

Uma análise crítica do sistema de composição de controvérsias da OMC frente a uma sociedade internacional supercomplexa

Silvia Regina Pontes Lopes

Sumário

1. Intróito: delimitação epistemológica do tema. 2. A Organização Mundial de Comércio como expressão da globalização e liberalização econômicas: uma contextualização histórica. 3. O papel da sociedade numa visão sistêmica. 4. A supercomplexidade como característica maior da sociedade internacional contemporânea. 5. Relacionamento entre os Estados numa sociedade internacional desigual. 6. A Organização Mundial do Comércio: contextualização histórica. 7. Organização Mundial do Comércio: panorama geral acerca de seus objetivos, função e estrutura. 8. O sistema de solução de controvérsias da OMC. 9. Uma análise crítica do sistema de solução de controvérsias. 10. Conclusão: ingerências econômicas indevidas na aplicação das normas jurídicas em sede da OMC.

1. Intróito: delimitação epistemológica do tema

Globalização e liberalização econômica são temas da moda: fala-se em intensificação das relações comerciais, abertura de mercados e expansão do capitalismo. No contexto das relações comerciais internacionais, tal tendência globalizante engendrou a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), responsável pelo estabelecimento de um sistema jurídico multilateral de regulação das atividades comerciais mundiais.

Na verdade, as primeiras medidas internacionais rumo a uma cooperação eco-

Silvia Regina Pontes Lopes é graduanda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; pesquisadora bolsista (PIBIC/CNPq) na área de Teoria Geral do Direito e Direito Comercial Internacional.

nômica de proporções mundiais remontam ao período pós-guerra com o surgimento de três instituições internacionais: o Fundo Monetário Internacional, com o objetivo de auxiliar a estabilização das taxas de câmbio e, assim, desencorajar restrições ao comércio; o Banco Internacional, igualmente chamado de Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento, prestando-se a fornecer capital necessário à reconstrução econômica dos países; e a Organização Internacional de Comércio, almejando a promoção de um novo regime jurídico para o comércio mundial. Esta se mostrou a primeira tentativa de estabelecimento de um sistema jurídico multilateral de comércio, o qual foi concretizado, em parâmetros amplos, com a criação da OMC.

Profundamente criticada por certas facções políticas, que a acusam de representar os interesses dos países desenvolvidos em detrimento das pretensões do subdesenvolvimento e de ser manipulada por empresas multinacionais, a Organização Mundial do Comércio assume de fato o papel de regulamentação de uma sociedade internacional extremamente complexa, em que as disparidades políticas, econômicas e sociais são gritantes.

Convivem, assim, num mesmo sistema jurídico internacional, igualdade e disparidade, acarretando o surgimento de inúmeras tensões, na referida organização, em razão da pluralidade de discursos e interesses. Tais tensões acarretam certas implicações: além de ser determinante no estabelecimento de normas integrantes do sistema jurídico comercial multilateral da OMC, é fator decisivo para a efetivação das correspondentes normas.

O presente trabalho objetiva a análise da influência do subsistema econômico na composição de conflitos internacionais de comércio em sede da OMC, considerando-se as disparidades econômicas e políticas no contexto mundial e suas implicações jurídicas à luz da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann e da Teoria dos Jogos.

2. A Organização Mundial de Comércio como expressão da globalização e liberalização econômicas: uma contextualização histórica

A globalização, considerada em uma acepção ampla, não constitui um fenômeno moderno. Entendido como um processo de extensão das relações econômicas numa esfera mundial, remonta ao século XV, com o expansionismo colonial, com “as grandes descobertas”. Os contornos que assume, entretanto, hodiernamente, são diversos: diferentemente da globalização colonial, a globalização atual verifica-se entre Estados politicamente (ao menos teoricamente) autodeterminantes, não mais compreendendo, dessa forma, uma situação de subordinação político-econômica entre colônia e metrópole, integração proporcionada pela *força* Assim, fala-se em integração mediante *cooperação* entre Estados, no sentido moderno do termo, abrangendo as noções de poder de autodeterminação e soberania, cuja definição e cujos contornos são hodiernamente discutidos (SALA, 1996, p. 709).

Em jargão atualmente bastante difundido, globalização e liberalização seriam “fases de uma mesma moeda”. De fato, a liberalização, entendida como política de abertura de fronteiras comerciais entre os Estados, mostra-se importante instrumento para a integração econômica mundial. O ideal liberal não é, igualmente, obra da contemporaneidade, tanto que hoje é denominado de “neoliberalismo”: remonta ao século XVIII (o chamado “Século das Luzes”) com a política econômica do “*laissez faire, laissez passer*”, corroborada por inúmeros economistas renomados, como, por exemplo, Adam Smith, para quem a economia deveria ser guiada pela denominada “mão invisível do mercado” (1996, p. 63-77). Tal ideologia econômica, entretanto, em sua acepção original, voltava-se a uma diminuição da atuação interna do Estado, inclinando-se antes a uma não-regularização das atividades econômicas e afiliadas de seus naci-

onais, que a concessões econômicas externas: a realidade político-econômica do primeiro contexto histórico encontra-se, primordialmente, eivada de um relacionamento territorial global marcado pelo binômio “colônia versus metrópole”, em que se observava a institucionalização da subordinação. Sobre essa diferença de contextos históricos, pronunciou-se Celso Mello:

“A sociedade internacional dos nossos dias é completamente diversa da do século anterior em virtude de um fator principal: os Estados compreenderam que existem certos problemas que não podem ser resolvidos por eles sem a colaboração dos demais membros da sociedade internacional. As organizações internacionais são resultantes desse fator” (1997, p.43).

Assim, no estágio de globalização atual de fundamento eminentemente econômico, faz-se mister a realização de uma nova análise acerca da atuação do Estado em seu âmbito interno e externo. Preliminarmente, cabe frisar, entretanto, que as referidas esferas de atuação são intimamente dependentes, tendo em vista que, na sociedade atual mundial, o processo de integração chegou a um estágio tal que não há mais de se distinguir as políticas interna e externa de um Estado, pois possuem implicações mútuas. A diferenciação mostra-se útil, entretanto, para efeitos explicativos.

