu *espaço no mercado*, e que análise da similaridade entre produtos seria, portanto, feita de forma discricionária na casuística<sup>188</sup>. Vodka e shochu, particularmente, seriam similares porque, além do procedimento de filtragem, existiria identidade, particularmente nas características físicas, dos dois produtos<sup>189</sup>. Assim sendo, deveriam ser taxados da mesma forma.

Em sede de apelação, o OAp manteve o entendimento de que shochu e vodka seriam equivalentes, assim como as demais bebidas alcoólicas<sup>190</sup>. Contudo, para chegar a essa conclusão, valeu-se de uma lógica distinta, proferindo a decisão que acabou por consagrar os quatro critérios BTA<sup>191</sup>.

Ademais, o OAp determinou um teste de duas etapas para estabelecer se uma medida é inconsistente com a *primeira frase* do Artigo III.2: (i) verificar se os produtos nacional e importado são similares e (ii) verificar se as taxas aplicadas aos produtos importados são superiores àquelas aplicadas aos seus similares nacionais<sup>192</sup>.

Assim, apesar da modificação interpretativa relativa à análise do termo *produtos similares*, o OAp entendeu haver violação ao Artigo III.2, primeira frase, por serem vodka e shochu produtos similares e, além disso, haver excesso nas taxas em comparação aos produtos domésticos.

---

<sup>188</sup> WT/DS8/R, p. 112, para. 6.22.

<sup>189</sup> WT/DS8/R, p. 113, para. 6.23.

<sup>190</sup> A diferença na categorização respalda-se no sistema de classificação HS 2208: “A uniform tariff classification of products can be relevant in determining what are “like products”. If sufficiently detailed, tariff classification can be a helpful sign of product similarity. (...) Moreover, the Appellate Body concludes that shochu and other distilled spirits and liqueurs listed in HS 2208, except for vodka (...)” (WT/DS8/AB/R, pp. 22 e 32)

<sup>191</sup> WT/DS8/R, p. 21-22. Importante ressaltar ainda que o OAp, nesse caso, teceu algumas considerações acerca da relação entre o HS e a metodologia para a determinação de similaridade entre produtos: “Uniform classification in tariff nomenclatures based on the Harmonized System (the “HS”) was recognized in GATT 1947 practice as providing a useful basis for confirming “likeness” in products. There are risks in using tariff bindings that are too broad as a measure of product “likeness”. Many of the least-developed country Members of the WTO submitted schedules of concessions and commitments as annexes to the GATT 1994 for the first time as required by Article XI of the WTO Agreement. Many of these least-developed countries, as well as other developing countries, have bindings in their schedules which include broad ranges of products that cut across several different HS tariff headings. For example, many of these countries have very broad uniform bindings on non-agricultural products. This does not necessarily indicate similarity of the products covered by a binding. Rather, it represents the results of trade concessions negotiated among Members of the WTO” (WT/DS8/AB/R, p. 22).

<sup>192</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER *et al*, 2006, pp. 40-41.

### 3.2.1.3 EC – Asbestos (2001)<sup>193</sup>

O caso *EC – Asbestos (amianto, em português)* é paradigmático em vários aspectos. Um deles é a explanação apresentada pelo OAp acerca da leitura a ser feita a respeito do conceito de *productos similares* no contexto do Artigo III.4 do GATT/94, comparando-o com o conceito do mesmo termo no Artigo III.2<sup>194</sup>. Ademais, o seu exame da aplicabilidade do Acordo TBT e da significação do termo “regulamento técnico” também é referência para julgados subsequentes<sup>195</sup>.

A origem da disputa está em um decreto francês que proibia a manufatura, processamento, venda, importação, transferência a qualquer título e colocação no mercado doméstico de todos os tipos de fibras de amianto, respaldada na proteção da saúde seus trabalhadores. Isso porque, segundo a França, havia indícios científicos de que as fibras de amianto seriam carcinogênicas e, portanto, altamente prejudiciais à saúde dos envolvidos. O contencioso foi levado ao MSC/OMC pelo Canadá contra as Comunidades Europeias.

No âmbito do GATT/94, o primeiro aspecto a ser analisado pelo painel foi o conceito de *productos similares*, comparando fibras que contêm amianto e outros tipos de fibras, bem como produtos à base de cimento contendo amianto e outros tipos de cimento (notadamente, cimento contendo fibras do tipo PCG). O painel chegou à conclusão de que os produtos seriam similares, particularmente porque os usos finais dos dois produtos seriam praticamente os mesmos<sup>196</sup>.

O OAp, entendendo que essa seria uma leitura bastante superficial dos critérios BTA, reverteu a conclusão do painel, que havia desconsiderado a notória diferença nas características físicas dos dois produtos, particularmente dada a toxicidade que advém dessas características em produtos contendo amianto. O OAp ainda ressaltou a importância de se considerar todos os quatro critérios BTA, assim como todas as evidências relativas a esse critério, quando da comparação entre dois grupos de produtos. Ademais, o OAp deixou claro que o exame das preferências dos consumidores é necessário, porém não suficiente por si só,

---

<sup>193</sup> Este caso também será abordado na subseção relativa às Exceções Gerais do Artigo XX, por trazer uma análise relevante também sobre a alínea (b) desse Artigo.

<sup>194</sup> WT/DS/135/AB/R, pp. 35 e ss. Ademais, para uma leitura aprofundada da diferença de significado nos dois artigos, cf. Hudec (2000).

<sup>195</sup> O OAp, apesar de entender pela aplicabilidade do TBT, deixou de examinar as alegações de inconsistência das medidas francesas com o Acordo por insuficiência de base fática (uma vez que o painel não as havia examinado, por entender que o TBT não seria aplicável). Não obstante, o procedimento utilizado pelo Órgão quando da aplicação do conceito ‘regulamento técnico’ serviu de base para julgados subsequentes melhor delinearem a interpretação do Acordo, tal como o caso *US – Tuna II*.

<sup>196</sup> WT/DS135/AB/R, pp. 31-32 e 52, paras. 84-85 e 137.

particularmente quando as características físicas dos produtos em comparação são tão díspares como no caso<sup>197</sup>.

O OAp também entendeu que “evidências relacionadas aos riscos à saúde associados a um produto podem ser pertinentes ao exame da similaridade conforme o Artigo III.4 do GATT/94”<sup>198</sup>, e discordaram do painel na conclusão de que “quando dois produtos podem ser usados para a mesma finalidade, as suas ‘propriedades seriam equivalentes, ou mesmo idênticas’”<sup>199</sup>.

Assim, robustamente estatuidando que, conquanto a finalidade do produto seja bastante semelhante, a disparidade física dos produtos contendo amianto e os que não contêm o produto, o OAp descartou o entendimento que os produtos seriam similares, entendendo, portanto, não haver afronta ao Artigo III.4 do GATT.

Após essa brevíssima análise de julgados que ilustram a ideia de produtos similares, algumas considerações sobre o modelo interpretativo apresentado são pertinentes.

De início, observa-se que os dois primeiros julgados em questão consideraram, sem extensiva análise, os produtos em questão como produtos similares. No caso *Spain – Unroasted Coffee*, inclusive, o painel considerou produtos que possuíam diferenças nas suas características físicas como semelhantes, devido ao entendimento de que seu propósito final seria o elemento decisivo.

Por outro lado, no caso *EC – Asbestos*, as diferenças nas características físicas foram cruciais para a determinação de que os produtos não seriam similares. Todavia, merece destaque o fato de que a diferenciação entre o produto contendo amianto e o produto livre desse tipo de fibra não se respalda meramente nas diferenças físicas entre eles, como o OAp constantemente reitera, mas sim na repercussão que tais características físicas trazem ao produto final em termos de toxicidade, constituindo uma ameaça à saúde humana.

Assim sendo, dentro do contexto do GATT/94, os precedentes acima levam a crer que o tratamento diferencial não pode ser oposto a produtos cuja única diferença seja seu

---

<sup>197</sup> WT/DS135/AB/R, p. 52, para. 139. O OAp indicou ainda haver evidências de que o cimento contendo amianto seria mais eficiente do que o cimento do PCG, mas que, em contraposição, os gostos e hábitos dos consumidores poderiam indicar que ainda assim seria dada preferência ao cimento PCG. Contudo, tal inquirição não foi examinada, por falta de provas (WT/DS135/AB/R, p. 54, para. 145 e ss.).

<sup>198</sup> No original: “We are very much of the view that evidence relating to the health risks associated with a product may be pertinent in an examination of “likeness” under Article III:4 of the GATT 1994” (WT/DS135/AB/R, p. 43, p. 113)

<sup>199</sup> No original: “In addition, we do not share the Panel’s conviction that when two products can be used for the same end-use, their ‘properties are then equivalent, if not identical’” (WT/DS135/AB/R, p. 42, para. 112).

método produtivo<sup>200</sup>, por serem produtos similares, a não ser que, como será visto no tópico subsequente, estejam justificados pelo Artigo XX.

Howse e Regan trazem, contudo, uma ponderação absolutamente pertinente a esse respeito. Eles consideram que dois produtos químicos que podem ser muito mais fisicamente semelhantes do que vodka e shochu (*e.g.*, pode ser diferentes apenas em relação a apenas um átomo), podem, em compensação, ser distintos no sentido de que um é extremamente explosivo e tóxico, enquanto o outro é inofensivo. Conforme bem ponderado pelos autores, “[n]inguém iria sugerir que esses dois produtos químicos são produtos semelhantes, apesar da sua extrema similaridade. [Um] tratamento diferencial seria obviamente justificável”<sup>201</sup>. Parece precisamente ser esse o caso em *EC – Asbestos*.

Com esse raciocínio, que, apesar de ilustrativo, é indubitavelmente relevante, eles ponderam que a ideia de similaridade não pode ficar restrita à similaridade meramente *física* dos dois elementos. É verdade que, dentro dos critérios BTA, a composição física e a finalidade de determinado produto certamente podem ser levados em consideração para definir se dois produtos em análise são produtos similares. Mas os autores arrematam:

A real questão é a existência de diferenças entre os produtos que justifique regulação diferenciada. (...). Isso nos dá o significado de "similar" no Artigo III. "Similar" significa apenas grosso modo "não se diferenciando em nenhum aspecto relevante a uma política efetivamente não protecionista". Essa não é uma interpretação recôndita; é o significado ordinário de 'similar' nesse contexto.<sup>202</sup>

Ademais, suponha-se que os produtos de amianto não tivessem qualquer diferenciação dentro do mercado interno, quanto aos gostos e preferências dos consumidores. Mesmo nesse cenário, ainda que os consumidores não diferenciassem os produtos, sendo a

---

<sup>200</sup> A jurisprudência mais recente de casos de PPMs ambientais (*US – Tuna II*) não esclarece diretamente a questão, demonstrando eventual modificação interpretativa, acerca da similaridade de produtos com base em seu método produtivo. Cf. Capítulo 4 deste trabalho.

<sup>201</sup> No original: “The root of the problem lies in the claim that physically identical products that differ only in their processing histories are “like” products. The opponent of process measures thinks this follows from the ordinary meaning of “like”. We disagree. “Likeness” in this context is not primarily a matter of physical similarity. To see this, consider two pairs of products. One pair is vodka and shochu, which were held to be like products in Japan – Taxes on Alcoholic Beverage, largely on the ground of their physical similarity. For the other pair, imagine two chemicals that are much more similar than vodka and shochu in their physical constitution (they might be very complicated molecules differing in only one atom), but such that one is harmless and the other is a dangerous explosive or a hideous neurotoxin. No one would think of suggesting that these two chemicals were “like” products, despite their extreme similarity. Different regulation is obviously justified” (HOWSE E REGAN, 2000, p. 12).

<sup>202</sup> No original: “The real issue is the existence of differences between the products that justify different regulation. Regulatory distinctions must have a rational relation to some non-protectionist regulatory purpose; and therefore products must be treated the same (that is to say, they are “like”), if and only if they do not differ in any respect relevant to an actual non-protectionist regulatory policy. This gives us the meaning of “like” in Article III. “Like” means roughly “not differing in any respect relevant to an actual non-protectionist policy”. This is not a recôndite interpretation; it is the ordinary meaning of “like” in this context. The context is a provision aimed at preventing a certain kind of discrimination” (HOWSE E REGAN, 2000, p. 12).

eles indiferente o fato de que um deles é carcinogênico e o outro não (o que derrui a aplicabilidade de um dos critérios BTA), ainda assim o Estado regulador teria base para impor uma diferenciação tarifária entre os dois tipos de cimento.

A partir dessa análise, tem-se que os critérios objetivos categoricamente listados e frequentemente utilizados pelos painéis e pelo OAp nos litígios levados à sua apreciação não suprem a necessidade de se abarcar os PPMs ambientais como um fator que, em certos casos, pode ser efetivamente diferencial entre produtos ordinariamente semelhantes.

Certamente, com isso não se argumenta que o rol de critérios a ser levados em consideração quando da comparação de dois produtos para a apreciação da sua similaridade seja também os seus métodos e processos produtivos. Contudo, esse elemento pode ser relevante para políticas que tenham um propósito legítimo, que deverão ser apreciadas na casuística, e que não necessariamente serão protecionistas. Essa análise sobre a discricionariedade e arbitrariedade de medidas já é realizada no contexto do Artigo XX; não há por que não fazer uma leitura equivalente no contexto dos produtos similares. Restringir-se a esses critérios tem por efeito diminuir a abrangência do conceito de similaridade de forma terminante, deixando de fora políticas que podem ter particular relevância para a proteção ambiental.

Pode-se levantar, ainda, o seguinte raciocínio, para rebater a alegação da suposta infração *prima facie* de medidas baseadas em PPMs ambientais às cláusulas de discriminação: se o produto sustentável importado e o produto sustentável nacional têm exatamente o mesmo tratamento privilegiado em detrimento do produto de mesma natureza não sustentável também importado e nacional, não há como se falar em tratamento discriminatório. Ou seja, se a restrição baseada na forma de manufatura ou captura do produto é acordada da mesma maneira aos produtores do país exportador, assim como aos do país que a impõe, a visualização de afronta ao Tratamento Nacional não parece existir<sup>203</sup>. É o que se chama de medidas neutras à origem (*origin-neutral measures*).

---

<sup>203</sup> HOWSE E REGAN, 2000, p. 259. Os autores utilizam-se de um exemplo bastante simples e elucidativo: "Suppose Utopia wishes to discourage dolphin-unsafe tuna-fishing but not to prevent it entirely, so it passes a law saying that dolphin-unsafe tuna, whether domestic or imported, may be sold at retail only on Thursdays. Assuming for the moment that all tuna, however caught, is the same ("like") product, what treatment is accorded by this regime to domestic tuna? The obvious answer is that domestic tuna is accorded a conditional treatment, as follows: "If dolphin-safe, sellable any day of the week; if dolphin-unsafe, sellable only on Thursdays." But of course this treatment is accorded to foreign tuna as well, so there is no violation". Ademais, os autores contra-arrazoam o argumento de que a vantagem de competição criada aos produtos estrangeiros a partir da regulamentação restritiva imposta pelo governo aos seus produtores nacionais seria uma vantagem comparativa, defendendo que seria, ao revés uma vantagem *competitiva* – cf. HOWSE E REGAN, 2000, p. 281.

De igual forma, se essa determinada medida é imposta a um produto de todos os países que comercializam com o país importador (assim como ao próprio país importador), não há tratamento discriminatório com relação à origem desse produto. Se o mesmo PPM é levado em consideração para a imposição da medida independentemente da sua origem do produto, não há afronta, seja à cláusula NMF, seja à cláusula TN.

Assim, com relação a esses dois artigos, como já ressaltado, a questão central cinge-se à adequação do termo *produto similar* ao caso concreto. Nesse contexto, seguindo a lógica de Hudec de que o GATT é um “acordo comercial”<sup>204</sup> e que isso atrai a assunção de que a ideia de *semelhança* ou *similaridade* está ligada a uma noção de *competitividade de produtos*<sup>205</sup>, pode-se considerar que é perfeitamente cabível o entendimento de que PPMs configuram critério diferenciador.

Note-se que, se dentro do próprio país membro há uma diferenciação nesse sentido, é justamente a competitividade desse produto em relação ao tradicional, sem PPM ambiental, que se encontra em questão<sup>206</sup>.

Por esses motivos, a determinação de similaridade entre produtos não deve necessariamente tratar um critério respaldado em PPMs ambientais como inconsistente *prima facie*. Não há respaldo normativo para se tratar características físicas ou a finalidade do produto de maneira diferente dos processos e métodos produtivos desse produto quando da análise acerca da similaridade entre produtos<sup>207</sup>. O método produtivo que respalda uma eventual medida restritiva, ainda que não se reflita diretamente no produto final em questão, pode traduzir um elemento que modifique as condições de competitividade daquele produto em um determinado segmento de mercado, especialmente quando a diferenciação é aplicada de igual maneira aos produtores nacionais.

Em síntese, é pertinente fazer um apontamento que chega a ser tautológico: as cláusulas NMF e TN visam a eliminar a discriminação – são as duas cláusulas que compõem

---

<sup>204</sup> HUDEC, 2000, p. 4.

<sup>205</sup> Ainda que se considere os critérios estabelecidos pelos precedentes do OAp (características físicas, propósito final dos produtos, classificação tarifária e gosto e hábitos dos consumidores, em especial o segundo e o quarto), a lógica que pode ser observada é justamente de que maneira um determinado produto apresenta competitividade em relação a outro.

<sup>206</sup> Sintetizando esse argumento, Hudec pontua: “A rule that internal measures must not give less favorable treatment to “like” foreign products, will achieve this anti-protection goal if “like [foreign] products” is defined to mean competitive foreign products” (2000, p. 4). Ele indica, precisamente, que a “definição estreita” de que produtos semelhantes seriam aqueles com características físicas idênticas não serviria ao propósito de assegurar a não discriminação entre a indústria nacional e estrangeira: “Such a narrow definition of “like product” would allow governments to give less favorable treatment to a foreign product that, although competitive with the relevant domestic product, had some different physical characteristics” (2000, p. 05).

<sup>207</sup> No mesmo sentido, advogam Howse e Regan (2000).

o princípio da não-discriminação. Não há base para alegar que uma medida PPM tem intento discriminatório *per se*; portanto, não há base para alegar que uma medida PPM é *per se* incompatível com os Artigos I e III.

Dessa forma, quanto às cláusulas de não discriminação, entende-se equivocada a interpretação de que medidas PPMs seriam *prima facie* incompatíveis com o sistema OMC.

### 3.2.2 PPMs e a proibição às Restrições Quantitativas (Artigo XI)

Não apenas com relação às cláusulas de não discriminação uma medida baseada em PPMs é alegadamente contrária às disposições do GATT/94.

Como explanado no Capítulo 2, o Artigo XI do GATT/94 veda a utilização de “proibições ou restrições a não ser direitos alfandegários, impostos ou outras taxas, quer sua aplicação seja feita por meio de contingentes, de licenças de importação ou exportação, quer por outro qualquer processo”<sup>208</sup>. Assim, se, por exemplo, um país deseja banir a importação de um produto não sustentável com base em um npr-PPM, a medida estará em frontal dissonância com o disposto pela vedação às Restrições Quantitativas. Veja-se que o Artigo XI sequer trata de produtos similares – mesmo porque, a vedação às restrições enumeradas pelo Artigo XI.1 não compara tratamentos. Assim, *a priori*, qualquer restrição quantitativa, o que inclui banimentos, é uma afronta direta ao disposto por esse dispositivo<sup>209</sup>.

De efeito, foi o que se verificou no caso *US – Shrimp*, em que os Estados Unidos baniram as importações de camarões que não fossem capturados com redes TEDs, que impedem a captura de tartarugas marinhas no processo. Nesse caso, os Estados Unidos sequer contra-arrazoaram a alegação de contrariedade ao Artigo XI, justificando a ilegalidade da medida apenas por meio das Exceções do Artigo XX.

Como visto, o Artigo XI é taxativo ao devar quaisquer proibições ou restrições “a não ser direitos alfandegários, impostos ou outras taxas”. Assim, independentemente de tratamento diferencial que privilegie determinado produto, similar ou não com base em sua nacionalidade, banimentos são *prima facie* incompatíveis com o sistema, salvo se justificados pelas Exceções Gerais.

---

<sup>208</sup> MDIC, GATT/94, Artigo XI.1

<sup>209</sup> O Artigo XIII do GATT/94 excepciona restrições quantitativas que não proibições ou banimentos a produtos similares desde que aplicados de forma não discriminatória. Cf. VAN DEN BOSSCHE, 2005, p. 451.

### 3.2.3 PPMs e as Exceções Gerais do Artigo XX

Por fim, ainda no âmbito do GATT/94, entende-se que uma medida regulatória de comércio internacional, se não adequada às normas do texto, pode ainda assim ser escusada se devidamente encaixar-se na sistemática no Artigo XX, as Exceções Gerais.

Como explanado no Capítulo 2, a adequação ao Artigo XX passa por um teste de duas etapas, sendo a primeira verificar se a medida encaixa-se devidamente em uma de suas alíneas específicas, e a segunda verificar se os requisitos do *chapeau* (quais sejam, ausência de discriminação arbitrária ou injustificada ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional) foram devidamente cumpridos.

Assim sendo, o entendimento de que distinções baseadas em npr-PPMs ambientais seriam incompatíveis com o GATT – porquanto incompatíveis com o entendimento de produtos semelhantes e restrições quantitativas – leva à possibilidade de que referidas medidas, no âmbito dos PPMs ambientais, possam ser permitidas pelas alíneas (b) e (g) do Artigo XX, as duas hipóteses que envolvem proteção ambiental<sup>210</sup>.

Observe-se que considerar que uma medida é permitida pelo sistema normativo da OMC (ou, *in casu*, do GATT, mais especificamente) desde que se encaixe em uma de suas exceções gerais é, incidentalmente, entender que referidas medidas seriam *per se* incompatíveis com o sistema<sup>211</sup>. Essa conclusão, consolidada em casos clássicos levados ao sistema de solução de litígios GATT/OMC, alguns dos quais descritos na sequência, é desafiada por este trabalho, na medida em que, como já comentado, acredita-se que o escopo dos Artigos I e III é antidiscriminatório. Não sendo as medidas em questão discriminatórias (ou, em outras palavras, sendo neutras à origem do produto – *origin-neutral*), não há uma violação *prima facie* ao sistema.

De todo modo, considera-se pertinente o breve relato de dois casos-paradigma relativos à aplicação e interpretação do Artigo XX, alíneas (b) e (g), para uma melhor

---

<sup>210</sup> Cabe lembrar o texto dessas alíneas: “(b) necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais” e “(g) relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais”.

<sup>211</sup> Interpretação diferente desse enquadramento normativo apresenta Charnovitz, que assim delinea a questão: “For environmental PPMs, the most important WTO Law is found in GATT Article XX and can be restated as follows: The WTO/GATT does not prohibit environmental PPMs *as such*. PPM-based import bans may be inconsistent with GATT Articles I, III or XI, yet if undertaken for an environmental purpose, such measures still qualify for an Article XX exception” (CHARNOVITZ, 2002, p. 101). Assim, para o autor, enquadrar-se nas Exceções Gerais significa não ser proibido pelo sistema. Efetivamente, essa divergência parece meramente semântica, mas este trabalho acredita ser crucial a diferenciação, pois partir do pressuposto de que a medida não é permitida pode ter consequências distintas do que partir da ideia de que produtos similares abarcam npr-PPMs, para só então, no caso de ainda assim a medida ser discriminatória, buscar-se a escusa do Artigo XX.

compreensão do entendimento do OAp sobre o mecanismo das Exceções Gerais, particularmente para posteriores considerações no âmbito dos PPMs ambientais.

### 3.2.3.1 EC - *Asbestos*<sup>212</sup>

Como relatado na subseção 2.2.1.3, neste contencioso o Canadá contesta medidas tomadas pela França (representada pelas Comunidades Europeias) impondo restrições à importação de produtos contendo amianto (fibra e cimento). Ainda que não tenha encontrado inconsistência das medidas com o Artigo III.4 do GATT/94 (pela não similaridade dos produtos), o OAp, instado pelo apelo do Canadá, examinou a aplicabilidade do Artigo XX(b) ao caso, alínea invocada pelas Comunidades Europeias e que fora considerada aplicável ao caso pelo painel. Lembra-se que a alínea (b) do Artigo XX escusa medidas incompatíveis com o GATT/94, mas que são tomadas pois “necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à proteção dos vegetais”. Assim, primeiramente, o OAp analisou se a medida teria sido tomada para proteger a vida ou saúde animal e, em seguida, se a medida em questão seria *necessária* para essa proteção. Assim, se a alínea tivesse sido invocada com escusa ambiental, o procedimento seria análogo, apenas com a distinção de que a análise do primeiro passo seria realizada com relação à proteção da vida ou saúde *animal ou vegetal*.

