

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Edgard Marcelo Rocha Torres

**O CONFLITO ENTRE A DECISÃO DO OSC DA OMC PARA
RETALIAÇÃO CRUZADA EM TRIPS NO CASO DO SUBSÍDIO DO
ALGODÃO E AS NORMAS BRASILEIRAS DE PROTEÇÃO DE
PROPRIEDADE INTELECTUAL:**

**Uma análise à luz do papel do Poder Judiciário na implementação das
decisões jurisdicionais internacionais.**

Belo Horizonte
2014

Edgard Marcelo Rocha Torres

**O CONFLITO ENTRE A DECISÃO DO OSC DA OMC PARA
RETALIAÇÃO CRUZADA EM TRIPS NO CASO DO SUBSÍDIO DO
ALGODÃO E AS NORMAS BRASILEIRAS DE PROTEÇÃO DE
PROPRIEDADE INTELECTUAL:
Uma análise à luz do papel do Poder Judiciário na implementação das
decisões jurisdicionais internacionais.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Internacional.

Orientador: Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva
Co-orientador: Maria de Lourdes Albertini Quaglia

Belo Horizonte
2014

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

T693c Torres, Edgard Marcelo Rocha
O conflito entre a decisão do OSC da OMC para retaliação cruzada em TRIPS no caso do subsídio do algodão e as normas brasileiras de proteção de propriedade intelectual: uma análise à luz do papel do poder Judiciário na implementação das decisões jurisdicionais internacionais: uma análise à luz do papel do poder Judiciário na implementação das decisões jurisdicionais internacionais / Edgard Marcelo Rocha Torres. Belo Horizonte, 2014.
201f.

Orientador: Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva
Coorientadora: Maria de Lourdes Albertini Quaglia
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - (1994). 2. Propriedade intelectual (Direito internacional público). 4. Coisa julgada. 5. Jurisdição (Direito internacional público). I. Silva, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. II. Quaglia, Maria de Lourdes Albertini. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.77

Edgard Marcelo Rocha Torres

**O CONFLITO ENTRE A DECISÃO DO OSC DA OMC PARA RETALIAÇÃO
CRUZADA EM TRIPS NO CASO DO SUBSÍDIO DO ALGODÃO E AS NORMAS
BRASILEIRAS DE PROTEÇÃO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL:
Uma análise à luz do papel do Poder Judiciário na implementação das decisões
jurisdicionais internacionais.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Internacional.

Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva (Orientador) – PUC Minas

Maria de Lourdes Albertini Quaglia (Co-orientador) – PUC Minas

Bruno Wanderley Jr. – PUC Minas

Carla Ribeiro Volpini Silva - UFMG

Belo Horizonte, 20 de maio de 2014.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Carlos Augusto Canêdo, meu orientador e hoje amigo, pela confiança depositada no meu tema, pela liberdade da escrita, e pelas aulas de Relações Internacionais que tanto contribuíram para o desenvolvimento do tema e para a visão ampliada do Direito Internacional.

À professora Maria de Lourdes Albertini Quaglia, a quem carinhosamente sempre conheci por Lurdinha, irmã do Horácio, entusiasta da OMC, principal incentivadora, e minha ilustríssima co-orientadora, que tanto me apoiou nesta jornada.

Ao professor e grande amigo Délber Andrade Lage, sempre à disposição para uma conversa que para ele são cinco minutos e para mim contribuem com muitas horas de reflexão sempre.

Ao contemporâneo e grande amigo da UFMG Daniel Marteleto Godinho, meu Ilustríssimo colaborador, protagonista de grandes e excitantes conversas sobre o tema, sem as quais não poderia sequer começar a elaborar o estudo.

Aos grandes amigos do mestrado que deixaram esta jornada leve, divertida com os almoços inesquecíveis, e em especial à Luiza Diamantino que muito me ajudou na reta final com estímulos e atenção especial, amizade que vamos levar para sempre juntos.

À Tereza Lobato e Daniel Damião pelos momentos de relaxamento essenciais para aliviar o estresse dos estudos e da escrita do dia a dia.

Aos meus irmãos Nanda e Pedro, minhas ilhas de segurança, de calma, de sabedoria, de amor fraterno, puro, incondicional, e principalmente de confiança para seguir em frente acreditando em meu potencial.

E finalmente aos meus pais, Maria de Fátima e Edgard Torres, meus arrimos, meu porto seguro, meus confidentes, meus amigos, admiradores orgulhosos, cujas palavras e gestos só querem o meu bem, respeitando as minhas escolhas e me apoiando sempre. Tenho muito orgulho de ser filho de vocês, e amo muito vocês.

RESUMO

O presente estudo tem como principal objetivo a análise do eventual conflito entre a autorização do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC para a retaliação cruzada em TRIPS a partir do caso dos subsídios do algodão entre Brasil e Estados Unidos e as normas de proteção da propriedade intelectual brasileiras. O enfoque se dá à luz do papel do Poder Judiciário brasileiro no reconhecimento formal e material da autoridade de coisa julgada internacional que goza a decisão do OSC e sua aplicação no direito interno brasileiro. Primeiramente, para provar que a retaliação cruzada em TRIPS em nada conflita com as normas brasileiras, foi feito um breve resumo dos procedimentos dos painéis no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC até a sua fase de implementação, bem como a descrição dos requisitos legais para a autorização da retaliação cruzada previstos no Entendimento de Solução de Controvérsias, com o objetivo de mostrar o seu fundamento formal de obrigatoriedade. Para demonstrar o fundamento material da obrigatoriedade da aludida decisão jurisdicional internacional, o caso dos subsídios do algodão foi resumido e explicado até a decisão dos Árbitros que autorizaram a retaliação cruzada em propriedade intelectual, enfatizando os principais aspectos legais e fáticos de tal decisão. Em seguida foi proposto que não há conflitos entre a aplicabilidade da retaliação cruzada e as normas Constitucionais brasileiras de proteção da propriedade intelectual à luz dos objetivos da OMC e do desenvolvimento econômico brasileiro, a partir de uma interpretação finalista do Poder Judiciário. E por fim, foram ponderadas as repercussões internacionais negativas para o Sistema de Solução de Controvérsias e para a reputação do Brasil caso o Poder Judiciário adote uma posição contrária à aplicação da retaliação cruzada em TRIPS.

Palavras-chave: Acordo TRIPS. Retaliação cruzada. Sistema de Solução de Controvérsias da OMC. Propriedade intelectual. Aplicabilidade das decisões jurisdicionais internacionais. Coisa julgada internacional.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the possible conflict between the release of the Dispute Settlement Body of the WTO for cross-retaliation in TRIPS from the case of cotton subsidies between Brazil and the United States and the standards for protection of Brazilian intellectual property. The focus is given to light the role of the Brazilian Judiciary in the formal and material recognition from international *res judicata* authority which enjoys the decision of DSB and its application in the Brazilian domestic law. First, to prove that the cross-retaliation in TRIPS anything conflicts with the Brazilian law, was made a brief summary of the proceedings of the panels in the Dispute Settlement Body of the WTO until its implementation phase, as well as a description of the legal requirements for authorization of cross-retaliation specified in the Dispute Settlement Understanding, aiming to show his formal plea of obligation. To demonstrate the material foundation of mandatory alluded international court ruling, the case of cotton subsidies was summarized and explained to the decision of the Arbitrators who authorized cross-retaliation in intellectual property, emphasizing the main legal and factual aspects of this decision. Then it was proposed that there is no conflict between the applicability of cross-retaliation and Brazilian Constitutional standards of intellectual property protection in the light of the objectives of the WTO and the Brazilian economic development, from a finalist interpretation of the Judiciary. And finally, were considered negative international repercussions for the Dispute Settlement System and Brazil's reputation if the Judiciary to adopt a contrary application of cross-retaliation in TRIPS position.

Keywords: TRIPS Agreement. Cross-retaliation. The dispute settlement system of the WTO. Intellectual property. Applicability of international judicial decisions. International *res judicata*.

LISTA DE SIGLAS

AGU – Advocacia-Geral da União

CAMEX – Câmara de Comércio Exterior

CF – Constituição Federal

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CONAMA – Conselho Nacional de Meio Ambiente

ESC – Entendimento sobre Solução de Controvérsias

EUA – Estados Unidos da América

GATS - General Agreement on Trade of Services; no português, Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços

GATT – General Agreement on Tariffs and Trade; português, Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul

NCM – Nomenclatura Comum do Mercosul

OA – Órgão de Apelação

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONU – Organização das Nações Unidas

OSC – Órgão de Solução de Controvérsias

SECEX – Secretaria de Comércio Exterior

TRIPS – Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; no português, Acordo sobre Aspectos Relacionados ao Comércio dos Direitos de Propriedade Intelectual (ADPIC)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 O PROBLEMA DA OBRIGATORIEDADE DAS DECISÕES JURISDICIONAIS INTERNACIONAIS FRENTE AO DIREITO INTERNO.....	16
2.1 O princípio do primado do Direito Internacional e sua relação com as normas internas.....	19
2.2 A relação entre o direito internacional, o direito interno e as cortes nacionais.....	24
2.2.1 <i>O posicionamento do poder judiciário brasileiro diante do caso da importação dos pneus reformados – DS 332/2005 e ADPF 101/2006 - e as decisões judiciais internacionais.....</i>	<i>27</i>
2.2.2 <i>O posicionamento das Cortes do Reino Unido frente à aplicação do direito internacional e das decisões internacionais ao seu direito interno.....</i>	<i>33</i>
2.2.3 <i>A aplicabilidade direta e obrigatória das decisões do TJUE sobre os ordenamentos nacionais em razão do princípio do primado do direito da União Europeia.....</i>	<i>37</i>
2.3 Da fragilidade dos conceitos sobre a aplicação da coisa julgada das decisões internacionais.....	40
2.4 Apresentação do problema entre a aplicação da Retaliação Cruzada em TRIPS e as normas brasileiras de proteção da propriedade intelectual.....	45
3 O FUNDAMENTO FORMAL DE OBRIGATORIEDADE DAS DECISÕES DO OSC DA OMC NO BRASIL.....	52
3.1 Sistema <i>rule oriented</i> da OMC e o princípio do <i>single undertaking</i>	55
3.2 O funcionamento do Sistema de Solução de Controvérsias.....	59
3.2.1 <i>Fases do procedimento do Sistema da Solução de Controvérsias.....</i>	<i>60</i>
3.2.2 <i>Da fase de implementação das recomendações do Órgão de Soluções de Controvérsias.....</i>	<i>62</i>
3.2.3 <i>Das Recomendações e Sugestões.....</i>	<i>63</i>
3.2.4 <i>Das Compensações e a Suspensão das Concessões e das Obrigações (Retaliações)...</i>	<i>64</i>
3.2.5 <i>Requisitos legais da Retaliação Cruzada.....</i>	<i>65</i>
3.3 Acepção negativa e acepção positiva da autoridade da coisa julgada das decisões judiciais internacionais.....	67
3.3.1 <i>Acepção negativa da autoridade da coisa julgada das decisões do OSC.....</i>	<i>70</i>
3.3.2 <i>Do Caráter judicial das decisões do OSC.....</i>	<i>72</i>
3.4 Mecanismos internos de reconhecimento da autoridade formal das decisões do OSC.....	81
4 O CASO DOS SUBSÍDIOS DO ALGODÃO ENTRE BRASIL E EUA.....	83
4.1 Resumo do caso.....	84
4.2 Retaliações autorizadas. Análise das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2.....	87
4.2.1 <i>Determinação de conceitos. Considerações teóricas dos árbitros do que seria falta de praticidade e efetividade, e as circunstâncias graves que envolvem o caso do algodão.....</i>	<i>91</i>
4.2.2 <i>Análise do caso concreto. Viabilidade e efetividade em cada setor da economia brasileira – Argumentos apresentados pelo Brasil e as considerações dos Árbitros.....</i>	<i>93</i>

4.2.3 A autorização para a retaliação cruzada a partir das circunstâncias econômicas suficientemente graves que envolvem o caso.....	99
4.3 A efetivação prática da retaliação cruzada em TRIPS.....	101
4.3.1 Medidas de aplicação da retaliação cruzada previstas na ordem jurídica interna brasileira.....	106
5 O FUNDAMENTO MATERIAL DE OBRIGATORIEDADE DAS DECISÕES DO OSC DA OMC NO BRASIL.....	110
5.1 Acepção positiva da autoridade da coisa julgada das decisões judiciais internacionais.....	115
5.2 O alcance dos interesses da Comunidade Internacional pela autoridade da coisa julgada das decisões judiciais internacionais e a interdependência dos Estados – uma evolução do Direito Internacional.....	120
5.3 Porque os Estados criam e se submetem às decisões de tribunais judiciais internacionais.....	125
5.4 A aplicabilidade no direito interno brasileiro das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 e sua autoridade material.....	133
5.4.1 A compatibilidade das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 com as normas constitucionais brasileiras de proteção da propriedade intelectual à luz da consagração dos objetivos da OMC e do desenvolvimento econômico brasileiro – uma interpretação finalista do poder judiciário.....	137
5.4.1.1 <u>Legitimidade das decisões do OSC da OMC</u>	140
5.4.1.2 <u>A harmonização dos preceitos constitucionais com os objetivos finais da OMC</u>	144
5.4.1.3 <u>Definição de interesse social e desenvolvimento tecnológico e econômico para proteção da propriedade intelectual com fundamento nos objetivos da OMC</u>	149
5.4.1.4 <u>Considerações finais</u>	153
5.4.2 <i>Precedentes jurisprudenciais que consagraram objetivos de tratados internacionais por meio de uma interpretação finalista – o direito de propriedade não é um direito absoluto</i>	154
5.5 A construção do princípio do primado do direito da União Europeia pela atuação cooperativa dos tribunais constitucionais e do TJUE em prol de um objetivo comum.....	160
6 IMPACTOS INTERNACIONAIS DE UMA POSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO CONTRÁRIA À IMPLEMENTAÇÃO DA RETALIAÇÃO CRUZADA EM TRIPS.....	167
6.1 Repercussão da não aplicação das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 para o problema dos subsídios agrícolas, a rodada Doha de negociações e a eficácia do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC.....	173
7 CONCLUSÃO.....	184
REFERÊNCIAS.....	191
ANEXO A.....	196
ANEXO B.....	199

1 INTRODUÇÃO

Em 31 de agosto de 2009 os árbitros do OSC da OMC, através das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2¹, deram desfecho final ao contencioso “Estados Unidos da América vs. Brasil – Subsídios do Algodão” (WT/DS 267), onde, em decorrência do não cumprimento por parte dos Estados Unidos de todas as recomendações e decisões proferidas pelo Órgão de Solução de Controvérsias daquela Organização Internacional para o caso, chegou-se ao estágio final do Sistema de Solução com a autorização de contramedidas, mais especificamente a Retaliação Cruzada de setor (produtos) e a Retaliação Cruzada de acordos, que poderão recair sobre o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS, sigla em inglês) e sob o Acordo sobre Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS, sigla em inglês).

Visando gozar desta autorização e finalmente ser indenizado pelos prejuízos causados pela política de subsídio do algodão americano, ou forçar no direito interno americano a mudança desta política, o Brasil em 06 de novembro de 2009, através do Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior do Brasil (CAMEX), publicou a Resolução nº 74 onde instaurou no seu artigo 1º “procedimento de consultas públicas relativa à Lista Preliminar de códigos da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), que poderão estar sujeitos à aplicação de contramedidas em decorrência do não cumprimento, por parte dos Estados Unidos da América, das decisões e recomendações adotadas pelo Órgão de Soluções de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio”. Depois desta vieram as Resoluções nº 15 e 16 de 5 e 12 de março de 2010, respectivamente, que definiram a lista dos tipos de propriedade intelectual que poderão ser atingidas, as formas como serão aplicadas as retaliações para os detentores de propriedade intelectual de nacionalidade dos Estados Unidos da América, ou ali domiciliados, sejam pessoas físicas ou jurídicas, e estabeleceu prazos para consultas públicas sobre a melhor forma de se fazer a retaliação cruzada². Por fim, foi editada a lei 12.270 de 24 de junho de 2010, referendando a legalidade de tais resoluções, que “dispõe sobre medidas de suspensão de concessões ou outras obrigações do País relativas aos direitos

¹ As siglas significam: WT – World Trade, DS – Dispute Settlement, 267 o número da demanda junto ao OSC, e ABR – Decisão proveniente dos Árbitros especialmente designados para analisar o pedido de retaliação (art. 22.6 do Entendimento de Solução de Controvérsias, ESC).

² Vale ressaltar que o Brasil, apesar de ter sido autorizado a fazer a retaliação cruzada sobre os acordos GATS e TRIPS optou por fazê-lo somente com relação ao Acordo TRIPS por ser este o mais efetivo para o objetivo da retaliação que é justamente forçar a mudança dos subsídios americanos do algodão.

de propriedade intelectual e outros, em caso de descumprimento de obrigações do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio.”

Pela primeira vez na história do Sistema de Solução de Controvérsias um Estado-membro da OMC deu fortes sinais de que iria de fato retaliar um País desenvolvido utilizando a retaliação cruzada através do acordo TRIPS³. Esta retaliação somente não foi efetivada em razão da celebração entre Brasil e Estados Unidos da América do “Acordo-Quadro para uma Solução Mutuamente Acordada para o Contencioso do Algodão na Organização Mundial do Comércio”, publicado através da Resolução n. 43, de 17 de junho de 2010 pela CAMEX onde foram suspensas as Resoluções n. 15 e 16 retro, em razão do pagamento de 147 milhões de dólares anuais ao Instituto Brasileiro de Algodão, até a mudança da legislação americana de subsídios do preço do algodão. Tal pagamento foi realizado mês a mês até setembro de 2013, mas foi interrompido com a paralisação do congresso americano em decorrência da votação do seu orçamento, e até a data de hoje ainda não foi retomado, o que abre novamente a discussão da efetiva aplicação no âmbito interno brasileiro de tal decisão do OSC da OMC, através das aludidas Resoluções n. 15 e 16 da CAMEX.

A efetivação das retaliações, principalmente da retaliação cruzada entre acordos, é o último recurso de que dispõem os membros da OMC para tentar compelir um País demandado a cumprir uma decisão do Órgão de Soluções de Controvérsias (OSC). O Brasil está pondo à prova a eficácia do atual sistema multilateral de comércio, feito este nunca realizado por nenhum outro Membro mesmo quando autorizados pela OMC.

As regras do Entendimento de Solução de Controvérsias previstas no anexo II do Acordo constitutivo da OMC, o Tratado de Marrakesh, foram reconhecidas como um dos maiores avanços nas relações econômicas internacionais, e um dos maiores feitos proveniente da Rodada do Uruguai. O Órgão de Soluções de Controvérsias, segundo Amaral Júnior, foi criado para corrigir vícios que impregnavam o sistema anterior do GATT (artigos XXII e XXIII), quais sejam, a excessiva fragmentação, a morosidade procedimental, mas principalmente o não cumprimento das recomendações e decisões dos painéis. Destaca, ainda, o autor:

³ A OMC autorizou um País membro a fazer a retaliação cruzada entre acordos somente em dois outros casos: o caso do Equador x Comunidade Europeia (WT/DS27/52), e o segundo caso entre Antigua x EUA (WT/DS285/22). Todavia, em nenhum destes dois casos a retaliação cruzada autorizada foi efetivada, entre outras razões, mas principalmente, em virtude das diferenças das economias dos Países envolvidos. Em ambos os casos se buscaram soluções diplomáticas para as demandas.

O Entendimento de Solução de Controvérsias revigorou o papel das normas de julgamento no plano do comércio internacional, requisito imprescindível para o funcionamento do mercado global. A previsibilidade dos agentes econômicos desaparece se não houver autoridade competente para interpretar as divergências com base em normas jurídicas, por meio de um juízo de legalidade sobre as pretensões em conflito, indispensável para que se passe do mundo abstrato das normas para o mundo concreto da realidade. A propósito o artigo 3.2 do ESC afirma: 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. (AMARAL JÚNIOR, 2008, p.103-104).

Apesar do ESC privilegiar a conciliação, a mediação e os bons ofícios para uma melhor solução da demanda em qualquer fase do painel, e de terem estas aplicações muito mais destacadas no sistema multilateral do comércio internacional, o sistema para ser confiável e efetivo a todos os seus membros, principalmente os Países em desenvolvimento, precisa de mecanismos que garantem a prevalência da aplicação da lei sobre o poder econômico, consagrando o “verdadeiro” Direito Internacional Público. Um sistema jurisdicional de solução de litígios de comércio internacional forte e confiável é muito interessante para os Países em desenvolvimento, principalmente em demandas contra Países desenvolvidos que se recusam a adotar os relatórios dos painéis do OSC da OMC.

Neste contexto surge a importância da contramedida prevista no art. 22.3 do ESC chamada retaliação cruzada, que nada mais é do que a suspensão temporária dos direitos consagrados anteriormente nos acordos da OMC (no caso da dissertação exclusivamente no acordo TRIPS), tomada como instrumento de pressão para que um País demandado cumpra o relatório que lhe é desfavorável, modificando sua legislação interna deliberadamente contrária às normas do comércio internacional. Melhor dizendo, trata-se a retaliação cruzada, entre acordos, de uma ferramenta posta à disposição pelo ESC como último recurso possível para que o País demandado mude sua política interna nos mesmos termos dos acordos consagrados na OMC refletidos através das recomendações e decisões do OSC. É atualmente, talvez, a única “arma” de que dispõem os Países em desenvolvimento contra os Países desenvolvidos, que apesar de serem os precursores de todo o sistema relutam em observá-lo quando lhe são desfavoráveis às decisões do OSC.

Curiosamente, a previsão da Retaliação Cruzada no ESC foi adotada a partir da iniciativa dos Estados Unidos da América e referendada por todos os Países desenvolvidos.

Preocupados com a possibilidade de não cumprimento pelos Países em desenvolvimento das decisões proveniente do OSC nas demandas que envolvem Propriedade Intelectual e sendo que estes Países menos desenvolvidos quase não possuem marcas e patentes de seus produtos nacionais, ao contrário dos Países desenvolvidos, uma eventual retaliação dentro do acordo TRIPS poderia ser inócua para os primeiros. Foi prevista então no ESC a retaliação cruzada para atingir produtos e serviços dos Países em desenvolvimento carente de propriedade intelectual. Todavia, ironicamente, esta previsão funcionou no sentido contrário ao que pretendia os EUA, favorecendo justamente os Países em desenvolvimento, uma vez que as contramedidas mais efetivas do sistema de solução contra estes Países podem recair sobre os seus vastos direitos de propriedade intelectual, consagrados no mesmo acordo TRIPS.

Com efeito, de 1995 até 2008, por duas vezes a OMC autorizou a aplicação da retaliação cruzada contra a Comunidade Europeia e os EUA nos casos das *Bananas* do Equador e do *US-Gambling* de Antígua e Barbuda, respectivamente, autorizando estes Países a suspender os direitos decorrentes do Tratado de Propriedade Intelectual do qual se beneficiavam. Contudo, devido ao pequeno porte destas economias e da total falta de interesse político e econômico em enfrentar os maiores e os mais poderosos Países do mundo, as retaliações não foram efetivadas, não se chegando a testar as últimas consequências do Sistema de Solução de Controvérsias.

Muito se especulou durante todos esses anos sobre o que aconteceria se a retaliação cruzada fosse autorizada a favor de um grande País em desenvolvimento capaz econômica e politicamente de efetivar esta retaliação. Pela primeira vez na história do direito do comércio internacional se aposta nesta efetivação. A OMC através das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 autorizou o Brasil a retaliar os Estados Unidos da América pelo descumprimento do relatório do painel e do Órgão de Apelação que reconheceram a ilegalidade dos subsídios dados por este último aos seus produtores de algodão. Os programas de subsídios geraram uma queda mundial do preço do produto e prejudicou injustificadamente os produtores brasileiros e de outros tantos Países terceiros interessados na demanda, atingindo o mercado mundial do produto de forma relevante. Contrariamente às previsões de grandes autores e estudiosos do ESC, o Brasil conseguiu provar perante os árbitros que não seria praticável nem efetivo para a sua economia a suspensão dos direitos dos EUA com relação somente ao comércio de bens e produtos. De nada adiantaria sobretaxar os produtos americanos em 100% para se atingir o valor equivalente ao prejuízo gerado com os subsídios

ilegais, mas, ao contrário, tal medida só iria prejudicar ainda mais o seu mercado interno. Para tanto, foi autorizada a suspensão temporária dos direitos dos EUA consagrados nos acordos de Propriedade Intelectual (TRIPS) e de serviços (GATS).⁴

Ao contrário do que fizeram Equador e Antígua, o Brasil sinaliza abertamente a sua intenção de efetivar tal retaliação contra o Acordo TRIPS. Contudo, muito pouco se sabe dos efeitos práticos da efetivação desta retaliação. Na história da OMC nunca um País membro chegou até este nível de indução do cumprimento da decisão. Toda retaliação, é inegável, seja ela feita em produtos, serviços ou Propriedade Intelectual geram prejuízos ao mercado interno, além de custos políticos e comerciais que podem ser maiores que os ganhos auferidos. Mesmo no caso do Brasil, que possui atualmente um comércio diversificado e não tão dependente dos EUA, sofrerá prejuízos na efetivação da retaliação.

Ainda, para que tal retaliação seja eficaz e efetivamente utilizada pelo Brasil, as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 do OSC da OMC precisam gozar de eficácia no âmbito do direito brasileiro. Muito se especula sobre a validade destas decisões no plano do direito interno. As Resoluções da CAMEX bem como o advento da lei 12.270/2010 são frutos diretos das decisões que fecharam o contencioso do algodão junto à OMC, e a sua validade no âmbito interno não se trata somente de um problema da ordem constitucional, mas também da ordem jurídica internacional.

Assim, para tentar solucionar eventuais conflitos entre as aludidas decisões que autorizaram a retaliação cruzada em TRIPS, que são expressões da vontade de um órgão jurisdicional independente da organização internacional criado pela própria vontade dos Estados-Partes, e as normas brasileiras de proteção da propriedade intelectual, é necessário responder a uma série de perguntas a seguir: seriam estas decisões obrigatórias e vinculantes para o Brasil? Qual o fundamento da obrigatoriedade formal e material destas decisões? Seriam elas compatíveis com a Constituição Brasileira, mesmo sendo estas favoráveis ao Brasil no âmbito internacional? O Poder Judiciário brasileiro estaria preparado para referendar tais decisões jurisdicionais da organização internacional máxima do comércio mundial que suspendem a proteção da propriedade intelectual consagrada na Constituição brasileira por um período de tempo como mecanismo para forçar um Estado estrangeiro a mudar sua política interna de subsídios agrícolas? O Brasil teria instrumentos internos efetivos capazes de executar fielmente as autorizações para retaliação cruzada no TRIPS que tanto buscou junto a

⁴ Ver resumo do caso concreto no item 4.

OMC entre os anos de 2002 a 2010? Quais seriam os problemas de reputação e responsabilidade internacional junto a OMC que poderiam incorrer a República Federativa do Brasil caso o Poder Judiciário brasileiro entenda não ser possível efetivar no âmbito interno tais decisões internacionais que lhe são amplamente favoráveis? E qual o efeito gerado por um eventual posicionamento negativo do judiciário Brasileiro para com o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, uma vez que o caso do algodão é emblemático, tanto para a comprovação final da sua efetividade quanto para a revisão das políticas agrícolas dos EUA e da União Europeia, fundamentais para a continuação das negociações da rodada Doha? Seria a prova de que os Países em desenvolvimento realmente não possuem nenhuma “arma” jurídica contra o poder dos Estados desenvolvidos?

Todas estas perguntas, mas principalmente as últimas demonstram os novos desafios e a evolução do Direito Internacional, cuja efetividade e aplicação dependem do âmbito interno dos Países. O Direito Internacional Público não é mais uma questão discutida somente entre Estados e seus diplomatas, sobretudo na questão da aplicação das decisões jurisdicionais internacionais. Como colocado por Alain Pellet, por mais que uma decisão tenha força obrigatória emanada de uma manifestação de vontade de um órgão jurisdicional de uma organização internacional que cria obrigação para os seus destinatários e criadores, a sua aplicação ainda depende “da cooperação interestatal e das intervenções dos órgãos administrativos e jurisdicionais nacionais” (PELLET, 2003, p. 383).

Este é o grande desafio que as instituições brasileiras enfrentam na atualidade, mais especificamente a CAMEX e todo o Poder Judiciário em cumprir e efetivar a decisão favorável do OSC da OMC que o País tanto lutou para conseguir. Em um cenário internacional de profunda interdependência entre Estados, onde se escolheu um novo modelo de produção baseado na colaboração internacional, que afeta diretamente a estrutura doméstica destes Estados, não há mais lugar para um descompasso entre política externa e doméstica, cabendo ao Brasil garantir instrumentos internos de aplicação das normas e decisões internacionais, sob pena de se frustrar não só a execução dos tratados e dos objetivos da OMC, mas também a evolução e transformação do direito internacional público, e ainda responsabilizar o Brasil por ato ilícito internacional.

A presente dissertação, portanto, busca a partir da análise deste caso emblemático dos subsídios de algodão entre Brasil e EUA, analisar a aplicação prática da decisão jurisdicional que autorizou a retaliação cruzada quanto ao TRIPS no âmbito interno brasileiro

e dos possíveis conflitos gerados pela suspensão temporária da proteção da propriedade intelectual dos nacionais americanos e dos ali domiciliados frente às normas internas brasileiras. Tal análise abrange o problema das aplicações das decisões jurisdicionais internacionais no direito interno dos Países, seu fundamento de obrigatoriedade e sua importância para a evolução e consolidação do Direito Internacional, à luz do papel determinante dos tribunais nacionais que tanto evitam se pronunciar diretamente sobre o valor jurídico de tais decisões e de reconhecer a sua jurisdição.

Para tentar solucionar o eventual conflito entre as decisões da OSC para retaliação cruzada em TRIPS e as normas internas de proteção da propriedade intelectual, a dissertação será desenvolvida em cinco itens, sendo o primeiro para demonstrar a obrigatoriedade do direito internacional frente ao direito interno, essencial para a sua própria existência. O segundo traz os mecanismos internacionais e internos que demonstram a obrigatoriedade da implementação no âmbito interno da decisão da retaliação cruzada no Brasil, apresentando o problema proposto. O terceiro fará um breve resumo do caso concreto para situar ainda melhor o problema, sendo que no quarto capítulo serão apresentadas soluções jurídicas para superá-lo com o objetivo de demonstrar que não há conflito entre a decisão da OMC e o ordenamento jurídico brasileiro, apresentando propostas a serem seguidas pelo Poder Judiciário. E por fim, o quinto item descreve os impactos que uma eventual posição negativa do Poder Judiciário na implementação da retaliação cruzada em TRIPS no País causará à reputação do Brasil frente à OMC e aos Países em desenvolvimento que lhe depositam total confiança. Tal posicionamento ainda põe a prova a eficácia do próprio Sistema de Solução de Controvérsias, e demonstra a dificuldade em se atingir os objetivos consagrados pela OMC, o que pode repercutir negativamente como um todo na rodada Doha de negociações.

2 O PROBLEMA DA OBRIGATORIEDADE DAS DECISÕES JURISDICIONAIS INTERNACIONAIS FRENTE AO DIREITO INTERNO

De onde vem a obrigatoriedade do direito? Como explicar porque o direito deve ser cumprido? Como explicar o porquê do dever de cumprir decisões judiciais? Esta questão filosófica ganha proporções ainda maiores no que se refere ao sentimento de obrigatoriedade das normas de Direito Internacional e das decisões judiciais internacionais. Pellet, ao discorrer sobre o fundamento do caráter obrigatório do direito internacional, destaca que

(...) procurar o fundamento do direito equivale a perguntar qual é, nas origens, o fator que explica a sua força obrigatória. Tal questão põe-se logicamente aos que refletem sobre o direito. Entre eles, está longe de existir um acordo. No que respeita ao direito internacional, o problema é particularmente difícil de resolver, pois se trata nada menos do que determinar as razões pelas quais ele pode impor-se às entidades soberanas que são os Estados. Uma resposta satisfatória consolidaria a sua existência e reforçaria a sua legitimidade. (PELLET, 2003, p. 100).

Uma resposta satisfatória a esta questão também responderia o porquê da obrigatoriedade das decisões judiciais internacionais no âmbito interno dos Estados. Mais especificamente no caso concreto eleito pela dissertação, como reconhecer a autoridade da decisão judicial proferida pelo OSC da OMC, que, através de uma medida de força, autoriza o País demandante a suspender a proteção dos direitos de propriedade intelectual consagrada no seu direito interno para atingir a política interna do País demandado a fim de cessar uma violação das normas de comércio internacional que trazem prejuízos individuais e coletivos à comunidade internacional? Para a concepção clássica do Direito Internacional submeter Estados soberanos às decisões de terceiros independentes seria atentatório à soberania pátria e a autoridade de suas leis.

Todavia, o Direito Internacional vem evoluindo para um sentido contrário ao isolamento e ao reforço do conceito de soberania. O aumento exponencial do número de cortes e tribunais internacionais nas últimas décadas demonstra a evolução da estrutura do sistema internacional e da crescente transferência da solução de controvérsias internacionais a um terceiro independente de caráter judicial, escolhido previamente com base em um interesse comum, como a proteção dos direitos humanos, das normas do comércio internacional, da segurança internacional e do meio ambiente, nos moldes da criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Órgão de Soluções de Controvérsias da OMC, e,

obviamente, da Corte Internacional de Justiça. Entretanto, “se por um lado, os Estados têm gradativamente optado por se submeter à jurisdição de Cortes e Tribunais Internacionais, por outro, sua postura em relação à autoridade de suas decisões é ambígua, na medida em que reflete a tensão entre soberania e comunitarismo” (GRIBEL, 2011, p. 46-47). Nesse sentido, destaca Leonardo Nemer C. Brant:

A aplicação do princípio da autoridade da coisa julgada demonstra, assim, o estado de maturidade do direito internacional na atualidade. Este princípio reflete a contradição dialética entre a afirmação da soberania (voluntarismo expresso na necessidade absoluta do consentimento) e a interdependência da comunidade internacional (expressa na possibilidade de autoridade da decisão de um terceiro jurisdicional). Esta contradição se expressa, em última análise, uma vez que, enquanto, por um lado, é amplamente admitido que a solução obtida através da aplicação do direito por uma corte imparcial é aquela mais propícia de ser respeitada e a durar; ou seja, enquanto, por um lado, o princípio da autoridade da coisa julgada se consagra como corolário da manutenção da paz por intermédio do direito, por outro, os Estados evitam engajar-se numa aventura em que um terceiro imparcial poderá estabelecer uma obrigação normativa de natureza definitiva e obrigatória para ele. (BRANT, 2002, p. 369).

Percebe-se, então, a contradição de um Estado seguir a tendência do direito internacional moderno e ceder parte de sua soberania a um interesse comunitário maior, reconhecendo a autoridade de um terceiro que irá lhe impor limitações de poder e obrigações, e a não recepção destas mesmas decisões da jurisdição internacional. Se nos ordenamentos jurídicos internos as limitações ao Poder estatal impostas pelas Constituições são constantemente quebradas por uma infinidade de leis inconstitucionais, a presença de um sistema judicial e de normas hierarquizadas garante a declaração de sua inconstitucionalidade, sendo, portanto, um mecanismo eficaz e garantidor da Constituição. O mesmo não existe no âmbito internacional, onde não há uma autoridade superior central capaz de impor sanções aos Estados, e o cumprimento das decisões das cortes internacionais normalmente esbarra no voluntarismo ou em acordos bilaterais a cargo dos próprios entes soberanos envolvidos na lide. Daí a importância das cortes domésticas em se fazer cumprir internamente as normas internacionais convencionadas, transformando as suas decisões em mecanismos de garantia do Direito Internacional em complemento aos mecanismos internacionais existentes, mas pouco efetivos no cenário doméstico dos Estados.

Este é o desafio que o desfecho do contencioso do Brasil x Estados Unidos no caso do algodão traz ao poder judiciário brasileiro. As Resoluções n. 15 e 16 de 2010 da CAMEX, suspensas pela Resolução n. 43/2010 da CAMEX, que podem voltar a ser aplicadas pelo

Poder Executivo brasileiro, significam a efetivação em âmbito interno de uma decisão jurisdicional internacional com força obrigatória para os Estados que fizeram parte do contencioso e que são membros da Organização Mundial do Comércio. E para o Brasil nada mais é do que a aplicação de uma autorização jurisdicional favorável, que lhe permitirá retaliar um País que tanto prejuízo lhe causou diretamente, além do comércio internacional de produtos agrícolas.

Todavia, tal aplicação depende do reconhecimento da autoridade formal e material da decisão internacional pelo poder judiciário nacional, principalmente diante das possíveis alegações de conflito entre as normas internas de proteção da propriedade intelectual e a aludida decisão internacional. Percebe-se, portanto, que o problema vai muito além de se analisar a mera constitucionalidade das resoluções da CAMEX, mas sim de se analisar qual o fundamento material destas diante da ordem jurídica internacional, dos compromissos assumidos pela República Federativa do Brasil junto aos Países membros da OMC, e principalmente os objetivos buscados quando da adesão aos tratados do GATT em 1947 e do acordo constitutivo da Organização Mundial do Comércio em 1995.

O reconhecimento da autoridade da decisão jurisdicional internacional no âmbito interno e a extensão de seus efeitos aos particulares detentores de propriedade intelectual pelo poder judiciário nacional, demonstra o papel determinante dos órgãos judiciais nacionais na consolidação dos tratados, dos interesses comunitários internacionais comuns e do direito internacional moderno, sendo a prova cabal de que este direito não trata mais somente das relações entre os Estados e seus diplomatas.

Assim, para pautar o problema do reconhecimento dos efeitos das decisões provenientes de tribunais e órgãos internacionais independentes pelas cortes nacionais, bem como o seu fundamento formal e material de obrigatoriedade, necessário se faz demonstrar primeiramente a quase unanimidade do princípio do primado do direito internacional, condição de sua própria existência e a sua relação perante os ordenamentos jurídicos internos. Ainda, é necessário demonstrar a ausência de precisão legal dos efeitos da autoridade da coisa julgada das decisões internacionais, assunto pouco estudado na doutrina e muito evitado pelas jurisprudências nacionais.

2.1 O princípio do primado do Direito Internacional e sua relação com as normas internas

Quando se busca definir a obrigatoriedade de uma decisão jurisdicional internacional frente ao ordenamento jurídico interno, levando em consideração o fundamento de sua obrigatoriedade do ponto de vista formal e material, o debate inevitavelmente leva a pensar no problema da existência de uma hierarquia entre as normas internacionais e as normas internas, e à eterna discussão entre monistas e dualistas. A presente dissertação não tem a pretensão de resolver estas questões que estão no cerne do surgimento do direito internacional e que ainda está muito longe de uma solução final, mesmo com toda a sua evolução desde a segunda metade do último século.

Este debate, contudo, sem dúvida tem repercussões na aplicação das sentenças e decisões internacionais frente ao ordenamento jurídico interno e no princípio da autoridade da coisa julgada internacional que as cerca, sendo necessário pautar as diretrizes que serão seguidas para o melhor desenvolvimento do tema em estudo. Por isto, numa visão pragmática e realista do atual momento do Direito Internacional Público, não há qualquer sentido em analisar os problemas que envolvem o fundamento da obrigatoriedade das decisões internacionais de caráter jurisdicional se não se considerar como válido o princípio do primado do direito internacional sobre o direito interno, e a constatação fática da existência de duas ordens jurídicas distintas. É inegável a coexistência de um lado da ordem internacional e de outro uma pluralidade de ordens jurídicas nacionais, que se relacionam de diferentes maneiras com o direito internacional, umas mais próximas e integradas e outras mais distantes, cujo único ponto de relação, nesta última visão, seria a responsabilidade internacional do Estado por descumprimento das normas internacionais, tal como destaca Alain Pellet:

No atual estágio das coisas, a simples observação dos fatos ensina que coexistem duas categorias jurídicas bem distintas: por um lado uma pluralidade de direitos nacionais, quadros e reflexos de sociedades fortemente integradas e estreitamente hierarquizadas, por outro lado o direito internacional, que se dirige antes de mais a entidades soberanas. Esta concorrência de soberanias iguais confere ao direito das gentes características muito particulares que o distinguem muito claramente dos direitos nacionais e leva a por a questão, muito controversa, do seu fundamento. (PELLET, 2003, p. 86).

A discussão do fundamento e do objetivo do direito internacional se confunde com a sua própria existência, e a evolução final deste, ainda pretendida, com a inexistência de conflitos e das discussões sobre sua aplicação, na verdade levaria ao seu fim, onde não se poderia mais

(...) falar-se de um direito internacional específico e distinto dos direitos nacionais: não existiria senão um direito mundial, direito interno de uma comunidade internacional integrada e hipotética, como descreveria Anzilotti: “A subordinação do direito internacional à constituição de um poder estatal superior aos diversos Estados – Estado federal universal – significaria, na realidade, o fim do direito internacional; este seria substituído pelo direito público interno do novo Estado”. (PELLET, 2003, p. 86).

Alain Pellet destaca que a realidade não afasta a constatação de que quase a unanimidade dos doutrinadores destaca o princípio do primado do direito internacional, onde seja por meio de uma visão monista do direito, ou seja da dualista, numa eventual incompatibilidade entre o direito interno e o direito internacional este último sempre prevalece, o que demonstra a limitação da tão antiga controvérsia e demonstra que a solução prática das duas teorias não é ao final diferente.

Não é duvidoso que o monismo jurídico responde a uma preocupação de moralização no sentido de que a tese dualista conforte os partidários de uma aplicação do direito interno tão livre quanto possível das pressões internacionais, enquanto que o monismo se acomoda mais claramente aos sacrifícios de soberania consentidos na esperança de uma correlação internacional mais eficaz ou de uma harmonização do direito mais favorável aos indivíduos. Mas, na prática, a execução das duas doutrinas é menos afastada do que parece: mesmo em Países dualistas o direito internacional é considerado como *part of the Law of the land*, assim como as constituições que, como a de 1958 em França, se reclamam do monismo previam procedimentos formais na introdução de normas internacionais do direito interno. Não é, em definitivo, se não no que respeita a hierarquia (ou ausência de hierarquia) entre as normas relevantes dos dois sistemas que a querela doutrinal tem verdadeiras consequências práticas, pelo menos a respeito do direito interno porque, por se tratar de direito internacional, uma incompatibilidade entre uma norma interna e uma norma internacional é sempre resolvida em favor desta última. O primado do direito internacional encontra-se então assegurado em todos os casos. (PELLET, 2003, p. 97).

Ainda sobre a discussão inócua do monismo e do dualismo, enfatiza mais uma vez o reconhecimento em peso da doutrina internacionalista do princípio do primado do direito internacional, pelo menos por esta perspectiva internacional:

Logicamente, um problema de hierarquia entre normas internas e normas internacionais só pode pôr-se se admitirmos a tese da unidade das duas ordens jurídicas. Para os dualistas a questão das relações entre normas pertencentes a ordens jurídicas diferentes não se põe; tudo é uma questão de perspectiva: na ordem interna somente podem encontrar aplicação as normas internas na ordem internacional, são as regras internacionais e só elas que se aplicam. Todavia, nenhuma interpretação poderá abstrair-se a realidade dos conflitos entre normas e se no passado, alguns teóricos concluíam pela superioridade do direito interno, hoje em dia, a quase totalidade dos autores assentam sobre o princípio do primado das normas internacionais, pelo menos na perspectiva do direito internacional. (PELLET, 2003, p. 97-98).

No plano internacional, portanto, não existe discussão sobre a consagração do princípio fundamental da proeminência do direito internacional sobre o direito interno, onde um Estado não pode violar uma disposição de direito internacional sob a alegação de incompatibilidade do seu direito interno. Não se pode alegar o não cumprimento de uma obrigação internacional por estar-se seguindo disposições legais de âmbito interno, e segundo Malcolm Shaw “a prática dos Estados e julgados internacionais estabeleceram esse dispositivo, e assim, impediram que os Países envolvidos em litígios internacionais alegassem suas leis internas para contornar o direito internacional” (SHAW, 2010, p. 104).

Sobre a impossibilidade de se invocar o direito interno contra os compromissos internacionais assumidos,

(...) o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, determina, que no que se refere a tratados, uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um acordo internacional, ao passo que o artigo 46 (1) estipula que um Estado, para inválidar seu consentimento às normas do acordo, não pode invocar o fato de tal consentimento ter sido expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre a competência para concluir tratados. (SHAW, 2010, p. 104).

No mesmo sentido, vários são os julgados da Corte Internacional de Justiça que consagram o princípio fundamental do direito internacional, como destaca mais uma vez Shaw:

No caso *Aplicabilidade da obrigação de arbitrar*, a Corte Internacional sublinhou “o princípio fundamental do direito internacional, de que o direito internacional prevalece sobre o direito interno”; e, no caso *Lockerbie*, o juiz Shahabuddeen chamou a atenção para o fato de que a impossibilidade de agir, determinada pelo direito interno, não era desculpa para o descumprimento de uma obrigação internacional. Esse princípio foi reforçado no caso *LaGrand*, no qual a Corte observou que os efeitos de uma norma processual americana – que impediria a defesa dos irmãos LaGrand de mencionar, diante do sistema de tribunais norte-americano, a violação, por parte dos EUA, de obrigações impostas pela Convenção

de Viena sobre as Relações Consulares – em nada diminuíam a responsabilidade norte-americana pela violação da Convenção. Por outro lado, no caso *Eletronica Sicula SpA (Elsi)*, a Corte Internacional observou que o fato de um ato de uma autoridade pública ter sido potencialmente ilegal segundo o direito interno não a torna necessariamente ilegal segundo o direito internacional. (SHAW, 2010, p. 104).

Por fim, o doutrinador inglês conclui pela impossibilidade de se aventar até mesmo as normas constitucionais dos Estados para o não cumprimento de uma obrigação internacional, restando por equiparar a validade das normas constitucionais e as normas infraconstitucionais perante o ordenamento jurídico internacional, o que levaria a se negar o próprio fundamento e objeto deste:

Não obstante, e apesar das muitas funções desempenhadas pelo direito interno na esfera do direito internacional, deve-se deixar bem claro que a presença ou ausência de determinado dispositivo dentro da estrutura jurídica interna de um Estado – sem excluir sua constituição, quando existe – não pode ser invocada para justificar o inadimplemento de uma obrigação internacional. Qualquer outra solução daria um caráter extremamente precário às operações do direito das gentes. (SHAW, 2010, p. 107).

Numa visão internacionalista, todas estas ponderações doutrinárias e jurisprudenciais afirmando o princípio do primado do direito internacional poderiam significar que não haveriam, a princípio, maiores problemas em se afirmar a obrigatoriedade das sentenças e decisões internacionais provenientes de órgãos jurisdicionais independentes sobre as ordens jurídicas internas, nada podendo fazer as cortes nacionais senão referendar e reconhecer a autoridade de tais julgados internacionais. Todavia, a realidade se mostra bem diferente e diante da inegável constatação de que existem dois sistemas jurídicos distintos, um internacional e um interno, pautando-se em uma concepção bem pragmática do problema, “o que pode acontecer, e frequentemente acontece, é o que denomina um conflito de obrigações: o Estado, dentro de sua própria esfera interna, não age de acordo com as obrigações que lhe são impostas pelo direito internacional” (SHAW, 2010, p. 104).

Neste caso, qual a reação dos dois ordenamentos jurídicos? Para o direito interno nada mudou. O Estado agiu de acordo com o seu ordenamento interno e a norma interna não foi ab-rogada pela norma internacional. Contudo, o Estado, ao não cumprir a obrigação, violou um compromisso internacional assumido anteriormente e estará sujeito aos remédios internacionais para apurar a sua responsabilidade internacional, seja através do meio diplomático seja através de ações judiciais. (SHAW, 2010).

Daí pergunta-se: o que fazer então com a sentença internacional e com as repercussões nas esferas jurídicas dos Estados determinados por ela? Será que toda incompatibilidade destas decisões internacionais será pautada pelos ordenamentos internos, repercutindo na responsabilidade internacional do Estado? Isto seria a mesma coisa que negar a existência do Direito Internacional Público. Ora, este é indispensável para a regulação da coexistência dos Estados, “e na ordem internacional, o direito, longe se ser incompatível com a soberania dos Estados é o seu corolário necessário” (PELLET, 2003, p. 85). Pautar o problema da autoridade das sentenças internacionais somente com base nas disposições constitucionais soberanas de direito interno, além de elevar o conceito de soberania ao maior absoluto valor, voltando-se à concepção voluntarista clássica do direito internacional, nega toda a sua evolução na busca de valores e interesses comuns da comunidade internacional, capazes de escorar e fundamentar a inegável interdependência e cooperação entre os Estados, corolários da sua coexistência com os demais e do bem estar dos seus cidadãos.

Portanto, para se estudar a compatibilidade das decisões internacionais de caráter jurisdicional com qualquer ordenamento jurídico nacional, com o objetivo de demonstrar que estas deverão prevalecer em razão de seu fundamento formal e material⁵, é necessário: primeiro, definir que na perspectiva internacionalista não existe a menor sombra de dúvida sobre o princípio fundamental do primado do direito internacional tal como demonstrado pela doutrina e pela jurisprudência da Corte Internacional de Justiça; e segundo, pautar o debate sobre a realidade, onde mesmo reconhecido este princípio fundamental os Estados dentro de sua esfera jurídica não cumprem com todas as obrigações impostas pelo Direito Internacional, uma vez que existem dois ordenamentos jurídicos diferentes, um internacional e um interno, sendo que neste último vários ordenamentos jurídicos nacionais se relacionam com o primeiro de forma mais integrada ou não. Para a perfeita integração são necessários dispositivos constitucionais de transposição de normas entre as esferas jurídicas, que na maior parte das vezes não existem, o que deixam as cortes nacionais bem desconfortáveis para pronunciar sobre o assunto, tema do próximo item.

⁵ Ver itens 3 e 5 da dissertação.

2.2 A relação entre o direito internacional, o direito interno e as cortes nacionais

Definidas as premissas do princípio do primado do direito internacional e da existência de duas ordens jurídicas distintas de direito internacional e de direito interno, não é impossível imaginar a difícil tarefa das cortes nacionais em reconhecer a autoridade de uma decisão proveniente de um tribunal ou de um órgão jurisdicional independente de uma organização internacional, mesmo tendo sido esta criada pela vontade do próprio Estado. No melhor dos cenários, onde um Estado seja dotado de previsões constitucionais de aplicabilidade direta das decisões provenientes de organizações internacionais no seu ordenamento, pode se ver envolta do não reconhecimento da sua autoridade em razão de eventual incompatibilidade desta com outros preceitos fundamentais da sua Constituição, ainda que esta decisão lhe seja plenamente favorável no âmbito internacional. Como o não cumprimento desta obrigação gera responsabilidades do Estado frente à comunidade internacional, o problema, como dito anteriormente, foge à análise estritamente constitucional, tomando proporções que repercutem nas duas esferas jurídicas. Portanto, a busca pelos fundamentos formal e material desta decisão jurisdicional internacional é essencial para o reconhecimento ou não de sua autoridade frente ao direito interno.

Antes, porém, de aprofundar na questão do fundamento de obrigatoriedade de tais julgados internacionais, vale analisar como as cortes nacionais vêm ordinariamente enfrentando o problema (item 2.2) e o como o direito internacional pouco evoluiu sobre o princípio da autoridade da coisa julgada internacional e sua aplicabilidade no direito interno (2.3), uma das razões do pouco conforto e do escasso “suprimento” jurídico que as cortes nacionais têm à disposição no direito internacional para resolver eventuais conflitos entre as aludidas decisões e seu ordenamento jurídico.

Segundo Pellet, o problema da aplicação das decisões de organizações internacionais “depende ainda, no essencial, da cooperação interestatal e das intervenções dos órgãos administrativos e jurisdicionais nacionais” (2003, p. 383). O que se vê destes últimos muitas vezes é a completa negação ou a desconsideração da importância do direito internacional. Pode-se afirmar que esta atitude tradicionalista das cortes nacionais se dá em decorrência da natural preservação da sua prerrogativa única do poder de “dizer o direito” soberanamente sobre todos os demais estados e seus cidadãos, sem prestar contas a nenhuma autoridade exterior, seja ela de caráter jurisdicional ou não. Este embate do poder soberano de jurisdição

(*jus dicere*) das cortes nacionais e do reconhecimento da autoridade de tribunais internacionais, contudo, nada mais é do que um reflexo decorrente da própria importância e necessidade do direito internacional para dirimir conflitos que se dão nas relações horizontais de Estados soberanos.

É de fato, da tensão entre estas aspirações confusas à comunidade internacional e a tendência dos estados para afirmarem a sua soberania, que nasce o direito internacional cujo objeto é, precisamente, o de organizar a necessária interdependência embora preservando a sua independência. O direito internacional, garantia da coexistência dos estados, aparece assim como o ponto de equilíbrio, num dado momento, entre estes dois movimentos antagônicos. (PELLET, 2003, p. 41).

No estágio atual das relações internacionais e com a inegável interdependência que regem as relações entre os Estados é inconcebível pensar nestes isoladamente ou conceber que possam resolver conflitos pelo direito baseando-se somente no ordenamento interno e nas suas normas constitucionais, como ainda pauta a grande maioria dos julgados brasileiros e de grande parte do mundo. A atitude dos juízes que negam a existência ou a importância do Direito Internacional para se resolver conflitos com base no direito é na verdade fechar os olhos para a realidade mundial. A regulação das soberanias dos Estados, longe de ser um objeto impossível, é justamente o seu corolário, em um mundo onde estes últimos não mais sobrevivem isoladamente.

O direito internacional é o indispensável regulador desta coexistência e, na ordem internacional, o direito, longe de ser incompatível com a soberania dos estados é o seu corolário necessário: o Estado não se concebe isoladamente e é, precisamente, o que o distingue do império; portanto, o conceito de soberania não pode ser absoluto e significa somente que o Estado não está subordinado a nenhum outro, mas que deve respeitar regras mínimas garantindo o mesmo privilégio a todos os outros. (PELLET, 2003, p. 85).

Malcolm Shaw também destaca a relativização atual do conceito soberania e o reconhecimento da interdependência dos Estados, onde a atitude de um tem repercussões na esfera de outros, demonstrando que estes não podem viver isolados, nem o mais poderoso deles.

No mundo hoje, o Estado cumpre uma função complexa. De acordo com a teoria do direito, todos os Estados são soberanos e iguais. Na realidade, com a fabulosa expansão das comunicações e do conhecimento, e com o lembrete constante das rivalidades globais, nem mesmo o mais poderoso dos Estados pode ser completamente soberano. A interdependência, aliada à organização cerrada da

sociedade comercial e política contemporânea em nível internacional, faz com que praticamente qualquer ato de um Estado tenha profundas repercussões no sistema como um todo e nas decisões a serem tomadas por outros Estados. Assim, a realidade limita, na prática, o conceito de soberania e intensifica a necessidade de uma coordenação global de assuntos tão diversos quanto a política de combate aos problemas econômicos, os perigos ambientais e a ameaça do terrorismo. (SHAW, 2010, p. 101).

Aos negadores do direito internacional que se apegam à inexistência de uma autoridade central capaz de legislar e de impor a sua aplicação, ou que enquadraram normas internacionais em meras regras diplomáticas desprovidas de caráter jurídico, ou regras de direito público externo do Estado, há muito a história e as atitudes dos próprios Estados são a prova maior de que a pose de negação das cortes nacionais é simplesmente a pior das escolhas.

A prova mais evidente e provavelmente a mais convincente da existência do direito internacional é fornecida pela observação, ainda que superficial, da vida e das relações internacionais: o direito internacional existe porque os Estados, os homens políticos, os movimentos de opinião, as organizações internacionais, governamentais ou não, o reconhecem e invocam, e porque seria totalmente inverossímil que tanta gente consagrasse tanto tempo, energia, inteligência e por vezes, dinheiro para atingir uma quimera. (PELLET, 2003, p. 90).

Dessa forma, “o direito internacional é um direito positivo, porque é reconhecido como tal por aqueles mesmos Estados que lhe estão mais sujeitos, e por aqueles mesmo juízes nacionais e internacionais que devem assegurar a sua aplicação” (PELLET, 2003, p. 90) e ainda por quase todas as Constituições nacionais elaboradas depois da segunda guerra mundial, que reconhecem em maior ou menor grau a obrigatoriedade do direito internacional frente ao seu ordenamento jurídico interno.

Logicamente, o reconhecimento da sua existência e importância não significa diretamente a sua aplicação. Este é outro problema que está justamente no cerne do presente estudo, mas a negação completa deste e a elevação máxima do direito interno não são justificativas para fundamentar o não reconhecimento dos julgados internacionais nos dias atuais.

2.2.1 O posicionamento do poder judiciário brasileiro diante do caso da importação dos pneus reformados – DS 332/2005 e ADPF 101/2006 - e as decisões jurisdicionais internacionais

Voltando especificamente às atitudes das cortes nacionais frente ao embate da interface direito internacional e direito interno, Alain Pellet afirma com convicção que as decisões das organizações internacionais são atos jurídicos internacionais dotados de “força obrigatória, isto é, um ato emanado de uma manifestação de vontade de um organização, imputável, portanto a esta, e que cria obrigações a cargo do seu ou dos seus destinatários.” (PELLET, 2003, p. 378). Na mesma esteira, Valério Mazzuoli (2009) afirma os inegáveis efeitos obrigatórios de uma decisão de uma organização internacional frente a seus Estados Parte, destacando a diferença entre estes e os atos unilaterais dos Estados:

A diferença dessas decisões para os atos unilaterais (estatais) anteriormente estudados está no fato de que, em se tratando de “decisões” de organizações internacionais, estas impõem aos Estados (que da organização fazem parte) deveres e obrigações no plano internacional, e não somente deveres e obrigações para o sujeito de Direito Internacional que formalmente o manifesta, como ocorre com os primeiros (quando, evidentemente, não criam direitos para terceiros). (MAZZUOLI, 2009, p. 128).

Contudo, quando os tribunais nacionais são demandados para se pronunciar sobre estes efeitos obrigatórios das decisões internacionais, o que se vê é uma falta de coerência da sua jurisprudência, numa atitude vacilante, entre negar abertamente ou reconhecer tal caráter obrigatório, em que muito se evita pronunciar diretamente sobre tais efeitos e que se busca subterfúgios processuais (PELLET, 2003) ou constitucionais para não tomarem partido sobre a questão.

Sobre subterfúgios para se evitar falar abertamente da autoridade das decisões das organizações internacionais, mais especificamente das decisões provenientes do OSC da OMC, o Poder Judiciário brasileiro e o Supremo Tribunal Federal tiveram oportunidades para tanto no caso emblemático do Brasil vs. Comunidades Europeias das “Medidas Relativas a Importações de Pneus Reformados” (DS 332/2005), que culminou na Ação Constitucional de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101/2006.

Embora os Tribunais Superiores brasileiros, em inúmeras oportunidades, reconhecem e ratificam a aplicabilidade das normas e acordos internacionais da Organização Mundial do

Comércio desde a época do GATT ⁶, sendo o Brasil inclusive um dos idealizadores em 1947⁷, nunca se pronunciou especificamente sobre a obrigatoriedade e os efeitos das decisões provenientes do Órgão de Solução de Controvérsias desta organização internacional perante o ordenamento jurídico brasileiro. Na oportunidade em que o Brasil foi compelido pelo OSC da OMC a cumprir a decisão no caso DS 332/2005, que culminou na ADPF 101/2006, o Acórdão do Supremo Tribunal Federal que se alinhou com a aludida decisão internacional, reconheceu a sua importância e a grave ameaça ao meio ambiente pelo seu descumprimento, sendo esta determinante para a procedência da ADPF. É inegável que o Brasil restou por cumprir os preceitos da decisão da OMC, mas em nenhum momento reconheceu a sua obrigatoriedade e/ou autoridade de coisa julgada internacional, tratando a questão como mera demanda de cunho constitucional.

Para melhor entender porque tal posicionamento demonstra que o Poder Judiciário brasileiro ainda se encontra “fechado” ao direito internacional e ao direito e decisões provenientes das organizações internacionais, necessário se faz uma breve explicação do caso, uma vez que este também será de grande ajuda para se entender a compatibilidade da decisão da retaliação cruzada em TRIPS que será abordada no item 5 da dissertação. Esta visão crítica do acórdão da ADPF 101/2006 será de grande valia para melhor descrever o problema da obrigatoriedade das decisões internacionais frente ao direito interno.

O que mais chama a atenção no caso “Medidas Relativas a Importações de Pneus Reformados” (DS 332/2005) foi a decisão final do OSC da OMC que “determinava” comando direto sobre a atividade do Poder Judiciário Brasileiro. Em breve síntese, o contencioso foi instalado a pedido das Comunidades Europeias, que se viram discriminadas com a proibição de exportar para o Brasil pneus usados e reformados, em razão de proibições das resoluções da CAMEX e do CONAMA, uma vez que inúmeras liminares judiciais afastavam a validade destas resoluções tão somente em relação aos Países membros do MERCOSUL para autorizar a importação deste mesmo tipo de pneu, mais especificamente para importações provenientes do Uruguai. Ou seja, o deferimento de liminares do poder judiciário brasileiro foi a causa do contencioso DS 332/2005 e a sua solução necessariamente deveria partir de uma mudança de

⁶ RESP 200701384419 - RESP - RECURSO ESPECIAL – 961078; AGARESP 201101188142 AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – 22336; ARESP 201201683250 AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – 216185; <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>, visualizado em 17 de fev. 2014.