Num âmbito interno, observa-se o surgimento do chamado *Estado Mínimo* ou *Liberal*, caracterizado por uma hipotrofia na atuação econômica, política e social do Estado¹, acarretando, conseqüentemente, uma ampliação na esfera de liberdade do setor privado. Tal ideologia de ação mínima do Estado encontra-se corroborada em diversas atitudes e declarações de seus representantes. Observe-se o pronunciamento do Secretário de Tesouro dos Estados Unidos, Paul O’Neil, que declarou, acerca das causas das crises capitalistas, segundo o jornal *Gazeta Mercantil* do dia 5 de março de 2001: “it doesn’t have anything to do with the failure

of capitalism. It’s to do with an absence of capitalism”.

Externamente, por outro lado, observa-se a formação de uma sociedade internacional² cada vez mais integrada por meio da extensão progressiva do objeto do Direito Internacional, que, se, outrora, limitava-se, basicamente, a regular matérias relacionadas à guerra, hodiernamente abrange questões das mais diversas ordens (econômicas, políticas, sociais, culturais etc.). Sobre esse fenômeno, constatou-se que

“a chamada globalização deve ser entendida como uma intensificação dessa sociedade, que se constrói primariamente, a partir da economia, da técnica, da ciência e dos meios de comunicação de massa: relações sociais e comunicações intensificam-se além das fronteiras dos Estados com organizações político-jurídicas territoriais e das fronteiras culturais entre nações e etnias” (NEVES, 2000, p. 15-16).

Nesse contexto de cooperação das relações internacionais, o surgimento de organizações internacionais torna-se importante instrumento voltado para o estabelecimento de um ambiente de confiança e previsibilidade no cenário mundial, o que é observado nas mais variadas esferas de relacionamentos internacionais. No aspecto militar, constata-se, por exemplo, ao lado de conclusões de tratados de não-proliferação de armas, a regularização internacional do direito à guerra, que, se até recentemente era considerado um direito inalienável do Estado, hoje se afigura como direito excepcional (quase um não-direito, em face dos princípios da não-agressão, da solução pacífica dos litígios internacionais, da autodeterminação dos povos, da coexistência pacífica, entre outros), cujo exercício se afigura legítimo tão-somente em situações especiais (cf, HUCK, 1996, p. 11).

É na esfera econômica, entretanto, que os ambientes de previsibilidade e confiança tornam-se essenciais para o desenvolvimento das relações comerciais internacionais,

baseadas na reciprocidade de concessões, tendo em vista que o processo de integração econômica mundial demanda, para seu progressivo desenvolvimento, a criação de um sistema jurídico multilateral de comércio, proporcionador de uma cooperação jurídica e econômica mundial.

Tal processo mostra-se a serviço tanto do capitalismo empresarial, vez que possibilita, mediante a ampliação de mercado, a atuação de empresas até então nacionais nas mais variadas regiões do planeta, quanto em prol do capitalismo financeiro, por meio da regulamentação liberalizante de investimentos externos. Na verdade, ambas vertentes mostram-se tão intensamente relacionadas que

“antes, comércio e investimento eram considerados atividades alternativas para se penetrar no mercado externo. Agora, na era da globalização, as empresas tratam comércio e investimento como atividades complementares. Cada vez mais se torna difícil implantar regras sobre troca de bens que envolvam origens nacionais distintas” (THORSTENSEN, 1998, p. 31).

Em observância a essa tendência globalizante, o Estado assume uma dupla postura: primeiramente, compromete-se em aniquilar as barreiras ao comércio; e, em segundo lugar, a uniformizar suas legislações comerciais. Como se disse, “tal fato exige que o comércio de bens e serviços e o investimento passem a ser coordenados em níveis multilaterais e que as regras de conduta dos parceiros comerciais passem a ser controladas e arbitradas também em nível internacional” (THORSTENSEN, 1999, p. 26). Isso explica, por exemplo, o atual processo de regionalização econômica com o surgimento de diversos blocos econômicos, como o NAFTA e o Mercosul, assim como a criação de organizações internacionais com o escopo de regularizar os mais variados aspectos estruturais da economia, tais como a Organização Mundial do Comércio, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual, entre outras.

Observa-se, dessa maneira, que esse novo Direito Econômico Internacional apresenta-se importante meio de viabilização do processo de liberalização econômica. Entretanto, apesar da relevância de uma análise jurídica da globalização econômica, constata-se muitas vezes que

“o enfoque do fenômeno da integração normalmente tende a privilegiar seus aspectos e seu conteúdo econômico, em detrimento da análise jurídica e institucional, muitas vezes relegada a caráter meramente instrumental, o que tem o condão de inverter a captação do processo, e adequada avaliação de seus elementos constitutivos e condicionantes estruturais” (CASELLA, 1996, p. 18).

Não se há, portanto, de ignorar que as repercussões jurídicas de tal cenário comercial mundial complexo ensejaram a criação de um sistema multilateral de comércio, concretizado na Organização Mundial do Comércio (OMC), que estabeleceu regras comerciais válidas para quase a totalidade dos países do globo.

3. O papel da sociedade numa visão sistêmica

A teoria geral do sistema define-o como “um conjunto de elementos que mantêm interação, um conjunto de objetos e das relações entre esses objetos e seus atributos, ou como sendo um todo, composto de muitas partes, ou um conjunto de atributos ou ainda todo grupo de objetos que mantiveram relacionamento estrutural característico” (GALINDO, 1991, p. 55). Em qualquer uma das referidas definições, o sistema remonta à idéia de *interação ordenada*.

Nesse sentido é que o sociólogo alemão Niklas Luhmann afirma ser a sociedade um sistema destinado à redução da complexidade e controle da contingência do mundo circundante (1980, p. 39). Tal caráter inexorável de relacionamento com o mundo circundante foi também acentuado por outros

autores, para quem “pode-se dizer que a noção de sistema, para ser aplicada, demanda, metodologicamente, que o objeto de análise tenha limites claramente definidos, e se relacione com o seu meio ambiente” (GALLINDO, 1991, p. 56).