Conforme ficou claro na análise da similaridade dos produtos contendo amianto e outros, havia evidências suficientes e contundentes para respaldar a conclusão do painel de que produtos contendo amianto seriam prejudiciais à saúde ou vida humanas<sup>213</sup>. O teste de necessidade do *caput*, por sua vez, também restou verificado, uma vez que a alternativa apresentada pelo Canadá contestando a “necessidade” da medida francesa (uso controlado dos produtos) não seria suficiente para atingir satisfatoriamente os propósitos buscados pela França, quais sejam, impedir a difusão de riscos à saúde relacionados ao amianto<sup>214</sup>. Assim, a medida também estaria perfeitamente justificada pelo Artigo XX, alínea (b).

Ademais, o painel havia deixado de analisar as evidências relativas aos riscos à saúde (características físicas dos produtos, um dos critérios BTA) sob o argumento de que isso nulificaria o efeito do Artigo XX(b). O painel havia considerado que levar em conta as

---

<sup>212</sup> O caso EC – *Asbestos* traz ponderações relevantes tanto com relação ao conceito de produtos similares quanto ao Artigo XX(b) do GATT/94. Assim, optou-se por dividir a sua análise em duas seções (não obstante reconhecer-se a quebra de continuidade ocasionada por essa metodologia) por considerar-se que os dois tópicos podem, em certa medida, serem analisados independentemente. Entende-se que essa divisão compartimentalizaria melhor as subseções deste Capítulo.

<sup>213</sup> WT/DS135/AB/R, p. 60, para. 166.

<sup>214</sup> WT/DS135/AB/R, p. 63, paras. 172-173.

evidências sobre os riscos à saúde de um determinado produto (hipótese de justificação de ilegalidade da alínea (b) do Artigo XX) seria incabível quando da análise do Artigo III.4, pois tornaria inútil a eventual posterior análise do Artigo XX e suas alíneas, particularmente a alínea (b). O OAp modificou também esse entendimento, esclarecendo que os artigos III e XX do GATT/94 seriam “provisões distintas e independentes”, devendo ser analisadas individualmente<sup>215</sup>.

### 3.2.3.2 US – Reformulated gasoline

Em 1990, os Estados Unidos impuseram medidas baseadas no seu Clean Air Act (CAA), cujo objetivo seria controlar a poluição advinda de gasolina manufaturada dentro do país ou para lá importada. O CAA estabeleceu dois programas de controle de poluentes, um dos quais proibia a venda de gasolina convencional em determinadas áreas que fossem consideradas mais poluídas. Nessas áreas, apenas a chamada gasolina reformulada poderia ser vendida. O outro programa permitia a venda de gasolina convencional nas demais áreas dos Estados Unidos<sup>216</sup>. A gasolina reformulada tratava-se de um combustível que deveria obedecer à especificação de uma redução de gases tóxicos e compostos voláteis em 15%.

Particularmente, essas novas normas determinavam ainda uma regra segundo a qual uma refinaria estrangeira deveria seguir a média das refinarias domésticas, exceto no caso de importadores que comprasse mais de 75% de uma refinaria subsidiária.

Essas medidas foram contestadas pelo Brasil e pela Venezuela como inconsistentes com os Artigos I e III do GATT, por não ser neutra e privilegiar um número fixo de países determinados por fatores históricos e por demandar que refinarias estrangeiras devessem seguir normas mais rígidas do que aquelas impostas às refinarias nacionais estadunidenses<sup>217</sup>.

---

<sup>215</sup> O OAp concluiu: “We do not agree with the Panel that considering evidence relating to the health risks associated with a product, under Article III:4, nullifies the effect of Article XX(b) of the GATT 1994. Article XX(b) allows a Member to “adopt and enforce” a measure, inter alia, necessary to protect human life or health, even though that measure is inconsistent with another provision of the GATT 1994. Article III:4 and Article XX(b) are distinct and independent provisions of the GATT 1994 each to be interpreted on its own. The scope and meaning of Article III:4 should not be broadened or restricted beyond what is required by the normal customary international law rules of treaty interpretation, simply because Article XX(b) exists and may be available to justify measures inconsistent with Article III:4. The fact that an interpretation of Article III:4, under those rules, implies a less frequent recourse to Article XX(b) does not deprive the exception in Article XX(b) of *effet utile*. Article XX(b) would only be deprived of *effet utile* if that provision could not serve to allow a Member to “adopt and enforce” measures “necessary to protect human ... life or health” (WT/DS135/AB/R, p. 44, paras. 115.).

<sup>216</sup> WT/DS2/AB/R, p. 4.

<sup>217</sup> WT/DS2/R, p. 06, para. 3.5 e ss.

A decisão do OAp, em síntese, determinou que a medida seria suficientemente “relativa à conservação dos recursos naturais esgotáveis”, e que as medidas haviam sido “aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo naturais”, conforme demanda o enunciado. O Órgão considerou, contudo, que os requerimentos do *caput* do Artigo XX não haviam sido devidamente observados, pois outras medidas menos restritivas seriam possíveis para a consecução do mesmo objetivo<sup>218</sup>, incluindo o estabelecimento de outros padrões sem a diferenciação de refinarias domésticas e estrangeiras<sup>219</sup>. Portanto, seriam incompatíveis com o sistema OMC.

Veja-se que se trata de um caso de regulação de comércio de gasolina com base nas características do produtor – npr-PPMs. Bernasconi-Osterwalder *et al.* ressaltam que esse julgado é um forte indício de que medidas baseadas em npr-PPMs que envolvam características do *produtor* provavelmente serão consideradas inconsistentes com o Artigo III.4 do GATT<sup>220</sup>, ainda que posteriormente tenham sido aceitas conforme o Artigo XX(g) do GATT. Por outro lado, a aceitação da aplicabilidade da alínea (g) do Artigo XX e a forma de interpretação do *chapeau* do Artigo ao caso também deixaram clara a possibilidade de utilização desse recurso no contexto de npr-PPMs<sup>221</sup>.

Algumas ponderações acerca desses julgados podem ser feitas. De início, veja-se que, no caso *EC – Asbestos*, o OAp claramente indicou que a interpretação do Artigo III.4, em particular a análise da similaridade dos produtos, e Artigo XX(b) devem ser feitas

---

<sup>218</sup> O OAp entendeu: “We have above located two omissions on the part of the United States: to explore adequately means, including in particular cooperation with the governments of Venezuela and Brazil, of mitigating the administrative problems relied on as justification by the United States for rejecting individual baselines for foreign refiners; and to count the costs for foreign refiners that would result from the imposition of statutory baselines. We hold, in sum, that the baseline establishment rules, although within the terms of Article XX(g), are not entitled to the justifying protection afforded by Article XX as a whole” (WT/DS2/AB/R, p. 28).

<sup>219</sup> WT/DS2/AB/R, p. 26. O OAp concluiu: “We have above located two omissions on the part of the United States: to explore adequately means, including in particular cooperation with the governments of Venezuela and Brazil, of mitigating the administrative problems relied on as justification by the United States for rejecting individual baselines for foreign refiners; and to count the costs for foreign refiners that would result from the imposition of statutory baselines. In our view, these two omissions go well beyond what was necessary for the Panel to determine that a violation of Article III:4 had occurred in the first place. The resulting discrimination must have been foreseen, and was not merely inadvertent or unavoidable” (WT/DS2/AB/R, p. 28).

<sup>220</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER *et al.*, 2006, p. 229. A autora explica: “Although the Appellate Body did not explicitly address the product-related/nonproduct-related distinction, its conclusion that the measures at issue fell under the scope of Article XX(g) gives a fairly clear indication that non-product-related measures are not per se excluded from paragraph (g) of Article XX. Also, the Appellate Body did not indicate that the *chapeau* categorically prohibits the use of non-product-related PPM-based measures. This was confirmed in the subsequent US – Shrimp/Turtle 21.5 ruling (described below). In US – Shrimp/Turtle 21.5, the Appellate Body, although not addressing the non-product-related PPM-based characteristics of the measure at issue, found that the PPM-based measure fulfilled all requirements under paragraph (g) of Article XX and its *chapeau*” (BERNASCONI-OSTERWALDER *et al.*, 2006, p. 229).

<sup>221</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER *et al.*, 2006, p. 230.

separadamente, haja vista seus escopos serem evidentemente distintos. Isso quer dizer que o fato de a medida poder ser eventualmente justificada por uma exceção não a leva a ser *prima facie* inconsistente com o Artigo III, ou qualquer outra disposição do GATT/94.

No mesmo contencioso, o OAp determinou expressamente que o painel errara “ao excluir os riscos associados com fibras de amianto crisótilo de seu exame sobre as características físicas do produto”<sup>222</sup>. O impacto ambiental causado pelos PPMs de um produto pode subsumir-se à mesma lógica, ainda que as características físicas em análise não reflitam diretamente a diferença entre o produto e outro.

Em outras palavras, o raciocínio utilizado para demonstrar que diferenças nas características físicas que acabam por traduzir uma evidente toxicidade do produto são cruciais para a distinção de produtos como não sendo similares também pode ser a lógica aplicada quando se diferencia produtos cujo método de produção é distinto, e cuja diferença traduz um a existência ou não de um determinado impacto ambiental. A única diferença é que esse elemento não estará diretamente presente no produto final em análise (npr-PPM), mas isso não invalida a lógica de que se tratam de produtos com uma característica pertinente distinta. No caso dos produtos de amianto, seria a diferença física que, embora mínima, causa grande impacto à saúde humana; no caso de produtos obtidos por PPMs ambientais, eles seriam fisicamente idênticos, mas sua produção traz repercussões completamente distintas ao meio ambiente. Ainda que isso possa ser justificado pelo Artigo XX, alíneas (b) ou (g), não significa que não haja base para uma diferenciação dentro do contexto do Artigo III.4. O caso *US – Reformulated Gasoline* permite reflexões a partir de outro viés. A diferenciação no tratamento de refinarias estrangeiras de fato constituía tratamento discriminatório explícito na sua regulamentação. Contudo, o OAp considerou a possibilidade de essa discriminação ser compatível com o GATT por meio das escusas da alínea (g) do Artigo XX.

As hipóteses do Artigo XX podem ser levadas em consideração em casos específicos, em que o direito da OMC seja diretamente violado por restrições baseadas em PPMs ambientais, como é o exemplo de afronta ao Artigo XI. Nesse caso, alguns elementos serão de particular importância para a averiguação da adequação daquela exceção à medida em apreço, tal como, *e.g.*, a análise do propósito de MEAs e sua relação com a tal medida. Contudo, não há base para se presumir que essas medidas são discriminatórias *prima facie*,

---

<sup>222</sup> Traduzido do original: "We, therefore, find that the Panel erred, in paragraph 8.132 of the Panel Report, in excluding the health risks associated with chrysotile asbestos fibres from its examination of the physical properties of that product" (WT/DS135/AB/R, p. 45, para. 116).

como já mencionado, e o que se ressalta é que a possibilidade de eventual justificação por uma das hipóteses não leva à direta incompatibilidade da medida com o sistema.

No caso de uma medida ser considerável incompatível com o sistema GATT e sua análise recair nos incisos e *chapeau* do Artigo XX, será bastante sensível a análise para demonstrar a ausência de discriminação injustificada ou arbitrária, como foi o caso do Artigo XX. A diferença de tratamento deverá ser amplamente bem respaldada para que seja justificada no teste de duas etapas das Exceções Gerais, e a demonstração de inexistência de meios menos gravosos à proteção daquele bem pode ser de particular dificuldade.

### 3.3 OS ACORDOS TBT E SPS

Além do GATT/94, dois acordos dentro do sistema normativo da OMC trazem provisões relevantes à discussão de pr-PPMs e npr-PPMs: o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT) e o Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS). Os dois textos, criados no contexto da Rodada do Uruguai e cuja vigência se deu a partir de 1995, possuem escopos similares, pois disciplinam regulamentações e requisitos que possam afetar o comércio internacional devido às suas especificidades. Ao revés de bani-las (afinal, a mitigação de barreiras ao comércio traz o ímpeto de dirimir ao máximo também as barreiras não tarifárias), esses acordos buscam a regulamentação dessas normatizações, reconhecendo a sua importância<sup>223</sup>, dando grande relevância à harmonização internacional de padrões técnicos e sanitários.

Essas regulamentações são relevantes aos PPMs ambientais, pois esses acordos autorizam algumas medidas de restrição ao comércio fundadas em padrões internacionalmente reconhecidos, critérios científicos, dentre outras situações. Dentre essas medidas restritivas está a chamada *eco-rotulagem*<sup>224</sup>, que diferencia produtos ecologicamente sustentáveis por meio de rótulos informativos acerca de características e impactos ambientais e sanitários dos produtos.

---

<sup>223</sup> Dispõem os preâmbulos dos textos, respectivamente: “*Reconhecendo* a importante contribuição que as normas internacionais e os sistemas de avaliação de conformidade podem dar a este respeito por meio do aumento da eficiência da produção e por facilitar o curso do comércio internacional” (MDIC, TBT) e “*Tomando nota* de que as medidas sanitárias e fitossanitárias são frequentemente aplicadas com base em acordos ou protocolos bilaterais; *Desejando* o estabelecimento de um arcabouço multilateral de regras e disciplinas para orientar a elaboração, adoção e aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias com vistas a reduzir guias e recomendações internacionais” (MDIC, SPS).

<sup>224</sup> Do termo em inglês *eco-labelling*, Sobre o tema, cf. BERNASCONI-OSTERWALDER *et al.*, 2006, p. 203; TEISL, ROE E HICKS, 2002, p. 339-340.

Assim, produtos que sejam diferenciados por regulamentos técnicos e medidas sanitárias e fitossanitárias poderão relacionar-se mais intimamente com as disposições desses acordos (e, no tocante a PPMs ambientais, particularmente com o TBT) do que as disposições do GATT, ainda que o GATT/94, *a priori*, proíba restrições não tarifárias ao comércio por seu Artigo XI (que, aliás, veda expressamente a utilização de licenças de importação ou exportação). Cabe ressaltar que uma medida será analisada no contexto do TBT se for classificada como regulamentos ou normas técnicas; caso não seja o caso, a aplicação subsidiária será do GATT/94. O mesmo vale para as medidas enquadradas como sanitárias ou fitossanitárias, que serão analisadas primariamente no contexto do SPS e, subsidiariamente, conforme o GATT/94.

As medidas técnicas, nesse sentido, importam ao estabelecimento de barreiras relacionadas a questões de segurança, eficiência e outros elementos técnicos relacionados a produtos. Já a regulamentação de medidas sanitárias e fitossanitárias determina padrões de saúde essenciais à vida humana, animal e à situação sanitária dos países.

Para a padronização internacional buscada por esses dois acordos, em ambos os textos, é previsto que a harmonização universal de padrões técnicos e fitossanitários deverá se dar a partir de normas, guias e recomendações internacionais, quando existirem<sup>225</sup>, e as medidas compatíveis com tais normas internacionais “presumir-se-ão como necessárias”<sup>226</sup>. Também com o fim de harmonizar os padrões entre os países-membros, buscar-se-á estabelecer a equivalência de padrões de países distintos através de acordos bilaterais e multilaterais<sup>227</sup>.

Apesar de, como dito, possuírem escopos similares (a harmonização de padrões internacionais), os dois acordos não se confundem, pois tratam de objetos distintos, e apresentam diferenças bastante particulares no âmbito da discussão dos PPMs. Particularmente com relação ao SPS, é assente que não abrangem npr-PPMs<sup>228</sup>, de modo que sua análise não será aprofundada neste trabalho.

---

<sup>225</sup> MDIC, SPS, Artigo 3.1; TBT, Artigo 2.6

<sup>226</sup> MDIC, SPS, Artigo 3.2. Ainda, o Artigo 3.3 do SPS dispõe que “[o]s Membros podem introduzir ou manter medidas sanitárias e fitossanitárias que resultem em nível mais elevado de proteção sanitária ou fitossanitária do que se alcançaria com medidas baseadas em normas, guias ou recomendações internacionais competentes, se houver uma justificação científica, ou como consequência do nível de proteção sanitária ou fitossanitária que um Membro determine ser apropriado, de acordo com as disposições relevantes dos parágrafos 1 a 8 do Artigo 52. Não obstante o acima descrito, todas as medidas que resultem em nível de proteção sanitária ou fitossanitária diferente daquele que seria alcançado pela utilização de medidas baseadas em normas, guias ou recomendações internacionais não serão incompatíveis com qualquer outra disposição do presente Acordo”

<sup>227</sup> MDIC, SPS Art. 4.1 e 4.2.

<sup>228</sup> Cf. UNCTAD, 2003, p. 13: “Esta é uma questão controversa. A opinião geralmente adotada pela comunidade comercial é de que o Acordo TBT não seria destinado a ser aplicado aos processos e métodos de

A seguir, os dois acordos serão mais detalhadamente trabalhados, bem como a sua relação com a regulamentação de medidas PPMs ambientais.

### 3.3.1 Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT)

O objetivo do TBT é “assegurar que os regulamentos técnicos e as normas (...) e procedimentos para avaliação de conformidade com regulamentos técnicos e normas não criem obstáculos desnecessários ao comércio internacional”<sup>229</sup>. Tais regulamentos técnicos e normas dizem respeito a padrões de produção com relação aos seus níveis de segurança, qualidade, eficiência produtiva, dentre outros fatores. A título exemplificativo, um dos órgãos responsáveis pela avaliação desses padrões no Brasil é o INMETRO, através das chamadas avaliações de conformidade<sup>230</sup>.

Cada país tem a liberalidade de estabelecer seus próprios critérios com relação a tais padrões, e essa liberalidade é reconhecida pelo preâmbulo do TBT. Contudo, esses critérios podem acabar por criar barreiras ao comércio internacional, e, visando a mitigar a ocorrência dessas barreiras técnicas, as partes do sistema multilateral de comércio internacional negociaram o Acordo TBT, em busca de uma padronização internacional de regulamentos técnicos e normas<sup>231</sup>.

---

produção, a menos que o processo ou método de produção fosse relacionado ao produto (detectável no produto final)”. Ainda, a OCDE assim ponderou: “The WTO TBT Agreement covers PPMs which affect the characteristics of a product. Under such internationally agreed rules, discrimination between imported products would be allowed in the case of product-related PPM requirements” (OECD, 1997, p. 15).

<sup>229</sup> MDIC, TBT.

<sup>230</sup> A avaliação de conformidade é um “[p]rocesso sistematizado, acompanhado e avaliado, de forma a propiciar adequado grau de confiança de que um produto, processo ou serviço, ou ainda um profissional, atende a requisitos pré-estabelecidos em normas e regulamentos técnicos com o menor custo para a sociedade” e tem por objetivo “[i]nformar e proteger o consumidor, em particular quanto a saúde, segurança e meio ambiente; propiciar a concorrência justa; estimular a melhoria contínua da qualidade; facilitar o comércio internacional e fortalecer o mercado interno são os principais objetivos do processo de avaliação da conformidade”. Fonte: INMETRO. *Avaliação da Conformidade*. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/qualidade/definicaoAvalConformidade.asp>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

<sup>231</sup> Stoll e Seibert-Fohr elucidam, sobre a função da OMC quanto à criação de acordos técnicos: “The WTO does not itself develop and administer such international standards itself, mainly for practical reasons because it lacks the necessary resources. It is not an international standardising organization. Instead, the TBT Agreement, in a move towards closer cooperation between and among international organizations, refers — in various provisions — to international standards and conformity assessment procedures as vehicles of integration. At the same time, such reference has a significant impact on international standardization bodies. The reference substantially increases their actual importance because their previous non-binding international standards now enjoy a normative value. In such manner, both the WTO and the international standardization community reinforce each other” (2007, p. 173, notas de rodapé suprimidas).

Essa harmonização, contudo, há de se ressaltar, não é absoluta, conforme anotam Stoll e Seibert-Fohr<sup>232</sup>, na medida em que os sistemas internacionais de avaliação de conformidade serão adotados “sempre que possível”<sup>233</sup>, e serão invocados “exceto quando tais normas internacionais ou seus elementos pertinentes sejam um meio inadequado ou ineficaz para a realização dos objetivos legítimos perseguidos”<sup>234</sup>. Evidente que essa abertura é necessária para que não se tenha uma obrigatoriedade absoluta de conformidade a regulamentos que não necessariamente serão pertinentes; contudo, essa mesma abertura é uma via de mão dupla, ao permitir maior arbitrariedade dos países quando da utilização dos sistemas internacionais.

O TBT divide seus regulamentos em mandatórios (regulamentos técnicos) e voluntários (normas)<sup>235</sup>. Dada a não obrigatoriedade das normas, tratar-se-á, aqui, apenas dos regulamentos técnicos.

Assim, “regulamento técnico”, conforme o Anexo I do Acordo, é definido como o

[d]ocumento que enuncia as características de um produto ou os processos e métodos de produção a ele relacionados, incluídas as disposições administrativas aplicáveis, **cujo cumprimento é obrigatório**<sup>236</sup>. Poderá também tratar parcial ou exclusivamente de terminologia, símbolos, requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem aplicáveis a um produto, processo ou método de produção<sup>237</sup>. (notas de rodapé acrescidas, grifo nosso)<sup>238</sup>

---

<sup>232</sup> STOLL E SEIBERT-FOHR, 2007, p. 172.

<sup>233</sup> Cf. MDIC, TBT, Artigo 9.1.

<sup>234</sup> Cf. MDIC, TBT, Artigo 2.4.

<sup>235</sup> Conforme Anexo 1 do TBT, norma é um “[d]ocumento aprovado por uma instituição reconhecida, que fornece, para uso comum e repetido, regras, diretrizes ou características para produtos ou processos e métodos de produção conexos, **cujo cumprimento não é obrigatório**. Poderá também tratar parcial ou exclusivamente de terminologia, símbolos, requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem aplicáveis a um produto, processo ou método de produção” (grifo nosso) (MDIC, TBT).

<sup>236</sup> O grifo foi acrescido em comparação à definição de normas (cf. nota de rodapé n. 62). Veja-se que a essencial diferença é a obrigatoriedade do regulamento técnico. O fato de ser necessário, para que um documento constitua uma *norma*, ter ele sido aprovado por uma *instituição reconhecida* é apenas indicativo de aceitação internacional, de modo que se evite que qualquer texto que se encaixe nas outras características seja considerado uma norma para propósitos do TBT.

<sup>237</sup> Sobre a diferença interpretativa entre a primeira e a segunda frase, relativamente à menção sobre PPMs, Crowley e Howse apresentam a seguinte explicação, a qual é seguida por este trabalho: “PPMs that do not relate to a specific traded good cannot be the focus of a complaint under TBT. Thus, where a PPM measure concerns trade in services (for example, norms regarding how engineers and architects design a nuclear power plant that affect competitive opportunities of such service providers from other WTO members), TBT does not apply; the complaint is not concerning competitive opportunities for traded goods. Similarly a complaint concerning a WTO Member’s exclusion from patenting of a certain process, where it does not concern competitive opportunities for the resulting product in the regulating Member’s market would normally be addressed under TRIPs not TBT. There is however a class of PPMs that do not relate to the characteristics of a specific product strictly speaking but do relate to its competitive opportunities in the market of the regulating Member. Take for example a requirement that the production of the packaging of a good does not result in certain levels of toxic waste. The package is separable from any characteristic of the good, physical or otherwise, but specifying its manner of production can affect the marketing, sale etc. of the product in the regulating Member’s territory. A similar case is a requirement that a particular methodology or instrument be used to calculate the volume or weight of a product for purposes of labelling. We can see here clearly why different language concerning PPMs

Esse acordo assegura expressamente, em seu Artigo 2.2, a possibilidade de estipulação de regulamentos técnicos com o objetivo de proteção à saúde ou vida animal ou vegetal ou do meio ambiente, dentre outros escopos, desde que “não sejam elaborados, adotados ou aplicados com a finalidade ou o efeito de criar obstáculos técnicos ao comércio internacional”<sup>239</sup>. Tais regulamentos, contudo, “não serão mais restritivos ao comércio do que o necessário para realizar um objetivo legítimo, tendo em conta os riscos que a não realização criaria”<sup>240</sup>.