⁷ O GATT 1947 foi incorporado à Legislação brasileira pelo Decreto Legislativo nº 43, de 20 de junho de 1950.

atitude deste poder. O OSC ao final “decidiu que as importações de pneus usados autorizadas pelas liminares judiciais resultaram em uma aplicação das importações proibidas de forma arbitrária e de injustificável discriminação no âmbito do caput do art. XX do GATT 1994” (QUAGLIA, 2012, p. 183), sendo necessário ao País rever esta concessão de liminares discriminatórias, sob pena de ser ver compelido a aceitar as importações de pneus usados e reformados de todos os outros membros da OMC, destacando-se aí os maiores produtores deste tipo de pneu, todos os Países da União Europeia e os Estados Unidos da América.

Não é difícil imaginar o desafio que o Brasil se viu a enfrentar para cumprir o determinado pela OMC, principalmente o Poder Executivo e seus diplomatas. Como determinar que o Poder Judiciário cumpra uma decisão internacional deste caráter que determina a revisão de todas as suas liminares deferidas, em um País onde os representantes deste Poder elevam sua atividade ao mais alto grau de soberania frente aos seus cidadãos e às autoridades estrangeiras. Como fazer com que o Poder Judiciário brasileiro reconheça a autoridade de tal decisão internacional e lhe aplique no ordenamento jurídico interno, e ainda declarando a ineficácia de todas as decisões liminares deferidas anteriormente que autorizavam a importação dos pneus reformados advindas dos membros do MERCOSUL?

Logicamente, o argumento seco da hierarquia das normas e decisões internacionais da Organização Mundial do Comércio frente às normas brasileiras, baseando-se unicamente na ratificação e incorporação do Acordo Constitutivo da OMC não seria suficiente para suspender os efeitos das liminares discriminatórias. Os magistrados brasileiros não iriam “abrir mão” facilmente do seu poder soberano de jurisdição baseando-se somente no fundamento formal de obrigatoriedade da decisão vindo de tal incorporação do tratado no Brasil. Portanto, a melhor maneira de se dar reconhecimento da autoridade da decisão do OSC no caso dos pneus reformados seria sobre o seu aspecto material - assim como também o será quando da aplicação prática da retaliação cruzadas em TRIPS que será mais bem abordada adiante.

Brilhantemente, a Advocacia-Geral da União na busca do alinhamento entre os preceitos fundamentais da Constituição brasileira de 1988 e a decisão do OSC da OMC, a fim de munir o Poder Judiciário de argumentos que reconheceria não só o fundamento formal da obrigatoriedade de tal decisão, mas também o fundamento material de sua aplicação no direito interno, e ajuizou a ADPF 101-3 de 2006. Muito resumidamente, provou que as decisões liminares deferidas deveriam ser revisadas e suspensas porque a autorização para importação

dos pneus reformados representariam graves perigos à saúde e ao meio ambiente, devido a grande produção de resíduos produzidos pelo produto, cuja eliminação completa ainda não seria possível sem pôr em risco a saúde humana e o meio ambiente, preceitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal.

A Ministra Relatora Cármen Lúcia nos trechos do Acórdão abaixo destaca a grande importância da decisão do OSC da OMC, inclusive da sua decisão sobre o Painel dos Pneus reformados (DS 332), e do desafio que encontrava o Supremo Tribunal Federal para julgar controvérsia que envolve liminares judiciais que envolvem riscos ao meio ambiente e à saúde condenadas pela dita organização internacional:

Essa a razão fundamental de cá estarmos reunidos hoje, a resolver definitivamente sobre uma pendência que, conforme o resultado a que chegarmos, no plano internacional, justificaria a derrocada das normas proibitivas sobre a importação de pneus usados, pois, para o Órgão de Apelação da OMC, se uma parte do Poder Judiciário brasileiro libera empresas para importá-los, a despeito da vigência das normas postas, é porque os objetivos apresentados pelo Brasil, perante o órgão internacional do comércio, não teriam o fundamento constitucional que as justificariam e fundamentariam. Fosse o contrário, sendo uma única e mesma Constituição a do Brasil e tendo eficácia plena e efetividade jurídica incontestável a matéria, não haveria as frestas judiciais permissivas do que nelas se veda.

(...)

Conclui-se, assim, que o Órgão de Apelação da OMC confirmou a determinação central do painel e reconheceu que a proibição de importação de pneus reformados adotada pelo Brasil pode se justificar para proteger a saúde humana e o meio ambiente, constitucionalmente assegurados.

Entretanto, também como antes mencionado, reconheceram os integrantes daquele Painel que o Brasil estaria a aplicar a medida de maneira contraditória ou mesmo injustificada, ou seja, se a proibição objetiva proteger a saúde e o meio ambiente, a coerência determina que se cancele totalmente a importação de pneus usados e reformados, independentemente da origem e de maneira coerente, vale dizer, sem os intercursos decorrentes das decisões judiciais contrárias à fundamentação constitucional exposta pela Estado brasileiro em nível internacional.

Em 17.12.2007, o Órgão de Solução de Controvérsias (DSB) adotou o relatório do Órgão de Apelação e o relatório do Painel e, no encontro ocorrido em 15.1.2008, o Brasil comprometeu-se a implementar as recomendações e as regras do Órgão de Solução de Controvérsias, de maneira consistente com as obrigações da Organização Mundial do Comércio.

Aquela decisão convida o Judiciário nacional, em especial este Supremo Tribunal, a examinar e julgar a matéria no que concerne às providências, incluídas as normativas, adotadas no sentido de garantir a efetividade dos princípios constitucionais. Enfoque especial há de ser dado à questão das decisões judiciais contraditórias, realce àquelas listadas na peça inicial desta Arguição, mas que têm caráter meramente exemplificativo, à luz das obrigações internacionais do Brasil, mas, principalmente e em razão da competência deste Supremo Tribunal, dos preceitos constitucionais relativos à saúde pública e à proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (BRASIL, 2006, p. 51-54).

E ao final julgou parcialmente procedente a ADPF 101-3, para entender que a Resoluções do CONAMA e as Portaria da SECEX que barravam os produtos provenientes da Europa também deveriam ser aplicados aos Países do MERCOSUL, mesmo diante de decisão contrária do Tribunal Permanente de Revisão do bloco, salvo as decisões já transitadas em julgado, não pendentes de ações rescisórias ajuizadas. A conclusão foi:

- declarar válidas constitucionalmente as normas do art. 27, da Portaria DECEX n. 8, de 14.05.1991; do Decreto n. 875, de 19.7.1993, que ratificou a Convenção da Basileia; do art. 4º, da Resolução n. 23, de 12.12.1996; do art. 1º, da Resolução CONAMA n. 235, de 7.1.1998, do art. 1º, da Portaria SECEX n. 8, de 25.9.2000; do art. 1º da Portaria SECEX n. 2, de 8.3.2002, do art. 47-A no Decreto n. 3.179, de 21.9.1999 e seu 2º, incluído pelo Decreto 4592, de 11.2.2003; do art. 39, da Portaria SECEX n. 17, de 1.12.2003; e do art. 40, da Portaria SECEX n. 14, de 17.11.2004 com efeitos ex tunc;
 - declarar inconstitucionais, com efeitos ex tunc, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que, afastando a aplicação daquelas normas, permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí incluídos os remoldados, ressalva feita quanto a estes aos provenientes dos Estados integrantes do MERCOSUL, na forma das normas acima listadas.
 - Excluo da incidência dos efeitos pretéritos determinados as decisões judiciais com trânsito em julgado, que não estejam sendo objeto de ação rescisória, porque somente podem ser objeto da Arguição de Preceito Fundamental atos ou decisões normativas, administrativas ou judiciais impugnáveis judicialmente. As decisões transitadas em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto, não mais podem ser desfeitas, menos ainda pela via eleita pelo Arguente, que teve opções processuais para buscar o seu desfazimento, na forma da legislação vigente, não se tendo a comprovação de que tenha buscado atingir tal objetivo ou que tenha tido sucesso em suas ações.
- Não se incluem nesta exceção decisões com conteúdo em aberto, vale dizer, aquelas cuja parte dispositiva contenha determinação proferida de forma ilimitada para o futuro, pois a partir do que aqui definido ficam proibidas importações de pneus, dando-se o estrito cumprimento das normas vigentes com os contornos e as exceções nelas previstas. (BRASIL, 2006, p. 124-125).

Percebe-se da conclusão e da leitura das partes destacadas do julgado, que apesar de ser reconhecida a importância do cumprimento da decisão do OSC, sob pena de ver o Brasil obrigado a importar todo o pneu reformado dos membros da OMC, evitou-se ao máximo falar abertamente da autoridade, dos fundamentos de obrigatoriedade e dos efeitos da aludida decisão jurisdicional internacional. A AGU de tão brilhante e eficiente na sua grande ideia de interpor a ADPF buscando proteção dos preceitos fundamentais de preservação do meio ambiente e da saúde humana consagrados na Constituição Brasileira, como forma de se fazer cumprir a decisão, acabou munindo o STF de subterfúgios constitucionais para não se abordar de forma direta e aberta sobre a questão da aplicabilidade das decisões internacionais jurisdicionais no Brasil e do princípio da autoridade da coisa julgada internacional.

No caso concreto dos pneus reformados, não foi tão difícil alinhar o cumprimento da decisão do OSC com os preceitos constitucionais de proteção à saúde humana e ao meio ambiente. Cumprir uma decisão internacional de acordo com os preceitos constitucionais do Estado não mostra tantas dificuldades quanto aplicar decisões que a princípio confrontariam proteções constitucionais. É o caso da decisão do caso do algodão em estudo, onde o órgão jurisdicional de solução de controvérsias da OMC autoriza a suspender a proteção da propriedade intelectual por um determinado período de tempo, direito este protegido pela Constituição Brasileira no seu art. 5º, inciso XXIX, que assegura proteção e privilégios aos autores de inventos industriais, mas sempre tendo em vista “o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”. Tarefa muito mais árdua terá o STF e a AGU em alinhar o fundamento material desta decisão internacional aos preceitos constitucionais, caso sejam necessárias novas revisões de concessão de liminares que barrariam a aplicação prática da decisão pelas Resoluções n. 15 e 16 da CAMEX.

Todavia, o resultado do julgamento da ADPF 101/2006 já foi surpreendente, pois em razão de uma decisão obrigatória do OSC da OMC, em que se determinou comando direto sobre as atividades do Poder Judiciário brasileiro, o STF revisou e suspendeu todas as liminares que estavam por diferenciar produtos iguais provenientes do Uruguai e da União Europeia. Isto demonstra que apesar de ainda não ter aproveitado a oportunidade para avançar a sua jurisprudência no sentido de reconhecer a autoridade das decisões jurisdicionais internacionais, abriu um precedente sem igual onde se reconheceu que os atos do poder judiciário têm o mesmo valor do que os atos dos poderes executivo e legislativo no cumprimento das obrigações internacionais, sendo possível o Poder Judiciário rever os seus próprios atos em razão de uma decisão internacional dotada de caráter jurisdicional e de coisa julgada internacional, o que pode acontecer novamente no caso do algodão e da aplicação da retaliação cruzada em TRIPS.⁸

⁸ Sobre a possibilidade de deferimento de liminares contrárias a decisão da retaliação cruzada em TRIPS ver item 2.4

2.2.2 O posicionamento das Cortes do Reino Unido frente à aplicação do direito internacional e das decisões internacionais ao seu direito interno

Malcolm Shaw dedica uma seção do seu livro *Direito Internacional* (2010, p. 107-145) para tratar da aplicação do direito internacional perante os tribunais internos dos Países britânico, dos Estados Unidos e de outros Países. Algumas particularidades sobre o posicionamento do Reino Unido são de grande valia, principalmente com a mudança de posicionamento da Câmara dos Lordes sobre a aplicabilidade direta das normas comunitárias e dos julgados do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Segundo o autor, “a política de interesse público do Reino Unido determina que, em princípio, os tribunais deem efeito às normas claramente estabelecidas de direito internacional” (SHAW, 2010, p. 108), e neste contexto duas teorias sobre a aplicabilidade das normas de direito internacional foram criadas: a da *transformação* onde os tratados internacionais deveriam ser transformados em lei parlamentar ou federal, e a doutrina da *incorporação* onde o direito internacional consuetudinário não precisa de nenhum procedimento legal para fazer parte da legislação interna, aplicando-se o princípio comum nos Países de *common law* do “*International law is part of the of the land*”.

Sobre a teoria da *incorporação* do direito consuetudinário a jurisprudência dos Países do Reino Unido é um pouco vacilante sobre a aplicação direito internacional, principalmente quando não se consegue identificar com muita clareza o costume internacional que geraria as obrigações, e em alguns casos também se exigiu a transformação deste costume em lei interna antes de ser aplicada. Contudo, a doutrina da *incorporação* direta é sempre aplicada quando não há dúvidas sobre a clareza do direito consuetudinário internacional. (SHAW, 2010).

No que se refere ao direito dos tratados é bem diferente a posição dos tribunais internos devido a importantes motivos políticos e históricos, mas basicamente se entende que os tratados não podem ser aplicados diretamente porque estes assumem o caráter de contrato que vinculam os Países signatários. Assim, diferente do direito consuetudinário, onde os próprios Estados o criam com seus atos legitimamente, no caso dos tratados se estabelecem normas vinculativas, independentes das práticas internacionais. O poder executivo neste caso gozaria de maior poder do que o parlamento para estabelecer obrigações, e estaria legislando sem consultar o legislativo, que por motivos históricos óbvios não são concebíveis no Reino Unido. Portanto, a questão gira mais em torno da relação entre os poderes internos do Estado

do que em torno das questões de direito internacional, mas que logicamente o influenciam. (SHAW, 2010)

Ainda segundo Shaw,

Assim, os tratados não operam por si sós dentro do Estado, mas exigem a aprovação de uma lei que lhes dê eficácia. No Reino Unido, a Coroa conserva o direito de assinar e ratificar acordos internacionais, mas não pode legislar diretamente. Para que um tratado possa tornar-se parte do direito inglês, é essencial uma lei parlamentar. (SHAW, 2010, p. 114-115).

Contudo, e aqui a nuance é de grande interesse na afirmação do direito internacional, é que mesmo sendo necessária a lei de transformação à legislação interna, caso haja ambiguidade de interpretações deve ser interpretada a favor do direito internacional, baseando-se no princípio da política de interesse público do Reino Unido que determina que os tribunais deem efeito às normas claramente estabelecidas de direito internacional:

Há no direito inglês, a presunção de que a legislação deve ser interpretada de modo que evite conflitos com o direito internacional, particularmente quando a lei parlamentar que deve dar efeito a um tratado é ambígua. Assim, quando as disposições de uma lei de implementação de um tratado podem ter mais de um significado, e há interpretação compatível com os termos do tratado e outras que não o são, deve-se preferir a primeira, pois, como observou Lord Diplock: “O parlamento não pretende agir em violação do direito internacional, incluindo-se neste as obrigações especificamente determinadas em tratados.” Entretanto, quando não há ambiguidade nas palavras da lei, os tribunais não tem escolha: devem aplicá-la independentemente de qualquer conflito com acordos internacionais. É claro que o descumprimento de qualquer obrigação internacional, independentemente das considerações internas, importará na responsabilidade internacional do Reino Unido. (SHAW, 2010, p. 117).

Deste trecho do livro e das citações anteriores, percebe-se claramente a preocupação dos tribunais britânicos com o cumprimento do direito internacional, seja ele proveniente do direito dos tratados ou das normas consuetudinárias, e do grande alinhamento e respeito entre os poderes executivo e legislativo, para que nenhum prevaleça sobre o outro no trato dos compromissos internacionais que estão no cerne da história e da política do Reino Unido.

Outro aspecto muito interessante do trato dos tribunais ingleses com relação às obrigações internacionais, mas agora mais especificamente com a implementação das decisões internacionais, tais como as sanções da ONU, as decisões do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, e as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, é que estes tribunais adotaram uma abordagem

mais ampla do que se costuma adotar na interpretação das leis em geral para interpretar a “Lei das Nações Unidas”, de 1946 (lei parlamentar de implementação), que habilita a Coroa a adotar decretos reais (*Orders in Council*) para dar efeito às sanções da ONU, e que se tem pertinência e aplicabilidade a todas as demais (SHAW, 2010):

(...) essa legislação secundária tende a ser detalhada, suscitando assim a possibilidade de diferenças de interpretação. Deve-se notar que, em certos casos, estão em causa também a pertinência e a aplicabilidade de normas da União Europeia. Além disso, devemos chamar a atenção para a obrigação imposta pelo artigo 29 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, adotado pela resolução vinculante n. 287 (1993) do Conselho de Segurança da ONU, de que todos os Estados colaborem com o Tribunal e, especificamente, “assintam, sem indevida demora, a qualquer pedido de ajuda ou mandado emitido por uma Câmara do Tribunal”, inclusive mandados de prisão e detenção de pessoas e sua entrega ou transferência para o Tribunal. (SHAW, 2010, p. 118).

Isto demonstra que os tribunais ingleses, na esteira da interpretação favorável ao direito internacional dos tratados e das normas consuetudinárias, também o são na questão da aplicabilidade das decisões internacionais. Para tanto, Shaw destaca que as cortes inglesas tomaram uma atitude ainda mais diferente na questão da interpretação das decisões proveniente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça da União Europeia, onde se buscou dar uma abordagem mais ampla de caráter finalista, a fim de dar compatibilidade da legislação interna com a Convenção Europeia de Direito Humanos e com o Tratado de Roma (que estabelece a Comunidade Europeia):

As cortes inglesas tomaram diferentes atitudes para lidar, nessas circunstâncias, com a questão da interpretação. Em *Sidhu vs. British Airways*, Lorde Hope, aplicando a abordagem mais ampla seguida em *Fothergill vs. Monarch Airlines*, declarou que “é ponto pacífico que a interpretação das convenções internacionais que têm força de lei neste País deve seguir um princípio finalista. (SHAW, 2010, p. 119).

Sobre a lei inglesa de Direito Humanos de 1998, que incorporou a Convenção Europeia de Direitos Humanos,

Os tribunais também adotaram uma abordagem mais ampla, de caráter finalista, na interpretação da legislação interna, a fim de garantir sua compatibilidade com a Convenção. No processo de interpretação da legislação interna para harmonizá-la com a Convenção na medida do possível, os tribunais “devem levar em conta” toda a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que possa ter relação com o caso, embora este dispositivo não imponha a obrigação de seguir essa jurisprudência. (SHAW, 2010, p. 119).

Para finalizar, a quebra mais radical de paradigma da aplicação das decisões internacionais no direito inglês diz respeito ao ingresso nas Comunidades Europeias, hoje União Europeia, onde a consagração do princípio do primado do direito comunitário prevê que este sempre prevaleça sobre o direito nacional, em prol da busca da implementação da União econômica e monetária pelo direito. Mais uma vez os tribunais ingleses buscaram uma interpretação de abordagem finalista para interpretar as leis internas que aparentam conflitar com as leis comunitárias:

Não podemos, além disso, deixar de mencionar a crescente importância, para esse tema, do ingresso nas Comunidades Europeias. O direito jurisprudencial das Comunidades demonstra que os direitos fundamentais são elementos essenciais dos princípios gerais de direito, cuja observância o Tribunal Europeu de Justiça busca garantir. O sistema prevê que o direito da Comunidade prevaleça sobre o direito nacional e que as decisões do Tribunal Europeu sejam aplicadas pelos tribunais internos dos Estados-membros. Assim, esse caminho abriga um significativo potencial de mudança. Por fim, ao interpretar as leis internas promulgadas depois do ato das comunidades Europeias de 1972, naqueles casos em que tais leis dão a impressão de conflitar com o Tratado de Roma (que estabelece a Comunidade Europeia), a Câmara dos Lordes dispôs que se deve adotar uma abordagem finalista, (*Pickstone vs Freemans* 1988, e *Litsner vs Forth Dry Dock Engineering*, 1989). (SHAW, 2010, p. 119-120).

Percebe-se assim, a preocupação das cortes inglesas em honrar internamente os compromissos internacionais assumidos, e de interpretar suas leis internas em prol do direito internacional, mudando até mesmo o seu paradigma, aceitando a aplicabilidade direta do direito comunitário sobre o seu direito nacional, como corolário necessário para fazer parte de algo maior e mais benéfico ao País que é a sua integração à União Europeia. Todos estes aspectos serão de grande valia na análise do aparente conflito da autorização para retaliação cruzada em TRIPS e a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente porque a nossa jurisprudência ainda não firmou seu posicionamento aberto sobre o tema. Todavia, sem dúvida a maior contribuição para a questão da implementação e aplicabilidade direta das decisões de tribunais internacionais dentro dos ordenamentos nacionais é da jurisprudência do TJUE consolidada em torno do princípio do primado do direito da União Europeia, sendo realmente uma mudança na concepção desta matéria no direito internacional, como se verá no próximo tópico.

2.2.3 A aplicabilidade direta e obrigatória das decisões do TJUE sobre os ordenamentos nacionais em razão do princípio do primado do direito da União Europeia

Alain Pellet (2003) ao discorrer sobre a obrigatoriedade dos atos e decisões provenientes das organizações internacionais abre um tópico chamado “Caso especial dos atos comunitários” quando quer falar sobre a construção jurisprudencial da União Europeia e dos Tribunais nacionais dos Estados membros do princípio do primado do direito comunitário. O título escolhido já demonstra que realmente se trata de um caso a parte do direito internacional, que merece muita atenção, no que se refere às relações de interação deste com a ordem jurídica interna dos Estados.

Sendo excepcional nas organizações de cooperação, o poder de adotar atos unilaterais obrigatórios torna-se regra nas organizações de integração, tais como as comunidades europeias. A denominação destes atos pode mudar de um tratado para outro, mas encontramos sempre três tipos de atos semelhantes aos enunciados no artigo 249 do T.C.E.: o regulamento, a diretiva e decisão. O regulamento e a direta têm um alcance geral, porque visam todos os Estados e os seus nacionais, direta e indiretamente. A decisão é dirigida a um ou a vários Estados membros ou a particulares. (...) Entretanto, mais geralmente, o regime jurídico dos atos unilaterais comunitários põe problemas semelhantes aos das outras organizações internacionais em numerosos pontos. Mas beneficia-se aqui de uma contribuição jurisprudencial que permite tornar mais rigorosas algumas soluções. Num celebre caso, *Costa c. E.N.E.L.*, o Tribunal de Luxemburgo demarcou os limites da analogia com o direito das outras organizações internacionais: Diferentemente dos tratados internacionais, ordinários, o tratado da C.E.E instituiu um ordem jurídica própria, integrada no sistema jurídico dos Estados membros quando da entrada em vigor do tratado e impondo-se aos seus tribunais. (PELLET, 2003, p. 385-386).

O autor destaca como a questão da aplicabilidade das decisões das organizações internacionais se diferencia da aplicabilidade das decisões comunitárias basicamente pela contribuição jurisprudencial do TJUE, que realmente foi o grande soldador da União Europeia. Ao contrário do que afirma Pellet, a instituição da ordem jurídica própria da União Europeia não se deu pela sua imposição vertical aos tribunais nacionais. Esta construção conjunta destes tribunais se deu em prol da criação de uma ordem jurídica uniforme e comum a todos os Estados membros, visando à instituição da União econômica e monetária da Europa.

Segundo o art. 19, n. 1 do Tratado de Lisboa que instituiu definitivamente a União Europeia, os tribunais nacionais fazem parte da estrutura jurisdicional da União em mesmo patamar do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos seus Tribunais especializados, o que

demonstra o alto nível de integração e harmonização de suas atuações. Segundo Miguel Gorjão-Henriques,

Resulta assim deste tratado, embora com alguma imperfeição técnica, que a designação Tribunal de Justiça da União Europeia tende a identificar o conjunto dos tribunais da União (assim logo no artigo 13 TUE-Lisboa), sendo que referências específicas a tribunais concretos são feitas a “Tribunal de Justiça”, “Tribunal Geral” ou “Tribunais especializados”. A estrutura jurisdicional da União Europeia não se limita, no entanto, a estes órgãos. Pode continuar a dizer-se que também os órgãos jurisdicionais nacionais dela fazem parte como, utilizando uma difundida designação, “tribunais comuns do direito comunitário ou “tribunais funcionalmente europeus”. Assim se compreende que, no mesmo artigo 19, n. 1 TUE-Lisboa, se consagre agora que os Estados membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União. (GORJÃO-HENRIQUES, 2010, p. 223)

Percebe-se destas disposições do Tratado de Lisboa – Tratado da União Europeia, que o princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional não foi uma imposição, mas uma construção conjunta dos tribunais constitucionais nacionais e do Tribunal de Justiça da União Europeia, a partir do Caso *Costa C. ENEL*. Construção esta em prol de um objetivo final comum, a construção de uma União de Estados economicamente integrados em benefício de todos. O princípio do primado foi e ainda é uma construção jurisprudencial que na verdade é uma opção, ou uma escolha comum, dos Estados nacionais e principalmente de suas cortes constitucionais em abrir mão de seu poder absoluto de dizer o direito em função de uma jurisdição compartilhada. Tanto é assim que até hoje se preferiu não “positivar” tal princípio no Tratado de Lisboa, como forma de mostrar que o valor comum primordial do sucesso da integração é construído em conjunto entre Estados e tribunais e não imposto de cima para baixo. Miguel Gorjão-Henriques (2010) destaca a riqueza deste princípio para compreender a construção da União Europeia e que este é tão “caro” e precioso para a União que os próprios tribunais prezam por conservá-lo, sendo que nunca o Tribunal de Justiça irá impor anulações de normas nacionais.

Abordar o princípio da prevalência do direito da União sobre o direito nacional é entrar num domínio extremamente rico, mas também absolutamente essencial para a compreensão da natureza e sentido da integração europeia. Dir-se-ia, à parida, que nada no sistema formal do Tratado da Comunidade Europeia ou, hoje, da União Europeia, parecia indicar um tal princípio. Na admirável síntese do prof. Nuno Piçarra, “o TCE não só prevê nenhuma disposição explicitando o primado do direito comunitário sobre o direito dos Estados membros (ao contrário da generalidade das constituições federais), como, de todo, não atribui ao Tribunal de Justiça competência para anular normas nacionais alegadamente violadoras do direito

comunitário. Isto significa, portanto, que o TCE renunciou ao paradigma da pirâmide”. (GORJÃO-HENRIQUES, 2010, p. 405).

Entender a construção do princípio do primado do direito comunitário e de como se deu a integração dos tribunais nacionais e supranacionais é essencial para se entender o fundamento material da obrigatoriedade que se pode dar às decisões judiciais internacionais. Por isto, a escolha deste item em apenas demonstrar a importância das cortes nacionais nesta construção para depois se aprofundar na questão da construção do princípio do primado do direito da União Europeia para então se poder beber desta fonte para resolver o problema de eventuais conflitos ou incompatibilidades entre as decisões judiciais de caráter obrigatório da OMC frente ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente adotando a interpretação de caráter finalista adotada pelos tribunais ingleses, tal como descrito no item 2.2.2.

Por fim, quanto à crítica mais comum dos que entendem que os fundamentos materiais do direito comunitário da União Europeia e a atuação dos seus tribunais só poderiam ser aplicados no contexto europeu, Anne-Marie Slaughter e William Burke-White (2006), no artigo *The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law)*, que trata da evolução do direito internacional e de como este se relaciona atualmente com o direito interno e as cortes domésticas, destaca que o futuro do direito internacional e seu salto de eficiência como um todo passa necessariamente pelo “estilo europeu de fazer o direito”, demonstrando o quão válida é a experiência jurídica da União Europeia para toda a comunidade internacional, e principalmente para este trabalho.⁹

⁹ These functions of international law are already well known to the members of the European Union (“EU”). Indeed, in extending membership to ten new countries over the course of the past decade, the EU has relied on EU law as its primary tool of reform and socialization. Even among the original member states, EU institutions continue to perform the types of backstopping, strengthening, and mandating functions described here. Europeans themselves are coming to recognize these uses of law; a new generation of European policy thinkers has openly proclaimed the virtues of the European way of law.

Some may, of course, argue that these new functions of international Law have no applicability outside the European context in which they were first embraced yet each of the three means through which international law is coming to influence domestic outcomes—strengthening domestic institutions, backstopping national governance, and compelling domestic action—is spreading beyond the Continent. To the extent that what we describe as the “European way of law” is already evident both within the EU and now in a growing number of other contexts, this Article describes an important reorganization of the means and mechanisms through which international law operates. Our argument goes further, however, by suggesting that these new mechanisms of international law have the power to make the system as a whole far more effective. We therefore move beyond description and prediction to prescription, suggesting ways that the European way of law should become the future of international law writ large. (SLAUGHTER; BURKE-WHITE, 2006, p.329).

2.3 Da fragilidade dos conceitos sobre a aplicação da coisa julgada das decisões internacionais

Vistos o problema da obrigatoriedade das decisões internacionais frente ao direito interno, e dos posicionamentos dos tribunais brasileiros, do Reino Unido e da União Europeia, a conclusão aparentemente mais fácil para solução do presente conflito, sem dúvida passaria pelo próprio direito constitucional dos Estados, onde uma disposição de artigos prevendo a aplicabilidade direta destas decisões resolveria o problema. Segundo Pellet,

(...) os tribunais nacionais mostram menos reserva quando a constituição incorpora os princípios das convenções internacionais com base na quais certas organizações apoiam a sua prática: assim sucede com a jurisprudência dos tribunais alemães e austríacos em matéria de direitos do homem, que faz referência às decisões da comissão e do tribunal europeus dos direitos do homem (PELLET, 2003, p. 385).

É claro que disposições nacionais que incorporam tratados, reconhecem a jurisdição de um tribunal internacional e de suas decisões, e incorporam preceitos fundamentais da comunidade internacional para dentro do Estado resolveria em definitivo o problema da obrigatoriedade das decisões internacionais. Todavia, não é isto que acontece na maioria das constituições e muito menos na brasileira. Em mundo ideal se todas as constituições dos estados existissem tais disposições não haveria dúvidas sobre o fundamento da obrigatoriedade de tais decisões.

Com efeito, a realidade do sistema jurídico internacional revela hoje a existência do primado do direito internacional na perspectiva internacionalista, a existência de uma ordem jurídica internacional e a existência de várias outras ordens jurídicas internas, nem sempre integradas, e nesta realidade existem decisões jurisdicionais internacionais dotadas de autoridade de coisa julgada e que determinam comandos aos Estados nem sempre compatíveis com as suas normas internas. O problema, portanto, não é somente da existência ou não de disposições constitucionais de incorporação de tratados, porque hoje a grande maioria das Constituições não tem previsão específica sobre a aplicabilidade direta das decisões internacionais. O problema é de âmbito internacional porque estas decisões continuam sendo proferidas por tribunais internacionais independentes, criados pela própria vontade dos Estados, onde na teoria se discute a aplicação de valores comuns consagrados pela

comunidade internacional, mas que muitas vezes possuem comandos incompatíveis com as legislações interna destes mesmos estados.

Em contrapartida, se os direitos internos ainda não conseguiram internalizar e absorver este problema, também não foi feito por “culpa” da pouca evolução do próprio direito internacional no que se refere à definição dos efeitos da coisa julgada internacional, que ainda apresenta lacunas tanto no Estatuto da Corte Internacional, nos seus artigos 59 e 60, no artigo 94 da Carta das Nações Unidas, bem como na jurisprudência internacional esparsa por muitas vezes contraditórias.

Segundo o artigo 59 do Estatuto da CIJ: “A decisão do Tribunal só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão”. Já o artigo 60 também do Estatuto da CIJ: “A sentença é definitiva e inapelável. Em caso de controvérsia quando ao sentido e o alcance da sentença, caberá ao Tribunal interpretá-la a pedido de qualquer das partes”. O regulamento da Corte acrescenta ainda, no seu artigo 94, parágrafo segundo, que “a sentença é lida em audiência pública da Corte e é considerada como tendo força obrigatória para as partes a partir de seu pronunciamento”. Por fim o artigo 94 da Carta das Nações Unidas, “cada membro das Nações Unidas compromete-se a conformar com a decisão do Tribunal Internacional de Justiça em qualquer caso em que for parte”.

Percebe-se que a Carta da Organização das Nações Unidas e o Estatuto da Corte Internacional de Justiça consagram a aplicação do princípio da autoridade da coisa julgada internacional sem, no entanto, definir o seu efeito ou alcance. Leonardo Nemer C. Brant ao identificar a fragilidade dos conceitos para questão tão complexa do direito internacional, que é justamente o cumprimento e a execução das decisões internacionais, fez as seguintes perguntas sobre os efeitos e o alcance da coisa julgada internacional:

Na verdade, quais são os limites da coisa julgada? Para quais decisões ela vale? Que perigo traz aos Estados terceiros? Até que extensão aplica-se às delimitações de fronteiras? A que grau estende-se? Qual o seu alcance? Quando é que uma parte é admitida a intervir num processo que opõe dois governos? Em que medida afeta a competência da Corte para resolver uma controvérsia que envolve a três ou quatro Países? Para dizer a verdade, como sublinha Etienne Giesel, “esses problemas não possuem soluções definitivas e pré-estabelecidas. Não são resolvidos por textos explícitos, mas objeto de uma jurisprudência esparsa e, por vezes, contraditória”. (BRANT, 2002, p. 57).

Pela conclusão da citação retro do professor Leonardo Nemer C. Brant, a resolução destas perguntas não foram resolvidas pelos textos dos Estatutos internacionais e foram de

propósito deixadas para a Jurisprudência internacional. Contudo, nem esta foi capaz de resolver o problema:

Como sublinha Parry e Grant, 'Existe, invariavelmente, nos sistemas jurídicos domésticos uma doutrina segundo a qual, uma vez decidida judicialmente determinada matéria, esta não deverá ser novamente litigada pelas mesmas partes ou partes. Esta doutrina, comumente chamada de *'res judicata'*, aplica-se igualmente a decisões internacionais judiciais ou arbitrais. A leitura do art. 59 e 60 do Estatuto da C.I.J. implica clara aceitação deste princípio pela Corte Internacional, o que tem sido confirmado em inúmeras de suas decisões. Mas a aplicação do princípio da autoridade da coisa julgada, no contencioso internacional, significa mais que a simples constatação de sua existência. Na realidade, a jurisprudência da C.I.J., de sua antecessora e dos tribunais arbitrais, além de reconhecer o caráter obrigatório e definitivo da sentença internacional, buscam esclarecer o alcance do próprio princípio. (BRANT, 2002, p. 49).

E concluiu:

Assim, se por um lado, a experiência conduz a admitir que as decisões finais no seio da C. I. J. e dos tribunais arbitrais são de natureza obrigatória e definitiva, isto é, possuem a autoridade da coisa julgada, por outro lado, a experiência mostra também que o alcance da coisa julgada no direito internacional não está definitivamente estabelecido, podendo mesmo ser controvertido. Isso significa que é preciso aceitar a afirmação de Limburg, quando este sustenta que: "pode-se discutir a questão de saber até que ponto a autoridade da coisa julgada efetua-se; pode-se também criar divergências de opinião quanto ao alcance do vínculo entre a coisa julgada e as diversas jurisdições internacionais; pode-se estar em desacordo quanto aos domínios em que a coisa julgada exerce sua influência; não há, entretanto, ninguém que possa dizer que, no direito internacional, a autoridade da coisa julgada não exista. (BRANT, 2002, p. 54).

Assim, não há dúvida da existência do princípio da autoridade da coisa julgada internacional das decisões internacionais, mas tampouco há consenso sobre os seus efeitos e alcances. Na verdade, a primeira vez que se discutiu no ordenamento jurídico internacional a existência da coisa julgada internacional esta foi encarada como um princípio geral do direito a este inerente como seu fundamento lógico. Sua origem obviamente não poderia vir senão do princípio da coisa julgada do direito interno, e logo se transportaria ao direito internacional como um princípio geral de direito definido como fonte primária do Direito Internacional, nos termos do art. 38, c, do Estatuto da CIJ (BRANT, 2002) "Se a *'res judicata'* pôde ser anteriormente prevista no direito interno, isso se deve essencialmente ao fato de que ela representa um princípio lógico, derivando da própria natureza da sentença e inerente ao processo contencioso" (BRANT, 2002, p. 29-30), ou seja, se trata de um julgamento

pronunciado de um órgão jurisdicional dotado de força obrigatória para as partes em litígio, sendo este de direito interno ou de direito internacional.

Com a evolução do direito internacional, não mais se precisou recorrer aos conceitos vagos à volta dos princípios gerais do direito para justificar a aplicação da coisa julgada internacional, se valendo este dos costumes internacionais e ao direito convencional.

Na atualidade, basta recorrer aos costumes internacionais e ao direito convencional, para que a existência e o conteúdo semântico do princípio da autoridade da coisa julgada seja definitivamente conhecido. Segundo observa Alain Pellet, não se pode falar em princípios gerais do direito, sem que uma operação de transposição, fundada numa argumentação por analogia, seja necessária à sua manifestação. Ao contrário, se a necessidade internacional implicou a reincidência constante de um comportamento, cuja justificação normativa reside em um comportamento precedente, não se trata mais de princípios gerais de direito, mas de costumes internacionais. Finalmente, se um texto escrito prevê um determinado comportamento estaremos diante de disposições convencionais. (BRANT, 2002, p. 33).

Portanto, se o princípio da coisa julgada aparece no direito internacional como princípio geral do direito, sua consagração se cristalizou na sua aplicação como costume internacional, em razão da necessidade em se dar efeito jurídico e obrigatório às sentenças internacionais, e finalmente na elaboração dos artigos 59 e 60 do Estatuto da CIJ, positivados na época da criação das Sociedades das Nações e referendados em 1945 sem nenhuma modificação ou discussão (BRANT, 2002).

Contudo, esta aparente solidez dos artigos 59 e 60 do Estatuto e as suas intactas redações com mais de um século de vida, ainda na esteira das Convenções de Haia de 1899 e 1907, onde o costume internacional foi consagrado pela primeira vez, na verdade revela a pouca evolução do direito internacional para resolver o problema dos efeitos e da aplicação da coisa julgada, talvez daí que se encontra toda a origem do problema da obrigatoriedade das decisões internacionais e a autoridade de sua coisa julgada, qual seja, na sua excessiva estabilidade, tal como enfatiza o professor Leonardo Nemer,

A questão relativa ao precedente, no direito internacional, ou então a questão polêmica da jurisdição obrigatória, ou ainda as questões relativas aos efeitos das intervenções de terceiros são exemplos disto.

Resultam daí que os argumentos que fundamentam a estrutura dos artigos 59 e 60 do Estatuto da CIJ, justamente porque representam, no direito internacional positivo, a expressão do costume internacional, não estão mais na vanguarda como estavam em 1899 e 1907, mas representam sobretudo a expressão da inércia do direito internacional. Fato ainda mais grave pode ser resumido no fato de que o debate, a

respeito do aperfeiçoamento do conjunto das regras que compõem a aplicação do princípio da autoridade da coisa julgada, no direito internacional, só tornou-se sólido no início do século, o que significa um grande fracasso no desejo de promover a paz por intermédio do direito. (BRANT, 2002, p. 40).

A inércia do direito internacional sobre a evolução do problema da aplicação da coisa julgada pode ser uma das causas de todo o problema. Segundo Alain Pellet, enquanto no início do século muito se evoluiu nos avanços em matéria de regulação de controvérsias e desde a Segunda Grande Guerra grandes avanços foram observados em todos os setores da organização internacional, pouco se pensou sobre o setor jurisdicional. (PELLET *apud* BRANT, 2002). Todavia, a inércia da evolução do setor jurisdicional internacional não ocorreu por acaso. Esta também tem sua razão de ser que na falta de interesse dos Estados em fazer evoluir um conceito que provavelmente limitará o seu poder de atuação.

Na realidade, constata-se que o princípio da autoridade da coisa julgada atravessou um século marcado por duas guerras, sem que sua base teórica tenha mudado de maneira consequente, consolidando-se como costume internacional. Essa proeza não se explica pela força de sua autoridade, nem pela estabilidade de seu princípio, nem mesmo pela sua perfeita adequação ao direito internacional. Ao contrário, essa impressionante estabilidade e permanência imutável ao longo do tempo é fruto da indiferença dos estados face à regulamentação jurisdicional. Em outras palavras, se o conteúdo teórico do princípio da autoridade da coisa julgada, no direito internacional, permaneceu praticamente intacto face à comunidade internacional extremamente dinâmica, isso se explica não pela rigidez da obrigação que ele impõe, mas, antes, pela falta de interesse em relação à jurisdição internacional. (BRANT, 2002, p. 42).

Portanto, esta falta de interesse pela definição dos efeitos da autoridade da coisa julgada internacional se confunde com a própria falta de interesse dos Estados pela jurisdição internacional, e principalmente pelo descaso no cumprimento de suas sentenças de caráter obrigatório. Isto está no cerne do problema que envolve essa dissertação, que é entender o porquê dos Estados soberanos se sentiriam obrigados a modificar seus procedimentos ou compelidos a mudar a sua legislação interna em razão de decisões jurisdicionais provenientes de organizações internacionais. A busca pela evolução dos conceitos e dos procedimentos da aplicação da coisa julgada internacional se entrelaça com a busca para esta resposta, e com a proposta de solução apresentada nesta dissertação.

2.4 Apresentação do problema entre a aplicação da Retaliação Cruzada em TRIPS e as normas brasileiras de proteção da propriedade intelectual

O Poder Executivo brasileiro através da sua Câmara de Comércio Exterior – CAMEX, órgão integrante do Conselho de Governo, que tem por objetivo a formulação, adoção, implementação e a coordenação de políticas e atividades relativas ao comércio exterior de bens e serviços, na busca de implementar no âmbito interno as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2, que deram desfecho final ao contencioso “Estados Unidos da América vs. Brasil – Subsídios do Algodão” (WT/DS 267), publicaram as Resoluções nº 74, de 06 de novembro de 2009, nº 15 de 08 de março de 2010, e nº 16 de 15 de março de 2010, que buscavam traçar os procedimentos técnicos da retaliação cruzada a serem aplicados na prática, dentre eles consultas públicas, divulgação de listas de produtos, prazo para implementação e propostas de medidas de retaliação em propriedade intelectual.

A Resolução nº 74, de 06 de novembro de 2009, instaurou procedimento de consultas públicas relativa à Lista Preliminar de códigos da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), que poderão estar sujeitos à aplicação de contramedidas em decorrência do não cumprimento, por parte dos Estados Unidos da América, das decisões e recomendações adotadas pelo OSC da OMC no contencioso do Algodão (WT/DS 267), onde foi dada a oportunidade para vários setores do mercado brasileiro demonstrarem eventuais prejuízos para a produção e comércio caso fossem sobretaxados os produtos importados dos quais necessitavam para produzir.

Depois de ouvidos os setores interessados, a CAMEX em 08 de março de 2010, através de sua Resolução nº 15, divulgou a “lista de mercadorias objeto de suspensão de concessões assumidas pelo Brasil em razão do Acordo Geral de Tarifas e Comércio de 1994, em relação aos Estados Unidos da América e fixou as alíquotas do Imposto de Importação, com vigência de 365 dias, para as mercadorias referidas no art. 1º, quando originárias dos Estados Unidos da América, conforme Anexo da Resolução”.¹⁰ A partir de 07 de abril de 2010, ou seja, 30 dias após a publicação da lista (art. 4º), esta resolução entraria em vigor e

¹⁰ O inteiro teor da lista e a Resolução nº 15 da CAMEX se encontra disponível em: <http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=1&menu=2462&refr=434>.

sobretaxaria 102 produtos americanos de toda a variedade, sobretaxa que iria de 12% até 100%, e seria necessariamente aplicada nas importações.

Estas Resoluções n. 74/2009 e 15/2010, muito embora tenham sido tomadas em razão das decisões do contencioso do Algodão, na verdade são medidas preparatórias necessárias para a efetivação da Retaliação Cruzada. Como será visto na descrição do caso concreto, foi definido um “gatilho”, ou seja, o Brasil só poderia retaliar os Estados Unidos suspendendo a proteção do acordo TRIPS, depois que se atingisse certo valor de retaliação em bens comercializados entre os dois Países. Sobre estas duas Resoluções não se encontram maiores problemas na aplicação da decisão internacional em comento. A muito a possibilidade de sobretaxar valores de produtos importados em defesa da indústria e comércio nacional foi declarada constitucional pelos tribunais pátrios, como, por exemplo, nos notórios casos de dumping de produtos chineses ou até mesmo de subsídios ilegais.¹¹ O problema do eventual conflito entre as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 e as normas brasileiras de proteção da propriedade intelectual, objeto do presente estudo, é na verdade consubstanciado através da Resolução CAMEX nº 16/2010, que prevê em abstrato as medidas de retaliação aos direitos de propriedade intelectual especificamente.

A Resolução nº 16 em seu art. 1º instaurou, “nos termos da Medida Provisória nº 482, de 10 de fevereiro de 2010 (hoje transformada na Lei 12.270/2010), o procedimento de consulta pública sobre as medidas de suspensão de concessões ou obrigações do País relativas aos direitos de propriedade intelectual e outros, em relação aos Estados Unidos da América.” Assim com se fez na retaliação em bens, a CAMEX resolveu consultar todos os interessados, preferencialmente as associações, antes de adotar as medidas concretas de retaliação cruzada em TRIPS.

Estas medidas somente não foram adotadas em razão da celebração entre Brasil e Estados Unidos da América de “Acordo-Quadro para uma Solução Mutuamente Acordada para o Contencioso do Algodão na Organização Mundial do Comércio”, publicado através da Resolução n. 43, de 17 de junho de 2010 pela CAMEX onde foram suspensas as Resoluções n. 15 e 16 retro, em razão do pagamento de 147 milhões de dólares anuais ao Instituto Brasileiro de Algodão, até a mudança da legislação americana de subsídios do preço do

¹¹ RESP 200700977660 - RESP - RECURSO ESPECIAL – 946945; RESP 200802619543 RESP - RECURSO ESPECIAL – 1105993; MS 200800588917- MS - MANDADO DE SEGURANÇA – 13413; disponível em <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta#>, visualizada em 17 de fev. 2014.

algodão. Tal pagamento foi realizado mês a mês até setembro de 2013, mas foi interrompido com a paralisação do congresso americano em decorrência da votação do seu orçamento, e até a data de hoje ainda não foi retomado. Esta interrupção traz em voga novamente a possibilidade da aplicação da Resolução n. 16/2010, que somente foi suspensa temporariamente, e a discussão da constitucionalidade de suas medidas, que é a ligação entre o ordenamento interno brasileiro e a aplicação das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 do OSC da OMC.

É claro que nenhuma medida ainda foi tomada na prática e eventuais demandas no judiciário, como o deferimento de medidas liminares e cautelares contrárias às resoluções, somente serão melhores analisadas quando de sua efetiva aplicação. Contudo, a antecipação de soluções dos possíveis problemas de constitucionalidade e outros em razão dos conteúdos das medidas em abstrato previstas na Resolução é uma preocupação maior do que uma simples demanda constitucional que os tribunais pátrios vão se deparar, com foi dito no item 2.2.1 retro. O problema em estudo é um problema de ordem internacional, onde se discute na verdade a implementação interna de uma decisão jurisdicional internacional de cunho obrigatório, e no caso do Brasil, ainda pior, uma decisão que lhe é favorável e que foi requerida com veemência junto ao OSC da OMC. O fundamento, portanto, de sua aplicação não é somente constitucional, mas sim balizado nos objetivos e valores comuns compartilhados por outros 158 Países-membros da OMC, que baseados no princípio do *single undertaking*¹² reconheceram a validade e aplicação nas suas esferas jurídicas internas de todos os acordos da organização internacional, inclusive do Entendimento de Solução de Controvérsias (ESC), em prol da construção de um comércio multilateral que beneficiará a todos. Assim, a sua não efetivação no Brasil, por entendimento contrário do seu Poder Judiciário, significará grandes responsabilidades internacionais pelo descumprimento dos objetivos da OMC, problemas de reputação, e repercussões para a própria eficácia do Sistema de Solução de Controvérsias, única “arma” dos Países em desenvolvimento contra abusos de poder dos Países desenvolvidos.

¹² “‘Singularidade’ é uma função do acordo da OMC que exige que cada membro aceite o pacote completo dos acordos comerciais multilaterais que surgiram a partir da Rodada Uruguai (...) O *single undertaking* da OMC provoca um efeito muito mais amplo em tela agora coberto pelos acordos da OMC porque quase todo governo no mundo agora tem precisamente o mesmo conjunto de obrigações comerciais perante qualquer outro governo. Não importa onde as mercadorias ou serviços se originaram ou para onde estão destinados (dentre as 148 economias da OMC), eles estão garantidos pelos mesmos direitos básicos em um processo justo” (QUAGLIA, 2012, p. 01).

Assim, uma série de 21 medidas, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, se encontram no Anexo III da Resolução n. 16/2010. Estas medidas tem seu fundamento legal no art. 3 da Lei 12.270/2010¹³ e buscam suspender certos direitos de propriedade intelectual, bem como sobre a remuneração que for devida, e se destinam a atingir titulares ou licenciados de direitos de propriedade intelectual que sejam pessoas naturais nacionais dos Estados Unidos da América ou nele domiciliadas, ou ainda pessoas jurídicas domiciliadas ou com estabelecimento naquele País. O objetivo final destas, portanto, na verdade é induzir os EUA a cumprirem a decisão do OSC, modificando sua legislação interna de subsídios ilegais do algodão fazendo cessar, de uma vez por todas, os prejuízos causados ao Brasil e ao mercado mundial.

Contudo, é possível que os detentores de propriedade intelectual atingidos, sejam eles americanos ou brasileiros domiciliados nos Estados Unidos, pessoas físicas e jurídicas, irão contestar nas cortes internas brasileiras a constitucionalidade destas medidas com base nos preceitos constitucionais de proteção da propriedade intelectual, mais especificamente no artigo 5. inciso XXVII, da Constituição que confere aos autores o direito sobre suas obras e o inciso XXIX determina que a lei assegure o direito aos inventos e criações industriais, bem como às marcas, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Como no caso dos Pneus reformados descrito no item 2.2.1, a possibilidade do deferimento de medidas liminares ou cautelares, até uma eventual definição da constitucionalidade destas medidas pelo Supremo Tribunal Federal vão acabar com a efetividade da retaliação cruzada. Ou seja, a única maneira de forçar os EUA a mudarem sua legislação interna de subsídios do algodão seria atingir outro interesse essencial para aquele estado, que é a proteção da sua propriedade intelectual. Se este interesse não for afetado por

¹³ A Lei 12.270/2010, “dispõe sobre medidas de suspensão de concessões ou outras obrigações do País relativas aos direitos de propriedade intelectual e outros, em caso de descumprimento de obrigações do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio” e foi criada justamente para compatibilizar as normas internas de proteção de propriedade intelectual com a suspensão destes direitos consagrados no acordo TRIPS em razão de decisões do OSC da OMC, adotando-se qualquer das medidas do “art. 3º : I - suspensão de direitos de propriedade intelectual; II - limitação de direitos de propriedade intelectual; III - alteração de medidas para a aplicação de normas de proteção de direitos de propriedade intelectual; IV - alteração de medidas para obtenção e manutenção de direitos de propriedade intelectual; V - bloqueio temporário de remessa de royalties ou remuneração relativa ao exercício de direitos de propriedade intelectual; e VI - aplicação de direitos de natureza comercial sobre a remuneração do titular de direitos de propriedade intelectual. Parágrafo único. Para efeitos de aplicação das medidas de que trata este artigo, serão consideradas as disposições relativas aos procedimentos registraes previstos na legislação pertinente, respeitadas as atribuições do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI e do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento”.

causa do deferimento de liminares porque mudar? Este é o maior problema que o Brasil irá enfrentar para aplicar as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 do OSC da OMC. A possibilidade de liminares judiciais esvaziarem toda a efetividade e o poder dotado pelas regras do ESC à retaliação cruzada afim de dar o completo cumprimento do relatório do OSC, nos termos dos acordos consagrados na OMC.

Vale ressaltar que, em termos de responsabilidade de um Estado por um ato ilícito internacional, pouco importa se o não cumprimento partiu do poder judiciário, executivo ou legislativo. A não aplicação de uma sentença internacional por uma suposta violação do seu direito interno através do deferimento de liminares do Poder Judiciário é um inadimplemento do Estado frente à sociedade internacional que não conseguiu implementar um interesse comum internacional consagrado convencionalmente. Se um Estado não pode garantir no seu âmbito doméstico a aplicação das normas internacionais por incompatibilidade do seu direito interno, mesmo a partir do pronunciamento do seu poder judiciário, esta não é justificativa plausível para se eximir das responsabilidades que irá incorrer frente à sociedade internacional pelo não cumprimento do tratado. Senão se pode cumprir o que se prometeu então não se comprometa, está é a *ratio legis* dos artigos 27 e 46 (1) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

E a Republica Federativa do Brasil reconheceu esta premissa, por meio do Decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009, que “promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66”, no artigo 27 desta Convenção, onde é bem claro que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” e o artigo 46 (1) estipula que um Estado, para inválidar seu consentimento às normas do acordo, não pode invocar o fato de tal consentimento ter sido expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre a competência para concluir tratados”, não fazendo distinção entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, tal como enfatiza Malcolm Shaw:

Não há duvida de que os Estados têm a obrigação geral de agir de acordo com as normas de direito internacional e serão responsabilizados por toda violação cometida contra este por qualquer um dos três poderes: legislativo, executivo e judiciário. Além disto, os tratados internacionais podem impor exigência de legislação interna aos Estados signatários. (SHAW, 2010, p. 107).

Portanto, para o direito internacional não importa se o descumprimento de uma obrigação internacional vem do seu poder executivo, legislativo ou judiciário. A ausência de cumprimento de uma decisão jurisdicional internacional é da República Federativa do Brasil. O deferimento de liminares pelo Poder Judiciário brasileiro, que no ordenamento interno goza do mais alto grau soberano de jurisdição, na perspectiva internacional é somente mais um fato de descumprimento que poderá gerar responsabilidade do Estado por ilícito internacional e perda de sua reputação frente à OMC; E pior, no caso concreto do algodão e da retaliação cruzada em TRIPS, eventuais liminares do judiciário significarão a perda direta de toda efetividade da retaliação e da possibilidade de reparação do prejuízo sofrido pelo Brasil no setor do Algodão; E indiretamente dos benefícios que poderiam trazer ao comércio do algodão e dos demais produtos agrícolas, jogando por terra todo o trabalho diplomático e jurídico do Brasil na OMC desde 2002, e a possibilidade de mudança dos subsídios agrícolas ilegais, ainda praticados pelos EUA e pelos Países-membros da União Europeia.

Por isto o objetivo desta dissertação é antecipar o problema e mostrar que o posicionamento das cortes internas têm enorme importância na consagração das normas internacionais e na efetividade das decisões jurisdicionais proveniente das organizações internacionais e que o fundamento formal e material de obrigatoriedade destas decisões ultrapassa e muito a perspectiva constitucional do problema. O Poder Judiciário Brasileiro não pode mais se fechar na soberania da sua constituição e desconsiderar a importância e o atual estágio do direito internacional, como essencial para regular as relações entre os Estados que de uma forma direta ou indireta vão refletir na esfera de direitos dos seus nacionais, como no caso em análise. É necessário admitir que existem valores e interesses comuns consagrados na comunidade internacional que devem ser reconhecidos pelo direito brasileiro por meio do seu Poder Judiciário, não de uma forma forçada ou vertical, onde se põem e sobrepõem hierarquias de tribunais, mas sim no reconhecimento de valores fundamentais e superiores que irão igualar no mesmo patamar jurisdições nacionais e internacionais em prol deste interesse comum.

Com base nestas premissas, o trabalho mostrará que não há incompatibilidade ou conflito algum entre a decisão do OSC da OMC para retaliação cruzada em TRIPS e as normas brasileiras de proteção da propriedade intelectual, principalmente se o Poder Judiciário Brasileiro enfrentar o problema da aplicação e da autoridade das decisões do OSC da OMC com uma visão finalista, tal como as cortes britânicas o fizeram quando do

reconhecimento do primado do direito da União Europeia e de suas decisões frente ao seu direito interno. Esta visão finalista nada mais é do que a busca do fundamento material de obrigatoriedade das decisões do OSC da OMC que se confunde com os objetivos que levaram os Estados a se organizarem em prol de um comércio multilateral livre, onde pretendem através de uma atuação de colaboração a elevação dos níveis de vida dos seus cidadãos, o pleno emprego, elevação de receitas e comércio, utilização ótima dos recursos mundiais de modo sustentável, atingindo o mais alto grau de desenvolvimento econômico. Tudo isto se encontra no preâmbulo do Acordo Constitutivo da OMC¹⁴ e sobre ele devem se pautar todas as decisões do OSC e também do Poder Judiciário Brasileiro.

¹⁴ “As Partes do presente Acordo, Reconhecendo que as suas relações na esfera da atividade comercial e econômica devem 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, Reconhecendo ademais que é necessário realizar esforços positivos para que os Países em desenvolvimento, especialmente os de menor desenvolvimento relativo, obtenham uma parte do incremento do comércio internacional que corresponda às necessidades de seu desenvolvimento econômico,

Desejosas de contribuir para a consecução desses objetivos mediante a celebração de acordos destinados a obter, na base da reciprocidade e de vantagens mútuas, a redução substancial das tarifas aduaneiras e dos demais obstáculos ao comércio assim como a eliminação do tratamento discriminatório nas relações comerciais internacionais, Resolvidas, por conseguinte, a desenvolver um sistema multilateral de comércio integrado, mais viável e duradouro que compreenda o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, os resultados de esforços anteriores de liberalização do comércio e os resultados integrais das Negociações Comerciais Multilaterais da Rodada Uruguai. Decididas a preservar os princípios fundamentais e a favorecer a consecução dos objetivos que informam este sistema multilateral de comércio, Acordam o seguinte (...). (WORLD TRADE ORGANIZATION, 1995a, p. 1).

3 O FUNDAMENTO FORMAL DE OBRIGATORIEDADE DAS DECISÕES DO OSC DA OMC NO BRASIL

Apresentado o problema da aplicação da decisão do OSC da OMC para retaliação cruzada em TRIPS no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como premissa a consagração do princípio do primado do direito internacional na perspectiva internacionalista em uma realidade indubitável de existência de duas ordens jurídicas distintas, uma interna e uma internacional; E visto como as cortes internas lidam com a necessidade de reconhecer e aplicar, ou não, no seu ordenamento legal as decisões internacionais provenientes de tribunais ou órgãos dotados de poder jurisdicional de interpretar e aplicar as normas provenientes das organizações internacionais, esta é a hora de se buscar o fundamento da obrigatoriedade dessas decisões, sendo este capítulo dedicado ao fundamento formal de tal obrigatoriedade.

Em razão da concepção de que as decisões provenientes do OSC da OMC possuem caráter jurisdicional (e é esta a concepção adotada neste trabalho) e impõem deveres e obrigações aos Estados-membros, esta característica obrigacional levou o professor Mazzuoli a fazer as seguintes perguntas:

De onde vem, entretanto, o fundamento de obrigatoriedade de tais decisões emanadas dessas organizações internacionais? Ou seja, porque os Estados-membros de tais organizações estão vinculadas a esses atos internacionais de caráter obrigacional? Uma vez descoberto o fundamento de obrigatoriedade de tais decisões internacionais surge o problema de se saber qual a eficácia interna dessas mesmas decisões, no plano do Direito Interno dos Estados. Teriam os Estados-partes em uma organização internacional instrumentos jurídicos internos capazes de fielmente executar o comando proveniente de suas decisões? (MAZZUOLI, 2009, p. 129).

Para tentar responder as duas primeiras perguntas com relação às decisões do OSC da OMC, primeiro é necessário buscar qual o fundamento formal que une os Estados em torno da criação de uma organização internacional, mais especificamente a OMC, (seu tratado constitutivo), qual o suporte jurídico reconhecido por estes mesmos Estados, que determinam obrigações internacionais a serem cumpridas (Sistema de Solução de controvérsias da OMC), e por fim, porque estes mesmos estados dotaram de poder jurisdicional um órgão independente capaz de dizer a melhor forma de se aplicar e interpretar os acordos consagrados na OMC (Órgão de Apelação). Ou seja, é necessário analisar os mecanismos internacionais existentes que fundamentam formalmente a obrigatoriedade das decisões do OSC da OMC e

são capazes de fazer cumprir as suas decisões provenientes de seu órgão de caráter jurisdicional independente tal como foi reconhecido por todos os Países-membros ao consagrar o ESC como um dos acordos da OMC. Para responder a terceira e última pergunta, é necessário analisar quais os mecanismos jurídicos internos do direito brasileiro existentes para se cumprir tais decisões da OMC e a importância do papel das suas cortes domésticas¹⁵.

Em outras palavras, pretende-se demonstrar qual é o fundamento formal que determina porque a jurisdição das regras da OMC é compulsória a todos os seus membros indistintamente em razão do princípio do *single-undertaking*. Por definição da própria criação da OMC nenhum Estado-membro pode se esquivar dos procedimentos do sistema de solução de controvérsias (ESC), devendo-se compulsoriamente se submeter às decisões do OSC, e principalmente do OSC, que foi criado para exercer a jurisdição na melhor aplicação e interpretação das regras e acordos da OMC.