Esse sistema é composto por diversos subsistemas, como o político, o econômico, o jurídico, o amoroso, que se distinguem uns dos outros por guardarem uma identidade própria, possibilitando a abrangência por cada um deles de tão-somente um aspecto do mundo, de tal forma que os demais subsistemas frente a um certo subsistema considerado serão tidos por meio ambiente (mundo circundante).

A fim de compreender-se tal processo, deve-se estabelecer o conceito de complexidade na ótica luhmanniana. Esta é definida como “a totalidade das possibilidades que se distinguem para a vivência social – quer seja do mundo, (complexidade do mundo) quer seja num sistema (complexidade do sistema)” (1980, p. 39). Dessa forma, a ordem própria do subsistema, ou seja, sua complexidade, possibilita-lhe reduzir a complexidade de seu meio ambiente, ao abarcar ou prever apenas algumas das diversas possibilidades do mundo circundante.

Para que os subsistemas sejam capazes de abarcar apenas uma faceta no mundo complexo, faz-se mister que estabeleça uma forma ordenada de comunicação com seu meio circundante, a qual será a própria complexidade do sistema. São o repertório e a estrutura do subsistema seus elementos identificadores frente ao meio circundante. Deve-se entender, assim, repertório como o conjunto de possibilidades escolhidas como desejáveis dentre as diversas oferecidas pelo mundo circundante, e estrutura como conjunto de regras que conferem ao sistema mecanismos contra a ocorrência de outras alternativas não previstas em seu repertório (ADEODATO, 1985, p. 77).

Conforme se observou, “em relação ao sistema atuam as mais diversas determinações do meio ambiente, mas elas só são in-

seridas no sistema quando este, de acordo com seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes sua forma (NEVES, 1992, p. 275). Esse código-diferença ou binário é composto por um valor negativo e um positivo, responsáveis pela reprodução interna do próprio sistema e pela manutenção de sua identidade. Dessa forma, cada subsistema social possui um código binário, sendo, por exemplo, o código-diferença do subsistema jurídico a “licitude/ilicitude” e o do subsistema econômico o “ter/não-ter”. Esse código será, portanto, o eixo norteador do relacionamento entre o subsistema e seu meio ambiente.

A comunicação estabelecida entre o subsistema e seu meio ambiente está calcada em fases de fechamento e abertura do meio ambiente, que ocorrem respectivamente em um momento operacional e em um momento cognitivo. O subsistema é, portanto, normativamente fechado, porém cognitivamente aberto, característica que permite a assimilação dos conceitos e interesses do meio circundante. Tal abertura cognitiva permite a mutação do repertório e da estrutura do subsistema, para adaptá-lo às expectativas do meio circundante, sem que isso afete sua auto-referência ou autonomia, asseguradas por seu fechamento operacional. Trata-se, portanto, de *autopoiese* (*autós* = por si próprio; *poiese* = fazer), que permite uma reprodução circular do sistema, ou seja, com base em suas próprias regras.

A noção autopoietica de sistema foi trazida por Niklas Luhmann às ciências sociais, inspirada na teoria biológica de Maturana e Varela. Entretanto, esse modelo aplicado ao Direito é passível de críticas. Como enfatizou certo autor, “o modelo luhmanniano do Direito moderno (positivo) como sistema autopoietico é, numa perspectiva empírica, suscetível de restrições. A determinação alopoietica do Direito prevalece na maior parte da sociedade moderna (mundial)” (NEVES, 1992, p. 85). Esclarecemo-nos.

A alopoiese significa etimologicamente “fazer por um outro” (*alo* = por um outro;

poièse = fazer) e designa a reprodução do sistema por códigos e critérios de seu meio ambiente. Seria, na utilização de outra nomenclatura, a interferência destrutiva de um “*alien factor*”, ou seja, “*any influencing element other than evidence and arguments relevant to a policy, principle or rule directly in issue*” (ALLISON, 1995, p. 482). Nessa hipótese, não mais se fala na bipartição “fechamento operacional – abertura cognitiva”: há, na verdade, uma abertura operacional que compromete a autonomia e a identidade do sistema. Aplicando tais noções ao subsistema jurídico, se na aplicação judicial, por exemplo, ao invés de se considerar a licitude ou ilicitude de uma conduta, observa-se apenas a situação econômica do agente, haverá uma superposição do código binário econômico sobre o jurídico, acarretando a destruição deste em virtude de influência operacionalmente destrutiva daquele. Verifica-se a alopoiese, portanto.

Não se há, entretanto, de entender-se essa dicotomia como um fechamento absoluto dos subsistemas: a abertura cognitiva manifesta-se igualmente na tomada das decisões por meio da procura do ideal de *adequação* dessa frente ao ambiente circundante, considerando-se tanto os mandamentos do próprio sistema, quanto os efeitos extrasistemáticos da decisão.

As noções de alopoiese e autopoiese aplicadas aos sistemas jurídicos estatais contemporâneos merecem gradações em razão de se distinguirem as realidades dos mundos ditos desenvolvidos e subdesenvolvidos. Assim, enquanto se afirma que a realidade jurídica terceiromundista possui um alto grau de alopoiese jurídica, o Direito do desenvolvimento aproxima-se, embora não absolutamente, da autopoiese (ADEODATO, 1992, p. 173).

Já numa realidade transnacional, dever-se-á considerar, com o intuito de verificar-se a influência dos demais subsistemas sociais – notadamente o econômico – no subsistema jurídico internacional, que “a igualdade jurídica dos membros da sociedade

internacional, hoje com mais de 150 Estados politicamente declarados soberanos, é uma grande ficção. Como em qualquer contexto jurídico-político, a posição de cada Estado depende de seu poder” (ADEODATO, 1992, p. 219).

É sob essa perspectiva, portanto, que analisaremos o grau de influência operacional do subsistema econômico no Direito Comercial Internacional em consideração à atuação da Organização Mundial do Comércio frente à sociedade mundial.