A redação do Artigo 2.2 traz uma série de elementos textuais que, na casuística, são minuciosamente estudados pelos painéis e pelo OAp. Particularmente, destaca-se a necessidade de que os regulamentos técnicos devam buscar um objetivo *legítimo* e não poderão ser *mais restritivos ao comércio do que o necessário*. Ainda que o Artigo já enumere não taxativamente (“*inter alia*”) alguns dos objetivos “legítimos” que podem ser invocados, a extensão com a qual o país-membro efetivamente os busca (e não impõe uma barreira ao comércio arbitrária e/ou injustificada) é ponto de controvérsia nos contenciosos<sup>241</sup>.

O requerimento de que uma medida não seja mais restritiva ao comércio do que o necessário pode ser interpretado à luz de uma disposição análoga presente no SPS, que determina que

(...) uma medida não é mais restritiva do que o necessário a não ser que haja outra medida, razoavelmente disponível levando em conta a exequibilidade econômica e técnica, que alcance o nível apropriado de proteção sanitária ou fitossanitária e seja significativamente menos restritiva ao comércio.<sup>242</sup>

Segundo essa lógica, três elementos são considerados nesse âmbito: a) a disponibilidade *razoável* de haver outra medida; b) que alcance o nível fitossanitário apropriado e c) que seja significativamente menos restritiva ao comércio do que a medida contestada<sup>243</sup>.

---

is needed in the second sentence as opposed to the first. But the intent not to apply TBT where a PPM is unconnected to a traded product including the conditions of its marketing and sale seems fairly clear” (CROWLEY E HOWSE, 2014, pp. 326-327).

<sup>238</sup> MDIC, TBT.

<sup>239</sup> A redação completa do Artigo 2.2 dispõe: “As medidas técnicas, nesse sentido, importam ao estabelecimento de barreiras relacionadas a questões de segurança, eficiência e outros elementos técnicos relacionados a produtos. Já a regulamentação de medidas sanitárias e fitossanitárias determina padrões de saúde essenciais à vida humana, animal e à situação sanitária dos países” (MDIC, TBT).

<sup>240</sup> MDIC, TBT.

<sup>241</sup> Exemplo disso é o caso *US – Tuna II*, a ser tratado no Capítulo 4.

<sup>242</sup> MDIC, SPS, Nota ao Artigo 5.6.

<sup>243</sup> Essa interpretação foi utilizada, e.g., no caso *US – Tuna II*, em consonância com o entendimento do OAp nos casos *Australia – Salmon*, *Japan – Agricultural products II* e *Australia – Apples*. Cf. WT/DS381/R, p. 223, paras. 7.460 e ss.

O Artigo 2.1<sup>244</sup>, por sua vez, consagra, dentro do TBT, as cláusulas NMF e TN, inclusive também tendo por parâmetro o tratamento dado a produtos similares:

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

A estrutura desse artigo é similar à estrutura dos Artigos I e III do GATT, o que possibilita que as mesmas limitações relativas a esse conceito que os dispositivos de não discriminação do Acordo Geral possam surgir<sup>245</sup>. Contudo, os escopos e contextos do TBT e do GATT são distintos, de modo que não é possível realizar uma mera importação dos conceitos e metodologias deste para aquele texto quando da sua interpretação<sup>246</sup>.

Considera-se que esse dispositivo consiste de três elementos a serem analisados para que se verifique eventual inconsistência com seu enunciado: a) que a medida em questão se trate de um regulamento técnico, b) que os produtos de diferentes origens em análise sujeitos à medida sejam similares e c) que os produtos do reclamante recebam tratamento menos favorável aos similares nacionais ou importados de outra origem<sup>247</sup>.

Como anteriormente mencionado, há a presunção de que não há obstáculo desnecessário ao comércio internacional nos termos do Artigo 2.2 do TBT quando o regulamento técnico estiver em conformidade com eventuais normas internacionalmente acordadas pertinentes<sup>248</sup>. Todavia, a abrangência dessas “normas internacionais pertinentes” (*e.g.*, que tipos de instituições podem emaná-las) ainda é controversa<sup>249</sup>.

Na inexistência de normas internacionais pertinentes, no entanto, os membros poderão impor regulamentos técnicos, mas deverão, para tanto, notificar os outros membros com a devida antecedência, e conceder um prazo razoável para que os demais membros submetam comentários a serem considerados sobre esse regulamento técnico<sup>250</sup>. Essa

---

<sup>244</sup> MDIC, TBT, Artigo 2.1.

<sup>245</sup> BERNASCONI-OSTERWALDER *et al.*, 2006, p. 215.

<sup>246</sup> O próprio OAp já considerou que as obrigações assumidas nos Artigos 2.1 do TBT e os I:1 e III:4 do GATT/94 não são substancialmente as mesmas, pois “o objetivo e o conteúdo dessas provisões não é o mesmo” (WT/DS381/AB/R, p. 151, para. 405, traduzido). Para uma crítica à importação de conceitos e sistemáticas do GATT ao contexto do TBT (uma exportação “lock, stock and barrel”) do GATT, cf. MAVROIDIS, 2013.

<sup>247</sup> Cf. WT/DS381/AB/R, p. 81, para. 202.

<sup>248</sup> Cf. MDIC, TBT, Artigo 2.5.

<sup>249</sup> A título exemplificativo, o entendimento do OAp no caso *US – Tuna II* sobre a aplicabilidade dos padrões dispostos pelo AIDCP enquanto “padrões internacionais pertinentes” é criticada por alguns autores. Cf. CROWLEY E HOWSE, 2014, pp. 338 e ss.

<sup>250</sup> MDIC, TBT, Artigo 2.9 e 3.1

necessidade de aviso prévio e possibilidade de que outros membros comentem as disposições diminui a eventual arbitrariedade de restrição ao comércio das medidas<sup>251</sup>.

Por outro lado, o Artigo 2.7 consagra a possibilidade de aceitação de regulamentos técnicos distintos daqueles do país regulador, ao determinar que

[o]s Membros examinarão favoravelmente a possibilidade de aceitar os regulamentos técnicos de outros Membros como equivalentes, mesmo que estes regulamentos difiram dos seus, desde que estejam convencidos de que estes regulamentos realizam adequadamente os objetivos de seus próprios regulamentos.<sup>252</sup>

Uma diferença estrutural bastante relevante do TBT com relação ao GATT/94, conforme bem anotado por Howse e Levy<sup>253</sup>, é que, diferentemente deste, aquele separa as obrigações de não discriminação (Artigo 2.1) da obrigação do mínimo restritivo ao comércio necessário (Artigo 2.2) em disposições distintas; logo, são obrigações não cumulativas. Não se tem essa estrutura obrigacional no texto do GATT, que impõe apenas a vedação a medidas discriminatórias (Artigos I e III), enquanto a exigência de necessidade da medida para a consecução de um objetivo é uma imposição do *caput* do Artigo XX (Exceções Gerais). Daí resulta que, ainda que uma medida não seja discriminatória, de acordo com o TBT, se ela for mais restritiva ao comércio que o necessário para a consecução de seu objetivo perquirido, ela estará infringindo esse acordo<sup>254</sup>.

No âmbito dos npr-PPMs ambientais, os regulamentos técnicos podem determinar critérios segundo os quais um produto poderá ou não adentrar em um mercado, ou ainda receber um determinado rótulo de que é ambientalmente correto (tal como no caso *US – Tuna II*). Howse e Regan anotam que a pertinência da eco-rotulagem para a preservação ambiental é que, se a demanda para aquele grupo de produtos ecologicamente sustentáveis é maior do que a demanda para o grupo de produtos tradicionais, o seu consumo irá se refletir na demanda do próprio fornecedor. Assim, como os autores explanam, tem-se que a compra de um produto *dolphin-safe* em detrimento de um produto que não tenha esse rótulo estimulará a produção subsequente do produto mais sustentável<sup>255</sup>.

É essa lógica ainda que os mesmos autores trazem para argumentar que, se a produção de maneira distinta de produtos que, no momento do consumo, serão idênticos traz consequências distintas para a demanda na produção, verifica-se ser justificável um

---

<sup>251</sup> OECD, 1997, p. 50.

<sup>252</sup> MDIC, TBT.

<sup>253</sup> HOWSE E LEVY, 2013, p. 350.

<sup>254</sup> HOWSE E LEVY, 2013, p. 350.

<sup>255</sup> HOWSE E REGAN, 2000, pp. 272-273.

tratamento diferencial para os dois produtos<sup>256</sup>. Observe-se que a demanda de cada produto só será variável a partir do conhecimento do consumidor da diferença dos PPMs dos dois produtos por meio de uma rotulagem, mas, a partir disso, ele terá o livre discernimento para escolher entre o produto sustentável e o tradicional.

Contudo, Howse e Regan apontam uma limitação na lógica de rotulagem (regulada, *a priori*, pelo TBT) como substituto de um efetivo banimento (regulado pelo GATT/94) de produtos que não atinjam padrões mínimos de sustentabilidade. Os autores consideram que, dependendo da proporção do objetivo a ser perquirido pelo país a impor as restrições, a mera rotulagem de que um produto é ambientalmente correto não trará consequências protetivas na mesma proporção que um efetivo banimento baseado nos PPMs<sup>257</sup>. O banimento, contudo, como visto anteriormente só será permitido conforme o GATT/94 se escusado por uma das hipóteses do Artigo XX do mesmo texto.

É pertinente anotar que havia uma dúvida acerca da aplicabilidade do TBT aos npr-PPMs<sup>258</sup>, devido à ambiguidade da definição de regulamentos técnicos na parte final de sua redação<sup>259</sup>. Contudo, após o pronunciamento do OAp em três casos que envolviam as

---

<sup>256</sup> HOWSE E REGAN, 2000, p. 273.

<sup>257</sup> HOWSE E REGAN, 2000, pp. 273-274. Em sentido contrário argumenta CONRAD, 2013, pp. 454-456. A autora advoga, em síntese, que o banimento será seguido de uma diminuição de competitividade no mercado interno.

<sup>258</sup> Segundo Vranes, “The contrary stance taken by several writers and notably developing countries sometimes appears to be based on the misunderstanding that the non-applicability of the TBT Agreements would per se prohibit the introduction of NPR PPM-based requirements by other (developed) WTO Members. The core of this possible misunderstanding seems to be rooted in the misconception that the TBT agreement permits measures that otherwise would be prohibited”. Contudo, o autor explica, em sentido contrário: “However, the TBT Agreement does not introduce permissions; rather, it lays down new obligations, i.e. disciplines that apply in addition to those of the GATT, in particular”. (VRANES, 2010, p. 7).

<sup>259</sup> Cf. BERNASCONI-OSTERWALDER *et al.*, 2006, p. 215. A definição trazida no texto original do TBT assim dispõe sobre Regulamentos Técnicos: “Document which lays down product characteristics or their related processes and production methods, including the applicable administrative provisions, with which compliance is mandatory. It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method” (WTO, TBT) WTO. *Agreement on Technical Barriers to Trade*. Disponível em: <[https://www.wto.org/English/docs\\_e/legal\\_e/17-tbt\\_e.htm](https://www.wto.org/English/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2014. A primeira frase parece indicar expressamente a aplicabilidade apenas a pr-PPMs (“products characteristics or their related process and production methods”); a parte final da segunda frase, contudo, é mais ampla, dando margem à controvérsia mencionada. A leitura literal do dispositivo parecia traduzir expressamente que os PPMs tratados no âmbito dos regulamentos técnicos seriam apenas aqueles doutrinariamente entendidos como não influenciando nas características finais do produto, e essa leitura parecia ter sido confirmada pelo OAp na decisão do caso *EC – Asbestos* (WT/DS135/AB/R, p. 26, para. 67). Robert Howse defende que, em realidade, a expressão “product-related PPM” não diz respeito às características do produto, mas sim ao fato de que o PPM será relacionado ao produto e não, e.g., a um serviço – particularmente considerando que o TBT é considerado *lex specialis* do GATT. Assim, ele considera que a decisão do caso *US – Tuna II*, em que não se discutiu que os PPMs seriam relacionados ao produto, é o entendimento correto acerca da terminologia utilizada pelo acordo. Cf. HOWSE E LEVY, 2013, pp. 358-359.

principais disposições do TBT, no ano de 2012<sup>260</sup>, ainda que a questão não tenha sido diretamente abordada, subentendeu-se, particularmente com a decisão do caso *US – Tuna II*, que as disposições do TBT podem, efetivamente, ser aplicadas a rotulagens que indicam medidas baseadas em npr-PPMs.

De todo modo, a aplicabilidade do TBT ainda está longe de ser completamente elucidada, principalmente no contexto dos PPMs ambientais. Pelos fatos já mencionados neste trabalho sobre a dificuldade de consolidação de critérios unânimes de proteção ambientais entre os países que desejam impor restrições ao comércio internacional com fins de preservação ao meio ambiente, é de se inferir que os conceitos de *legitimidade*, *finalidade* e outras problemáticas já presentes nos Artigos-chave do GATT/94 também trarão adversidades quando da sua interpretação no âmbito do TBT.

Ressalte-se ainda que a justificativa de que um regulamento técnico não apenas seja necessário, como não é “mais restritivo ao comércio do que o necessário para realizar um objetivo legítimo” é de complexa comprovação (muitas vezes, inclusive, extremamente técnica).

A ausência de padrões internacionalmente aceitos, suficientemente técnicos e amplos, para a proteção ambiental, acaba por deixar ao arbítrio dos países-membros a imposição de medidas com tal escopo declarado. Assim, estando longe de padrões relativos à proteção ambiental serem consenso internacional, com facilidade um membro prejudicado irá alegar tratamento discriminatório nos termos do TBT.

### 3.3.2 Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS)

O SPS é um acordo que regula medidas sanitárias e fitossanitárias, elaboradas com a finalidade de proteção da saúde humana, animal ou vegetal, que tenham implicação sobre o comércio internacional, conforme dispõem os Artigos 1.1 e 2.1 de seu texto. Há, contudo, a necessidade de que as medidas adotadas nesse sentido sejam respaldadas em critérios científicos *suficientes*<sup>261</sup>.

---

<sup>260</sup> Os casos são: *United States - Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products (US - Tuna II)*, *United States - Certain Country of Origin Labeling (COOL) Requirements (US - Cool)*; *United States - Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes (US - Clove)*.

<sup>261</sup> MDIC, SPS, Artigo 2.2. O dispositivo ressalva a hipótese prevista no Artigo 5.7, em que, “[n]os casos em que a evidência científica for insuficiente, um Membro pode provisoriamente adotar medidas sanitárias ou fitossanitárias com base em informação pertinente que esteja disponível (...)” MDIC, SPS.

O seu Artigo 2.3<sup>262</sup> é um reflexo da cláusula NMF no SPS. O Artigo 5.5, por sua vez, pode ser considerado uma vedação genérica à discriminação injustificada, ao estabelecer que “cada Membro evitará distinções arbitrárias ou injustificáveis nos níveis que considera apropriados em diferentes situações, se tais distinções resultam em discriminação ou em uma restrição velada ao comércio internacional”<sup>263</sup>.

A relevância dos PPMs no âmbito do SPS é expressamente reconhecida pelo Artigo 5.2<sup>264</sup>, quando este estabelece que serão considerados os processos e métodos de produção pertinentes à proteção sanitária e fitossanitária.

As medidas sanitárias e fitossanitárias baseadas em PPMs devem visar à proteção dos bens jurídicos citados dentro da jurisdição do país que as emitir, porém podem tratar de PPMs realizados fora de seu território<sup>265</sup>. Nesse sentido, Charnovitz aponta que a limitação territorial referida faz com que não se possa considerar npr-PPMs no contexto do SPS<sup>266</sup>, já que o bem protegido por npr-PPMs está relacionado ao momento da produção do produto, e não ao seu consumo. Trachtman e Marceau anotam ainda que a maior parte dos PPMs relacionados a SPS serão pr-PPMs, porquanto focam na regulamentação de riscos inerentes ao produto<sup>267</sup>.

Desse modo, como já explanado, consideramos que a menção ao SPS neste trabalho é relevante para a visualização do todo do tratamento dessas medidas no âmbito da OMC; contudo, devido ao foco deste trabalho serem os npr-PPMs, não carece de maior detalhamento.

---

<sup>262</sup> “Os Membros garantirão que suas medidas sanitárias e fitossanitárias não farão discriminação arbitrária ou injustificada entre os Membros nos casos em que prevalecerem condições idênticas ou similares, incluindo entre seu próprio território e o de outros Membros. As medidas sanitárias e fitossanitárias não serão aplicadas de forma a constituir restrição velada ao comércio internacional.” MDIC, SPS.

<sup>263</sup> MDIC, SPS.

<sup>264</sup> “Na avaliação de riscos, os Membros levarão em consideração a evidência científica disponível; os processos e métodos de produção pertinentes; os métodos para teste, amostragem e inspeção pertinentes; a prevalência de pragas e doenças específicas; a existência de áreas livres de pragas ou doenças; condições ambientais e ecológicas pertinentes; e os regimes de quarentena ou outros” (MDIC, SPS).

<sup>265</sup> TRACHTMAN E MARCEAU, 2006, p. 139. Conrad também explana com detalhamento o escopo do TBT e sua limitação a pr-PPMs (2013, p. 421).

<sup>266</sup> CHARNOVITZ, 2002, p. 65

<sup>267</sup> TRACHTMAN E MARCEAU, 2006, p. 139.

## 4 O CONTENCIOSO DA OMC E AS MEDIDAS BASEADAS EM PPMs AMBIENTAIS

Diante dos pressupostos normativos apresentados no Capítulo 2 e da problemática desenvolvida no Capítulo 3 deste trabalho, este capítulo tem por objetivo trazer a aplicação prática, consubstanciada em contenciosos levados ao MSC/OMC, às considerações anteriormente tecidas.

Para tanto, dois casos clássicos que a restrição ao comércio internacional por meio de medidas baseadas em produtos diferenciados por seus métodos e processos de produção favoráveis ao meio ambiente serão descritos. A descrição trará uma síntese dos elementos factuais dos litígios, dos argumentos das partes e do julgamento tanto do painel quanto do Órgão de Apelação em cada caso.

Em seguida, serão feitos alguns apontamentos acerca dos dois casos, considerando-se as decisões finais e os argumentos levantados nos Capítulos anteriores deste trabalho.

Primeiramente, contudo, considera-se pertinente trazer um breve esboço do funcionamento do mecanismo de resolução pacífica de controvérsias instituído pelo sistema OMC<sup>268</sup>.

É importante esclarecer que o intento deste capítulo não é defender o mérito propriamente dito do debate para uma ou outra parte em cada um dos casos, mas analisar a maneira como os argumentos jurídicos foram por elas utilizados face ao problema e aos argumentos levantados por este trabalho. Um estudo detalhado dos casos demandaria exaustiva análise do conteúdo fático-probatório efetivamente trazido pelas partes, não sendo esse o objetivo do trabalho.

### 4.1 O MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC (MSC/OMC)

O Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC é regido por um texto denominado Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC), e as suas regras aplicam-se às controvérsias dos acordos contidos no

---

<sup>268</sup> Importante lembrar que, anteriormente à instituição da OMC, também o sistema GATT contava com seu mecanismo de resolução de litígios, mas de maneira mais limitada. Particularmente, a adoção do relatório do painel era condicionada à aceitação de todos os membros do GATT, incluindo a parte eventualmente sucumbente (PEEL, 2002, p. 03). Atualmente, é a rejeição da adoção do relatório do OAp que fica condicionada ao consenso de todas as partes da OMC, incluindo a parte vencedora (MDIC, ESC, 17.14)

“guarda-chuva” da OMC. O MSC/OMC e suas instituições são organizados pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), um órgão essencialmente político, representado por todos os membros da OMC<sup>269</sup>, responsável por dar força vinculante às decisões emanadas no sistema, por meio do voto de seus integrantes<sup>270</sup>.

O MSC/OMC é um sistema pensado essencialmente para privilegiar formas de solução pacífica de litígios, em detrimento do contencioso<sup>271</sup>. Em virtude dessa ideia, o ESC formatou o sistema de solução de controvérsias para que a primeira tentativa de resolução dos litígios da OMC seja através da autocomposição. Assim, o procedimento imposto pelo ESC perpassa, inicialmente, pela tentativa de consultas e, apenas em seguida, inicia-se o procedimento de adjudicação<sup>272</sup>. A maioria das reclamações trazidas ao MSC até o momento não procedeu ao mecanismo contencioso, o que demonstra a alta efetividade desse sistema<sup>273</sup>.

O formato do mecanismo de solução de controvérsias está estabelecido pelos artigos 4 a 20 do ESC. O artigo 4, *Consultas*, estabelece o comprometimento das partes em intentar solução no procedimento de consultas antes de recorrer a outros métodos de solução de litígios<sup>274</sup>. Caso não se chegue a um acordo em um prazo de 60 dias, a parte reclamante poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial (painel)<sup>275</sup>, que será formado pelo OSC especificamente para aquela disputa.

Assim, com o eventual insucesso das conciliações e o requerimento da parte reclamante, iniciam-se os procedimentos relativos ao estabelecimento de painéis. Os painéis são compostos por três integrantes, salvo acordo das partes do litígio para que seja formado por cinco integrantes<sup>276</sup>. Após os procedimentos postulatorios e instrutórios, o painel irá deliberar e publicar um *report* com sua decisão final. Dentro de 60 dias após a circulação desse *report*, ele deverá ser adotado (ou seja, a decisão a que se chegou deverá ser aplicada pelos membros em litígio), salvo se o a parte sucumbente notificar formalmente o OSC de sua

---

<sup>269</sup> VAN DEN BOSSCHE, 2005, p. 124-126.

<sup>270</sup> STOLL E SCHORKOPF, 2005, pp.75 e 76.

<sup>271</sup> MALWAKI, 2007, p. 175.

<sup>272</sup> Ademais, justamente por essa busca primordial pela resolução pacífica de controvérsias, o artigo 5º do ESC prevê ainda a utilização de bons ofícios, conciliação e mediação, voluntariamente, “se as partes na controvérsia assim acordarem” (MDIC, ESC, Artigo 5.1), podendo ser solicitados a qualquer tempo, inclusive durante o procedimento do grupo especial.

<sup>273</sup> Fonte: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/disp\\_settlement\\_cbt\\_e/c6s2p1\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c6s2p1_e.htm). Acesso em 01 jun. 2015.

<sup>274</sup> MDIC, ESC, Artigo 4.2 e 4.5

<sup>275</sup> MDIC, ESC, Artigo 4.7

<sup>276</sup> MDIC, ESC, Artigo 8.5

decisão de apelar ou, na inexistência de insurgência, o OSC decidir, por consenso, não o adotar<sup>277</sup>.

No caso de uma ou todas as partes decidirem recorrer da decisão do painel, a demanda será apreciada pelo Órgão de Apelação (OAp). OOA é um corpo fixo de julgadores, composto por sete membros com mandato de quatro anos e possibilidade de renovação<sup>278</sup>. Para cada caso, serão designados três membros<sup>279</sup>, e, assim, “[o] Órgão de Apelação poderá confirmar, modificar ou revogar as conclusões e decisões jurídicas do grupo especial”<sup>280</sup>. O OAp, enquanto segunda instância, examina apenas questões de direito, a partir dos elementos determinados pelo relatório do painel, sem revolvimento de conteúdo fático-probatório. Assim, o OAp não irá reavaliar os argumentos e provas submetidos pelas partes no decurso das postulações perante o painel; apenas partirá dos pressupostos que o painel descreve em seu relatório.

A não adoção do relatório final do OAp poderá se dar na hipótese de o próprio OSC, igualmente por consenso, resolver não adotar referida decisão<sup>281</sup> - sendo assim, as decisões do OSC são vinculantes, salvo se contrariamente acordado pelas partes.

A seguir, serão descritos dois casos levados ao contencioso da OMC, pertinentes à compreensão casuística do trabalho aqui delineado.

#### 4.2 O CASO *US – SHRIMP*<sup>282</sup>

Este caso foi levado ao contencioso da OMC após a realização consultas inexistosas entre Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia e os Estados Unidos. O litígio envolveu um banimento imposto pelos Estados Unidos à importação de certos camarões e produtos de camarões daqueles países. Inexistindo acordo, em 1997, os mesmos reclamantes requereram o estabelecimento de um painel ao OSC. Austrália, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, as Comunidades Europeias, Guatemala, Hong Kong, México, Nigéria, as Filipinas, Senegal, Singapura, Sri Lanka e Venezuela reservaram direitos como terceiros interessados.