Por mais que a simples submissão compulsória as regras da OMC pelos Estados-membros não seja suficiente para garantir o cumprimento das decisões do OSC, tal como foi demonstrado no item 2, e é justamente este o problema central da dissertação, a autoridade e legitimidade das decisões a serem analisados pelas cortes nacionais são fruto direto das normas instituidoras da OMC, do seu OSC, do ESC, e do OA. A decisão para retaliação cruzada em TRIPS que será analisada pelas cortes brasileiras goza de total autoridade no âmbito da OMC e total legitimidade da causa perante os seus membros.

É claro que o cumprimento das decisões da OMC e principalmente da retaliação cruzada em comento perante o ordenamento jurídico brasileiro não se justificarão somente pelas fontes formais, sendo necessário se buscar também o fundamento material destas. Contudo, para se analisar a autoridade da coisa julgada das decisões internacionais é necessário primeiro se buscar os processos de elaboração, as técnicas, e as características que irão levar à consideração de que o direito positivado foi aplicado corretamente e de forma imutável, não podendo qualquer outro juiz contestar ou dizer algo diferente no que diz respeito ao mérito da autorização para a retaliação. Feito isto, pode-se posteriormente buscar o fundamento material de aplicação das decisões jurisdicionais internacionais, mas ao nível da efetividade do julgado. É o que o Professor Leonardo Nemer chama de duplo movimento do princípio da autoridade da coisa julgada internacional, o reconhecimento formal da autoridade

¹⁵ Sobre o papel das cortes domésticas na consolidação das normas internacionais ver item 6 da dissertação.

da decisão em um primeiro momento, e em um segundo o fundamento material que funciona como justificativa para a boa execução e aplicação desta decisão.

Em última análise, a ideia central, que marca as características do princípio da autoridade da coisa julgada no direito internacional corresponde, pois, a um duplo movimento. Com efeito, por um lado, o princípio de autoridade da coisa julgada implica que o que foi julgado não pode ser desconhecido ou contestado, nem mesmo por outro juiz. É o efeito da imutabilidade da coisa julgada, tal como foi descrito por Carnelutti. Por outro lado, no que concerne às partes, a autoridade da coisa julgada obriga-as a executar as decisões tomadas contra elas. (...) Nesse, sentido, a autoridade da coisa julgada funcionaria como uma justificação jurídica que manteria a autoridade da execução e a eficácia da sentença, seja de um ponto de vista formal, graças ao efeito da autoridade da jurisdição, seja de um ponto de vista material, por intermédio da aplicação do princípio da boa-fé, e do interesse dos Estados em preservar o crédito e a confiança na comunidade internacional.” (BRANT, 2002, p. 7-8).

Essencial, portanto, para análise dos efeitos de uma decisão jurisdicional internacional e do grau de sua autoridade, depende da sua representatividade e da sua força perante a comunidade internacional. Assim, “a fonte original do respeito ao conteúdo normativo da sentença internacional reside na condição jurisdicional do órgão que a pronunciou e no fato de representar a vontade da comunidade internacional” (BRANT, 2002, p. 9), no caso os membros da OMC, em preservar o seu sofisticado mecanismo de solução de controvérsias e a submissão destes mesmos membros a todas as regras do comércio internacional multilateral.

Para tanto passa a descrever (i) porque os estados que criaram a Organização Mundial do Comércio são obrigados a cumprir as decisões do OSC na perspectiva internacional da própria organização, com base no sistema *rule oriented* e no princípio do *single undertaking*; (ii) as fases do sistema de solução de controvérsias e os fundamentos legais da retaliação cruzada; e (iii) o caráter jurisdicional do OSC, a fim de demonstrar que a decisão da retaliação cruzada do algodão foi adotada em meio a um sistema altamente sofisticado e dialógico, que certificam a sua autoridade formal no mais alto nível de interpretação e aplicação das normas que regem a OMC e seus acordos.

3.1 Sistema *rule oriented* da OMC e o princípio do *single undertaking*

Ninguém melhor para descrever a natureza das regras da OMC e posicioná-las dentro do ordenamento jurídico internacional do que o ex-diretor Geral da OMC, Pascal Lamy. Em palestra proferida na segunda Conferência Bienal da Sociedade Europeia de Direito Internacional em maio de 2006 em Paris, e publicada no vol. 17 no *European Journal of International Law*, após fazer referências a importantes passagens da história do direito internacional, o ex-diretor usou de uma metáfora muito bem elaborada para caracterizar o atual estágio do direito internacional e das regras da OMC. Para ele o ordenamento jurídico internacional pode ser composto simultaneamente dos três estágios da água: gasoso, sólido e líquido. Gasoso seria a organização dos Estados ainda nos moldes da paz de Westfália marcado por uma relação totalmente horizontal, sem qualquer mecanismo ou previsão de responsabilidade internacional dos Estados, caracterizada pela ausência de qualquer autoridade superior ou órgão jurisdicional independente. A União Europeia seria o estado sólido onde se tem o mais perfeito exemplo de integração internacional dos Estados, com produção de regras autônomas, dotados de um sistema de revisão judicial vertical e de regras de responsabilidade dos Estados-membros por violação a normas do acordo constitutivo da UE que podem até significar a sua exclusão. Entre estes dois estados, nem tão vertical nem tão horizontal na sua essência, se situa o corpo de regras da OMC que é uma mistura de organização intergovernamental de cooperação entre Estados em certos aspectos, e uma organização internacional de integração em outros (LAMY, 2006, p. 970).

Segundo Lamy, esta característica da OMC representa um sistema legal único e diferenciado, que mostra ser um produto da evolução do direito internacional. Simultaneamente, a organização é um fórum permanente de discussão e negociação entre nações soberanas em prol de uma cooperação entre Estados nos moldes tradicionais do direito internacional, mas existe um sofisticado sistema de solução de controvérsias compulsório que dá este caráter de organização de integração e faz a OMC tão especial. Ou seja, o que diferencia esta organização é que ela estabelece um corpo de normas de direito válidas e mecanismos de cumprimento de suas decisões que obrigam todos os seus membros compulsoriamente, e que lhe dão um caráter de sistema legal específico. (LAMY, 2006, p. 970).

Em outras palavras, o que diferencia o sistema legal da OMC é justamente a existência do seu mecanismo de solução de controvérsias, dotado de mecanismos de *enforcement* (capacidade de impor suas decisões) cujo caráter jurisdicional, principalmente do OSC como será visto adiante, obrigam os Estados-membros a adequarem sua legislação doméstica e seus procedimentos comerciais internacionais às regras estabelecidas (sistema *rule oriented*) de acordo com as decisões proferidas pelo OSC. E o que vincula compulsoriamente os Estados-membros a este sistema é o princípio do *single undertaking*¹⁶, onde os próprios Estados delegaram a um órgão jurisdicional independente (OSC) a capacidade de lhe imporem decisões, tal como destaca a professora Maria de Lourdes Albertini Quaglia.

O papel do Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (doravante OMC), resultante do Acordo de Marraqueche, é principalmente baseado no princípio do *single undertaking*, que amarra a soberania dos Estados-membros através de uma regulamentação constituída pelo acordo do art. II.2, uma espécie de regra vinculante (*liability*). Esse princípio permitiu a realização de reformas significativas no antigo sistema de solução de controvérsias do acordo precedente, Acordo Geral de Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade* – doravante *GATT*), que foi, na verdade, completamente reformulado. O novo sistema transformou essa jurisdição internacional em uma das mais eficientes e acreditadas perante os seus membros. Consequentemente para uma jurisdição constituída por Estados soberanos e para Estados soberanos, sua capacidade de impor suas decisões é surpreendente. (QUAGLIA, 2012, p.1-2).

A eficiência e o respeito de que goza esta jurisdição internacional pelos Países-membros não existe simplesmente porque assim decidiram no seu acordo constitutivo, mas porque o sistema legal da OMC funciona em pleno acordo com os princípios do direito internacional e respeitam acima de tudo a igualdade de soberania dos Estados, a boa-fé, a cooperação internacional, e a obrigação de resolução dos conflitos por meio pacífico, sem mencionar o alto nível jurídico de interpretação e imparcialidade dos acordos que o OA faz sem qualquer hesitação. A OMC respeita, portanto, não só os princípios gerais do direito internacional e ao mesmo tempo se adapta à realidade do comércio internacional e é por isto que produz um sistema único de direito (LAMY, 2006, p. 972 e 973). Isto tudo garante a

¹⁶ “‘Singularidade’ é uma função do acordo da OMC que exige que cada membro aceite o pacote completo dos acordos comerciais multilaterais que surgiram a partir da Rodada Uruguai (...) O *single undertaking* da OMC provoca um efeito muito mais amplo em tela agora coberto pelos acordos da OMC porque quase todo governo no mundo agora tem precisamente o mesmo conjunto de obrigações comerciais perante qualquer outro governo. Não importa onde as mercadorias ou serviços se originaram ou para onde estão destinados (dentre as 148 economias da OMC), eles estão garantidos pelos mesmos direitos básicos em um processo justo” (QUAGLIA, 2012, p. 01).

legitimidade e a autoridade formal (e como se verá adiante até mesmo a autoridade material), de que a decisão tomada foi a melhor solução encontrada para dirimir o contencioso que foi instaurado, dentro do sistema *rule oriented* dos acordos da OMC, do direito internacional e logicamente das práticas comerciais internacionais.

Ainda, o sistema de solução de controvérsias dá à OMC de fato um caráter de integração, porque introduz uma nova jurisdição internacional cujos mecanismos de *enforcement* forcem o cumprimento das regras e das recomendações, preservando o princípio fundamental do devido processo legal; em um sistema compulsório acessível a todos os seus membros; decidindo de acordo com o direito, cujas decisões quase que automáticas são decididas por pessoas independentes; e cuja implementação é objeto de controle e observação multilateral até a completa satisfação das medidas que cessarão a violação das regras pelo País demandado. Por fim, possui um órgão de apelação que funciona como uma câmara de revisão especializada somente em questões de direito, que dão ainda mais autoridade às decisões. (LAMY, 2006, p. 976)

Todas as fases do sistema de solução de controvérsias, como veremos a seguir, são importantes para a caracterização do sistema, mas o destaque dado pelo ex-diretor da OMC ao procedimento de atribuição de responsabilidades internacionais aos Estados-membros pelo não cumprimento de uma decisão é que dá à OMC esta característica de organização de integração, onde mesmo depois de instalado o painel, feitas as tentativas de conciliação, propostas as recomendações pelos árbitros, ainda existe um órgão (OSC) que irá monitorar a implementação ou não destas recomendações, podendo a parte vencedora da demanda pedir contramedidas de retaliações comerciais, como é o caso da retaliação cruzada do caso do algodão Brasil vs. EUA, que serão analisadas, deferidas e também monitoradas por este mesmo OSC.

Portanto, muito mais do que se buscar a aplicação de contramedidas e de retaliações, a busca maior da OMC é ver o País-membro violador das regras de comércio internacional multilateral se adequar a tais preceitos legais. Este perseguição de se atribuir a responsabilização internacional pelo descumprimento das normas, e determinar o seu cumprimento, é que dá ideia de integração e comunitarização que segue na OMC. “A ideia essencial de assegurar o respeito pelas regras mais do que pela reparação, tem o claro significado de transformação da sociedade em uma comunidade. Não é mais o interesse da

parte adversária que conta, mas sim o interesse comum” (LAMY, 2006, p. 976, *tradução nossa*)¹⁷.

E não seria este o objetivo maior da “construção” de uma organização internacional? E também não seria este o objetivo de se criar uma jurisdição internacional independente para que se possa efetivamente aplicar de forma imparcial os interesses comuns consagrados no processo de colaboração internacional entre os Estados? Todo este movimento tem somente um endereço certo, a clara autoridade das decisões proferidas pela organização internacional e seu órgão dotado de caráter jurisdicional.

Ao delegar competência para juizes internacionais, serão escolhidos juizes totalmente engajados com os compromissos naturais do direito, e que vão se ater aos princípios legais inerentes e totalmente ligados ao compromisso assumido pelos estados quando negociaram o tratado constitutivo (HELPER; SLAUGHTER, 2005). Esta premissa maior de se buscar aplicar e interpretar os tratados de acordo com o melhor objetivo do tratado foi o que levou a Uniao Europeia e seu tribunal de Justiça, em harmonia com os tribunais constitucionais dos Estados, a adotar o princípio do primado do direito comunitario sobre os direitos nacionais. O que interessa é justamente observar que este órgão jurisdicional nao vai julgar contra o interesse de um estado A, ou contrário ao interesse de um Estado B, mas simplesmente que vai julgar dentro dos objetivos e interesses comuns que foram firmados anteriormente no tratado constitutivo, no caso a OMC. A “autoridade” da decisão internacional do OSC não parte de cima para baixo, ou melhor, ela não é aplicavel somente porque vem de um tribunal superior, ou uma jurisdição designada para tanto. Além disto, que sem duvida é necessario para dar o carater de autoridade formal da decisão, esta autoridade vem muito mais do simples fato que esta nada mais fez do que cumprir o que lhe foi delegado, ou seja, atingir os objetivo e interesses comum dos estados, interpretando os tratados da maneira tal como foi este foi elaborado e acordado anteriormente.

Tudo isto, portanto, é para demonstrar que a autoridade formal das decisões do OSC são proferidas e tem seu fundamento nas regras válidas do sistema *rule oriented*, e gozam do poder exclusivo de “dizer o direito” compulsoriamente, que lhe foi delegado pelos próprios Estados-membros quando aceitaram todos os acordos da OMC, sem ressalvas, no que se

¹⁷ The idea is essentially to ensure respect for the rule rather than reparation, a clear sign of the transformation of a society into a community. It's no longer the interest of the adversely affected party that counts, but the common interest.

chama princípio do *single undertaking*. Isto é o que o professor Leonardo Nemer chama de fundamento convencional da existencia do princípio da coisa julgada no direito internacional, ou seja a sua autoridade formal.

A partir do momento em que um tal princípio ou uma tal instituição venha a ser introduzido em um texto formal de direito internacional, tornar-se-á parte do direito internacional. Isto significa que este princípio ou instituição obterá também pela via formal a força de direito. Isso significa que o efeito obrigatório e definitivo da sentença internacional será também uma prática aceita como conforme ao direito, seja pelo direito convencional (A), seja pela jurisprudência.” (BRANT, 2002, p. 42).

Visto, assim, que as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 que autorizaram o Brasil a retaliar os EUA de forma cruzada em TRIPS foram construídas com base nestas premissas, cabe agora descrever de forma breve todas as fases do sistema de solução de controvérsias e os seus fundamentos legais, e juntamente com a descrição do caso concreto no item 4, entender por completo porque estas decisões gozam de toda a autoridade formal, dando ensejo também a sua autoridade material (como será demonstrado), e que foram proferidas em um ambiente do mais alto nível técnico e jurídico, cujo mérito não pode ser contestado por nenhuma outra corte internacional ou doméstica.

3.2 O funcionamento do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC

Considerada por muitos autores internacionais como uma das maiores inovações trazidas pela Rodada do Uruguai (1984-1994), foi estabelecido, junto com a criação da Organização Mundial do Comércio, um conjunto de regras (anexo II do tratado constitutivo da OMC) denominado Entendimento de Solução de Controvérsias (ESC), que tem por finalidade precípua regular os procedimentos em prol da solução de conflitos envolvendo os membros da Organização. No Brasil o anexo II foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30 de 15 de dezembro de 1994, e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

Antonio Garbelini Júnior sinteticamente destaca que

(...) o propósito do mencionado Entendimento foi o de regulamentar as etapas envolvendo a solução de uma controvérsia, desde a fase de realização das consultas, objetivando a solução amigável do conflito, até a concessão de autorização, pelo Órgão de Solução de Controvérsias com vistas a que o Membro prejudicado seja ressarcido pelos prejuízos impostos pelo Membro demandado, por meio da suspensão de concessões ou de outras obrigações decorrentes dos acordos

mencionados no Apêndice 1 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias, denominados acordos abrangidos (GARBELINI JÚNIOR, 2007, p. 201).

Diferentemente do tímido mecanismo de solução de controvérsias do GATT, o ESC tornou as regras do comércio internacional mais claras, mais precisas e, ainda, mais vinculantes. A principal mudança foi a adoção do consenso negativo para aprovação dos relatórios dos painéis, onde somente não será adotada a decisão do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) se todos os membros da OMC inclusive o vencedor decidirem pela não adoção do relatório. Ainda, criou-se um sistema de revisão dos relatórios através do Órgão de Apelação, que somente revisará a questão jurídica da demanda, gerando jurisprudências e decisões, que após aprovadas pelo OSC, devem ser observadas pelos membros da OMC. Além disto, consagrou o princípio conciliatório permitindo em qualquer fase do procedimento o acordo entre as partes em contenda.

3.2.1 Fases do procedimento do Sistema da Solução de Controvérsias ¹⁸

Pode-se dividir o Sistema de Solução de Controvérsias em quatro fases principais: 1) Das Consultas, 2) Dos procedimentos dos painéis, 3) Do Órgão de Apelação, 4) Da implementação das Recomendações do OSC:

1. Das Consultas - Se as Consultas não são realizadas dentro do prazo¹⁹ (30 dias, ou conforme decidido de comum acordo), ou não levam a solução mutuamente aceitável, a parte demandante pode solicitar o Estabelecimento de painel;

2. Dos procedimentos dos painéis - O painel será estabelecido o mais tardar na reunião do OSC seguinte à reunião em que a solicitação constou pela primeira vez da agenda do Órgão; Será composto, normalmente, por 3 peritos, após consultas às partes em disputa. As partes em litígio, de comum acordo, podem solicitar que o painel seja integrado por 5 peritos. As deliberações dos painéis serão confidenciais; O painel terá 6, ou, no máximo, 9 meses, em

¹⁸ Todos os dados disponíveis para explicar sinteticamente as fases do Sistema de Solução de Controvérsias foram retirados no site do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, Coordenação-Geral de Contenciosos, CGC. Disponível em: http://www.mre.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=437&Itemid=351. Acesso em: out. 2013.

¹⁹ Os prazos relacionados à conclusão dos diversos painéis variam muito em função da dinâmica do processo negociador e da natureza da questão envolvida. Somente a título de exemplo, o painel sobre a gasolina venezuelana (Brasil e Venezuela x EUA) durou 2 anos e 7 meses desde seu início até a reversão das medidas adotadas pelos EUA.

condições habituais, para apresentar seu relatório, a contar da data de seu estabelecimento e da determinação de seus termos de referência; A parte demandante poderá solicitar a suspensão dos trabalhos do painel, a qual não poderá exceder 12 meses, sob pena de caducar a autoridade para seu estabelecimento;

2.1 - Etapa Intermediária de Exame: após a apresentação de réplicas e argumentação oral das partes, o painel deve submeter as seções descritivas do projeto de relatório, para comentários das partes. Ultrapassada essa fase, o painel deve elaborar um relatório provisório, ao qual as partes podem oferecer comentários. O relatório provisório, já com as conclusões do painel, será considerado o relatório final, pronto para a circulação entre todos os membros, se não houver comentários;

2.2 - Adoção do relatório do painel: salvo em casos de apelação, o relatório deverá ser adotado pelo OSC dentro de 60 dias, a contar da data de circulação do documento entre os membros. Os relatórios não serão examinados para efeito de aceitação pelo OSC até 20 dias após a data de distribuição aos Membros;

3. Do Órgão de Apelação: o Órgão de Apelação (OA): composto por 7 integrantes com notável formação jurídica e vastos conhecimentos de economia e comércio internacional (nomeados para mandato de 4 anos, renovável), 3 dos quais atuarão em cada caso, terá, como regra geral, 60 dias contados a partir da data da notificação formal da decisão de apelar para distribuir seu relatório. O procedimento não deverá exceder 90 dias. Apenas as partes em controvérsia, excluindo-se terceiros interessados, poderão recorrer do relatório do painel;
Adoção do relatório do Órgão de Apelação: dentro do prazo de 30 dias a contar da distribuição do documento aos membros, a menos que o OSC decida por consenso não adotar o relatório;

4. Implementação das Recomendações do OSC: em reunião do OSC, dentro de 30 dias após a data de adoção do relatório do Painel ou do Órgão de Apelação, o membro interessado deverá informar ao OSC suas intenções com relação à implementação das decisões e recomendações daquele Órgão. Não sendo possível a implementação imediata, o membro interessado deverá dispor de prazo razoável de tempo;

4.1 - Compensações: se a parte afetada não implementar as decisões e recomendações do OSC dentro do prazo razoável estabelecido, deverá, se solicitada, negociar com a(s) outra(s) parte(s) compensações mutuamente satisfatórias;

4.2- Suspensão da Aplicação de Concessões ("retaliação"): Se dentro dos 20 dias seguintes à data da expiração do prazo razoável determinado não se houver acordado uma compensação satisfatória, quaisquer das partes que hajam recorrido ao procedimento de solução de controvérsias poderá solicitar autorização do OSC para suspender a aplicação de concessões ou de outras obrigações decorrentes dos acordos abrangidos à parte interessada. Os princípios definidores da suspensão da aplicação de concessões e a determinação de seu valor são objeto de arbitragem; Após a determinação, pelo comitê de arbitragem, de que maneira e em que valor incidirá a suspensão da aplicação de concessões, a parte interessada deve solicitar autorização ao OSC para poder aplicar aquela suspensão.

3.2.2 Da fase de implementação das recomendações do Órgão de Soluções de Controvérsias

O presente estudo atribui especial atenção à quarta fase do Sistema de Soluções de Controvérsias, principalmente do remédio previsto no art. 22.3 do Anexo II do tratado constitutivo da OMC (ESC) chamado na prática de Retaliação Cruzada²⁰, tendo como base o caso dos Subsídios do algodão entre Brasil e Estados Unidos (WT/DS/267). Contudo, antes de adentrar especificamente na retaliação cruzada autorizada pela OMC no aludido caso concreto, necessário se faz entender quais são os remédios disponíveis dentro desta fase de implementação do Sistema e ainda examinar os procedimentos e os requisitos legais para se obter a autorização do OSC para se proceder tal retaliação.

Vale destacar, que a retaliação cruzada é o último recurso existente no Sistema de Soluções de Controvérsias que foi desenhado priorizando a conciliação das disputas ou outras possibilidades de solução para que não se precise chegar à esta fase de suspensão de concessões e obrigações. O Sistema consagrou a conciliação amigável, e um grande percentual de disputas se resolve já mesmo na fase das consultas, e outro grande número é resolvida amigavelmente na fase do painel. Somente uma pequena parte chega a fase de implementação (SPADANO, 2008), mas que é justamente a fase onde chegou o contencioso Brasil vs. EUA do subsidio do algodão.

²⁰ Em nenhum momento o Anexo II do Tratado Constitutivo da OMC (Entendimento de Solução de Controvérsias), chamou a suspensão de concessões e obrigação dos acordos Retaliação Cruzada. Trata-se nome criado pela Doutrina. Nem mesmo a Jurisprudência do Órgão de Solução de Controvérsias o utiliza.

Uma vez aceito os relatórios do painel ou do Órgão de Apelação pelo OSC, quatro tipos de remédios são previstos pelos artigos 19 a 22 do ESC, são eles: 1) Recomendações; 2) Sugestões; 3) Compensações; 4) Suspensão das Concessões e das Obrigações.

3.2.3 Das Recomendações e Sugestões

As “Recomendações” e as “Sugestões” são uma consequência da outra e estão ambas previstas no art. 19 do ESC: “1 - Quando um grupo especial ou o órgão de Apelação concluir que uma medida é incompatível com um acordo abrangido, deverá recomendar que o Membro interessado torne a medida compatível com o acordo. Além de suas recomendações, o grupo especial ou o órgão de Apelação poderá sugerir a maneira pela qual o Membro interessado poderá implementar as recomendações.”

Hudec (2000) destaca que, apesar de se falar em recomendações do OSC, a tradicional jurisprudência do GATT/OMC entende que uma vez aprovado o relatório por todos os membros da OMC a decisão se torna obrigatória para o membro demandado. Em contrapartida, as sugestões do OSC para implementação do relatório não seriam obrigatórias, mas a sua aceitação garantiria ao País demandado o reconhecimento da OMC que este cumpriu com o relatório e afastou a medida considerada ilegal, enfatizando a eficácia do Sistema.

Sobre a sua eficácia, o art. 21.1 do ESC dispõe que uma vez adotado o relatório, “o pronto cumprimento das recomendações e decisões do OSC é fundamental para assegurar a efetiva solução das controvérsias, em benefício de todos os Membros” e para tanto o País demandado pode contar com um período razoável de tempo, previsto no art. 21.3, onde o membro demandado informa ao OSC em qual prazo tem a intenção de respeitar em seu âmbito interno as recomendações do relatório. Nos termos do art. 21.3, a, b, c, este prazo pode ser proposto pelo membro demandado, desde que aprovado pelo OSC; pode ser acordado pelas partes em disputa; e se mesmo assim não se encontrar um acordo sobre o período desta implementação, este será definido pelos árbitros. Mas este período razoável de tempo definido pelos árbitros não poderá nunca exceder 15 meses da data da adoção do relatório, e é claro que deve ser o menor possível, uma vez que as recomendações possuem caráter obrigatório e a sua não adoção por si só representa um prejuízo a mais para o País demandante.

No caso do algodão, o relatório do Órgão de Apelação foi adotado em 21 de março de 2005 e o prazo para implementação da decisão pelos Estados Unidos expirou em 1º de Julho e 21 de setembro de 2005, sem notícia de seu cumprimento. Após uma tentativa frustrada do Brasil em retaliar os EUA, em 18 de agosto de 2006, o primeiro entrou com uma solicitação de um painel de implementação, nos termos do art. 21.5 do ESC, onde em 20 de junho de 2008 foi adotado novo relatório pelo que considerou que os EUA não deram cumprimento às recomendações e continuavam a agir contrariamente às regras da OMC. Em 25 de agosto de 2008 o Brasil entrou com o pedido de retaliação que lhe foi concedido em 31 de agosto de 2009, decisão esta objeto do presente estudo.

3.2.4 Das Compensações e a Suspensão das Concessões e das Obrigações (Retaliações)

O artigo 22.1 do ESC dispõe que a compensação e a suspensão de concessões e obrigações (retaliações) são medidas temporárias disponíveis no caso de as recomendações e sugestões não serem implementadas dentro do prazo razoável de tempo. No entanto, destaca que nenhum dos dois remédios substitui a preferência pela implementação completa e voluntária do relatório.

No que concerne à compensação, apresenta-se um problema de ordem prática iminente, uma vez que esta tem que ser acordada entre as partes. Ora, se as partes passaram anos tentando resolver uma demanda, tentaram os bons ofícios, a consulta à OMC, os procedimentos do painel e do Órgão de Apelação, onde, a todo momento, foi renovada uma proposta de conciliação amigável, seria muito difícil uma compensação na fase de implementação. Depois de expirado o prazo razoável de tempo para a implementação da recomendação do OSC, a chance das partes fazerem concessões mútuas e fecharem um acordo são muito remotas, contudo não podem ser descartadas.

É claro que a compensação seria preferível à retaliação, mas este primeiro remédio na prática se mostra inviável, pois o membro demandado escolheu deliberadamente que não irá cumprir a decisão internacional, apesar das recomendações e sugestões da OMC. Neste atual estágio entram as retaliações, que tem a função de induzir a implementação do relatório, ou ressarcir o demandado em valor equivalente ao prejuízo sofrido.

Nos termos do art. 22.2 do ESC, se as compensações não forem acordadas ao final do prazo razoável de tempo para a implementação do relatório, depois de 20 dias deste

período qualquer das partes que hajam recorrido ao procedimento de solução de controvérsias poderá solicitar autorização do OSC para suspender a aplicação de concessões ou de outras obrigações decorrentes dos acordos abrangidos ao Membro interessado.

Em um primeiro momento a parte demandante buscará a retaliação no mesmo setor que sofreu prejuízos e que seja objeto da demanda. Caso entenda que não será praticável e nem eficaz a retaliação no mesmo setor a parte pode requerer a retaliação com outros produtos de um mesmo acordo, ou até mesmo entre outros acordos da OMC. É o que se chama de retaliação cruzada.

Segundo o art. 22.4 do ESC, o grau da suspensão de concessões ou outras obrigações autorizadas pelo OSC deverá ser equivalente ao grau de anulação ou prejuízo. Caso as partes não cheguem também a um acordo sobre qual seria o valor da retaliação após 30 dias da expiração do prazo razoável de tempo, esta decisão será remetida novamente para a arbitragem no OA, nos termos do art. 22.6 do ESC. Os árbitros não irão se pronunciar sobre a natureza das concessões ou das outras obrigações a serem suspensas, e determinarão somente o grau de suspensão equivalente ao grau de prejuízo sofrido (art. 22.7). Esta decisão será final e irreversível. A suspensão será temporária e deverá ser extinta tão logo seja capaz de induzir a implementação do relatório, ou satisfazer mutuamente as partes.

3.2.5 Requisitos legais da Retaliação Cruzada

Os princípios e os procedimentos legais para a autorização da retaliação cruzada estão previsto no art. 22.3 do ESC, e devem seguir a seguinte ordem; **a) Retaliação paralela ou de mesmo setor:** o princípio geral é o de que a parte reclamante deverá procurar primeiramente suspender concessões ou outras obrigações relativas ao mesmo setor (bens: agrícola-agrícola) em que o grupo especial ou órgão de Apelação haja constatado uma infração ou outra anulação ou prejuízo; **b) Retaliação cruzada entre setores:** se a parte considera impraticável ou ineficaz a suspensão de concessões ou outras obrigações relativas ao mesmo setor, poderá procurar suspender concessões ou outras obrigações em outros setores abarcados pelo mesmo acordo (bens: agrícola-textil); **c) Retaliação cruzada entre acordos:** se a parte considera que é impraticável ou ineficaz suspender concessões ou outras obrigações relativas a outros setores abarcados pelo mesmo acordo abrangido, e que as

circunstâncias são suficientemente graves, poderá procurar suspender concessões ou outras obrigações abarcadas por outro acordo abrangido (ex: agrícola-TRIPS, ou agrícola-GATS).

Ao aplicar os princípios acima, a parte deverá levar em consideração (art. 22.3, d):

i) o comércio no setor ou regido pelo acordo em que o grupo especial ou órgão de Apelação tenha constatado uma violação ou outra anulação ou prejuízo, e a importância que tal comércio tenha para a parte; **ii)** os elementos econômicos mais gerais relacionados com a anulação ou prejuízo e as consequências econômicas mais gerais da suspensão de concessões ou outras obrigações. (WORLD TRADE ORGANIZATION, 1995b, p. 368, *tradução nossa*)²¹.

Ainda, o art. 22.3 (f) também define o que é setor e o que é acordo para os propósitos da retaliação: **i)** no que se refere a bens, todos os bens; **ii)** no que se refere a serviços, um setor principal dentre os que figuram na versão atual da "Lista de Classificação Setorial dos Serviços" que identifica tais setores; Na lista integrante do Documento MTN.GNG/W/120 são identificados onze setores; **iii)** no que concerne a direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio, quaisquer das categorias de direito de propriedade intelectual compreendidas nas Secções 1, 2, 3, 4, 5, 6 ou 7 da Parte II, ou as obrigações da Parte III ou da Parte IV do Acordo sobre TRIPS.

Para efeito do art. 22.3 parágrafo g, entende-se por "acordo": **i)** no que se refere a bens, os acordos enumerados no Anexo 1A do Acordo Constitutivo da OMC, tomados em conjunto, bem como os Acordos Comerciais Plurilaterais na medida em que as partes em controvérsia sejam partes nesses acordos; **ii)** no que concerne a serviços, o GATS; **iii)** no que concerne à direitos de propriedade intelectual, o Acordo sobre TRIPS.

Para a parte demandante conseguir a autorização para a retaliação cruzada entre setores deverá seguir todos estes princípios e procedimento, mas principalmente fundamentar junto aos árbitros que a retaliação paralela no mesmo setor não será praticável e efetiva, ou seja, não capaz de atingir o grau de prejuízo auferido pela infração, ou que se esta retaliação irá prejudicar mais o País demandante do que o País demandado. Ainda, para conseguir a retaliação cruzada entre acordos além de provar a falta de praticidade e efetividade, deverá o país demandante provar que as circunstâncias que envolvem o caso são suficientemente graves e prejudiciais para a sua economia para autorizar o pleito.

²¹ (i) the trade in the sector or under the agreement under which the panel or Appellate Body has found a violation or other nullification or impairment, and the importance of such trade to that party; (ii) the broader economic elements related to the nullification or impairment and the broader economic consequences of the suspension of concessions or other obligations.

Outro ponto muito importante da Jurisprudência da OMC é que para se conseguir a autorização da retaliação cruzada entre acordos o demandante não precisa provar que esta será praticável e efetiva no caso concreto. Tem que somente provar que a retaliação entre setores não o é (SPADANO, 2008). Isto é de grande valia, uma vez que nunca se saberá ao certo e ainda mais de forma antecipada quais efeitos a aplicação prática que a retaliação cruzada causará, até mesmo porque ela nunca chegou a ser implementada.

Por fim, os árbitros se restringem a estes aspectos legais e econômicos descritos no art. 22.3 em suas análises, e muito se especulou se um País em desenvolvimento com grandes economias como Brasil, Índia e China, conseguiria provar a falta de praticidade e eficácia em um eventual pedido de retaliação entre o mesmo setor, ou entre setores diferentes de um mesmo acordo. Esta dúvida, contudo, foi sanada em 31 de agosto de 2009 com a autorização do Brasil em retaliar cruzadamente (Bens-TRIPS) os Estados Unidos no caso do algodão.

3.3 Acepção negativa e acepção positiva da autoridade da coisa julgada das decisões jurisdicionais internacionais

Descritas todas as etapas do Sistema de Solução de Controvérsias, seu funcionamento, sua composição, os fundamentos legais para autorização de contramedidas e retaliações, e principalmente os princípios que baseiam os mecanismos compulsórios de *enforcement* a que se submetem os Estados-membros da OMC por sua própria vontade, qual o poder jurídico que a decisão do OSC detém e como esta decisão será aplicada no ordenamento interno destes mesmos Estados? Ainda, pode-se considerar que as decisões do OA são dotadas de caráter jurisdicional, capazes de resolver o contencioso que lhe foi remetido de forma definitiva e obrigatória, cuja decisão goza de autoridade de coisa julgada internacional, nos mesmos moldes da autoridade da coisa julgada das decisões jurisdicionais do direito interno?

A transposição dos institutos do direito interno para o direito internacional sempre foi complicada ora sendo totalmente adequada, ora trazendo sérias incompatibilidades, que nem sempre resolvem o problema proposto. No caso da autoridade da coisa julgada de que gozam as decisões de tribunais internacionais, é até certo ponto óbvio de que estas, uma vez sendo dotadas do caráter jurisdicional, tem o poder de solucionar a demanda de forma obrigatória e definitiva para as partes. Todavia, o seu cumprimento voluntário e/ou sua

execução estão longe da obviedade de que gozam as decisões judiciais de direito interno cujo cumprimento decorre do lógico poder coercitivo do Estado, não se levando a quase nenhum questionamento sobre a necessidade de se cumprir a decisão (a não ser pela inexistência da própria coisa julgada) e de quais meios detêm o poder estatal para executá-las.

Para o direito internacional esta lógica não é aplicável. A noção tradicional do direito interno de que as decisões jurisdicionais dotadas de coisa julgada são automaticamente aplicáveis, toma outros contornos no Direito Internacional. A ausência de um poder central e a fragilidade das normas internacionais que auxiliem na aplicação das sentenças internacionais no direito interno, levam a discussão para um ceara diferente do conceito clássico de autoridade da coisa julgada, tal como destacado pelo professor Leonardo Nemer:

A adaptação da autoridade do ato jurisdicional as particularidades do direito internacional é, portanto, evidente. No direito interno, a decisão jurisdicional esta fundamentada na autoridade do direito e é sustentada pelos mecanismos de coerção do estado. Nesse sentido, é a decisão da força (*vis*) que, ao mesmo tempo, deve ser justificada pela razão (*ratio*). Ao contrario, no domínio do direito internacional, uma decisão jurisdicional apoia-se igualmente no direito e na autoridade da jurisdição, donde nasce seu caráter obrigatório. Contudo, isso não significa que ela tenha autoridade no sentido clássico do termo. Isso se explica pelo fato de que, com exceção do artigo 94 da Carta e sua celebre fragilidade, não é possível apelar para a força institucional, para que a vontade da autoridade (jurisdição) possa prevalecer. De fato, no interior do Estado, a realização do direito está confiada às autoridades governamentais que podem proceder à execução forçada das leis e dos julgamentos pela coerção cujo monopólio elas detêm. No entanto, fora de suas fronteiras, os Estados não podem contar senão com si mesmos e com seus próprios meios para assegurar o respeito de seus direitos. Esta é a regra clássica. Corolário do princípio da soberania do Estado e consequência da ausência de uma autoridade superior na sociedade internacional. (BRANT, 2002, p 232-233).

Assim, diante da existência de uma decisão jurisdicional internacional, que definiu um contencioso, de forma definitiva e obrigatória, pode ainda encontrar barreiras de aplicação em decorrência da soberania dos mesmos Estados que ali demandavam. Existiria então uma decisão internacional, ato jurisdicional, produzido por um órgão independente e criado para tanto, mas cuja autoridade formal não garantiria a sua eficácia.

Em vista disso, o princípio da autoridade da coisa julgada não depende das características próprias ao universo jurídico no qual se insere, porque parece evidente afirmar que o ato jurisdicional e a eficácia desse ato não se confundem, mas se completam. A autoridade da coisa julgada constitui, pois, esse ponto de encontro entre a existência de uma norma jurisdicional e sua potência jurídica. (BRANT, 2002, p 231).

Neste ponto de vista, para achar a potência jurídica das decisões jurisdicionais internacionais, a conjugação, o elo, entre os conceitos de autoridade do ato jurisdicional e de coisa julgada é extremamente necessária, o que levou o Professor Leonardo Nemer Caldeira Brant (2002) a cunhar a “acepção negativa da autoridade da coisa julgada”, e a “acepção positiva da autoridade da coisa julgada”, essenciais para a tentativa de solução do problema aqui proposto. Estas duas acepções desenhadas pelo professor permitem adequar o princípio da autoridade da coisa julgada para o direito internacional, por meio do entendimento de que o caráter negativo é a expressão do efeito definitivo do ato jurisdicional (isto é, a imutabilidade da sentença), e seu caráter positivo é traduzido pela eficácia da sentença internacional. A composição entre estas duas noções ajudará a explicar porque uma decisão internacional, que compôs válidamente, de forma obrigatória e definitiva para as partes, com base em um corpo de normas, deve ser aplicada efetivamente no direito interno a fim de concretizar os seus preceitos.

Na sua acepção negativa, portanto,

(...) a autoridade da coisa julgada repousa na natureza jurídica do caráter definitivo da sentença e negligencia sua realização. Seu conteúdo é claramente relativo e entre as partes, o que impede a jurisdição de estender os efeitos de sua decisão a terceiros, sem seu consentimento formal. Nesse caso, o princípio da coisa julgada apresenta, no direito internacional, as mesmas características que no direito interno. Consequência de um ato jurisdicional, manifesta-se na própria natureza do contencioso e situa-se no limite processual do litígio. Seu conteúdo normativo, faz, pois, abstração das particularidades do universo internacional e o poder de sua autoridade é constante. Não cabe aos Estados em litígio avaliá-la, uma vez que tenha sido estabelecida. A análise de sua aplicação no direito internacional traduz-se, pois, pelas qualidades específicas do ato jurisdicional. (BRANT, 2002, p. 234-235).

Diferentemente, as decisões jurisdicionais internacionais terão um aspecto positivo

(...) representado pela eficácia da decisão jurisdicional ou arbitral e manifestado na concretização da sentença. Com efeito, autoridade positiva do ato jurisdicional aproxima-se mais do conceito de execução que propriamente do de coisa julgada. Isto se deve ao fato de que, destacada do ato jurisdicional, ela se situa no universo político. Entretanto, na realidade corresponde a uma consequência da coisa julgada que, mesmo sendo exterior ao processo e aparecendo sob a forma de aceitação da decisão, traz à luz toda a amplitude do conceito de autoridade próprio à noção de *res judicata*. (BRANT, 2002, p 233).

E ao final o Professor Nemer (2002) destaca que a diferença entre estes dois aspectos do conceito de autoridade da coisa julgada internacional irá pautar o problema da aplicação,

ou melhor, do reconhecimento de autoridade formal e material da decisão da retaliação em TRIPS do caso do algodão pelo poder judiciário brasileiro. Cabe a este poder auxiliar a aplicação da decisão internacional que foi, a muito custo, buscada pelo Poder Executivo brasileiro em prol do interesse social e desenvolvimento econômico do País, por meio do desenvolvimento do comércio multilateral. A eficácia e aplicação desta decisão internacional, portanto, depende de um terceiro e uma vontade política de se fazer cumprir os objetivos cunhados na OMC, com base numa decisão definitiva, obrigatória, válida e que expressa a verdade do direito (autoridade negativa) cuja aplicabilidade transcende os próprios limites do ato jurisdicional (autoridade positiva).

Assim, diferentemente da autoridade negativa da coisa julgada, seus efeitos não estão necessariamente limitados entre as partes, uma vez que, em certas circunstâncias, terceiros podem prestar seu auxílio na busca da implementação da sentença. Isto significa que o fundamento da autoridade positiva da coisa julgada reside menos no *pacta sunt servanda*, que na escolha voluntária de uma política exterior. Nesse sentido, a autoridade positiva da coisa julgada deve procurar adaptar-se às particularidades do direito internacional, sobretudo no que concerne aos limites da execução forçada; as fronteiras de aplicação da sanção internacional e as razões da implementação de uma obrigação normativa emanada da autoridade negativa da coisa julgada. (BRANT, 2002, p. 235).

Assim, determinados os conceitos da autoridade negativa e positiva da coisa julgada internacional bem como a sua diferença, necessário se faz demonstrar a acepção negativa das decisões do Órgão de Apelação da OMC e o seu inegável caráter jurisdicional.

3.3.1 Acepção negativa da autoridade da coisa julgada das decisões do OSC

Se o que diferencia a aplicação do princípio da autoridade da coisa julgada no âmbito internacional e no âmbito interno reside na sua acepção positiva (possibilidade de aplicação e eficácia do ato jurisdicional), na sua autoridade formal negativa não se encontram diferenças. A delimitação da demanda e a determinação obrigatória e imutável às partes decorrem justamente da autoridade formal do ato jurisdicional e é justamente este limite que se dá o seu aspecto negativo.

Com efeito, a imutabilidade da decisão aparece como um elemento indispensável a toda atividade jurisdicional. Assim, a análise da aplicação do princípio da *res judicata*, no direito internacional, deve absolutamente partir da constatação do estreito elo entre a autoridade da coisa julgada e o ato jurisdicional. Como observa

François Haut, ‘para que haja essa presunção de verdade e de justiça, que se liga à noção de coisa julgada, uma condição é necessária: que a decisão, á qual se atribui esse caráter, seja proferida em matéria contenciosa e seja um julgamento. (BRANT, 2002, p. 236).

A autoridade formal das decisões do OSC dependem diretamente do seu caráter jurisdicional, uma vez que a este órgão são submetidas apenas questões jurídicas que dizem respeito à melhor aplicação e interpretação dos acordos da OMC. Cabe ao OSC, e somente a ele, de acordo com o ESC, o controle de legalidade do sistema *rule oriented*, e a presunção de verdade e justiça da sua solução do contencioso que lhe foi submetido. Por isto também só cabe a este órgão à atribuição para autorização de contramedidas e retaliações como mecanismo de *enforcement* de suas decisões. Sua atuação se distingue em muito dos painéis de primeira instância, e o seu caráter jurisdicional é evidente, o que demonstra a autoridade formal de sua decisão a ser cumprida pelos Estados em litígio.

Portanto, o caráter obrigatório destas decisão (autoridade formal a ser reconhecida por qualquer corte doméstica) é inerente à capacidade do órgão de “dizer o direito” (jurisdição) e de julgar em definitivo a lide, tal como no direito interno.

Assim, embora a natureza jurídica do princípio da autoridade da coisa julgada suscite grande número de opiniões divergentes, em geral a doutrina constata de maneira unânime que a autoridade da coisa julgada corresponda a uma qualidade própria ao ato jurisdicional, tanto no direito interno, quanto no direito internacional. Como sublinha Krikor Najarian, “é evidente que a coisa julgada está ligada, antes de tudo, ao julgamento que a exprime e sem o qual não poderia existir”. Charles de Visscher observa ainda que “a autoridade da coisa julgada é o traço característico do ato jurisdicional.” Em outras palavras, tal princípio corresponde ao ‘traço de união entre o processo judiciário e o direito material’. (BRANT, 2002, p. 236).

Partindo desta concepção de que a autoridade formal e negativa da coisa julgada necessita de que este ato seja jurisdicional e proveniente de um órgão ou tribunal dotado de tal característica, é necessário afirmar que o OSC possui tal caráter.

3.3.2 Do Caráter jurisdicional das decisões do OSC

O Sistema Legal da OMC possui características tão singulares que trazem brechas para divergências doutrinárias sobre a sua natureza jurídica e a de seus órgãos. Como vistos nos itens 3.1 e 3.2, tal sistema mescla negociações diplomáticas, conciliação, compensações comerciais, arbitragens, sugestões e recomendações e mecanismos de *enforcement* (contramedidas e retaliações), tudo isto reconhecido através de um corpo de normas válidas. O objetivo de se criar um mecanismo de solução de controvérsias tão sofisticado na Rodada do Uruguai foi corrigir vícios que impregnavam o sistema anterior do GATT, principalmente o não cumprimento das recomendações e decisões dos painéis. Portanto, a existência conjunta de um corpo de normas válidas, onde há previsões de conciliação política e diplomática e um mecanismo eficiente de *enforcement* para o seu cumprimento de suas decisões levam a quase unanimidade de autores a definir o sistema legal da OMC com *sui generis* ou especial, e as decisões dos painéis e do Órgão de Apelação como uma jurisdição internacional.

E de fato o é especial. Contudo, a alta dialogia e multilateralidade das negociações para solucionar conflitos em torno da melhor aplicação dos acordos da OMC não retiram do OSC a sua atribuição única dentro da Organização de decidir definitivamente e obrigatoriamente os conflitos jurídicos que lhe são demandados. A existência do consenso negativo para não se adotarem as suas decisões, ou ainda a possibilidade de uma demanda a ela submetida ser posteriormente resolvida por decisões políticas e diplomáticas, não retiram da sua essência a sua atribuição de órgão jurisdicional capaz de julgar de forma imutável e obrigatória a melhor aplicação dos acordos da OMC, e resolver definitivamente os litígios.

Muito embora se em um primeiro momento possa se dizer que o OSC não seria um órgão jurisdicional, devido às grandes possibilidades de acordos e da existência do consenso negativo para a adoção dos relatórios dos painéis e das decisões do OA, a grande maioria dos autores tratam o sistema de solução de controvérsias da OMC como uma verdadeira jurisdição, justamente pela existência de mecanismos sofisticados de *enforcement*, e a atribuição exclusiva do Órgão de Apelação de dizer definitiva e exclusivamente sobre matérias jurídicas, sendo este órgão também dotado do mais evidente caráter jurisdicional.

Joost Pauwelyn (2003), professor de direito da Universidade de Duke ao escrever sobre o Conflito de Normas no Direito Internacional Público e mais especificamente sobre o Sistema judicial de disputas do comércio internacional, atribui aos Painéis e ao OA verdadeiro caráter jurisdicional. Segundo o doutrinador, a ausência de um legislador central no direito internacional e uma hierarquia inerente de normas internacionais, a não ser as normas de *jus*

cogens, também leva a inexistência de um sistema judicial unificado. Portanto, cabem aos próprios Estados, dentro de seu poder soberano e do consenso mútuo, atribuir esta possibilidade de se submeter às decisões de tribunais internacionais de forma compulsória, tal como existe na Corte Internacional de Justiça e no órgão de apelação da OMC. Assim, o estabelecimento anterior de matérias e certas demandas que podem ser julgadas por um órgão independente demarcam este caráter de jurisdição compulsória a que submetem os Estados, e se a princípio parece que os painéis e o OA da OMC não são verdadeiras jurisdições esta visão se encontra equivocada.

À primeira vista, pode-se duvidar de que o ESC realmente prevê a solução judicial de litígios. Em primeiro lugar, ao contrário do Órgão de Apelação, os painéis da OMC não são órgãos permanentes, mas tribunais *ad hoc* criados de acordo com procedimentos pré-determinados pelo ESC. Os painéis devem ser estabelecidos *ad hoc* para cada caso concreto pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC. Eles não podem ser estabelecidas pela mera vontade das partes em disputa. No entanto, sua criação, pelo ESC é praticamente automático de acordo com a regra do consenso negativo do art. 6.1 do ESC. Em termos de seu modo de criação, os painéis poderiam, assim, ser qualificados como uma mistura entre arbitragem e resolução de disputas judiciais. No entanto, quando se trata de sua verdadeira função e forma de resolução de disputas, o ESC não deixa dúvidas de que os painéis gozam de natureza judicial. O Órgão de Apelação confirma a natureza judicial dos painéis da OMC por meio de declarações, tais como: "como uma questão de devido processo legal, e o *bom exercício dos painéis com funções judiciais são obrigados a...*". Em segundo lugar, as constatações e conclusões jurídicas de ambos, os painéis e do Órgão de Apelação, culminarão apenas em "recomendações" para a parte demandada. Estes recomendações devem ser adotadas as pelo OSC para obter a sua força legal entre as partes em disputa. Mais uma vez essa adoção ocorre por consenso negativo, de forma quase automática (arts. 16.4 e 17.14 do ESC). Este procedimento pode, no máximo, significar que o Judiciário da OMC inclui o OSC. Na prática, todavia, ambos os painéis e o Órgão de Apelação são estabelecidas, operam e produzem as suas conclusões legais de uma forma completamente independente e baseada em lei. Eles são tribunais judiciais no sentido do direito internacional. (PAUWELYN, 2003, p. 442, *tradução nossa*)²².

²² At first glance, one may doubt whether the DSU actually provides for the judicial settlement of disputes. first, contrary to the Appellate Body, WTO panels aser not standing bodies but ad hoc tribunals created pursuant to predetermined procedures in the DSU. Panels must be established ad hoc for each case by WTO dispute settlement body (DSB). They cannot be established by the mere will of the disputing parties. However, their establishment by the DSB is virtually automatic pursuant to the negative consensus rule in DSU art. 6.1. In terms of their mode of establishment, panels could thus be qualified as a mixture between arbitration and judicial dispute settlement. Yet, when it comes to their actual function and way of handling disputes, the DSU leaves no doubt that panels are judicial nature. The Appellate Body has confirmed the judicial nature of WTO panels by making statements such as: "as a matter of due process, and the *the proper exercise of the judicial function panels are required to...*". Second, the the legal findings and conclusions of both panels and the Appellate Body culminate only in "recommendations" to defending party. these recommendetions must stil be adopted by the DSB to obtain their legally binding force between the parties to the dispute. Once again this adoption occurs by negative consensus, virtually automatically (DSU Arts. 16.4 and 17.14). This procedure could, at most, mean that the WTO judiciary includes the DSB. In practice, however, both panels and the Appellate Body are established, operate and make their legal conclusions in an entirely independent and law-based fashion. They are judicial tribunals in the international law sense.

Percebe-se, assim, que para o professor, nem a existência do consenso negativo e muito menos a necessidade de que os relatórios sejam proferidos pelo Órgão de Solução de Controvérsias, retiram dos painéis, e principalmente do OA o caráter jurídico de suas conclusões como um verdadeiro tribunal judicial.

A professora Maria de Lourdes Albertini Quaglia destaca que a função do Órgão de Apelação é de apenas julgar e receber recursos contra as decisões dos painéis, apenas no que se refere à aplicação e interpretação das regras da OMC, não se tratando de uma segunda instância, porque não revolve questões de prova e de fato, mas apenas questões de direito. Citando o professor Picone, afirma que “o OA tem o poder decidir sobre o escopo de sua própria jurisdição”, e explica porque entende que o OSC é uma jurisdição exatamente pela existência do OA.

Na verdade, o OSC é uma jurisdição exatamente por causa da existência do OA. Apesar de não explicitamente declarado no ESC, a jurisdição do OSC, dos painéis e do OA aparece em inúmeros artigos do ESC que tratam as questões de jurisdição, sem explicitamente usar o termo. Entre esse artigos estão: art. I, que especifica a cobertura e a aplicação do ESC; art. II, que instituiu o OSC para administrar a aplicabilidade do ESC; art. 3.1, no qual os membros afirmam a sua adesão aos princípios para a gestão de conflitos anteriormente aplicada nos termos do art. XXII e XXIII do GATT 1947; art. VI, que prevê a criação dos painéis de resolução de litígios; art. VII, que especifica os termos de referência para os painéis. (QUAGLIA, 2012, p. 132).

Amaral Junior, também no mesmo sentido, destaca que o Órgão de Apelação não se ocupa de questões fáticas, mas somente de questões de direito exercendo o controle de legalidade das regras da OMC e a interpretação dos tratados comparando a sua função com a das cortes supremas dos ordenamentos jurídicos nacionais e suas decisões verdadeiras jurisprudências das regras de comércio multilateral.

A atividade do Órgão de Apelação, já se observou, guarda semelhança com a função que a Corte Suprema desempenha nos ordenamentos jurídicos domésticos no tocante à unificação do significado das normas jurídicas. Concorreu para este desiderato a decisão em favor da colegialidade, consagrada no artigo 17.1 do ESC e nos procedimentos de trabalho posteriormente elaborados. Formou-se, devido à coerência das decisões, uma verdadeira jurisprudência, orientada pela busca, muitas vezes explícita, de manter o equilíbrio do sistema pela preocupação com a unidade, estabilidade e efetividade que devem caracterizá-lo. Se o relatório do painel ou do Órgão de Apelação vier a ser adotado, o membro que violou as suas obrigações notificará o OSC a respeito das medidas que serão executadas para propiciar o cumprimento da decisão. (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 102)

No mesmo sentido, José Cretela Neto afirma que a criação do Órgão Permanente de Apelação é o que dota o OSC de verdadeira jurisdição, ressaltando o mandato fixo e por prazo determinado dos seus membros que garantem a imparcialidade das decisões.

A criação do Órgão Permanente de Apelação, na verdade, é o fator que consolida, no Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC o caráter de efetiva “jurisdicionalização”, evidenciado pela autuação de “juizadores” aos quais é outorgado mandato por prazo determinado e pela adoção de um rito quase-contencioso (tendo tido os negociadores do Acordo Constitutivo o cuidado de jamais utilizarem a expressão “litígio” para designar a disputa entre Membros, e sim, de “controvérsia”), ao término do qual ocorre adoção praticamente automática dos Relatórios por meio do emprego da técnica do consenso negativo. (CRETELA NETO, 2003, p. 108)

O que levou todos estes doutrinadores a afirmarem este caráter jurisdicional? Por ironia, os melhores fundamentos para definir o caráter jurisdicional das sentenças e decisões internacionais vêm do Professor Leonardo Nemer (2002), que não acredita que o OA da OMC seja uma jurisdição pura, justamente porque a adoção do relatório seria determinada pelo OSC e não diretamente pelo OA. O irônico é que sua doutrina se encaixa perfeitamente na comprovação de que de fato se trata o OSC de um órgão jurisdicional, e cujas decisões são dotadas de autoridade de coisa julgada.²³

Partindo da afirmação do Ilustre Professor de que a característica fundamental do princípio da autoridade da coisa julgada é a sua decorrência de um ato jurisdicional, seria possível definir uma jurisdição internacional a partir da constatação de que esta assim o seria em razão do efeito definitivo e obrigatório de suas decisões? Ou seja, o OSC da OMC poderia

²³ Segundo o Professor Leonardo Nemer: “No que concerne ao Órgão de Apelação, seu caráter jurisdicional é claramente mais acentuado. Na verdade, o exame da apelação não constitui um segundo processo de conciliação, uma vez que o Órgão de Apelação não está habilitado a reexaminar a integralidade do caso. Além disso, seu caráter jurídico aparece claramente, pois ele terá a liberdade de apreciação do direito e poderá confirmar, modificar ou invalidar as constatações e as conclusões jurídicas do grupo especial inicialmente convocado. (...) No entanto apesar de sua aparência jurisdicional, a decisão do Órgão de Apelação também não é dotada de autoridade de coisa julgada. Na realidade, embora o consenso negativo dê às suas decisões uma autoridade importante, os limites ao caráter jurisdicional do Órgão de Apelação explicam-se pelo fato de que os relatórios deste último só existem através de sua adoção pelo Órgão de Solução de Controvérsias” (2002, p. 437). Com a vênua devida ao Ilustre Professor, Pascal Lamy e Joost Pauwelyn não acreditam que a adoção das decisões do OA pelo OSC, e o consenso negativo retirem o seu caráter jurisdicional, primeiro porque este atua como um verdadeiro tribunal judicial ao retirar suas conclusões unicamente na lei e nos acordos da OMC, e segundo pelo fato de que nunca na prática uma decisão do OA deixou de ser aplicada pelo consenso negativo. Ainda, o caráter jurisdicional do OA não pode ser afastado pela própria análise dos fundamentos que baseiam a doutrina do Professor Nemer que considera o Tribunal Administrativo das Nações Unidas como uma jurisdição, tal como será demonstrado a seguir.

ser definido como uma jurisdição se e somente se fosse capaz de proferir uma decisão definitiva e obrigatória para uma demanda?

Para o professor, do ponto de vista formal, esta é a característica fundamental para a definição ou não da juridicidade de um órgão internacional.

À luz da doutrina de Carré de Malberg, a coisa julgada pode ser compreendida, primeiramente, a partir de uma concepção puramente formal, visto que o elo que a une ao órgão jurisdicional não visa apenas a encontrar uma solução definitiva a um conflito entre as partes em litígio, mas também a estabelecer a competência jurisdicional do órgão que a pronunciou. O princípio da autoridade da coisa julgada desempenha assim um novo papel que pode ser definido, no direito internacional, como orgânico. A Imputabilidade e o caráter obrigatório da decisão definem a natureza do órgão que pronunciou a decisão. O ato será, pois, jurisdicional quando emana de um órgão capaz de pronunciar uma decisão revestida de autoridade de coisa julgada. (BRANT, 2002, p. 244).

Esta conclusão partiu da análise das decisões das Comissões de Conciliação estabelecidas por acordo entre Estados para solucionar controvérsias jurídicas ou não jurídicas.

Se, por um lado, o princípio da autoridade da coisa julgada qualifica o ato normativo como jurisdicional e o órgão que a pronunciou como uma jurisdição, por outro, a impossibilidade de produzir uma decisão dotada de autoridade da coisa julgada pode ser o argumento fundamental para negar o caráter jurisdicional do órgão que produziu a decisão. (...) De fato, a tarefa da Comissão é proceder ao exame do caso e elaborar um relatório com proposições precisas em vista a um entendimento entre as partes. Como nota Charles Rousseau: “O relatório da Comissão não tem nenhuma valor obrigatório, logo, não se impõe juridicamente às partes.” Este é o caso das diversas Comissões de Conciliação. O relatório da comissão não tem nenhum valor obrigatório, logo, não se impõe juridicamente às partes.” Esse é o traço fundamental da conciliação e a principal razão pela qual ela não se confunde com uma solução jurisdicional. Essas decisões não são dotadas de autoridade da coisa julgada. (BRANT, 2002, p. 244).

A mesma conclusão, de que a imutabilidade e obrigatoriedade da decisão definem o caráter jurisdicional do órgão que a proferiu, também foi tirada da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça no caso clássico do reconhecimento dos *Efeitos dos julgamentos do Tribunal Administrativo das Nações Unidas*, onde foi declarado pela CIJ que

“segundo um princípio de direito bem estabelecido, e geralmente reconhecido, um julgamento pronunciado por um corpo jurisdicional faz coisa julgada e possui força obrigatória entre as partes no litígio.” Como sublinha a Corte, esse elemento caracteriza as decisões de juízes de qualquer ordem jurídica e não apenas aquelas dos juízes internacionais. Assim, se a coisa julgada é o corolário do julgamento,

deve-se considerar como um julgamento toda decisão susceptível de adquirir um tal efeito. É partindo dessa argumentação que a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, fundamentando-se particularmente no caráter obrigatório e definitivo da decisão, reconheceu a qualidade de jurisdição ao Tribunal Administrativo das Nações Unidas. Ela declara assim que “o exame das pertinentes disposições do Estatuto demonstra que o Tribunal está instituído não como um órgão consultivo, ou simples comitê subordinado à Assembleia, mas como um corpo independente e verdadeiramente jurisdicional, pronunciando julgamentos definitivos e sem recurso dentro do quadro limitado de suas funções. (BRANT, 2002, p. 243).

Portanto, a definição da CIJ de jurisdicional o Tribunal Administrativo das Nações Unidas partiu da imutabilidade e da obrigatoriedade de suas decisões, sem submissão a qualquer comitê subordinado a Assembleia, demonstrando a sua independência e sem recurso no quadro de suas funções. Com efeito, o mesmo raciocínio pode ser levado ao OA da OMC. Este foi dotado de total independência, sendo composto de árbitros com mandato fixo, de suas decisões não cabem recursos para outros órgãos, e estas são obrigatórias e definitivas para as partes em litígio. Como afirma Joost Pauwelyn, o envio da decisão para o OSC

(...) pode, no máximo, significar que o Judiciário da OMC inclui o OSC. Na prática, todavia, ambos os painéis e o Órgão de Apelação são estabelecidas, operam e produzem as suas conclusões legais de uma forma completamente independente e baseada em lei. Eles são tribunais judiciais no sentido do direito internacional. (PAUWELYN, 2003, p. 442, *tradução nossa*)²⁴.