4. A supercomplexidade como característica maior da sociedade internacional contemporânea

A sociedade internacional caracteriza-se pela heterogeneidade, pois, conforme afirmou-se, “está diferenciada segmentariamente, no âmbito político e jurídico, em Estados enquanto organizações territorialmente delimitadas e comporta as mais diversas culturas” (NEVES, 2000, p. 16).

Em razão dessa pluralidade de culturas, de valores, de níveis sociais, econômicos e políticos, apresenta-se como um sistema supercomplexo em face da possibilidade de ocorrência das mais variadas condutas e fatos sociais. Tal supercomplexidade traz consigo o caráter da supercontigência: cresce a possibilidade de que uma conduta ou fato social esperado não ocorra.

A supercomplexidade e a supercontigência da sociedade global geram a necessidade de ordenação das expectativas, a fim de possibilitar a comunicação entre seus atores, os Estados. Tal se fará por meio de um processo de seleção de possibilidades, por meio do qual algumas alternativas serão escolhidas de forma circunstancial, ou seja, não absoluta, havendo sempre a possibilidade de novas previsões, em detrimento de outras. Por conseguinte, transforma-se complexidade desordenada em complexidade estruturada, permitindo a introdução da previsibilidade e estabilidade nas relações entre Estados (NEVES, 2000, p. 16-17).

A despeito da existência de uma heterogeneidade entre os participantes da sociedade internacional sob os mais diversos aspectos, prevê-se, na esfera do Direito Internacional, a igualdade jurídica entre os Estados. Assim, em razão da heterogeneidade (ou desigualdade) inexorável da sociedade mundial, mostra-se o conceito de igualdade, para o Direito Internacional, meramente formal: “refere-se antes ao tratamento isonômico que se obtém mediante a integração ou acesso igualitário às instituições e aos procedimentos jurídicos” (p. 18) ou, sob uma outra ótica aristotélica, “apresenta-se inicialmente mediante a diferença entre igual e desigual” (p. 19). Portanto, observa-se que o princípio da igualdade, além de pressupor a desigualdade entre entes/ indivíduos, visto ser “a diferença entre igual e desigual”, não pretende criar qualquer homogeneidade entre eles: visa atribuir-lhes tão-somente tratamento diversificado na medida de sua desigualdade.

Tal conceituação formal de igualdade, que não deixa margem a estipulações de parâmetros de preferências de tratamento entre entes, pode ser aplicada a qualquer tipo de sociedade, estatal ou internacional, antiga ou contemporânea. Entretanto, para se adaptar a noção de igualdade à realidade da sociedade internacional contemporânea, deve-se atribuir-lhe um conteúdo, o qual só será possível por meio de um processo de transformação de sua forma em uma norma (p. 20). Hoje, essa norma é fruto do confronto “discriminação social negativa *versus* discriminação jurídica positiva”, aproximando-se a primeira da idéia de exclusão e a segunda, da idéia de integração:

“quanto mais se sedimenta historicamente e se efetiva a discriminação social negativa contra determinados grupos, principalmente nas hipóteses em que ela implica obstáculos relevantes ao exercício de direitos, tanto mais se justifica a discriminação jurídica afirmativa em favor dos seus membros, pressupon-

do-se que esta se oriente no sentido da integração igualitária de todos” (p. 24).

Assim, a aplicação desse princípio-norma no Direito Comercial Internacional pode ser observada em vários dispositivos dos acordos da OMC, que prevêem certos tratamentos diferenciados para os países subdesenvolvidos. Estes abrangem, basicamente, três espécies: supervisão das atividades de organizações ligadas aos países subdesenvolvidos; assistência técnica e legal para a criação de recursos humanos necessários para a atividade do comércio internacional; e disposições especiais relativas a países em desenvolvimento incluídas nos acordos da OMC, como alongamento de prazos e termos mais flexíveis para a observância dos deveres estipulados nos acordos, maior acesso aos mercados em determinadas circunstâncias, regulação de medidas *anti-dumping*, salvaguardas e barreiras técnicas, disposições de apoio aos países subdesenvolvidos a fim de auxiliá-los a cumprir com os padrões técnicos, sanitários e fitossanitários, entre outros.

5. Relacionamento entre os Estados numa sociedade internacional desigual

O relacionamento entre os Estados, numa sociedade internacional supercomplexa, é marcado por uma desigualdade de poderio político-econômico. Assim,

“como em qualquer contexto jurídico-político, a posição de cada Estado depende de seu poder. Este poder, por um lado, resulta de fatores difíceis de avaliar, tais como preparação adequada das elites, mecanismos eficientes de legitimação, união política do povo e até acaso; de outro lado, porém, as bases do poder jurídico-político são mensuráveis e mesmo óbvias: recursos naturais, níveis de produção, grau de industrialização e, é claro, capacidade para destruir eventuais inimigos” (ADEODATO, 1992, p. 219).

Entre os inúmeros meios de ostentação de poder, mostra-se o poderio econômico o mais eficaz na imposição de interesses de

um Estado frente aos demais entes da comunidade internacional, vez que atinge diretamente o modo de produção da sociedade, seu próprio meio de subsistência. Tais desigualdades, entretanto, não se mostram capazes de fundamentar em bases tirânicas as relações internacionais, vez que a criação de um clima de confiança e estabilidade mostra-se essencial ao desenvolvimento das relações internacionais em seus mais variados aspectos, notadamente o econômico.

Assentado nessas bases, surgiu o Direito Internacional Público, do qual o Direito Comercial Internacional é uma espécie. Conforme afirmou José Francisco Rezek,

“o direito internacional público – ou *direito das gentes* – repousa sobre o consentimento. Os povos – assim compreendidas as comunidades nacionais, e acaso, ao sabor da história, conjuntos ou frações de tais comunidades – propendem, naturalmente, à autodeterminação. Organizam-se, tão cedo quanto podem, sob a forma de Estados, e ingressam numa comunidade internacional carente de estrutura centralizada. Tais as circunstâncias, é compreensível que os Estados não se subordinem senão ao direito que livremente *reconheceram* ou *construíram*” (1995, p. 3).

Essa é, portanto, a diferença primordial entre o Direito estatal e o Direito das gentes ou internacional: enquanto o primeiro baseia-se em uma relação de *subordinação* dos indivíduos frente ao poder centralizador do Estado, o último se caracteriza pela cooperação entre os entes estatais.