O banimento teve início com a conclusão de pesquisas estadunidenses que indicaram que a maior causa de morte de tartarugas marinhas seria incidental à atividade de captura de

---

<sup>277</sup> VAN DEN BOSSCHE, 2005, p. 269.

<sup>278</sup> MDIC, ESC, Artigo 17.1.

<sup>279</sup> MDIC, ESC, Artigo 17.2.

<sup>280</sup> MDIC, ESC, Artigo 17.13.

<sup>281</sup> MDIC, ESC, Artigo 17.14.

<sup>282</sup> Título reduzido do original “*United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*”.

camarões. Como parte de um programa de redução de morte de tartarugas, foi desenvolvido um tipo especial de rede, que conta com um mecanismo denominado TED (*turtle excluder devices*)<sup>283</sup>, que permite a captura de camarões ao fundo da rede enquanto direciona tartarugas marinhas para fora da rede<sup>284</sup>.

Em 1989, os Estados Unidos promulgaram a chamada Seção 609, a qual instituiu que deveriam ser iniciadas negociações internacionais para a proteção e conservação de tartarugas marinhas. Além disso, determinou a proibição de importação de camarão capturado de modo potencialmente prejudicial a tartarugas marinhas, a não ser que o país envolvido recebesse uma certificação do Congresso de que suas taxas de morte incidental seriam semelhantes às dos Estados Unidos, ou que o modo de pesca seria inofensivo a esses animais<sup>285</sup>. Os países atingidos por esse banimento foram aqueles que efetuavam a pesca de camarão no Caribe e na região do Atlântico ocidental.

A certificação poderia ser concedida caso verificada uma das duas hipóteses seguintes: se o ambiente de pesca do país não oferecesse risco a tartarugas marinhas pela pesca tradicional de camarões ou se o uso de TEDs fosse utilizado pelos pescadores daquele país<sup>286</sup>.

As medidas contestadas na reclamação perante o MSC foram a Seção 609 da Lei Pública dos Estados Unidos 101-162 e as suas medidas implementadoras, incluindo a “Notificação Revisada de Diretivas para a Determinação de Comparabilidade de Programas Estrangeiros para a Proteção de Tartarugas em *Shrimp Trawl Fishing Operations*”<sup>287</sup> (também chamadas de Diretivas de 1996). Essa última notificação, além de instituir critérios para o recebimento da certificação para a importação do camarão, foi revisada em 1996, seguindo determinação judicial, para que os requerimentos de certificação fossem estendidos para todo o globo, de modo que todos os camarões e produtos de camarão trazidos aos Estados Unidos deveriam ser acompanhados de uma declaração atestando que a captura não havia sido prejudicial a tartarugas ou que o país exportador estava certificado<sup>288</sup>.

---

<sup>283</sup> “Um TED é uma grade de barras com uma abertura na parte superior ou inferior da rede. Essa grelha é montada no gargalo de uma rede de arrasto. Pequenos animais como camarões passam através das barras e são capturados no saco no fundo da rede. Quando animais maiores, como tartarugas marinhas e tubarões, são capturados pelas redes, eles atingem as barras da grade e são ejetados através da abertura”. Fonte: <<http://www.nmfs.noaa.gov/pr/species/turtles/teds.htm>>. Acesso em 01 jun. 2015.

<sup>284</sup> Cf. WT/DS58/R, p. 3, para. 2.5.

<sup>285</sup> WT/DS58/R, p. 4, para. 2.8.

<sup>286</sup> WT/DS58/AB/R, p. 53, paras. 139-140.

<sup>287</sup> Dos termos *Section 609 of U.S. Public Law 101-162 e Revised Notice of Guidelines for Determining Comparability of Foreign Programs for the Protection of Turtles in Shrimp Trawl Fishing Operations* (WT/DS58/R, p. 1, para. 1.1).

<sup>288</sup> Do original: WT/DS58/R, p. 5, para. 2.11

Essa notificação ainda detalha as condições de pesca consideradas não prejudiciais a tartarugas marinhas, essencialmente relacionadas ao método utilizado e os critérios para a certificação<sup>289</sup>.

Importa esclarecer que todas as espécies de tartarugas marinhas envolvidas na disputa estão listadas pelo Apêndice I da Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES) como espécies ameaçadas, e, segundo o Ato de Espécies Ameaçadas de 1973, promulgado pelos Estados Unidos, todas as espécies que circulam nas águas estadunidenses estão listadas como ameaçadas ou em perigo<sup>290</sup>.

Os reclamantes alegaram contrariedade das medidas supracitadas aos Artigos I.1 (NMF), XI.1 (Restrições Quantitativas), XIII.1 (Aplicação Não Discriminatória das Restrições Quantitativas), XXIII.1 (Proteção de Concessões e Vantagens) do GATT/1994, além de sustentarem não estarem cobertas pelas exceções do Artigo XX do mesmo Acordo (Artigo XX).

O Artigo I.1 estaria sendo violado na medida em que produtos de camarão e camarão tinham sua entrada nos Estados Unidos banida exclusivamente com base na forma como o crustáceo havia sido capturado<sup>291</sup>. Considerando que a natureza do camarão embargado e a natureza do camarão permitido seriam distintas tão somente pelo seu método de pesca, a cláusula NMF estaria sendo descumprida<sup>292</sup>.

O desrespeito ao Artigo XI.1, para os reclamantes, estava na necessidade de concessão de licença para a importação dos produtos, sem a qual eles teriam sua entrada no mercado estadunidense embargada, o que é vedado pelo dispositivo. Ademais, essas restrições

---

<sup>289</sup> “The 1996 Guidelines define “shrimp or shrimp products harvested in conditions that does not affect sea turtles” to include: “(a) Shrimp harvested in an aquaculture facility ... ; (b) Shrimp harvested by commercial shrimp trawl vessels using TEDs comparable in effectiveness to those required in the United States; (c) Shrimp harvested exclusively by means that do not involve the retrieval of fishing nets by mechanical devices or by vessels using gear that, in accordance with the US programme ... would not require TEDs; (d) Species of shrimp, such as the pandalid species, harvested in areas in which sea turtles do not occur”. (WT/DS58/R, p. 5, para. 2.12). As diretivas estabelecem ainda uma série de critérios para a certificação de que o país importador não realiza a pesca em áreas que ameacem tartarugas marinhas e outras formas de certificação para a permissão da entrada dos produtos nos Estados Unidos. Cf WT/DS58/R, p. 5-6, paras 2.12-2.14.

<sup>290</sup> WT/DS58/R, p. 273-274, para. 7.1-7.2.

<sup>291</sup> Os reclamantes fizeram ainda uma observação com relação ao embargo também sobre camarões selvagens, os quais, mesmo capturados por meio de TEDs, tinham sua importação proibida pela Seção 609; contudo, essa ressalva é meramente argumentativa, apenas para a remota eventualidade de se considerar que os PPMs diferenciariam os produtos em questão: “Even assuming, arguendo, that the method of harvest did affect the nature of the product, the embargo violated Article XIII:1 because, pursuant to the embargo, wild shrimp harvested by use of TEDs were forbidden entry into the United States if harvested by a national of a non-certified country (...).” (WT/DS58/R, p. 69, para. 3.138).

<sup>292</sup> WT/DS58/R, p. 68, para. 3.135.

quantitativas não se estendiam aos produtos similares dos países que haviam recebido a certificação estadunidense, configurando afronta também ao Artigo XIII:1.

Observe-se que a fundamentação das partes estava amplamente alicerçada na premissa de que os produtos de camarão e camarão embargados seriam similares aos dos países certificados uma vez que “o método de captura não altera a natureza do produto (...), todos os camarões estrangeiros e produtos de camarão têm as mesmas características físicas, finalidades e as classificações tarifárias, além de serem perfeitamente substituíveis”<sup>293</sup>.

Finalmente, os Artigos I.1 e XIII.1 também estariam sendo violados porque países que se tornaram afetados posteriormente à extensão global do embargo receberam o prazo de apenas quatro meses de adaptação, e não aquele de três anos permitido a outros países<sup>294</sup>.

A defesa dos Estados Unidos pautou-se primordialmente na escusa das alíneas (b) e (g) do Artigo XX, bem como na alegação de que o ônus da prova da violação dos Artigos em questão incumbia às partes reclamantes. Ademais, apesar de discordar da violação aos Artigos I e XIII, pois as medidas não eram discriminatórias quanto à origem dos produtos, não contestou o fato de as restrições serem uma violação ao Artigo XI<sup>295</sup>.

O fato de os Estados Unidos não terem contestado, nem por mero exercício retórico, a violação ao Artigo XI, é sintomático no sentido de que, infere-se, um embargo dessa natureza é *prima facie* inconsistente com o GATT, ainda que, a despeito do Artigo XIII (Aplicação Não Discriminatória das Restrições Quantitativas<sup>296</sup>), a proibição tenha sido aplicada de maneira não discriminatória.

As alíneas (b) e (g) em questão, que excepcionam os comandos do GATT quando as medidas forem “necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais” ou “relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis” estariam, conforme sustentado pelos Estados Unidos, perfeitamente adequadas ao caso. O embargo tratava de restrições que visavam à conservação de tartarugas marinhas; além disso,

---

<sup>293</sup> Do original: “The United States permitted or denied entry of shrimp and shrimp products based on the method of harvest. However, *the method of harvest did not affect the nature of the product*, as noted by the Tuna II Panel. Indeed, *all foreign shrimp and shrimp products had the same physical characteristics, end-uses, and tariff classifications and were perfectly substitutable*. Thus, shrimp products which may be imported into the United States pursuant to Section 609 were “like” shrimp products from non-certified countries which were denied entry” (WT/DS58/R, p. 68, para. 3.137, grifo).

<sup>294</sup> WT/DS58/R, p. 69 e 70, paras. 3.139 e 3.142

<sup>295</sup> WT/DS58/R, p. 70, para. 3.143.

<sup>296</sup> O Artigo XIII.1 do GATT/94 dispõe: “Nenhuma proibição ou restrição será aplicada por uma Parte Contratante à importação de um produto originário do território de outra Parte Contratante ou à exportação de um produto destinado ao território de outra Parte Contratante a menos que proibições ou restrições semelhantes sejam aplicadas à importação do produto similar originário de todos os outros países ou à exportação do produto similar destinado a todos os outros países” (MDIC, GATT-47).

o requerimento de captura de camarões de maneira não prejudicial aos répteis era imposto a todas as nações e aos próprios pescadores estadunidenses.

As partes reclamantes alegaram que, sendo o ônus da prova da alegação das Exceções do Artigo XX incumbência de quem as invoca, os Estados Unidos não teriam logrado êxito em comprovar a sua aplicabilidade ao caso. Tratava-se, segundo os reclamantes, de um caso de imposição de medidas unilaterais voltadas a coagir os reclamantes a adotar políticas ambientais semelhantes às dos Estados Unidos, particularmente considerando-se outras medidas aplicadas por esses países com o mesmo objetivo<sup>297</sup>.

No mesmo sentido, os reclamantes indicavam haver uma limitação jurisdicional inerente ao Artigo XX, pois nenhuma das alíneas em questão autorizaria um membro a tomar medidas para a conservação de animais plantas ou recursos localizados dentro da jurisdição de outro membro. Invocaram no mesmo sentido os princípios da soberania dos Estados e da não interferência, consagrados pela Carta da ONU<sup>298</sup>. Os Estados Unidos contra-arrazoaram, alegando não haver a referida limitação jurisdicional nas alíneas em questão.

A CITES, da qual todas as partes litigantes eram parte, foi constantemente referida no litígio, principalmente no tocante à questão da abrangência jurisdicional das medidas em disputa. Em síntese, nesse aspecto os Estados Unidos defendiam que referida convenção indicava que os países signatários deveriam agir para a proteção dos animais nela listados de maneira global – portanto, também fora da jurisdição do país que emanasse as medidas protetivas<sup>299</sup>. Por outro lado, as partes reclamantes alegavam que a medida estava voltada para a comercialização de *camarões*, os quais não eram objetos da referida convenção.

Outro elemento considerado pelas partes para a análise do escopo jurisdicional ou extrajurisdicional das alíneas do Artigo XX foi a construção histórica do mencionado

---

<sup>297</sup> WT/DS58/R, p. 71, para. 3.148.

<sup>298</sup> Índia, Malásia e Paquistão alegaram: “Article XX did not expressly limit its coverage to the humans, animals or plants located within the jurisdiction of the Member taking the measure. Nor did Article XX(b) expressly permit a Member to take measures concerning humans, animals or plants located within the jurisdiction of another Member. The language of Article XX(b), when construed in accordance with its ordinary meaning, was ambiguous on this point. However, the terms of a treaty were not to be interpreted in a vacuum. Rather, pursuant to Article 31(c) of the Vienna Convention, “relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” shall be taken into account together with the context of the terms. Rules of international law applicable in relations between the parties included Articles 1.2, 2.1 and 2.7 of the Charter of the United Nations, which recognized the sovereign equality of states and the principle of non-interference in the internal affairs of another state. In light of these general rules of international law, it should be presumed that Article XX(b) did not extend to measures taken by one Member that affected the life or health of the people, animals and plants within the jurisdiction of another Member, absent specific treaty language to the contrary. Regarding Article XX(g), India, Pakistan and Thailand further argued that the language of that provision was silent as to whether the exception covered only exhaustible natural resources located within the jurisdiction of the Member enacting the measure, or whether it extended to all natural resources, wherever located”. (WT/DS58/R, p. 74, para. 3.157).

<sup>299</sup> Cf. WT/DS58/R, p. 75, paras. 3.161 e ss.

artigo<sup>300</sup>. Segundo os reclamantes, a intenção original do Artigo XX(b) era proteger eventuais leis sanitárias de reclamações perante o GATT, enquanto a intenção original do Artigo XX(g) era permitir um membro do Acordo de impor limites à exportação de recursos naturais dentro de sua jurisdição<sup>301</sup>. Por esses elementos, inferir-se-ia que o escopo das alíneas em debate claramente não seria voltado à proteção de bens fora da jurisdição do país que emanasse as medidas restritivas. Os Estados Unidos, em sua defesa, argumentaram que essa interpretação do escopo das alíneas seria incompleta, não podendo ser levada a cabo<sup>302</sup>.

Ademais, os termos específicos de cada uma das alíneas, tais como o teste de necessidade e os objetivos das medidas, bem como os requisitos do *caput* do Artigo XX, foram extensamente contestados pelas partes reclamantes.

É imperioso ressaltar que o painel fez uso de consultas com *experts* no assunto para a resolução do enleio, ainda que nenhuma das partes da disputa assim tivesse requisitado. O painel lançou mão dessa prerrogativa procedimental pois diversos documentos científicos foram submetidos, inclusive com interpretações opostas acerca dos mesmos dados<sup>303</sup>. As conclusões dos peritos foram devidamente comentadas pelas partes.

#### 4.2.1 Relatório do Painel

A análise do painel sobre os dispositivos invocados iniciou-se com o Artigo XI.1 do GATT/94. Como os Estados Unidos não contestaram o fato de que seu embargo seria contrário a essa disposição<sup>304</sup>, e considerando que os termos das medidas em questão

---

<sup>300</sup> Esse argumento foi construído conforme as prerrogativas do Artigo 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Cf. WT/DS58/R, p. 81, paras. 3.176 e ss.

<sup>301</sup> WT/DS58/R, pp. 81 e 83, paras. 3.176 e 3.181.

<sup>302</sup> Cf. WT/DS58/R, pp. 84-86, paras. 3.184-3.189.

<sup>303</sup> WT/DS58/R, p. 152, para. 5.1. O procedimento foi respaldado nos Artigos 13.1 e 13.2 do ESC. Este último dispositivo determina: “Os grupos especiais poderão buscar informação em qualquer fonte relevante e poderão consultar peritos para obter sua opinião sobre determinados aspectos de uma questão”.

<sup>304</sup> Segundo o painel: “Even if the above-mentioned US declaration does not amount to an admission of a violation of Article XI:1, we consider that the evidence made available to the Panel is sufficient to determine that the United States prohibition of imports of shrimp from non-certified Members violates Article XI:1. (...) Thus, Section 609 expressly requires the imposition of an import ban on imports from non-certified countries. We further note that in its judgement of December 1995, the CIT directed the US Department of State to prohibit, no later than 1 May 1996, the importation of shrimp or products of shrimp wherever harvested in the wild with commercial fishing technology which may affect adversely those species of sea turtles the conservation of which is the subject of regulations of the Secretary of Commerce. Furthermore, the CIT ruled that the US Administration has to apply the import ban, including to TED-caught shrimp, as long as the country concerned has not been certified. In other words, the United States bans imports of shrimp or shrimp products from any country not meeting certain policy conditions. (...)” (WT/DS58/R, p. 277-278, para. 7.15-7.16, notas de rodapé suprimidas).

realmente refletiam restrições quantitativas conforme o referido dispositivo, o painel considerou haver violação do Artigo XI.1.

Dada a conclusão da referida violação, por economia judicial, o painel não considerou necessária a análise de eventual violação aos Artigos I.1 e XIII.1, uma vez que as medidas já seriam incompatíveis com as obrigações dispostas pelo GATT/94.

O painel procedeu, assim, à análise das Exceções do Artigo XX do GATT. Para tanto, iniciou-se pela análise do seu *caput*<sup>305</sup>, verificando se a discriminação em questão (o embargo a alguns países exportadores em contraste à permissão a outros países que tivessem sido certificados) seria arbitrária ou injustificada.

Para essa ponderação, o painel realizou um exame do contexto desses termos e do objeto e propósito do Acordo da OMC, consoante o Artigo 31(2) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Assim, o painel trouxe o preâmbulo do Acordo da OMC para a questão, particularmente porquanto referido preâmbulo determina as relações econômicas devem permitir “ao mesmo tempo a utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo de um desenvolvimento sustentável e buscando proteger e preservar o meio ambiente e incrementar os meios para fazê-lo”<sup>306</sup>, mas não abandonando a gradual eliminação de barreiras ao comércio.

Assim, o painel concluiu que o Acordo da OMC e as provisões do GATT, portanto, são essencialmente focados na promoção de desenvolvimento econômico através da liberalização do comércio<sup>307</sup>:

Assim sendo, somos da opinião de que o *caput* do Artigo XX, interpretado dentro do seu contexto e sob a ótica do objeto e propósito do GATT e do Acordo da OMC, apenas permite aos seus Membros derrogar das provisões do GATT desde que, ao fazê-lo, eles não sabotem o sistema de comércio multilateral da OMC, abusando, assim, das exceções contidas no Artigo XX.<sup>308</sup>

E, nessa leitura, o painel entendeu que qualquer medida que contrariasse o sistema, particularmente por colocar em risco a sua previsibilidade e segurança como um todo, constituiria um abuso sendo, assim, uma violação ao *caput* do Artigo XX<sup>309</sup>. Esse seria o caso

---

<sup>305</sup> Os painelistas não deixaram de observar que, em outros casos, foi analisado primeiramente as alíneas do Artigo XX consoante o caso concreto para, em seguida, proceder à análise do *chapeau*. Contudo, concluíram que “as the conditions contained in the introductory provision apply to any of the paragraphs of Article XX, it seems equally appropriate to analyse first the introductory provision of Article XX” (WT/DS58/R, p. 281, para. 7.28).

<sup>306</sup> MDIC, Acordo da OMC.

<sup>307</sup> WT/DS58/R, p. 286, para. 7.42.

<sup>308</sup> Tradução do original: “Therefore, we are of the opinion that the chapeau Article XX, interpreted within its context and in the light of the object and purpose of GATT and of the WTO Agreement, only allows Members to derogate from GATT provisions so long as, in doing so, they do not undermine the WTO multilateral trading system, thus also abusing the exceptions contained in Article XX” (WT/DS58/R, p. 286, para. 7.44).

<sup>309</sup> WT/DS58/R, pp. 286-289 paras, 7.45 e ss. Sobre o tema, ver ainda NEULING, 1999, p. 33.

da medida estadunidense, ao minar o sistema multilateral de comércio internacional com medidas unilaterais de proteção ao meu ambiente<sup>310</sup>.

O entendimento de que as medidas dos Estados Unidos seriam injustificáveis por minarem o sistema multilateral de comércio é o principal fundamento da decisão do painel; contudo, o relatório do painel levanta alguns outros elementos. Dentre esses outros elementos, importa destacar que os painelistas ponderam que, efetivamente, a proteção de tartarugas marinhas realmente é interesse comum aos países do globo, mas, justamente por isso, sua preservação deve ser buscada por meio da “negociação de acordos internacionais ao revés de medidas tomadas por um Membro, condicionando o acesso a seu mercado para a adoção por outros Membros de certas medidas de conservação”<sup>311</sup>.

#### 4.2.2 Relatório do Órgão de Apelação

Os Estados Unidos apelaram da decisão do painel, levando o caso ao OAp. Cabe notar que os Estados Unidos apelaram apenas<sup>312</sup> da interpretação do Artigo XX e alíneas, de modo que deixaram intactos os entendimentos do painel com relação aos demais dispositivos do GATT/94.

A decisão final do OAp continuou desfavorável a esses recorrentes; contudo, a interpretação do Artigo XX foi feita de forma diversa. O OAp modificou o entendimento de que a medida estadunidense não estaria dentro do escopo de medidas permitidas dentro do art. XX do GATT/94, mas concluiu que "a medida dos Estados Unidos, embora qualificada

---

<sup>310</sup> WT/DS58/R, pp. 293-294.

<sup>311</sup> Traduzido do original: “This said, even assuming that sea turtles were a shared global resource, we consider that the notion of “shared” resource implies a common interest in the resource concerned. If such a common interest exists, it would be better addressed through the *negotiation of international agreements than by measures taken by one Member conditioning access to its market to the adoption by other Members of certain conservation policies*” (WT/DS58/R, pp. 290-291, para. 7.53, grifo nosso). O painel ainda ressalta que, muito embora a própria legislação dos Estados Unidos, em sua seção 609, expressamente declare a necessidade de se buscar a negociação internacional, os Estados Unidos não o fizeram. Cf. para. 7.56.

<sup>312</sup> O outro ponto de apelo dos Estados Unidos não foi propriamente com relação a uma violação “legal”, mas apenas quanto a procedimento. Os Estados Unidos indicaram que o entendimento de que os relatórios enviados pelas ONGs não poderiam ser analisados por não terem sido requisitados pelo painel seria uma leitura equivocada do Artigo 13 do ESC. O painel, originalmente, havia recusado a análise de documentos submetidos por ONGs, pois eles não haviam sido requisitados pelos painelistas. Nesse caso, o OAp modificou ainda a decisão do painel em rejeitar opiniões de entes não estatais porquanto não haviam sido solicitadas. O órgão decidiu nesse sentido interpretando extensivamente as expressões “direito de recorrer à informação” e “procurar informação” para também atender à possibilidade de se *aceitar* informações oferecidas por outras instituições. Cf. WT/DS58/AB/R, p. 39, para. 110.

dentro da justificativa da previsão do art. XX (g), não se adequa aos requerimentos do *caput* do art. XX e, portanto, não se justifica pelo art. XX do GATT 1994<sup>313</sup>.

Primeiramente, o OAp corrigiu a metodologia de verificação do Artigo XX. Como já relatado, o painel partiu do *caput* do artigo para, se fosse o caso, secundariamente verificar a subsunção às hipóteses de seus parágrafos. Para o OAp, a própria lógica do Artigo XX indica que a sua interpretação deve partir do particular (ou seja, dos parágrafos), e em seguida verificar a aplicabilidade ao seu *caput*, conforme já havia sido postulado no caso *United States – Gasoline*<sup>314</sup> e consolidado na jurisprudência subsequente. O OAp considerou que “o escopo geral da medida, diferentemente de sua aplicação, deve ser examinado no curso do processo de determinação acerca de se aquela medida cabe dentro de um ou outro parágrafo do Artigo XX seguinte ao *caput*”<sup>315</sup>.

Como o painel analisara apenas a aplicabilidade da medida ao *caput* do Artigo XX, ele não havia analisado se a Seção 609 seria justificável pelas alíneas desse artigo; apesar disso, com base nos elementos trazidos ao relatório do painel, o OAp entendeu que seria seu “dever” proceder a esse exame legal a fim de prover uma devida solução ao caso<sup>316</sup>. Assim, o Órgão procedeu, seguindo o requerimento do apelante Estados Unidos, à análise, primeiramente, da alínea (g) do Artigo XX.