Além deste elo formal entre a autoridade da coisa julgada e o ato jurisdicional decorrente da imutabilidade e obrigatoriedade das decisões dos órgãos dotados de caráter jurisdicional, Leonardo Nemer destaca que os aspectos materiais destas decisões também contribuem para a definição da juridicidade. Para a definição completa da juridicidade da decisão internacional é preciso ainda verificar (i) as garantias processais que atestem a verdade e a aplicação do direito e do justo; (ii) e a observância da função social de qualquer jurisdição que é a solução pacífica dos conflitos.

Com efeito, a característica comum a todos os atos jurisdicionais seria sua força de dizer a verdade. “Uma constatação torna-se um ato jurisdicional quando tem força de verdade legal. Ora, essa força de verdade legal advém não somente do caráter material do ato jurisdicional, mas também de sua natureza formal e orgânica. Atribui-se autoridade à coisa

²⁴ (...) at most, mean that the WTO judiciary includes the DSB. In practice, however, both panels and the Appellate Body are established, operate and make their legal conclusions in an entirely independent and law-based fashion. They are judicial tribunals in the international law sense.

julgada não somente porque a constatação possui certo objeto, mas também porque a constatação é operada por certos órgãos e segundo certas formas” (BRANT, 2002, p. 241).

Se o efeito obrigatório e definitivo da sentença pode ser considerado o elemento essencial na definição de uma jurisdição, nem por isso se pode ignorar todas as garantias processuais para que o ato jurisdicional corresponda à expressão da Justiça. (...) A jurisdição se apresenta, assim, como uma atividade voltada para a definição do direito aplicável, isto é, à delimitação do que é justo em cada caso concreto, e a partir de conflitos de conduta. (BRANT, 2002, p. 246)

E continua o professor destacando que os conjuntos de regras processuais garantem a legitimidade das decisões e contribuem para um julgamento justo e verdadeiro do ponto vista legal.

O elemento processual garante, pois, a legitimidade do elemento autoritário próprio do ato jurisdicional. A autoridade da coisa julgada aparece assim como a consequência de uma sucessão de atos, e está inevitavelmente vinculada as garantias próprias de um bom e correto julgamento. (...) O conjunto de regras do processo, que fundam a estrutura de uma jurisdição, permite o desenvolvimento dos argumentos apresentados pelas partes, facilita a aplicação do direito e, por intermédio de regras de conduta equilibradas, serve de contrapeso ao poder diplomático, econômico e militar. Isso significa que a natureza imparcial, neutra e desinteressada da jurisdição reforça a legitimidade da autoridade da coisa julgada, tanto aos olhos das partes, quando aos da comunidade internacional. A existência dessa regra é confirmada pela oposição que a mesma suscita. (BRANT, 2002, p. 247).

Junto às garantias processuais e a necessidade da decisão gozar de força de verdade, para se atribuir a autoridade de coisa julgada e definir o órgão como jurisdicional, a decisão tem que cumprir o fim social de solucionar os conflitos que lhe foram atribuídos. Ou seja, cumprir o fim social da função jurisdicional (função pacificadora), traço característico fundamental do ato jurisdicional.

A função jurisdicional consiste na satisfação jurídica das pretensões dos Estados em litígio. Entretanto, como o direito não é de natureza transcendental, mas social e contingente, é claro que o regulamento jurisdicional fundado no artigo 33 da Carta responde a uma necessidade de harmonia e apaziguamento social. Assim, quando as partes recorrem voluntariamente à jurisdição, a vontade de obter uma solução para as controvérsias que os separam é clara. Esta se traduz, seja por uma sentença obrigatória e definitiva, seja pela desistência, ou a renúncia de uma ou das duas partes. Nos dois casos, de uma maneira muito desigual, evidentemente, a jurisdição internacional terá contribuído para pôr um ponto final à controvérsia. Sendo assim, é preciso admitir que a função pacificadora do processo está fundada na função social da jurisdição internacional. (...) Como observa M. Virally: “A autoridade da coisa julgada é também meio específico que permite ao Tribunal preencher a função capital que lhe é atribuída, isto é, garantir a paz social ponto fim aos conflitos que se tornam possíveis pelo dualismo da norma jurídica”. Essa observância é evidente se,

pondo em definitivo a uma controvérsia ou a um litígio, a jurisdição impede o agravamento de uma situação potencialmente produtora de conflitos. (BRANT, 2002, p. 248-249).

Em resumo, todos os argumentos do Professor Nemer (2002), para que uma decisão internacional seja dotada de autoridade formal de coisa julgada é necessário que esta seja um ato jurisdicional, que por sua vez define o caráter jurisdicional do órgão que a proferiu, se e somente se, esta for definitiva e obrigatória para as partes, sem possibilidade de recursos a outros órgãos, e que seja proferida em meio a garantias processuais que exprimem a força da verdade legal, e cumpra a função social jurisdicional de pacificação dos processos que lhe forem demandas.

Daí, pergunta-se qual é a característica que falta às decisões do OSC e do Órgão de Apelação da OMC? No entender dos autores citados e desta dissertação nenhuma. Tomando como base as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 que autorizaram a retaliação cruzada em TRIPS no caso do algodão, está foi proferida em caráter definitivo e obrigatório para as partes não cabendo qualquer recurso. Foi aplicado o ESC e foram seguidos todos os procedimentos e garantias processuais existentes no art. 22, tomando a decisão com base na melhor interpretação jurídica dos acordos e artigos legais.²⁵ Ao autorizar a retaliação pacificou o conflito do Algodão, definindo a indenização justa cabível ao Brasil pelo não cumprimento pelos EUA dos relatórios dos painéis do caso, gozando o primeiro do direito de suspender concessões comerciais e retaliar a propriedade intelectual americana para buscar tal indenização.

É por isto que Joost Pauwelyn (2003) entende que a devolução da decisão do OA ao OSC²⁶ é um mero procedimento que nem de longe retira o seu caráter de verdadeiro Tribunal e também no entendimento de Pascal Lamy que divide a mesma visão do Professor Ruiz-Fabri de que

(...) para todos os efeitos a OMC é uma verdadeira Jurisdição, já que o controle político que o OSC é capaz de exercer permanece em grande parte na teórica. O mecanismo de consenso reverso praticamente requer que o OSC automaticamente

²⁵ Basta ver a cautela e a enorme preocupação dos árbitros em analisar o caso concreto até as suas minúcias, garantindo o contraditório, e a melhor aplicação dos acordos da OMC, nas duas decisões que possuem mais de 270 páginas cada, e cujo caso será resumido no próximo item da dissertação.

²⁶ Crítica maior do professor Leonardo Nemer que retira o caráter jurisdicional do OA.

chegue a uma decisão, enquanto o queixoso continua determinado a prosseguir com o caso. (RUIZ-FABRI, *apud* LAMY, 2006, p. 977, *tradução nossa*)²⁷.

Com efeito, nunca um painel ou decisão foi deixado de ser aplicado em razão do consenso negativo e foi justamente por isto que ele foi estabelecido em substituição ao consenso positivo do antigo GATT onde era praticamente impossível o cumprimento de uma decisão se o próprio demandado assim não o concordasse em cumprir. Por isto que se diz hoje que o Sistema de Solução de Controvérsias “tem dentes” e as decisões são obrigatórias e definitivas, gozando de autoridade de coisa julgada, como uma verdadeira jurisdição, tal como destaca Vera Thorstensen,

O novo sistema é mais forte, porque o relatório do painel passa a ser obrigatório, exigindo que o novo Órgão de Solução de Controvérsias derrube a decisão por consenso, o que é muito mais difícil de ser conseguido. É o chamado consenso negativo, que garante a automaticidade das decisões do Órgão. O novo sistema também reduz o recurso de resoluções de conflitos, já que, ao contrário do antigo GATT, não leva os casos para os Comitês. O que se afirma agora é que, agora, a OMC “tem dentes”. Tal afirmação significa que, agora, a OMC tem poder para impor as decisões dos painéis e permitir que os membros que ganham a controvérsias possam aplicar retaliações aos membros que mantenham medidas incompatíveis com as regras da OMC. Tal retaliação, por exemplo, pode ser efetuada através do aumento de tarifas para os bens exportados pelo membro infrator, em um valor equivalente ao das perdas incorridas. (THORSTENSEN, 2005, p. 371).

Assim, o mecanismo de remessa da decisão do OA ao OSC e a existência do mecanismo reverso do consenso têm a função de legitimar ainda mais as decisões e impedem que manobras políticas de dentro da OMC retirem o seu caráter obrigatório, como era comum no antigo sistema, sendo impossível agora ao Estado demandado não sentir o peso da obrigação formal de cumprir as decisões dos painéis e do OA o que era muito o habitual nos tempos do GATT. Portanto, tais mecanismos além de não retirarem o caráter jurisdicional das decisões dos painéis e do OA, pode-se até afirmar que na verdade eles reforçam ainda mais a sua obrigatoriedade e legitimidade, sem interferir na sua natureza judicial.

3.4 Mecanismos internos de reconhecimento da autoridade formal das decisões do OSC

²⁷ (...) to all intents and purposes the WTO is a true jurisdiction, since the political control that the DSB is able to exercise remains largely theoretical. The reverse consensus mechanism practically automatically requires the DSB to reach a decision as long as the complainant remains determined to pursue the case.

Demonstrado de forma contundente que as decisões proferidas pelo OSC gozam de autoridade de coisa julgada internacional e tem seu fundamento formal baseado nos acordos da OMC, é claro que estes mesmos acordos para serem válidos no Brasil do ponto de vista formal precisam ser ratificados. Quando se estuda a transposição do direito internacional ao direito interno, a primeira preocupação do ponto de vista formal é a internalização dos tratados ao direito interno, e a verificação da existência de dispositivos constitucionais que atestam ou não esta transposição.

Na Constituição Brasileira, infelizmente, não existe qualquer dispositivo constitucional que trate da aplicabilidade no direito interno das decisões jurisdicionais internacionais. Contudo, existem previsões que atribuem ao Presidente da República a competência privativa para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII da CF). Nos termos do art. 49, I, compete exclusivamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos, ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Sem entrar na polêmica da falta de técnica legislativa da Constituição Brasileira na incorporação dos tratados, a jurisprudência brasileira consagrou que para que os Tratados multilaterais sejam válidos e eficazes, e gozem do status de lei ordinária no Brasil²⁸, é necessária a promulgação de decreto do legislativo pelo Presidente do Senado Federal, ser o mesmo ratificado na organização internacional de origem, e depois promulgado pelo Presidente da República certificar a sua eficácia.

No Brasil a incorporação dos Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Multilaterais do GATT²⁹, assinada em Marraqueche, que constituiu a OMC e o novo Sistema de Solução de Controvérsias, foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30 de 15 de dezembro de 1994, e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

Levando em consideração que os acordos da OMC são marcados pelo princípio do *single undertaking*, onde todos os Estados-membros, por sua livre escolha, se obrigaram a todos os seus acordos, ai incluído o anexo II, que prevê as regras do ESC. O Brasil está

²⁸ RE 80.004/SE, Pleno, Rel. Min Xavier de Albuquerque, julgado em 1.6.1977, DJ de 29.12.1977, p. 9.433, (CARDOSO, 2012, p. 107)

²⁹ Vale ressaltar que o Brasil foi um dos fundadores do GATT 1947 e este foi incorporado á Legislação brasileira pelo Decreto Legislativo nº 43, de 20 de junho de 1950.

obrigado assim como todos os demais Países-membros, pelo menos do ponto vista formal, a cumprir todas as decisões do OSC, não podendo deixar de cumpri-las em razão do seu direito interno, já que também incorporou ao seu direito interno os artigos 27 e 46 (1) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, por meio do Decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009.

Portanto, no que concerne aos mecanismos internos que garantem a autoridade formal da coisa julgada internacional para as decisões do OSC da OMC que autorizaram a retaliação cruzada em TRIPS do Brasil contra os EUA no caso do Algodão, não há que se falar em ilegalidade ou inconstitucionalidade das Resoluções da CAMEX. A República Federativa do Brasil (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), em razão da incorporação de todos os Acordos da OMC na legislação brasileira³⁰, do ponto de vista formal, é obrigada a reconhecer a autoridade de todas as decisões do OSC da OMC, o que não foge à regra as decisões estudadas no caso concreto que pautam este trabalho. O cumprimento e o reconhecimento da autoridade de coisa julgada das decisões WT/DS267/23 e WT/DS267/27 decorrem desta lógica da incorporação dos Tratados Multilaterais de Comércio da OMC e devem pautar a atuação dos três poderes do Estado Brasileiro.

³⁰ RESP 200701384419 - RESP - RECURSO ESPECIAL – 961078; AGARESP 201101188142 AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – 22336; ARESP 201201683250 AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – 216185; <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>, visualizado em 17 de fev. 2014.

4 O CASO DOS SUBSÍDIOS DO ALGODÃO ENTRE BRASIL E EUA

Analisado os requisitos legais do art. 22.3 do ESC da retaliação cruzada, e o fundamento formal de obrigatoriedade das decisões, cabe agora descrever o caso concreto dos subsídios do Algodão Brasil *vs.* EUA, a fim de demonstrar o alto nível da interpretação jurídica das regras do regime do Comercio Internacional da OMC, que foi realizada pelo seu Órgão de Apelação.

O resumo do caso tem como objetivo demonstrar que as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 seguiram todos os procedimentos e regras do ESC, e chegaram com muita cautela e precisão na melhor interpretação do art. 22.3, solucionando definitivamente o caso concreto ao autorizar a suspensão temporária e transitória das normas de proteção da propriedade intelectual do acordo TRIPS. Tais decisões concluíram pelo direito do Brasil se ver indenizado pelos anos de prejuízos causados pela prática dos subsídios ilegais no setor do Algodão, e/ou induzir os EUA, em razão do vislumbre do prejuízo econômico e político iminente pela retaliações em TRIPS, a acabar com tal subsidio ilegal. Tais decisões, portanto, expressam os objetivos precípuos da OMC, onde foi construído um mecanismo de solução de controvérsias que efetivamente induz os Estados membros a adequarem suas atividades internas e externas às suas regras e aos seus acordos, e, por fim, construir um regime de comércio internacional, onde o amplo acesso aos mercados desenvolvem a economia e o bem estar social dos cidadãos dos Estados membros da Organização.

O reconhecimento da autoridade formal e material pelo poder judiciário brasileiro necessariamente passa pela observância dos seus magistrados do alto grau jurídico e de legitimidade de que gozam as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2, construídas em um ambiente, altamente deliberativo, transparente, e regido pelo Direito (*rule oriented*), onde a solução de mérito para o caso concreto foi incontestável. A sua aplicabilidade no direito interno brasileiro depende da sua autoridade formal, cujos requisitos foram demonstrado no item 3, e da sua autoridade material que se confunde com os próprios objetivos comuns da OMC que devem ser consagrados internamente pelos Estados, cujo mérito (aspectos concretos do caso) será aqui demonstrado e sua correlação com a teoria do direito internacional e da interpretação finalista que deve pautar o poder judiciário brasileiro nas suas decisões sobre o comércio internacional no item 5 adiante.

4.1 Resumo do caso ³¹

A demanda, iniciada em setembro de 2002 com pedido de consulta por parte do Brasil, envolveu o questionamento de subsídios concedidos pelos Estados Unidos à produção e à exportação de algodão no período de 1999 a 2002, e recebeu o número no OSC DS/267. Foram questionados tanto subsídios “acionáveis” como “proibidos” nos termos do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC. O total de subsídios questionados foi da ordem de US\$12,5 bilhões.

Além de Brasil e Estados Unidos figuram como terceiras partes: Argentina, Austrália, Benin, Canadá, Chade, China, Comunidades Europeias, Índia, Japão, Nova Zelândia, Paquistão, Paraguai, Taiwan e Venezuela.

Em 21 de março de 2005, o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC adotou os relatórios do Painel (WT/DS267/R) e do Órgão de Apelação (WT/DS267/AB/R). As decisões adotadas no contencioso condenaram amplamente os subsídios norte-americanos, tanto com relação aos subsídios proibidos, como no tocante aos subsídios acionáveis.

No que diz respeito aos subsídios proibidos, o Painel e o Órgão de Apelação consideraram que três programas de garantias de crédito à exportação³² — GSM 102, GSM 103 e SCGP — configuravam subsídios à exportação, aplicados de forma incompatível com os compromissos dos EUA no Acordo sobre Agricultura da OMC, não somente com relação ao algodão mas a um conjunto mais amplo de produtos agrícolas. Julgou-se que tais subsídios eram violatórios tanto de disposições do Acordo sobre Agricultura como do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias. Como resultado, os EUA deveriam retirar os subsídios “sem demora, e não mais tarde que 1º de julho de 2005”.

³¹ O total de páginas das decisões que envolvem o caso do algodão é de em torno de 3.000 páginas. Somente as duas decisões que concederem autorização para a retaliação cruzada, possuem cada uma 150 páginas em sua versão em inglês. Daí que o resumo apresentado neste trabalho é uma mescla de informações disponibilizadas no site do Ministério das Relações Exteriores e da redação da Resolução nº 74 da CAMEX, além é claro da leitura das duas sentenças no original em inglês. Dados retirados no site do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, Coordenação-Geral de Contenciosos, CGC. Disponível em: http://www.mre.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=437&Itemid=351. Acesso em: out. 2013.

³² Garantias de Crédito à Exportação: facilitam a obtenção de crédito por importadores não americanos, aumentando a competitividade do produto norte-americano, em detrimento dos demais competidores naquele mercado importador.

Com respeito aos subsídios acionáveis, o Painel e o Órgão de Apelação consideraram que três programas de apoio interno norte-americanos — “*Marketing Loan*”³³, “*Counter-Cyclical Payments*”³⁴ e “*Step 2*”³⁵ — causam prejuízo grave ao Brasil, tendo gerado supressão significativa dos preços do algodão no mercado internacional, em violação ao Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC. Em decorrência, os EUA deveriam “remover os efeitos adversos causados por esses subsídios, ou retirar os subsídios, até 21 de setembro de 2005”. O “*Step 2*”, além de entrar na categoria de subsídio acionável, também foi condenado como subsídio proibido.

Vencidos os prazos para que os EUA dessem cumprimento às decisões do Órgão de Solução de Controvérsias, o Brasil solicitou, em dois pedidos separados, apresentados em julho e em outubro de 2005 (WT/DS267/23 e WT/DS267/27), autorização para retaliar em um montante total de cerca de USD 4 bilhões. No entanto, com a indicação de que poderia haver avanços no processo de implementação, o Brasil concordou em suspender os procedimentos de arbitragem iniciados para definição dos valores de retaliação (WT/DS267/25 e WT/DS267/29).

Até o momento, as medidas de implementação norte-americanas, no que se refere aos subsídios acionáveis, limitam-se à eliminação do programa “*Step 2*”, a partir de 1º de agosto de 2006. Os principais programas de apoio interno (“*Marketing Loan*” e “*Counter-Cyclical Payments*”) permanecem intocados. Com relação aos subsídios proibidos, além da revogação tardia do “*Step 2*”, o Governo norte-americano promoveu mudanças administrativas na operação dos programas de garantias de crédito à exportação (nova escala de prêmios para os programas GSM 102 e SCGP; suspensão do GSM 103) e encaminhou à consideração do Congresso proposta que, em tese, possibilitaria tornar os prêmios cobrados para tais programas mais condizentes com seus custos e com a realidade do mercado.

³³ “*Marketing Loan Program*”: garante aos produtores renda de 52 centavos de dólar por libra-peso da produção de algodão. Se os preços ficarem abaixo desse nível, o Governo norte-americano completa a diferença. É o mais importante subsídio doméstico concedido pelo Governo norte-americano ao algodão.

³⁴ “*Counter-Cyclical Payments*” (Lei agrícola de 2002): realizado tendo como parâmetro o preço de 72,4 centavos de dólar por libra-peso. Tais recursos custeiam a diferença entre os 72,4 centavos de dólar por libra-peso (“*target price*”) e o preço praticado no mercado ou o valor de 52 centavos de dólar por libra-peso (“*loan rate*”), o que for mais alto.

³⁵ “*Step 2*”: pagamentos feitos a exportadores e a consumidores (indústria têxtil) norte-americanos de algodão para cobrir a diferença entre os preços do algodão norte-americano, mais altos, e os preços do produto no mercado mundial, aumentando dessa forma a competitividade do algodão norte-americano.

Diante do escopo limitado das medidas de implementação adotadas pelos Estados Unidos, e havendo transcorrido cerca de 1 ano dos prazos estabelecidos para cumprimento das determinações do OSC, o Brasil decidiu solicitar a conformação de um painel de revisão na OMC (Artigo 21.5 do DSU) para examinar a adequação do processo de implementação levado a cabo pelo Governo norte-americano. O painel de implementação foi estabelecido em 28 de setembro de 2006.

Ao longo dos trabalhos, o Brasil argumentou que os EUA não deram pleno cumprimento às decisões do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) no contencioso, na medida em que os programas de apoio doméstico remanescentes (“*Marketing Loan*” e “*Counter-Cyclical Payments*”) continuaram a causar prejuízo grave ao Brasil e que o programa GSM 102 de garantias de crédito à exportação, a despeito das modificações nele introduzidas, continuou a configurar subsídio proibido à exportação.

O painel de implementação, em relatório divulgado às partes em 15 de outubro de 2007 e circulado aos demais membros da OMC em 18 de dezembro de 2007 (WT/DS267/RW), confirmou a apreciação brasileira quanto à insuficiência das medidas introduzidas pelos Estados Unidos para cumprir as decisões do painel original e acatou amplamente os principais pleitos brasileiros.

O painel de revisão deu razão ao Brasil ao decidir que os subsídios “*Marketing Loan*” (MLs)” e “*Counter-Cyclical Payments* (CCPs) continuam a causar prejuízo grave sob a forma de significativa supressão do preço do algodão no mercado mundial, em violação ao artigo 6.3(c) do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias. Para chegar a essa conclusão, o painel se apoiou nos seguintes fatores:

- magnitude da fatia de mercado dos EUA na produção e exportação mundiais de algodão (20% e 40%, respectivamente) e a correspondente influência substancial dos EUA no mercado mundial e na formação dos preços internacionais do produto;
- avaliação de que os MLs e CCPs afetam o nível de área plantada e de produção, tendo em vista sua natureza obrigatória e vinculada ao movimento de preços, bem como seu efeito estabilizador sobre a renda dos produtores. Esses subsídios isolam os produtores norte-americanos dos sinais de mercado quando da baixa de preços (ou seja, os produtores continuam produzindo independente dos preços de mercado do produto);
- considerável volume de pagamentos sob o ML e o CCP;

- hiato significativo entre os custos de produção e a renda obtida pelos produtores norte-americanos no mercado. Os subsídios seriam fator decisivo para a viabilidade da produção de algodão nos EUA; e
- o fato de todas as simulações apresentadas pelas partes na controvérsia corroborarem a percepção de que os MLs e os CCPs levaram a um aumento da produção e exportação de algodão dos EUA que, por sua vez, causaram supressão do preço internacional.

Quanto às garantias de crédito à exportação sob o programa GSM 102, o painel de implementação concluiu que os EUA continuam a violar disposições do Acordo de Agricultura e do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, ao concederem subsídios proibidos à exportação de diversos produtos agrícolas, incluindo o algodão. O painel considerou que o programa GSM 102 constitui subsídio à exportação por continuar a ser oferecido com prêmios inadequados para cobrir seus custos operacionais e perdas de longo prazo (alínea “j” da lista de subsídios proibidos do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias).

O relatório do painel de revisão foi circulado em 18 de dezembro de 2007, dando novamente ganho de causa ao Brasil. Antes da adoção do documento pelo OSC, os Estados Unidos entraram, em 19 de fevereiro de 2008, com procedimento de apelação contra a decisão do painel. O OA, em relatório final circulado em 02 de junho de 2008, deu novamente ganho de causa ao Brasil, confirmando as decisões do painel de implementação.

Com a adoção dos relatórios pelo OSC em 20 de junho, o Brasil, ao amparo do artigo 22.6 do DSU, acionou, em 25 de agosto de 2008 (WT/DS267/38 e WT/DS267/39), procedimento arbitral para definir o valor e as modalidades para a eventual adoção de contramedidas em relação aos Estados Unidos. Em 31 de agosto de 2009, os árbitros divulgaram suas decisões (WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2), onde foi autorizado o Brasil a retaliar os Estados Unidos, autorizando até mesmo a retaliação cruzada entre acordos podendo atingir os acordos TRIPS e GATS.

4.2 Retaliações autorizadas. Análise das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2

O Brasil fez dois requerimentos separados no OSC (WT/DS267/38 e WT/DS267/39) requerendo a suspensão das concessões (retaliações), uma relacionada aos subsídios proibidos

(STEP 2 e GSM 102) e outra com relação aos subsídios acionáveis (*Counter-Cyclical Payments e Marketing Loan*). Os dois requerimentos correram em paralelo onde funcionaram os mesmos árbitros que decidiram separar as decisões por tratarem de pedidos relacionados a subsídios de diferentes categorias, (WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2). As decisões basicamente se dividem em duas partes, sendo a primeira parte referente à autorização para apresentar contramedidas, bem como a determinação do seu valor, e a segunda parte, diz respeito especificamente à autorização para retaliação cruzada. A primeira parte das decisões, obviamente, possui teor distinto por versarem sobre diferentes subsídios, mas no que diz respeito ao pedido de autorização para a retaliação cruzada sobre os acordos TRIPS e GATS (segunda parte) as duas decisões possuem o mesmo teor, sendo este parte o ponto central do presente estudo.

Todavia, mesmo possuindo na sua primeira parte disposições diferente, os valores das retaliações, utilizando dados do ano fiscal de 2006 como referências, foram praticamente o mesmo. Os árbitros no item 6.5³⁶ da decisão WT/DS267/ARB/1 entenderam que o Brasil estaria autorizado a impor sanções comerciais no valor de US\$ 147,4 milhões em função da aplicação de subsídios proibidos GSM 102 (WT/DS267/ARB/1), e na decisão WT/DS267/ARB/2 chegou-se ao valor de US\$ 147,3 milhões relacionados aos subsídios acionáveis (*Countercyclical Payments e Marketing Loan*), a menos que os EUA ponham fim aos programas declarados ilegais. No que concerne ao valor do “gatilho” para se passar à retaliação cruzada em TRIPS e GATS, este foi o mesmo nas duas decisões (US\$ 409,00 milhões).

Como o programa de crédito à exportação GSM 102 possui um maior impacto no custo das retaliações, o presente item deste estudo fará referências na maior parte das vezes à decisão WT/DS267/ARB/1. Todavia, todos os comentários e análises também se aplicam à decisão WT/DS267/ARB/2.

³⁶ 6.5 Accordingly, the Arbitrator determines that:

(a) Brazil may request authorization from the DSB to suspend concessions or other obligations under the Agreements on trade in goods in Annex 1A, at a level not to exceed the value of US\$147.4 million for FY 2006, or, for subsequent years, an annual amount to be determined by applying the methodology described in Annex 4.
(b) In the event that the total level of countermeasures that Brazil would be entitled to in a given year should increase to a level that would exceed the threshold described in paragraph 5.201, updated to account for the change in Brazil's total imports from the United States, then, Brazil would also be entitled to seek to suspend certain obligations under the TRIPS Agreement and/or the GATS, as identified in footnote 468, with respect to any amount of permissible countermeasures applied in excess of that figure.

A WT/DS267/ARB/1 foi dividida em seis partes da seguinte forma: I – Introdução; II – Abordagens gerais dos árbitros sobre o caso; III – Propostas do Brasil de contramedidas contra o programa Step 2; IV – Propostas do Brasil de contramedidas contra o programa GSM 102; V – Requerimento de autorização do Brasil para aplicar contramedidas sobre os acordos TRIPS e GATS; VI – Conclusões e decisão.

Sobre os capítulos I e II da decisão trata-se de uma repetição do caso, o que não foge ao disposto no item 3.1 deste trabalho pelo que não se vê necessidade de uma análise mais apurada neste momento. Sobre o capítulo III, os árbitros decidiram que não há que se falar em aplicações de contramedidas, pois os Estados Unidos retiraram do seu ordenamento jurídico interno o programa Step2, tal como também já foi destacado no item 3.1, pelo que entenderam prejudicado o pedido de contramedidas do Brasil neste ponto específico.

Apesar da importância do capítulo IV, que foi a parte da decisão que realmente autorizou a aplicar contramedidas (retaliação no mesmo setor) e que calculou os seus valores com base nos prejuízos causados pelos subsídios e na expectativa de benefícios a serem auferidos pelo Brasil com a aplicação das retaliações, uma análise mais apurada desta parte da decisão iria alongar demais o trabalho. A análise mais apurada deste capítulo foge ao principal tema do presente estudo que é a efetivação da retaliação cruzada e a sua eficácia no Sistema de solução de controvérsias da OMC.

Contudo, comentários breves dos itens 4.278 e 4.279 do Capítulo IV da decisão são essenciais para se entender todo o caso, pois são neles que se encontram a autorização e a definição dos valores de contramedidas a que o Brasil tem direito, selando de uma vez por todas o caso DS 267, não havendo mais que falar que este não está sendo prejudicado pelo não cumprimento do relatório do OSC por parte dos Estados Unidos.

O item 4.278³⁷ destaca a conclusão dos Árbitros de que o total de US\$ 1.122 bilhões de dólares propostos pelo Brasil não é o valor adequado para as contramedidas. Segundo eles, com base numa visão mais acurada das distorções do mercado causados pelo programa GSM 102, modificando os cálculos propostos pelo Brasil, chegou-se à conclusão de que o valor mais apropriado para as contramedidas levando em consideração as transações entre os dois

³⁷ 4.278 - The Arbitrator determines that the amount of US\$1.122 billion proposed by Brazil will not result in appropriate countermeasures. The Arbitrator has consequently made modifications to the calculation of the interest rate subsidy and additionality in order to more accurately calculate the trade-distorting impact of the GSM 102 programme on Brazil. Based on these modifications and in the light of other determinations above, we find that the amount of countermeasures which can be authorized as being appropriate, based on the amount of GSM 102 transactions in FY 2006, is US\$147.4 million.

Países no ano fiscal de 2006 que envolvem o programa GSM 102, seria de US\$ 147.7 milhões de dólares.

Apesar de afastarem os cálculos brasileiros, os Árbitros no item 4.279³⁸ atenderam ao pedido do Brasil para que nos próximos anos fiscais se possa fazer novo cálculo das contramedidas variável de acordo com “o total de pedidos de exportação requeridos sobre o programa GSM 102 para o mais recente ano fiscal concluído”. Destacaram que o cálculo destes novos valores será feito com base em um formula pré-definida que garantirá a transparência e a aplicação apropriada das contramedidas e variará de acordo com o ano fiscal mais recente concluído e dependerá, entre outras coisas, do total de valor das transações tomadas sobre o programa GSM 102 entre Brasil e Estados Unidos. Os termos desta variação estão contidos na formula prevista no Anexo 4³⁹ da decisão e nos itens 5.231 e 5.232 da decisão.

O tópico 3.2 e seguintes do presente trabalho, portanto, sempre tendo por base os itens 4.278 e 4.279, se dedicará à análise mais acurada dos capítulos V e VI da decisão, que tratam especificamente da autorização da retaliação cruzada sobre TRIPS e GATS. Demonstrará como o Brasil tentou e conseguiu em parte provar junto aos árbitros que a retaliação somente em produtos não seria praticável (viável) e efetiva, e que o caso envolve circunstâncias suficientemente graves que autorizariam o uso da retaliação cruzada. Para tanto, o Brasil primeiro descreveu os princípios que envolvem o artigo 22.3 da ESC e o que entendia ser “praticável e efetivo” na teoria, e demonstrou setor por setor da economia brasileira destacando porque a retaliação neste setor não o seria, e por fim descreveu as circunstâncias graves do caso.

Analizará também a conclusão dos árbitros que destacaram que o Brasil apesar de não ter conseguido provar de forma direta e incontroversa que a retaliação em bens somente não seria viável e efetiva em relação à economia brasileira, diante das graves circunstâncias econômicas que envolvem o caso, e da decisão em se adotar um cálculo variável para adoção

³⁸ The Arbitrator has taken note of Brazil's request for an amount of countermeasures authorization that would be variable on an annual basis, depending on "the total of exporter applications received under GSM 102 ... for the most recent concluded fiscal year". The Arbitrator has also noted that the United States does not dispute that it would be permissible for the level of appropriate countermeasures to be determined through a formula, provided that this formula was sufficiently well defined so as to make it applicable in a transparent and predictable manner. We have therefore decided to authorize an amount of countermeasures that would be variable on an annual basis and that would depend on, among other things, the total amount of GSM 102 transactions in the most recent concluded fiscal year. The terms of this variable amount of countermeasures are contained in Annex 4.

³⁹ Ver anexo I do trabalho.

das contramedidas dependendo do volume de importações dos Estados Unidos para o Brasil do último ano fiscal concluído, ficou reconhecido que esta retaliação somente em bens poderia significar um grave e irracional prejuízo ao País demandante, sendo-lhe autorizada a retaliação cruzada em TRIPS e GATS (itens 5.200 e 5.201 da decisão).

4.2.1 Determinação de conceitos. Considerações teóricas dos árbitros do que seria falta de praticidade e efetividade, e as circunstâncias graves que envolvem o caso do algodão

Para conseguir a autorização para a retaliação cruzada entre acordos, nos termos do art. 22.3 do ESC, o Brasil fundamentou o seu pedido com base nos princípios descritos nos seus itens, a, b, c, d. Teve o desafio e a obrigação de provar junto aos árbitros que as contramedidas somente em bens não seriam praticáveis e efetivas em relação a economia brasileira. Não precisava, outrossim, de provar que a retaliação cruzada seria de fato viável e efetiva, o que é de grande vantagem para o País demandante e neste ponto andou bem a jurisprudência da OMC, uma vez que até o momento não se sabe antecipadamente se a retaliação cruzada será de fato viável e efetiva já que nunca chegou a ser utilizada como força de indução ao cumprimento de uma decisão do OSC.

O Brasil primeiramente discorreu sobre a teoria que envolve estes princípios, em um segundo momento apontou setor por setor da sua economia o porquê que as contramedidas em bens não seriam viáveis ou efetivas no caso concreto, e demonstrou aos árbitros de forma clara e objetiva que os aspectos econômicos que envolvem as contramedidas em bens, tais como aumento da inflação, diminuição do bem estar dos consumidores, diferença das economias das partes envolvidas, o perigo de estagnação do desenvolvimento do País, as graves distorções que os subsídios do programa GSM 102 causaram e causam no mercado mundial dos produtos agrícolas e o reflexo político do caso, seriam circunstâncias suficientemente graves para autorizar a retaliação cruzada, nos termos da letra “d” do art. 22.3 do ESC.

Os Árbitros seguiram basicamente este roteiro no advento da sua decisão, e primeiro conceituaram a ausência de praticidade (viabilidade) e efetividade da retaliação, e as circunstâncias suficientemente graves para autorizar a retaliação cruzada enfatizando que estes requisitos previstos no artigo 22.3 do ESC seriam cumulativos e não alternativos como defendia o Brasil, apesar de estar escrito na lei “impraticável ou ineficaz”. Contudo, no item

5.70 voltaram atrás e adotaram o posicionamento do Brasil de que para se conseguir a autorização para retaliação cruzada bastaria provar que a retaliação seria inviável ou não efetiva, não havendo necessidade de se provar os dois requisitos cumulativamente. (itens 5.69 e 5.70)

Sobre a ausência de praticidade (viabilidade) da retaliação, os árbitros adotaram a argumentação do Brasil, e dos casos precedentes das *Bananas (Equador e C.E.)* e do *US-Gambling (Antígua e EUA)* de que “praticidade” de uma suspensão de direitos seria a possibilidade de sua aplicação na prática, e a essência de sua aplicação é a sua disponibilidade real e sua viabilidade diante de um caso concreto. (5.71 a 5.73)

No que diz respeito à “efetividade”, a decisão não adotou o argumento brasileiro, baseado no caso precedente das *Bananas*, de que a ausência de efetividade seria a falta de capacidade de induzir o cumprimento da decisão da OMC. O Brasil considerou que a efetividade de uma retaliação seria medida de acordo com a sua capacidade e sua força de fazer cumprir uma decisão. A efetividade seria, segundo este, diretamente proporcional à força de se induzir ao implemento de uma decisão. Concordou, contudo, com a visão dos árbitros do caso das *Bananas* de que existiria falta de efetividade na retaliação caso a suspensão de certos direitos e obrigações ao invés de trazer benefícios para o País demandante lhe causariam na verdade mais males e prejuízos. Em outras palavras, quando a parte reclamante causar para si mesmo um prejuízo desproporcional que de fato lhe não lhe permitiria utilizar a retaliação, isto seria uma base para conclusão de que esta suspensão não seria “efetiva”. E concordou com o argumento dos Estados Unidos que a capacidade de induzir a implementação da decisão não é o ponto central da discussão sobre a efetividade, mas sim se a parte teria a capacidade e a possibilidade de implementar a retaliação, que no fim teria o poder de induzir a implementação. Esta seria, portanto, a consequência e não a causa da “efetividade”. (5.79 e 5.81)

Por fim, tomando como referência o caso do *US-Gambling*, enfatizou que o art. 22.3, c, do ESC não traz qualquer parâmetro ou referência específica para ajudar os Árbitros a definir o que seriam “circunstâncias suficientemente graves”, e para tanto deve-se basear tal definição nos elementos trazidos pela letra “d” do art. 22.3. Deve ser levando em conta a anulação ou prejuízo do comércio afetado, e qual a sua importância para o País demandante, e os elementos econômicos que envolvem o caso. Todavia, reconheceu que se está diante de um conceito indeterminado que comporta alto grau de flexibilidade na avaliação das

circunstâncias, e que estas podem ainda ser mais abrangentes que os parâmetros da letra “d”, e adotando o posicionamento do caso *US-Gambling*, chegou-se a conclusão que tal verificação ser daria caso a caso. (5.82 a 5.84).

Com estes conceitos definidos, os árbitros passaram a analisar a plausibilidade da determinação de que não seria praticável ou efetivo no caso do algodão suspender as obrigações somente no comércio de bens, e se as circunstâncias seriam graves o suficiente, para autorizar a suspensão das obrigações resguardadas nos acordo TRIPS e GATS (5.91).

4.2.2 Análise do caso concreto. Viabilidade e efetividade em cada setor da economia brasileira – Argumentos apresentados pelo Brasil e as considerações dos Árbitros

Antes de adentrar especificamente às circunstâncias fáticas que envolviam o caso, os árbitros indagaram e responderam duas questões: primeira, qual seria o montante de retaliação a ser considerado para se averiguar a sua praticidade e viabilidade para a economia Brasileira? Melhor dizendo, os montantes das duas decisões sobre subsídios acionáveis e proibidos poderiam ser somados nesta consideração ou se aplicaria o montante de apenas uma delas? Segunda, quais seriam as implicações da diferença do nível de contramedidas solicitadas pelo Brasil e o montante considerado aceitável pelos árbitros, sendo a diferença de mais de dois bilhões de dólares? Seria ainda possível com uma diferença tão brutal de valores justificar a necessidade da retaliação cruzada?

A resposta a primeira foi demasiada simples. Tendo em vista que as contramedidas das duas decisões seriam aplicadas ao mesmo tempo não havia porque não considerar a soma das duas decisões (que perfaziam o valor de US\$ 294,7 milhões), para se averiguar a praticidade e viabilidade das retaliações somente em bens, e as circunstâncias graves do caso (5.101).

Com relação à segunda indagação o Brasil correu o risco de ver o seu pleito de retaliação cruzada ser indeferido diante da monumental diferença entre o pedido total de retaliação de US\$ 2.681 bilhões e o valor considerado adequado pelos árbitros de US\$ 294,7 milhões. Se a diferença encontrada foi tão grande, e o pedido do Brasil foi anterior e fundamentado com base no valor de quase três bilhões de dólares, como provar, levando em conta as argumentações precedentes, que a retaliação em US\$ 294,7 milhões de dólares não seria prática nem efetiva para a economia brasileira? Os Árbitros consideraram esta diferença

o aspecto mais crítico do caso, e justamente pelo fato de o Brasil ter chegado a valor tão alto e tão dispare com o que entenderam ser o plausível ficou claro que o País demandante (Brasil) não apreciou corretamente os princípios do art. 22.3 do ESC, pelo que concluíram que não foram observados os procedimentos e princípios deste artigo, o que inviabilizaria o pedido de retaliação cruzada brasileiro. (5.104)

Contudo, foi reconhecido que o Brasil, mesmo assim, teria o direito de apresentar um novo pedido de contramedidas no mesmo nível que o apresentado na decisão (art. 22.7 do ESC), e não seria racional e instrutivo não apreciar as razões apresentadas, e se decidiu aplicar o valor de US\$ 294.7 milhões de dólares no contexto descrito pelo o Brasil, a fim de provar a falta de praticidade e viabilidade somente na retaliação em bens (5.108).

A bem da verdade, o pedido brasileiro, que primeiramente chegou até US\$ 4 bilhões, não foi irresponsável ou exagerado e se baseou na jurisprudência da OMC que na maioria dos casos leva em conta todo o prejuízo mundial decorrente dos subsídios ilegais e não só dos prejuízos sofrido pelo Brasil. Não se tratou, como a primeira vista poderia parecer, de um “chute” ou de um pedido exagerado onde se requer o “muito mais” para se garantir “alguma coisa”. A decisão de incluir todo o prejuízo mundial no calculo baseado na jurisprudência do OSC foi legítimo, mas por muito pouco não foi o responsável por uma eventual derrota brasileira.

A decisão por sua vez jogou muito para baixo o valor das contramedidas, o que deixou bem nítida as cautelas que envolvem a autorização da tão complexa retaliação cruzada para Países em desenvolvimento do calibre do Brasil contra Países desenvolvidos. Tanto é assim, que os advogados americanos que cuidaram do caso o consideraram mais vitorioso para os EUA do que para o Brasil, o que é um absurdo dado o longo período em que os subsídios ilegais vêm causando prejuízos para o mercado mundial e os lucros para o País que justamente deveria cumprir a decisão da OMC de livre vontade.

Respondidas as duas indagações os árbitros passaram a analisar o caso concreto, e como primeiro fator consideraram o perfil global das importações de mercadorias vindas dos Estados Unidos para o Brasil e rejeitaram o principal argumento Brasileiro de que as diferenças das economias dos dois Países por si só já seria prova suficiente de que a retaliação somente em mercadorias não seria viável e efetiva. Segundo o Brasil, o comércio de bens entre os dois Países significa 15% do seu total de importações (US\$ 18.7 bilhões), e este valor representa somente 1,7% do total das exportações dos EUA (US\$ 1.16 trilhões), o que

demonstra que uma sobretaxa nas tarifas de importações não iria afetar suficientemente as exportações americanas de forma a tornar a retaliação de fato efetiva, sendo que as condutas ilegais continuariam a se perpetuar.

Todavia, segundo os Árbitros, estes números demonstraram que o Brasil na verdade tinha a sua disposição US\$ 18.7 bilhões de exportações americanas que potencialmente poderiam suspender as concessões e outras obrigações, devendo-se provar no caso concreto, setor por setor que os US\$ 294.7 milhões em bens não seriam suficientes para garantir a viabilidade e praticidade da retaliação. Esta decisão foi tomada com base nos marcos teóricos descritos no item 3.2.1 do presente trabalho, onde se determinou que a “praticidade e viabilidade” da retaliação deveria ser verificada na prática, não levando em consideração aspectos gerais e teóricos como a diferença das economias entre Países, e com relação à efetividade esta não teria como base a capacidade de indução ao implemento da decisão, como queria demonstrar o Brasil. Assim, se passou a análise de setor por setor das importações dos EUA para o Brasil. (5.135 a 5.143).

Passando ao perfil detalhados das exportações entre os Países demandantes, os árbitros decidiram que em relação a bens de capital, bens intermediários e outros bens que constituem insumos para a economia brasileira, representando 95% do total de US\$ 18.7 bilhões de importações dos EUA, e diante da ausência de qualquer contra argumentação, aceitou-se que não seria viável ou eficaz suspender concessões ou outras obrigações em relação a essas categorias de bens, sem prejudicar a economia e o desenvolvimento do Brasil (5.153) O mesmo posicionamento recebeu o setor de computadores, onde também não houve maiores contra argumentos por parte dos americanos (5.175).

Por outro lado no que concerne aos bens de consumo tais como medicamentos, alimentos, armas, livros e setor automotivo, que representam 86% dos US\$ 1.27 bilhões que sobraram das exportações dos EUA sem os bens de capital, os árbitros não se convenceram que não seria viável ou efetivo a retaliação envolvendo todos estes bens, tal como ficou reconhecido nos bens de capital.

Sobre medicamentos o Brasil argumentou que estes representam US\$ 909.5 milhões anuais (2007) das exportações entre este e os EUA, e que a elevação de preços dos produtos iria por demais dificultar a busca destes em outros mercados. Além disto, as compras de antibióticos são feitas pelo Ministério da Saúde, após árduas negociações de preços e seguindo as dificultosas e morosas regras da contratação pública. O aumento dos custos

destes, portanto, iriam prejudicar a saúde e o bem estar do seu povo. Todavia, estes argumentos foram afastados, por entenderem os árbitros que o Brasil não forneceu indicações precisas de como seria inviável buscar os mesmos medicamentos em outros mercados, e quais seriam as dificuldades práticas neste troca que iriam encarecer o produto no mercado. (5.167-5.168).

Com relação aos produtos alimentícios, que representam US\$ 88.7 milhões, o Brasil argumentou que mais brasileiros têm renda suficiente hoje para comprar itens alimentares do que antes e que o desenvolvimento econômico e social deveria ser preservado a todo custo. Entretanto, o Brasil aceitou que determinados itens classificados como alimentos, poderiam ser considerados produtos de luxo, embora a quantidade e o valor desses produtos sejam bastante limitados. Os árbitros reconheceram que se a suspensão de concessões ou outras obrigações gerarem a consequência de privar os consumidores da oportunidade de aquisição de alimentos poder-se-ia legitimamente concluir que tal suspensão não seria "viável ou eficaz". No entanto, isso só seria possível caso não houvesse oportunidade de substituir as fontes destes produtos, sejam elas nacionais ou importadas. Todavia, segundo eles, o Brasil não conseguiu explicar as dificuldades de se buscar novas fontes para todos os produtos alimentícios, o que inviabilizou o reconhecimento da falta de "praticidade e efetividades" da retaliação no que diz respeito a estes bens de consumo. (5.170-5.171).

Melhor sorte levou o Brasil com relação aos livros, para o qual se estima o valor total das importações dos Estados Unidos em US\$ 28,9 milhões. O Brasil observou que o aumento das tarifas seria altamente prejudicial para o objetivo político e social de maior acesso da população à educação e à melhoria da qualidade do ensino . Além disso, o artigo 150, inciso VI (d), da Constituição Federal brasileira isenta publicações impressas de impostos de importação, de modo que não seria possível adotar contramedidas em relação à livros. Os Árbitros decidiram que os livros, quase por definição, são produtos totalmente diferenciados, de tal forma que não é possível presumir que um título seja facilmente substituído por outro, mesmo levando em consideração que existem muito mais livros dedicados à diversão do que ao ensino propriamente dito. (5.172).

Por fim quanto ao setor automotivo (para o qual as importações provenientes dos Estados Unidos ascendem US\$ 62,6 milhões por ano) o Brasil argumentou que não deveria ser atingido pela retaliação, uma vez que contramedidas em carros de "General Motors", e "Ford", por exemplo, provavelmente iriam atingir suas subsidiárias brasileiras afetando as

suas operações no Brasil, o que também seria prejudicial para a sua economia. As importações de veículos dos Estados Unidos dependem de estabelecidas redes de distribuidores autorizados e serviços de manutenção, o que tornaria praticamente impossível para os importadores mudarem de fornecedor. Os Árbitros reconheceram o mérito dos argumentos brasileiros relativos à estrutura do chamado “Comércio Intra-firma” do setor automotivo de que a suspensão poderia ser prejudicial para subsidiárias brasileiras de importação dos carros e também concordaram que as autopeças de diferentes fabricantes não são necessariamente substituíveis umas pelas outras. À luz destes elementos, e na ausência de argumentos específicos dos Estados Unidos contra a situação no mercado automotivo no Brasil, aceitou-se que a suspensão neste setor implicaria “custos graves e irracionais”. (5.173)

Os árbitros, portanto, concluíram que com base nos elementos apresentados acima, o Brasil não conseguiu provar que não seria “praticável” nem “efetivo” a suspensão das obrigações relacionadas com toda a gama de produtos de consumo, sendo que o Brasil poderia buscar outros fornecedores para grande parte destes. (5.177)

Apesar desta conclusão (somente a partir daqui o Brasil pode se considerar vencedor da demanda), reconheceram que dentro das grandes categorias de "medicamentos" e "alimentos", determinados produtos não poderiam ser facilmente substituídos, em particular, alguns medicamentos, incluindo aqueles que estão sujeitos aos direitos de propriedade intelectual e provenientes de um fornecedor específico. Reconheceram, também, o mérito da argumentação do Brasil de que certos medicamentos, como antibióticos, são fornecidas através de licitação pública de tal forma que uma mudança de fornecedor pode se tornar impraticável. Ainda, constaram que os medicamentos e alimentos considerados como um todo e em conjunto, representam a grande maioria dos bens de consumo do Brasil relativos às importações provenientes dos Estados Unidos e que ambos contêm uma vasta gama de produtos, que vão de escovas de dente e pasta dental até medicamentos e itens de segurança. Nestas circunstâncias, entenderam que a parte das importações nessas categorias de produtos que cabe aos Estados Unidos poderia fornecer um bom indicador do risco para a economia brasileira em se buscar outras fontes de abastecimento disponíveis no mercado. (5.180)

Feitas estas observações, os Árbitros chegaram ao ponto mais importante de toda a decisão (item 5.181) que abriu caminho para a autorização da retaliação cruzada (itens 5.200 e 5.201), onde estabeleceram sem qualquer precisão matemática exata para essa determinação, que até o limite de 20% das exportações dos EUA para o Brasil, este poderia ser capaz de

encontrar fontes alternativas de abastecimento para estas três categorias restantes de bens de consumo (armas, medicamentos, e alimentos). Seria, portanto, viável ou efetivo para o Brasil retaliar os EUA somente em bens até este limite de 20% do total de suas importações destes produtos. Acima deste limite reconheceram a dificuldade em se buscar outros fornecedores o que acarretaria custos graves e irracionais ao mercado brasileiro.

Excluídos os bens de capital, os bens intermediários, os insumos, e os computadores, livros e automóveis, com base no ano fiscal de 2006 e nas importações de 2007, 20% do total destas importações naquele ano de medicamentos, alimentos, armas, e outros bens de consumo chegou-se ao valor de US\$ 409.7 milhões, o que mais tarde ficou estabelecido como o “gatilho” ou limite para se começar a utilizar a retaliação cruzada em TRIPS e GATS. Percebe-se que as contramedidas autorizadas nas duas decisões no valor de US\$ de 294.7 milhões não superaram o limite de US\$ de 409.7 milhões, o que levou à conclusão que o Brasil, com base naquele ano fiscal não poderia sequer utilizar a retaliação cruzada. (itens, 5.182 e 5.183)

Contudo, o valor da retaliação cruzada é variável a cada ano fiscal, sendo que com base no ano fiscal de 2008, chegou-se ao total do valor de retaliações a que o Brasil teria direito em US\$ 829.3 milhões, e o “gatilho” em US\$ 561.0 milhões⁴⁰. Os itens 5.180, 5.181 e 5.182 são fundamentais para se entender a essência da decisão, onde os Árbitros reconhecem de maneira direta a falta de praticidade e efetividade das contramedidas quando ultrapassado o limite de 20% do total de importações entre EUA e Brasil em alimentos, medicamentos, armas e outros bens de consumo.⁴¹ Este entendimento serviu de fundamentos para autorização da retaliação cruzada, selada no item 5.201 da decisão WT/DS267/ARB/1. Pode-se, portanto, dizer que a partir deste momento e sobre estas condições, autorizada estava a retaliação cruzada entre acordos.

⁴⁰ Disponível em: <http://www2.desenvolvimento.gov.br/sitio/camex/camex/competencia.php>.

⁴¹ Os Árbitros deixaram claro na parte final do item 5.181 que este parâmetro de 20% foi a escolha deles no caso concreto destes autos, e que este não deve ser levado em consideração em outros casos, nem ao menos como parâmetro.

4.2.3 A autorização para a retaliação cruzada a partir das circunstâncias econômicas suficientemente graves que envolvem o caso

À luz do exposto acima, os Árbitros chegaram à seguinte conclusão: com base nos elementos apresentado na época da decisão, o Brasil não poderia plausivelmente ter chegado à conclusão de que não seria viável ou eficaz suspender concessões ou outras obrigações somente em matéria de comércio de bens, levando em consideração que o valor das contramedidas encontradas não ultrapassaram US\$ 294,7 milhões. (item 5.200⁴²)

Todavia, os Árbitros ressaltaram (aqui se encontra na decisão a autorização para a retaliação cruzada) que o valor das contramedidas admissível no presente processo é variável (item 4.279). Este valor de US\$ 294.7 milhões foi calculado com base no ano fiscal de 2006 e nas importações do Brasil em bens de consumo no ano de 2007. Ainda levando em consideração os mesmo dados, ficou estabelecido que poderão ser objeto de contramedidas os bens de consumo importados dos Estados Unidos até o limite de US\$ 409,7 milhões de dólares (“gatilho”). Caso o valor das contramedidas a que o Brasil teria direito em um determinado ano aumentar para um valor que excede esse limite, atualizado em virtude da mudança do total das importações do Brasil provenientes dos Estados Unidos (fórmula descrita no item 5.231), ficou entendido que a suspensão de concessões ou obrigações aplicadas somente ao comércio de bens não seria mais “praticável ou eficaz” na acepção do artigo 22.3 (c) do ESC. (item 5.201⁴³). Ou seja, restou autorizada a retaliação cruzada entre acordos quando, e somente se, o valor das contramedidas transpor este limite.

Ainda, fez-se questão de enfatizar na decisão que para se conseguir suspender as obrigações na acepção do art. 22.3 (c) do ESC, além de demonstrar que não seria “viável ou

⁴² 5.200 In light of all the above, we conclude that, on the basis of the elements presented to us and at current levels, Brazil could not plausibly have reached the conclusion that it is not practicable or effective to suspend concessions or other obligations in trade in goods alone, even if it had considered the "necessary facts", i.e. taking into account a level of permissible countermeasures not exceeding US\$294.7 million.

⁴³ We recall, however, that the level of countermeasures that we have determined to be permissible in these proceedings is variable. We have based our determinations above on the level of countermeasures as calculated on the basis of FY 2006 and on the basis of Brazil's imports of consumer goods in the year 2007. Given the volume and composition of Brazil's imports of consumer goods in the year 2007, we determined that there was at least US\$409.7 million worth of Brazil's imports of consumer goods from the United States that could be the subject of countermeasures ("threshold"). However, in the event that the level of countermeasures that Brazil would be entitled to in a given year⁴³ should increase to a level that would exceed this threshold, updated for the same year in a manner described in Section to account for the change in Brazil's total imports from the United States, then, we find that it would be concluded, on the basis of the elements presented to us, that the suspension of concessions or obligations applied to trade in goods alone would not be "practicable or effective" within the meaning of Article 22.3(c) of the DSU.

efetiva” a retaliação no âmbito do mesmo acordo, era necessário provar que as “circunstâncias que envolvem o caso são suficientemente graves”. Neste ponto o Brasil teve o seu mérito reconhecido pelos Árbitros, tendo em vista que foram observados os princípios da letra (d) do art. 22.3 do ESC, e que a determinação do que seriam “circunstâncias graves” que envolveriam o caso foram destacados o impacto das contramedidas sobre o comércio de bens do Brasil, e as consequências econômicas mais amplas sofridas em decorrência do não cumprimento pelos EUA das recomendações da OMC no caso específico das exportações subsidiadas pelo programa GSM 102. (itens 5.212 a 5.215)

Afastou-se o argumento dos Estados Unidos de que os produtores brasileiros mantiveram-se muito competitivos no setor agrícola durante todo o período da contenda, mesmo com os subsídios e sem aplicação das contramedidas, uma vez que essa consideração não altera a essência da situação. Permanecer competitivo não modifica o essencial fato de que estes subsídios têm o efeito gravíssimo de distorcer o comércio no mercado mundial do algodão e de outros produtos. Dada a estrutura e a concepção dos subsídios em questão, e tendo em conta o período de tempo durante o qual estão em vigor, estas distorções são virtualmente, como foi colocado pelo Brasil, um elemento “estrutural” e indissociável do mercado mundial para os produtos afetados, incluindo o algodão, enquanto continuarem a vigor. De acordo com a determinação do nível das contramedidas admissível nesta decisão, ficou demonstrado que os efeitos da distorção comercial não são insignificantes, e esses impactos são sentidos não só nos mercados dos Estados Unidos e do Brasil, mas em outros mercados para os produtos em causa. Por fim o Brasil observou que em tempos de crise de crédito, o impacto ao comércio será ainda maior na medida em que o programa GSM 102 continuar em voga. Essas considerações, aos olhos dos Árbitros os levaram à conclusão de que "as circunstâncias são suficientemente graves”, e autorizaram a retaliação cruzada nos termos do art. 22.3 do ESC. (5.220)

Assim, pela terceira vez na histórica da OMC, foi autorizada a retaliação cruzada que no caso do algodão é variável a cada ano fiscal subsequente concluído, cujo cálculo do seu valor dependerá da variação das importações dos EUA para o Brasil, nos termos da formula apresentada nos itens 5.231⁴⁴ e 5.232⁴⁵ e da metodologia prevista no anexo IV da decisão

⁴⁴ 5.231 As stated in the previous paragraph, in order to determine whether suspension of certain obligations under the TRIPS Agreement or the GATS is permissible in a given year, the threshold should be updated to account for the change in Brazil's total imports from the United States. For year 2008, for example, the updated amount of the threshold would be equal to US\$409.7 million multiplied by $(1 + g_{2008})$, where g_{2008} is the

WT/DS267/ARB/1. Com base nesta fórmula, como já foi dito no item acima, o governo brasileiro auxiliado pela CAMEX⁴⁶, utilizando os dados do último ano fiscal disponível dos dois Países (2008), calculou que o Brasil poderá retaliar os Estados Unidos em bens no valor de US\$ 561,0 milhões, e acima deste valor começaria a possibilidade da retaliação cruzada em TRIPS e GATS até a quantia máxima de US\$ 829.3 milhões.⁴⁷

4.3 A efetivação prática da retaliação cruzada em TRIPS

Relatado todo o caso do algodão entre Brasil e Estados Unidos e demonstrada a real intenção de se efetivar a retaliação cruzada em bens e no âmbito dos acordos TRIPS, tal como se vê nas Resoluções da CAMEX nº 74/2009 e nº 15 e nº 16 de 2010, e na Lei 12.270/2010, é necessário traçar alguns comentários sobre vantagens e escolhas práticas para esta efetivação.

Infelizmente muito pouco se sabe sobre a aplicação prática das retaliações cruzadas e quais são as consequências econômicas e jurídicas daí decorrentes. Quase não existem estudos sobre o assunto. A OMC agora com o caso do algodão somente autorizou a retaliação cruzada por outras duas vezes na sua história, sendo que nestas duas primeiras no caso das *Bananas* do Equador x Comunidade Europeia, e no caso dos Jogos eletrônicos de azar de Antígua x EUA, a retaliação não foi efetivada. Pela primeira vez na história um País em desenvolvimento que possui uma grande economia pretende fazê-lo. Trata-se de um assunto na sua essência muito novo e sem qualquer parâmetro de comparação.

percentage change in the value of Brazil's total imports from the United States between the years 2007 and 2008, or in the absence of the trade data for years 2007 and 2008, the percentage change in the value of Brazil's total imports from the United States based on the last available annual trade statistics. In general, the following difference equation and initial condition shall determine the updated amount of the threshold: $T_{t+1} = T_t * (1 + g_{t+1})$ $T_{2007} = US\$ 409.7$ million. T_{t+1} =threshold value in year $t+1$; T_t =threshold value in year t ; g_{t+1} = percentage change in the value of Brazil's total imports from the United States between the years t and $t+1$, or in the absence of the trade data for years t and $t+1$, the percentage change in the value of Brazil's total imports from the United States based on the last available annual trade statistics.

⁴⁵ 5.232 The "same" year shall mean that the amount of countermeasures, calculated based on GSM 102 transactions in, for example, fiscal year 2008 (1 October 2007 to 30 September 2008) and the fixed amount from the Decision by the Arbitrator contained in WT/DS267/ARB/2, shall be compared to the value of the threshold in year 2008 (1 January 2008 to 31 December 2008).

⁴⁶ O governo brasileiro instituiu Grupo Técnico (GT) através da Resolução nº 63 de 28 de setembro de 2009, com o objetivo identificar, avaliar e formular propostas de implementação das contramedidas autorizadas. Mais informações disponíveis em: http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1256834381.pdf. Acesso em: out. 2013.

⁴⁷ Mais informações disponíveis em: <http://www2.desenvolvimento.gov.br/sitio/camex/camex/competencia.php>. Acesso: out. 2013.