Diante dessa realidade, questiona-se a razão pela qual os Estados necessitam estabelecer um ambiente de colaboração entre eles, o que poderá ser esclarecido mediante a análise da Teoria dos Jogos. Esta se trata de um método de análise utilizado nas mais diversas áreas do saber humano, tais como a economia, a política e a ciência do direito, partindo da seguinte premissa: os jogadores são racionais e egoístas, visando, acima de tudo, seus próprios interesses. Esses in-

teresses são freqüentemente divergentes, estabelecendo cada um dos Estados um grau preferencial de colaboração ou não conforme os termos do acordo a ser travado.

No tocante às relações internacionais desenvolvidas em sede da OMC, “jogadores” são seus Estados-membros. Considerando-se, hipoteticamente, um relacionamento entre apenas dois Estados numa proposta de acordo de abertura de fronteiras comerciais, observa-se que, para cada um deles, a melhor opção seria o fechamento de suas próprias fronteiras comerciais em detrimento da abertura das fronteiras do outro Estado. Entretanto, uma proposta, nesse sentido, por parte de um Estado levaria a uma provável recusa do outro em anuir ao acordo, levando-se a uma situação de não-cooperação, prejudicial a ambos os Estados. Por outro lado, cedendo ambos em certa medida ao interesse do outro, comprometendo-se a abrirem suas fronteiras, chegar-se-ia a um ambiente de cooperação, benéfico, em certa medida, para ambos (cf. CALLIARI, 1999, p. 388-389).

A disposição de um ente estatal de abdicar de certos interesses a ele atinentes não é, entretanto, o único elemento necessário para proporcionar a cooperação entre Estados: “crucial nesta situação, evidentemente, é a confiança que cada jogador tem no outro, e quanto maior a suspeita, maiores as chances de que ambos acabem com resultados subótimos” (p. 391). De fato, faz-se necessário o estabelecimento de um ambiente de confiança entre os Estados a fim de que se possa ter um grau mínimo de previsibilidade acerca do comportamento dos demais quanto ao cumprimento dos termos do acordo, vez que “Estados podem racionalmente perceber os benefícios potenciais da cooperação, mas podem ser impedidos de alcançá-los devido à incerteza quanto ao comportamento dos outros Estados” (p. 392).

É nesse contexto que se insere a necessidade de criação de organizações internacionais, que possibilitam a institucionalização de um ambiente de cooperação glo-

bal, em que vários Estados comprometem-se a agir em conformidade com regras multilaterais quase universais e a repensar acerca das vantagens e desvantagens de uma possível conduta desertora. Tal se dá pelo fato de poder levar o descumprimento por parte de um ente estatal dessas regras frente a outro ente a uma situação de desconforto daquele frente a todos os demais Estados que passariam a desconfiar da lealdade do Estado desertor em cumprir seus acordos, prejudicando-se, portanto, este com sua conduta.

Assim, mesmo países de maior desenvolvimento econômico sopesam os riscos do descumprimento de seus acordos, que pode levar, se reiterado por certo lapso temporal, a uma crise de legitimidade da própria instituição, prejudicando sobremaneira o Estado desertor em razão diretamente proporcional ao seu interesse na manutenção da organização. Considere-se hipoteticamente, os Estados Unidos, a grande superpotência mundial, maior produtora e consumidora, que possui grande interesse na manutenção da tendência mundial de liberalização do comércio materializada juridicamente na OMC. O descumprimento reiterado por sua parte das determinações e recomendações da referida organização engendraria uma crise de legitimidade desta, acarretando igualmente o descumprimento por parte dos demais Estados de seus deveres de abertura econômica. A esse risco se alie ainda o fato de que, “uma vez que um regime tenha sido descartado por falta de observância, pode ser ainda mais difícil tentar estabelecer um outro no futuro” (p. 392).

Nesse contexto de cooperação, portanto, é que se analisará a Organização Mundial do Comércio.

6. A Organização Mundial do Comércio: contextualização histórica

A Organização Mundial do Comércio surgiu no seio das reuniões periódicas (*rounds*) realizadas pelos países signatários do GATT (*General Agreement on Trade and Services*), que se afigura uma série de acordos cri-

ados em sede da Organização Internacional de Comércio com o objetivo de promover a extinção progressiva das barreiras comerciais tarifárias entre os países signatários. Diferentemente do fracassado destino da OIC, que não chegou a ser realmente estabelecida, por não ter o Congresso americano ratificado a Carta de Havana, o GATT de 1947 obteve a adesão dos EUA e, embora nunca tenha oficialmente constituído uma organização internacional, foi um órgão internacional de comércio *de fato*, sediado em Genebra.

O atual sistema de regras *multilaterais* de comércio internacional, materializado na OMC, foi estabelecido por meio de rodadas de negociações entre os países signatários do GATT/47. Em tais rodadas ou *rounds*, a ideologia adotada foi sintetizada na chamada “teoria da bicicleta”, segundo a qual para o sistema subsistir é necessário que sempre continue em movimento rumo à liberalização completa de todo o comércio internacional (cf. THORSTENSEN, 1995, p. 35). As cinco primeiras rodadas foram realizadas em 1947 (Genebra), 1949 (França), 1951 (Inglaterra), 1956 (Genebra) e 1960-61 (Genebra) e objetivaram, essencialmente, a redução de barreiras alfandegárias mediante concessão de benefícios tarifários recíprocos. As três subseqüentes, realizadas em 1962-67 (Genebra), 1973-79 (Tóquio) e 1986-1993 (Uruguai), tiveram objetos mais amplos. A rodada de Genebra, além de reduzir barreiras alfandegárias, estabeleceu regras de negociação e regulamentação *anti-dumping*. Já a rodada de Tóquio regulou matéria referente à concessão de subsídios e a barreiras não-alfandegárias, como exigências de licenças e padrões técnicos, além de criar um novo código *anti-dumping*. A rodada do Uruguai, a seu turno, reduziu as barreiras alfandegárias para produtos industriais e agrícolas, ampliou o objeto do GATT, que passou a promover a liberalização do comércio nas áreas agrícola, têxtil, de serviços e propriedade intelectual, e criou a Organização Mundial do Comércio que começou suas atividades em janeiro de 1995.