Com relação à alegação dos reclamantes de que tartarugas marinhas não estariam abrangidas no conceito de “recursos naturais exauríveis” por serem seres vivos, o OAp entendeu diversamente e considerou que mesmo seres vivos podem ser considerados tanto recursos naturais, quanto exauríveis<sup>317</sup>. Essa leitura foi corroborada com a interpretação do Preâmbulo do Acordo da OMC, já de 1994, que traz explicitamente o conceito de

---

<sup>313</sup> No original, o OAp concluiu que: “(...) the United States measure, while qualifying for provisional justification under Article XX(g), fails to meet the requirements of the chapeau of Article XX, and, therefore, is not justified under Article XX of the GATT 1994” (WT/DS58/AB/R, p. 76, para. 187).

<sup>314</sup> WT/DS58/AB/R, pp. 42-44, paras. 115-119.

<sup>315</sup> Do original: “The general design of a measure, as distinguished from its application, is, however, to be examined in the course of determining whether that measure falls within one or another of the paragraphs of Article XX following the chapeau” (WT/DS58/AB/R, p. 42, para. 116). O OAp critica longamente a metodologia errônea utilizada pelo painel, e ressaltando repetidamente que a falha interpretativa cometida trouxe consequências aparentes, de modo que o teste aplicado pelos painelistas tornou-se amplo e desfundamentado (cf. p. 44, para. 121). Ademais, sobre a lógica de que a restrição de acesso ao mercado seria uma medida *a priori* injustificável, como entendeu o painel, o OAp considerou: “Such an interpretation renders most, if not all, of the specific exceptions of Article XX inutile, a result abhorrent to the principles of interpretation we are bound to apply” (WT/DS58/AB/R, p. 45, para. 121).

<sup>316</sup> WT/DS58/AB/R, pp. 45-46, paras. 122-124. Isso porque, conforme apontado na introdução deste Capítulo, o OAp aprecia apenas a matéria de direito, sem revolvimento do conteúdo fático-probatório trazido pelas partes.

<sup>317</sup> WT/DS58/AB/R, p. 47 e 50, paras. 128 e 130. Ademais, o OAp considerou: “The words of Article XX(g), “exhaustible natural resources”, were actually crafted more than 50 years ago. They must be read by a treaty interpreter in the light of contemporary concerns of the community of nations about the protection and conservation of the environment” (WT/DS58/AB/R, p. 48, para. 129).

“desenvolvimento sustentável”. Não suficiente, levou em consideração o uso do termo “recursos naturais” feito por uma série de convenções internacionais, dentre as quais a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, a Convenção sobre Diversidade Biológica e a própria CITES, invocada pelas partes<sup>318</sup>.

Assim, concluiu que o termo “recursos naturais”, positivado na redação do GATT em sua versão ainda de 1947, não é estático, e deve ser interpretado em seu contexto, sendo, “por definição, evolutivo”<sup>319</sup>.

Quanto ao fator controverso de suposta extrajurisdicionalidade das medidas, o OAp indicou que haveria “nexo suficiente entre as populações marinhas migratórias e ameaçadas envolvidas e os Estados Unidos para os propósitos do Artigo XX (g)”<sup>320</sup>, além de não haver “exclusividade de direitos proprietários” sobre as tartarugas marinhas pelas partes. Com essa análise, baseada na existência de “nexo” entre as espécies de tartarugas marinhas e o país regulador, em realidade não houve exame de uma possível limitação jurisdicional implícita imposta pela redação do dispositivo.

De igual forma, também o requisito de que a medida fosse *relacionada* à conservação de tais recursos foi preenchido, por não serem utilizados meios desproporcionalmente amplos para a conservação de tartarugas marinhas<sup>321</sup>. Por fim, a necessidade insculpida pela alínea de “tais medidas [serem] efetuadas conjuntamente com restrições à produção e ao consumo nacionais” também foi considerada observada, uma vez que a captura de camarões dentro dos Estados Unidos deveria igualmente seguir as imposições da Seção 609<sup>322</sup>.

Ao concluir, portanto, que todos os requisitos para a subsunção da medida ao parágrafo (g) do art. XX estariam preenchidos, o OAp passou à verificação da aplicabilidade da Seção 609 ao *caput* do artigo.

Nessa análise, ponderou-se que o *caput* postula três pilares para a sua verificação: a) a arbitrária discriminação entre países onde as mesmas condições prevaleçam, b) a injustificada

---

<sup>318</sup> MARCEAU, 1999, p. 100.

<sup>319</sup> HANDL apud WT/DS58/AB/R. Sobre a leitura do Artigo XX(g) pelo OAp e tal interpretação “evolutiva”, cf. KELLY, 2005.

<sup>320</sup> Do original: “We note only that in the specific circumstances of the case before us, there is a sufficient nexus between the migratory and endangered marine populations involved and the United States for purposes of Article XX(g)”. (WT/DS58/AB/R, p. 51, para. 133)

<sup>321</sup> WT/DS58/AB/R, pp. 51-54. Particularmente, o OAp constatou que a certificação restrita a países que usassem TEDs para a pesca seria “directly connected with the policy of conservation of sea turtles” (p. 53, para. 140).

<sup>322</sup> WT/DS58/AB/R, pp. 54-55. O OAp considerou que a imposição da utilização de TEDs também é feita às embarcações de pesca de camarões, inclusive com a imposição de sanções criminais e civis.

discriminação entre países onde as mesmas condições prevaleçam e c) a disfarçada restrição ao comércio internacional<sup>323</sup>.

A partir disso, o OAp concluiu que, em realidade, a *aplicação efetiva* da medida (e não a medida em si), através das Diretivas de 1996, seria injustificável ao impor que “todos os outros países exportadores” deveriam adotar “essencialmente a mesma” (e não meramente comparável) política regulatória que aquela aplicada às redes de captura de camarões nos Estados Unidos, estabelecendo um padrão rígido e inflexível<sup>324</sup>. Assim, não seriam levadas em consideração outras medidas que poderiam ser adotadas para a conservação de tartarugas marinhas<sup>325</sup>. Aqui, cabe ressaltar ainda que os Estados Unidos inclusive proibiram a importação de camarões capturados com redes que utilizavam TEDs, mas cuja captura se deu em águas não certificadas, o que corroborou o entendimento de que a aplicação da medida dar-se-ia de maneira abusiva:

Isso sugere que essa medida, em sua aplicação, está mais preocupada em efetivamente influenciar os membros da OMC a adotarem essencialmente o mesmo regime regulatório que aquele aplicado nos Estados Unidos para os seus pescadores de camarão, mesmo que muitos desses membros estejam em situações distintas.<sup>326</sup>

Outro ponto crucial para a injustificabilidade da medida dos Estados Unidos foi o fato de não terem realizado negociações efetivas com *todos* os membros da OMC, conforme previsto pela Seção 609(a), incluindo aqueles envolvidos na disputa, em busca de uma proteção de seres marinhos, antes da aplicação do embargo<sup>327</sup>. Ademais, o fato de que os Estados Unidos não negociaram seriamente com *todos* os países que lhe exportam camarão (inclusive os reclamantes) seria um indício de discriminação injustificável.

O OAp também considerou como indícios de discriminação na aplicação da medida a desigual concessão do período de adaptação aos países posteriormente afetados, que deveria ter concedido de maneira razoável e semelhante a todos os afetados, e o os diferentes esforços de transferência de tecnologia TED dos Estados Unidos para outros países<sup>328</sup>.

---

<sup>323</sup> WT/DS58/AB/R, p. 56, para. 150.

<sup>324</sup> Conforme o OAp: “The actual application of the measure, through the implementation of the 1996 Guidelines and the regulatory practice of administrators, requires other WTO Members to adopt a regulatory program that is not merely comparable, but rather essentially the same, as that applied to the United States shrimp trawl vessels” (WT/DS58/AB/R, p. 64, para. 163).

<sup>325</sup> WT/DS58/AB/R, p. 63-64, para. 161-162.

<sup>326</sup> No original: “The resulting situation is difficult to reconcile with the declared policy objective of protecting and conserving sea turtles. This suggests to us that this measure, in its application, is more concerned with effectively influencing WTO Members to adopt essentially the same comprehensive regulatory regime as that applied by the United States to its domestic shrimp trawlers, even though many of those Members may be differently situated.” (WT/DS58/AB/R, p. 65, para. 165.)

<sup>327</sup> WT/DS58/AB/R, p. 65-70, para. 166-173.

<sup>328</sup> WT/DS58/AB/R, pp. 71-72, para. 173-175.

Outro tópico considerado pelo OAp foi a *arbitrariedade* vedada pelo *caput* do Artigo XX. Os julgadores, ao analisarem o procedimento realizado pelos Estados Unidos para a concessão ou negativa da certificação, verificaram a presença de alguns elementos de arbitrariedade na aplicação da medida, tais como a impossibilidade de revisão ou apelo da negativa do requerimento de certificação por um país, não havendo o devido processo legal a que eles teriam direito<sup>329</sup>.

O OAp decidiu, diante dessas ponderações, que a Seção 609 foi *aplicada*, quando da aplicação da medida e do seu procedimento de certificação, de maneira arbitrariamente e injustificavelmente discriminatória entre membros da OMC. Portanto, a violação ao Artigo XI.1 não poderia ser escusada pelo Artigo XX, por afronta aos requisitos de seu *caput*.

#### 4.3 O CASO *US – TUNA II*<sup>330</sup>

A segunda disputa analisada neste capítulo tem origens no litígio *US – Tuna I*, contencioso que foi levado a um painel do então vigente sistema GATT, em 1991, também pelo México contra os Estados Unidos, a respeito do banimento estadunidense a atum e produtos de atum imposto em 1990 com base em uma legislação nacional denominada Ato de Proteção a Mamíferos Marinhos de 1972, a MMPA<sup>331</sup>.

O caso *US – Tuna II* envolve algumas medidas adotadas pelos Estados Unidos relativamente à importação, comercialização e venda de atum e produtos de atum, notadamente relativas ao estabelecimento de critérios para a concessão de um rótulo para atum e produtos de atum que certificaria que nenhum golfinho foi morto ou sofreu graves danos quando da captura do peixe – o chamado rótulo *dolphin-safe*.

---

<sup>329</sup> WT/DS58/AB/R, pp. 73-75, para. 177-183.

<sup>330</sup> Título reduzido do original “*United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*”.

<sup>331</sup> O caso *Tuna/Dolphin I* diz respeito a um litígio com origem em um embargo imposto em 1990, anterior mesmo à instituição da OMC, pelos Estados Unidos. O litígio foi levado a um painel do sistema GATT pelo México em 1991, em decorrência de um embargo na importação de atum. O Ato de Proteção a Mamíferos Marinhos (MMPA), de 1972, impunha a utilização de técnicas de pesca de forma a reduzir a morte incidental de mamíferos marinhos. Além disso, impôs a proibição de importação de peixes se não fossem capturados com referida tecnologia de pesca, devendo resultar em uma diminuição dessas mortes incidentais a um nível comparável ao dos Estados Unidos. Também foi interdita a importação de nações intermediárias que processassem peixes que não tivessem sido capturados de acordo com os padrões estabelecidos pelo MMPA. O painel estabelecido considerou as medidas ilegais com relação ao GATT, Artigo III:4 e XI:1, além de considerar não poderem as medidas serem justificadas pelo Artigo XX, alíneas (b) ou (g). Para um estudo do caso, cf. BEYERS, 2012.

Para os propósitos deste trabalho, considerando particularmente as novidades com relação à interpretação do Acordo TBT trazidas pelos *reports* do *US – Tuna II*, preferiu-se focar apenas neste último contencioso.

O México apresentou pedido de consultas em outubro de 2008 com relação a tais medidas, abaixo descritas<sup>332</sup>. As consultas não lograram êxito, motivo pelo qual se instaurou um painel, conforme o Artigo 8 do ESC, que deveria analisar as medidas como um todo, e não individualmente. Figuraram como terceiros interessados Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, China, Equador, as Comunidades Europeias, Guatemala, Japão, Coréia, Nova Zelândia, Taipei Chinesa, Tailândia, Turquia e Venezuela.

As medidas estadunidenses questionadas pelo México eram as seguintes:

(i) O título 16, Seção 1385 do Código dos Estados Unidos, também chamando de “Ato de Informação ao Consumidor sobre a Proteção de Golfinhos” (do inglês, *Dolphin Protection Consumer Information Act – DPCIA*);

(ii) O título 50, Seção 216.91 do Código de Regulações Federais (“Padrões de rotulagem *dolphin-safe*”) e Seção 216.92 (“Requerimentos protetivos de golfinhos para atum capturado no ETP [Oceano Pacífico Tropical Leste] por redes cercadoras grandes”);

(iii) A decisão no *Earth Island Institute v. Hogarth*.

A seção 1385 proibia a inclusão de rótulo em embalagens de atum ou produtos de atum que falsamente indicasse que o atum em questão foi capturado de modo não agressivo a golfinhos, e listava uma série de situações em que o método de captura de atum não poderia ser considerado adequado para a referida rotulagem. Os elementos centrais dessas disposições tratam de critérios para o enquadramento da atividade, os quais englobam a localização da área de pesca (particularmente se dentro ou fora do ETP), o tipo de rede de captura, o tipo de interação entre atum e golfinho naquele caso (considerando que pode haver relação de mutualismo entre as duas espécies) e o nível de dano causado a golfinhos<sup>333</sup>.

Pelo método de pesca de atum através de redes cercadoras (*purse seine nets*), o atum pode ser pescado primeiro com a captura de golfinhos, colhendo-se aí os atuns que a eles se associam. Isso se dá porque atuns maduros associam-se a golfinhos, tornando-se atraente aos pescadores emboscar os golfinhos para conseguir capturar tais peixes<sup>334</sup>. Essa associação ocorre predominantemente no ETP, a única região reconhecida como foco desse fenômeno.

O outro tipo de rede tratada pela regulamentação, a chamada rede de pesca de deriva (*driftnet fishing*), é um método de pesca que consiste em fixar horizontalmente uma longa rede para a captura de peixes que transitem próximo à superfície<sup>335</sup>. Por se estender por uma

<sup>332</sup> WT/DS381/R, p. 127, para. 7.16.

<sup>333</sup> Cf. WT/DS381/R, para. 2.1-2.8.

<sup>334</sup> WT/DS381/R, para. 4.11.

<sup>335</sup> Fonte: <[http://ec.europa.eu/news/agriculture/140519\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/news/agriculture/140519_pt.htm)>. Acesso em 25.03.2015.

longa área, formando “paredões”, e não selecionar os animais que serão capturados, esse tipo de rede é considerada uma ameaça a golfinhos e outros mamíferos que, em princípio, não deveriam ser pescados conjuntamente com atuns.

Assim, como mencionado, na regulamentação dos Estados Unidos, as condições para a concessão do rótulo variavam de acordo com o tipo de embarcação, a localização da captura do atum e o método utilizado. Quando necessários, os requerimentos para permissão de uso do rótulo eram a certificação de que redes cercadoras não tivessem sido intencionalmente utilizadas para capturar golfinhos durante o trajeto daquela pesca e/ou a certificação de que nenhum golfinho fora morto ou sofrera sérios danos quando da pesca do atum. Essas certificações deveriam ser declaradas pelo capitão da embarcação e, em alguns casos, também por um observador autorizado pelo Secretário de Comércio<sup>336</sup>.

Conforme as determinações do DPCIA e medidas aplicadoras dessa legislação, atum capturado em alto mar com a utilização de redes derivantes não poderia em nenhuma circunstância receber o rótulo *dolphin-safe*. Com relação à utilização das redes cercadoras, as condições para a concessão do rótulo conforme as normas estadunidenses variavam de acordo com a localização da pesca e o tipo de embarcação.

Dentro do ETP, se a embarcação fizesse uso de redes cercadoras grandes (com capacidade de carregamento maior do que 362.8 toneladas), as condições para a obtenção do rótulo seriam declarações escritas com ambas as certificações acima mencionadas, e tanto do capitão da embarcação quanto do observador. No caso de embarcações pequenas com rede cercadora dentro do ETP, nenhuma condição seria necessária para a concessão do rótulo.

Ainda dentro do ETP, não sendo utilizada a rede cercadoras, a declaração escrita do capitão da embarcação e do observador internacional de que nenhum golfinho teria sofrido sérios danos somente seria necessária se a pesca tivesse sido realizada em área em que houvesse significativa associação dos dois animais.

Fora do ETP, as condições conforme o tipo de embarcação subdividia-se apenas em utilizando redes cercadoras ou não. Para embarcações que fizessem uso desse método, os critérios variavam conforme a região, sendo essa com ou sem significativa associação entre golfinho e atum, similar à do ETP. Para as embarcações com outro tipo de método, o rótulo seria permitido conforme a regularidade de danos causados a golfinhos na respectiva região. Assim, *e.g.*, em uma região em que não houvesse uma significativa mortalidade de golfinhos,

---

<sup>336</sup> WT/DS381/AB/R, p. 70, para. 174.

fora do ETP, e fazendo a embarcação em questão uso de qualquer outro método que não redes cercadoras ou redes derivantes, não haveria óbices à concessão do rótulo<sup>337</sup>.

A discordância do México com essas disposições remonta ao fato de que, entre diversos países, foi estabelecido um Acordo sobre o Programa Internacional de Conservação de Golfinhos (*Agreement on the International Dolphin Conservation Program - AIDCP*), do qual inclusive as partes litigantes, Estados Unidos e México são partes. O AIDCP estabelece padrões voluntários para uma certificação *dolphin-safe* distintos daqueles aplicados pelos Estados Unidos<sup>338</sup>. Ademais, segundo o AIDCP, o atum *dolphin-safe* seria aquele “capturado em situações em que não há mortalidade ou graves danos a golfinhos”<sup>339</sup>.

O México, nessa senda, indica que os Estados Unidos, com sua legislação DPCIA, a qual emendou o MMPA, empregaria padrões distintos daqueles acordados pelo AIDCP.

Outra medida contestada pelo México, relativamente às restrições da rotulagem em questão, foi ainda a supracitada decisão do caso *Earth Island Institute v. Hogarth*. O *Earth Island Institute* foi uma das ONGs que confrontou um relatório emitido pelo Departamento de Comércio dos Estados Unidos (DOC), o qual decidira não haver provas de que haveria um efeito adverso significativo à mortalidade de golfinhos em razão do uso de redes cercadoras. O Secretário de Comércio dos Estados Unidos, nesse relatório, considerou que a utilização de redes cercadoras no ETP não teria um impacto adverso significativo a golfinhos. A consequência desse relatório seria que os padrões de rotulagem deveriam ser adequados aos padrões internacionais acordados pelos Estados Unidos, tornando desnecessária a certificação de que nenhum golfinho tinha sido morto ou sofrido danos graves quando da captura do atum em questão para embarcações grandes com uso de redes cercadoras na região ETP<sup>340</sup>.

Essa questão foi levada a tribunal, e a decisão determinou que o DOC teria “abusado de sua discricionariedade”, sob o fundamento de ausência de provas para esse entendimento – esse é o *Julgamento Hogarth*, também contestado pelo México. Por conseguinte, os padrões de rotulagem foram mantidos nos termos da MMPA original.

---

<sup>337</sup> Essa descrição constitui apenas uma síntese das complexas determinações da regulamentação estadunidense. Para maior detalhamento, cf. WT/DS381/R, pp. 2-8, paras. 2.1-2.14, inclusive tabela ilustrativa elaborada pelo painel. O relatório do OAp também faz uma síntese; cf. WT/DS381/AB/R, p. 70, paras. 173-174.

<sup>338</sup> “The resolution established the procedures that would enable tuna caught and tracked in accordance with the procedures to receive an “AIDCP dolphin-safe certification”. The AIDCP Dolphin Safe Certification Resolution states that application of the procedures “shall be voluntary for each Party, especially in the event that they may be inconsistent with the national laws of a Party”” (WT/DS381/AB/R, p. 15, para. 2.41, notas de rodapé suprimidas).

<sup>339</sup> Do original: “Dolphin safe tuna is tuna captured in sets in which there is no mortality or serious injury of dolphins” (WT/DS381/R, p 15, para. 2.40).

<sup>340</sup> WT/DS/381/AB/R, pp. 70-71, para. 175.

Para embasar suas alegações, o México argumentou que há associação de golfinhos e atum também em regiões fora do ETP, e que, ainda assim, as restrições impostas pelos Estados Unidos só foram tomadas com relação àquela área, e não com relação a outras áreas também sujeitas à mortalidade de golfinhos pela pesca de atum<sup>341</sup>. De igual forma, o México alegou haver evidências de que golfinhos e outros mamíferos marinhos seriam mortos dentro das águas estadunidenses, e quanto a isso não havia qualquer tipo de regulação por parte dos Estados Unidos<sup>342</sup>.

O México considerou ainda que o método de pesca de atum pela captura de golfinhos pode não resultar em nenhuma morte dos mamíferos se os requerimentos de pesca estabelecidos pelo AIDCP forem obedecidos. Contrariamente, alegou que, pelo DPCIA, mesmo que nenhum mamífero marinho tivesse sofrido qualquer dano, ainda assim, pelos critérios utilizados dentro da ETP, os produtos de atum não poderiam receber o rótulo de *dolphin-safe*<sup>343</sup>.

Assim, o México alega inconsistência com os Artigos I.1 e III.4 do GATT/94, sob o argumento de que há discriminação no tratamento do mercado americano em detrimento dos produtos mexicanos. Ademais, alega ainda inconsistência com os Artigos 2.1, 2.2 e 2.4 do Acordo TBT, “pois criam obstáculos desnecessários ao comércio internacional, não são baseados em padrões internacionais relevantes, são discriminatórios contra atum e produtos de atum mexicanos e têm objetivos que podem ser tratados de maneira menos restritiva ao comércio”<sup>344</sup>.

Com relação às cláusulas de não discriminação NMF e TN, o México indica que os seus produtos de atum prejudicados com a medida são similares aos produtos de atum estadunidense pois “produtos de atum mexicanos e dos Estados Unidos competem diretamente entre si no atacado, distribuição e mercado estadunidense e atum mexicano e estadunidense competem diretamente entre si no mercado de conservas”<sup>345</sup>.

---

<sup>341</sup> WT/DS381/R, p. 20, paras. 4.33-4.34.

<sup>342</sup> WT/DS381/R, pp. 17 e 19, paras. 4.9 e 4.26.

<sup>343</sup> WT/DS381/R, p. 18, para. 4.20.

<sup>344</sup> Traduzido do original: “Furthermore, the US measures are inconsistent with Articles 2.1, 2.2, and 2.4 of the Agreement on Technical Barriers to Trade (“TBT Agreement”) because they create unnecessary obstacles to international trade, are not based on the relevant international standard, discriminate against Mexican tuna products and tuna, and address objectives that can be addressed in a less trade-restrictive manner. WT/DS381/R, p. 16, para. 4.4.

<sup>345</sup> Do original: “Accordingly, the Mexican and US tuna and tuna products are like product within the meaning of Article III:4 because Mexican and US tuna products directly compete against each other in the US wholesale, distribution and retail market and Mexican and US tuna directly compete against each other in the US cannery market”. WT/DS381/R, p. 21, para. 4.37.

Interessante ressaltar ainda que o México faz alusão ao *report* do OAp no caso *EC – Asbestos* e aos critérios BTA para a sua abordagem de similaridade. Cabe lembrá-los: as propriedades natureza e qualidade do produto; a finalidade do produto; os gostos e hábitos dos consumidores; a classificação tarifária dos produtos. A distinção, contudo, não é feita, pelo México, entre produtos rotulados como *dolphin-safe* e aqueles que não receberam o rótulo, mas entre produtos de atum mexicanos e produtos de atum estadunidense. Assim, com relação aos hábitos e gostos dos consumidores, o ponto crítico dessa classificação, o México alega que esses, “relativamente a produtos de atum e atum mexicanos são idênticos aos produtos de atum e atum dos Estados Unidos”<sup>346</sup>.

Com relação aos dispositivos do TBT, o México argumenta que as medidas traduzem regulamentos técnicos (portanto, baseados em critérios cuja adequação é obrigatória) pois, caso os critérios estabelecidos pela DPCIA não forem perfeitamente observados, é ilegal a inclusão do rótulo *dolphin-safe* nos produtos de atum ou atum<sup>347</sup>.