A retaliação cruzada sem dúvida possui seus méritos e a lógica sobre a qual foi construída é de inegável valor. Na ausência de uma autoridade internacional capaz de fazer cumprir a decisão da OMC, atingir dentro do País infrator outros setores suficientemente influentes para forçar a mudança das condutas ilegais, é atualmente a única medida coercitiva disponível dos Países em desenvolvimento nas contendas com os Países desenvolvidos, que são avessos a cumprir as decisões do Sistema de Solução de Controvérsias por eles mesmos criado. Sem dúvida é um mecanismo de indução de cumprimento das regras da OMC de grande inteligência e perspicácia. Todavia, esta efetivação tem um custo, assim como toda retaliação.

A retaliação em bens com o aumento de barreiras tarifárias ou a restrição de serviços de estrangeiros, invariavelmente, afeta a economia interna do País autorizado a retaliar na medida em que se encarecem os produtos importados, podendo gerar desabastecimento interno, prejuízo para o consumidor nacional, além de todo o desgaste político e comercial envolvido, entre outras consequências. Segundo Gregory Shaffer (2007) muito embora o sistema judicial da OMC seja caracterizado pelo legalismo procedimental e pela aplicação da lei a sua execução concreta depende, é claro, do poder político e econômico do País. A retaliação é um mecanismo que depende do poder que o País exerce no mercado. “Assim, os Países desenvolvidos podem pressionar os menos desenvolvidos a obedecer as regras da OMC, posto que o acesso aos mercados dos maiores é essencial para a exportação dos menores. Os Países pequenos já não exercem tal influência”. (SHAFFER, 2007, p. 183). Daí que a indução ao cumprimento de uma retaliação depende muito do poderio econômico de um País, situação esta que tende muito mais a favor dos Países desenvolvidos. Esta lógica, infelizmente, ainda é inegável.

Se a teoria do comércio internacional tradicional de Adam Smith e David Ricardo ainda é válida, a economia de um País raramente se beneficia levantando barreiras comerciais. A maioria dos economistas do comércio internacional argumentam que a remoção de barreiras comerciais, mesmo na ausência de reciprocidade de concessões, é uma boa política nacional porque ganhos de eficiência são sempre esperados. Portanto, aplicada esta teoria tradicional, toda suspensão de concessões sob a forma de aumentar as tarifas e/ou a imposição de barreiras regulatórias para o acesso ao mercado normalmente prejudica um membro da OMC, mesmo quando autorizado a fazê-lo. O Estado-membro pode também procurar evitar danos à sua própria economia, suspendendo as concessões em áreas que não são vitais para

os seus interesses, mas em quase todos os casos não é provável que não será prejudicado pela medida (ABBOT, 2009). Tais medidas acabam por prejudicar ainda mais a sua economia, o seu mercado interno e seus nacionais consumidores, em uma medida muito superior do benefício que se tira da retaliação.

Foi o que o Brasil provou no caso do Algodão, de que em nada adiantaria para mudar a política de subsídios o aumento de tarifas de produto americano sem prejudicar a própria economia do Brasil. Ou seja, não era nem praticável e nem efetivo a retaliação somente em bens e por isto foi pedido e ao final autorizado praticar a retaliação cruzada, tal como foi muito bem explanado acima.

A fim de evitar, portanto, este prejuízo potencial causado ao País demandante pela retaliação em bens ou serviços, a retaliação cruzada em TRIPS é a melhor “arma” que os Países em desenvolvimento hoje possuem contra os Países Desenvolvidos, ao contrário do que a primeira vista poderia parecer. Muitos Países em desenvolvimento quando da rodada do Uruguai foram contrários ao acordo TRIPS. Eles consideravam que proteger a propriedade intelectual causaria prejuízos para suas economias, uma vez que os Países pobres são mais imitadores do que inovadores da tecnologia. Todavia, é justamente por isto que a retaliação cruzada funcionaria tão bem contra os Países desenvolvidos. A suspensão dos direitos à propriedade intelectual possibilitaria aos Países em desenvolvimento desenvolver produtos a preços bem mais baixos, sem observância das regras de marcas e patentes e sem o pagamento de royalties, não afetando em nada a sua economia, o que por si só seria uma grande vantagem. (SPADANO, 2008, p. 533).

A segunda vantagem é que a retaliação cruzada no âmbito do TRIPS pode mirar setores muito influentes da economia do País demandado. E a razão principal disto é que certo detentores dos direitos de propriedade intelectual nos Países desenvolvidos, tais como a indústria farmacêutica e de computação, são poderosos lobistas. Caso sejam retirados seus direitos inerentes à propriedade intelectual por causa de políticas adotadas em outro setor da economia, conta-se com a idéia de que estes setores fariam o seu melhor dentro do País retaliado para retirar as práticas que foram consideradas ilegais pela OMC. Contudo, a principal vantagem da retaliação é a possibilidade de se atingir somente os interesses do País demandado sem prejudicar o os consumidores e o mercado interno do País demandante.

Os Direitos de propriedade intelectual tipicamente conferem ao titular do direito a capacidade de excluir terceiros do mercado. Estes direitos são concedidos com base em

diferentes considerações, incluindo a promoção e do investimento da inovação (patentes e segredos comerciais), promoção da expressão criativa (por direitos autorais e desenho industrial) e fornecer meios para identificar os bens e serviços de empresas particulares e das regiões (por marca e indicação geográfica). Em diferentes extensões, e, dependendo das características de mercado relevante, o Direito de Propriedade Intelectual permite aos produtores obter um preço “premium” para seus produtos excluindo outros do mercado. A rentabilidade dos direitos de propriedade intelectual são os chamados "royalties" que podem ser imputados no preço dos bens ou serviços, ou pode ser coletado separadamente, como se fossem taxas de licenciamento. Como uma proposição geral, a suspensão de Direitos de propriedade intelectual não deve ter o mesmo impacto negativo para o País que a realizar tal como seria a retaliação de aumento de tarifas sobre bens ou restringir o acesso ao mercado de serviços. Os royalties pagos aos detentores estrangeiros de DPI geralmente representam fluxos de pagamentos de País anfitrião de uma suspensão. Um medida como a suspensão da remessa do royalties não deve gerar o mesmo tipo de impacto adverso como elevar tarifas sobre bens ou serviços que restringem. Os produtores locais não enfrentarão aumento de custos para as entradas de mercadorias e os consumidores não pagarão preços mais elevado para bens de consumo. Além disto, a suspensão afeta os titulares de Direito de Propriedade Intelectual estrangeiros, prejudicando efetivamente a economia do outro País. (ABBOT, 2009).

A combinação destas vantagens leva à conclusão de que a suspensão das obrigações sobre o acordo TRIPS pode potencialmente, ser mais efetivo como um mecanismo de indução ao cumprimento das decisões da OMC pelos Países desenvolvidos do que a retaliação em bens ou serviços (SPADANO, 2008, p. 534). Na teoria esta prática só iria atingir o País demandado nunca o demandante. Todavia, como nunca tal retaliação foi utilizada na prática, alguns eventuais problemas sempre são apontados como possíveis, mas este poderão ser contornados dependendo da escolha feita pelo administrador, como se verá adiante.

Os aspectos econômicos da Retaliação Cruzada em TRIPS são os principais problemas que serão vistos e sentidos pela população tanto do País retaliador como do retaliado. Tanto é assim que o art. 22.3(d) do ESC é claro quando solicita seja considerado o impacto sobre o comércio no setor atingido pela violação, e o impacto econômico mais amplo sobre a economia, bem como as consequências graves da medida de suspensão e outras obrigações. A leitura do dispositivo aponta para a consideração do grau de violação e suas

consequências não somente relacionadas com o comércio afetado, mas os efeitos mais amplos sobre a economia do País (PINHEIRO, 2007).

Embora na teoria a retaliação sobre TRIPS seja vantajosa por não afetar o País demandado, a sua efetivação pode gerar prejuízos aos demandantes tais como o aumento da pirataria, a escassez de produtos importados essenciais no mercado consumidor em razão da quebra de patentes, por exemplo, medicamentos e produtos de informática, a não remessa dos Royalties pode significar quebra de contrato, além da potencial diminuição de investimento externos no País. Ainda, tais medidas podem gerar uma série de demandas judiciais internas por ser a retaliação incompatível com as leis interna de proteção da propriedade intelectual, podendo-se até mesmo arguir a inconstitucionalidade dessas. Ou seja, uma série de consequências adversas podem ser aventadas hipoteticamente. Diga-se mais uma vez em hipótese, porque nunca a retaliação cruzada foi efetivada. Os problemas que serão apontados são apenas os que potencialmente podem ocorrer e somente com a efetivação se comprovará todas estas teses contrárias à retaliação.

Portanto, no que diz respeito aos efeitos econômicos que envolvem a retaliação cruzada, se esta não for adotada com ótimos parâmetros técnicos pode-se se tornar um “tiro no pé” tal como é a retaliação em bens e serviços, uma vez que significará aumento de preços para os consumidores, redução do bem estar geral dos consumidores dos Países retaliadores, além de trazer sérios prejuízos para o setor importador e para as relações comerciais entre os Países demandantes e demandados. Para Hudec (2000, p. 387) a retaliação cruzada somente deve ser adotada quando tiver o objetivo de ajudar a remover a violação (indução de cumprimento da decisão), ou pelo menos para obter equivalentes propostas comerciais em compensação. De outra forma a retaliação cruzada significará sempre prejuízo para o demandante.

Justamente com esta preocupação que o Poder Executivo Brasileiro para dar cumprimento às decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 publicou através da CAMEX as Resoluções nº 74/2009 e nº 15 e nº 16 de 2010, onde foram previstas diversas formas de se efetivar a retaliação. É claro, que os efeitos decorrentes destas somente serão observados caso sejam de fato aplicadas. O objetivo deste estudo não é escolher a melhor forma, ou a forma menos prejudicial para a economia brasileira, mas sim estudar a compatibilização da retaliação cruzada em TRIPS com as normas internas de proteção da

propriedade intelectual, reconhecendo a autoridade formal e material das aludidas decisões do OSC como um todo.

Portanto, o estudo visa demonstrar que todas as medidas que foram previstas nas resoluções da CAMEX, e que se encontram de acordo com a Lei 12.270/2010, criada especificamente para adequar a legislação interna brasileira com as retaliações cruzadas dos acordos da OMC, são compatíveis com a ordem constitucional, e que se adotadas o Brasil estará mostrando para o mundo e para a organização internacional que luta e consagra internamente o seu objetivo final de desenvolvimento econômico através do comércio internacional multilateral.

4.3.1 Medidas de aplicação da retaliação cruzada previstas na ordem jurídica interna brasileira

Muito embora, o foco da presente dissertação não seja a escolha da melhor medida de aplicação da retaliação cruzada, uma escolha que tenha menos efeitos colaterais econômicos para o Brasil é sempre a mais acertada. Contudo é preciso lembrar que tais medidas não podem ser fracas ao ponto de não induzir o cumprimento das decisões dos painéis no caso do Algodão pelos EUA e modificar sua política agrícola de subsídios. De nada adiante escolher a medida com menos efeitos colaterais para o Brasil que não induz o cumprimento e muito menos o contrário. Um equilíbrio entre os danos e o induzimento das mudanças da política doméstica dos EUA sempre terá que ser a escolha.

Agora a pior escolha, sem dúvida, será a sua não aplicação de forma geral por declaração de inconstitucionalidade das medidas, principalmente através de liminares judiciais. Estas irão esvaziar qualquer capacidade de efetivação da retaliação cruzada, além do poder de barganha e negociação que as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 conferem ao Brasil para lutar contra a política de subsídios agrícolas ilegais não só dos EUA, mas também da União Europeia. As medidas adotadas pelo Estado Brasileiro tem que ser suficientemente danosas para a economia e/ou política americana a fim de induzir o cumprimento das decisões do caso do Algodão. Se todas estas medidas de uma forma geral forem declaradas incompatíveis com o ordenamento interno brasileiro de nada adiantará escolher a medida menos danosa à economia brasileira. Por isto a antecipação do Estudo para demonstrar que todas as previsões das Resoluções da CAMEX e da Lei 12.270/2010 são

constitucionais, e deixar para a autoridades responsáveis pelo comércio internacional no Brasil o mérito da escolha da medida, dentre as previstas e declaradas compatíveis com o ordenamento jurídico interno, que melhor vai atender o seu propósito.

Por isto que o primeiro possível problema da efetivação da retaliação cruzada que se encontra no próprio âmbito legal interno do País demandante, foi a escolha desta dissertação. A retaliação, seja ela qual for, por sua própria natureza sempre gera prejuízos, é o que se pode chamar de injustiça inerente da retaliação. Por ser ela temporária na essência, mas indefinida no tempo, detentores de propriedade intelectual americanos, e brasileiros residentes nos EUA, podem tentar barrar sua aplicação na ordem jurídica Brasileira por considerar a suspensão das obrigações do TRIPS inconstitucionais à luz da proteção da propriedade intelectual previstas na Constituição Federal Brasileira, mas que contudo não são verdade.

No que diz respeito ao aspecto legal, o Brasil publicou em 2010 a lei 12.270, que dispõe especificamente sobre as medidas de suspensão de concessões e outras obrigações do País relativas aos direitos de propriedade intelectual e outros, em casos de descumprimento de obrigações do Acordo Constitutivo da OMC.

A Lei prevê no inciso IV do art. 2º quais seriam os direitos de propriedade intelectual sujeitas a retaliação: a) obras literárias, artísticas e científicas; b) artistas intérpretes ou executantes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão; c) programas de computador; d) marcas; e) indicações geográficas; f) desenhos industriais; g) patentes de invenção e de modelos de utilidade; h) cultivares ou variedades vegetais; i) topografias de circuitos integrados; j) informações confidenciais ou não divulgadas; e k) demais direitos de propriedade intelectual estabelecidos pela legislação brasileira vigente.

No seu artigo 3º estabelece quais são as possibilidades de medidas a serem aplicadas contra pessoas naturais nacionais ou domiciliadas em determinado Estado, ou pessoas jurídicas domiciliadas ou com estabelecimento efetivo neste, quando este deixar de implementar decisões do OSC em detrimento do Brasil, *in verbis*: “I - suspensão de direitos de propriedade intelectual; II - limitação de direitos de propriedade intelectual; III - alteração de medidas para a aplicação de normas de proteção de direitos de propriedade intelectual; IV - alteração de medidas para obtenção e manutenção de direitos de propriedade intelectual; V - bloqueio temporário de remessa de royalties ou remuneração relativa ao exercício de direitos de propriedade intelectual; e VI - aplicação de direitos de natureza comercial sobre a remuneração do titular de direitos de propriedade intelectual.”

Por fim, o seu art. 6º determina os modos de implementação das contramedidas, que poderão ser aplicados isolada ou cumulativamente, e que foram adotadas na Resolução nº 16 da CAMEX, sempre em caráter temporário:

- I - postergação do início da proteção a partir de data a ser definida pelo Poder Executivo, com a consequente redução do prazo de proteção, para pedidos em andamento de proteção de propriedade intelectual;
- II - subtração do prazo de proteção, por prazo determinado, em qualquer momento de sua duração;
- III - licenciamento ou uso público não comercial, sem autorização do titular;
- IV - suspensão do direito exclusivo do titular de impedir a importação e comercialização no mercado interno de bens que incorporem direitos de patente, ainda que o bem importado não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular dos direitos de propriedade intelectual ou com seu consentimento;
- V - majoração ou instituição de adicional sobre os valores devidos aos órgãos ou entidades da administração pública para efetivação de registros de direitos de propriedade intelectual, inclusive sua obtenção e manutenção;
- VI - bloqueio temporário de remessas de royalties ou remuneração relativa ao exercício de direitos de propriedade intelectual dos licenciados nacionais ou autorizados no território nacional;
- VII - aplicação de direitos de natureza comercial sobre a remuneração a que fizer jus o titular de direitos de propriedade intelectual; ou
- VIII - criação de obrigatoriedade de registro para obtenção e manutenção de direitos de propriedade intelectual. (CAMEX, 2010).

Por mais que seja esta a aplicação prática da retaliação cruzada inédita no mundo jurídico, político e comercial, não deve ser ela por si só ser capaz de barrar a sua adoção pelos Países demandantes. Dependendo do volume de dinheiro a ser retaliado e do interesse envolvido, tem-se a certeza de que os agentes técnicos do Poder Executivo brasileiro encarregados de aplicar a retaliação serão criativos o suficiente para encontrar o método mais adequado e eficiente para conciliar todos os aspectos da demanda. Pode-se de dizer, portanto, que este é um problema complexo do ponto de vista técnico, mas de menor importância política doméstica e internacional. As opções mais adequadas que não gerariam prejuízos reflexos são as medidas dos incisos, V, VI, e VII do art. 6º da Lei 12.270/2010, destacando entre estas a suspensão das remessas de royalties, como a mais viável. Estas medidas evitariam o problema da identificação da nacionalidade do detentor da propriedade intelectual, da incerteza dos investidores, além de facilitar o cálculo do valor da suspensão. Tratam na verdade, de medidas de natureza fiscal e cambial, que não demandam grande dificuldade técnica para sua aplicação.

Portanto, no que diz respeito ao aspecto da legislação infraconstitucional nenhuma demanda por incompatibilidade da retaliação cruzada com o ordenamento jurídico interno poderia ser tomada, porque o Brasil se preparou para tanto, por meio da atuação do seu Poder Executivo e das suas previsões legais e técnicas.

No que diz respeito às possíveis alegações de constitucionalidade das Resoluções da CAMEX nº 74/2009 e nº 15 e nº 16 de 2010, como se verá no próximo item, estas são totalmente compatíveis com os dispositivos do art. 5º, XXVII, XXVII, e XXIX, uma vez que o direito de proteção da propriedade intelectual não é absoluto, pois sua proteção é condicionada ao interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, que estão em sintonia com os objetivos precípuos da OMC, expressos através das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2.

5 O FUNDAMENTO MATERIAL DE OBRIGATORIEDADE DAS DECISÕES DO OSC DA OMC NO BRASIL

Caracterizado o aspecto jurisdicional das decisões do OSC, demonstrado que possuem autoridade formal de coisa julgada internacional, uma vez que solucionam conflitos entre os Estados sobre a aplicação e interpretação das regras da OMC em caráter definitivo e obrigatório, exprimindo a verdade deste direito, e atingindo a função social máxima da jurisdição que é a resolução pacífica dos conflitos, chega-se à análise do fundamento material de sua obrigatoriedade. Entrando na esfera da eficácia e aplicação destas decisões, mais uma vez pergunta-se: Porque os Estados-membros da OMC devem cumprir tais decisões dentro do seu âmbito interno e modificar suas atividades domésticas em razão delas? Na diferenciação entre autoridade negativa e positiva da coisa julgada internacional, onde reside, então, esta autoridade positiva, expressão de sua eficácia? Sobre quais fundamentos jurídicos se dá a efetiva implementação das decisões jurisdicionais internacionais?

Existentes duas ordens jurídicas distintas, uma internacional e outra interna, o problema da transposição de uma decisão jurisdicional de uma ordem para outra se confunde com o próprio problema do fundamento de obrigatoriedade do direito internacional, tal como destacou Alan Pellet (2003, p. 100). E a solução deste problema “depende ainda, no essencial, da cooperação interestatal e das intervenções dos órgãos administrativos e jurisdicionais nacionais” (PELLET, 2003, p. 383). O problema se agrava ainda porque “com bastante frequência os tribunais internos evitarão pronunciar-se diretamente sobre o valor jurídico destes atos: sem negar abertamente o seu alcance obrigatório, eles encontrarão subterfúgios processuais para não terem de os tomar em consideração” (PELLET, 2003, p. 384).

As cortes domésticas, quando se deparam com eventuais conflitos entre as normas de direito internacional e as normas internas, têm a tendência, e porque não dizer um reflexo, em buscar a solução por meio de suas normas constitucionais. Todavia, nem todas as respostas serão encontradas nas previsões constitucionais, principalmente porque na maioria delas não existe previsões claras sobre a implementação e aplicabilidade das decisões jurisdicionais internacionais no ordenamento interno, como é o caso da Constituição brasileira.

Eileen Denza (2010) destaca que, o direito internacional até o século XX se preocupou muito mais com os problemas de cooperação e condução das soberanias estatais, e pouco sobre a relação do direito internacional com as normas internas destes mesmos Estados.

Em razão desta lacuna as cortes domésticas hoje são chamadas para enfrentar o conflito da aplicação destas normas internacionais no direito interno por outras autoridades nacionais. Como não existem previsões claras sobre o *enforcement* das decisões internacionais, e estas não podem inválidar as normas domésticas, as cortes tendem a se voltar para o seu direito nacional e o que se vê hoje é que cada Constituição é livre para dar aos tratados e ao direito consuetudinário o efeito que bem entendem. Disto resulta uma variedade extrema de soluções para a implementação das normas internacionais, que a levou a duas perguntas:

Pode-se dizer que certas abordagens constitucionais são baseadas em uma maior deferência ao direito internacional ou são voltadas a reduzir os conflitos entre os ordenamentos jurídicos? Se não, há outros fatores gerais que conduzam a uma maior compreensão mútua para resolver os problemas práticos da co-existência? (DENZA, 2010, p. 411-412, *tradução nossa*)⁴⁸.

Após analisar os dispositivos constitucionais das Constituições da Holanda, Alemanha, França, Rússia, Estados Unidos, e Reino Unido, onde enfatiza que a única que possui dispositivos específicos que garantem a superioridade dos tratados sobre as suas normas constitucionais é a Constituição Holandesa, as outras estão voltadas para o seu próprio direito, algumas com mais abertura ao direito internacional e outras mais fechadas. Chegou-se, assim, à conclusão de que o problema dos conflitos entre as normas internacionais e as normas internas não consegue ser resolvido apenas ao nível constitucional e nem com base numa única teoria geral.

O exame de alguns dos casos onde as questões da relação entre o direito internacional e nacional foram levadas aos tribunais nacionais, mostra a extrema diversidade desta questão. Em muitos casos, estas questões não são capazes de fácil resolução em termos de constituições nacionais, muito menos em termos de teorias gerais. (DENZA, 2010, p. 424, *tradução nossa*)⁴⁹.

Portanto, eventuais conflitos entre as normas e decisões jurisdicionais internacionais não serão resolvidas somente com base em preceitos constitucionais, ainda mais quando não existem previsões específicas para tanto, como no caso da Constituição brasileira. Contudo,

⁴⁸ Can it be said that certain constitutional approaches are based on greater deference to international law or help to reduce conflict between legal orders? If not, are there other general factors conducive to greater mutual understanding to resolving the practical problems of co-existence?

⁴⁹ Examination of a few of the cases in national courts where the questions of the relationship between international and national law has been raised shows the extreme diversity of the issues which presents themselves. In many cases these issues are not capable of easy resolution in terms of national constitutions, far less in terms of general theories.”

na existência do conflito, as cortes nacionais, caso demandas, tem a obrigação de sanar o problema. Assim, para além das normas e valores constitucionais, onde irão buscar os fundamentos formais e materiais das decisões jurisdicionais internacionais para aplicarem no direito interno?

Com relação ao caso concreto aqui estudado, a autoridade formal/negativa⁵⁰ da coisa julgada das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 tem decorrência do caráter jurisdicional do OSC, que foi criado com a independência necessária para solucionar a demanda com a melhor interpretação jurídica das regras da OMC. A autoridade negativa das decisões, portanto, está preservada pela vontade dos próprios Estados-Membros da OMC, e pelo caráter jurisdicional que lhe é próprio e peculiar.

A resolução dos conflitos entre a aplicação das decisões jurisdicionais internacionais e o direito interno agora se volta para o fundamento material desta decisão. Ou seja, quais são os mecanismos ou fundamentos materiais para que estas sejam aplicadas no direito interno dos Estados, na ausência de normas constitucionais que dispõe sobre aplicabilidade das sentenças internacionais. Mais especificamente, porque as Resoluções da CAMEX nº 74/2009 e nº 15 e nº 16 ambas de março de 2010, que representam o modo escolhido pelo Poder Executivo brasileiro para implementar as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 no País, não conflitam com as normas brasileiras de proteção da propriedade intelectual? Enfim, porque sua autoridade deve ser reconhecida materialmente?

O professor Leonardo Nemer (2002) destaca o problema em se buscar uma única teoria no direito internacional para solucionar a questão da eficácia e implementação das decisões internacionais com indagações que destacam as mais importantes teorias sobre o fundamento de obrigatoriedade do Direito Internacional:

Seria possível aceitar que a eficácia das normas jurisdicional ou arbitral reside na legalidade da decisão, isto é, no *pacta sunt servanda*, tal como afirma Anzilotti? Seria possível justificar a autoridade da sentença internacional apoiando-se na constatação de que a mesma constitui um fato social, como pretende Scelle? Poder-se-ia considerar ainda que a autoridade de uma sentença internacional encontra-se na abstração de uma norma originária e fundamental constituindo a base do caráter obrigatório das normas posteriores, como preconiza Kelsen? Ou então, poderíamos admitir que as normas constitutivas de uma ordem jurídica prescrevem a coerção, e que, caso a sociedade não conhecesse a sanção, a regulamentação das ações humanas cessaria de ser direito, como pretende a doutrina normativista? Finalmente, será que poderíamos aceitar o fato de que a autoridade de uma sentença

⁵⁰ Sobre a autoridade formal/negativa de coisa julgada internacional das decisões do OSC da OMC ver item 3.3.

internacional decorre de uma ordem natural, como pensam os jusnaturalistas? (BRANT, 2002, p. 254).

Na realidade todas as teorias contribuem para demonstrar o fim material da decisão internacional. Entretanto, a ausência de uma autoridade central internacional dotada de competência de coerção e a fragilidade das normas sobre aplicação das decisões jurisdicionais internacionais, conduz para a conclusão de que a força executória destas está mais ligada na atitude de boa-fé dos Estados em buscar o interesse comum da comunidade internacional, do que na própria força executória da decisão. Parte, portanto, da própria vontade do Estado em manter seus atos dentro dos limites da legalidade. (BRANT, 2002).

Este sentimento de obrigatoriedade é essencial também para Alain Pellet (2003), que destaca que

(...) nenhuma preferência teórica substitui a indispensável observação da realidade, na sua diversidade e na sua heterogeneidade. Tenho em conta o fato de que o direito não pode estar dissociado do seu contexto político, econômico e social, esta é a opção fundamental da presente obra. (PELLET, 2003, p. 110).

Isto significa que o fundamento material da autoridade de coisa julgada internacional⁵¹ das decisões do OSC da OMC reside no comprometimento dos Estados-parte em fazer valer os interesses e objetivos comuns consagrados na organização. A interdependência nas relações comerciais, aí incluindo a observância do mecanismo de solução de controvérsias, é fundamental para que todos atinjam o seu interesse comum de desenvolvimento econômico e social por meio do comércio internacional multilateral, sendo indispensável para tanto a implementação de boa-fé de todas as decisões do OSC no seu direito interno. A consagração dos interesses e objetivos comuns dos membros da OMC necessariamente parte do reconhecimento formal e material das decisões do OSC e da sua aplicação no direito interno por meio das cortes domésticas, o que significa a sua real concretização.

Quando se confrontam as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 que suspendem a proteção da propriedade intelectual temporariamente, a fim de garantir o cumprimento dos relatórios dos painéis e indenizar o Brasil demandante do prejuízo que lhe foi causado, e o art. 5º, XXIX, da CF, que assegura proteção e privilégios aos autores de

⁵¹ O professor Leonardo Nemer denomina de acepção positiva da autoridade da coisa julgada internacional e será melhor explicada no item 5.1.

inventos industriais, tendo em vista “o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”, a solução do conflito não pode ser feita sobre a análise das normas da Constituição isoladamente. A definição do “interesse social e o desenvolvimento econômico do País”, neste caso concreto, deve ser uma adequação das normas brasileiras em harmonia com os objetivos perseguidos pelo Brasil e compartilhados pelos demais Estados-membros, quando da sua ratificação e incorporação dos tratados da OMC no Brasil. O atual grau de interdependência dos Estados nas relações internacionais e econômicas não mais permite tamanho isolamento.

Contudo, a busca contínua pelos interesses comuns da comunidade internacional não depende somente da política externa dos Estados, mas também pela atuação dos poderes de dentro dos Estados. É claro que o Poder Judiciário Brasileiro não vai reconhecer a autoridade de decisões internacionais que sejam contrárias à Constituição. Nenhum Estado assim o faz em razão da garantia dos valores constitucionais escolhidos e consagrados pela vontade popular e da preservação do seu poder soberano. Todavia, no atual estágio do direito e das relações internacionais, a soberania não é mais tratada como antigamente e os Estados não sobrevivem no seu isolamento da soberania absoluta. A adequação das decisões internacionais com as normas internas não deve se ater somente aos valores constitucionais, mas deve ir além, na busca dos valores comuns da comunidade internacional, e no caso concreto aqui estudado, dos objetivos comuns dos Estados-membros da OMC.

Por isto, para tentar solucionar o suposto conflito entre as WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 e as normas brasileiras, é necessário primeiro demonstrar a transcendência das disposições das decisões jurisdicionais para além das partes e de sua autoridade negativa/formal, que é o aspecto positivo/material da autoridade da coisa julgada (5.1); como estas decisões contribuem para a consagração dos objetivos comuns da OMC (5.2); quais os motivos que levaram os Estados-membros a aderir a esta jurisdição compulsória, e porque a delegaram a interpretação e aplicação das regras da OMC a um órgão terceiro independente (5.3); e com base nestas premissas teóricas, apresentar uma solução concreta ao caso, através da interpretação finalista que deve pautar o poder judiciário brasileiro, fundamentando suas decisões nestes objetivos e valores comuns do desenvolvimento econômico por meio do comércio internacional multilateral (5.4). Por fim, a descrição da atuação cooperativa do Tribunal de Justiça da União Europeia como os tribunais constitucionais nacionais na construção do princípio do primado do direito comunitário, demonstra que a autoridade das

decisões internacionais não decorre da hierarquia de tribunais, mas sim do esforço conjunto da consagração dos valores e propósitos comuns de um tratado (5.5).

5.1 Acepção positiva da autoridade da coisa julgada das decisões judiciais internacionais

As definições dos conceitos que integram o princípio da autoridade da coisa julgada no direito internacional não são muito diferentes do direito interno, tais como seu necessário elo de ligação com o ato judicial e com órgão que a pronunciou, e sua obrigatoriedade formal.⁵² Contudo, quanto aos seus efeitos e sua aplicabilidade, a ausência de um poder central coercitivo capaz de fazê-las implementadas e executadas, traz grandes diferenças para o direito internacional em comparação com a obediência da obrigatoriedade de seu cumprimento no direito interno. A autoridade da coisa julgada no direito internacional toma outros contornos justamente porque o cumprimento das decisões judiciais internacionais pelos Estados precisam se basear não somente na sua obrigatoriedade formal, mas também, e, principalmente, na sua obrigatoriedade material. A delegação de parte da sua soberania a um terceiro jurisdicionado só é possível em prol de um interesse maior escolhido pelo Estado.

Por isto o Professor Leonardo Nemer (2002) divide a autoridade da coisa julgada na sua acepção negativa, que expressa a autoridade formal, imutável, obrigatória da decisão, e a positiva, que se identifica com a eficácia e a efetividade da sentença internacional. Isto não quer dizer que uma é separada da outra. Elas estão ligadas de forma indivisível. Contudo, a autoridade positiva se destaca por dizer respeito ao sentimento de obrigatoriedade de se dar a devida potência jurídica ao ato judicial, marcada pelo interesse comum dos atores do sistema internacional de pôr termo pacífico a seus litígios. Com efeito, “o conteúdo da sentença determina tanto a importância da cooperação das partes, necessária à sua implementação, quanto a sua margem de apreciação na execução” (WECKEL *apud* BRANT, 2002, p. 255).

A questão da autoridade positiva da coisa julgada distingue-se claramente da autoridade negativa. A primeira identifica-se com a eficácia e a efetividade da sentença internacional. Seus efeitos são exteriores ao processo e sua autoridade manifesta-se não pelo reconhecimento dos efeitos processuais do ato judicial,

⁵² Ver item 3.3 retro.

mas, seja pela adequação da ação das partes ao dispositivo da sentença internacional, seja por comportamentos jurídicos motivados pela sentença internacional. Na realidade, a autoridade positiva da coisa julgada é de natureza muito ambígua. A razão é simples. Por um lado, a autoridade positiva da coisa julgada é complementar à autoridade negativa, o que significa que a imutabilidade e a eficácia da sentença internacional estão unidas de maneira indivisível. Como observa a C.P.J.I, “as disposições de um compromisso que autorizam unilateralmente uma parte a não executar a decisão judiciária estão em contradição com a força obrigatória das sentenças tal como ela é estipulada nos artigos 59 e 63 do Estatuto. Em compensação, as interrogações e as particularidades, que envolvem a implementação positiva de uma sentença internacional, ultrapassam as fronteiras das considerações processuais quanto ao efeito obrigatório e definitivo da sentença, e situam-se sobretudo na análise da sequência das decisões jurisdicionais ou arbitrais internacionais. Isso significa que a autoridade positiva da coisa julgada não se limita a ser uma das regras formais do processo jurisdicional. Ao contrário, sua existência conhece todas as contradições de um universo marcado pela preservação da obrigação normativa de um terceiro jurisdicional, e pela apreciação soberana a respeito do interesse na eficácia da obrigação normativa. (BRANT, 2002, p. 250).

Esta contradição entre decisões jurisdicionais internacionais marcadas por uma obrigação formal incontroversa, e a decisão soberana dos Estados em efetivamente aplicá-las e modificar seus atos no direito interno de acordo com os seus preceitos, levou o Professor Nemer a constatar

(...) que a autoridade positiva de um terceiro jurisdicional se traduzirá, em princípio, por um mínimo de força executória da sentença internacional, e por um máximo de força contida na homogeneidade da comunidade internacional, capaz de incitar o Estado recalcitrante a se manter nos limites da legalidade (BRANT, 2002, p. 255).

Percebe-se aqui a fragilidade outrora apontada dos preceitos do direito internacional no que diz respeito à execução das decisões internacionais, uma vez que conservam os Estados grande margem de liberdade para o seu cumprimento. A autoridade das decisões dos órgãos jurisdicionais internacionais perante os Estados não é imposta.

O respeito ou o não respeito do dispositivo da sentença internacional é um caso de opção que depende, evidentemente, da apreciação subjetiva do estado, ou seja, ao cálculo entre o que se ganha e o que se perde executando a decisão jurisdicional. Como sublinha Prosper Weil, ‘numa dada conjuntura, um governo pesará as vantagens que podem lhe valer o respeito do direito, em comparação com o preço que lhe custaria a sua violação’. (BRANT, 2002, p. 262-263).

Isto demonstra que a autoridade positiva da coisa julgada se confunde com o próprio fundamento material de obrigatoriedade das decisões jurisdicionais internacionais, que é o sentimento de obrigatoriedade dos Estados em se fazer valer os interesses comuns da

comunidade internacional, ou os objetivos das organizações internacionais de que fazem parte. Esta escolha, na verdade, contribui tanto para a solução definitiva do litígio, quanto para a própria evolução do Direito Internacional. A escolha de custo benefício do Estado em se submeter e cumprir tais decisões é uma decisão maior que os próprios preceitos jurídicos expressos formalmente na decisão, e sua obrigatoriedade reside no que o Professor Nemer chama de *autoridade de fato* de uma sentença internacional.

Diante dessa constatação, é preciso se perguntar onde, na realidade, reside a autoridade da sentença internacional. Tal resposta pode ser encontrada naquilo que se pode chamar de *autoridade de fato* de uma sentença internacional. Em outras palavras, se por um lado, a autoridade positiva da jurisdição representa o desejo e o interesse do Estado em solucionar uma controvérsia de maneira obrigatória e definitiva, submetendo-se a autoridade do ato jurisdicional, por outro, pode-se considerar que a fonte original deste interesse reside, menos no cuidado de respeitar o direito, que na obrigação moral de manter a paz, e o interesse político de obter crédito na comunidade internacional. (BRANT, 2002, p. 270-271).

Assim, na ausência de mecanismos de execução forçada das decisões internacionais dotados de poder para implementá-las nos ordenamentos internos dos Estados, a *autoridade de fato* destas decorre principalmente do interesse em se buscar os interesses comuns da comunidade ou organização do qual os Estados e o terceiro jurisdicional estão inseridos. O cumprimento de boa-fé das decisões demonstra a busca pela efetivação destes valores e interesses comuns consagrados nos acordos constitutivos e na afirmação perante a organização de que o Estado demandado quer se manter dentro dos preceitos legais construídos em prol destes mesmos valores e interesses comuns.

Isso significa, finalmente, que a fonte da autoridade de uma sentença internacional reside mais no interesse que tem o Estado em demonstrar sua boa-fé e assegurar sua coexistência pacífica com outros estados da comunidade internacional. Sua justificação ultrapassa, então, os limites de seu caráter jurídico e permite constatar que a concepção positiva da autoridade da coisa julgada reflete a dimensão política do direito internacional. Como observa Virally, “numa determinada situação, a garantia resultante de um engajamento político – sobre o qual não é possível voltar atrás sem pagar um preço político excessivo -, pode ser muito mais forte que aquela derivada de um engajamento jurídico (que sanciona apenas uma responsabilidade difícil de pôr em ação)”. (BRANT, 2002, p. 271).

A autoridade material de fato de uma decisão internacional parte da escolha do Estado entre pesar se seus valores soberanos nacionais são maiores que os objetivos perseguidos pela Organização Internacional da qual faz parte voluntariamente, e também dos

interesses da Comunidade Internacional, a ponto de por em risco sua reputação e seu crédito político perante os outros Estados.

Dessa maneira, à diferença do direito interno, a autoridade da sentença internacional é diretamente proporcional à homogeneidade da comunidade internacional. Isso significa que, embora esteja formalmente revestida da obrigação jurídica, a autoridade de fato de uma sentença internacional se manifesta pelo interesse político da apreciação de dois valores distintos. Por um lado, o Estado encontra-se diante da possibilidade de executar uma sentença internacional de boa-fé e, assim, se preservar colocando-se ao abrigo da legalidade. Esta atitude permite recuperar ou conservar a confiança dos outros atores da cena internacional. Por outro lado, ignorando a execução de uma obrigação normativa jurisdicional, o Estado opta pela preservação dos valores soberanos tidos como hierarquicamente superiores à sua imagem e ao crédito fundado na legalidade de seu gesto. (BRANT, 2002, p. 272).

Quando se pensa então na obrigatoriedade material das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 e o modo de implementação escolhido pelo Poder Executivo por meio das aludidas Resoluções da CAMEX, seria a proteção da propriedade intelectual um valor soberano hierarquicamente superior ao objetivo da República Federativa do Brasil frente à OMC e aos seus próprios nacionais do desenvolvimento econômico e social por meio da participação efetiva do comércio multilateral internacional? Seria valor soberano superior do Brasil, proteger direitos que por sua natureza não deixam de ser “mesquinhos” de uns poucos, contra todos os nacionais diretamente interessados nos benefícios que um amplo e aberto comércio internacional que gera o bem estar social e o desenvolvimento da economia? Ainda não seria valor soberano superior combater a política de subsídios agrícolas dos EUA e da União Europeia que tanto prejudica os produtores brasileiros e os produtores dos Países em desenvolvimento e que trava o avanço das negociações da rodada Doha? Este é o desafio que o Judiciário brasileiro poderá ter nas mãos caso analisem pedidos de liminares que se deferidas tornarão totalmente sem efeito as retaliações cruzadas em TRIPS e tirarão do Brasil qualquer poder de negociação para afastar tais subsídios ou ver seu prejuízo reparado, esvaziando por completo a potência jurídica e a autoridade positiva das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2.

O que se pode tirar desta confrontação de valores é que muito embora o direito internacional não tenha evoluído no sentido de existirem mecanismos eficientes de se fazer cumprir as decisões internacionais, sua eficácia depende diretamente da fusão do voluntarismo com as teorias objetivistas do direito internacional. Os Estados guardam para si a opção de cumprir a decisão ou não, mas têm plena consciência de que a análise do custo

benefício do cumprimento é pautada pela necessidade social, econômica, comercial e política em um dado período de tempo, afastando ou se aproximando dos interesses da comunidade internacional, e/ou dos objetivos de uma organização internacional.

O *leitmotiv*⁵³ da eficácia da sentença internacional parece partir da fusão da evolução do voluntarismo com o interesse social proposto por Scele. Com efeito, é o próprio Estado que decide, de maneira soberana, se respeitará ou não a sentença internacional. O direito internacional não evoluiu, contrariamente ao desejo de certos autores, no sentido da criação de um organismo situado acima da soberania estatal e dotado de um poder eficaz de execução forçada. No entanto, ainda que a decisão jurisdicional possua unicamente um efeito processual inter-partes, é evidente que toda a comunidade internacional interessa-se por suas consequências e sente-se aí implicada de um ponto de vista político, econômico, comercial ou social. (BRANT, 2002, p. 273-274).

Dentro desta conta de custo benefício entre a decisão de respeitar ou ignorar a decisão internacional, o atual grau de interdependência entre os Estado pesa muito mais do que antigamente, o que obriga muitas vezes o reconhecimento dos direitos alheios, pois os Estados precisam conservar a sua soberania e ao mesmo tempo se relacionar bem com os seus “iguais” (SHAW, 2003).

Por isto que o reconhecimento da autoridade material da coisa julgada tanto contribui para a evolução do direito internacional. A decisão de um terceiro jurisdicional além de resolver o conflito interpartes é, também, a expressão máxima da busca dos objetivos comuns traçados pelo tratado que o constituiu, contribuindo para a concretização dos interesses de toda a Comunidade Internacional. Assim como uma sentença judicial do direito interno, que resolve o caso concreto sempre à luz dos valores superiores da sociedade previstos na sua Constituição,

(...) a sentença internacional existe no interesse geral tanto quanto no interesse das partes. Consequentemente, a distinção entre a autoridade negativa e a autoridade positiva da coisa julgada adquire assim importância, pois, enquanto a primeira reflete a lógica da corrente positivista, a segunda é a expressão mesma do objetivismo jurídico. (BRANT, 2002, p. 280).

Portanto, o reconhecimento da autoridade material da coisa julgada das decisões internacionais pelos Estados e por suas cortes domésticas, significa principalmente o reconhecimento da evolução do direito internacional. Limitar a própria soberania em razão da

⁵³ Do alemão, *motivo condutor* ou *motivo de ligação*.

inegável interdependência dos Estados, e da *opinio juris* de um terceiro jurisdicional, é contribuir para a consagração dos objetivos comuns de uma Organização Internacional, e a aproximação de uma Comunidade Internacional onde os interesses comuns tem grande peso no cálculo do custo benefício entre ignorar ou cumprir uma decisão internacional.

5.2 O alcance dos interesses da Comunidade Internacional pela autoridade da coisa julgada das decisões jurisdicionais internacionais e a interdependência dos Estados – uma evolução do Direito Internacional

Partindo da premissa de que as sentenças internacionais, dentre as quais as decisões do OSC da OMC existem não só no interesse das partes em conflito, mas também no interesse de todos, e mais especificamente no interesse dos Estados-membros da OMC, é necessário entender como o cumprimento destas decisões contribuem para o alcance dos objetivos do seu tratado constitutivo e para a evolução do direito internacional. O grau de interdependência dos Estados e a homogeneidade da Comunidade Internacional elevam a necessidade de cooperação e influenciam na balança de avaliação entre se ignorar ou cumprir uma decisão internacional.

Deste modo, à exceção de casos extremos, pode-se admitir que a interdependência entre os Estados atingiu, nos dias atuais, um tal ponto que chega a condicionar a ação das partes em litígio de maneira silenciosa, mas marcante. Estas preferem, sistematicamente, ora executar a sentença mostrando sua boa-fé, ora ignorar, apenas momentaneamente, a decisão jurisdicional aguardando circunstâncias mais propícias a novas negociações. O papel da comunidade internacional enquanto suporte da autoridade da jurisdição leva, pouco a pouco, à substituição do voluntarismo clássico, na apreciação da autoridade de uma sentença internacional, pelo voluntarismo aparente. A autoridade positiva da coisa julgada parece, assim, contribuir para inclinar a balança na direção de um direito internacional menos marcado pelos humores subjetivos do voluntarismo, que pela adequação objetiva dos valores fundados na necessidade social. (BRANT, 2002, p. 274).

O entendimento de que o fundamento material da obrigatoriedade das decisões internacionais se encontra na autoridade positiva da coisa julgada, e que o alcance dos interesses comuns da comunidade internacional está diretamente ligada ao seu cumprimento pelos Estados, leva à confirmação da evolução do Direito Internacional como um todo.

A aplicação do princípio da autoridade da coisa julgada no direito internacional lança as bases de um movimento lento, silencioso e inovador de transformação de um

direito internacional clássico, formal, voluntarista e individualista, num direito marcado pela necessidade de cooperação e pela ação da comunidade internacional em favor da preservação de seus interesses como um todo. (...) Ele reflete assim a contradição atual do direito internacional que leva os Estados a afirmar sua soberania, e o que os obriga a reconhecer sua necessária interdependência. Isto significa que o princípio da autoridade da coisa julgada registra a ambiguidade que leva os Estados a se ater a sua independência, registrando sua interdependência (BRANT, 2002, p. 275).

Neste embate entre voluntarismo e objetivismo do Direito Internacional, e independência e interdependência dos Estados, a divisão dos aspectos da autoridade da coisa julgada internacional em negativo e positivo ganha importância, “pois enquanto a primeira reflete a lógica da corrente positivista, a segunda é a expressão mesmo do objetivismo jurídico” (BRANT, 2002, p. 280). A evolução do direito internacional clássico fundado de certa forma no voluntarismo e no *pacta sunt servanda*, aos poucos vem evoluindo para se basear nos interesses da comunidade internacional, e a obrigatoriedade das decisões internacionais transpassa dos formalismos dos tratados para a vontade política dos Estados de fazerem cumprir os seus objetivos, concretizando a eficácia destes julgados. Portanto, a solução pacífica e definitiva de controvérsia, incluindo a sua efetividade sem a qual nunca se alcançará a plenitude (aspecto positivo da autoridade da coisa julgada), se apoia na busca da consagração dos valores comuns das organizações internacionais e da comunidade internacional, em última instância.

E foi este movimento de transição de um Direito Internacional que se funda na preservação de certos valores comuns à comunidade internacional, que levou o Professor Leonardo Nemer (2002) a lançar uma comparação com o Direito Interno para indagar se seria possível tirar das sentenças internacionais um valor superior de interesse de toda a comunidade, e maior que o próprio interesse das partes em conflito.

Na realidade, no direito interno, onde a Constituição representa a lei suprema do Estado, o caráter obrigatório de uma sentença jurisdicional emana forçosamente, tanto da constitucionalidade formal do Tribunal (porque a Constituição organiza as competências das quais as instituições jurisdicionais estão investidas), quanto da constitucionalidade material do conteúdo do dispositivo da sentença (porque se todo ato contrário à lei deve ser considerado desprovido de valor jurídico, *a fortiori* o mesmo deve acontecer para um ato que violaria a Constituição). Isso quer dizer que o caráter obrigatório de uma decisão jurisdicional no direito interno reside inteiramente no respeito à forma das diretivas, escritas ou não, das normas constitucionais. Em Resumo, a autoridade da coisa julgada reflete a supremacia da Constituição. (BRANT, 2002, p. 304).

Portanto, se o ato jurisdicional do direito interno possui autoridade formal de sua Constituição, e a sua autoridade material no conteúdo destas normas constitucionais, o seu dispositivo expressa valores que ultrapassa os interesses das partes. Levando em consideração que o povo é o titular do poder constituinte, e que os dispositivos da sentença judicial refletem em última instância valores essenciais deste grupo social, este raciocínio poderia ser levado às decisões jurisdicionais internacionais. Esta comparação levou o autor às seguintes perguntas:

Na verdade, para encontrar a origem da autoridade do ato jurisdicional no direito internacional poderíamos aplicar a mesma lógica da distinção formal e material? Poderíamos sustentar que a fonte formal da autoridade do ato jurisdicional no direito internacional representa o interesse da comunidade internacional? (BRANT, 2002, p. 305).

As respostas serão afirmativas, desde que a solução obrigatória dos litígios internacionais corresponda a um interesse maior e superior da comunidade internacional⁵⁴, tal como os valores constitucionais da vontade popular são para as sentenças de direito interno. Partindo da concepção de que o Direito existe para atender as necessidades de um dado grupo social a obrigação material das decisões internacionais explica-se pelo interesse maior dos Estados na solução pacífica dos conflitos e na estabilidade jurídica da ordem internacional.⁵⁵ Esta constatação é uma expressão do movimento de evolução do direito internacional do voluntarismo clássico para um objetivismo marcado mais pelos interesses e necessidades sociais envolvidas do que pelo consentimento formal, sem, contudo, o desconsiderar.

⁵⁴ Vale ressaltar que o conceito de comunidade internacional não é pacífico na doutrina do Direito Internacional, e muitos ainda acreditam na sua inexistência. Alain Pellet destaca que a diferença entre a expressão sociedade internacional e comunidade internacional seria que “a vida comunitária desenvolveria relações confiantes e íntimas, enquanto a vida em sociedade, baseada unicamente no interesse, seria fundamentalmente caracterizada por um estado de tensão. À escala universal, só o conceito de sociedade internacional assim seria concebível, não o de comunidade internacional. Na verdade, as diferenças entre os povos não excluem esse elemento subjetivo necessário que provém da vontade dos Estados de viverem em comum, apesar daquilo que os separa. Reforçamos ainda outras convicções comuns: a identidade geral das concepções morais, o sentimento geral de justiça, a aspiração geral à paz, a interdependência econômica, a necessidade universalmente reconhecida da luta contra o subdesenvolvimento. (...) É verdade que a expressão comunidade internacional, põe sobretudo a tônica na solidariedade internacional, de que se toma cada vez mais consciência e que não cessa de progredir nos fatos.” (2003, p. 41). Por isto, a expressão que não poderia ser usada na lógica do direito internacional clássico, representa o desejo de evolução do direito internacional moderno, “que enfatiza mais os valores que os reúnem que as razões que os separam” (BRANT, 2002, p. 308).

⁵⁵ “É de fato da tensão entre as aspirações confusas à comunidade internacional e a tendência dos Estados para afirmarem a sua soberania, que nasce o direito internacional cujo objeto é, precisamente, o de organizar a necessária interdependência embora preservando a independência. O direito internacional, garantia da coexistência dos Estados, aparece assim como ponto de equilíbrio, num dado momento, entre estes dois movimentos antagônicos” (PELLET, 2003, p. 41).

Portanto, não se pode tirar do direito os aspectos sociais, econômicos e políticos de um dado período de tempo como pregava a Teoria Pura do Direito.

A atitude de Kelsen, que separa o direito de qualquer relação social, é estritamente fictícia. O direito não existe se não é destinado justamente a regular situações sociais. Kelsen parece ignorar que o direito encontra sua razão de ser no interesse da comunidade e do grupo social no qual é aplicado. Deste modo, embora o direito internacional encontre sua obrigação formal no consentimento e no *pacta sunt servanda*, seu caráter obrigatório material explica-se pela necessidade da manutenção da paz, e pelo interesse que tem a comunidade de preservá-la. Se é verdade que o costume aparece com fonte do direito internacional, ele não é a única e nem hierarquicamente superior. (BRANT, 2002, p. 305-306).

Isto significa que, “na realidade, se o consentimento estabelece a legalidade da extensão dos efeitos da sentença internacional às partes, a comunidade internacional garante sua legitimidade” (BRANT, 2002, p. 311). Ou seja, o consentimento em nenhum momento pode ser excluído desta lógica, até mesmo porque é dele que vem a autoridade formal da coisa julgada internacional. Todavia, a obrigatoriedade material das decisões internacionais é legitimada pelos interesses comuns da comunidade internacional e é neste sentido que esta última pode ser equiparada à vontade popular. Com base neste entendimento é que se pode de fato concluir que as decisões jurisdicionais internacionais existem não só no interesse das partes, mas também no interesse de todos, tal como afirmado acima.

No seu sentido clássico, a sentença internacional encontra ainda seu fundamento formal de obrigação no consentimento voluntário do Estado, e se expressa no caráter interpartes da decisão, no seu sentido material, de fato, a comunidade internacional exerce uma influência importante sobre a autoridade da sentença. E isso porque, primeiramente, o conjunto dos Estados que a compõem tem interesse em que a ordem internacional seja respeitada; em seguida, porque os Estados têm igualmente um interesse considerável em conservar a confiança e o crédito nas suas relações internacionais. É por esta razão que a comunidade internacional, apesar da fragilidade de seus instrumentos de execução, constitui uma força psicológica. Sua autoridade reside menos no exercício da força que na capacidade de persuasão tácita. Finalmente, se a autoridade da coisa julgada manifesta-se por meio do consentimento, ela encontra sua origem no interesse da comunidade em preservar a paz e a estabilidade jurídica. (BRANT, 2002, p. 312).

Para o Professor Leonardo Nemer (2002), portanto, a obrigatoriedade material das decisões internacionais se encontra no interesse geral da comunidade internacional em preservar a paz e a estabilidade jurídica, sendo estes preceitos de caráter universal do direito internacional, levando ao que ele afirma ser um movimento lento, silencioso e inovador, de

substituição do voluntarismo clássico, na apreciação da autoridade de uma sentença internacional, pelo voluntarismo aparente.⁵⁶

Assim, partindo da conclusão de que o ato jurisdicional encontra a “origem material de sua autoridade no caráter representativo do tribunal face à comunidade internacional, e seus efeitos definitivos e obrigatórios, para as partes em litígio, expressam sobretudo a necessidade social de estabilidade jurídica e manutenção da paz” (BRANT, 2002, p. 278), o mesmo raciocínio (até com mais facilidade) pode ser levado para o caráter representativo do OSC e suas decisões perante os Estados-membros da OMC. Estas últimas são expressões

⁵⁶ Dentre as várias teorias que a muito tentam explicar o caráter obrigatório do Direito Internacional, a teoria descrita pelo Professor Leonardo Nemer foi a escolhida como a mais adequada para a solução do caso concreto proposto pela dissertação, e por ser na minha visão a melhor expressão do atual estágio do Direito Internacional. Por amor ao debate e para demonstrar que outras teorias têm um visão diferente do problema, vale resumidamente fazer referência à teoria de Martti Koskenniemi, maior nome atual do “estudo crítico do direito”. O autor não acredita nesta evolução ou movimento do direito internacional para a relativização da soberania dos Estados (voluntarismo aparente) e muito menos na busca de conceito jurídicos universais que para ele somente refletem esquemas de poder. Muito embora defenda o fim do “Estado-centrismo” do sistema internacional, onde não só os Estados, mas também os indivíduos, as nações as minorias, as organizações internacionais e as corporações, tem um papel importante no direito internacional, ainda não surgiu qualquer alternativa para afastar a soberania dos Estados do papel central. Nem mesmo nos regimes específicos do sistema internacional este movimento poderia ser observado. “Os vocabulários universalizantes de direitos humanos, o liberalismo econômico, e a interdependência ecológica sem dúvida afetou o poder soberano dos Estados, principalmente pela inserção de noções de direito público, como *jus cogens* e obrigações para com a comunidade internacional como um todo e pela 'fragmentação' do sistema internacional em instituições funcionais. Mas nenhuma alternativa para o problema da supremacia do Estado surgiu. Nenhuma das orientações normativas - direitos humanos, valores econômicos ou ambientais, os ideais religiosos - foi capaz de estabelecer-se em uma posição dominante. Pelo contrário, o que esses valores significam e como os conflitos entre eles devem ser resolvidos, é decidido em grande parte através da autonomia de seus membros. Os direitos humanos e muitos regimes econômicos e ambientais fornecem exemplos com tal. A União Europeia tem se desenvolvido em um sistema autônomo em grande parte fora do quadro do direito internacional. Até que ponto esses outros regimes também o poderão como a UE. Isto pode ser afirmado a partir da caracterização do sistema da OMC pelo Órgão de Apelação no caso de *Bebidas Alcoólicas* (1996): O Acordo da OMC é um tratado - o equivalente internacional de um contrato. É evidente que é um exercício de sua soberania, e em busca de seus respectivos interesses nacionais, os membros da OMC fizeram uma barganha. Em troca dos benefícios que eles esperam como membro da OMC concordaram em exercer a sua soberania de acordo com os compromissos que assumiram no acordo da OMC.” (2010, p. 37, *tradução nossa*). No original: “The universalizing vocabularies of human rights, liberalism, economic and ecological interdependence have no doubt complicated inter-sovereign law by the insertion of public law notions such as *jus cogens* and obligations owed to the international community as whole and by 'fragmenting' the international system into functional institutions. But no alternative to statehood has emerged. None of the normative directions - human rights, economic or environmental values, religious ideals - has been able to establish itself in a dominating position. On the contrary, what these values may mean and how conflicts between them should be resolved is decided largely through of autonomy from their members. Human rights and many economic and environmental regimes provide examples of such. The European Union has developed into an autonomous system the functions largely outside the frame of international law. How far these other regimes are from the EU can, however, be gleaned from the characterization of the WTO system by the Appellate Body in the *Alcoholic Beverages* case (1996): The WTO Agreement is a treaty - the international equivalent of a contract. It is self-evident that is an exercise of their sovereignty, and in pursuit of their own respective national interests, the member of the WTO have made a bargain. In exchange for the benefits they expect to derive as member of the WTO they have agreed to exercise their sovereignty according to commitments they have made in the WTO agreement.”

máximas dos objetivos comuns da organização internacional e existem não só para solucionar o conflito interpartes, mas também para garantir a melhor aplicação e interpretação dos tratados da OMC a ser observada por todos os seus membros compulsoriamente, na medida em que consentiram submeter a sua soberania a um terceiro jurisdicionado (OSC).

5.3 Porque os Estados criam e se submetem às decisões de tribunais jurisdicionais internacionais

Afirmado que as decisões jurisdicionais internacionais expressam valores superiores à simples solução do conflito interpartes, e que são a expressão final dos objetivos que levaram à constituição dos tratados e da sua autoridade material, referendada pela legitimidade que lhe foi atribuída pelos próprios Estados-membros, esta é a hora de se buscar entender porque estes mesmos delegaram parte da sua soberania e se submeteram à compulsoriamente das decisões de um terceiro jurisdicionado. Melhor dizendo, porque os Estados criam e se submetem às decisões de tribunais jurisdicionais internacionais, e como estas decisões, contribuem para reforçar a credibilidade dos compromissos assumidos por um Estado ao outro, e são fundamentais para a concretização dos seus objetivos comuns. Quanto maior a legitimidade destes tribunais em se fazer cumprir os compromissos assumidos, maior a autoridade material que estas decisões gozam no direito interno e maior a probabilidade de reais mudanças das práticas internas e internacionais em prol de um objetivo comum consagrado nos tratados.

Como visto anteriormente, o consentimento dos Estados para a criação de um tribunal jurisdicional internacional é essencial para o reconhecimento da autoridade formal deste terceiro jurisdicionado e suas decisões (autoridade negativa da coisa julgada), mas a análise do fundamento de obrigatoriedade da decisão também parte da tomada de consciência da sua correspondência com as necessidades gerais de estabilidade jurídica e de cumprimento dos objetivos do tratado. Daí a relativização do voluntarismo clássico, mas nunca a sua total supressão. Aceitar limitações da sua soberania, na verdade, corresponde ao seu exercício pelo Estado. A escolha entre aceitar ou não restrições da soberania a partir de julgados internacionais é também expressão do seu próprio poder soberano em prol de um interesse maior, e neste reconhecimento se encontra a evolução do direito internacional para uma nova dimensão da noção de soberania, preocupada com interesses da comunidade internacional.

A alusão à necessidade social enquanto fonte da autoridade da coisa julgada torna possível a introdução de um novo elemento capaz de dar uma nova dimensão à noção de soberania no direito internacional clássico. Carrillo-Salcedo opõe-se, com razão, ao voluntarismo jurídico, e afirma que “a soberania se estende como um feixe de competências exercidas no interesse do Estado, mas também, ainda em menor medida, nos interesses gerais da comunidade internacional em seu conjunto. Assim concedida, a soberania dos Estados não é incompatível com a existência de um direito internacional objetivamente válido; ela é, ao contrário, por definição, a própria condição de sua existência”. Na realidade, se o Estado decide voluntariamente renunciar, de acordo com outros Estados, ao exercício individual de certas prerrogativas, o fato de respeitar essas limitações de exercício consentidas não significará para ele renunciar ao seu poder de Estado, mas cumpri-lo. (BRANT, 2002, p. 279).