Os objetivos de criação da OMC foram claramente sintetizados por Carol Miller e Jennifer Croston: “*Although establishing the WTO was not an original Uruguay Round objective, this new organization was created because of the weaknesses of GATT enforcement procedures and because of the need to extend GATT principles to cover non-merchandise trade issues*” (1999, p. 79). De fato. O sistema de controvérsias do GATT baseava-se precipuamente no consenso das partes conflitantes: embora os conflitos fossem levados a painéis que poderiam autorizar certas retaliações, a parte perdedora poderia bloquear a adoção de qualquer medida sancionatória, o que tornava, ao final, infrutífero o processo de solução de conflitos. Ademais, o objetivo do GATT era essencialmente a liberalização tarifária, não incluindo outros aspectos econômicos, tais como barreiras não-alfandegárias, questões de propriedade intelectual, entre outros.

Com a criação da OMC, observa-se uma tendência de ampliação das matérias abarcadas pelo sistema internacional multilateral de comércio: passou-se a regularizar, a partir das negociações da Rodada Uruguai, quatro novos temas, quais sejam: serviços, investimento, agricultura e propriedade intelectual, encontrando-se questões como meio ambiente e concorrência em discussão em grupos de trabalho e comitês da OMC.

Na tendência da liberalização do comércio internacional, tanto o GATT, quanto a OMC são regidos por quatro princípios básicos: princípio do Tratamento Geral de Nação Mais Favorecida (NMF), princípio do Tratamento Nacional, princípio da Transparência e princípio da Reciprocidade.

O primeiro é um dos pilares do sistema multilateral de comércio, consistente na proibição de qualquer discriminação entre Estados-membros do GATT/OMC: assim, qualquer vantagem concedida a qualquer um desses países referentes a certos produtos deverá ser imediatamente estendida aos demais Estados no referente a produtos similares. O princípio do Tratamento Nacional, por sua vez, consiste na proibição de

discriminação entre produtos nacionais e produtos importados, uma vez internalizados, vedando-se a proteção de produtos nacionais por meio de tratamento legal diferenciado, referente, por exemplo, a tributos internos, compra e venda, transporte e distribuição. Já o princípio da Transparência torna obrigatória a publicação de todas as leis, decisões judiciais, regulamentos e medidas administrativas provenientes de qualquer Estado-membro, a fim de dar conhecimento aos governos e agentes de comércio exterior que possam vir a por ele interessar-se. O princípio da Reciprocidade refere-se, por último, ao dever de um Estado-membro cumprir suas obrigações para com outro Estado-membro que é fiel no cumprimento de seus deveres frente ao primeiro.

Em situações especiais, alguns desses princípios são atenuados. Se assim não fosse, seria impossível, por exemplo, a criação de blocos comerciais regionais ou interregionais frente ao princípio do Tratamento da Nação Mais Favorecida. Permite, portanto, o novo GATT/94 a criação de áreas de livre comércio e uniões aduaneiras, desde que satisfeitos certos requisitos. Prevê-se igualmente, no Acordo Geral sobre Comércio e Serviços (GATS), exceções à cláusula de Nação Mais Favorecida, permitindo-se a formação de acordos regionais de liberalização na área de serviços, desde que observadas certas exigências, tais como inclusão de cobertura setorial substancial e eliminação de discriminação entre os Estados-partes.

7. Organização Mundial do Comércio: panorama geral acerca de seus objetivos, função e estrutura

A OMC não se mostra uma superação do GATT, mas sim seu desenvolvimento e expansão. Criou-se uma organização encarregada de reger o comércio internacional entre Estados-membros³ por meio de uma estrutura legal composta pelo GATT de 1947 e posteriores modificações, bem como pelas negociações passadas de liberalizações de

comércio e por todos os acordos realizados na Rodada Uruguai⁴.

Os membros originários da OMC são as partes contratantes do GATT/1947 na data de entrada em vigor do acordo constitutivo da OMC e as Comunidades Européias. Podem, entretanto, ser membros não originários da OMC, segundo o art. XVII, parágrafo 1º, do Acordo Constitutivo da OMC, qualquer Estado ou território aduaneiro separado que possuir autonomia na condução de suas relações comerciais externas e de outras matérias abordadas no Acordo Constitutivo da OMC e nos acordos comerciais multilaterais negociados durante a Rodada Uruguai.

Atualmente são 134 o número de membros da OMC, estando em processo de adesão 30 novos Estados, entre os quais destacam-se a Rússia, a China, Taiwan e Arábia Saudita. Contabiliza-se que 80% dos Estados-membros pertencem ao chamado grupo dos países em desenvolvimento. Desta feita, hoje, “os mais importantes fluxos comerciais do mundo atual estão agora subordinados às regras da OMC” (THORSTENSEN, 1999, p. 12).

Com intuito de promover-se uma maior coesão de seus membros, decidiu-se, na Rodada Uruguai, que somente os Estados ou territórios que aderissem ao “*single undertaking*”, ou seja, fossem signatários de todos os acordos como um conjunto indissociável, poderiam ser membros da OMC⁵.

O escopo da OMC encontra-se determinado no art. II, parágrafo 1º, de seu Acordo Constitutivo, segundo o qual se encarrega de promover uma estrutura institucional comum para reger as relações comerciais entre seus membros. Outrossim, afirma-se expressamente, em seu preâmbulo, metas de redução substancial recíproca de tarifas e outras barreiras comerciais e de eliminação de tratamento discriminatório nas relações internacionais comerciais. Subordinam-se, entretanto, tais objetivos a fatores metaeconômicos, quais sejam, à melhoria dos padrões de vida, assegurando o pleno emprego e um crescimento amplo e estável do vo-

lume de renda real e demanda efetiva, e expandindo a produção e o comércio de bens e serviços, ao mesmo tempo em que permite o uso adequado dos recursos naturais de acordo com os objetivos do desenvolvimento sustentável, procurando proteger e preservar o ambiente e reforçar os meios de torná-lo consistente com as suas necessidades nos diversos níveis de desenvolvimento econômico.