No mérito dos dispositivos invocados, o México indica, primordialmente, que as medidas estadunidenses não protegem a vida ou saúde animal ou o meio ambiente conforme demanda o Artigo 2.2<sup>348</sup> e, além disso, as medidas em questão são mais restritivas ao comércio que o necessário<sup>349</sup>.

O México ainda ressalta que, pelo fato de sua pesca de atum ser feita significativamente na região do ETP, atingindo-o potencialmente, com os métodos vedados pelos critérios da rotulagem *dolphin-safe*, diversamente do que ocorre com os Estados Unidos, as medidas traduzem uma discriminação *de facto* aos seus produtos similares. Esse argumento é central na análise das cláusulas de não discriminação por parte do MSC.

Ainda, invoca com frequência o acordo multilateral AIDCP, indicando que a suposta proteção das medidas do DPCIA “não adicionam a essa proteção [aquela conferida pelo AIDCP], e tão somente bloqueiam a importação de produtos de atum e atum dos países signatários e, assim sendo, protegem a indústria de atum dos Estados Unidos e minam a viabilidade do AIDCP”<sup>350</sup>. Indica ainda que o seu método de pesca, conquanto baseado

---

<sup>346</sup> Do original: “consumers' tastes and habits: But for the regulatory distinction that is at the core of this dispute (i.e., dolphin-safe), consumers' tastes and habits respecting Mexican tuna products and tuna are identical to US tuna products and tuna”. WT/DS381/R, p. 21, para. 4.38.

<sup>347</sup> WT/DS381/R, p. 25, para. 4.54.

<sup>348</sup> Cf. WT/DS381/R, p. 25, para. 4.56 e ss..

<sup>349</sup> Cf. WT/DS381/R, p. 26, para. 4.58-4.59.

<sup>350</sup> No original: “The protection of dolphins in the ETP tuna fishery and the consequent preservation of dolphin stocks are governed by the highly successful AIDCP. The US measures do not add to that protection, and all they accomplish is to block imports of tuna products and tuna from the signatory countries and, thereby, protect the US tuna industry and undermine the viability of the AIDCP”. WT/DS381/R, p. 24, para. 4.57.

primordialmente na captura de golfinhos, observa as indicações desse acordo para a proteção dos golfinhos. Esse aspecto traduziria ainda a alegação de desrespeito ao Artigo 2.4 do TBT, pois os regulamentos técnicos não estão respaldados em padrões estabelecidos por acordos internacionalmente reconhecidos.

Os Estados Unidos, por sua vez, contra-arrazoaram as alegações do México partindo da premissa que a rotulagem em questão sequer seria mandatória – portanto, não seria um regulamento técnico. Isso porque, pelo seu argumento, atum e produtos de atum que não tenham o direito de receber o rótulo *dolphin-safe* ainda podem ser comercializados nos Estados Unidos. E, não sendo mandatório, não poderiam ser considerados regulamentos técnicos pelo TBT; por conseguinte, não haveria subsunção ao Artigo 2 do Acordo.

Na mesma linha, ressaltam ainda que o impacto ao comércio causado pelas determinações de rotulagem em questão seria mínimo<sup>351</sup>, justamente porquanto voluntárias.

Os objetivos declarados pelos Estados Unidos com as medidas em questão seriam, primeiramente, o de informar corretamente o consumidor acerca da prejudicialidade do produto a golfinhos, e, também, como consequência dessa informação e, possivelmente, do desestímulo do mercado aos produtos prejudiciais, reduzir o número de embarcações que fazem uso do método<sup>352</sup>.

Com relação à expressa “discriminação” do local de pesca do atum relativamente à ETP, os Estados Unidos argumentaram que a normatização apresentava discrepâncias de tratamento porque a única região em que conhecidamente se tem uma regular e significativa associação de atum e golfinho é o ETP.

Ademais, os Estados Unidos ressaltaram em suas razões que, diversamente do alegado pelo México, o método de pesca de atum por meio do emboscamento de golfinhos pode ser fatal para os mamíferos, além de trazer outros efeitos negativos às populações. Dessa forma, “qualquer atum capturado no ETP – incluindo atum mexicano – em uma jornada em que foi utilizado outro método que não o emboscamento de golfinhos e em uma área em que

---

<sup>351</sup> WT/DS381/R, p. 33, para. 4.100.

<sup>352</sup> Segundo os Estados Unidos: “The US dolphin-safe labelling provisions are to fulfil a legitimate objective within the meaning of Article 2.2 of the TBT Agreement. The objectives of the US dolphin-safe labelling provisions are (1) ensuring that consumers are not misled or deceived about whether tuna products contain tuna that was caught in a manner that adversely affects dolphins; and (2) to the extent that consumers choose not to purchase tuna without the dolphin-safe label, the US provisions ensure that the US market is not used to encourage fishing fleets to catch tuna in a manner that adversely affects dolphins” (WT/DS381/R, p. 31, para. 4.88). Ademais, os Estados Unidos alegam que ‘In fact, the demand for tuna products that do not contain tuna that was caught by setting on dolphins is what prompted the US fleet to abandon this fishing technique, as well as what may have prompted Ecuador's fleet to abandon this technique in recent years. Ecuador's fleet continues to fish in the ETP, employing techniques other than setting on dolphins to catch tuna, including yellowfin tuna’. WT/DS381/R, p. 32, para. 4.93.

nenhum golfinho foi morto ou seriamente prejudicado poderá usar o rótulo *dolphin-safe*<sup>353</sup>. Inclusive, os Estados Unidos ressaltam que um terço das redes cercadoras mexicanas estão autorizadas a usar o rótulo *dolphin-safe*<sup>354</sup>.

Com relação à aplicabilidade do AIDCP em detrimento do DPCIA, os Estados Unidos argumentam que, apesar de concordarem que o primeiro acordo foi significativo para aumentar a proteção a golfinhos no ETP, ainda assim as populações do mamífero continuam a diminuir<sup>355</sup>. Esse é um dos argumentos centrais dos Estados Unidos para demonstrar a consistência de suas medidas com o Artigo 2.2 do TBT, que dispõe acerca da legitimidade de suas medidas e da razoabilidade (“os regulamentos técnicos não serão mais restritivos ao comércio do que o necessário”).

Não obstante, os Estados Unidos também ressaltam que a utilização das condições estabelecidas pelo AIDCP não seriam suficientes para o propósito declarado pelos Estados Unidos de informar seus consumidores acerca da morte de golfinhos, pois os critérios estabelecidos por aquele acordo não asseguram a completa ausência de morte ou dano a esses animais.

Finalmente, o Artigo 2.4 do TBT (“normas internacionais pertinentes” a serem seguidas pelos regulamentos técnicos impostos) é desconstituído pelos Estados Unidos no sentido de que o AIDCP não seria nem uma norma<sup>356</sup>, nem internacional, nem pertinente<sup>357</sup>.

#### 4.3.1 Relatório do Painel

O painel analisou, por questões de economia judicial, apenas os dispositivos do Acordo TBT<sup>358</sup>.

---

<sup>353</sup> Traduzido do original: “Any tuna that is caught in the ETP – including Mexican tuna – during a trip using a technique other than setting on dolphins and in a set in which no dolphins were otherwise killed or seriously injured is eligible to bear the dolphin-safe label. The fundamental premise of Mexico's claims – that the US measures prohibit use of the dolphin-safe label on Mexican tuna – is simply incorrect.” WT/DS381/R, p. 28, para. 4.73.

<sup>354</sup> WT/DS381/R, p. 28, para. 4.74; p. 34, para. 4.109.

<sup>355</sup> WT/DS381/R, p. 32-33, para. 4.99-100.

<sup>356</sup> Norma internacional dentro do âmbito do Artigo 2 e do contexto dos regulamentos técnicos, não se confundindo com as normas voluntárias do Artigo 4.

<sup>357</sup> WT/DS381/R, pp. 33-34, paras. 4.103-105.

<sup>358</sup> Isso porque, em sua análise, sendo o TBT e o GATT/94 ambos constantes do Anexo 1A do Acordo da OMC, e levando em consideração a Nota a esse Anexo, que considera que “[n]o caso de conflito entre uma disposição do GATT 1994 e uma disposição de qualquer acordo incluído no Anexo 1A ao Acordo Constitutivo da OMC (...) a disposição deste último acordo prevalecerá no tocante ao conflito” (MDIC, Acordo Constitutivo da OMC) o TBT deveria ser analisado primeiramente (WT/DS381/R, pp. 130-131, paras. 7.35 e ss.). Por conseguinte a inadequação das medidas ao TBT tornaria despicienda a análise relativamente ao GATT/94.

Primeiramente, para o painel, acerca da subsunção das medidas como regulamentos técnicos ou não, determinou-se que, por conter alguns elementos de obrigatoriedade<sup>359</sup>, as condições para a rotulagem em questão deveriam ser consideradas regulamentos técnicos; assim, procedeu-se à análise dos Artigos 2.1, 2.2 e 2.4.

Para o painel, a análise do Artigo 2.1, que consolida as cláusulas de não discriminação no contexto do TBT, deveria considerar primeiramente se a possibilidade de utilização do rótulo seria uma vantagem ao acesso ao mercado estadunidense e, em segundo lugar, se os produtos de atum mexicanos efetivamente teriam seu acesso a tal rótulo negado, de modo que estaria em tratamento discriminatório, menos favorável com relação aos Estados Unidos (TN) ou outros países (NMF)<sup>360</sup>.

Nesse sentido, o painel reconheceu que, devido ao fato de os consumidores do produto em questão serem notadamente sensíveis à proteção dos golfinhos, e sendo o rótulo a única forma de verificar tal proteção, a utilização deste configuraria uma vantagem ao acesso ao mercado americano para o produto que tivesse direito. Contudo, considerando que a significativa restrição das medidas ao ETP e a determinados métodos de pesca poderia prejudicar qualquer embarcação de pesca no mundo, o painel considerou que os critérios em si não seriam discriminatórios com relação ao México<sup>361</sup>.

É com relação ao Artigo 2.2 do TBT que o painel determina haver inconsistência, ao considerar que as medidas impostas pelos Estados Unidos são mais restritivas que o necessário para a consecução dos objetivos perquiridos<sup>362</sup>.

---

<sup>359</sup> Cf. WT/DS381, pp. 133-162. O painel assim entendeu, ao considerar, em síntese, que, pelo fato de a legislação estadunidense permitir a utilização do rótulo apenas com a observância de critérios, compulsórios e que ensejariam responsabilização, e proibir a sua utilização caso tais critérios não fossem observados, as medidas seriam obrigatórias *de maneira negativa*, o que as caracterizaria como regulamentos técnicos. Importa ressaltar que essa decisão não foi unânime, tendo um dos painelistas discordado da interpretação, e a conclusão foi mantida em sede apelatória. O tópico é objeto de crítica de autores que defendem que, não sendo um *requerimento*, tanto menos *obrigatório*, as medidas não seriam regulamentos técnicos, especialmente quando se considera que o TBT, nesse tópico, é *lex specialis* do Artigo III:4 do GATT, e deve ser analisado a partir desse contexto. Cf., *e.g.*, CROWLEY E HOWSE, 2014, p. 324. A análise com maior detalhamento deste tópico foge, em certa medida, do escopo deste trabalho; partiremos, para as conclusões do capítulo, da premissa de que *eco-labeling* pode, em alguns casos, enquadrar-se no contexto de regulamentos técnicos do TBT.

<sup>360</sup> WT/DS381/R, pp. 182, paras. 7.284 e ss.

<sup>361</sup> WT/DS381/R, pp. 187, paras. 7.304 e ss. Para a análise do Artigo 2.1 do TBT, o painel analisa uma série de fatores, tais como o custo de adaptação das embarcações à demanda dos Estados Unidos e a pressão para a adoção das medidas pelas embarcações. Merece destaque a consideração do painel de que, no momento do estabelecimento das medidas, diversas embarcações mexicanas, estadunidenses e de outros países utilizavam-se, no ETP, do método de pesca através da captura de golfinhos. Boa parte das embarcações estadunidenses e de outros países se adaptaram às medidas, o que é indício da ausência de discriminação *prima facie*.

<sup>362</sup> Importa ressaltar que a metodologia utilizada pelo painel para a consideração desse artigo se deu em duas etapas: primeiramente, se os objetivos declarados dos Estados Unidos seriam legítimos; em segundo lugar, caso positivo o primeiro passo, se as medidas seriam mais restritivas do que o necessário para a consecução desses objetivos (Cf WT/DS318/2, pp. 207-208, paras. 7.382-7.390). Assim os objetivos em análise foram considerados legítimos pelo painel, notadamente porque o ônus da prova é atribuído ao país reclamante, o México.

Com relação ao objetivo de informar os consumidores, o painel concluiu que o rótulo pode transmitir a impressão de que nenhum golfinho foi morto ou sofreu danos na captura de atum, quando não necessariamente esse terá sido o caso, se fora do ETP<sup>363</sup>. Ademais, a alternativa indicada pelo México (a utilização dos critérios do AIDCP para a rotulagem dos produtos de atum) seria, de acordo com o painel, menos restritiva ao comércio do que a medida estadunidense<sup>364</sup>.

Quanto ao objetivo de desencorajar o uso de métodos prejudiciais a golfinhos na captura de atum, também este seria apenas parcialmente alcançado, pois, ao permitir o uso do rótulo a produtos de atum capturado fora do ETP com *quaisquer* métodos de pesca, a medida poderia inclusive ter efeito contrário ao desincentivo de uso do método prejudicial aos golfinhos<sup>365</sup>. E, na mesma linha que quanto ao primeiro objetivo, o painel concordou que a alternativa sugerida pelo México quanto à utilização dos critérios do AIDCP não seria menos protetiva aos golfinhos, e seria menos restritiva ao comércio.

Assim sendo, para ambos os objetivos declarados pelos Estados Unidos, o painel considerou que as medidas estadunidenses seriam mais restritivas do que o necessário, face à alternativa proposta pelo México. Portanto, seriam inconsistentes com o Artigo 2.2 do TBT.

Finalmente, com relação ao Artigo 2.4 do TBT, o painel entendeu que o AIDCP poderia ser considerado uma “norma internacional pertinente” a ser considerada para fins de rotulagem *dolphin-safe*<sup>366</sup>. No entanto, a sua aplicação não serviria completamente aos propósitos de informar eficazmente os consumidores acerca da prejudicialidade do produto aos golfinhos<sup>367</sup>, nem desencorajar a utilização do método de captura de golfinhos para pesca

---

<sup>363</sup> Cf. WT/DS381/R, p. 251, para. 7.564.

<sup>364</sup> O painel pondera: “Therefore, the Panel concludes that allowing compliance with the dolphin-safe requirements of the AIDCP dolphin-safe label in conjunction with the existing standard embodied in the US dolphin-safe provisions would be at least as apt to contribute to the objective of ensuring that consumers are not misled about whether tuna has been caught in a manner that adversely affects dolphins. Both the existing US measures and the alternative suggested by Mexico may reduce to some extent, but do not eliminate, the possibilities of the US consumers being misled. Taking into account the risks of non-fulfilment of the United States' objective if the AIDCP label was allowed, the Panel concludes, accordingly, that the alternative measure suggested by Mexico does not entail a greater risk of consumers being deceived than the US dolphin-safe provisions, as currently applied” (WT/DS381/R, p. 253, para. 7.577). Como se verifica, ambas as alternativas não seriam de fato eficazes para a promoção do objetivo perquirido; contudo, para o painel, o rótulo nos termos do AIDCP, e não do DPCIA, seria menos restritivo e igualmente eficaz.

<sup>365</sup> Cf. WT/DS381/R, p. 257-258, para. 7.597-7.599.

<sup>366</sup> Cf. WT/DS381/R, p. 273-283.

<sup>367</sup> “Therefore, with the AIDCP label alone, consumers will not be misled or deceived about whether dolphins were killed during the sets in which the tuna is caught. However, to the extent that there might be other adverse effects deriving from that fishing method, the AIDCP standard alone would not address them. It would not also, in itself, convey any information in this respect. The AIDCP dolphin-safe label itself does not convey any information on the fishing method that has been used for harvesting tuna contained in the product that bears the AIDCP logo, or on the impact that such method may have on dolphins”. (WT/DS381/R, p. 289, para. 7.729)

de atum<sup>368</sup>. Assim, o México não demonstrou que o padrão *dolphin-safe* não é um método seguro e efetivo de realizar os objetivos perquiridos pelos Estados Unidos, motivo pelo qual referido Artigo, para o painel, não foi violado.

#### 4.3.2 Relatório do Órgão de Apelação

Ambos sucumbentes no relatório do Painel, tanto os Estados Unidos quanto o México apelaram da decisão ao OAp. A partir dos requerimentos feitos pelas partes, o OAp reverteu as decisões do painel quanto à aplicação dos Artigos 2.1 e 2.2 do TBT, e modificou o entendimento do painel quanto à interpretação do Artigo 2.4 do TBT<sup>369</sup>.

O Artigo 2.1 foi suscitado por provocação do México, que discordou do entendimento do painel de que seus produtos de atum não receberiam tratamento menos favorável do que os similares nacionais estadunidenses.

Para analisar a aplicação desse dispositivo ao caso, o OAp explicou que deve-se verificar

se o regulamento técnico em questão modifica as condições de competição no mercado pertinente em detrimento do grupo de produtos importados quando comparados ao grupo de produtos domésticos similares ou produtos similares originados em outro país. A existência de tal efeito de detrimento não é suficiente para demonstrar tratamento menos favorável sob o Artigo 2.1. Ao revés, em *US – Clove Cigarettes*, o Órgão de Apelação entendeu que “um painel deve ainda analisar se o efeito negativo nos importados advém exclusivamente de uma distinção regulatória legítima ao invés de refletir uma discriminação contra o grupo de produtos importados”<sup>370</sup>.

Em síntese, portanto, para a análise do Artigo 2.1, deve-se analisar primeiramente se existe um impacto negativo da medida com relação a um grupo de produtos e, caso positivo,

---

<sup>368</sup> “We acknowledge that the AIDCP standard contributes importantly, as the United States itself observes, to the reduction of dolphin mortality from setting on dolphins within the ETP.(...) However, taken alone, it fails to address unobserved adverse effects derived from repeated chasing, encircling and deploying purse seine nets on dolphins, such as separation of mothers and their dependent calves, killing of lactating females resulting in higher indirect mortality of dependent calves and reduced reproductive success due to acute stress caused by the use of helicopters and speedboats during the chase” (WT/DS381/R, p. 291, para. 7.738, notas de rodapé suprimidas).

<sup>369</sup> Por serem esses os entendimentos divergentes do painel, a eles o presente trabalho ater-se-á, sendo desconsideradas as demais considerações do OAp aos apelos das partes.

<sup>370</sup> Do original: “As the Appellate Body has previously explained, when assessing claims brought under Article 2.1 of the TBT Agreement, a panel should therefore seek to ascertain whether the technical regulation at issue modifies the conditions of competition in the relevant market to the detriment of the group of imported products vis-à-vis the group of like domestic products or like products originating in any other country. The existence of such a detrimental effect is not sufficient to demonstrate less favourable treatment under Article 2.1. Instead, in *US – Clove Cigarettes*, the Appellate Body held that a “panel must further analyze whether the detrimental impact on imports stems exclusively from a legitimate regulatory distinction rather than reflecting discrimination against the group of imported products”. (WT/DS381/AB/R, p. 87, para. 215, traduzido, notas de rodapé suprimidas).

se esse impacto negativo reflete discriminação. Nessa linha, para o exame do dispositivo, o OAp buscou averiguar a imparcialidade (“*evenhandedness*”) da medida com relação a golfinhos capturados com diferentes métodos e em diferentes lugares do oceano<sup>371</sup>.

Parte-se da ideia de que as condições de acesso e competitividade ao mercado dos produtos de atum são diretamente afetadas pelas medidas estadunidenses, pois o rótulo por elas estabelecido seria determinante para o êxito do produto dentro do mercado dos Estados Unidos. Assim, seria irrelevante que os produtos mexicanos tivessem sido prejudicados com o rótulo devido a uma *escolha dos consumidores*, pois são as medidas estadunidenses que criam as condições para a possibilidade de uso do rótulo. Há, portanto, um tratamento que resulta em detrimento dos produtos que não recebem o rótulo.

Contudo, como esclarecido pelo trecho acima transcrito, seria necessário ainda averiguar se o resultado negativo da medida constituiria uma discriminação propriamente dita ao grupo de importados. Quanto a isso, o OAp, em síntese, tomou as considerações do painel com relação ao Artigo 2.1 no sentido de que seriam injustificadas as diferentes exigências para a concessão de rótulos a produtos de atum obtidos em áreas distintas e métodos distintos<sup>372</sup>. O OAp considerou, portanto, que esses elementos constituiriam uma afronta ao Artigo 2.1, e não ao Artigo 2.2 como havia entendido o painel.

Em suma, o OAp julgou as medidas estadunidenses “não calibradas” por não terem os Estados Unidos demonstrado razoabilidade nos diferentes tratamentos dos métodos de pesca em áreas diferentes do oceano. Como esse tratamento diferencial constitui uma modificação das condições de acesso ao mercado estadunidense em detrimento dos produtos de atum mexicanos, as medidas não seriam apropriadamente imparciais, o que configura uma afronta ao Artigo 2.1 do TBT.

---

<sup>371</sup> WT/DS381/AB/R, pp. 92-93, para. 232. Howse e Crowley (2014, p. 323) indicam que a metodologia utilizada para essa análise foi aquela estabelecida pelo anterior julgamento do caso *US – Cloves*.

<sup>372</sup> O OAp considerou: “In the light of the above, we conclude that the United States has not demonstrated that the difference in labelling conditions for tuna products containing tuna caught by setting on dolphins in the ETP, on the one hand, and for tuna products containing tuna caught by other fishing methods outside the ETP, on the other hand, is “calibrated” to the risks to dolphins arising from different fishing methods in different areas of the ocean. (...) We note, in particular, that the US measure fully addresses the adverse effects on dolphins resulting from setting on dolphins in the ETP, whereas it does “not address mortality (observed or unobserved) arising from fishing methods other than setting on dolphins outside the ETP”. In these circumstances, we are not persuaded that the United States has demonstrated that the measure is even-handed in the relevant respects, even accepting that the fishing technique of setting on dolphins is particularly harmful to dolphins” (WT/DS381/AB/R, p. 114, para. 297, notas de rodapé suprimidas). Crowley e Howse (2014) explicam que uma medida efetivamente imparcial, para o OAp, exigiria que atum capturado fora do ETP com outros métodos de pesca que não redes cercadoras deveria, ao menos, ter uma certificação do capitão da embarcação de que não houve dano a golfinhos, sem a necessidade de que seja uma certificação de um observador autorizado.

Interessante ressaltar que o OAp esclareceu que “regulamentos técnicos são medidas que, por sua própria natureza, estabelecem distinções entre produtos de acordo com suas características ou seus métodos de processo e produção relacionados”. Assim, estando a natureza dos regulamentos intrinsecamente relacionada aos PPMs em si, estatuiu que nenhuma distinção com base nesses elementos “constitui *per se* um tratamento menos favorável nos termos do Artigo 2.1”<sup>373</sup>.

Quanto ao Artigo 2.2, o OAp considerou que a sugestão alternativa do México seria, em realidade, a coexistência do rótulo estadunidense com o rótulo AIDCP. Considerando que, fora da ETP, ambos os rótulos teriam as mesmas limitações, não veiculando a informação de possíveis danos a golfinhos, seria necessário averiguar se, *dentro do ETP*, os requerimentos impostos pelos dois rótulos seriam adequados para os objetivos (legítimos) dos Estados Unidos. Discordando do painel, contudo, o OAp entendeu que a medida alternativa proposta pelo México não atingiria os objetivos na mesma proporção do que a restrição original em disputa, o DPCIA<sup>374</sup>.

O OAp considerou, ainda, não ser necessário que a medida eliminasse completamente a morte incidental de golfinhos: para que uma medida “realize seu objetivo” conforme demanda o enunciado do Artigo 2.2, deve-se considerar o grau de contribuição de tal medida para o objetivo legítimo em questão.

Finalmente, a interpretação dada pelo painel ao Artigo 2.4, foi também apelada por ambas as partes. Os Estados Unidos apelaram quanto ao entendimento de que o rótulo AIDCP seria uma “norma internacional pertinente” e que o AIDCP seria uma “instituição internacional” para os propósitos do Artigo 2.4; o México, quanto à conclusão de que o padrão AIDCP seria uma forma efetiva e apropriada de atingir os objetivos dos Estados Unidos.