Este movimento de adesão voluntária a tribunais internacionais que emitem decisões compulsórias e vinculantes direcionada a mudar comportamentos dos Estados comprova a dualidade da evolução do direito internacional. Não por acaso, a vontade individual dos estados é essencial para dotar a decisão do caráter jurisdicional obrigatório e definitivo (autoridade formal da coisa julgada), e esta mesma vontade delega a um terceiro jurisdicionado a competência para dizer o direito de uma maneira totalmente independente ao cálculo do seu custo benefício inicial de se vincular ao Tribunal, o que pode significar uma limitação real à vontade soberana dos Estados. No caso do OSC da OMC, por exemplo, ao se dotar este órgão do poder jurisdicional e da independência para analisar e interpretar o modo de aplicação dos tratados em prol dos seus objetivos precípuos, os Estados-membros não mais controlam o alcance desta decisão. Esta, por sua vez, pode ser mais expansiva do que o pedido das partes e ao final pode limitar a sua soberania ainda mais que o previsto no cálculo inicial. Portanto,

(...) embora formalmente revestida do consentimento, no direito internacional a sentença judiciária não exprime forçosamente a visão das partes. Como demonstra Elizabeth Zoller: “ainda que o Estado não possa ser convocado perante a jurisdição internacional arbitral ou judiciária, senão na medida em que o consente, as regras que governam a solução jurisdicional de controvérsias não dependem exclusivamente da vontade das partes do litígio, mas são, em larga medida, exteriores a esta. Resulta daí que, uma vez dado o seu consentimento, o Estado parte numa controvérsia internacional não poderia apoiar-se em sua soberania para escapar às obrigações que o direito internacional lhe impõe na espécie. Expressando sua vontade de recorrer à forma jurisdicional para a solução pacífica de suas controvérsias, o Estado se coloca *ipso facto* sob o império das regras do direito objetivo que dominam o processo internacional, limitam sua soberania e lhe impõem obrigações”. A sentença não pode, pois, ser compreendida exclusivamente como uma ordem contratual fundada no princípio do *pacta sunt servanda*. Ela é verdadeiro ato jurisdicional que demonstra a afirmação de superioridade da jurisdição, enquanto

manifestação do ordenamento jurídico da comunidade internacional. (BRANT, 2002, p. 286-287).

A decisão jurisdicional internacional é um verdadeiro ato dotado de poder jurídico não vinculado aos pedidos e interpretações das partes sobre a aplicação das regras dos tratados. A expansividade da decisão é incontrolável pelas partes, e seu entendimento sobre a melhor aplicação dos acordos e tratados pode ser totalmente diferente das previsões feitas pelos Estados envolvidos na lide, que ainda assim são obrigados a cumprir suas determinações. “Assim, embora a fonte formal da autoridade da coisa julgada resida no consentimento das partes, a autoridade relativa do ato jurisdicional reflete a homogeneidade relativa da comunidade internacional, a vontade de organização judiciária e manifesta-se por um ato de poder” (BRANT, 2002, p. 287), ou seja, a decisão emanada pelo terceiro jurisdicionado e sua autoridade formal e material de coisa julgada expressam a melhor solução para o caso concreto que gozará da maior credibilidade perante a comunidade internacional, e por isto não se atém ao pedido das partes. Por isto, os Estados ainda hesitam em se vincular às jurisdições internacionais e, ainda pior, muitas vezes hesitam em cumprir uma decisão de uma jurisdição que já expressaram o seu consentimento. Porque então afinal os Estados criam e se submetem a decisões jurisdicionais? Quais são as vantagens e os riscos que existem para os Estados pela sua adesão?

O professor Leonardo Nemer (2002) destaca que são várias as vantagens de submeter conflitos internacionais às decisões jurisdicionais, mas podem ser resumidas em duas razões primordiais. Primeiramente a escolha dos Estados em levar uma demanda a um tribunal garantirá a legalidade da sua ação. A “autoridade da coisa julgada colocará, assim, um carimbo material e formal de legitimidade de uma situação determinada, sublinhando a legalidade da expectativa e, em última instância, do recurso a contramedidas, para que uma decisão jurisdicional seja executada” (BRANT, 2002, p. 371). A vinculação a uma decisão judicial para a solução dos litígios refletem os interesses da comunidade internacional do desejo de paz, de segurança jurídica nas relações internacionais, e boa-fé dos Estados em honrar os compromissos assumidos. Em segundo lugar,

(...) o processo jurisdicional, exclui, por assim dizer as relações de força entre as partes em litígio. Nesse sentido, a sentença, teoricamente imparcial de um terceiro, ao se fundamentar apenas nas fontes previstas no direito internacional, põe fim ao conflito entre as partes de maneira obrigatória e definitiva. Deste modo, ultrapassa-se o jogo da diplomacia, ignorando as correlações de força econômica e militar que

determinam as margens de poder de cada um na negociação. O princípio da autoridade da coisa julgada age, pois, como uma espécie de instrumento de democratização da comunidade internacional. No seu sentido mais elementar, ele é expressão da igualdade de todos diante do direito. (BRANT, 2002, p. 372).

Contudo, Laurence R. Helfer e Anne-Marie Slaughter (2005) demonstram ainda mais enfaticamente as vantagens de se criar e se submeter a tribunais jurisdicionais independentes e os riscos que correm os Estados em não cumprir as decisões de jurisdições a que estão vinculados. A visão prática destes autores contribui para entender como as decisões jurisdicionais são importantíssimas para reforçar a credibilidade dos compromissos internacionais, principalmente no que eles chamam de “Acordos Internacionais profundos”. Esses acordos são os que exigem modificações das legislações e práticas nacionais dos Estados-membros, tal como são os acordos da OMC, e tal como exigem as decisões do OSC, como por exemplo a determinação de mudança da política doméstica de subsídios agrícolas americanos a partir do caso do Algodão Brasil vs. EUA.

Para estes autores muitos cientistas políticos atribuem um papel limitado aos tribunais internacionais em razão da desconfiança dos Estados em delegar poderes jurisdicionais a membros de um tribunal internacional que não seriam fieis aos tratados, ao direito consuetudinário, e principalmente aos interesses dos próprios Estados. Esta visão limitada parte do princípio que o único papel destes tribunais seria resolver conflitos entre os Estados, o que não é verdade. Eles exercem grande influência tanto na esfera doméstica quando na esfera internacional, e por fim aumentam em muito a credibilidade dos tratados em volta dos quais foram criados.

Tribunais jurisdicionais independentes fazem muito mais do que simplesmente resolver disputas entre Estados concorrentes. Na esfera doméstica, os tribunais independente reduzem ambigüidades políticas, estabilizam e influenciam nos resultados políticos internos, gerenciam incertezas eleitorais e disciplinam outros autores e autoridades da política interna. No contexto da política internacional, os tribunais independentes servem para cumprir os objetivos dos quais foram criados. Em particular, eles agem como curadores que aumentam a credibilidade das promessas que os governos fazem para uns para os outros. Ao interpretar as promessas e identificar comportamentos que violam os tratados, tribunais independentes aumentam a probabilidade de que os Estados cumpram as suas obrigações em situações em que o cumprimento gera prejuízos políticos de curto prazo, mas ganhos políticos a longo prazo. (HELFER; SLAUGHTER, 2005, p. 34-35, *tradução nossa*)⁵⁷.

⁵⁷ Independent courts and tribunals do far more, however, than simply settle disputes between contesting parties. In the domestic realm, independent courts reduce policy ambiguities, stabilize policy outcomes, manage electoral uncertainty, and discipline other political actors. In the international context, independent tribunals serve related

O aumento da credibilidade dos acordos e dos compromissos internacionais se dá porque os tribunais jurisdicionais foram criados justamente para aplicar, interpretar e monitorar os objetivos dos tratados que os próprios Estados criaram num interesse comum. A independência destes jurisdicionados, que não estão ali para representar os interesses dos Estados somente, mas sim para defender os interesses comuns de todos estes estados, reforçam tal credibilidade. Isto pode ser muito observado pelo grau de expansividade das suas decisões, como afirmado acima. As sentenças internacionais não se atêm somente aos pedidos dos estados-partes de um litígio. Estas são baseadas nos pedidos, mas suas conclusões jurídicas podem ultrapassá-los, e apresentar a melhor interpretação dos acordos que assim entenderam e seus dispositivos servem não só para as partes do litígio, mas para todos os outros membros, como exemplo de qual é a melhor atitude a ser observada daí para frente para se adequar às regras dos tratados (claro sem vinculá-los, pois os dispositivos mandatórios ainda se atêm as partes não atingindo terceiros). Daí mais uma vez, as decisões jurisdicionais internacionais existem no interesse das partes, mas também no interesse de todos em se atingir os objetivos comuns dos tratados. Por isto a afirmação categórica de Laurence R. Helfer e Anne-Marie Slaughter (2005) que as cortes internacionais independentes reforçam a credibilidade dos tratados, uma vez que entendem que o seu único objetivo é manter os Estados dentro das negociações e compromissos assumidos quando da celebração dos tratados ou do desenvolvimento do direito consuetudinário.

Portanto, os tribunais independentes não fariam mais do que manter os estados dentro das obrigações internacionais que foram bem definidas inicialmente no acordo. O direito internacional, contudo, é raramente tão claro. Na prática, atribuindo a um tribunal um mandato para resolver litígios entre as partes do acordo com regras pré-estabelecidas, também inclui um mandato implícito para completar o contrato realizado entre as partes, preenchendo lacunas e esclarecendo ambigüidades. Tais empreendimentos interpretativos muitas vezes exigem do tribunal o engajamento para algum tipo mínimo de criação de regras. Alguns tribunais têm uma expansividade de mandato ainda maior e podem avançar seu poder de interpretação para alcançar os objetivos gerais de um tratado ou para esclarecer as regras específicas à luz desses objetivos. Nas margens externas, um tribunal ainda pode utilizar o seu mandato ainda de forma mais expansiva, avançando especialmente na visão dos seus objetivos, durante períodos de impasse

functions. In particular, they act as trustees that enhance the credibility of the promises that governments make to one another. By interpreting those promises and identifying behavior that violates them, independent tribunals increase the likelihood that states will comply with their obligations in situations where compliance generates short-term political losses but long-term political gains.

político entre estados membros. (HELPER; SLAUGHTER, 2005, p. 39, *tradução nossa*)⁵⁸.

A legitimidade das decisões jurisdicionais internacionais de tribunais independentes existe, porque sua função precípua é garantir o correto cumprimento dos tratados por todos os Estados-membro. E quanto mais difícil for a mudança das práticas e políticas domésticas e internacionais dos Estados aos compromissos assumidos, os chamados “Acordos Internacionais profundos” maior é a necessidade de previsão de mecanismos de *enforcement* e maior o papel dos tribunais internacionais. É o caso dos acordos da OMC, que após a Rodada do Uruguai fez evoluir o seu mecanismo de solução de controvérsias e ficou conhecida a expressão OMC “com dentes”, ao contrário do antigo GATT em que o índice de não cumprimento das regras dos acordos e das decisões do OSC era consideravelmente maior que o atual. Neste sentido os autores destacam a importância dos tribunais internacionais para resolver problemas de cooperação de “acordos internacionais multilaterais profundos” e citam o mecanismo de solução de controvérsias da OMC como o melhor exemplo atual de credibilidade que o OA dá às regras da OMC.

O primeiro tipo de problema de cooperação multilateral que engloba Downs, Locke e Barsoon chama acordos "profundos", ou seja, tratados que requerem aos estados mudanças de comportamento de forma significativa e diferente do *status quo*. Esses estudiosos afirmam que quanto mais profundo o acordo, maior será a resistência ao cumprimento e mais forte é a necessidade de mecanismos de fiscalização e sancionamento para alcançá-lo. Assumindo que esta afirmação seja uma verdade, um tribunal internacional que estabelecido pelos Estados para auxiliar a execução, identificando violações, ou autorizando a aplicação de sanções à infratores deve ater as partes o mais rápido possível para o seu acordo inicial, ou existe um grande risco de deserções que impossibilitam a cooperação. Visto deste ponto de vista, a correlação entre o "Aprofundamento" do regime de comércio do GATT à OMC (como por exemplo a diminuição de barreiras comerciais e a expansão de áreas de comércio) e o reforço da sua independência judicial (a partir de painéis do GATT ao Órgão de Apelação da OMC) não é acidental, mas sim a sua causa. Ela reflete uma compreensão por parte dos governos que uma maior independência judicial foi necessária para impedir o aumento dos incentivos à deserções o que gerou maior profundidade no seu cumprimento. (HELPER; SLAUGHTER, 2005, p. 39-40, *tradução nossa*)⁵⁹.

⁵⁸ Therefore, independent tribunals would do no more than hold states to the precisely defined international obligations to which they had initially agreed. International law is rarely so clear, however. In practice, giving a tribunal a mandate to resolve the parties' dispute in accordance with preexisting rules also includes an implicit mandate to complete the parties' contract by filling gaps and clarifying ambiguities. Such interpretative ventures often require the tribunal to engage in some type of minimal lawmaking. Some tribunals have a more capacious mandate: to achieve a treaty's overall objectives or to read its specific rules in the light of those objectives. At the outer margins, a tribunal may interpret its mandate even more expansively, advancing particular substantive goals during periods of political impasse among the member states.

⁵⁹ The first type of multilateral cooperation problem encompasses what Downs, Locke, and Barsoon call “deep” agreements, i.e., treaties that require states to change their behavior significantly from the status quo. These

Portanto, a atuação dos tribunais internacionais bem como a previsão de mecanismos de contramedidas e retaliações em prol de se cumprir os objetivos dos tratados garantem a sua maior credibilidade e ao final a concretização dos interesses que levaram os Estados a firmarem seus acordos. Além disto, as decisões jurisdicionais garantem que as atitudes dos Estados foram tomadas dentro dos limites legais, igualando os Estados e tirando de cena a força diplomática e política da balança de poder, o que garante a paz e estabilidade jurídica do ordenamento internacional, interesse universais da comunidade internacional. Contudo, mesmo diante destas inegáveis vantagens, porque ainda assim muito estados evitam de se vincularem a tais jurisdições? E porque se cumprir decisões de tribunais criados por tratados, se não há nem mesmo uma garantia de cumprimento do próprio tratado ou normas internacionais de execução forçada das decisões jurisdicionais internacionais? ⁶⁰

A resposta à primeira pergunta foi quase toda respondida acima. Uma vez submetidos à jurisdição o ato jurisdicional goza de poder suficiente para expandir suas determinações para além dos pedidos das partes. Ao decidir conforme os objetivos comuns consagrados nos tratados e em prol dos interesses da comunidade internacional, esta limitação da soberania foge ao cálculo do custo benefício que fazem os Estados a ser vincularem a tais tribunais, podendo determinar mudanças na sua política doméstica ou internacional em matérias que estes não estariam dispostos a mudar. “A ideia de vencer ou perder um processo é estudada antecipadamente pelas partes que pesam o risco em relação ao evidente benefício de uma decisão firme” (BRANT, 2002, p.373). Contudo, não é somente este cálculo que conta. O grau de rigidez e obrigatoriedade da coisa julgada também explicam em parte porque os Estados tem resistência em adentrar a tais jurisdições. O custo político de não se cumprir tais decisões é enorme e para os Estados que querem preservar sua soberania a melhor decisão é nem se vincular a tais jurisdições para evitar problemas futuros.

scholars argue that the deeper the agreement, the greater the resistance to compliance and the stronger the enforcement and sanctioning mechanisms required to achieve it. Assuming this claim to be true, an international tribunal that states establish to aid enforcement by identifying violations or authorizing the sanctioning of violators must hold the parties fast to their initial agreement or risk defections that cause cooperation to unravel. Seen from this vantage point, the correlation between the “deepening” of the trade regime from the GATT to the WTO (as shown by its lower trade barriers and expanding subject areas) and the enhancement of judicial independence (from GATT panels to the WTO Appellate Body) is not accidental but causative. It reflects an understanding by governments that greater judicial independence was necessary to deter the increased incentives for defection that greater depth engendered.

⁶⁰ Lembrando que no Direito Internacional não existe um poder central dotado de capacidade coercitiva, e muito menos de normas de execução das decisões internacionais, tal como explicado no item 2.

Esse argumento justifica a idéia sobre a qual se fundamentam os Estados que procuram proteger-se de um compromisso, o qual terá criado as condições de aplicação de uma sentença obrigatória e definitiva, cujas consequências serão, por vezes, imprevisíveis. Como afirma Jennings, a resistência por parte dos governos em se engajar numa via judiciária para solução dos conflitos é compreensível: “os governos gostam de manter as opções abertas ao máximo que podem. Se alguém se imagina na posição de assessor jurídico de qualquer governo em particular pode imediatamente perceber que não seria fácil achar razões cogentes para admitir que aquele governo devesse voluntariamente aceitar a adjudicação compulsória de uma disputa em termos menos gerais. (BRANT, 2002, p. 376).

Esta posição dos Estados é compreensível, mas o que dizer daqueles que estão vinculados pelo seu consentimento aos tribunais internacionais e ainda relutam em cumprir suas decisões? Diferentemente da Corte Internacional de Justiça, onde dos cento e oitenta e oito Estados parte, somente cinquenta e oito, e muitos com reservas, aceitam a jurisdição da corte (BRANT, 2002) todos os membros da OMC se submetem compulsoriamente às decisões do OSC, em razão do princípio do *single undertaking*. Não há como não cumprir as decisões proferidas sem sofrer contramedidas e retaliações previstas no mecanismo de solução de controvérsias, ou suportar um alto custo político e de reputação perante os membros da OMC e a comunidade internacional.

Portanto, para responder esta segunda indagação, de porque os Estados deveriam cumprir as decisões a que estão vinculados, mesmo na ausência uma autoridade central coercitiva e normas internacionais de execução forçadas, primeiro é necessário ter a consciência da função de fiscalização e monitoramento dos comportamentos dos Estados de acordo com os objetivos dos tratados que exercem estes tribunais internacionais. Como nem sempre o direito é claro, os custos de avaliação e monitoramento das condutas dos outros Estados é muito alto se for tomado isoladamente por cada um. Por isto a delegação desta função aos tribunais reduzem em muito estes custos. Ademais, os tribunais identificam e publicam quais Estados não estão agindo de acordo com os tratados, o que é uma peça chave para o sucesso dos seus objetivos. (HELPER; SLAUGHTER, 2005).

Segundo, a possibilidade real de detectar as violações através de contenciosos que serão levados a tribunais aumentam consideravelmente a possibilidade de serem aplicadas sanções e contramedidas a estes Estados violadores que pode custar caro e repercutir até mesmo na sua esfera doméstica. É o caso das retaliações em propriedade intelectual, ou aumento de barreiras tarifárias, que podem comprometer ou encarecer o consumo interno dos seus nacionais. E, ainda, o custo de reputação destes Estados que violaram as regras dos

tratados perante os outros Estados-membros da organização internacional, o que pode gerar grandes prejuízos em futuras negociações e acordos de toda a natureza, porque serão rotulados como violadores das normas internacionais. (HELPER; SLAUGHTER, 2005).

Portanto, por mais que não exista no ordenamento jurídico internacional um poder central coercitivo e normas internacionais de execução das decisões jurisdicionais internacionais não cumpri-las tem um alto preço. A liberdade que gozam os Estados ao final de decidir, fazendo o cálculo do custo benefício, entre ignorar ou cumprir uma decisão internacional (autoridade positiva da coisa julgada) envolve todas estas vantagens e implicações aqui descritas. Manter as noções tradicionais de soberania, orgulho e honra nacional, mesmo depois de consentida a sua adesão a jurisdições de tribunais internacionais hoje têm um custo muito maior, principalmente se estas decisões provêm do OSC da OMC, que possui mecanismos eficazes de retaliações.

Por isto, o poder judiciário brasileiro tem que ser muito cuidadoso antes de alegar qualquer inconstitucionalidade das Resoluções da CAMEX que introduzem no Brasil as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2. Isto porque a não implementação no direito brasileiro destas decisões podem gerar altos custos de reputação e de negociação para o Brasil caso surjam liminares que resguardem o direito de propriedade intelectual de nacionais, pessoas físicas e jurídicas, residentes nos EUA, ou ainda até de americanos, o que não é impossível de acontecer. Como se vera a partir do próximo item, estas decisões não são incompatíveis com as normas de proteção da propriedade intelectual previstas no ordenamento brasileiro e a sua não aplicação no direito interno demonstrará o quanto o Brasil está afastado dos objetivos da OMC, e o custo de reputação do País será muito mais alto que os prejuízos individuais causados pela retaliação.

5.4 A aplicabilidade no direito interno brasileiro das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 e sua autoridade material

Com o objetivo de dar cumprimento no direito interno brasileiro às decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2, e aplicar medidas de Retaliação Cruzada contra os EUA, o Poder Executivo através da CAMEX publicou a Resolução n. 16/2010, com a previsão de uma série de 21 medidas no seu anexo III, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, contra titulares ou licenciados de direitos de propriedade intelectual que

sejam pessoas naturais nacionais dos Estados Unidos da América ou nele domiciliadas, ou ainda pessoas jurídicas domiciliadas ou com estabelecimento naquele País. Estas medidas tem seu fundamento legal no art. 3 da Lei 12.270/2010 e buscam suspender certos direitos de propriedade intelectual, bem como sobre a remuneração que for devida a este título. A sua aplicação efetiva no Brasil tem como objetivo final induzir os EUA a cumprirem a decisão dos painéis do caso do Algodão, modificando sua legislação interna de subsídios agrícolas ilegais fazendo cessar os prejuízos causados ao Brasil e ao mercado mundial.

Como foi visto no item 2.4, nenhuma medida ainda foi tomada na prática em razão da celebração entre Brasil e Estados Unidos da América de “Acordo-Quadro para uma Solução Mutuamente Acordada para o Contencioso do Algodão na Organização Mundial do Comércio”, publicado através da Resolução n. 43, de 17 de junho de 2010 pela CAMEX onde foi suspensa a Resolução n. 16 retro, em decorrência do pagamento de 147 milhões de dólares anuais ao Instituto Brasileiro de Algodão, até a mudança da legislação americana de subsídios do preço do algodão. Tal pagamento foi realizado mês a mês até setembro de 2013, mas foi interrompido com a paralisação do congresso americano em decorrência da votação do seu orçamento em 2013, e até a data de hoje ainda não foi retomado.

Caso novo acordo não seja firmado e/ou os EUA mantenham sua política de subsídios, existe novamente a possibilidade de aplicação da retaliação cruzada em TRIPS, e, conseqüentemente, é bem possível que os detentores de propriedade intelectual atingidos, sejam eles americanos ou brasileiros domiciliados nos estados unidos, pessoas físicas e jurídicas, contestem nas cortes brasileiras a constitucionalidade destas medidas com base nos preceitos constitucionais de proteção da propriedade intelectual, mais especificamente no artigo 5º, incisos XXVII, XXVIII, e XXIX.

Eventuais demandas no judiciário, como o deferimento de medidas liminares e cautelares contrárias às resoluções acabam com toda a efetividade da retaliação cruzada. Melhor dizendo, esvaziam a única “arma” ou poder que conta o Brasil e a OMC, conjuntamente, de forçar os EUA a mudarem sua legislação interna de subsídios do algodão e agrícola no geral. A aplicação concreta da retaliação cruzada seria a única maneira de atingir outro interesse essencial para a economia daquele estado, que é a proteção da sua propriedade intelectual, gerando uma demanda da política doméstica americana, para adequar sua política agrícola aos objetivos da OMC. Por isto a questão da aplicabilidade destas decisões no direito interno através de qualquer uma das 21 medidas previstas na Resolução CAMEX n . 16/2010

é tão importante para o desenvolvimento do comércio internacional no setor agrícola. Se as retaliações forem esvaziadas internamente pelo poder judiciário brasileiro e nenhum dano efetivo aos interesses americanos de propriedade intelectual forem afetados não há haverá nenhuma razão ou pressão para mudar sua política doméstica. Ou seja, não haverá nenhum mecanismo de *enforcement* capaz de induzir os EUA a adequar suas atividades domésticas em sintonia com os acordos da OMC e as decisões do OSC no caso do Algodão.

Por isto, a necessidade de demonstrar que as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 do OSC da OMC, expressadas através da Resolução n. 16/2010 da CAMEX, são totalmente compatíveis com as normas de proteção da propriedade intelectual brasileiras. Em nível infraconstitucional a lei 12.270/2010 garante a suspensão temporária das concessões em TRIPS em razão do induzimento do cumprimento das decisões da OMC, e devido a sua especialidade e temporalidade não encontram qualquer problema de incompatibilidade com outras normas infraconstitucionais de proteção da propriedade intelectual. No nível constitucional, em decorrência da ausência de normas que tratam da aplicação direta das decisões de tribunais jurisdicionais internacionais como é o caso do OSC, o problema de eventuais conflitos são resolvidos através do reconhecimento formal e, principalmente material, da autoridade de coisa julgada internacional destas decisões pelo poder judiciário brasileiro.

Com efeito, a efetividade das decisões jurisdicionais internacionais (acepção positiva da autoridade da coisa julgada internacional) parte da sua aplicação e reconhecimento no direito interno de sua autoridade pelo Poder Judiciário brasileiro. No atual estágio de evolução do direito internacional, a mudança da política doméstica de um País estrangeiro, de acordo com uma decisão de um tribunal internacional, pode estar na “mão” de uma corte doméstica. Seu pronunciamento é determinante para se atingir objetivos finais de uma organização internacional que pode por em cheque um sistema de solução de controvérsias internacionais, como no caso da OMC, por exemplo. Este é o poder que os magistrados brasileiros têm hoje no cenário internacional do comércio. A possibilidade de liminares judiciais esvaziarem toda a efetividade e o poder dotado pelas regras do ESC à retaliação cruzada, a fim de dar o completo cumprimento do relatório do OSC é real, e somente será contornado caso seja reconhecida a autoridade formal e material das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2.

A consciência do atual cenário do direito internacional em que a efetividade das sentenças internacionais se encontra nas mãos das cortes domésticas, muda, ou pelo menos deveria mudar, o enfoque da visão que o Poder Judiciário brasileiro com relação à demanda em questão. O problema não pode ser resolvido somente a nível constitucional, como é tendência de todas as cortes domésticas que não encontram previsão específica de aplicabilidade das decisões jurisdicionais internacionais nos preceitos constitucionais. A análise do fundamento material de obrigatoriedade destas, única maneira de serem efetivadas na prática, deve se dar a partir da interpretação das normas constitucionais em harmonia com os objetivos finais da organização internacional e dos seus órgãos dotados de jurisdição, do qual a República Federativa voluntariamente se vinculou. Ratificado e internalizado os tratados da OMC no País, este se comprometeu a consagrar os seus objetivos, e esta luta pela consagração deve balizar a interpretação harmônica entre os preceitos constitucionais e os objetivos consagrados nos tratados.

O fundamento, portanto, de sua aplicação não é somente constitucional, mas sim balizado nos objetivos e valores comuns compartilhados pelos outros atuais 158 Membros da OMC, que baseados no princípio do *single undertaking* reconheceram a validade e aplicação nas suas esferas jurídicas internas de todos os acordos da organização internacional, inclusive do Entendimento de Solução de Controvérsias (ESC), em prol da construção de um comércio multilateral que beneficiará a todos. Assim, a sua não efetivação no Brasil, por entendimento contrário do seu Poder Judiciário, significará grandes responsabilidades internacionais pelo descumprimento dos objetivos da OMC, problemas de reputação, e repercussões para a própria eficácia do Sistema de Solução de Controvérsias, única “arma” dos Países em desenvolvimento contra abusos de poder dos Países desenvolvidos.

Para demonstrar a inexistência de qualquer conflito constitucional entre as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 do OSC da OMC, expressadas através da Resolução n. 16 da CAMEX, é necessário ter a consciência da evolução do direito internacional de um voluntarismo clássico, para um voluntarismo mais aparente, onde a obrigatoriedade do direito internacional não decorre somente da vontade dos Estados, mas também se funda nos interesses da comunidade internacional e nos objetivos das organizações internacionais. O direito internacional não pode mais ser visto como o direito distante que regula relações de soberania entre os Estados afastado do direito interno. O papel das cortes domésticas dos Estados têm enorme importância na consagração das normas internacionais e na efetividade

das decisões jurisdicionais internacionais, e o reconhecimento da sua autoridade formal e material de obrigatoriedade ultrapassa a perspectiva constitucional do problema. Este reconhecimento não é forçado ou vertical, onde se põem e sobrepõem hierarquias de tribunais, como na organização do poder judiciário do direito interno. Não há hierarquia de tribunais internacionais e domésticos, mas sim o reconhecimento de valores que irão igualar no mesmo patamar suas jurisdições em prol do interesse comum em consagrar os objetivos dos tratados, e da estabilidade jurídica do ordenamento internacional.

Com base nas premissas teóricas dos itens 5.1, 5.2 e 5.3, se mostrará que não há incompatibilidade ou conflito algum entre a decisão do OSC da OMC para retaliação cruzada em TRIPS e as normas brasileiras de proteção da propriedade intelectual. Principalmente se o Poder Judiciário Brasileiro enfrentar o problema da aplicação e da autoridade das decisões do OSC da OMC com uma visão finalista tal como as cortes britânicas o fizeram quando do reconhecimento do primado do direito da União Europeia e de suas decisões frente ao seu direito interno (5.4.1), e ainda com base nos precedentes do TJUE e dos tribunais constitucionais nacionais que numa atuação conjunta consagraram os objetivos da UE (5.4.2).

Esta visão finalista nada mais é do que a busca do fundamento material de obrigatoriedade das decisões do OSC da OMC que se confunde com os objetivos que levaram os Estados a se organizarem em prol de um comércio multilateral livre, onde pretendiam e pretendem, através de uma atuação de colaboração a elevação dos níveis de vida dos seus cidadãos, o pleno emprego, elevação de receitas e comércio, utilização ótima dos recursos mundiais de modo sustentável, atingindo o mais alto grau de desenvolvimento econômico. Tudo isto se encontra no preâmbulo do Acordo Constitutivo da OMC e sobre ele devem se pautar todas as decisões do seu OSC e também do Poder Judiciário Brasileiro.

5.4.1 A compatibilidade das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 com as normas constitucionais brasileiras de proteção da propriedade intelectual à luz da consagração dos objetivos da OMC e do desenvolvimento econômico brasileiro – uma interpretação finalista do poder judiciário

Considerando que atualmente o direito internacional existe não só em razão da vontade dos Estados, mas também para os interesses da comunidade internacional, deve-se buscar o fundamento material de obrigatoriedade das decisões do OSC da OMC nos objetivos

precípuos que levaram os Estados à constituição deste tratado. Partindo, ainda, da concepção de que as sentenças internacionais existem no interesse de todos os membros da organização e não somente no interesse das partes, a análise da legitimidade das decisões deste órgão é fundamental para o problema da aplicabilidade das decisões internacionais no direito interno.

O OSC, por sua vez, foi criado pelos Estados com um objetivo de fazer o monitoramento, fiscalização, e aplicação dos acordos firmados, e principalmente manter os Estados dentro dos propósitos que os levaram a firmar o Tratado de Constituição da OMC e todos os outros. Por isto a previsão de medidas legais de retaliação e sanções delegadas ao terceiro jurisdicionado, diminuindo o custo de monitoramento dos Estados, e atribuindo-lhe o poder de “dizer o direito”, aumentou em muito o índice de cumprimento de suas decisões, gerando uma maior credibilidade dos compromissos assumidos e o alcance dos objetivos dos tratados. Todas as decisões, portanto, são tomadas em um ambiente altamente deliberativo que expressa a máxima legitimidade dos objetivos perseguidos pelos Estados. Conseqüentemente, não há qualquer reparo do mérito desta decisão ser feito por qualquer outro tribunal internacional ou nacional, uma vez que esta desenhou a melhor interpretação jurídica para resolver definitiva e obrigatoriamente o caso concreto, gozando de autoridade formal e material de coisa julgada internacional.

Sobre a autoridade positiva/material desta decisão, ou seja, sua aplicação no âmbito interno dos Estados, cabe primeiro ao Poder Executivo fazer o cálculo do custo benefício entre ignorar a decisão ou cumpri-la, e ninguém melhor do que as autoridades especializadas da CAMEX para tanto. Com base na legitimidade da decisão internacional e depois de entendido pelo Poder Executivo que para economia brasileira e para a reputação do País no comercio internacional, o cumprimento da decisão é a melhor medida, cabe ao poder judiciário se voltar para a consagração destas decisões no direito interno, interpretando-as à luz da Constituição e dos objetivos do tratado em sintonia fina. O reconhecimento da autoridade material de coisa julgada das decisões pelo poder judiciário, portanto, não deve ser analisada somente pelas normas constitucionais puras e simplesmente, e voltadas somente para as repercussões e conseqüências do direito interno. A análise constitucional da demanda, como por exemplo, a definição de conceitos de “interesse social” e “desenvolvimento tecnológico e econômico” do País, que condicionam a proteção da propriedade intelectual no inciso XXIX do art. 5º da CF, há que ser tomada em sintonia com os objetivos dos tratados e a legitimidade material da decisão internacional que suspendeu temporariamente a proteção, e

as suas repercussões devem ser consideradas não só no âmbito interno, mas também na perspectiva internacional.

Com efeito, o poder judiciário deve ter a consciência do seu papel na consagração das normas e decisões internacionais, e lembrar que para a configuração da responsabilidade internacional do Estado, não faz qualquer diferença o não cumprimento de um tratado ou decisão internacional ser culpa do Poder Executivo, Judiciário e/ou Legislativo. A atuação harmônica entre os poderes de um Estado é responsabilidade deste Estado perante os seus pares. Cabe ao Poder Judiciário a escolha entre se coadunar com o Poder Executivo responsável pela definição da política e do comércio internacional do País, e que fez anteriormente o cálculo técnico, econômico e político do custo benefício entre aplicar a retaliação cruzada em TRIPS no Brasil, dando eficácia às decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 do OSC da OMC (autoridade positiva da coisa julgada). O papel do Poder Judiciário é dotar de potência jurídica as decisões internacionais para induzir outro País, no caso os EUA, a mudar suas práticas domésticas em prol de adequar as suas políticas agrícolas aos acordos da OMC, e cessar o prejuízo relevante que o mercado de algodão sofre com tais políticas, não só o mercado brasileiro, mas também, o mercado mundial.

E por fim, as mudanças das práticas domésticas pelos Estados em razão de um tratado, o chamado “Acordo Internacional Profundo”, que é o caso dos acordos da OMC, precisam da efetividade das suas retaliações e contramedidas. E estas dependem diretamente da efetivação na ordem interna por parte das cortes domésticas. A não aplicação por uma decisão de sua incompatibilidade com a Constituição Federal repercutirá negativamente para o Brasil, que não gozará mais do prestígio que foi necessário para convencer o OSC para autorizar a retaliação cruzada, além de esvaziar qualquer poder de negociação com os EUA no caso dos subsídios do Algodão, e em qualquer outra negociação com outros Estados. Se um Estado não consegue garantir no seu direito interno nem mesmo as decisões que lhe são favoráveis como as estudadas aqui, o que dizer dos compromissos internacionais que demandam grandes mudanças das atividades domésticas?

Assim, para afastar as possíveis alegações de conflitos entre as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 e os preceitos constitucionais brasileiros, é necessário, portanto, verificar: a legitimidade das decisões do OSC da OMC (5.4.1.1); a harmonização dos preceitos constitucionais com objetivos finais da OMC (5.4.1.2); e a

definição de interesse social e desenvolvimento tecnológico e econômico para proteção da propriedade intelectual com fundamento nos objetivos da OMC (5.4.1.3).

5.4.1.1 Legitimidade das decisões do OSC da OMC

As decisões do OSC da OMC são tomadas em um ambiente multilateral onde se tenta refletir ao máximo os objetivos perseguidos pela organização e tal como afirmou Pascal Lamy (2006), o interesse maior do mecanismo de solução de controvérsias não é aplicar contramedidas e retaliações aos Países que descumprem os relatórios, mas sim monitorar e fazer implementar tais decisões que refletem o melhor cumprimento do acordo que foi outrora violado. Portanto, as decisões do OSC refletem interesses comuns da OMC muito superiores ao conflito das partes envolvidas no contencioso. Isto porque o cumprimento voluntário dos seus relatórios, ou a possibilidade de aplicação de contramedidas e retaliações que o induza, cria um ambiente de segurança jurídica nas relações comerciais internacionais, que trazem muito mais benefícios do que uma mera indenização para o País demandante pelo prejuízo causado pelo País demandado. A correta observância de todos os acordos da OMC, incluindo as regras do procedimento do ESC, é que gera esta segurança.⁶¹

A interdependência das relações internacionais do comércio foi que levou os Estados a se associarem já em 1947 na formação do GATT em torno de um objetivo comum. Na sua evolução para a formação da OMC foi criado um sistema de regras orientado para se atingir estes objetivos comuns e a maior diferença em relação ao sistema anterior foi a possibilidade de aplicação de sanções (até mesmo de expulsão) contra o Estado-membro que não atendesse estes objetivos. Portanto, a criação do mecanismo de solução de controvérsias e a compulsoriedade a que se submetem os Estados às decisões do OSC, pelo princípio do *Single Undertaking*, é ao mesmo tempo o garantidor dos objetivos comuns da OMC e um objetivo comum por excelência.

A OMC trabalha dentro de uma abordagem “*rule oriented*”, que determina padrões de comportamento para os Estados-membros e impede qualquer comportamento

⁶¹ “É importante perceber que os estados precisam do direito para buscar e atingir certos objetivos, que vão desde o bem-estar econômico ate a promoção de uma ideologia, passando pela segurança ou pela simples sobrevivência. Assim, o sistema tem de ser estável o suficiente para que tais objetivos possam ser visados com algum grau de segurança; e tem de ser flexível o bastante para permitir a mudança quando esta se tornar necessária em função da confluência de forças que a exigem.” (SHAW, 2003, p. 38).

individual que possa ocorrer, mas que acarreta punição, uma vez que todo o regime é determinado pelo princípio do “*single undertaking*”. No ambiente institucional, as regras são claras e a informação é fundamental, é por isso que a OMC cria suas regras a partir de rodadas de negociação entre seus membros e todas as decisões “*decision-makings*” (tomadas de decisão) devem ser parte de um processo de deliberação comum, em fórum, isso porque num ambiente de interesses comerciais existe uma convergência, o que leva a um objetivo comum. Neste sentido, é preciso criar regras comuns, reduzindo a incerteza e tornando a vida dos atores rotineira. O ambiente institucional, portanto, deve possuir regras claras (transparência) e as informações são fundamentais. (...) A interdependência complexa no regime de comércio internacional da OMC é fundamental para os seus membros, pois lhe garante uma maior capacidade de competir no sistema, além de uma maior estabilidade e previsibilidade. (QUAGLIA, 2012, p. 39).

Com efeito, as decisões do OSC representam as escolhas consensuais e coletivas dos Estados construída pelas regras do ESC onde estão previstos um alto grau de negociações, deliberações e transparência antes da decisão final⁶². É por isto que se pode afirmar, com clareza, que as decisões do OSC que solucionam os conflitos concretos existem tanto no interesse das partes como no interesse de todos os Estados-membros da OMC. Esta garantia de que todos irão cumprir os acordos da organização, por meio da atuação do OSC, e que limita o agir individual de um estado em razão da cooperação, é que cria condições para se atingir o objetivo maior de um comércio internacional livre, com amplo acesso a todos os Estados, em prol do seu desenvolvimento econômico e social.

Diante disso, a OMC não se limita à cooperação para impor suas regras aos seus membros. Ela se utiliza de um sistema misto em que o *enforcement* deriva do princípio do *single undertaking*, no qual os atores são obrigados (porque aderiram ao princípio ao ingressar a instituição). Por isso, a OMC é um sistema misto, já que, baseando-se em regras e na atuação política dos seus membros, torna-se um regime. Todavia, o ponto fundamental de funcionamento desse regime é que ele se forma a partir de deliberação contínua de seus membros acerca de quaisquer assuntos que sejam de interesse do seu objetivo de atuação. Portanto, a OMC é um regime construído pelos Estados e para os Estados que sempre deve respeitar o caráter soberano da tomada de decisão individual. (QUAGLIA, 2012, p. 41).

Sendo, portanto, o Direito necessário para responder as necessidades de um determinado grupo social, e se os valores constitucionais refletem a vontade popular, e a necessidade de paz e segurança jurídica interesses gerais da comunidade internacional, como disse o professor Leonardo Nemer (2002), os objetivos precípuos da OMC refletem os interesses de seus membros, e as decisões do OSC tem um papel fundamental no direito

⁶² Basta ver todos os procedimentos descritos no item 3, e todas as ponderações do caso concreto do algodão descrito no item 4.

interno destes Estados, uma vez que a aplicação das suas decisões significarão mudanças das atividades domésticas em prol daqueles objetivos comuns. O processo de criação destas decisões construídas socialmente dentro da organização, com alto grau de interação, transparência e cooperação, é que garantem a sua legitimidade e expressam a máxima dos seus objetivos finais no direito interno dos Estados. A capacidade de alterar comportamentos internos dos Estados decorre diretamente não apenas das regras de *enforcement*, mas da legitimidade destas, uma vez que resultam de um acordo final de todos os seus membros.

As decisões são amplamente publicizadas pelos relatórios dos painéis e do OA, mas elas são basicamente o resultado de um convicção formada a partir de argumentos apresentados pelos Estados-membros em litígio, pelos membros do grupo especial (*panellists*) que analisou a matéria no nível do painel, ou pelos juízes do Órgão de Apelação, e por terceiras partes não litigantes (que participam do processo, mas cujos apontamentos não são considerados na tomada de decisão dos membros do grupo especial (*panellists*) e dos juízes do OA), sem falar em ONGs e outras instâncias domésticas públicas ou privadas que compõem um ajuste entre atores nacionais que atuam no comércio exterior dos Estados-membros e que são afetados pelas normas do comércio internacional da OMC ou outras normas internacionais, mas tudo deliberado em fórum. (QUAGLIA, 2012, p. 58).

Portanto, o OSC é uma jurisdição que existe por si mesma, porque é dotada de processo, cujo direito vai se construindo a partir da argumentação das partes durante o transcorrer do painel. A lide se forma a partir da existência de partes com interesses conflitantes, que se manifestam em posições contraditórias, exercendo sua ampla defesa de forma paritária e isonômica, construindo o “ato final”, porque seus interesses são opostos.

Além disso, a ampla defesa existe, inclusive, a partir do direito ao duplo grau de jurisdição, se considerarmos a existência do OA, onde toda a matéria resultante do ato final pode ser revista por um órgão dotado de poderes para tanto. Por sua vez, a condição judicante dos árbitros que vão julgar o conflito não se faz dentro de uma atribuição que lhe é concedida pela OMC ou por qualquer outra instituição superior, como acontece com o juiz-estado, cujas atribuições são derivadas da sua investidura. O que legitima os julgadores do OSC, e mesmo dos membros do OA é o ESC, ou seja, é o regime jurídico construído a partir de negociações entre os estados-membros quando da constituição do próprio organismo internacional e que estabelece as regras processuais do sistema de solução de controvérsias e lhes concede a atribuição de decidir em favor do ordenamento jurídico da organização.

Portanto, os árbitros atuam como terceiros interessados, e não de forma neutra, mas buscando a aplicação plena do ordenamento jurídico da OMC, para garantia da obediência às

suas regras e garantia do livre comércio internacional. A jurisdição se consubstancia exatamente dentro da própria existência do processo como procedimento.

Todo este processo deliberativo que legitima as decisões do OSC torna o Mecanismo de Solução de controvérsias um regime próprio, dentro do regime do comércio internacional. Segundo a professora Maria de Lourdes Quaglia (2012), sempre se espera que sua aplicação no direito interno se dê não pelos mecanismos de *enforcement*, mas simplesmente porque esta é resultado de um acordo entre todos os membros da OMC.

O OSC da OMC é um regime epistemologicamente baseado num sistema regra-orientado que altera o comportamento do seus membros através de bases comunicativas. Portanto, espera-se que suas decisões sejam aplicadas porque elas são resultado de um acordo entre todos os membros da OMC. Isso vai além de questões relativas ao simples cálculo racional de equilíbrio de poder, dado que é puramente objetivo e que não é necessariamente dependente de mecanismos de *enforcement* que obriguem as suas decisões. (QUAGLIA, 2012, p. 57).

Além disso, o Órgão de Solução de Controvérsias é uma jurisdição internacional porque não está pautada no princípio do voluntarismo estatal da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, como é o caso da Corte Internacional de Justiça; O Órgão de Solução de Controvérsias é uma jurisdição compulsória, porque o Estado quando adere se insere no organismo internacional como Estado-membro se submete ao seu sistema de solução de controvérsia ao aceitar compulsoriamente todos os tratados da organização, inclusive o Anexo 2 que prevê o sistema de solução de controvérsias, e isto lhe garante atendimento e obediência.

As cortes domésticas, ironicamente, ao legitimar a decisão do OSC no direito interno, reconhecendo a sua autoridade material, termina por atender aos anseios de todos os outros membros da OMC e aos seus objetivos comuns. Toda interpretação doméstica da aplicabilidade destas decisões internacionais tem que se pautar nestes mesmos objetivos da organização sem a qual nunca conseguirão atingir sua plenitude. Esta interpretação finalista das cortes nacionais, com base nos objetivos finais da OMC, exerce um papel fundamental na sua consagração das normas internacionais do comércio. Ao mesmo tempo, devido à ausência de normas constitucionais brasileiras sobre a aplicabilidade no direito interno das decisões jurisdicionais internacionais, somente com esta visão que as cortes brasileiras conseguirão de fato verificar a autoridade material das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2.

Por fim, mais uma vez cabe ressaltar, estas decisões são expressões máximas de um processo produtivo de argumentação que tem um papel fundamental na vida dos Estados não só na atuação internacional, mas também no próprio âmbito interno, e daí decorre a sua completa legitimidade. No atual grau de interdependência econômica entre os Estados, decisões legítimas dos órgãos da OMC podem influenciar diretamente no direito dos nacionais dos Estados membros e decisões domésticas que reconhecem esta legitimidade possuem repercussões internacionais na organização, uma vez que a sua consagração no direito interno representa o sucesso dos objetivos da organização internacional.

5.4.1.2 A harmonização dos preceitos constitucionais com os objetivos finais da OMC

O temor do avanço do protecionismo nos anos 80, e o medo de que ações unilaterais de desvirtuamento dos meios de defesa comercial, contrário aos benefícios do comércio internacional multilateral, levaram os Estados membros do GATT a iniciar a Rodada do Uruguai em 1986 que se findou em 1994 em Marrakesh, cujo resultado mais significativo foi a construção da Organização Mundial do Comércio, e o seu tratado constitutivo tem o seguinte preâmbulo:

As Partes do presente Acordo,
Reconhecendo que as suas relações na esfera da atividade comercial e econômica devem 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,
Reconhecendo ademais que é necessário realizar esforços positivos para que os Países em desenvolvimento, especialmente os de menor desenvolvimento relativo, obtenham uma parte do incremento do comércio internacional que corresponda às necessidades de seu desenvolvimento econômico,
Desejosas de contribuir para a consecução desses objetivos mediante a celebração de acordos destinados a obter, na base da reciprocidade e de vantagens mútuas, a redução substancial das tarifas aduaneiras e dos demais obstáculos ao comércio assim como a eliminação do tratamento discriminatório nas relações comerciais internacionais,
Resolvidas, por conseguinte, a desenvolver um sistema multilateral de comércio integrado, mais viável e duradouro que compreenda o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, os resultados de esforços anteriores de liberalização do comércio e os resultados integrais das Negociações Comerciais Multilaterais da Rodada Uruguai.

Decididas a preservar os princípios fundamentais e a favorecer a consecução dos objetivos que informam este sistema multilateral de comércio, Acordam o seguinte: (...). (WORLD TRADE ORGANIZATION, 1995a, p. 1, *tradução nossa*)⁶³.

Não há dúvida que a interdependência complexa das relações internacionais do comércio, onde cada Estado tem uma necessidade particular e todos desejam ao final elevar o seu volume de comércio em prol do seu desenvolvimento econômico e social, levaram à construção de sistema de regras do comércio internacional que beneficiam todos. Sem entrar no debate das relações internacionais, a OMC é o reflexo do “liberalismo internacionalista” da década de 1920, e tem suas bases fincadas neste movimento iniciado por John Locke, Montesquieu, Adam Smith e Immanuel Kant (QUAGLIA, 2012).

Os teóricos liberais acreditavam que as ideias de livre-comércio, democracia, e regulação jurídica seriam suficientemente capazes de garantir a prosperidade e a paz no mundo. Neste sentido, o livre-comércio produziria esses efeitos pelo fato de aproximar os indivíduos integrados a meios culturais diferentes. O Comércio, nessa ótica, faria com que os povos se tornassem mais flexíveis e compreensivos para com os usos e os costumes dos outros povos. Além disso, o comércio criaria inter-relacionamentos econômicos entre os Estados, comprometendo-os na busca de vantagens mútuas que enfim, levaria à prosperidade geral, restando remotas, as possibilidades de guerra. Governos democráticos, por sua vez, têm inclinação natural pela cooperação e repudiam a guerra como recurso para a solução de controvérsias. Nos governos autoritários, em que poucos decidem em nome de todos, existem uma tendência natural para soluções de força; por seu turno, nos governos nos quais muitos participam das decisões, tende a predominar a prudência e a solução via diálogo e negociação (GONÇALVES, 2001, p. 26, *apud* QUAGLIA, 2012, p. 27)

Nos anos 80 pensadores como Keohane e Nye acreditavam que o grande divisor de águas das relações internacionais era o papel das instituições internacionais, e que estas

⁶³ The Parties to this Agreement,

Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development,

Recognizing further that there is need for positive efforts designed to ensure that developing countries, and especially the least developed among them, secure a share in the growth in international trade commensurate with the needs of their economic development,

Being desirous of contributing to these objectives by entering into reciprocal and mutually advantageous arrangements directed to the substantial reduction of tariffs and other barriers to trade and to the elimination of discriminatory treatment in international trade relations,

Resolved, therefore, to develop an integrated, more viable and durable multilateral trading system encompassing the General Agreement on Tariffs and Trade, the results of past trade liberalization efforts, and all of the results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations,

Determined to preserve the basic principles and to further the objectives underlying this multilateral trading system, Agree as follows: (...).

tinham um papel vital na atuação dos Estados, e tiraram deste o monopólio de atuação das relações internacionais. Estas, por sua vez, eram muito mais complexas e não se limitavam mais a disputas de fronteiras entre os Estados. Foi o que observou Monica Herz, “a percepção de que as instituições internacionais podem mudar a relação entre os Estados é o grande divisor de águas que separa liberais e realistas no debate que ficou conhecido entre os neoliberais e neorealistas dos anos 80” (HERZ *apud* QUAGLIA, 2012, p. 29). A criação da OMC se tomou nesta nova proposta liberal dos anos 80, onde esta iria exercer um papel fundamental nas relações de interdependência comercial dos Estados.

Segundo Herz, (...) uma série de discussões sobre os caminhos para reformar o sistema internacional se abre a partir deste pressuposto: um fluxo mais intenso de comércio favorece a paz, regimes políticos democráticos ou republicanos estão associados a relações pacíficas entre os Estados e, o mais importante para este trabalho, a construção de instituições internacionais pode transformar as relações entre os atores ao sistema internacional. (...) A tradição liberal é o fundamento das propostas que envolvam o papel das organizações e o direito internacional para a geração de mais cooperação e mais ordem no sistema internacional. Como há uma relação inerente entre razão e paz, há um enfoque nos mecanismos que potencializam o uso da razão como o direito, a arbitragem a negociação e a administração coletiva de conflitos (HERZ *apud* QUAGLIA, 2012, p. 28-29).

Foi com base nesta visão institucionalista neoliberal, que tem como núcleo a interdependência dos Estados, onde o poder de circulação de informações através das instituições são as principais variáveis das relações de poder entre os Estados (QUAGLIA, 2012), a criação da OMC foi, e continua sendo, peça chave para facilitação da cooperação no comércio internacional. Ao mesmo tempo em que significou uma ruptura com o GATT manteve seus principais acordos de liberalização comercial e se baseou nos mesmos princípios da “cláusula da nação mais favorecida”, onde as vantagens, prerrogativas e concessões de um são estendidas a todos os outros membros, e o “princípio do tratamento nacional” que veda a discriminação entre produtos importados e nacionais.

Para tanto, na esteira das mudanças globais dos anos 80 e 90, foi criado um sistema de regras que definem comportamentos individuais como lícitos ou ilícitos e mecanismo de solução de controvérsias para manutenção das regras, o objetivo é conciliar os vários interesses dos Estados, com base na consciência coletiva de que se todos tem a necessidade de troca como primordial, e este mesmo objetivo somente pode ser conciliado através de regras pré-estabelecidas (AMARAL JUNIOR, 2008). Com efeito,

(...) a OMC forma um sistema de regras, com lógica própria e princípios específicos, que regula a interdependência e permite as operações econômicas no mundo globalizado. À semelhança do que sucede na esfera doméstica, o mercado global requer cuidadoso trabalho de elaboração normativa e institucional para que possa funcionar. A descontinuidade das trocas e a continuidade da previsão, traço peculiar à existência do mercado, só florescem quando há regras e princípios capazes de balizar a conduta dos agentes econômicos. As regras que compõem o sistema multilateral de comércio contribuem para reduzir a incerteza, aumentar o grau de previsibilidade, estimular a comunicação, além de difundir conhecimento e informação sobre o que é aceitável no relacionamento dos Estados. “A OMC é uma organização internacional, isto é, uma instituição com sua própria personalidade jurídica. A passagem de uma relação jurídica para a dimensão institucional baseada num ‘empreendimento único’ encontra-se no artigo II, parágrafo 1 do Acordo de Marraqueche”. Celso Lafer esclarece que o sistema da OMC contém, além de normas de comportamento, normas de organização, isto é, normas que conduzem juridicamente à convergência dos Estados para a promoção de propósitos comuns. (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 51-52).

Portanto, a regulação das atividades econômicas e comerciais por meio da OMC, em meio a evidente interdependência complexa dos Estados, com fundamentos do neoliberalismo institucional podem ser sintetizados em: 1) Elevação dos níveis de vida das populações; 2) Elevação dos níveis de emprego e renda; 3) incremento dos volumes e receitas reais, bem como da demanda efetiva de bens e serviços; 4) aumento da produção e do comércio de bens e serviços; 5) utilização ótima dos recursos mundiais, em conformidade com o conceito de desenvolvimento sustentável, protegendo o meio ambiente; (CRETELA NETO, 2003); 6) Esforços positivos para que os Países em desenvolvimento promovam o seu desenvolvimento pelo incremento da sua parcela do comércio mundial; e 7) Fortalecimento do Sistema de Solução de Controvérsias para induzir e garantir mudanças de comportamentos domésticos como medida de construção de confiança e sucesso dos objetivos precípuos.

A construção de um sistema forte de solução controvérsias ao contrário do sistema do GATT, tem o objetivo de ater os Estados dentro dos preceitos do sistema *rule oriented* garantindo o sucesso dos objetivos de promoção e desenvolvimento econômico e social através do comércio, mas é também um objetivo em si mesmo. Por isto a afirmação de que o regime do OSC é um regime dentro do regime do comércio internacional, e o ESC constituiu-se, na realidade uma obrigação de Resultado, como afirma Amaral Junior,

O “adensamento da juridicidade” resultante da aplicação do Entendimento sobre a Solução de Controvérsias significa, em resumo, que o sistema de solução de controvérsias da OMC visa muito mais do que o cumprimento de uma mera “obrigação de comportamento”, a ser seguida de boa-fé, como no caso de transparência. É também radicalmente diferente da “obrigação de comportamento” relativa à solução pacífica de controvérsias do direito internacional público geral que

decorre do artigo 2 (3) da Carta da ONU. O “adensamento da juridicidade” contido no ESC constitui, na realidade, uma obrigação de resultado, previsto nas normas de organização da OMC. É por isto que o “adensamento de juridicidade” proveniente do ESC é uma medida de construção de confiança (*confidense building measure*), voltada para resultados, tutelando a segurança e previsibilidade do sistema multilateral de comércio (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 54).

Percebe-se o quanto o Sistema de Solução de Controvérsias e as decisões dele decorrentes são importantes para atingir os objetivos de desenvolvimento e regulação do comércio internacional multilateral. Daí, mais uma vez, a afirmação de que as decisões do OSC da OMC não existem somente para as partes, mas para todos os seus membros. Cada decisão expressa toda a construção de confiança em torno de um sistema regulatório forte que mantém os Estados dentro dos limites da legalidade traçados nos seus acordos e tratados, garantindo a estabilidade jurídica do comércio internacional, objetivos condizentes com os interesses da comunidade internacional de paz, e estabilidades do ordenamento jurídico internacional.

Assim, o reconhecimento da autoridade material das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 e a sua compatibilidade com as normas constitucional de proteção da propriedade intelectual, precisam ser sensíveis a todos os objetivos da OMC aqui demonstrados. Lembrando que a proteção da propriedade no Brasil não é absoluta, em razão da sua função social, e que toda proteção em propriedade intelectual é temporária e condicionada ao “interesse social” e “desenvolvimento tecnológico e econômico do país”. Não se pode perder de vista que estes interesses não são conflitantes com os objetivos da OMC de desenvolvimento social e econômico através do comércio internacional multilateral. A harmonização das normas constitucionais com os objetivos precípuos da OMC é muito mais coerente e possível do que o seu afastamento. O objetivo da República Federativa do Brasil quando da sua adesão ao regime da OMC de desenvolvimento econômico é o mesmo de quando da elevação de normas constitucional a proteção temporária e condicionada da propriedade intelectual, também visando este mesmo desenvolvimento social e econômico. Os objetivos da OMC ao final são os mesmos do Brasil. A sua busca é a razão maior de se fazer parte de uma organização internacional. Por isto, a harmonização deste suposto conflito está muito mais próxima do que separada destes objetivos, como se verá a seguir.

5.4.1.3 Definição de interesse social e desenvolvimento tecnológico e econômico para proteção da propriedade intelectual com fundamento nos objetivos da OMC

Com efeito, os detentores de propriedade intelectual americanos, ou brasileiros domiciliados nos EUA, prejudicados com a retaliação poderiam questionar nos tribunais brasileiros a constitucionalidade da Lei 12.270/2010 por serem os direitos de propriedade intelectual garantias fundamentais previstas pelo art. 5º, XXVII, XXVIII e XXIX da Constituição Federal:

Art. 5º, XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

Art. 5º, XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes.

Art. 5º, XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. (BRASIL, 1988).

Contudo, os direitos fundamentais não são absolutos e o direito de propriedade em todas as suas modalidades, inclusive a propriedade intelectual devem se ater a sua “função social”, nos termos do art. 5º, inciso XXIII. Além disto, o art. 5º, XXIX condiciona esta proteção em razão do “interesse social” e do “desenvolvimento tecnológico e econômico” do País. Numa disputa ferrenha de poder tal como é travada no comércio internacional, é de incontestável interesse social e econômico para o Brasil que o seu sistema legal interno garanta a efetividade das retaliações que lhe forem autorizadas pelo OSC da OMC, principalmente atentando para o papel que o Sistema de Solução de Controvérsia exerce na organização que é de interpretar e aplicar os tratados e induzir o seu cumprimento, aumentando a credibilidade dos compromissos firmados.

Depois de tanta luta para se conseguir a autorização do OSC para retaliar os EUA, como foi o caso do algodão, barrar a sua efetivação por falta de respaldo jurídico interno é jogar por terra todo o prestígio e todo o trabalho do Brasil perante a OMC, o que sem dúvida demonstrará em âmbito internacional a fraqueza do País e a insegurança do seu sistema

jurídico. Os reflexos negativos no comércio internacional, principalmente na negociação e nos investimentos, serão imediatos. A plena aplicação das decisões da OMC no direito interno é de puro interesse público, econômico e social e daí que não há que se falar em inconstitucionalidade lei 12.270/2010 e da Resolução CAMEX n. 16/2010.

Para resolver o problema de forma concreta, ou seja, para se analisar se a função social da propriedade intelectual em prol do “interesse público” e do “desenvolvimento tecnológico e econômico” do País se coaduna com a autoridade material das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 ou não, é preciso balancear os valores de proteção da propriedade intelectual em contrapartida à observância do Sistema de Solução de Controvérsias garantidor de todos os objetivos descritos acima. A primeira pergunta a se fazer é: para que existe proteção da propriedade intelectual? Em quais casos e para quais propósitos ela pode ser mitigada?

A proteção dada ao vários tipos de proteção de propriedade intelectual tem como objetivo maior assegurar ao inventor um ganho financeiro temporário em razão do seu invento, como um incentivo para que este inventor seja estimulado a dar continuidade ao seu trabalho visando um maior desenvolvimento tecnológico, econômico e social. Ao serem protegidos pelo Estado, estes detentores dos direitos de propriedade intelectual, durante um período de tempo, podem explorar com exclusividade o seu produto, impedindo que qualquer outro assim o faça. No campo industrial esta proteção é importante para o desenvolvimento tecnológico em razão da pressão, que as vantagens financeiras sobre o produto exclusivo, vai exercer contra os seus concorrentes. No campo do direito autoral a proteção visa garantir o monopólio de ganhos pela sua obra por um determinado período de tempo, como retribuição à contribuição ao patrimônio moral e cultural da humanidade.

Contudo, todas estas proteções são garantidas por tempo determinado, e ao final todos estes inventos e obras autorais caem em domínio público para proveito de toda a humanidade como deveria ser já no momento do seu invento. A balança entre proteger o inventor, com ganhos financeiros exclusivos, e possibilitar que a humanidade utilize daquele invento para aumentar a sua qualidade de vida e bem estar social, sempre foi muito tênue. Basta ver o instituto da licença compulsória das patentes de remédios, e muito outros casos onde se determina antes do tempo tirar a exclusividade do ganho, que não deixa de ser, de certa forma, “mesquinho” do inventor, para o bem de toda a humanidade.

Por isto, pode-se dizer que a proteção da propriedade intelectual não é absoluta como muito dos seus defensores assim pregam. O governo sempre manteve a sua capacidade de regulação dos ganhos dos inventos, e toda a proteção é considerada na verdade um privilégio, uma prerrogativa temporária, que será mitigada entre o incentivo ao inventor de continuar produzindo e criando inovações e o bem estar social da humanidade, que pode tirar proveito deste invento sem arcar com os altos custos cobrados pelos inventores. O desenvolvimento tecnológico e econômico da sociedade é totalmente ligado ao aumento do nível de vida e ao bem estar social através dos inventos da mente humana. A conciliação destes valores de fato não é das tarefas mais fáceis, mas também nunca foi um problema não resolvido.