Com o intuito de assegurar os supra-mencionados objetivos, são quatro, conforme o art. III de seu Acordo Constitutivo, as funções da OMC: facilitar a implantação, a administração e a operação dos acordos da Rodada Uruguai, servir como foro de negociações de relações comerciais entre os Estados-membros e administrar o entendimento sobre regras e procedimentos de solução de controvérsias, bem como o mecanismo de Revisão de Políticas Comerciais.

Tais funções são exercidas por uma estrutura orgânica, estabelecida no art. IV do Acordo Constitutivo da OMC, composta pelos seguintes órgãos: Conferência Ministerial, Conselho Geral, Órgão de Solução de Controvérsias, Órgão de Revisão de Política Comercial, os conselhos para bens, serviços e propriedade intelectual, o Secretariado e órgãos (comitês) criados pela Conferência Ministerial.

A Conferência Ministerial é o órgão máximo da organização, sendo composta por representantes de todos os membros (Ministros das Relações Exteriores e/ou Ministros de Comércio Exterior dos países-membros), que se reúnem, pelo menos, a cada dois anos. Atribui-se-lhe a função de zelar pela consecução dos objetivos da OMC, possuindo, assim, autoridade para tomar decisões em todas as matérias de qualquer um dos acordos multilaterais, se assim lhe for requerido por qualquer membro, de acordo com regras específicas de tomada de decisões no Acordo Constitutivo da OMC e dos Acordos Multilaterais. Desde que foi criada a OMC, realizaram-se três conferências: uma em Cingapura (1996), outra em Genebra (1998) e uma última em Seattle (1999).

O Conselho Geral, por sua vez, é composto por representantes de todos os membros (embaixadores que são membros permanentes dos países-membros em Genebra, ou por delegados das missões em Genebra) e encarrega-se da direção da organização, assim como do exercício das funções atribuídas à Conferência Ministerial, nos períodos de intervalo das reuniões dos Conselhos Ministeriais.

O Órgão de Solução de Controvérsias, ao seu turno, é composto pelo Conselho Geral, que, aqui, atua na função específica de dirimir conflitos que possam vir a surgir entre seus membros.

O Órgão de Revisão de Política Comercial, formado pelos delegados das missões dos membros em Genebra ou por integrantes dos governos dos Estados-membros, encarrega-se da análise periódica das políticas de cada membro da OMC, confrontando as regras estabelecidas nos acordos da OMC com a legislação e a prática comercial de seus Estados-membros, fornecendo, ademais, um panorama geral da política seguida por cada um destes.

Outrossim, quando da Rodada Uruguai, decidiram os membros da OMC acerca da necessidade de criação de órgãos especializados com a função de fiscalizar a implementação dos termos dos acordos nela travados, em cada uma de suas áreas específicas, surgindo, assim, três instituições: o Conselho sobre o Comércio de Bens, o Conselho sobre o Comércio de Serviços e o Conselho sobre os Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Desses conselhos fazem parte delegados dos Estados-membros residentes em Genebra e integrantes de seus governos enviados para as reuniões.

Os comitês (ou grupos de trabalhos), por sua vez, são órgãos subordinados ao Conselho Geral, encarregados de desenvolver as atividades da OMC. Conta-se atualmente com cerca de 30 comitês, que podem ser criados pela Conferência Ministerial⁶.

O Secretariado, por último, encontra-se regulado no art. VI do Acordo Constitutivo

da OMC. Será presidido por um Diretor-Geral a ser apontado pela Conferência Ministerial, a qual determinará, por meio de regulamentos, seus poderes, deveres, condições de serviço e mandato. Ao Diretor-Geral caberá o apontamento do quadro de agentes que atuarão no secretariado, estabelecendo-lhes seus deveres e condições de serviço de acordo com os regulamentos adotados pela Conferência Ministerial. Determina-se a imparcialidade do Diretor-Geral, cuja responsabilidade por qualquer ato será tão-somente internacional. Por isso, no desempenho de suas funções, deverá comprometer-se a não aceitar instruções provenientes de qualquer governo ou autoridade externa à OMC.

8. O sistema de solução de controvérsias da OMC

A implementação de um novo sistema de solução de controvérsia mais eficiente e eficaz a fim de dirimir os conflitos comerciais internacionais na Rodada Uruguai foi uma das principais inovações trazidas pela OMC. O sistema anterior assentava-se sobre o consenso de *todos* os Estados-membros quanto à aplicação da decisão tomada para dirimir a situação conflituosa. Assim, a exigência da aprovação do relatório também pela parte perdedora comprometia sensivelmente o sistema de composição de conflitos: não se reconhecia em sede do GATT o princípio jurídico elementar de que ninguém pode ser juiz em causa própria, uma vez que “ *a decision maker's economic interest in the outcome of his decision represents one of the clearest violations of the hoary admonition that one should not be a judge in his own case*” (ALLISON, 1995, p. 513).

Na OMC, existem três níveis básicos de solução de conflitos: a consulta, a instauração de painéis e o conflito levado ao órgão de apelação. A consulta, regulada pelo art. 4º do Entendimento sobre Soluções de Controvérsias, instrumento que regula o meca-

nismo de consultas e solução de controvérsias dentro da OMC, será requerida por qualquer membro frente a um outro, que terá 10 dias para responder ao pedido de instauração de consulta. O resultado desta deverá ser proferido em 60 dias contados a partir da data do requerimento para a instauração da consulta. Apenas se um acordo não for alcançado, poderão as partes conjuntamente dentro do período de 60 dias em que se segue a consulta, ou apenas uma delas, caso a outra parte não responda, dentro do supramencionado período de 10 dias, ao pedido de consulta, bem como caso não se chegue a um acordo no período de 60 dias, requerer a instauração do painel. A solução de controvérsias mediante consenso é a mais desejada em sede da OMC, que possibilita, mesmo ultrapassada a fase da consulta e já no transcorrer da fase litigiosa do processo, a composição da querela mediante e nos termos de acordo comum entre as partes.