---

<sup>373</sup> No original: “Article 2.1 of the TBT Agreement applies “in respect of technical regulations”. A technical regulation is defined in Annex 1.1 as a “[d]ocument which lays down product characteristics or their related processes and production methods ... with which compliance is mandatory”. As such, technical regulations are measures that, by their very nature, establish distinctions between products according to their characteristics or their related processes and production methods. Article 2.1 should not be read therefore to mean that any distinctions, in particular ones that are based exclusively on particular product characteristics or on particular processes and production methods, would *per se* constitute “less favourable treatment” within the meaning of Article 2.1” (WT/DS381/AB/R, pp. 85-86, §211)

<sup>374</sup> Para o OAp: “(...) We note, in this regard, the Panel's finding, undisputed by the participants, that dolphins suffer adverse impact beyond observed mortalities from setting on dolphins, even under the restrictions contained in the AIDCP rules. Since under the proposed alternative measure tuna caught in the ETP by setting on dolphins would be eligible for the “dolphin-safe” label, it would appear, therefore, that the alternative measure proposed by Mexico would contribute to both the consumer information objective and the dolphin protection objective to a lesser degree than the measure at issue, because, overall, it would allow more tuna harvested in conditions that adversely affect dolphins to be labelled “dolphin-safe”” (WT/DS381/AB/R, p. 127, para. 330, notas de rodapé suprimidas).

O OAp considerou, quanto ao status de instituição *internacional*, que o AIDCP não está aberta para a participação de todos os países, no contexto do TBT, por ser necessária a emissão de um convite para a participação<sup>375</sup>. E, não sendo o AIDCP uma instituição internacional conforme indica o Anexo 1 do TBT, não poderá ser considerado uma norma internacional para os propósitos do Acordo<sup>376</sup>.

Em suma, devido à afronta ao Artigo 2.1 do TBT, o OAp concluiu que as medidas estadunidenses contestadas pelo México seriam inconsistentes com as obrigações do Acordo.

#### 4.4 CONSIDERAÇÕES ARTICULADAS

Da análise conjunta dos dois casos, podem-se extrair algumas conclusões dentro dos propósitos deste trabalho.

A primeira observação que salta aos olhos é que a balança entre meio ambiente e livre comércio que o OAp, nos dois casos, tenta ponderar, pende para o favorecimento do comércio internacional não discriminatório em detrimento de políticas com alegado intuito ambiental. Essa conclusão, todavia, não surpreende, já que o intento primordial da OMC é comercial, e não ambientalista.

Nota-se, também, que essa ponderação entre os ambiente e comércio é muito mais acentuada no discurso do OAp no caso *US – Shrimp*. Tal parece ser natural, porquanto os dispositivos envolvidos naquele contencioso traduzem perfeitamente esse embate: por um lado, as disposições pró-livre comércio do GATT; por outro lado, justamente, as exceções a esse acordo, particularmente as alíneas que preveem a proteção ao meio ambiente. Enquanto isso, no caso *US – Tuna II*, o arcabouço normativo analisado é muito mais técnico e, ao considerar a possibilidade de restrição ao comércio por meio de regulamentos técnicos, analisa a absoluta necessidade de que tais restrições não sejam feitas de maneira discriminatória.

Apesar dessa diferença no discurso das duas decisões, contudo, a análise final dos dois contenciosos parece convergir para o mesmo ponto: a averiguação de se a medida protetiva do meio ambiente é arbitrária ou injustificada, mesmo que tenha objetivos legítimos. Essa é a dinâmica geral que se pode extrair tanto desses casos quanto de demais casos que envolvam conflito entre comércio e proteção ambiental na OMC, e deve-se ter em mente essa consideração ao se extraírem conclusões e realizar propostas para o sistema.

---

<sup>375</sup> Cf. WT/DS381/AB/R, p. 133, paras. 149 e ss.

<sup>376</sup> WT/DS381/AB/R, pp. 150, para. 400.

Essa constatação não torna, contudo, absolutamente incompatível a regulação da proteção ambiental com a regulação do comércio internacional. Diante disso, algumas ponderações acerca da interpretação dos grupos julgadores dos dois casos, particularmente do OAp, devem ser feitas.

A primeira delas diz respeito à forma como o OAp considera os PPMs como elemento de diferenciação entre produtos. Observa-se, em realidade, que essa é uma questão delicada não apenas quando da análise pelo painel ou OAp, mas entre os próprios litigantes (ou seja, os membros da OMC, sejam reclamantes ou reclamados).

Tome-se, de início, o caso *US – Tuna II*. A inquirição acerca de tratamento discriminatório se deu entre produtos de atum (genericamente) estadunidenses e mexicanos. É curioso observar que o próprio México indica que o tratamento discriminatório não se dá com base na origem do produto, mas com base em onde o atum é capturado e qual o método utilizado para isso<sup>377</sup>. Assim sendo, não parece fazer sentido que os critérios apresentados pelo México para a determinação de que os produtos *sub judice* são similares analisem os produtos com base em sua nacionalidade<sup>378</sup>.

Não se contesta que, na análise das cláusulas de não discriminação, deva haver uma análise acerca de uma possível discriminação entre os produtos de diferentes nacionalidades, ainda que mascarada com outro propósito – isso é até tautológico. Contudo, se o que se quer alegar é que os produtos embargados, ou cuja rotulagem foi negada, deveriam ter recebido o mesmo tratamento do produto que recebeu a devida rotulagem, a comparação, naquele caso, não há de ser feita de acordo com a nacionalidade do produto, mas entre o produto *dolphin-safe* estadunidense e o *dolphin-safe* mexicano. Um entendimento diverso equipara todos os produtos mexicanos – que deveriam ou não ter recebido o direito ao rótulo – a todos os produtos americanos – ainda que nem todos tenham recebido o direito ao rótulo.

---

<sup>377</sup> Do relatório do painel, depreende-se nas alegações do México: “The less favourable treatment at issue is of a de facto rather than de jure character because the US measures do not, on their face, discriminate on the basis of the foreign country that is the source of particular tuna and tuna products but rather, they discriminate on the basis of where the tuna is harvested and the fishing method. This has the effect of favouring US tuna and tuna products over like Mexican tuna and tuna products because the fishing fleets of the two countries harvest tuna in different ocean fisheries using different fishing methods” (WT/DS381/R, p. 22, para. 4.42).

<sup>378</sup> Jakir entende que, “since most US tuna products are considered as ‘dolphin-safe’ because they carry the label, the comparison was actually made between domestic ‘dolphin-safe’ tuna products and imported tuna products, regardless of their safety to dolphins” (2013, p. 157). Contudo, identificar o grupo de produtos de atum estadunidenses como *dolphin-safe* porque a maioria dos produtos lá produzidos assim é considerado é uma imprecisão. O ponto central da disputa está relacionado ao fato de o México acreditar que mesmo produtos que poderiam ser considerados *dolphin-safe* não o são; portanto, o apropriado seria comparar o grupo de produtos de atum *dolphin-safe* (dos Estados Unidos ou de outros países, no caso do NT ou do MFN, respectivamente), com os produtos que o México entende estarem sendo discriminados – não poderiam ser, evidentemente, todos os produtos de atum com origem no México.

Veja-se que a própria rotulagem *dolphin-safe* traduz a noção de que tais produtos não são iguais – eles são diferenciados no seu método de produção, de uma forma que deve ser informada ao mercado interno.

É fato que, para a comparação entre produtos *dolphin-safe* americanos e mexicanos, a avaliação sobre a adequação do próprio rótulo *dolphin-safe* deve vir antes da avaliação acerca do tratamento discriminatório originado pela medida. Nesse sentido, Mavroidis apresenta uma pertinente crítica ao procedimento introduzido pelo OAp nos casos *US – Tuna II*, *US – COOL* e *US – Clove* (os pioneiros da interpretação aprofundada das disposições do TBT), e indica que deve haver, em realidade, uma inversão do procedimento. Para Mavroidis, o primeiro passo seria identificar se a medida é legítima e necessária para a consecução do objetivo legítimo (logo, também a determinação da legitimidade do objetivo) e, em segundo lugar, a verificação de eventual tratamento discriminatório na aplicação daquela medida<sup>379</sup>.

Curiosamente, contudo, cabe lembrar que a utilização do critério da nacionalidade como elemento distintivo da similaridade dos produtos em questão não foi contra-arrazoado pelos Estados Unidos, nem objeto de apelo<sup>380</sup>.

Seguindo a mesma lógica, não parece coerente, também no âmbito do GATT, considerar como produtos similares camarão “*turtle-safe*” (no caso, capturado com uso de TED) e camarão “não *turtle-safe*” como produtos similares. No caso *US – Shrimp*, por questões de economia processual, nem o OAp nem o painel analisaram a inconsistência das medidas com o Artigo III.4; não avaliaram, portanto, a similaridade dos produtos. Contudo, dados os parâmetros erigidos pelos relatórios anteriores, e mesmo considerando a interpretação apresentada pelo OAp no posterior *US – Tuna II*, não seria surpreendente se os camarões certificados e os não certificados pelos Estados Unidos fossem considerados produtos similares. A partir daí, seria quase automática a conclusão de que o tratamento advindo da medida regulatória seria discriminatório.

Portanto, apesar de o OAp, no caso *US – Tuna II*, ter expressamente considerado que a diferenciação de tratamento de produtos de acordo com os seus PPMs não constitui uma discriminação *per se*, a forma como se analisa a restrição comercial e os produtos envolvidos

---

<sup>379</sup> Como Mavroidis considera, “The starting point of the analysis then must be the consistency of the technical regulation, that is the expression of the government preference, with the TBT Agreement (...)”. A sugestão de Mavroidis é absolutamente pertinente, e parte da ideia de que o autor entende ainda que as obrigações refletidas no Artigo 2.1 e no Artigo 2.2 interagem entre si. O autor indica que essa metodologia seria análoga à metodologia já consolidada pelo OAp na análise do Artigo XX (2013, p. 516-525).

<sup>380</sup> WT/DS381/R, p. 166, para. 7.213.

é um indicativo de que o MSC/OMC ainda não está completamente aberto a lidar com esse tipo de regulação.

Outro tópico que merece atenção é o fato de que, no caso *US – Tuna II*, efetivamente, não são absolutamente todos os países da OMC que realizam a captura de atum no ETP. Dessa forma, pode-se considerar que a aplicação das medidas estadunidenses efetivamente traz um tratamento diferencial – e, por conseguinte, prejudicial – aos que o fazem. No mesmo sentido, era esse o elemento que o México alegava ao aventar uma discriminação *de facto*.

Ao impor uma restrição que não se aplica a todos os países-Membros da OMC, ou a uma parte significativa (por exemplo, o banimento realizado no caso *US – Shrimp*), há, de fato, uma maior possibilidade de que a medida restritiva seja baseada, mascaradamente, em intentos discriminatórios. Por tal motivo, as condições da casuística devem ser analisadas, não se podendo determinar que tão somente porque há um determinado grupo de maiores prejudicados, há discriminação injustificada – é o que o OAp chama de imparcialidade da medida (“*evenhandedness*”).

Todavia, quanto a essa particular restrição relativa ao ETP presente no caso *US – Tuna II*, duas questões devem se sopesadas: a primeira é que o próprio país reclamado, os Estados Unidos, também realiza atividades nessa região e, por isso, pelo menos em tese, também são prejudicados da mesma maneira que os produtos mexicanos. Em segundo lugar, essa restrição está respaldada pelo contundente – e reconhecido tanto pelo painel, quanto pelo OAp – argumento fático de que a região do ETP é a única conhecida em que há uma efetiva associação entre atum e golfinho.

Esses dois elementos demonstram que a imposição das medidas estadunidenses no caso *US – Tuna II* não seriam *per se* discriminatórias – nem nos termos da NMF, tampouco nos termos do TN. Evidentemente, reserva-se a possibilidade, como já ponderado neste trabalho, de que a restrição tenha um objetivo mascaradamente protecionista ou discriminatório, e que a sua aplicação seja de fato discriminatória, mas isso é distinto de ser ilegal *prima facie*, e deve ser analisado a partir do conjunto fático-probatório da casuística<sup>381</sup>.

Relativamente aos objetivos das medidas restritivas ao comércio, um ponto que merece destaque na análise do órgão de apelo destaca diz respeito à leitura do Artigo 2.2 do TBT no caso *US – Tuna II*. O OAp ponderou um importante fator face à alegação do México de que a medida estadunidense, devido às suas restrições relativas ao método e o local de

---

<sup>381</sup> Para uma crítica quanto à decisão final do OAp quanto à discriminabilidade da medida, em afronta ao Artigo 2.1 do TBT, cf. CROWLEY E HOWSE, 2014, p. 229-331.

pesca, atinge apenas parcialmente os objetivos perquiridos. O Órgão entendeu que para que uma medida “realize seu objetivo”, como demanda o dispositivo em questão, é necessário considerar “o grau de contribuição que o regulamento técnico estabelece para a consecução do objetivo legítimo” em questão<sup>382</sup>. Efetivamente, exigir que uma medida restritiva atinja “completamente” seus objetivos (*e.g.*, exigir que a medida desestimulasse completamente a pesca de atum por meios danosos a golfinhos) seria uma condição que altamente limitaria a possibilidade de regulamentação com fins ambientais<sup>383</sup>.

Outro tópico que costuma se objeto de controvérsia sobre medidas PPMs, mas que parece ter sido pacificado pelo OAp, como se observa da análise do *US – Shrimp* e da análise do *US – Tuna II*, é a crítica à imposição extraterritorial de padrões de sustentabilidade por parte do país que estabelece as medidas.

Com efeito, um dos objetivos declarados do *US – Tuna II* era influenciar produtores de outros países a abandonar o método de pesca de atum prejudicial a golfinhos. Isso, contudo, não é imposição regulatória extraterritorial em sentido estrito. Extraterritorialidade significa, estritamente, a *aplicação* de direito interno fora da jurisdição daquele Estado<sup>384</sup>.

A adoção de medidas *legítimas* e *não discriminatórias* com o fim de influenciar outros países a mudarem suas políticas ambientais não é inconsistente nem com as normas da OMC, tampouco com o direito internacional geral<sup>385</sup> – observe-se que a discricionariedade de efetivamente mudar suas políticas continua sob o arbítrio do país afetado, e eventuais consequências advindas da relação oferta-demanda são econômicas, e não uma imposição jurídica. Ademais, a imposição de uma internalização das externalidades negativas ambientais (ou seja, a limitação comercial de um PPM mais prejudicial ao meio ambiente) aos produtores estrangeiros é nada menos do que coerente quando essa imposição se dá, num primeiro momento, também a produtores nacionais.

Howse e Regan lembram, ainda, que a regulamentação dos métodos e processos produtivos, mesmo que localizados fora da jurisdição do país que a emana, pode ser de seu

---

<sup>382</sup> Do original: “We have stated above that the question of whether a technical regulation “fulfils” an objective is concerned with the degree of contribution that the technical regulation makes toward the achievement of the legitimate objective” (WT/DS381/AB/R, p. 130-131, para. 341).

<sup>383</sup> Sobre o tema, cf. HOWSE E LANGILLE, 2012, em uma análise sobre o recente caso *US – Seal*. Esse caso contrapõe restrições voltadas à proteção do bem-estar de focas com a manutenção da tradição de tribos canadenses em caçá-las. No mesmo sentido, Howse e Levy tratam sobre o caso *US – Clove Cigarettes* e abordam brevemente a questão das limitações da indústria interna e até que ponto recusar um objetivo legítimo (proteger a saúde) devido às suas limitações inerentes (que, efetivamente, podem trazer tratamento desigual ao comércio internacional) realmente é válido (2013, p. 344).

<sup>384</sup> Cf. Colangelo, 2014.

<sup>385</sup> HOWSE E REGAN, 2000, p. 274.

interesse<sup>386</sup>, e isso é particularmente verdade no âmbito de medidas ambientais, cujo impacto é de interesse reconhecidamente global. Essa constatação esclarece que os objetivos perquiridos por uma medida restritiva baseada em PPMs não são de abrangência unicamente extraterritorial<sup>387</sup>.

Nessa toada, em *US – Shrimp*, o OAp reconheceu o direito dos Estados de atuar em busca de objetivos legítimos, particularmente ambientais, ainda que, segundo o OAp, a medida adotada pelos Estados Unidos tenha sido aplicada de maneira arbitrária e injustificada<sup>388</sup>.

Como observa Howse, esse contencioso reverteu o entendimento que havia sido postulado ainda à época do sistema GATT, em que o painel julgado do caso *US – Tuna I* julgara que as exceções do Artigo XX poderiam ser invocadas apenas para a proteção de recursos dentro da jurisdição do Estado que emana as restrições<sup>389</sup>. Contudo, esse entendimento é limitado porque o OAp não esclareceu em que medida deve-se dar o nexo entre o país regulador e o recurso a ser preservado<sup>390</sup>, determinando apenas haver o nexo em questão particularmente porque as tartarugas marinhas são espécies migratórias, conforme demonstrado pelos *experts* e pela CITES.

O contencioso *US – Shrimp* também é paradigmático no tocante à leitura “evolutiva”<sup>391</sup> feita pelo OAp do termo *recursos naturais exauríveis*. O OAp deixou claro que o texto do GATT, originalmente redigido em 1947, não poderia ser lido de acordo com seu intento original nesse tocante, conforme demandavam os países reclamantes, em consonância com o disposto no Artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Ao revés, a interpretação “evolutiva” sugerida pelo OAp demonstra uma abertura à crescente

---

<sup>386</sup> 2000, p. 278. Conforme os autores argumentam, “[t]here are many ways in which processing behaviour outside the importing country can have effects within it, and most process-based restrictions are aimed at least in part to such effects. There is no ground for a general presumption that process-based restrictions are purely ‘extra-territorial’ in their ultimate concern”.

<sup>387</sup> HOWSE E REGAN, 2000, p. 278.

<sup>388</sup> “In reaching these conclusions, we wish to underscore what we have not decided in this appeal. We have not decided that the protection and preservation of the environment is of no significance to the Members of the WTO. Clearly, it is. We have not decided that the sovereign nations that are Members of the WTO cannot adopt effective measures to protect endangered species, such as sea turtles. Clearly, they can and should. And we have not decided that sovereign states should not act together bilaterally, plurilaterally or multilaterally, either within the WTO or in other international *fora*, to protect endangered species or to otherwise protect the environment. Clearly, they should and do. 186. What we have decided in this appeal is simply this: although the measure of the United States in dispute in this appeal serves an environmental objective that is recognized as legitimate under paragraph (g) of Article XX of the GATT 1994, this measure has been applied by the United States in a manner which constitutes arbitrary and unjustifiable discrimination between Members of the WTO, contrary to the requirements of the chapeau of Article XX” (WT/DS58/AB/R, p. 75, paras 185-186)

<sup>389</sup> HOWSE, 2002, p. 2.

<sup>390</sup> HOWSE, 2002, p. 8.

<sup>391</sup> *Evolutionary*, conforme o original em inglês.

preocupação ambiental, uma vez que conclusões científicas constantemente mudam o curso das demandas pela preservação ecológica.

E, nesse aspecto, podemos considerar ademais a importância de o OAp ter tomado ainda em consideração o acordo internacional CITES e a própria Declaração do Rio e a Agenda 21 (apreciando particularmente o equilíbrio entre meio ambiente e desenvolvimento buscado por essas duas convenções<sup>392</sup>) para respaldar sua decisão. Dada referibilidade dos próprios julgados do OAp enquanto fonte de direito para decisões futuras<sup>393</sup>, a utilização de outros instrumentos para a interpretação terminológica no contencioso *US – Shrimp* deixa essa possibilidade aberta para conflitos ambientais futuros.

Na mesma lógica, a utilização do preâmbulo do Acordo da OMC é também uma abertura importante para a interpretação das disposições dos GATT (e, conseqüentemente, de outros acordos abrangidos) à luz das demandas ambientais hodiernas. Marceau indica, nesse sentido, que o objetivo do desenvolvimento sustentável só pode ser entendido a partir de normas e políticas contemporâneas<sup>394</sup>. De igual maneira, somente normas específicas a esses objetivos (portanto, não produzidas dentro do contexto da regulação do comércio internacional) poderiam regular a matéria com a especificidade necessária.

Ressalta-se apenas que essa dinâmica *interpretativa* utilizada pelo OAp não se confunde com uma efetiva sobreposição de obrigações dispostas por um MEA e pelos acordos abrangidos da OMC; um conflito de tal sorte seria evidentemente mais problemático. A problemática da integração de outras normas internacionais à análise do MSC/OMC também é verificada no caso *US – Tuna II*, com a interpretação apresentada pelo OAp acerca do conceito de “norma internacional pertinente” (presente no Artigo 2.4 do TBT), cuja restrição foi criticada por alguns autores<sup>395</sup>.

Apesar disso, o OAp, ao considerar as disposições de um tratado com escopo ambiental para a verificação da legitimidade de um objetivo, particularmente porque em detrimento da liberalização de comércio, deixa aberta a possibilidade de que a interação de normas externas à OMC possa balizar o conflito comércio x meio ambiente. Note-se inclusive que, no caso *US – Shrimp*, essa abertura não foi feita por intermédio da expressa vênua do Acordo TBT (que, aliás, se limita à análise de padrões técnicos internacionais, não

---

<sup>392</sup> WT/DS58/AB/R, p. 67, para. 168.

<sup>393</sup> Sobre as decisões da OMC enquanto fonte de direito no mecanismo de resolução de controvérsias da OMC, cf. MAVROIDIS E PALMETER, 1999.

<sup>394</sup> MARCEAU, 1999, p. 108.

<sup>395</sup> Cf., por exemplo, CROWLEY E HOWSE, 2014, pp. 338 e ss. e PAUWELYN, 2012.

abrangendo outras convenções), mas por um exercício interpretativo efetivamente realizado pelo corpo de julgadores do MSC.

## 5 CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, buscou-se verificar a compatibilidade das medidas regulatórias de comércio internacional baseadas em PPMs ambientais com as normas da OMC, por meio da análise do arcabouço normativo da instituição relevante ao tema aliada ao estudo da casuística também pertinente ao tema. A partir desta leitura, a resposta verificada foi a de que tal regulação não é *prima facie* incompatível com o sistema, pois não há qualquer vedação ao uso de npr-PPMs ambientais como fundamento de distinção normativa.

Ao longo do trabalho, três tipos de regulação foram abordados, a partir do estudo particularmente das disposições do GATT/94 e do Acordo TBT: a eco-rotulagem, que visa primordialmente à informação do consumidor acerca dos PPMs ambientais relevantes; a imposição de taxas internas ou alfandegárias com base na diferença da forma de produção da mercadoria; e o banimento de produtos não produzidos de uma determinada forma mais ecologicamente sustentável. Os três tipos de regulação dividem o objetivo da proteção ambiental; contudo, buscam a sua concretização por métodos distintos.

Entende-se que a OMC é um sistema cujo fundamento primordial, que norteia não apenas o GATT/94, como também demais de seus Acordos, é a não discriminação. A partir disso, considerou-se que, desde que as medidas objeto deste estudo sejam impostas e aplicadas de maneira que não reflita uma discriminação referente à origem dos produtos (seja de maneira protecionista, seja de maneira a privilegiar os produtores de um país em detrimento de outro), não há porque considerá-las uma inconsistência *prima facie* com o sistema normativo da OMC.

Veja-se ainda que, como demonstrado no Capítulo 3, no âmbito do Tratamento Nacional, se uma restrição comercial a um produto que não internaliza seus impactos negativos ao meio ambiente é imposta aos produtores nacionais, a não imposição à mesma restrição comercial traduzir-se-á em uma desvantagem competitiva com relação a eles.

Efetivamente, uma medida pode acabar por gerar uma discriminação *de facto*, conforme alegado pelo México no caso *US – Tuna II*, por causar mais impactos negativos a um grupo de produtores concentrado em um determinado país. Contudo, esse impacto negativo *de facto* não é, necessariamente, discriminatório em sua origem (ainda que se ressalve a possibilidade de o país regulador de fato ter criado a discriminação com a reserva mental de afetar o país atingido pela medida). De igual maneira, essa possibilidade advém da natureza complexa da regulação de npr-PPMs, mas poderia se dar também em regulações ao

comércio voltadas a outras características do produto (*e.g.*, se o principal produtor de cimento contendo amianto fosse o Canadá). Essa discriminação *de facto* e sua abrangência podem ser devidamente avaliadas pelo MSC/OMC pelos testes de legitimidade e necessidade do Artigo XX e Artigo 2.1 do TBT.