Os governos, por isto, reservaram o poder de regular as regras de proteção da propriedade, e mudanças sobre o regime de proteção deste direito são frequentes. E esta prerrogativa estatal de poder regular a proteção da propriedade intelectual também foi utilizada pela OMC. O acordo TRIPS garantiu em um ambiente multilateral o compromisso de que todos os seus membros iriam adequar sua normas de proteção internas ao acordo como um dos objetivos precípuos da organização. Todavia, ao mesmo tempo previu a possibilidade da suspensão das concessões do acordo, para forçar um Estado membro a se adequar as regras da OMC em caso de descumprimento de uma decisão do seu OSC, a chamada retaliação cruzada em TRIPS.

Isto mostra que o direito à proteção da propriedade intelectual não é absoluta nem no ambiente de cooperação multilateral da OMC, onde se buscou maximizar tal proteção com a celebração do tratado TRIPS. Mostra também que a indução do cumprimento das decisões do OSC pelos seus membros deve ser suficientemente forte para induzir mudanças na política doméstica dos Estados membros. A escolha da suspensão da concessão de TRIPS não foi por acaso. Além de ser uma alternativa viável para os países em desenvolvimento que não ficariam prejudicados com a elevação das tarifas de importação, mexem com um setor suficientemente forte para pressionar internamente os governos dos países desenvolvidos a se adequarem aos acordos da OMC. Como visto, um dos objetivos precípuos da OMC é envidar “esforços positivos para que os Países em desenvolvimento promovam o seu desenvolvimento pelo incremento da sua parcela do comércio mundial”. Portanto, a escolha da suspensão das concessões do acordo TRIPS, também como medida temporária, para induzir o cumprimento das decisões tem a sua razão de ser na relevância do instituto da propriedade intelectual e na

tentativa de munir os países em desenvolvimento de medidas eficazes contra os abusos dos países desenvolvidos.

Assim, ao se analisar os conceitos condicionantes de “interesse social” e do “desenvolvimento tecnológico e econômico” da proteção da propriedade intelectual da Constituição brasileira, estes são totalmente condizentes com os objetivos da OMC de elevação dos níveis de vida, emprego e renda das populações, incremento dos volumes e receitas reais, e aumento da produção e do comércio de bens e serviços, em conformidade com o conceito de desenvolvimento sustentável, protegendo o meio ambiente, que não por acaso são os mesmos da Constituição brasileira. A bem da verdade, o que o Brasil, através de suas autoridades especializadas em comércio internacional, buscou quando foi um dos fundadores do GATT 1947 e da OMC em 1994, foi aumentar sua participação no comércio mundial para elevar o nível social e econômico dos seus nacionais. E foi por isto também que pediu a instalação do painel contra os Subsídios Ilegais do Algodão no ano de 2002, com o objetivo de defender o mercado de algodão, mas também o mercado agrícola brasileiro, como um todo, a fim de barrar os prejuízos financeiros causados aos produtores, o risco de perda de empregos, e prejuízos da economia brasileira em geral.

Toda esta luta culminou com as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2. Se até hoje os mesmos subsídios ilegais ainda estão em vigor a última chance de uma mudança reside nestas decisões, que foram tomadas depois de muitos anos de deliberação, em um Sistema de Solução de Controvérsias compulsório aceito por todos, em um processo marcado pela transparência e contraditório, legitimada pelos Estados-membros através do consenso negativo, e que expressam os objetivos maiores da OMC. O “interesse social e econômico” do País está muito mais evidente no cumprimento destas decisões do que na proteção da propriedade intelectual de uns poucos prejudicados temporariamente, e cujos direitos de forma alguma podem ser tomados como absolutos. O Poder Executivo e suas autoridades responsáveis pelo comércio internacional entenderam que no cálculo do custo benefício a efetivação da retaliação ou a mera potencialidade de sua aplicação atendem os interesses da economia e da sociedade brasileira. Portanto, neste caso concreto, o interesse social e de desenvolvimento econômico mais evidente reside no cumprimento das decisões, com a suspensão temporária das concessões em proteção da propriedade intelectual.

O regime de proteção deste último sempre foi regulado e mitigado pelo governo de acordo com o interesse de toda sociedade em incrementar o nível de bem estar social e

econômico. Esta é mais uma vez a hora de escolher entre proteger o interesse de poucos detentores de direitos privados em prejuízo do interesse de muitos, lembrando que nos termos do art. 5º, XXIII, os direitos de propriedade devem se ater à sua função social, e os “interesses sociais e de desenvolvimento econômico” devem ser avaliados à luz de uma harmonização dos preceitos constitucionais e com os objetivos da OMC, que foram a muito ratificados e incorporados ao ordenamento interno brasileiro. Portanto, a harmonização deste suposto conflito está muito mais próxima do que separada destes objetivos reconhecidos nos tratados e na Constituição Federal, que ao final são os mesmos para este caso concreto.

5.4.1.4 Considerações finais

Portanto, não existe nenhum conflito entre as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 e as normas constitucionais a fim de justificar a sua não aplicação no direito interno através de qualquer uma das medidas da Resolução CAMEX n. 16/2010, principalmente se o poder judiciário brasileiro adotar a interpretação finalista no reconhecimento da autoridade material destas decisões. Esta interpretação finalista nada mais é que a busca dos fundamentos materiais de obrigatoriedade das decisões do OSC da OMC, e se confundem também com seus objetivos finais de desenvolvimento social e econômico, aumento do nível de emprego e de vida dos seus nacionais, através do desenvolvimento do comércio internacional multilateral. Estes objetivos são os mesmos da Constituição Federal, e ambos devem pautar as condicionantes da proteção da propriedade intelectual, ou seja, a mitigação dos privilégios de uns poucos em prol dos benefícios de todos, tal como a própria OMC o fez. Esta elevou a proteção da propriedade intelectual a nível internacional através do acordo TRIPS, mas a mitigou com a construção da retaliação cruzada entre acordos, a fim de atingir um benefício maior a todos que é a adequação das legislações domésticas às regras da OMC.

Considerando que o direito internacional não existe somente pela vontade soberana e absoluta dos Estados, mas também em razão dos interesses da comunidade internacional, o fundamento material da obrigatoriedade das decisões se encontra nos compromissos firmados na construção dos acordos. As decisões do OSC da OMC, e de qualquer sentença internacional, não mais existem somente para os interesses das partes, mas para o interesses de todos.

As cortes domésticas não podem atuar à parte deste movimento de evolução do direito internacional. O processo decisório e interpretativo sobre a aplicabilidade das decisões jurisdicionais internacionais devem levar em consideração os objetivos finais das organizações internacionais que baseou a construção destas, e em última instância os interesses da comunidade internacional de necessidade de paz social e estabilidade jurídica da ordem internacional.

Se a evolução da sociedade internacional levou as estruturas jurídicas onde se passou da simples justaposição de interesses estatais a interesses comuns, e onde um papel maior é delegado às Organizações Internacionais em todos os domínios da vida internacional, seria paradoxal que a solução pacífica de controvérsias pudesse permanecer afastada desta evolução (BRANT, 2002, p. 317).

Por isto, o poder judiciário brasileiro tem que atentar para a autoridade material de que gozam as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2. Estas foram proferidas por um órgão jurisdicional independente, que tem a função precípua de interpretar e resguardar os objetivos comuns da OMC, além de gozar da legitimidade de todos os seus membros que muito negociaram, discutiram e deliberaram sobre o caso, antes de se chegar à decisão jurisdicional da retaliação cruzada em TRIPS. Não há como haver qualquer juízo de valor sobre o mérito e a legitimidade das decisões. A sua compatibilidade com as normas constitucionais de proteção da propriedade intelectual, por sua vez, que estão condicionadas ao “interesse social” e ao “desenvolvimento econômico” do País, tem que ser interpretada à luz da legitimidade desta decisão e dos objetivos precípuos dos acordos da OMC. Foi para ver estes objetivos cumpridos por todos os Estados-membros que a República Federativa do Brasil criou e se submeteu compulsoriamente às decisões do OSC da OMC em 1994, e neste órgão depositou a confiança de que lhe cabe a atribuição de interpretar, monitorar e implementar tais objetivos comuns. E por isto também que não há que se falar em qualquer conflito legal ou constitucional das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 com o ordenamento jurídico brasileiro.

5.4.2 Precedentes jurisprudenciais que consagraram objetivos de tratados internacionais por meio de uma interpretação finalista – o direito de propriedade não é um direito absoluto

Não havendo previsão constitucional de aplicação direta das decisões internacionais no direito interno inclusive em supremacia às próprias normas constitucionais como no caso da Constituição Holandesa, ou ainda previsões como nas Constituições da França e Alemanha, onde as decisões jurisdicionais de tribunais criados através de um Tratado cuja análise de constitucionalidade já tenha sido feita anteriormente são aplicáveis diretamente no direito interno (DENZA, 2010), a única saída que as cortes nacionais possuem quando se deparam com um eventual conflito da decisão jurisdicional internacional no seu ordenamento é através de uma interpretação finalista, tal como descrito no item anterior.

A fim de demonstrar como a interpretação finalista do reconhecimento da autoridade material das decisões internacionais com base nos objetivos dos tratados, vale trazer o precedente do Tribunal de Justiça da União Europeia mencionado por Frederick M. Abbott (2009) dos Importadores de Bananas da República Federativa da Alemanha vs. Comissão Europeia (caso C-122/95).

O autor ao escrever sobre a retaliação cruzada em TRIPS, afirma que o poder regulatório que gozam os governos em modificar o regime de importação e exportação, com elevação das alíquotas dos produtos importados e restrições de prestação de serviços estrangeiros não geram direitos indenizatórios reconhecidos pelos tribunais, por serem medidas de mérito técnico de governo. Este aposta que o mesmo entendimento será tomado pelos tribunais domésticos quando se deparem com as demandas envolvendo pedido de indenização ou bloqueio de medidas que apliquem a retaliação cruzada em TRIPS. Ademais afirma que sobre a mudança de regime da proteção da propriedade intelectual este sempre ocorreu e nunca geraram demandas judiciais em razão de direitos pré-existentes. Não existem direitos adquiridos a regime de comércio e também de proteção da propriedade intelectual, uma vez que estes direitos sempre foram regulados e modificados pelo governo em razão do seu interesse social e econômico (ABBOTT, 2009).

O caso do TJUE “Importadores de Bananas da República Federativa da Alemanha vs. Comissão Europeia (caso C-122/95)”, contribui muito para a resolução do caso concreto aqui estudado, porque além de demonstrar que não existem direitos adquiridos a regime de comércio internacional, e que os direitos e princípios fundamentais da isonomia da propriedade e da livre iniciativa não são absolutos, como poderia ser alegado em eventuais demandas envolvendo a retaliação cruzada em TRIPS no Brasil, o caso foi definido em razão de um “objetivo de interesse geral” da construção de um regime de comércio único para a

Comunidade Europeia (nome da época), objetivo este essencial para a construção da futura União Europeia.

Os importadores de Bananas da República Federativa da Alemanha em razão da mudança do regime de importações de bananas no bloco comunitário entrou com uma ação de anulação do artigo 1º, n. 1, primeiro travessão, da Decisão 94/800/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994, e um pedido de indenização pelos prejuízos sofridos com base em restrições ao seu direito de propriedade e de livre iniciativa. Segundo o demandante o regime anterior às mudanças das normas do bloco comunitário era mais benéfico e menos restritivo do que a adoção do novo regime, e por isto deveria o artigo citado ser declarado nulo e ser indenizado pelos prejuízos sofridos. Todavia, este era mais benéfico para todos os demais países do bloco, menos para a República Federativa Alemã. Com a redução da oferta no mercado Alemão, o preço das bananas no mercado interno, logicamente, aumentou e houve redução de vendas e prejuízos. Este motivo, contudo, não foi suficiente para afastar a regra comunitária de política agrícola comum e adequação de preços no conjunto do mercado comum. Segundo o Acórdão de fato esta mudança iria trazer oscilações de preços até a adaptação de todo o bloco, mas este não era motivo de se barrar o novo regime:

No que respeita à acusação de que o se traduziu, em especial no mercado da recorrente, num aumento dos preços, contrariamente ao artigo 39, n 1, alínea e, deve notar-se que a criação de uma organização comum de mercado, que substitui regimes nacionais caracterizados por importantes diferenças de preços, se traduz inevitavelmente numa adaptação dos preços em toda a comunidade e que o objetivo de preços razoáveis para o consumidor deve ser considerado não em cada mercado nacional, mas no conjunto do mercado comum. Convém acrescentar que, conforme o que foi dito no n. 47, as instituições comunitárias podem, no âmbito do poder de apreciação de que dispõem para a criação de uma organização comum de mercado, dar temporariamente a primazia a certos objetivos do artigo 39 em relação a outros. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 1998).

No que se refere à violação ao princípio da isonomia o Acórdão afirma que de fato havia diferença no regime de comércio de importação de bananas dos membros comunitários, uns gozando de regime aberto outros com restrições quantitativas de importação de produtos de terceiros Estados. Contudo, isto não garantiria direito adquirido ao regime anterior, justamente porque o objetivo inerente da Comunidade Europeia era a integração dos mercados:

A este respeito, é forçoso constatar que, antes da aprovação do regulamento, o setor de bananas a nível da Comunidade se caracterizava pela coexistência de mercados

nacionais abertos, sujeitos a regras ainda por cima divergentes, e de mercados nacionais protegidos. Os regimes jurídicos a que estava sujeita a importação de bananas nos vários Estados Membros eram em larga medida idênticos aos existentes nesses Estados antes da criação da Comunidade, ou antes da sua adesão à Comunidade.

Nos mercados nacionais abertos, os operadores econômicos podiam abastecer-se em bananas de países terceiros sem estarem sujeitos a restrições quantitativas. Os importadores no mercado alemão beneficiavam mesmo de uma isenção de direitos aduaneiros dentro de um contingente regularmente ajustado com base no protocolo das bananas. Em contrapartida, nos mercados nacionais protegidos, os operadores econômicos que comercializavam bananas comunitárias tradicionais ACP⁶⁴ tinham a garantia de poder escoar os seus produtos sem se exporem a concorrência dos distribuidores de bananas de países terceiros mais competitiva. Pelas razões expostas no n. 5 do acórdão, o preço das vendas das bananas comunitárias e ACP excedia, com efeito, sensivelmente o das bananas de países terceiros.

(...) Como inerente ao objetivo de uma integração de mercados até então compartimentados, tendo em conta a situação diferente em que se encontravam as diferentes categorias de operadores econômicos antes da instituição da organização comum de mercado. O regulamento visa, com efeito, garantir o escoamento da produção comunitária e da produção tradicional da ACP, o que implica que se estabeleça um certo equilíbrio entre as duas categorias de operadores econômicos abrangidos. Assim, a acusação baseada em violação do princípio da não discriminação deve ser rejeitada. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 1998).

No que se refere às alegações de violação do direito de propriedade e da livre iniciativa, que podem muito bem serem alegadas pelos detentores de propriedade intelectual prejudicados pela retaliação cruzada em TRIPS, foi mais uma vez decidido pelo TJUE que estes direitos fundamentais apesar de consagrados nas normas comunitárias não podem ser encarados de forma absoluta. Estes podem ser restringidos para a efetivação de objetivos de interesse geral, e nenhum operador econômico pode alegar direito adquirido, ou confiança legítima na manutenção do regime de comércio que gozava antes da busca pelo regime comunitário, posterior e benéfico a todos os Estados membros:

No que se refere à ofensa do direito de propriedade, a recorrente alega que, ao retirar a longo prazo partes de mercado aos operadores que comercializavam tradicionalmente bananas de países terceiros, o regulamento impugnado violou o direito de propriedade desses operadores e atentou contra o livre exercício das suas atividades profissionais. (...)

A este respeito, há que se notar que tanto o direito de propriedade como o livre exercício de uma atividade profissional fazem parte dos princípios gerais do direito comunitário. Esses princípios não se apresentam, contudo, como prerrogativas absolutas, mas devem ser tomados em consideração relativamente à sua função na sociedade. Por conseguinte, podem ser impostas restrições ao exercício do direito de propriedade e ao livre exercício das atividades profissionais, nomeadamente no âmbito de uma organização comum de mercado, na condição de essas restrições corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral prosseguidos pela

⁶⁴ Produtores de bananas da África, Caribe e Pacífico.

intervenção excessiva e intolerável que atende contra a própria substancia dos direitos assim garantidos.

O direito de propriedade dos operadores de bananas de países terceiros não é posto em causa pela instauração do contingente comunitário e pelas regras de repartição deste. Com efeito, nenhum operador económico pode reivindicar um direito de propriedade sobre uma parte de mercado que ele detinha num momento anterior à instituição de uma organização comum de mercado, pois essa parte de mercado apenas constituía uma posição económica momentânea, exposta à eventualidade de uma alteração de circunstâncias.

Um operador económico também não pode invocar um direito adquirido, ou uma confiança legítima na manutenção de uma situação existente que pode ser modificada por decisões tomadas pelas instituições comunitárias no âmbito do seu poder de apreciação, e menos ainda se a situação existente for contrária as regras do mercado comum. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 1998).

Portanto, este precedente utilizou a interpretação finalista em se buscar um regime de comércio unitário no bloco europeu para afastar o caráter absoluto do direito de propriedade, e da livre iniciativa devendo cumprir a sua função social, não havendo qualquer expectativa de direito à manutenção do regime de comércio anterior. Por isto, Frederick M. Abbott (2009) entende que existem vários precedentes, este como principal, que vão balizar as cortes nacionais quando se depararem com uma demanda totalmente nova com pedidos e reclamações em torno da aplicação da retaliação cruzada. Da mesma forma que é totalmente pacífico na jurisprudência, inclusive a brasileira⁶⁵, prejuízos decorrentes a importadores em razão do aumento de tarifas de importação, por medidas de governo, em prol do interesse social, económico, e do comércio internacional, a tendência é que a mesma decisão se dará com os prejuízos decorrentes da retaliação cruzada em TRIPS.

Outro precedente jurisprudencial que também contribui para solucionar eventuais demandas pela aplicação prática da Resolução CAMEX n. 16/2010 é o caso dos “pneus reformados” – DS 332/2005 que foi apreciado pelo STF através da ADPF 101/2006. Este caso se destaca por ser o primeiro caso em que a corte maior brasileira se deparou com o problema do reconhecimento da autoridade formal e material de uma decisão do OSC da OMC, e a maior contribuição deste foi o seu desfecho.

Apesar de em nenhum momento o STF reconhecer abertamente a autoridade formal ou material da decisão DS 332/2005, com base nos preceitos fundamentais da Constituição Federal de proteção do meio ambiente e da saúde humana, se alinhou a um dos objetivos do preâmbulo do Tratado Constitutivo da OMC (utilização ótima dos recursos mundiais, em

⁶⁵ AC 00226952520014036100 - AC - APELAÇÃO CÍVEL – 12215513, TRF3, disponível em <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>, visualizada em 17 de fev. 2014.

conformidade com o conceito de desenvolvimento sustentável, protegendo o meio ambiente), determinou a cassação de todas as liminares das cortes nacionais que haviam deferido a importação dos pneus reformados dos países do MERCOSUL. O STF usou a interpretação finalista com harmonização dos preceitos da Constituição Brasileira com os objetivos da OMC e indiretamente reconheceu a sua autoridade material ao destacar a sua importância, os prejuízos e riscos ao meio ambiente que o não cumprimento da decisão iriam acarretar, e ainda cassou atos soberanos do próprio poder judiciário para se alinhar com as determinações da decisão jurisdicional internacional.

Com efeito, a decisão do STF que determinou a suspensão das liminares nacionais que estavam por discriminar produtos iguais vindo do Uruguai e da União Europeia, sob pena de o Brasil ser obrigado a importar todos os pneus reformados do resto do mundo, abriu um precedente sem igual na jurisprudência brasileira, em que foi reconhecida a autoridade material de uma decisão do OSC da OMC, o que pode acontecer com o caso da retaliação em TRIPS aqui estudado.

A construção do Sistema de Solução de Controvérsias forte e efetivo com a previsão de retaliações é um dos objetivos precípuos da OMC, tal como são a elevação dos níveis de vida, de emprego e renda das populações, o aumento da produção e do comércio de bens e serviços e entre outros. Induzir a mudanças das legislações internas dos Estados de acordo com as regras da OMC é um objetivo tão perseguido quanto os demais, e este primeiro objetivo precisa da aplicação efetiva das retaliações também no âmbito interno dos Estados. O judiciário brasileiro tal como reconheceu a necessidade de se aplicar a decisão da OMC no caso dos pneus reformados em razão de sua importância para o meio ambiente, também pode reconhecer a importância da aplicação efetiva da retaliação cruzada em TRIPS como meio para fortalecer o Sistema de Solução de Controvérsias e favorecer todos os acordos e setores do comércio internacional.

Repita-se mais uma vez, cada decisão do OSC existe para além do interesse das partes e isto deve ser reconhecido pelos magistrados brasileiros. Se o STF determinou cassar liminares nacionais em razão de uma decisão jurisdicional do OSC no caso dos pneus reformados também poderá o fazer caso surjam liminares protegendo os direitos de propriedade intelectual dos afetados pelas retaliações cruzadas em TRIPS. O benefício em prol do interesse público, desenvolvimento da economia e do comércio mundial é muito maior do que o interesse privado de uns poucos que não são absolutos. Por isto, o caso dos

pneus é emblemático onde o STF não avançou sua jurisprudência em reconhecer a autoridade formal e material de uma decisão jurisdicional internacional com sua aplicabilidade direta no País, mas reconheceu a sua importância e a cumpriu com base no alinhamento dos seus preceitos constitucionais com os objetivos que estavam nas entrelinhas da decisão DS 332/2005. Contudo, poderá ter nova oportunidade para tanto, caso sejam aplicadas qualquer uma das medidas da retaliação cruzada em TRIPS autorizada pelas decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 e consubstanciadas através da Resolução CAMEX N. 16/2010.

5.5 A construção do princípio do primado do direito da União Europeia pela atuação cooperativa dos tribunais constitucionais e do TJUE em prol de um objetivo comum

Por fim, a interpretação finalista para aplicação das decisões jurisdicionais internacionais no âmbito interno dos Estados tem um aspecto muito particular sobre o reconhecimento da sua autoridade de coisa julgada internacional, que seria um suposto conflito de hierarquia entre tribunais nacionais e internacionais. Um dos maiores problemas no reconhecimento da autoridade da coisa julgada internacional, é que as cortes nacionais se sentem soberanas ao ponto de entender que cabem somente a elas dizer o direito sobre a causa envolvida com base única e exclusivamente no seu direito interno, e muitas entendem que aplicar decisões jurisdicionais internacionais no âmbito interno seria uma invasão de sua hierarquia constitucional.

Como visto, em demandas internacionais em que as decisões judiciais internas dos Estados acabam por ter reflexos na política domésticas de outros Estados, como no caso concreto aqui estudado, onde o reconhecimento da constitucionalidade da Resolução da CAMEX n. 16/2010 “autorizando” a sua efetiva aplicação vai repercutir na esfera doméstica dos EUA e na consagração do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, se fechar em torno do direito interno seria um contrassenso e uma involução em relação ao atual estágio do direito internacional. A harmonização dos preceitos constitucionais, da legitimidade das decisões, dos objetivos da Organização Internacional e dos interesses da comunidade internacional foi muito bem exposta até aqui, e esta é uma solução viável para o reconhecimento da autoridade material pelas cortes nacionais, quando não existem preceitos constitucionais diretos para resolver o conflito.

Contudo, o que este item tem a demonstrar é que não há que se falar em hierarquia de tribunais internacionais e nacionais para que um reconheça a autoridade das decisões uns dos outros. O reconhecimento de ambos sobre a autoridade material se confunde com a busca de um objeto final comum consagrado nos Tratados. Isto possibilita aos tribunais uma larga saída para eventuais conflitos entre decisões e normas internacionais em relação ao direito interno dos Estados, tal como foi conseguido na construção do princípio do primado do direito da União Europeia. Em prol de um objetivo comum, os tribunais nacionais em conjunto com o TJUE construíram o entendimento de que em razão de um objetivo maior que era a implementação da União Europeia que beneficiaria a todos, as normas de direito comunitário deveriam prevalecer sobre as normas de direito interno em razão do objetivo maior de interesse de todos estes Estados membros, tal como foi feito pelas cortes britânicas (item 2.2.2).

O reconhecimento da aplicabilidade das decisões jurisdicionais internacionais no âmbito interno, através do reconhecimento da sua autoridade formal e material não é vertical. Não existe hierarquia entre tribunais internacionais e nacionais, mas sim atuação conjunta e cooperativa em prol de um interesse comum tal como faz o TJUE e os tribunais nacionais dos Estados-membros na implementação das normas comunitárias em prol da criação de um mercado comum europeu e ao final uma União Europeia. Nenhum país aceitou o primado do direito comunitário simplesmente porque uma determinação do TJUE, que seria supostamente superior, o assim determinou. O que houve foi a construção do princípio do primado do direito europeu através de adaptação das normas internas com as normas comunitárias para assim conseguir cumprir os objetivos do Tratado de Roma. E esta contribuição da União Europeia pode ser aplicada também com o caso concreto do Algodão e da retaliação cruzada em TRIPS.

Entender o processo de construção do princípio do primado é entender o porquê de se reconhecer a autoridade material de uma decisão jurisdicional internacional sem a necessidade de qualquer dispositivo constitucional específico, baseando-se somente na busca dos objetivos dos tratados. Tanto é assim que até hoje tal princípio não se encontra escrito no TUE e no TFUE, e de total interesse da União que assim o permaneça, para reforçar que a aplicação direta e primeva das normas comunitárias como uma opção de todos os Estados e seus tribunais nacionais, e não uma imposição, tal como afirma Miguel Gorjão-Henriques:

A afirmação da prevalência na aplicação ocorre assim, na jurisprudência, quer face ao direito ordinário interno, quer mesmo quando em causa possa estar o direito constitucional do Estado. Claro que uma coisa é o que o Tribunal de Justiça afirma, coisa diversa é o que os ordenamentos nacionais reconhecem. Há a este propósito, algumas ideias-base a reter. Primeiro todos os ordenamentos jurídicos tendem a aceitar a prevalência na aplicação do direito da União Europeia sobre o direito interno infraconstitucional, ainda que não aceitem necessariamente um primado no sentido hierárquico do termo, aliás até hoje não suposto formalmente pelo ordenamento jurídico da União Europeia. Segundo, em relação às normas constitucionais, a regra é não haver regra. Cada Estado membro, de modo explícito ou como resultado da atuação dos órgãos que asseguram o respeito pelas suas normas fundamentais de organização e competência (*rectius*, as Constituições) regula à sua maneira a questão. (GORJÃO-HENRIQUES, 2010, p. 408-409).

Esta opção pela falta de regulação formal para a continuidade do princípio do primado do direito da União Europeia surgiu a partir da do caso Costa/Enel em que o TJUE em um caso de “reenvio prejudicial”⁶⁶, o governo italiano alegou a “inadmissibilidade absoluta”, para o juiz nacional, de interrogar o TJUE, pois a Constituição Italiana vedava aos juízes nacionais a desaplicação de quaisquer normas internas em razão das normas comunitárias. Pela Constituição Italiana o juiz *a quo* estaria vinculado a aplicar a lei nacional posterior ao caso concreto. Contudo, esta alegação foi afastada pelo TJUE, porque o Tratado de constituição da UE constituiu uma ordem jurídica própria já aceita pelos Estados membros quando de sua constituição e da aplicação das normas comunitárias fosse diferente em cada país membro isto traria uma discriminação injustificada e colocaria em risco os objetivos do Tratado de Roma e seriam postos em causa os próprios fundamentos da comunidade (DO AMARAL; PIÇARRA, 2008):

Reconhecendo-se sem competência, no quadro do reenvio prejudicial, para “decidir sobre a validade de uma medida de direito interno face ao disposto no Tratado, como lhe é possível fazer no âmbito do artigo 226.”⁶⁶ (relativo à ação por incumprimento), o TJ considerou que apenas lhe cabia interpretar os preceitos do Tratado invocados pelo juiz nacional tendo em conta os dados jurídicos por este expostos. E com base nos argumentos de que (1) diversamente dos tratados internacionais ordinários, o Tratado CEE instituiu uma ordem jurídica própria, isto é, um corpo de normas aplicável aos Estados-Membros e aos seus nacionais, que se impõe aos órgãos

⁶⁶ Art. 267 do TFUE: “O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.”

jurisdicionais dos Estados-Membros, e de que (2) a limitação, ainda que em domínios restritos, de direitos soberanos assim efetivada torna impossível para os Estados-Membros “fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior”, o TJ concluiu caber ao juiz nacional a desaplicação de uma norma legal sempre que ela se revele em contradição com o direito comunitário, afastando portanto, em tal hipótese obrigação constitucional absoluta de vinculação à lei interna.

O TJ invocou ainda a favor do primado do direito comunitário o argumento de que a eficácia do direito comunitário não pode variar de um Estado-Membro para outro em função da legislação interna posterior, sem pôr em perigo a realização dos objetivos do Tratado de Roma referida no artigo 10.º, segundo parágrafo, e sem provocar uma discriminação em razão da nacionalidade proibida pelo artigo 12.º. Não podendo basear sua formulação final do princípio do primado – “ao direito emergente do Tratado, emanado de fonte autónoma, em virtude da sua natureza originária específica, não pode ser oposto *em juízo* um texto interno, qualquer que seja” (ênfase acrescentada)¹⁰ – em nenhuma *Supremacy Clause* constante do Tratado de Roma, o TJ acabou por não escapar à apologia, isto é, a um raciocínio que consiste em provar uma tese pela exclusão (refutação) de todas as outras¹¹. Com efeito, ao argumentar que, se os juízes nacionais não estivessem sempre obrigados a fazer primar o direito comunitário sobre o direito nacional contrário, o primeiro perderia a sua natureza comunitária e seriam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade, o TJ estava essencialmente a procurar provar a sua proposição – “ao direito emergente do Tratado não pode ser oposto em juízo um texto interno, qualquer que seja” – excluindo as proposições contrárias [ao direito emergente do Tratado podem ser opostos em juízo. (DO AMARAL; PIÇARRA, 2008, p. 192-193).

Apesar do TJUE determinar a aplicação das normas comunitárias e desaplicar as normas internas os tribunais nacionais não a viram como um imposição, tal como as leis federais prevalecem sobre as leis estaduais em obediência à Constituição Federal, até mesmo porque não existe qualquer previsão de hierarquia das normas e das funções do Tribunais nacionais e do TJUE.⁶⁷ A aceitação desta decisão se deu não pela sua hierarquia ou formalidade, mas sim pela materialidade do caso concreto. Os juízes nacionais assim reconheceram que as normas de direito comunitário por tratar de matéria específica e em prol de construir a comunidade europeia deveria prevalecer diretamente sobre as legislações nacionais sempre que houvesse divergências. Foi, portanto, em prol de se construir um objetivo de interesse maior e comum a todos os Estados-membros que se aceitou e ainda se aceita o princípio do primado do direito da União Europeia como fundamental para o sucesso do TUE, não havendo qualquer necessidade desta previsão constar dos tratados ou das normas constitucionais dos Estados.

Pode, por isso, dizer-se que o direito da UE prima sobre o direito nacional não por lhe ser superior, mas porque é materialmente competente para regular o caso

⁶⁷ Sobre a ausência de hierarquia entre os Tribunais nacionais da UE e o TJUE ver item 2.2.3.

concreto – tendo os Estados-Membros, no correspondente domínio, “limitado os seus direitos soberanos”, para utilizar a expressão do próprio acórdão Costa/ENEL. Por isso é que, ao contrário do que normalmente se verifica nos sistemas federais, “a operatividade do primado como critério de resolução de conflitos internormativos não interfere com a validade da norma interna desalojada pela norma comunitária” Mesmo que, do ponto de vista da resolução do litígio subjacente, os resultados práticos da aplicação do princípio do primado no ordenamento da UE e num ordenamento federal coincidam no essencial – tal litígio acabará por resolver-se, consoante o caso, com base na norma de direito da UE ou na norma de direito federal e, portanto, mediante o afastamento da norma estadual contrária –, o *iter processualis* difere substancialmente de um ordenamento para outro. Enquanto, num ordenamento federal, qualquer norma estadual pode ser inválida por contradição com uma norma relevando daquele ordenamento – e isto por ação de um tribunal federal competente para sindicá-la e anulá-la, em recurso judicial, sentenças dos tribunais estaduais com fundamento na violação do direito federal –, no ordenamento da UE apenas os *tribunais nacionais* são competentes para desaplicar normas internas contrárias ao direito da UE, e em *circunstância nenhuma* cabe recurso judicial para o TJ das decisões dos tribunais nacionais fundado na má aplicação ou na desaplicação do direito da UE. (DO AMARAL; PIÇARRA, 2008, p. 193-194).

Sobre esta visão, fácil é compreender que os tribunais nacionais aceitaram o papel de serem tribunais descentralizados da União Europeia, também responsáveis, assim como TJUE de aplicar a norma comunitária de maneira uniforme em todos os países da comunidade, o que é muito diferente do modelo federal hierarquizado do direito interno. O princípio do primado a partir de então foi reforçado em diversos outros casos, em destaque para o caso “Simmenthal”, e todos os tribunais nacionais o aplicam apesar da ausência das normas expressas do TUE ou do TFUE, destacando o posicionamento dos tribunais italianos e as cortes do Reino Unido, tradicionalmente muito arraigadas com os seus princípios constitucionais e com a soberania do seu Parlamento, respectivamente, como destacam Diogo Freitas do Amaral e Nuno Piçarra:

O princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional, formulado pelo TJ como elemento caracterizador da autonomia do ordenamento da União Europeia, sob a forma de uma obrigação de *facere*²⁴, conducente a uma situação designada por *supranacionalismo normativo*²⁵, veio a ser generalizadamente aceite pelos tribunais nacionais, apesar da ausência de base expressa no TCE ou no TUE. O próprio Tribunal Constitucional italiano, na sequência do acórdão Simmenthal, acabou por reconhecer que o controlo da compatibilidade entre o direito comunitário e “a norma interna, também posterior, seja deixado à cognição do juiz ordinário mesmo que exista um órgão jurisdicional expressamente competente, como este Tribunal, para a fiscalização da constitucionalidade das leis”²⁶, parecendo assim sufragar o entendimento implícito de que a contradição entre uma norma nacional e uma norma comunitária não configura em geral uma “situação de inconstitucionalidade. Por seu lado, a Câmara dos Lordes aceitou exercer o poder que lhe foi reconhecido pelo TJ de suspender uma lei com vista a salvaguardar a plena eficácia do direito comunitário. E essa solução não deixou de contribuir, de algum modo, para que se evoluísse no Reino Unido no sentido de atribuir aos

tribunais nacionais competência para sujeitarem as leis a parâmetros de validade superiores, pondo fim ao dogma da soberania do Parlamento e da intangibilidade dos seus atos. (DO AMARAL; PIÇARRA, 2008, p. 197-198).

Portanto, para se entender a importância da construção deste primado para o caso concreto aqui estudo, é necessário reconhecer que o estabelecimento e a articulação deste princípio sem o qual a integração europeia não seria alcançada, se deu pela cooperação e atuação conjunta do TJUE e dos tribunais nacionais em torno de um objetivo comum. Sem a construção dos princípios gêmeos do efeito direto e do primado do direito da União Europeia,

(...) o Tratado de Roma teria permanecido como um conjunto de regra abstratas e distantes, desconhecidas na sua maior parte, cujas violações apenas seriam sancionadas através do pesado mecanismo da ação de incumprimento⁶⁸, não sendo sequer de excluir que os Estados-membros passassem a aplicar entre si a clássica regra da reciprocidade como sanção para os incumprimentos uns dos outros – com grande prejuízo para a integração europeia (DO AMARAL; PIÇARRA, 2008, p. 198).

O mesmo pode ocorrer com o instituto da retaliação cruzada em TRIPS caso o Poder Judiciário brasileiro esvazie todo o seu poder com o deferimento de liminares dando primazia para o direito de propriedade intelectual de americanos e brasileiros domiciliados nos EUA. Este mecanismo de indução do cumprimento das decisões do OSC também cairá em abstração e comprometerá a eficácia do Sistema de Solução de Controvérsias e o sucesso dos objetivos do Tratado constitutivo da OMC. Os impactos de um posição contrária do Poder Judiciário Brasileiro à aplicação efetiva no país da retaliação cruzada em TRIPS importará em sérios prejuízos para o Brasil e para todos os membros da OMC, como se verá no item 6 a seguir.

Por fim, é claro que o sistema judicial na União Europeia e os conflitos entre as normas comunitárias e as leis nacionais não são os mesmos dos eventuais conflitos entre as decisões do OSC da OMC e as normas internas brasileiras. Todavia, entender que a construção de uma nova ordem jurídica de tanto sucesso como a UE se baseou totalmente na atuação conjunta de tribunais em prol de um objetivo comum e da materialidade das

⁶⁸ Art. 259 do TFUE Qualquer Estado-Membro pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia, se considerar que outro Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados. Antes de qualquer Estado-Membro introduzir recurso contra outro Estado-Membro, com fundamento em pretenso incumprimento das obrigações que a este incumbem por força dos Tratados, deve submeter o assunto à apreciação da Comissão. A Comissão formulará um parecer fundamentado, depois de os Estados interessados terem tido oportunidade de apresentar, em processo contraditório, as suas observações escritas e orais. Se a Comissão não tiver formulado parecer no prazo de três meses a contar da data do pedido, a falta de parecer não impede o recurso ao Tribunal.

decisões, sem qualquer norma expressa assim o determinando, serve de inspiração para o Poder Judiciário do Brasil possa atuar, caso se depare com demandas envolvendo eventuais alegações de conflitos entre a retaliação cruzada em TRIPS e as normas brasileiras de proteção da propriedade intelectual.

6 IMPACTOS INTERNACIONAIS DE UMA POSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO CONTRÁRIA À IMPLEMENTAÇÃO DA RETALIAÇÃO CRUZADA EM TRIPS

Demonstrado o caso concreto dos Subsídios do Algodão e todas as suas nuances, apresentado os requisitos legais e as condições em que se dá a autorização para a suspensão das concessões do acordo TRIPS (retaliação cruzada), e defendida a autoridade formal e material que as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2, consubstanciadas através da Resolução CAMEX n. 16/2010, e a sua total compatibilidade com as normas de proteção da propriedade intelectual brasileira, resta demonstrar as consequências negativas para o Brasil no âmbito internacional, caso o Poder Judiciário Brasileiro, seja através do deferimento de liminares seja pelo controle concentrado de constitucionalidade, adote uma posição contrária à implementação da retaliação cruzada em TRIPS no País.

Se a República Federativa do Brasil concordou em criar e se submeter às decisões do OSC da OMC, e se estas decisões contribuem para reforçar a credibilidade dos compromissos assumidos por um Estado ao outro, e são fundamentais para a concretização dos seus objetivos comuns, logicamente um posicionamento contrário do Poder Judiciário e totalmente afastado da atuação do Poder Executivo significará um alto custo da reputação internacional ao País.

Ademais, tal posicionamento não deixa de ser irônico, pois o Brasil depois de anos de batalha jurídica para ser autorizado a retaliar um País violador das regras da OMC, não consegue efetivar tal retaliação por incompatibilidade desta com seu direito interno. Como fica a sua reputação internacional para requerer novamente qualquer autorização para retaliar outro País junto ao OSC da OMC? E mais, quando os EUA se sentirão compelidos a mudar a sua política agrícola? Qual o poder de negociação terá o Brasil frente aos EUA sobre compensação dos prejuízos do caso do Algodão? As respostas para estas perguntas são: extremamente abalada, nunca e nenhum.

Ainda, o Brasil passará de membro prejudicado para membro violador das regras do Sistema de Solução de Controvérsias tal como os EUA. O Brasil não é o País infrator das regras e acordos da OMC no caso do Algodão. Por isto requereu ao OSC a possibilidade de ser autorizado a retaliar os EUA no seu direito de propriedade intelectual, para que este setor fosse prejudicado o suficiente a fim de pressionar o Congresso Americano a mudar a política

de subsídios do Algodão, e conseqüentemente toda sua política agrícola. As decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 são o resultado deste pedido, e sua aplicação efetiva no direito brasileiro dota estas decisões jurisdicionais da potência jurídica suficiente para que os EUA sejam compelidos a mudar suas políticas agrícolas domésticas de acordo com os acordos da OMC. Decisões judiciais liminares ou mesmo a declaração final do STF de que estas decisões não são compatíveis com o ordenamento interno brasileiro que protegem a propriedade intelectual esvaziam por completo esta potência, e o Brasil de País prejudicado pelo não cumprimento dos Acordos da OMC passa a ser País violador de normas internacionais, e assim prejudicado sairá duas vezes.

Um dos maiores objetivos dos tratados da OMC é incentivar e ao final, se necessário, induzir por meio do Sistema de Solução Controvérsias, mudar as legislações internas dos Países para se adequarem as normas de comércio da OMC. As contramedidas e retaliações são as armas finais do Sistema e servem para este propósito. Se as cortes domésticas brasileiras não vislumbrarem este objetivo como um objetivo comum e extremamente necessário da regulação do comércio internacional cai por terra toda a potência jurídica das autorizações para a retaliação cruzada em TRIPS, o Brasil perderá seu poder de negociação com os EUA e estes nunca se sentirão forçados a mudar a sua política de subsídios agrícolas e do algodão.

O OSC é o órgão jurisdicional internacional que prevê os mecanismos internacionais mais sofisticados e eficientes para induzir o cumprimento de suas decisões, tal como requer a regulação do comércio internacional, e sem o qual nunca se chegará a seus objetivos finais. Além disto, conta com a cláusula obrigatória de compulsoriedade firmada por todos os seus membros pelo princípio do *single undertaking*. Contudo, toda esta potência se esvazia por completo se o País beneficiado pela retaliação não conseguir implementar no seu ordenamento interno tais decisões. Daí o papel essencial que os tribunais domésticos exercem hoje no cenário do direito internacional. Qualquer magistrado brasileiro, que estiver na sua atribuição de analisar o deferimento de uma liminar contrária a retaliação cruzada em TRIPS, que não vislumbrar claramente estes objetivos perseguidos pela OMC e a consequência desta decisão para as regras do comércio internacional, colocam em risco não só a produção nacional do algodão, mas também toda a agricultura brasileira, a participação do Brasil no comércio mundial, sua reputação internacional para futuras negociações de qualquer tipo, além de comprometer a Eficácia do próprio Sistema de Solução de Controvérsias da OMC.

Com efeito, quanto maior a legitimidade e potência jurídica que gozam as decisões dos tribunais jurisdicionais internacionais independentes em se fazer cumprir os compromissos assumidos, maior a autoridade material que estas decisões gozam no direito interno e maior a probabilidade de reais mudanças das práticas internas e internacionais em prol de um objetivo comum consagrado nos tratados internacionais. As vantagens de se submeter a estas decisões foram destacadas por Laurence R. Helfer e Anne-Marie Slaughter (2005), e a principal delas é reforçar a credibilidade dos compromissos internacionais, principalmente no que eles chamam de “Acordos Internacionais profundos”. Esses acordos são os que exigem modificações das legislações e práticas nacionais dos Estados-membros, tal como são os acordos da OMC, e tal como exigem as decisões do OSC, como por exemplo a determinação de mudança da política doméstica de subsídios agrícolas americanos a partir do caso do Algodão Brasil *vs.* EUA.⁶⁹

No mesmo sentido, Andrew Guzman (2002) desenvolveu uma teoria para explicar o comportamento do Estado no que tange às cláusulas de resolução das disputas que leva em consideração os aspectos característicos da arena internacional. Adotando como pressuposto que os Estados são atores racionais e baseados em interesses egoísticos, Guzman empreende um esforço de construção de um modelo analítico que permita a compreensão de porque as cláusulas obrigatórias para a resolução de conflitos são a exceção, e não a regra, em se tratando de acordos internacionais, justamente pelos altos custos que envolvem o seu não cumprimento.

De acordo com o modelo construído pelo autor, as cláusulas obrigatórias de resolução de conflitos inseridas nos tratados internacionais ampliam a sanção decorrente de eventual violação do tratado e, dessa forma, ampliam a probabilidade das partes cumprirem as disposições. Por outro lado, estas cláusulas impõem uma perda, ou custo, sobre as partes quando a violação ocorre. Este custo pode ser identificado, sobretudo, na perda da reputação pelo Estado diante dos demais, dificultando futuros acordos, ou pode mesmo tomar a forma de sanções. Dessa forma, agindo no ambiente internacional os Estados devem buscar um equilíbrio entre a credibilidade e os benefícios do cumprimento dos acordos que decorrem destas cláusulas e os custos conjuntos impostos por estas cláusulas na hipótese de violação. (GUZMAN, 2002).

⁶⁹ Sobre as vantagens de se criar e submeter a tribunais internacionais ver item 5.3.

O argumento de Guzman (2002) é que o uso de uma cláusula de resolução de conflitos amplia os custos totais da violação de um acordo, o que teria dois efeitos, e ao final conclui que os Estados, em caso de não cumprimento dos tratados, ficarão mais amparados com a existência de tribunais internacionais do que sem eles.

Primeiro, fornece um benefício para os Estados, porque aumenta a conformidade da mesma forma como fazem os danos de dinheiro no contexto nacional. Em segundo lugar, impõe um custo aos Estados porque aumenta o custo conjunto de violação. Assim, para os casos em que uma falha ocorre apesar da presença de uma cláusula de resolução de disputa, as partes estarão piores com um tribunal do que eles estariam sem um. (GUZMAN, 2002, p. 306, *tradução nossa*)⁷⁰.

Nesse sentido, Guzman (2002) rejeita as explicações existentes na literatura acadêmica do direito internacional para a relutância dos Estados de incluir cláusulas obrigatórias para a resolução de conflitos em seus acordos. São duas as explicações existentes. A de que os Estados prefeririam manter o controle sobre as disputas a incluir uma terceira parte na mesma, e a de que os Estados seriam avessos ao risco.

Quanto à primeira, o fato dos Estados preferirem recorrer à diplomacia não significa que não possam recorrer a um método de resolução obrigatório caso os meios diplomáticos falhem. É exatamente o exemplo do procedimento da OMC, em que antes de iniciar o processo de resolução a tentativa de negociação entre as partes é um requisito indispensável, de modo que o painel somente é instaurado se as partes não entrarem em acordo.

Quanto à segunda tentativa de explicação, tem por fundamento que os Estados não adotariam cláusulas obrigatórias de resolução porque teriam medo de perder a disputa. Para Guzman (2002) este seria uma razão insatisfatória, sobretudo porque o uso dessas cláusulas pode inclusive reduzir o risco de não cumprimento de determinado acordo, porque o Estado-parte percebe o caso em uma perspectiva anterior: “Ex ante, uma cláusula de resolução de disputa amplia a probabilidade do cumprimento, o que pode levar à redução do risco geral do acordo” (GUZMAN, 2002, p. 309, *tradução nossa*)⁷¹.

⁷⁰ First, it provides a benefit to the states because it increases compliance in much the same way as do money damages in the domestic context. Second, it imposes a cost on the states because it increases the joint cost of breach. Thus, for those cases in which a breach occurs despite the presence of a dispute resolution clause, the parties are worse off with a tribunal than they would be without one.

⁷¹ Ex ante, a dispute resolution clause increases the likelihood of compliance, which can cause a reduction in the overall risk of the agreement.

De modo simplificado, portanto, o modelo de Guzman para a adoção de cláusulas obrigatórias para a resolução de disputas prevê que:

A relutância do Estado em adotar cláusulas de resolução de disputa obrigatórias é explicada pelo fato de que essas cláusulas, quando acionadas, impõem uma perda conjunta para as partes. Os Estados, portanto, vão aceitar tal cláusula apenas se os benefícios, sob a forma de cumprimento ampliado, compensam os custos que devem ser suportados em caso de descumprimento. (GUZMAN, 2002, p. 235, *tradução nossa*)⁷².

E por fim o autor destaca que em tratados multilaterais com alto grau de dependência entre os Estados, como por exemplo os acordos da OMC, o custo de não cumprimento das cláusulas obrigatórias é muito maior, justamente pela facilidade de monitoramento dos tribunais internacionais e dos outros Estados-membros.

O que em última análise pode ser dito sobre resolução de litígios, portanto, é que os acordos entre Estados com um elevado grau de dependência mútua são mais propensos a ter cláusulas de resolução de litígios. Isto é assim porque a maioria do benefício informativo de uma violação é capturado pela parte que sofreu a violação ou outras partes do acordo. Por outras palavras, as partes do acordo se comportam de forma semelhante às partes em um sistema fechado porque eles têm relativamente menos interações com Estados não parte. (GUZMAN, 2002, p. 320, *tradução nossa*)⁷³.

Portanto, no caso dos tratados da OMC não há como não cumprir as decisões proferidas sem sofrer contramedidas e retalições previstas no mecanismo de solução de controvérsias, ou suportar um alto custo político e de reputação perante os outros membros da comunidade internacional. Se o não cumprimento de uma decisão que lhe é desfavorável incorre neste alto custo, o que dizer do não cumprimento de uma decisão que lhe é favorável e foi tão veemente pedida como no caso da retaliação cruzada em TRIPS no caso do subsídio do Algodão? O custo de reputação de futuras negociações do Brasil tanto no caso do algodão como em outros casos na OMC será muito alto. Existe ainda o custo da opinião pública em relação às perdas dos esforços e gastos de dinheiro público decorrente da atuação diplomática

⁷² State reluctance to adopt mandatory dispute settlement clauses is explained by the fact that these clauses, when triggered, impose a joint loss upon the parties. States, therefore, will accept such a clause only if the benefits, in the form of increased compliance, outweigh the costs that must be borne in the event of breach.

⁷³ What can ultimately be said about dispute resolution, therefore, is that agreements between states with a high degree of mutual dependence are more likely to have dispute resolution clauses. This is so because most of the informational benefit from a breach is captured by the breached-against party or other parties to the agreement. Put differently, the parties to the agreement behave in a fashion similar to parties in a closed system because they have relatively minor interactions with nonparty states.

do Brasil no caso do Algodão, que ao final restou em vão, e a pior de todas as consequências, a perda de qualquer poder de negociação ou instrumento de pressão capaz de fazer com que os EUA mudem suas políticas domésticas que tanto prejudicam o Brasil, os países em desenvolvimento e o mercado agrícola mundial.

Portanto, a consequência mais negativa da existência de eventuais decisões liminares que tiram a efetividade (autoridade positiva de coisa julgada internacional), ou a potência jurídica, das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 é esta impossibilidade de induzir a mudanças de comportamento doméstico de um Estado que tem consequências internacionais, sendo uma das maiores vantagens que a criação dos órgãos jurisdicionais internacionais independentes podem ter. Segundo Laurence R. Helfer e Anne-Marie Slaughter (2005), as decisões destes tipos de tribunais internacionais podem pressionar setores de interesse nacional a pressionarem seus governos a se adequarem as regras que foram interpretadas legitimamente pelos julgadores internacionais, tal como prevê o mecanismo de retaliação cruzada. Este tipo de efeito leva ainda mais a reforçar a credibilidade de acordos que tem esta previsão judicial obrigatória.

As consequências informativas e de reputação do estabelecimento de um tribunal operam principalmente em nível interestadual. No entanto, tribunais internacionais e as suas decisões também fazem o direito internacional ser mais saliente para os grupos de interesse nacionais e atores políticos. Ao esclarecer um acordo, ou seja ao encontrar fatos e determinar se uma conduta é justificada, as decisões do tribunal podem mobilizar certos círculos eleitorais para pressionar os governos a aderir às suas obrigações do tratado. Este efeito é mais evidente para os tribunais supranacionais, onde as partes privadas podem recorrer a jurisdição do tribunal diretamente, uma vez que não existe “Filtro político” para filtrar os casos que são legalmente meritórios, mas diplomaticamente ou politicamente sensíveis. Mas o efeito também pode operar em julgamentos puramente interestaduais, se as decisões do tribunal beneficiarem grupos domésticos que tem o interesse para pressionar os governos a fazer mudanças políticas a favor de seu cumprimento. Em qualquer caso, os custos políticos internos de adjudicação internacional tornam mais difícil para os estados de fugir ao cumprimento. Antecipando este resultado, os estados vão ver acordos internacionais supervisionados por tribunais (especialmente tribunais supranacionais) como mais credível do que os acordos que não preveem a revisão judicial. (HELPER; SLAUGHTER, 2005, p. 39, *tradução nossa*)⁷⁴.

⁷⁴ The circularity objection described above also fails to account for domestic politics. The informational and reputational consequences of establishing a tribunal operate principally on an interstate level. However, tribunals and the decisions they issue also make international law more salient for domestic interest groups and political actors. By clarifying the meaning of an agreement, finding facts, and determining whether a particular course of conduct is justified, tribunal rulings can mobilize compliance constituencies to press governments to adhere to their treaty obligations. This effect is most pronounced for those supranational tribunals where private parties may invoke the tribunal’s jurisdiction directly, since no “political filter” exists to screen out cases that are legally meritorious but diplomatically or politically embarrassing. But the effect can also operate in purely interstate adjudication, if the tribunal’s rulings benefit domestic interest groups who are motivated to lobby governments

Percebe-se, portanto, que em termos jurídicos internacionais os EUA não têm mais qualquer outro recurso para não cumprir as decisões dos painéis do Algodão, e a pressão que vai fazê-lo cumpri-las será interna e não mais externa. O mecanismo da retaliação cruzada foi criado com este objetivo. Hoje os custos de reputação internacional do Brasil com a efetivação no ordenamento interno desta retaliação são muito menores se comparado com os custos da sua não implementação, principalmente se levar em consideração que as medidas de retaliação são temporárias e vão existir somente até as mudanças da política doméstica dos EUA, ou até se pagar a indenização dos prejuízos causados.

Uma posição contrária do Poder Judiciário brasileiro vem carregada deste alto custo da reputação do Brasil, que estará de mãos atadas novamente, e perdem qualquer poder de negociação que a autoridade de coisa julgada internacional das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 lhe permitem ter, e que já tiveram resultados positivos como a celebração entre Brasil e Estados Unidos da América de “Acordo-Quadro para uma Solução Mutuamente Acordada para o Contencioso do Algodão na Organização Mundial do Comércio”, publicado através da Resolução n. 43, de 17 de junho de 2010 pela CAMEX, prevendo pagamento de 147 milhões de dólares anuais ao Instituto Brasileiro de Algodão, até a mudança da legislação americana de subsídios do preço do algodão. Tal pagamento foi realizado mês a mês até setembro de 2013, e ainda não foi retomado. Se a possibilidade em abstrato gerou este benefício, o que se dirá da efetivação da retaliação? Por isto tirar do Brasil e das aludidas decisões a potência jurídica e todos os efeitos benéficos que elas podem causar para a economia brasileira e do mundo, é retroceder na evolução das regras do comércio internacional multilateral.

6.1 Repercussão da não aplicação das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 para o problema dos subsídios agrícolas, a rodada Doha de negociações e a eficácia do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC

O caso dos subsídios do Algodão do Brasil *vs.* EUA é considerado um caso emblemático para a jurisprudência da OMC e para os países em desenvolvimento na luta

in favor of compliance. In either case, the domestic political costs of international adjudication make it more difficult for states to shirk compliance. Anticipating this result, states will view international agreements supervised by tribunals (especially supranational tribunals) as more credible than agreements that do not provide for judicial review.

contra os subsídios agrícolas praticados pelos chamados “países ricos”. A magnitude dos números envolvidos no caso e a impossibilidade dos EUA em manter a legalidade dos seus subsídios agrícola frente as regras da OMC, demonstram que o maior êxito do caso “é aumentar a vulnerabilidade dos subsídios agrícolas dos EUA e da UE para futuras controvérsias da OMC” (ANDERSEN; TAYLOR, 2009-2010, p. 2, *tradução nossa*)⁷⁵. E o caráter emblemático do caso não diz respeito somente pela primeira possibilidade efetiva de se aplicar a retaliação cruzada como poderia ser a primeira vista, mas “o caso do Algodão é importante porque foi a primeira contenda bem sucedida contra subsídios agrícolas que distorcem o comércio, acionáveis e proibidos sobre a OMC” (ANDERSEN; TAYLOR, 2009-2010, p. 2, *tradução nossa*)⁷⁶.

Não há dúvida que os desafios do futuro exigirão um esforço semelhante de uso intensivo de recursos para estabelecer o nexos de causalidade. Não obstante, (...) será consideravelmente mais fácil para futuros litigantes planejar e processar com êxito suas batalhas para reparação dos seus graves prejuízos devido às lições aprendidas com as decisões de algodão. (ANDERSEN; TAYLOR, 2009-2010, p. 5, *tradução nossa*)⁷⁷.

Os autores justificam tal assertiva com base em algumas considerações, destacadamente: (a) que as numerosas interpretações das cinco decisões durante a controvérsia sobre o Acordo de Subsídios e sobre o Acordo sobre Agricultura esclareceram questões relativas a aplicação dos mesmos, especialmente quanto à possibilidade de qualquer forma de subsídio causar sérios prejuízos a outros membros, e ao significado de supressão significativa de preços e de como demonstrá-lo de forma causal; (b) que o OSC poderá verificar que os efeitos adversos dos subsídios anuais recorrentes podem ser verificados a partir de análises de longo termo e não somente em um ou dois anos entre o dano e a reclamação, o que antes prejudicava em muito a contenda; (c) que o Painel de *compliance* rejeitou o argumento de que a ausência de conexões temporais entre os preços mundiais mais baixos e a utilização dos subsídios significaria que os mesmos não causariam supressão de preços, sugerindo que controvérsias futuras quanto a subsídios também não precisarão

⁷⁵ (...) is increased vulnerability of U.S. and European Union (E.U.) agricultural subsidies to future successful WTO challenges.

⁷⁶ The *Cotton* case is important because it was the first successful challenge to highly trade-distorting, actionable, and prohibited agricultural subsidies under the WTO.

⁷⁷ There is no doubt that future challenges will require a similar resource-intensive effort to establish causation. Nevertheless, (...) it will be considerably easier for future complaining party litigants to plan and prosecute successfully their serious prejudice challenges because of the lessons learned from the *Cotton* decisions.

demonstrar tal link temporal, limitando as possibilidades de defesa dos Membros violadores quando acionados ⁷⁸. (ANDERSEN; TAYLOR, 2009-2010).

Além disso, no caso do algodão os árbitros confirmaram a viabilidade e utilidade de se recorrer a modelos econométricos específicos para avaliar os efeitos dos subsídios no mercado mundial. Assim, “futuras partes reclamantes poderão adotar e adaptar como necessário estes modelos na preparação de futuras controvérsias. Isto facilitará significativamente a defesa de tais modelos” (ANDERSEN; TAYLOR, 2009-2010, p. 6, *tradução nossa*) ⁷⁹.

O entendimento do OSC também sugeriu que subsídios contingenciais que não se referem ao preço (pagamentos diretos e seguro das culturas) podem contribuir para a supressão dos preços e outras formas de sérios prejuízos. Com efeito, o caso do Algodão evidenciou como pode ser útil “uma reivindicação de contenção dos preços em desafiar essas subvenções. (...) não há nenhuma exigência para uma parte reclamante explicar o que podem ser muito amplas oscilações dos preços dos produtos durante o período examinado de referência” (ANDERSEN; TAYLOR, 2009-2010, p. 6, *tradução nossa*) ⁸⁰.

Outros dois argumentos são também destacados pelos autores:

(...) o painel de conformidade e a decisão do órgão de apelação de rejeitar a distinção entre os “pagamentos de subsídios” e “programas de subsídio”, facilitará muito para os membros que desafiarem os subsídios, a implementação segura pelo membro desafiado. Membros reclamando agora precisam apenas estabelecer a existência de prejuízo grave, durante um período de referência pelos efeitos dos subsídios. Existência de prejuízo grave significará que o membro perdedor que subsidia terá de fazer alterações ao programa de subvenção ou legislação e não simplesmente afirmam que os efeitos dos subsídios concedidos durante o período de referência não causam prejuízo grave.

Finalmente, uma importante lição tática a ser aprendida com a decisão da arbitragem de algodão é que o foco dos danos é apenas mediante os efeitos prejudiciais graves sofridos por um membro reclamante e seria benéfico combinar muitas partes reclamantes com a maior parte possível de produção mundial ou exportações mundiais. Por exemplo, se China, Brasil e Índia - que coletivamente totalizam mais de cinquenta por cento da produção mundial de algodão - juntarem forças para desafiar os subsídios ao algodão nos EUA, a quantidade total de retaliação permitida sob a fórmula da arbitragem teria sido muito superior a US \$1

⁷⁸ Com efeito, os autores destacam que nos Estados Unidos e na União Europeia, onde tais subsídios são fornecidos a décadas, seria difícil identificar o ponto temporal em que os subsídios não causaram distorções no mercado. (ANDERSEN; TAYLOR, 2009-2010).

⁷⁹ Future complaining parties can adopt and adapt as necessary these models in preparing future challenges. This will significantly facilitate the defense of such models.