Assim, ainda no Capítulo 3 deste trabalho, buscou-se demonstrar que a averiguação da similaridade ou não das mercadorias pode também levar em consideração a forma como os produtos foram produzidos, uma vez que a sua distinção pode ter efeitos mercadológicos. Conforme demonstrado, dois produtos fisicamente muito semelhantes podem trazer uma característica que os diferencie de maneira terminante. Quando a diferenciação traz efeitos concretos à saúde, a distinção regulatória entre produtos parece ser mais clara, como foi o caso no contencioso *EC - Asbestos*. Contudo, a mesma lógica pode ser aplicada aos impactos ambientais causados por um determinado método produtivo em comparação a outro, mesmo que essa diferenciação não seja incorporada fisicamente pelo produto final.

Assim, no contexto do GATT/94, da mesma forma que a finalidade dos produtos pode ser sopesada com as suas características físicas para a averiguação da similaridade entre produtos, como ocorreu no caso *EC - Asbestos*, essas mesmas características podem ser sopesadas com o impacto ambiental causado pelos PPMs do produto. Enquanto o objetivo daquela distinção regulatória é a proteção da saúde; o objetivo desta, igualmente reconhecido como legítimo pelo próprio sistema OMC, é a proteção ambiental. A questão, relembra-se, cinge-se primordialmente à forma como a medida restritiva, uma vez legítima e necessária, é aplicada: se de maneira discriminatória ou não.

Ainda no âmbito do GATT/94, tem-se o mecanismo das Exceções Gerais, cujo *caput* também envolve o pressuposto da não discriminação. Mesmo que se considere que os produtos envolvidos são de fato similares (por exemplo, porque o painel considerou que o mercado consumidor é majoritariamente apático à morte de golfinhos, logo os produtos são diretamente competitivos e a distinção feita pelo país regulador não se justifica), pode-se invocar as alíneas (b) e (g) do Artigo XX como escusa para a regulamentação.

Daí, além do teste de necessidade ou relatividade, respectivamente, imposto pelas referidas alíneas (as medidas devem ser necessárias / efetivamente relativas à proteção ambiental), o *caput* exige que as medidas não sejam aplicadas como forma de discriminação arbitrária ou injustificada. Contudo, essa é a própria lógica do sistema, como ressaltado, e, apesar de sua averiguação ser mais difícil no contexto dos npr-PPMs, não é *per se* incompatível com as medidas. É importante lembrar que a possibilidade de escusa de uma

medida ambiental no contexto do Artigo XX não faz com que a medida seja *a priori* incompatível com o GATT/94, como o OAp esclareceu no caso *EC – Asbestos*.

No âmbito do TBT, argumentou-se, a partir do caso *US – Tuna II*, no Capítulo 4, que a diferenciação entre produtos deve levar em consideração o propósito do regulamento técnico – afinal, esse é seu escopo. Portanto, uma vez que o regulamento técnico tenha objetivos (ambientais) legítimos e não sejam mais restritivos ao comércio do que o necessário, a similaridade entre produtos, assim como a própria presença de tratamento discriminatório, deve levar em consideração a consecução de tais objetivos.

A adequação e a necessidade de uma medida restritiva ao comércio para a proteção ambiental é de difícil verificação; particularmente complexa é essa análise em um sistema de resolução de controvérsias voltado para o aspecto comercial e econômico, em detrimento da proteção ecológica. Assim, este trabalho ressaltou ainda a necessidade de uma interação de outras normas de direito internacional, particularmente tratados e princípios de direito internacional ambiental, com as fontes primordiais da OMC para a verificação da dinâmica comércio e meio ambiente pelo MSC/OMC.

Essa interatividade de fontes é, como demonstrado no Capítulo 2, ainda limitada. A mesma limitação foi demonstrada pelos casos *US – Shrimp* e *US – Tuna II*. No último caso, as críticas à abrangência do conceito de “norma internacionais pertinentes” no contexto do TBT para a verificação da “internacionalidade” de regulamentos técnicos também corroboram essa limitação.

Quanto mais especializadas e abrangentes as normas internacionais sobre a proteção ambiental, mais fácil será adequar medidas internas de regulação do comércio internacional às obrigações firmadas nos acordos abrangidos. Não só para uma verificação da amplitude de conceitos cristalizados nesses acordos, mas como para a própria averiguação da referida adequação/necessidade das medidas restritivas em prol do meio ambiente, uma maior abertura ao ordenamento externo ao sistema OMC é necessária. Ademais, a partir da interação das normas da OMC com outras convenções de direito internacional ambiental, divergências acerca da extraterritorialidade na imposição de medidas restritivas ao comércio baseadas em PPMs ambientais seriam mitigadas. Contudo, a efetiva influência de outras fontes com o direito da OMC e a abrangência de outros tratados nesse contexto ainda carece de maior esclarecimento pelo OAp.

Outra ponderação extraída desta pesquisa diz respeito à imposição dessas medidas restritivas do ponto de vista da disparidade entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos.

Não há como se desconsiderar o impacto econômico que a restrição de importação de produtos concebidos por meio de PPMs mais sustentáveis causa a esses últimos. Nesse sentido, reconhece-se que a assistência tecnológica por parte dos países desenvolvidos deve ser incentivada e intensificada.

De todo modo, efetivamente, a disparidade norte-sul no âmbito global é patente, e a eventual prejudicialidade econômica dessas medidas a países em desenvolvimento não é negada. Contudo, não há de se olvidar da existência dos princípios da precaução e prevenção, bem como do princípio do poluidor-pagador, consagrados internacionalmente por meio de convenções e conferências internacionais como a Conferência de Estocolmo, em 1972. De igual maneira, eficiência econômica também deve, hodiernamente, ser lida em consonância com preservação de recursos naturais (vivos ou inanimados, como mostrou o OAp em *US – Shrimp*). E, finalmente, no âmbito do TBT, consagra-se a ideia da aceitação de padrões distintos daqueles impostos pelo país regulador (Artigo 2.7).

Não se discute que a regulação de npr-PPMs ambientais possui problemáticas bastante complexas e peculiares, particularmente dada a mencionada dificuldade de sopesamento, por diversos fatores, entre os objetivos de liberalização do comércio e proteção ambiental. Contudo, tal dificuldade não se confunde com uma inconsistência *prima facie* com o sistema. O que se deve evitar é que, devido a essa dificuldade de consenso internacional acerca da necessidade de uma medida restritiva ao comércio, os países deixem de impor regulamentações que possam auxiliar na preservação ambiental.

## 6 REFERÊNCIAS

BARTELS, Lorand. Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings. *Journal Of World Trade Law*, The Netherlands, v. 35, n. 3, p.499-519, mar. 2001.

BRASIL. Tarifa Externa Comum. Brasília, Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=3361>>. Acesso em: 24 maio 2014.

BEYERS, Carol J.. The U.S./Mexico Tuna Embargo Dispute: a Case Study of the GATT and Environmental Progress. *Md. J. Int'l L.*, Maryland, v. 16, n. 2, p.229-252, nov. 2012. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mjil/vol16/iss2/3>>. Acesso em: 03 maio 2014.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 23 de maio de 1969. *Convenção de Viena Sobre O Direito dos Tratados*. Brasília, 15 dez. 2009.

BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie *et al.*. *Environment and Trade: A Guide to WTO Jurisprudence*. Londres: Earthscan, 2006.

CAMERON, James; GRAY, Kevin R.. Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 50, n. 02, pp. 248-298, abril 2001.

CHARNOVITZ, Steve. The Law of Environmental 'PPMs' in the WTO: Debunking the Myth of Illegality. *Yale Journal of International Law*, v. 59, 2002, New Haven. Disponível em: <[http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1451&context=faculty\\_publications](http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1451&context=faculty_publications)>. Acesso em 08.05.2014.

CHOI, Won-Mog. *How More 'Likeness' in Addressing Technical Regulations?*. Society of International Economic Law (SIEL), 3rd Biennial Global Conference, jul., 2012. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=2104187>>. Acesso em 31.03.2015.

COLANGELO, Anthony J.. What is Extraterritorial Jurisdiction?. *Cornell Law Review*, 2014, Forthcoming; SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper No. 131. Disponível em : <http://ssrn.com/abstract=2363695>. Acesso em 01.04.2015.

COMISSÃO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso Futuro Comum*. 2a ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CONRAD, Christiane R.. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Paperback edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. (Cambridge International Trade and Economic Law).

CROWLEY, Meredith; HOWSE, Robert. Tuna–Dolphin II: a legal and economic analysis of the Appellate Body Report. *World Trade Review*, 13, pp 321-355, 2014.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *História do direito internacional: comércio e moeda, cidadania e nacionalidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

EUROPA. COMISSÃO EUROPEIA. . *UE propõe proibição total da pesca com redes de deriva para ajudar espécies protegidas - 19/05/2014*. 2014. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/news/agriculture/140519\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/news/agriculture/140519_pt.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2015.

HACKETT, Steven. *Environmental and natural resources economics : theory, policy, and the sustainable society*. 3a ed. New York: M.E. Sharpe, 2006.

HOEKMAN, Bernard M.; MAVROIDIS, Petros C.. *The World Trade Organization: law, economics and politics*. New York: Routledge, 2007. (Global Institutions Series).

HOLZER, Kateryna. *Carbon-related Border Adjustment and WTO Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing Limited, 2014.

HORN, Henrik; MAVROIDIS, Petros C.. Economic and legal aspects of the Most-Favored-Nation clause. *European Journal Of Political Economy*, Neuchatel, v. 17, n. 1, p.233-279, out. 2001.

HOWSE, Robert. The Appellate Body Rulings in the *Shrimp-Turtle* Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate. *Columbia Journal Of Environmental Law*, New York, v. 6, n. 27, abr. 2002. Disponível em: < <http://www.worldtradelaw.net/articles/howshrimp.pdf>>. Acesso em: 03.05 2014.

HOWSE, Robert; REGAN, Donald. The product/process distinction – an illusory basis for disciplining ‘unilateralism’ in trade policy. *European Journal of International Law*, v. 11, n. 2, p. 249-289, 2000.

HOWSE, Robert; LANGILLE, Joanna. Permitting Pluralism: The Seal Products Dispute and Why the WTO Should Accept Trade Restrictions Justified by Noninstrumental Moral Values. *The Yale Journal of International Law*, v. 37, n. 2, pp. 367-432, 2012. Disponível em: < <http://www.yjil.org/docs/pub/37-2-howse-langille-permitting-pluralism.pdf>>. Acesso em 01.04.2015.

HOWSE, Robert; LEVY, Philip I.. The TBT Panels: US–Cloves, US–Tuna, US– COOL. *World Trade Review*, v. 12, pp. 327-375, 2013.

HUDEC, Robert E.. *GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an "aim and effects" test*. 1998. Disponível em: <<http://www.worldtradelaw.net/articles/hudecrequiem.pdf>>. Acesso em 21/11/2014.

\_\_\_\_\_. *“Like Product” : The Differences in Meaning in GATT Articles I and III*. 2001.

IRWIN, Douglas A.; C.MAVROIDIS, Petros; SYKES, Alan O.. *The Genesis of the GATT*. New York: Cambridge University Press, 2008.

INMETRO. *Definições de Regulamento Técnico, Norma e Procedimento de Avaliação da Conformidade*. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas/definicoes.asp>>. Acesso em: 31 maio 2014.

INMETRO. *Avaliação da Conformidade*. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/qualidade/definicaoAvalConformidade.asp>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

JACKSON, John H.. Comments on *Shrimp/Turtle* and the *Product/Process Distinction*. *European Journal of International Law*, v. 11, n. 2, p. 249-289, 2000.

JACKSON, John H.; DAVEY, William J.; SYKES, Alan O.. *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic*. St. Paul: West Group, 1995. (American Casebook Series)

KELLY, J. Patrick. The Seduction of the Appellate Body: Shrimp/Sea Turtle I and II and the Proper Role of States in WTO Governance. *Cornell International Law Journal*, Ithaca, v. 38, n. 32, p.459-490, 2 nov. 2005. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1106895](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1106895)>. Acesso em; 03.05.2014.

KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. *Guide to International Environmental Law*. Leiden: Brill Academic Publishers, Inc, 2007.

KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties. *Leiden Journal Of International Law*, Leiden, v. 15, n. 3, p.553-579, nov. 2002. Disponível em: <[http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/588/Art\\_KoskenniemiM\\_FragmentationInternationalLaw\\_2002.pdf?sequence=1](http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/588/Art_KoskenniemiM_FragmentationInternationalLaw_2002.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 09 fev. 2015.

MALKAWI, Bashar H.. Arbitration and the World Trade Organization. *Journal Of International Arbitration: The Forgotten Provisions of Article 25 of the Dispute Settlement Understanding*. *Journal Of International Arbitration*, The Netherlands, v. 2, n. 24, p.173-188, fev. 2007.

MARCEAU, Gabrielle Zoe. A call for coherence in international law: praises for the prohibition against "Clinical Isolation" in WTO dispute settlement. *Journal of World Trade*, Great Britain, v. 33, n. 5, p. 87-152, 1999.

MARCEAU, Gabrielle. Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties. *Journal Of World Trade*, The Netherlands, v. 6, n. 35, p.1081-1131, 2001.

MAVROIDIS, Petros C.; PALMETER, David. The WTO Legal System: Sources of Law. *The American Journal of International Law*, v. 92, n. 3, pp. 398-413, Jul. 1998.

MAVROIDIS, Peter. Driftin' too far from shore – Why the test for compliance with the TBT Agreement developed by the WTO Appellate Body is wrong, and what should the AB have done instead. *World Trade Review*, n. 12, volume 12, pp. 509-531, julho de 2013.

MDIC (Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior). *Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio*. 1994. Disponível em:  
<http://www.mdic.gov.br/arquivo/sececx/omc/acordos/portugues/02estabeleceomc.pdf>.  
Acesso em 26.08.2014.

---

\_\_\_\_\_. *GATT/47 – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio*. Disponível em:  
<<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=367&refr=366>>. Acesso em 29.03.2015.

---

\_\_\_\_\_. *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS)*. Disponível em:  
<<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=367&refr=366>>. Acesso em 29.03.2015.

---

\_\_\_\_\_. *GATT/94 – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio*. 1994. Disponível em:  
<<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=367&refr=366>>. Acesso em 29.03.2015.

---

\_\_\_\_\_. *Acordo sobre procedimento para o licenciamento de importações*. 1994. Disponível em:  
<[http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl\\_1196956357.pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1196956357.pdf)>. Acesso em 02.09.2014.

---

\_\_\_\_\_. *Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC)*. 1994. Disponível em:  
<<http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivo/sececx/omc/acordos/portugues/26anexo2.pdf>>  
<<http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivo/sececx/omc/acordos/portugues/26anexo2.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

---

\_\_\_\_\_. *Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio*. 1994. Disponível em:  
<[http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl\\_1196956357.pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1196956357.pdf)>. Acesso em 02.09.2014.

---

\_\_\_\_\_. *Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias*. 1994. Disponível em:  
<[http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl\\_1196956357.pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1196956357.pdf)>. Acesso em 02.09.2014.

---

\_\_\_\_\_. *Identificando seu produto no mercado internacional: Sistema Harmonizado*. Disponível em:  
<[http://www.mdic.gov.br/sistemas\\_web/aprendex/default/index/conteudo/id/21](http://www.mdic.gov.br/sistemas_web/aprendex/default/index/conteudo/id/21)>. Acesso em 24 maio 2015.

MOTA, Pedro Infante. *O Sistema GATT/OMC: Introdução Histórica e Princípios Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2005.

NARLIKAR, Amrita. *The World Trade Organization: a very short introduction*. London: Oxford University Press, 2005.

NEULING, Bruce. The Shrimp-Turtle Case: Implications for Article XX of GATT and the Trade and Environment Debate. *Loy. L.a. Int'l & Comp. L. Rev.*, Los Angeles, v. 22, n. 1, p.1-51, out. 1999. Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol22/iss1/1>>. Acesso em 29.04.2014.

NOAA FISHERIES. *Turtle Excluder Devices*. Disponível em: <<http://www.nmfs.noaa.gov/pr/species/turtles/teds.htm>>. Acesso em 01 de jun. de 2015.

OECD - ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Processes and Production Methods (PPMs): Conceptual Framework And Considerations On Use Of PPM-Based Trade Measures*. 1997. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD\(97\)137&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD(97)137&docLanguage=En)>. Acesso em: 02 jun. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – 1972*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>>. Acesso em 28 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. *Rio+20 concludes with big package of commitments for action and agreement by world leaders on path for a sustainable future*. 2012. Disponível em: <[http://www.un.org/en/sustainablefuture/pdf/rio20\\_concludes\\_press\\_release.pdf](http://www.un.org/en/sustainablefuture/pdf/rio20_concludes_press_release.pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *UN Conference on Environment and Development (1992)*. 1997. Disponível em: <<http://www.un.org/geninfo/bp/enviro.html>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment Stockholm, 16 June 1972 and Rio Declaration on Environment and Development Rio de Janeiro, 14 June 1992*. 2013. Disponível em: <<http://legal.un.org/avl/ha/dunche/dunche.html>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *WTO... In brief*. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/inbrief\\_e/inbr00\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/inbrief_e/inbr00_e.htm)>. Acesso em: 31 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *GATT Analytical index*. Disponível em: <[https://www.wto.org/ENGLISH/res\\_e/booksp\\_e/gatt\\_ai\\_e/gatt\\_ai\\_e.htm](https://www.wto.org/ENGLISH/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/gatt_ai_e.htm)>. Acesso em 02.06.2015.

\_\_\_\_\_. *WTO Analytical index: GATT 1994*. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/analytic\\_index\\_e/gatt1994\\_01\\_e.htm#fntext21](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/gatt1994_01_e.htm#fntext21)>. Acesso em: 21 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Understanding the WTO: basics: Principles of the trading system*. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/fact2\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm)>. Acesso em: 01 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes: Annex 2 of the WTO Agreement*. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dsu\\_e.htm#4](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm#4)>. Acesso em: 01 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *The GATT years: from Havana to Marrakesh*. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/fact4\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact4_e.htm)>. Acesso em: 15 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *The process — Stages in a typical WTO dispute settlement case*. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/disp\\_settlement\\_cbt\\_e/c6s2\\_p1\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c6s2_p1_e.htm)>. Acesso em 01 jun. 2015.

PAUWELYN, Joost. The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?. *American Journal of International Law*, v. 95, pp. 535-578, 2001.

\_\_\_\_\_. *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2003.

\_\_\_\_\_. *Tuna: The End of the PPM distinction? The Rise of International Standards?*, 2012. Disponível em: <<http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2012/05/tuna-the-end-of-the-ppm-distinction-the-rise-of-international-standards.html>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

PEEL, Jacqueline. Confusing Product with Process: A Critique of the Application of Product-Based Tests to Environmental Process Standards in the WTO. *New York University Environmental Law Journal*, Vol. 10, pp. 217-244, 2002. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=423322](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=423322)>. Acesso em 01.04.2015.

POTTS, Jason. *The legality of PPMs under the GATT: challenges and opportunities for sustainable trade policy*. Manitoba: International Institute for Sustainable Development, 2008.

READ, Robert. Like Products, Health & Environmental Exceptions: The Interpretation of PPMs in Recent WTO Trade Dispute Cases. *The Estey Centre Journal Of International Law And Trade Policy*, Saskatoon, v. 5, n. 2, p.123-146, jan. 2004. Disponível em: <<http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/23900/1/05020123.pdf>>. Acesso em: 02.05.2014.

\_\_\_\_\_. Process and production methods and the regulation of international trade. In: READ, Robert; PERDIKIS, Nicholas. *The WTO And The Regulation Of International Trade: Recent Trade Disputes Between The European Union And The United States*. Lancaster: Edward Elgar Pub, 2005. p. 239-266. Disponível em: <<http://www.oas.org/dsd/Tool-kit/Documents/ModuleIIIIdoc/Read Article on PPMs.pdf>>. Acesso em: 03.05.2014.

SAMPSON, Gary. *The world trade organization and sustainable development*. Hong Kong: United Nations University Press, 2005.

STOLL, Peter-tobias; SCHORKOPF, Frank. *World Economic Order, World Trade Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006. (Max Planck Commentaries on World Trade Law).

UNCTAD – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Solução de Controvérsias*. Genebra: 2003. Disponível em: <[http://unctad.org/pt/docs/edmmisc232add33\\_pt.pdf](http://unctad.org/pt/docs/edmmisc232add33_pt.pdf)>. Acesso em: 29.04.2014.

TEISL, Mario F.; ROE, Brian; HICKS, Robert L. Can Eco-labels Tune a Market? Evidence from dolphin-safe labeling. *Journal of Environmental Economics and Management*, v. 43, pp. 339-359, 2002.

TRACHTMAN, Joel P.; MARCEAU, Gabrielle. The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measure Agreement and the General Agreement on Tariffs and Trade. In: TRACHTMAN, Joel P.. *The International Economic Law Revolution and the Right to Regulate*. Cambridge: Cameron May, 2006. p. 73-160.

TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The regulation of international trade*. 2a ed. London: Routledge, 2001.

JAKIR, Vanda. The New WTO Tuna Dolphin Decision: Reconciling Trade And Environment?. *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 9, pp. 143-176, 2013.

VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

VANGRASSTEK, Craig. *The History and Future of the World Trade Organization*. Genebra: WTO Publications, 2013. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/historywto\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/historywto_e.pdf)>. Acesso em 15/09/2014.

VRANES, Erich. *Climate Labelling and the WTO: The 2010 EU Ecolabelling Programme as a Test Case under WTO Law*. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1567432>>.

WOLFRUM, Rüdiger; STOLL, Peter-Tobias; SEIBERT-FOHR, Anja. 2007. *Technical Barriers and SPS measures*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007. (Max Planck Commentaries on World Trade Law, vol. 3).

WORLD BANK. *About*. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/about>>. Acesso em: 15 set. 2014.

### **Contenciosos do sistema GATT/OMC**

L/5135 - 28S/102. *Spain - Tariff Treatment of unroasted coffee*. 1981. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/80coffee.pdf](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/80coffee.pdf)>. Acesso em 02.09.2014.

BISD 36S/167. *Canada/Japan: Tariff on imports of spruce, pine, fir (SPF) dimension lumber*. 1989. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/88lumber.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/88lumber.pdf). Acesso em 29.03.2015.

L/6439 - 36S/345. *United States — Section 337 of the Tariff Act of 1930 and Amendments thereto*. 1989. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds186\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds186_e.htm). Acesso em 20.01.2015.

WT/DS2/R. *United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*. 1996. Disponível em: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds2\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds2_e.htm). Acesso em 20.01.2015.

WT/DS2/AB/R. *United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*. 1996. Disponível em: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds2\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds2_e.htm). Acesso em 20.01.2015.

WT/DS8/R. *Japan — Taxes on Alcoholic Beverages*. 1996. Disponível em: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds8\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds8_e.htm). Acesso em 20.01.2015.

WT/DS8/AB/R. *Japan — Taxes on Alcoholic Beverages*. 1996. Disponível em: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds8\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds8_e.htm). Acesso em 20.01.2015.

WT/DS26/AB/R. *European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*. 1998. Disponível em: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds26\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds26_e.htm). Acesso em 20.01.2015.

WT/DS58/R. *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*. 1998. Disponível em: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds58\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm). Acesso em 20.01.2015.

WT/DS58/AB/R. *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*. 1998. Disponível em: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds58\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm). Acesso em 20.01.2015.

WT/DS69/AB/R. *European Communities — Measures Affecting Importation of Certain Poultry Products*. 1998. Disponível em: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds69\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds69_e.htm). Acesso em 20.01.2015.

WT/DS135/AB/R. *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*. 2001. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds135\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds135_e.htm). Acesso em 20.01.2015.

WT/DS139/AB/R. *Canada — Certain Measures Affecting the Automotive Industry*. 2001. Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds139\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds139_e.htm). Acesso em 03.06.2015.

WT/DS163/R. *Korea — Measures Affecting Government Procurement*. 2000. Disponível em: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds163\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds163_e.htm). Acesso em 20.01.2015.

WT/DS163/AB/R. *United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*. 2012. Disponível em: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds381\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds381_e.htm). Acesso em 20.01.2015.

WT/DS381/R. *United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*. 2011. Disponível em: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds381\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds381_e.htm). Acesso em 20.01.2015.