⁸⁰ *Seventh*, the *Cotton* decisions highlighted the utility of a claim of price suppression in challenging such subsidies. Unlike a claim of price *depression*, there is no requirement for a complaining party to explain what may be very wide swings in commodity prices during the reference period examined.

bilhão. Como resultado, os Estados Unidos ainda teria a obrigação de remover toda a supressão de preços significativa, mas também teria um indiscutivelmente maior incentivo para eliminar sua conduta inconsistente com a OMC. (ANDERSEN; TAYLOR, 2009-2010, p. 6, *tradução nossa*)⁸¹.

Em suma, o efeito coletivo dessas decisões do caso do algodão vai auxiliar consideravelmente as partes reclamantes em disputas futuras. Isso não quer dizer que vai ser fácil para estabelecer o nexo de causalidade entre a prática dos subsídios ilegais e particulares efeitos de mercado que se elevam ao nível de prejuízo grave. Tais casos sempre precisarão de um alto nível de provas e de experiência consideráveis dos advogados para litigar com êxito o caso. No entanto, os esclarecimentos prestados pelas cinco das decisões de algodão, vão permitir a estruturação e do caso de forma mais eficiente, e com menos custo e gastos que o Brasil foi forçado a suportar como o primeiro membro a desafiar estes tipos de subsídios. (ANDERSEN; TAYLOR, 2009-2010).

Ademais, além de servir de guia para os países em desenvolvimento em futuras contendas, o caso do Algodão tem influência direta na Rodada Doha de negociações, uma vez que

(...) a agricultura é um dos pontos sensíveis (se não o mais sensível) da Rodada e a sua inclusão na Agenda é resultado de negociações duras, o que levou a um documento genérico, ambíguo, para tentar atender aos interesses antagônicos dos membros. No caso específico do Brasil, todos os temas de seu interesse, como subsídios agrícolas, apoio interno, crédito à exportação e redução tarifária, estão incluídos na Agenda, o que não significava que seria obtida uma solução favorável. Os prazos para cumprimento das negociações eram: até 31 de março de 2003 os negociadores teriam que acordar as modalidades de negociação; as ofertas de compromissos deveriam ser apresentadas até a próxima reunião ministerial; e as negociações de regras e disciplinas deveriam ter terminado em 2005, junto com o restante da agenda. (QUAGLIA, 2012, p. 146)

⁸¹ (...) the compliance panel and Appellate Body's decision rejecting the distinction between subsidy payments and subsidy programs will make it much easier for those Members challenging subsidies to secure implementation by the challenged subsidizing Member. Complaining Members now need only establish the existence of serious prejudice during a reference period by the effects of subsidies. A positive finding of serious prejudice will mean that the losing subsidizing Member will have to make changes to the subsidy program or legislation and not simply claim that the effects of the subsidies granted during the reference period no longer cause serious prejudice.

Finally, an important tactical lesson to be learned from the *Cotton* Arbitration decision is that the damages' focus is only upon the serious prejudicial effects suffered by a complaining party⁵³ and it would be beneficial to combine as many complaining parties with the largest possible share of world production or world exports. For example, if China, Brazil, and India — who collectively total more than fifty percent of world cotton production — had joined forces to challenge U.S. upland cotton subsidies, the total amount of retaliation allowed under the Arbitrator's formula would have been far in excess of \$1 billion. As a result, the United States would still have the obligation to remove all of the significant price suppression, but it would also have an arguably greater incentive to eliminate its WTO-inconsistent conduct.

No mesmo sentido, para Andersen e Taylor (2009-2010) o caso do algodão também dá indicativos importantes com relação à Rodada de negociações de Doha.

(...) face às negociações de Doha em curso, relativas à redução de subsídios domésticos que distorcem o comércio e a eliminação dos subsídios à exportação no total, outro aspecto chave da arbitragem do Algodão é suas conclusões quantificando a quantidade de efeitos adversos do mercado dos subsídios dos EUA. Por exemplo, (...) no caso de “empréstimo de marketing” e “subsídios contra-cíclicos” para algodão apenas, o árbitro achou que os efeitos totais da supressão significativa do preço totalizaram US \$2,905 bilhões — uma quantidade enorme em qualquer medida. Tal determinação, refletindo o tamanho extremo do efeito no mercado, pode criar persuasão moral e gerar indignação internacional com o impacto de tal ilegalidade, particularmente no desenvolvimento e países menos desenvolvidos. Uma análise dos potenciais futuros pedidos após os casos de algodão é apropriada, especialmente tendo em conta o fato de que tais regimes de subsídios domésticos permanecem e a condenação internacional dos impactos negativos sobre o comércio e o desenvolvimento de muitos países em desenvolvimento produtores continua. (ANDERSEN; TAYLOR, 2009-2010, p. 5, *tradução nossa*)⁸².

Com efeito, a grande magnitude das distorções do comércio quantificadas na última decisão do caso do algodão traz o significativo benefício adicional de apoiar os esforços de negociação da Rodada de Doha no que diz respeito a limitar progressivamente as medidas que causam distorções e eliminar totalmente os subsídios à exportação para produtos agrícolas, produzindo reformas duradouras ao sistema de comércio da OMC. Com base nas amplas distorções encontradas, portanto, a decisão do algodão não somente serve de subsídio, mas também compele a que as negociações sejam bem sucedidas quanto a uma diminuição dos impactos negativos de distorção comercial causados pelos subsídios.

Percebe-se, portanto, o porquê do caso do Algodão ser tão emblemático para os países em desenvolvimento e não é difícil imaginar as repercussões negativas para o Brasil e também para todos os países em desenvolvimento de uma posição contrária das cortes brasileiras em não deixar o caso chegar até as últimas consequências e barrando a aplicação efetiva da retaliação cruzada em TRIPS no Brasil. Muito embora todos estes benefícios

⁸² (...) in view of the ongoing Doha Round negotiations concerning reductions in trade-distorting domestic subsidies and the elimination of export subsidies altogether, another key aspect of the *Cotton* Arbitration is its findings quantifying the amount of adverse market effects of the U.S. subsidies. For example (...) in the case of the marketing loan and counter-cyclical subsidies for cotton alone, the Arbitrator found that the total effects of the significant price suppression totaled \$2.905 billion⁴³ — a huge amount by any measure. Such a determination, reflecting the extreme size of the effect on the market, can create *moral suasion* and generate international outrage at the impact of such illegality, particularly on developing and least developed countries. An analysis of future potential claims after the *Cotton* cases is appropriate, especially given the fact that such domestic subsidy regimes remain and international condemnation of the negative impacts on the trade and development of many developing country agricultural producers continues.

gerados sejam inerentes às decisões do caso do Algodão, a manutenção das políticas agrícolas americanas, pela ausência da aplicação efetiva da retaliação cruzada ou a sua ameaça, enfraquecem sem sombra de dúvida o caráter emblemático do caso, e a sua influência em demandas futuras reduzindo o poder do instrumento jurídico de pressão para induzir o cumprimento dos acordos da OMC que tem a retaliação cruzada.

E pior, mostram ao mundo que mesmo em um caso totalmente favorável a um país em desenvolvimento contra um país desenvolvido, problemas de compatibilidade das normas internacionais com a ordem interna do primeiro, impedem a consagração dos objetivos da OMC, enfraquecem a credibilidade dos acordos de comércio, e dão sinais nítidos que tais países não estão realmente preparados para influenciar as relações internacionais do comércio. Se os países em desenvolvimento não são capazes de fazer cumprir as decisões que lhe são favoráveis do OSC dentro do seu país, e se o induzimento ao país violador para cumprir suas decisões e mudar uma política doméstica de acordo com as regras do comércio internacional, dependem diretamente disto, põe-se a prova a Eficácia do próprio Sistema de Solução de Controvérsias da OMC.

Melhor dizendo, sendo a retaliação cruzada o último recurso e atualmente o único mecanismo de indução potencialmente lesivo que dispõem os Países em desenvolvimento contra os desenvolvidos, se ela não for capaz de induzir de fato ao cumprimento das decisões da OMC, por problemas de ordem interna, abala-se a eficácia do Sistema de Solução de Controvérsias tão essencial para o sucesso dos objetivos que levaram à criação da Organização.

Com efeito, o mundo do comércio internacional na sua essência é regrado tanto pelo poderio econômico dos seus agentes como pelos dispositivos legais, e este por si só não é capaz de garantir o cumprimento de todas as decisões que refletem os objetivos finais dos tratados. Por isto um mecanismo de implementação das suas decisões forte é o mínimo necessário para garantir a eficácia das regras do comércio internacional, e por isto a construção do Sistema de Solução de Controvérsias “com dentes” após a Rodada do Uruguai, como foi visto anteriormente.⁸³

Gregory Shaffer (2007) citando Hudec, destaca que

⁸³ Ver item 3.3.2.

(...) os Países maiores e mais poderosos – acostumados a viver sob normas projetadas a seu favor – tendem a buscar sempre um resultado menos equilibrado. Para eles, o pacote ideal de sanções seria aquele que funciona muito bem contra os outros, mas não tão bem contra eles. Esta tendência – também deve ser considerada para explicar o porquê das sanções da OMC funcionarem como funcionam atualmente. (SHAFFER, 2007, p. 182-183).

No mesmo sentido, Alberto do Amaral Júnior (2008) enfatiza que

os aperfeiçoamentos do ESC não solucionaram o problema da assimetria do poder na fase de execução das recomendações do Órgão de Soluções de Controvérsias. A Ausência de um mecanismo eficaz que assegure a execução das decisões e garanta o ressarcimento dos danos beneficia Países desenvolvidos em prejuízo das nações em desenvolvimento. (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 115).

E o autor aponta quatro razões para tanto:

- 1) Os remédios previstos, quando aplicados pelos Países desenvolvidos ao comércio com as nações em desenvolvimento, tendem a ser mais eficazes e exercem maior pressão devido a importância do seu mercado consumidor;
- 2) As sanções impostas pelas nações em desenvolvimento lhes acarretam efeitos econômicos consideráveis, dada a sua maior dependência em relação ao Países desenvolvidos;
- 3) Os Países desenvolvidos se abstêm de executar as recomendações porque não há instrumentos que os forcem a proceder dessa maneira; e
- 4) As regras atuais incentivam a manutenção da medida incompatível por longo período até que se concluam todas as fases do contencioso, sem que o membro violador sofra alguma sanção. (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 115).

A dificuldade dos países em desenvolvimento em ganhar um contencioso contra um país desenvolvido e realmente fazê-lo modificar sua política doméstica em razão das decisões dos painéis do OSC é muito grande. Foi exatamente por isto que Andersen e Taylor (2009-2010) deram tanto destaque para o caso do Algodão em poder influenciar litígios futuros. Tal dificuldade pode ser observada na decisão WT/DS267/ARB/1 do caso base deste estudo, a começar pela enorme disparidade de valores específicos para se utilizar a retaliação cruzada em TRIPS que os árbitros entenderam como adequados. O Brasil seguindo a Jurisprudência da OMC, baseou o seu pedido de acordo com os prejuízos globais gerados pelo programa GSM 102 dos EUA, e chegou ao valor de US\$2.681 bilhões (vale destacar que em outros pedidos este valor chegou até US\$ 4 bilhões). Contudo, a decisão não levou em consideração o prejuízo mundial, mas somente o prejuízo brasileiro e se chegou a um valor considerado adequado de US\$ 294,7 milhões, ao contrário do que sempre foi decidido em outras contendas do OSC.

Ainda, causou estranheza o fato de não se adotar o argumento brasileiro, baseado no caso precedente das *Bananas*, de que a ausência de efetividade da retaliação entre produtos do mesmo acordo seria a causa maior da falta de capacidade de induzir o cumprimento de uma decisão do OSC. Em vários momentos da aludida decisão os Árbitros enfatizaram que a capacidade de induzir a implementação da decisão não é o ponto central da discussão sobre a efetividade, mas sim se a parte teria a capacidade e a possibilidade de implementar a retaliação cruzada, que no fim teria o poder de induzir a implementação. (itens 5.79 e 5.81 da decisão). Esta argumentação é diretamente contrária a própria lógica da autorização para suspensão das concessões e obrigações do art. 22.3(c) do ESC (retaliação cruzada), que foi criada justamente para induzir os Países violadores resistentes a implementarem o relatório do OSC. Se o país vai ser capaz de implementar a retaliação é outro problema, mas que as contramedidas em bens não seriam suficientes isto era evidente. Não havia porque desviar tanto o foco da questão para a capacidade de se implementar a retaliação cruzada em si, até mesmo porque é aberto a cada país autorizado a retaliar da forma que bem entender e for melhor para a sua economia, só havendo limites dos valores serem de acordo com os cálculos das decisões.

Por fim, vale destacar a grande dificuldade da decisão em se dar uma autorização direta para se retaliar entre acordos, sem rodeios e pormenores, em um caso como o do algodão que estava bem claro que a razão se encontrava do lado brasileiro. Rejeitaram-se a grande maioria dos argumentos do Brasil, e a todo momento da decisão os Árbitros fizeram questão de destacar que não ficou provada que a retaliação somente em bens não seria viável ou efetiva, mas que diante das circunstâncias graves que envolviam o caso, e as dificuldades em se encontrar outros fornecedores para os produtos sobretaxados, estaria autorizada a suspensão das concessões, se e somente se, fossem ultrapassados um limite, ou “gatilho”, por eles determinados.

É possível perceber em toda a decisão WT/DS267/ARB/1, mas principalmente nestas partes que foram destacadas acima, que os Árbitros se acautelaram de todas as formas para conceder a retaliação cruzada, o que diante da complexidade do caso é até natural. Todavia, não há como negar que a autorização da suspensão de concessões do art. 22.3 (c) do ESC para um País em desenvolvimento do tamanho do Brasil, ainda é bem difícil e não parece agradar os Países desenvolvidos. Conceder uma retaliação de grande vulto e nos termos que foram requeridos pelo

Brasil poderia dar ainda mais confiança aos Países em desenvolvimento em buscar este tipo de retaliação, o que não seria de nenhum interesse para os membros mais ricos da OMC.

Na verdade, o uso efetivo da retaliação cruzada interessa muito mais aos Países em desenvolvimento. Um País desenvolvido dificilmente conseguirá provar junto aos árbitros do OSC que a retaliação em um mesmo acordo não será praticável e efetiva a ponto de se autorizar uma retaliação cruzada. Mesmo o Brasil por ter uma economia considerada grande e diversificada teve dificuldades em conseguir a autorização para retaliar. Tanto foi assim que as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2 estabeleceram um “gatilho” para este tipo de retaliação em um nível da qual a sobretaxa somente em bens não seria mais praticável e efetiva. Poder-se-ia concluir que atualmente somente Países em desenvolvimento como Índia, Brasil, e África do Sul, possuem economias suficientemente “modestas” a ponto de conseguir a autorização para a retaliação cruzada e suficientemente “grandes” para se conseguir efetivá-las, o que não deixaria de ser uma contradição. Contudo, esta é uma assertiva que não pode ser concluída, simplesmente porque não se tem exemplos práticos para comprová-la.

Daí, mais uma vez, porque o caso do algodão entre Brasil e EUA se tornou emblemático. Nunca na história da OMC um País em desenvolvimento retaliou um País desenvolvido, e pela primeira vez isto pode acontecer. A eficácia do Sistema Solução de Controvérsias não deixa de estar em prova, tendo em vista que se esta diante do seu último recurso disponível, e daí também o porquê de uma posição contrária do Poder Judiciário brasileiro influenciar diretamente na comprovação da eficácia deste sistema. As liminares de primeira instância tirariam todo o poder efetivo da retaliação cruzada e beneficiariam mais uma vez os países desenvolvidos nas contendas envolvendo os subsídios agrícolas.

A efetividade do Sistema de Solução de Controvérsias, contudo, já foi comprovado. A potência jurídica da retaliação cruzada em TRIPS autorizadas pelas decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB/2, restou evidente, pois a mera ameaça de concretizarem no Brasil, externada por meio das Resoluções nº 74/2009 e nº 15 e nº 16 ambas de março de 2010, surtiram os primeiros resultados concretos. A Resolução nº 15, após listar 102 produtos americanos que seriam sobretaxados entre 12% e 100% com vigor a partir de 07 de abril de 2010, levou autoridades de peso do governo americano, um dia antes do final do prazo, a anunciarem uma proposta de acordo, solicitando um adiamento do início da efetivação das contramedidas, o que foi concedido pela CAMEX, através de sua Resolução de

nº 19 de 05 de abril de 2010 e também da Resolução nº 20 de 20 de abril de 2010, que protelou o início das retaliações para o dia 21 de junho de 2010.

Ainda, Brasil e Estados Unidos assinaram em 20/04/2010 um “Memorando de Entendimento” no âmbito do contencioso do algodão. O memorando estabeleceu o marco jurídico entre os dois Países que permitiu a criação de um fundo para a transferência de recursos que foram destinados ao setor cotonicultor brasileiro no valor de US\$ 147,3 milhões, o qual operaria até que o governo americano suspenda os subsídios ou haja um acordo final sobre a disputa com o Brasil (MDIC, 2010). Estes pagamentos foram realizados até setembro de 2013, e ainda não foram retomados.

Os EUA também se comprometeram a uma negociação bilateral de novos termos para o funcionamento do programa de garantia de crédito à exportação GSM-102, que subsidia compradores estrangeiros do algodão estadunidense (ICTSD, 2010). Por fim, o Departamento de Agricultura dos Estados Unidos (USDA sigla em inglês) abriram em 16 de abril de 2010 consulta pública para reconhecer o Estado de Santa Catarina como livre de várias doenças, tais como a febre aftosa, que afetam bovinos e suínos, na prática tirando da gaveta um processo que pode levar à abertura de exportações de carnes para o mercado americano (MDIC, 2010).

Tudo isto demonstra o poder de negociação que o Brasil goza com a mera possibilidade de efetivar medidas de retaliação cruzada entre setores. Este acordo ainda não foi capaz de induzir o implemento da decisão do caso do algodão do OMC, mas sem dúvida ele pressiona o congresso americano a tomar uma decisão, ou indenizar o Brasil nos valores acordados de 147,3 milhões de dólares, ou se não fizer nenhum dos dois, assumir os custos políticos domésticos de uma eventual retaliação em TRIPS, junto ao detentores americanos de propriedade intelectual.

Todos os membros da OMC estão atentos para os próximos passos do caso. Se ao final Brasil e EUA não entrarem em um acordo, e as retaliações de fato forem capazes de induzir os EUA a cumprirem as decisões do painel do Algodão, muito outros Países em desenvolvimento que não apostam no Sistema ou simplesmente não têm capacidade econômica e técnica para tanto sentirão muito mais confiança e buscarão conhecimentos para fazê-lo.

Portanto, uma posição contrária do Poder Judiciário brasileiro para a aplicação efetiva da retaliação cruzada em TRIPS no ordenamento interno, implica nas seguintes

repercussões negativas: numa perda irreparável na briga dos países em desenvolvimento contra os subsídios ilegais dos países desenvolvidos, influenciado diretamente na rodada Doha de negociações; tiram do Brasil qualquer possibilidade de negociação com os EUA na recuperação dos prejuízos do setor do Algodão; abalam totalmente a reputação do Brasil em futuras negociações com outros membros da OMC, uma vez que este não é capaz de garantir no seu ordenamento interno nem mesmo as decisões que lhe são favoráveis no âmbito do OSC o que se dirá de compromissos internacionais que necessitam de mudanças na sua legislação interna; retiram também o prestígio diplomático e jurídico do país nos próximos casos envolvendo qualquer tipo de pedido de contramedidas e principalmente de retaliações cruzadas junto ao OSC da OMC; e por fim abalam a confiança no Sistema de Solução de Controvérsias, pois demonstram que o melhor mecanismo de *enforcement* da OMC depende diretamente da “vontade” das cortes domésticas dos Estados para se efetivado, causando uma insegurança jurídica das relações do comércio internacional.

Por isto, a necessidade do alinhamento dos atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário na política do comércio internacional, mas principalmente a visão do Poder Judiciário para as consequências internacionais dos seus atos. No atual estágio do direito internacional e das relações comerciais internacionais, uma decisão judicial interna pode ter repercussões diretas no regime internacional do comércio. Por isto a necessidade de não se ater somente aos preceitos constitucionais sempre que se depararem com a consagração das normas internacionais de comércio e com aplicação das decisões jurisdicionais do OSC da OMC no ordenamento interno. Estar atento aos objetivos finais dos acordos da OMC, tentar harmonizar os preceitos da Constituição Federal com tais objetivos, e ponderar as suas decisões em razão das suas repercussões internacionais é medida necessária para a manutenção da reputação do Estado na política internacional do comércio e todos os benefícios gerados por um Estado com alto poder de negociação e influência, capaz de trazer aos seus nacionais todos os benefícios de um comércio multilateral livre, com elevação dos níveis de emprego e de bem estar social.

7 CONCLUSÃO

O caso dos subsídios do algodão entre Brasil e EUA é realmente emblemático. Não só pela complexidade jurídica e econômica que envolve a comprovação dos prejuízos causados pelos subsídios americanos ao algodão e a outros produtos agrícolas, e sua grave repercussão no mercado mundial, mas principalmente pela carga política que significa autorizar um País em desenvolvimento de grande peso como Brasil a suspender concessões e obrigações consagradas nos acordos TRIPS e GATS contra o membro da OMC mais poderoso do mundo, que é os EUA.

Mesmo sobre certas condições⁸⁴, depois de anos de prejuízos, negociações e disputas judiciais, foi autorizada a suspensão das concessões e obrigações entre acordos da OMC (retaliação cruzada) como último recurso disponível para induzir o cumprimento dos relatórios do OSC no caso do Algodão. O Brasil, pela primeira vez na história da Organização, decidiu e ameaçou levar o caso dos subsídios do algodão até este último recurso, mesmo diante das dificuldades técnicas de sua aplicação e dos incertos reflexos econômicos, políticos e comerciais que envolvem a efetivação da retaliação cruzada em TRIPS.

Além destas incertezas não jurídicas, esta efetivação passa pelo problema da aplicação das decisões jurisdicionais internacionais no direito interno, e da possibilidade de conflitos entre suas determinações e o ordenamento jurídico dos Estados. Existentes duas ordens jurídicas distintas, uma internacional e uma interna, e ausente uma autoridade central internacional com poder coercitivo para fazer cumprir as aludidas decisões, a sua aplicação dependerá do reconhecimento pelas cortes nacionais da autoridade formal e material da coisa julgada internacional.

O direito internacional neste ponto pouco evoluiu no último século e os artigos 59 e 60 do Estatuto da CIJ e as suas intactas redações com mais de um século de vida, ainda na esteira das Convenções de Haia de 1899 e 1907, muito embora afirmem o caráter obrigatório das sentenças internacionais, e a sua relatividade entre as partes, fazendo assim coisa julgada internacional no seu aspecto formal, não tratou do problema da sua aplicabilidade prática (aspecto positivo/material da coisa julgada internacional). Ausentes normas internacionais suficientemente fortes e claras e da pouca vontade dos Estados em se submeterem às

⁸⁴ Ver item 4.2.3.

jurisdições internacionais, coube a cada Constituição nacional trazer dispositivos mais, ou menos, abertos aos Tratados internacionais e suas decisões de caráter jurisdicional. Além disto, sempre que as cortes domésticas são questionadas a se manifestar sobre a autoridade e aplicabilidade no direito interno das sentenças de tribunais internacionais valem-se de subterfúgios constitucionais para evitar o posicionamento direto sobre o problema.

Esta grande variável de formas de se tratar o direito internacional pelas Constituições nacionais leva a eventuais conflitos entre decisões jurisdicionais internacionais e a sua legislação interna, solucionáveis somente diante de cada caso concreto. Este casuísmo, é claro, gera insegurança e instabilidade na ordem jurídica internacional, que em nada contribui para a evolução do direito internacional, para o sucesso dos objetivos finais que levaram os Estados a criar e se relacionar por meio de uma Organização Internacional, e por fim aos interesses comuns de paz e segurança jurídica da Comunidade Internacional.

Contudo, o princípio da autoridade da coisa julgada internacional em muito contribui para esta evolução. Sobre o seu aspecto negativo/formal, as decisões jurisdicionais internacionais gozam da mesma obrigatoriedade da coisa julgada no direito interno. Esta é expressão natural do ato jurisdicional definitivo e imutável e reconhecido pela vontade dos Estados quando da criação dos tribunais internacionais independentes, e seus efeitos levam à solução jurisdicional pacífica de uma controvérsia, objetivo maior da jurisdição.

Em contrapartida, a autoridade positiva da coisa julgada internacional ganha contornos diferentes ao referir à sua efetividade e aplicação, e tem uma contribuição ainda maior para a evolução do direito internacional. Por mais que a sentença internacional seja definitiva, relativa e obrigatória, ou seja, expressa uma obrigação jurídica a ser cumprida, justamente pela ausência de mecanismos internacionais de coação, o seu cumprimento dependerá da sua compatibilidade material com os valores constitucionais dos Estados, e com o interesse deste último em se manter voluntariamente dentro da legalidade da decisão jurisdicional (autoridade material/positiva da coisa julgada internacional).

É o que se chama de *autoridade de fato* da decisão jurisdicional internacional. Esta autoridade decorre do interesse dos Estados de resolver uma demanda internacional por meio de uma decisão jurisdicional obrigatória e definitiva, mas principalmente de cumprir esta decisão na vontade de se manter dentro dos objetivos dos tratados do qual faz parte. O seu interesse, portanto, é de manter o seu prestígio político e de obter crédito na Organização Internacional para qualquer tipo de futura negociação, respeitando a legalidade da decisão,

mas sempre baseado no cálculo do custo benéfico entre cumprir ou ignorar suas determinações, suportando as repercussões negativas desta última opção.

Assim, percebe-se que no atual grau de interdependência dos Estados em alcançar objetivos comuns dos tratados, pautam neste cálculo do custo benefício de se cumprir ou ignorar uma sentença internacional não só a vontade soberana destes mesmos, mas também o objetivismo do direito internacional. Atualmente, a decisão pelo não cumprimento das decisões jurisdicionais internacionais, que expressam os objetivos dos tratados e os interesses comuns dos Estados aumentaram em muito os custos de reputação.

Por isto, o reconhecimento pelas cortes domésticas da autoridade de coisa julgada internacional das decisões jurisdicionais, mais do que garantir a aplicação efetiva da decisão no direito interno, contribui para a própria evolução do Direito Internacional voluntarista clássico para o voluntarismo aparente, onde a obrigatoriedade deste não decorre somente da vontade dos Estados, mas também se funda nos interesses da Comunidade Internacional e nos objetivos das organizações internacionais. O Direito Internacional passa a cada dia a ser menos marcado pelos humores subjetivos do voluntarismo, e mais pela adequação objetiva dos valores fundados na necessidade social e na interdependência dos Estados.

É para alcançar estes objetivos e valores comuns que estes celebram tratados e se submetem voluntariamente às jurisdições internacionais, podendo-se afirmar que as sentenças internacionais existem não só no interesse das partes, mas sim no interesse de todos os Estados. Fazendo uma analogia com as sentenças judiciais do direito interno que resolvem o conflito interpartes, mas que expressam ao final os valores constitucionais comuns da vontade popular, o interesse de paz e estabilidade jurídica da comunidade internacional sempre são os fundamentos maiores das sentenças internacionais.

Levado este raciocínio para a OMC, toda decisão emanada pelo OSC, que invariavelmente é dotada de caráter jurisdicional, existe não somente para resolver o conflito interpartes, mas existem no interesse de todos os Estados em induzir a adequação das condutas domésticas dos seus membros às regras da OMC, em prol de um comércio internacional multilateral amplo e livre, trazendo benefícios econômicos e sociais a todos. Por isto, pelo princípio do *single undertaking*, todos os Estados-membros se comprometeram a voluntaria e compulsoriamente submeter às decisões do OSC, sendo, portanto, a construção de um Sistema de Solução de Controvérsias forte um dos objetivos precípuos da Organização, essencial para o sucesso dos objetivos consagrados no acordo constitutivo da OMC. Assim, o

cumprimento de qualquer decisão do OSC é interesse de todos os Estados e não só da parte demandante do conflito.

Por isto, o OSC foi dotado de caráter jurisdicional com o objetivo único de interpretar e de manter os Estados dentro dos objetivos precípuos dos acordos da OMC. A delegação do monitoramento e da função de induzir o cumprimento das decisões da Organização a um terceiro jurisdicionado e independente reforça em muito a credibilidade dos compromissos assumidos entres os Estados. A credibilidade nos mecanismos de *enforcement* é essencial nos chamados “acordos internacionais profundos” que são os que exigem modificações das legislações e práticas nacionais dos Estados-membros, tal como são os acordos da OMC, e a retaliação cruzada em TRIPS representa o recurso final do Sistema para induzir os Estados-membros a cumprirem as decisões dos painéis e do OA.

Neste contexto, o papel das cortes nacionais é essencial para a consagração dos objetivos da OMC, uma vez que a efetivação da retaliação cruzada no ordenamento interno é que vai gerar os efeitos necessários e dotar a decisão de retaliação da potência jurídica necessária para induzir o cumprimento das decisões do OSC. No caso concreto do Algodão, a efetivação da retaliação cruzada em TRIPS dependerá diretamente do reconhecimento pelo Poder Judiciário brasileiro da autoridade formal e material de coisa julgada internacional das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB2, aplicadas no país por meio da Resolução CAMEX n. 16/2010.

Sobre o reconhecimento da autoridade formal, o Brasil pelo princípio do *single undertaking* aceitou a jurisdição compulsória do OSC, e já em 1950 por meio do Decreto Legislativo n. 43 internalizou as regras do GATT 1947, e em 1994, pelo Decreto Legislativo nº 30 de 15 de dezembro, e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro do mesmo ano, foi internalizado o tratado que constituiu a OMC e o novo Sistema de Solução de Controvérsias. Várias são as decisões jurisprudenciais descritas neste trabalho que demonstram que do ponto de vista formal as regras da OMC são válidas e reconhecidas no Brasil.⁸⁵

Com relação à autoridade material das aludidas decisões, em nível infraconstitucional a Lei. 12.270/2010 garante a suspensão temporária da proteção da propriedade intelectual e das concessões e obrigações do acordo TRIPS especialmente para

⁸⁵ Ver item 3.

cumprir as decisões do OSC, sendo norma especial e posterior não havendo que se alegar conflito com o ordenamento interno infraconstitucional.

No nível constitucional os possíveis conflitos entre os incisos XXVII, XXVIII e XXIX do art. 5 da CF, serão afastados por meio de uma interpretação finalista das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB2, baseada na análise harmônica entre os objetivos do tratado constitutivo da OMC e os preceitos das Constituição brasileira. Esta interpretação finalista nada mais é o do que a busca do fundamento material de obrigatoriedade destas decisões que se confunde com os objetivos que levaram o Brasil a criar e fazer parte da OMC, que são: o aumento dos níveis de emprego, de vida dos seus nacionais, de elevação de receitas e comércio, e utilização ótima e sustentável dos recursos mundiais, para atingir o mais alto grau de desenvolvimento econômico. Todos estes objetivos também são preceitos fundamentais da Constituição brasileira e, por isto, harmônicos.

Nos termos do inciso do art. 5. XXIII, que determina que toda propriedade, incluindo a chamada propriedade intelectual, tem que cumprir a sua função social, e ainda o inciso XXIX do mesmo artigo constitucional que condiciona a proteção da propriedade intelectual ao “interesse social” e ao “desenvolvimento tecnológico e econômico”, a definição destes conceitos tem que ser pautada à luz dos objetivos precípuos da OMC e dos preceitos fundamentais da CF, que ao final são os mesmos.

O direito fundamental de propriedade não é absoluto e a proteção dos direitos de propriedade intelectual são regulados pelo governo, de forma temporária, mitigada e condicionada ao “interesse social” e ao “desenvolvimento tecnológico e econômico” do País. Não existe direito adquirido a regime de comércio nem proteção absoluta da propriedade no Brasil, e da mesma forma que prejuízos decorrentes de aumento de tarifa de importação por medidas de governo, em prol do interesse social econômico, e do comércio internacional são considerados normais pela jurisprudência, a aplicação da retaliação cruzada em TRIPS tem que ser enfrentada da mesma forma, ou seja, como medidas de governo necessárias para atingir todos este objetivos aqui descritos. Não se justifica a proteção de direitos “mesquinhos” de poucos terceiros interessados em detrimento do interesse social de muitos e da busca pelo mais alto grau de desenvolvimento econômico por meio do comércio multilateral internacional.

Assim, o reconhecimento da autoridade de coisa julgada internacional das decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB2 nada mais é do que a declaração das cortes

brasileiras reconhecendo a legitimidade e o mérito destas decisões que foram tomadas em um ambiente altamente deliberativo e multilateral, onde todos os membros da Organização Internacional tiveram a oportunidade de opinar sobre o caso, e a mudança da política doméstica de subsídios dos EUA não é um interesse somente do Brasil, mas um interesse maior em consagrar as regras da OMC por todos os seus membros, em prol do desenvolvimento econômico global. O Poder Judiciário não vai reconhecer a autoridade da decisão porque está submetida hierarquicamente à jurisdição do OSC, ou não vai reconhecer porque o STF seria soberano sobre todos os demais tribunais internacionais, mas sim porque os objetivos que pautaram as decisões internacionais são os mesmos que pautam a decisão para a sua aplicação no direito interno, sendo esta essencial para consagração destes mesmos objetivos. A atuação conjunta de tribunais nacionais e internacionais em prol de um objetivo comum foi o que permitiu a construção e a consagração do princípio do primado do direito da União Europeia, por exemplo, e que poderia muito bem servir de inspiração para o caso concreto aqui estudado.

Por isto a demanda não pode ser encarada somente na perspectiva do direito interno, e nem os magistrados devem pautar a sua decisão com base única e exclusivamente nos preceitos da CF. Esta consciência de que a consagração de objetivos dos tratados internacionais passa pela consolidação das normas e decisões internacionais no direito interno, e são essenciais para a resolução do eventual conflito entre as decisões WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB2 e as normas brasileiras de proteção da propriedade intelectual.

Portanto, o posicionamento contrário do Poder Judiciário brasileiro à aplicação da retaliação cruzada em TRIPS no ordenamento interno significará a negação dos objetivos do tratado constitutivo da OMC e dos preceitos da própria CF. Ainda, o deferimento de liminares protegendo os detentores de propriedade intelectual americanos, ou ali domiciliados, retira do mecanismo da retaliação cruzada toda a sua potência jurídica de induzir a mudança da política doméstica de subsídios agrícolas dos EUA para se adequar às regras da OMC. A mera ameaça de se aplicar a retaliação foi suficiente para os EUA oferecerem acordo com o Brasil e foram realizados de 2010 a 2013 pagamentos de 147 milhões de dólares anuais ao Instituto brasileiro de Algodão. Isto leva a crer que a manutenção da ameaça ou a sua efetiva aplicação conduzirá a melhores acordos e até mesmo à mudança total dos subsídios.

Assim, a defesa dos detentores de propriedade intelectual em caso da eventual aplicação efetiva da retaliação cruzada em TRIPS no Brasil, esvaziando por completo o mecanismo internacional de *enforcement* previsto no ESC da OMC, significará um alto custo da reputação internacional do País. Este não mais gozará de nenhum poder de negociação com os EUA no caso do algodão, além de abalar seriamente o prestígio político e diplomático em futuras negociações e contenciosos no OSC, e também em qualquer tipo de negociação futura com qualquer Estado membro da OMC. Se o Brasil não consegue nem mesmo efetivar no seu ordenamento interno decisões internacionais que lhe são favoráveis, sinaliza que também não terá a capacidade de cumprir compromissos internacionais que necessitem de mudanças de suas políticas domésticas em prol de valores comuns de amplitude internacional.

Por fim, tal posicionamento contrário das cortes nacionais retirarão ainda a importância que o caso do Algodão representa para a luta dos países em desenvolvimento contra a política de subsídios agrícolas dos EUA e da União Europeia que atrapalham a evolução da rodada Doha de negociações e refletem na própria eficácia do Sistema de Solução de Controvérsias. O caso do algodão foi o primeiro caso bem sucedido no OSC em que se reconheceu a ilegalidade de tais políticas, munindo os países em desenvolvimento de subterfúgios econômicos e jurídicos para futuras demandas. A política agrícola sem dúvida é um dos empecilhos da evolução das negociações da rodada Doha e a mudança da política americana para cumprir os relatórios dos painéis e do OA do caso do Algodão seria de grande valia.

E finalmente, o desfecho do caso em concreto com o esvaziamento total da capacidade de indução da retaliação cruzada em TRIPS em razão de atos dos Poder Judiciário brasileiro seria um golpe muito duro para a comprovação da eficácia do Sistema de Solução de Controvérsias, dependente dos ordenamentos internos dos Estados e dos humores de suas autoridades judiciárias nacionais. Além da demonstração à comunidade internacional da incapacidade dos países em desenvolvimento em honrar compromissos e decisões internacionais, nem mesmo quando estes lhe são plenamente favoráveis, devido à falta de harmonia e alinhamento entre as atividades dos seus poderes internos.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Frederick M. Cross-Retaliation in TRIPS: Options for Developing Countries. **ICTSD Programme on Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade**, issue paper n. 8. Geneve: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2009.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC**. São Paulo: Atlas, 2008.

ANDERSEN, Scott D; Taylor, Meredith A. Brazil's WTO Challenge to U.S. Cotton Subsidies: The road to effective disciplines of Agricultural Subsidies. **Business Law Brief**, fall/winter 2009-2010.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A autoridade da coisa julgada no direito internacional público**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 200700977660. Relator: Mauro Campbell Marques. Diário de Justiça, Brasília, 30 mai. 2005. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta#>, visualizada em 17 de fev. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Ação Constitucional de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101. Relator: Min. Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 1 jun. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>. Acesso em: 25 set. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Ação Civil 00226952520014036100 – Apelação Cível – 12215513. Relator: Eliana Marcelo. **Diário de Justiça**, São Paulo, 21 fev. 2008. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 17 de fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 200701384419. Relator: Benedito Gonçalves. Diário de Justiça, Brasília, 17 jun. 2009. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 17 de fev. 2014.

BRASIL. Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 dez. 2009.

BRASIL. Lei nº 12.270, de 24 de junho de 2010. Dispõe sobre medidas de suspensão de concessões ou outras obrigações do País relativas aos direitos de propriedade intelectual e outros, em casos de descumprimento de obrigações do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 2010.

CAMEX. **Resolução n. 74/2009.** Instaura procedimento de consultas públicas relativa à Lista Preliminar ("Lista") de códigos NCM que poderão estar sujeitos à aplicação de contramedidas em decorrência do não cumprimento, por parte dos EUA, das decisões e recomendações adotadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC no contexto do contencioso "Estados Unidos da América – Subsídios ao Algodão" (WT/DS 267). Disponível em: <http://www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/605>. Acesso em: 10 nov. 2010.

CAMEX. **Resolução n. 15/2010.** Adota a lista de mercadorias objeto de suspensão de concessões assumidas pelo Brasil em razão do Acordo Geral de Tarifas e Comércio de 1994, em relação aos Estados Unidos da América e fixa as alíquotas do Imposto de Importação, com vigência de 365 dias, para as mercadorias referidas no art. 1º, quando originárias dos Estados Unidos da América, conforme Anexo a esta Resolução. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/839>. Acesso em: 10 nov. 2010.

CAMEX. **Resolução n. 16/2010.** Instaura, nos termos da Medida Provisória nº 482, de 10 de fevereiro de 2010, o procedimento de consulta pública sobre as medidas de suspensão de concessões ou obrigações do País relativas aos direitos de propriedade intelectual e outros, em relação aos Estados Unidos da América, em decorrência do não cumprimento das decisões e recomendações adotadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, no contexto do contencioso “Estados Unidos da América – Subsídios ao Algodão” (WT/DS 267). Disponível em: <http://www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/666>. Acesso em: 10 nov. 2010.

CAMEX. **Resolução n. 19/2010.** Altera o art. 4º da Resolução nº 15, de 5 de março de 2010. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/667>. Acesso em: 10 nov. 2010.

CAMEX. **Resolução n. 20/2010.** Altera o art. 4º da Resolução nº 15, de 5 de março de 2010. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/668>. Acesso em: 10 nov. 2010

CAMEX. **Resolução n. 43/2010.** Suspender a Resolução nº 15, de 5 de março de 2010, que contempla a lista de mercadorias objeto de suspensão de concessões assumidas pelo Brasil em razão do Acordo Geral de Tarifas e Comércio de 1994 em relação aos EUA, no valor de US\$ 591 milhões autorizado pela Organização Mundial do Comércio (OMC) e Suspende o procedimento iniciado pela Resolução nº 16, de 12 de março de 2010, para a suspensão de concessões ou outras obrigações do país relativas aos direitos de propriedade intelectual e outros em relação aos Estados Unidos da América, no valor de US\$ 238 milhões autorizado pela Organização Mundial do Comércio. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/685>. Acesso em: 10 nov 2010.

CARDOSO, Oscar Valente. Tratados Internacionais em Matéria Tributária: Aspectos Polêmicos. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 196, p. 105-116, 2012.

CRETELA NETO, José. **Direito Processual na Organização Mundial do Comércio, OMC**: casuística de interesse para o Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DENZA, Eileen. **The relationship between international and national law.** In: EVANS, Malcolm D. (org.). **International Law.** New York: Oxford University Press, 2010. 3.ed. p. 411-440.

DIH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DO AMARAL, Diego Freitas.; PIÇARRA, Nuno. O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do Direito da União Europeia: uma “evolução na continuidade”. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 9, n.1, p. 187-222, 2008.

GARBELINI JUNIOR, Antonio, **O Sistema de Solução de Disputas da OMC nos próximos dez anos: propostas para reformas sistêmicas e procedimentais**. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; CELLI JUNIOR, Umberto; YANOVICH, Alan (org.). **10 anos de OMC. Uma análise do Sistema de Solução de Controvérsias e Perspectivas**. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 201-221.

GONÇALVES, Willians. **Relações Internacionais**. Porto Alegre: CEPED, 2003, *apud* QUAGLIA, Maria de Lourdes Albertini Quaglia. **A efetividade dos julgados da OMC em matéria ambiental: uma análise à luz da teoria Construtivista**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito da União: Historia, direito, cidadania, mercado interno e concorrência**. 6. ed.Coimbra: Almedina, 2010.

GRIBEL, Gabriela Frazão. **As cortes domésticas e a garantia do cumprimento do direito internacional**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

GUZMAN, Andrew T.. The cost of credibility: Explaining resistance to interstate dispute resolution mechanisms. **The Journal of Legal Studies**, vol. 31, n. 2, p.303-326, Jun. 2002.

HELPER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Why States Create International Tribunals: a response to Professors Posner and Yoo. **California Law Review**, vol. 93, p. 1-58, 2005.

HUDEC, R. E. Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement. In: WEISS, F. (ed.). **Improving WTO Dispute Settlement Procedures: Issues and Lessons from the Practice of other International Courts and Tribunals**. London: Cameron May, 2000. p. 369–400.

ICTSD – International Centre for Trade and Sustainable Development. Caso do algodão: Brasil e EUA negociam acordo. **Pontes Quinzenal**, vol. 5, n. 5, abr. 2010. Disponível em: <http://ictsd.org/i/news/pontesquinzenal/74171/>. Acesso em: 02 fev. 2011.

KOSKENNIEMI, Martti. **What is International Law for?** In: EVANS, Malcolm D. (org.). **International Law**. New York: Oxford University Press, 2010. 3.ed. p. 58-94.

LAMY, Pascal. The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order. **The European Journal of International Law**, vol. 17, n. 5, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3.ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MDIC – Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Comunicado MRE-Camex sobre as negociações entre Brasil e Estados Unidos no contencioso do algodão**. 20 abr. 2010. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=1¬icia=9753>. Acesso em: 20 abr. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. São Francisco, 26 jun. 1945. Disponível em: http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf. Acesso em: 10 nov. 2010.

PARA evitar retaliação EUA podem abrir mercado para carnes de Santa Catarina. **Planejamento**, 2010. Disponível em: <https://conteudoclipingmp.planejamento.gov.br/cadastrros/noticias/2010/4/16/para-evitar-retaliacao-eua-podem-abrir-mercado-para-carnes-de-santa-catarina>. Acesso em: 02 fev. 2011.

PAUWELYN, Joost. **Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
PINHEIRO, Silvia Marina. **Responsabilidade Internacional dos Estados na OMC**. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

QUAGLIA, Maria de Lourdes Albertini Quaglia. **A efetividade dos julgados da OMC em matéria ambiental: uma análise à luz da teoria Construtivista**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

SHAFFER, Gregory, O Sistema de Solução de Disputas da OMC, seus pontos fracos e propostas para aperfeiçoamento: uma visão econômica e de mercado. In: BAPTISTA, Luiz Olavo, CELLI JUNIOR, Umberto, YANOVICH, Alan (org.). **10 anos de OMC. Uma análise do Sistema de Solução de Controvérsias e Perspectivas**. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 161-187.

SHAW, Malcolm. **Direito Internacional**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento, Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law). **Harvard International Law Journal**, vol. 47, n. 2, p. 327-352, Summer 2006.

SPADANO, Lucas Eduardo F. A.. Cross-agreement retaliation in the WTO dispute settlement system: an important enforcement mechanism for developing countries? **World Trade Review**, United Kingdom, 7:3, p. 511-545, 2008.

THORSTENSEN, Vera. **OMC-Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada do comércio internacional**. 2.ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Caso C-122/95**. Luxemburgo, 10 de mar. 1998. Disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d63e8a2884358e4215868cf8ec3e65b63d.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OaxqQe0?docid=43471&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=166934>. Acesso em: 04 out. 2013

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Agreement Establishing the World Trade Organization**. Marrakesh, 15 Abril 1994a. Disponível em:

http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf. Acesso em: 03 out. 2013.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes**. Marrakesh, 1994b. Disponível em:

http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf. Acesso em: 20 out. 2013.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **WT/DS267/ARB/1**. United States – Subsidies on Upland Cotton. 3 March 2005. Disponível em: www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/267abr_e.doc. Acesso em: 10 nov. 2010.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **WT/DS267/ARB/2**. United States – Subsidies on Upland Cotton. Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 7.10 of the *SCM Agreement*. 31 Aug. 2009. Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=78882,92870,91698,104671,98449,89609,89556,69545,72552,83357&CurrentCatalogueIdIndex=7&FullTextSearch=. Acesso em: 11 nov. 2010.

ANEXO A**RESOLUÇÃO CAMEX Nº 15, DE 05 DE MARÇO DE 2010****DOU 08.03.2010**

O PRESIDENTE DO CONSELHO DE MINISTROS DA CÂMARA DE COMÉRCIO EXTERIOR, no uso de suas atribuições, ouvidos os demais Membros, com fundamento nos arts. 2º, I, VI e XIV, § 1º, I, "a", § 2º, e 4º, I, § 7º do Decreto nº 4.732, de 10 de junho de 2003, e tendo em vista o disposto no art. 22 do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias, anexo ao Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio - OMC, parte integrante da Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, assinada em Marraqueche, em 12 de abril de 1994, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, promulgada pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994; o resultado dos painéis de arbitragem WT/DS267/ARB/1 e WT/DS267/ARB2 da OMC, relativos ao contencioso "Estados Unidos-Subsídios ao Algodão (DS267)"; a correspondente Decisão do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, de 19 de novembro de 2009; e a Resolução nº 74, de 6 de novembro de 2009, da Câmara de Comércio Exterior, Resolve:

Art. 1º Adotar a lista de mercadorias objeto de suspensão de concessões assumidas pelo Brasil em razão do Acordo Geral de Tarifas e Comércio de 1994, em relação aos Estados Unidos da América.

Art. 2º Fixar as alíquotas do Imposto de Importação, com vigência de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, para as mercadorias referidas no art. 1º, quando originárias dos Estados Unidos da América, conforme Anexo a esta Resolução.

Art. 3º Outras medidas poderão ser definidas pela CAMEX, por decisão do Conselho de Ministros, nos termos e condições que fixar.

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor após decorridos 30 (trinta) dias de sua publicação.

MIGUEL JORGE

ANEXO

NCM	Descrição	Tarifa EUA
0303.51.00	--Arenques (<i>Clupea harengus</i> , <i>Clupea pallasii</i>)	30%
0402.10.10	Com um teor de arsênio, chumbo ou cobre, considerados isoladamente, inferior a 5 ppm	48%
0404.10.00	-Soro de leite, modificado ou não, mesmo concentrado ou adicionado de açúcar ou de outros edulcorantes	48%
0504.00.13	De suínos	28%
0802.21.00	--Com casca	26%
0802.31.00	--Com casca	30%
0802.32.00	--Sem casca	30%
0806.20.00	-Secas (passas)	30%
0808.20.10	Peras	30%
0809.20.00	-Cerejas	30%
0809.40.00	-Ameixas e abrunhos	30%
1001.90.90	Outros	30%
1502.00.11	Em bruto	26%
1507.90.90	Outros	30%
1514.11.00	--Óleos em bruto	30%
1514.19.10	Refinados	30%
2005.20.00	-Batatas	34%
2009.90.00	-Misturas de sucos	34%
2103.20.10	Em embalagens imediatas de conteúdo inferior ou igual a 1kg	38%
2103.90.91	Em embalagens imediatas de conteúdo inferior ou igual a 1kg	38%
2106.10.00	-Concentrados de proteínas e substâncias protéicas texturizadas	34%

2106.90.30	Complementos alimentares	36%
2106.90.50	Gomas de mascar, sem açúcar	36%
2106.90.90	Outras	36%
2202.90.00	-Outras	40%
2303.20.00	-"Polpas" de beterraba, bagaços de cana-deaçúcar e outros desperdícios da indústria do açúcar	26%
2905.11.00	--Metanol (álcool metílico)	22%
2929.10.21	Mistura de isômeros	28%
3003.90.55	Paracetamol; bromoprida	28%
3004.20.19	Outros	14%
3004.20.79	Outros	14%
3004.39.39	Outros	14%
3004.40.90	Outros	14%
3004.90.49	Outros	14%
3005.10.90	Outros	12%
3006.10.90	Outros	22%
3303.00.20	Águas-de-colônia	36%
3304.10.00	-Produtos de maquilagem para os lábios	36%
3304.99.10	Cremes de beleza e cremes nutritivos; loções tônicas	36%
3304.99.90	Outros	36%
3305.10.00	-Xampus	36%
3305.90.00	-Outras	36%
3306.10.00	-Dentifrícios	36%
3306.90.00	-Outras	36%
3307.10.00	-Preparações para barbear (antes, durante ou após)	36%
3307.20.90	Outros	36%
3307.90.00	-Outros	36%
3401.19.00	--Outros	36%
3402.90.39	Outras	36%
3923.30.00	-Garrações, garrafas, frascos e artigos semelhantes	36%
4011.10.00	-Dos tipos utilizados em automóveis de passageiros (incluídos os veículos de uso misto (" <i>station wagons</i> ") e os automóveis de corrida)	32%
4011.20.90	Outros	32%
4908.90.00	-Outras	32%
5201.00.20	Simplemente debulhado	100%
5201.00.90	Outros	100%
5203.00.00	Algodão cardado ou penteado.	100%
5208.21.00	--Em ponto de tafetá, com peso não superior a 100g/m ²	100%
5209.32.00	--Em ponto sarjado, incluído o diagonal, cuja relação de textura não seja superior a 4	100%
5703.20.00	-De náilon ou de outras poliamidas	60%
5903.90.00	Outros	48%
6116.10.00	-Impregnadas, revestidas ou recobertas, de plásticos ou de borracha	60%
6203.42.00	--De algodão	100%
6204.62.00	--De algodão	100%
6303.92.00	--De outras matérias têxteis	60%
6307.90.10	De falso tecido	60%

6307.90.90	Outros	60%
7113.19.00	--De outros metais preciosos, mesmo revestidos, folheados ou chapeados de metais preciosos (plaquê)	36%
8212.10.20	Aparelhos	36%
8212.20.10	Lâminas	36%
8418.40.00	-Congeladores ("freezers") verticais tipo armário, de capacidade não superior a 900 litros	40%
8433.11.00	--Motorizados, cujo dispositivo de corte gira num plano horizontal	36%
8471.90.12	Leitores de códigos de barras	22%
8506.80.90	Outras	32%
8516.60.00	-Outros fornos; fogões de cozinha, fogareiros (incluídas as chapas de cocção), grelhas e assadeiras	40%
8517.12.31	Portáteis	32%
8518.10.90	Outros	40%
8518.21.00	--Alto-falante único montado no seu receptáculo	40%
8518.22.00	--Alto-falantes múltiplos montados no mesmo receptáculo	40%
8518.30.00	-Fones de ouvido, mesmo combinados com microfone, e conjuntos ou sortidos constituídos por um microfone e um ou mais altofalantes	40%
8518.50.00	-Aparelhos elétricos de amplificação de som	40%
8521.90.90	Outros	40%
8525.80.19	Outras	40%
8525.80.29	Outras	40%
8527.21.90	Outros	40%
8528.49.29	Outros	40%
8703.21.00	--De cilindrada não superior a 1.000cm ³	50%
8703.23.10	Com capacidade de transporte de pessoas sentadas inferior ou igual a seis, incluído o motorista	50%
8703.24.10	Com capacidade de transporte de pessoas sentadas inferior ou igual a seis, incluído o motorista	50%
8703.24.90	Outros	50%
8703.33.10	Com capacidade de transporte de pessoas sentadas inferior ou igual a seis, incluído o motorista	50%
8711.50.00	-Com motor de pistão alternativo de cilindrada superior a 800cm ³	40%
8903.92.00	--Barcos a motor, exceto com motor fora-deborda (tipo "outboard")	40%
8903.99.00	--Outros	40%
9004.10.00	Óculos de sol	40%
9008.30.00	-Outros projetores de imagens fixas	36%
9018.32.19	Outras	32%
9018.39.10	Agulhas	32%
9021.10.20	Artigos e aparelhos para fraturas	14%
9021.39.80	Outros	28%
9102.11.10	Com caixa de metal comum	40%
9403.70.00	-Móveis de plásticos	36%
9603.21.00	--Escovas de dentes, incluídas as escovas para dentaduras	36%

Anexo B

RESOLUÇÃO CAMEX Nº 16, DE 12 DE MARÇO DE 2010 DOU 15/03/2010

O PRESIDENTE DO CONSELHO DE MINISTROS DA CÂMARA DE COMÉRCIO EXTERIOR, no uso de suas atribuições, ouvidos os demais Membros, com fundamento nos arts. 2º, I, § 1º, I, "a", § 2º, e 4º, I, § 7º do Decreto nº 4.732, de 10 de junho de 2003, e o art. 9º da Medida Provisória nº 482, de 10 de fevereiro de 2010, resolve:

Art. 1º Instaurar, nos termos da Medida Provisória nº 482, de 10 de fevereiro de 2010, o procedimento de consulta pública sobre as medidas de suspensão de concessões ou obrigações do País relativas aos direitos de propriedade intelectual e outros, em relação aos Estados Unidos da América, em decorrência do não cumprimento das decisões e recomendações adotadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC), no contexto do contencioso "Estados Unidos da América - Subsídios ao Algodão" (WT/DS 267).

Art. 2º As medidas objeto da presente consulta são adicionais àquelas previstas na Resolução CAMEX nº 15, de 5 de março de 2010.

Art. 3º Os interessados deverão manifestar-se no prazo de 20 (vinte) dias, contado da publicação desta Resolução, nos termos fixados nos Anexos I a V.

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

MIGUEL JORGE

ANEXO III - MINUTA DAS MEDIDAS

NÚMERO	MEDIDA
01	Subtração, por tempo determinado, do prazo de proteção de direitos sobre patentes de produtos ou processos relativos a medicamentos, inclusive veterinários.
02	Subtração, por tempo determinado, do prazo de proteção de direitos sobre patentes de produtos ou processos relativos a produtos químicos agrícolas.
03	Subtração, por tempo determinado, do prazo de proteção de direitos sobre patentes de produtos ou processos biotecnológicos agrícolas.
04	Subtração, por tempo determinado, do prazo de proteção de direitos sobre cultivares.
05	Subtração, por tempo determinado, do prazo de proteção de direitos do autor e conexos sobre modalidades de execução pública musical.
06	Licenciamento de patentes de produtos ou processos relativos a medicamentos, inclusive veterinários, sem autorização do titular e sem remuneração.
07	Licenciamento de patentes de produtos ou processos relativos a produtos químicos agrícolas, sem autorização do titular e sem remuneração.
08	Licenciamento de patentes de produtos ou processos biotecnológicos agrícolas, sem autorização do titular e sem remuneração.
09	Licenciamento de direitos do autor e conexos sobre obras literárias, sem autorização do titular e sem remuneração.
10	Licenciamento de direitos do autor e conexos para o exercício da comunicação ao público de obras audiovisuais, sem autorização do titular e sem remuneração.
11	Suspensão do direito exclusivo do titular de impedir a importação e comercialização no mercado interno de medicamentos, inclusive veterinários, que incorporem direitos de patente, ainda que o bem importado não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular dos direitos de propriedade intelectual ou com seu consentimento.
12	Suspensão do direito exclusivo do titular de impedir a importação e comercialização no

	mercado interno de produtos químicos agrícolas que incorporem direitos de patente, ainda que o bem importado não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular dos direitos de propriedade intelectual ou com seu consentimento.
13	Suspensão do direito exclusivo do titular de impedir a importação e comercialização no mercado interno de produtos biotecnológicos agrícolas que incorporem direitos de patente, ainda que o bem importado não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular dos direitos de propriedade intelectual ou com seu consentimento.
14	Majoração ou instituição de adicional sobre os valores devidos ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI para efetivação de registros de direitos de propriedade industrial, inclusive sua obtenção e manutenção.
15	Majoração ou instituição de adicional sobre os valores devidos ao Serviço Nacional de Proteção de Cultivares - SNPC para efetivação de registros de direitos de propriedade intelectual, inclusive sua obtenção e manutenção.
16	Majoração ou instituição de adicional sobre os valores devidos aos órgãos de registro de direitos do autor e conexos para efetivação dos referidos registros.
17	Aplicação de direitos de natureza comercial sobre a remuneração a que fizer jus titular de direitos de propriedade intelectual em matéria de patentes.
18	Aplicação de direitos de natureza comercial sobre a remuneração a que fizer jus titular de direitos de propriedade intelectual em matéria de marcas.
19	Aplicação de direitos de natureza comercial sobre a remuneração a que fizer jus titular de direitos de propriedade intelectual em matéria de direitos do autor e conexos, exceto os relativos a programas de computador.
20	Aplicação de direitos de natureza comercial sobre a remuneração a que fizer jus titular de direitos de propriedade intelectual em matéria de direitos do autor e conexos relativos a programas de computador.
21	Criação de obrigatoriedade de registro para obtenção e manutenção de direitos patrimoniais de autor e conexos.

1. Para as Medidas 01, 02, 03, 04 e 05, a subtração do referido prazo de proteção poderá ocorrer em qualquer período da proteção e será por tempo determinado. A subtração desse prazo, nos termos da Medida Provisória nº 482, de 2010, não importará a restituição do prazo subtraído, ainda que o direito dependa de concessão de direitos ou ato registral efetivados posteriormente à cessação, nem a prorrogação do prazo de proteção.

2. No que se refere às Medidas 06, 07, 08, 09 e 10, diferentemente dos mecanismos usuais do licenciamento compulsório, esse licenciamento de direitos, sem autorização do titular, não prevê remuneração para o requerente, titular ou licenciado dos direitos.

3. No caso das Medidas 11, 12 e 13, não haverá nenhuma forma de remuneração para o requerente, titular ou licenciado dos direitos de patente. Além disso, não se exige que o bem importado tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular dos direitos de patente ou com seu consentimento.

4. As Medidas 14, 15 e 16 possibilitam que os valores cobrados relativos à efetivação de registros de direitos de propriedade industrial, no caso do INPI, de direitos sobre novas cultivares, no caso do SNPC, e de direitos autorais, no caso dos respectivos órgãos de registro, sejam majorados; ou ainda que sejam instituídos valores adicionais para a consecução das diferentes atividades relativas aos referidos registros.

5. As Medidas 17, 18, 19 e 20 referem-se à aplicação de direitos de natureza comercial sobre a remuneração a que fizer jus o titular de direitos de propriedade intelectual referentes a patentes, marcas, direitos do autor e conexos, inclusive aqueles relativos a programas de computador.

6. A efetivação dessas medidas se dará por meio de aplicação de percentual compensatório, por prazo determinado, em observância à Resolução do Conselho de Ministros da CAMEX que instituir a medida, e será devido na data do pagamento, da remessa ou do crédito ao titular dos direitos de propriedade intelectual, conforme disposto no art. 7º da Medida Provisória nº 482, de 2010.

7. A Medida 21 consiste na possibilidade de exigência de registro para a obtenção e manutenção de direitos patrimoniais de autor e os que lhes são conexos. No caso específico, à semelhança de outros segmentos da propriedade intelectual em que o registro é concessivo de direito, trata-se da obrigatoriedade de registro para obtenção e manutenção de direitos patrimoniais de autor e os que lhes são conexos.

8. Nos termos da Medida Provisória nº 482, de 2010, o restabelecimento, no âmbito da OMC, a qualquer tempo, de concessões ou outras obrigações brasileiras suspensas não importará a restauração de direitos que tenham sido afetados pela aplicação das medidas, nem prejudicará os interesses legítimos de terceiros decorrentes de contratos firmados ou de usos autorizados pelo Poder Executivo, durante a aplicação de medidas adotadas.

9. As medidas que vierem a ser adotadas terão prazo determinado, a ser estabelecido nas resoluções do Conselho de Ministros da CAMEX que as instituírem, observado o disposto no artigo 10 da Medida Provisória nº 482, de 2010.