O pedido de instauração de painel deverá ser realizado frente ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), igualmente competente para supervisionar os trabalhos dos painéis e do Órgão de Apelação, aprovando relatórios e fiscalizando a aplicação das decisões e recomendações. Os painéis deverão ser compostos por três ou cinco membros a pedido das partes, entre indivíduos qualificados, pertencentes ou não aos governos, que se comprometerão a decidir conforme entendimento pessoal e não em observância aos interesses de seus respectivos governos. Por outro lado, caso as partes não entrem em consenso acerca do número ou escolha de painelistas, caberá ao Diretor-Geral da OMC designá-los. Trata-se de um processo contraditório, em que não só as partes diretamente envolvidas na desídia, mas também qualquer membro que tenha interesse substancial poderá pronunciar-se. Os prazos para pronunciamento dos membros envolvidos deverão ser fixados pelos painelistas, mas o período máximo de elaboração de relatório final será de 6 meses. O relatório deverá ser submetido à OSC, que terá

60 dias para analisá-lo (ou 30 dias em caso de urgência), podendo rechaçá-lo tão-somente por decisão unânime de seus membros.

Nesse ponto, cabe a seguinte observação: assim como o GATT/47, a OMC possibilita a rejeição da decisão proferida no painel. Entretanto, enquanto no GATT a desaprovação do relatório por apenas um dos membros comprometeria a decisão, para que esta seja rechaçada, exige-se, no sistema da OMC, a desaprovação por todos os Estados-membros. Tornou-se, assim, extremamente difícil a invalidação de uma decisão, que se dará tão-somente mediante a anuência de todos os membros, inclusive a parte vencedora do painel.

O novo sistema de solução de controvérsias da OMC abre a possibilidade a qualquer um dos querelantes de proceder à apelação, não se atribuindo a qualquer terceiro legitimidade para tal. Terceiras partes, entretanto, que tenham notificado o OSC acerca de seu interesse substancial na lide terão a oportunidade, dentro do estabelecido sistema contraditório, de pronunciar-se por escrito, uma vez apelada a decisão. O Órgão de Apelação será composto por sete pessoas escolhidas pelo OSC entre indivíduos de reconhecida competência, com domínio nas áreas de direito, comércio internacional e do tema do acordo em questão, não podendo ser vinculados ao governo. Atuarão em um sistema de rotatividade, de tal sorte que cada caso deverá ser decidido por três deles. As questões sujeitas ao Órgão de Apelação limitam-se às abordadas no relatório do painel, podendo este manter, modificar ou reverter as conclusões do painel. Essa decisão de segunda instância deverá ser submetida ao OSC, que, analogamente ao previsto no relatório do painel, apenas poderá rejeitar as conclusões do Órgão de Apelação por unanimidade de seus membros. Não ocorrendo rejeição unânime, a decisão deverá ser aceita incondicionalmente pelas partes na disputa.

Prazos são estabelecidos a fim de garantir a celeridade e, por conseguinte, a eficiên-

cia das decisões: nove meses é o lapso temporal máximo de duração do procedimento, desde o estabelecimento do painel até a consideração do relatório pela OSC, ou, caso haja apelação, de 12 meses.

A implementação das decisões dentro de um prazo razoável é igualmente essencial para a efetividade do sistema, segundo deixou claro o art. 21, item 1, do Entendimento sobre Soluções de Controvérsias: “*prompt compliance with recommendations or rulings of the DSB is essential in order to ensure effective resolution of disputes to the benefit of all the Members*”. Assim, a parte perdedora deverá, dentro de 30 dias, informar o OSC acerca de suas intenções em implementar a decisão tomada, oportunidade em que deverá sugerir prazo para a referida implementação que se sujeitará à aprovação do OSC. Caso não seja aprovado, poderá ser acordado, em 45 dias, pelas partes envolvidas, ou ser arbitrado, dentro de 90 dias contados a partir da data da adoção da decisão.

Na fase anterior à implementação da decisão, a parte vencedora utilizar-se-á de medidas temporárias, consistentes em compensações e suspensão de concessões, a fim de compensar possíveis danos, até que se proceda à efetivação da decisão dentro do estabelecido prazo razoável. Medidas compensatórias deverão ser acordadas entre vencedor e sucumbente caso este não proceda à efetivação das recomendações após o transcorrer do referido prazo razoável. Por outro lado, se tais compensações não forem acordadas em 20 dias, restará ao vencedor a possibilidade de solicitar à OSC a suspensão de aplicação de concessões ou de outra obrigação dentro do acordo em questão frente ao Estado vencido, que não se subordinou, ao menos até então, à decisão. Tais medidas deverão ser proporcionais ao dano causado e durar em período suficiente à satisfação desses. Assim, “o nível de suspensão deverá ser equivalente ao nível de anulação ou limitação dos direitos” (THORSTENSEN, 1999, p. 340).

9. Uma análise crítica do sistema de solução de controvérsias

Conforme entendimento doutrinário amplamente difundido na teoria geral processual, o direito material será assegurado na *praxis* jurídica tão-somente caso seja amparado por instrumentos processuais eficientes e adequados, capazes de assegurar a imparcialidade, eficiência e eficácia da decisão. Tal pressuposto afigura-se igualmente válido na esfera do Direito Internacional.

Numa análise estrutural de um processo de composição de conflitos, há de se verificar a presença de certos *valores processuais*, os quais podem ser subdivididos em dois grupos: valores processuais instrumentais e valores processuais não instrumentais. Os primeiros referem-se à qualidade da decisão decorrente do processo, enquanto os últimos mostram-se intrínsecos ao procedimento em si considerado. São importantes na medida em que evitam a interferência destrutiva de outras esferas sociais no subsistema jurídico. Assim, “*a well-designed procedure is simply one that comes as close as possible to optimizing the mix of instrumental and noninstrumental values in given circumstances*” (ALLISON, 1995, p. 481).

Os valores processuais instrumentais são a *precisão* (“accuracy”) da decisão, definida como aquela que aplica da melhor maneira o seu princípio ou norma justificadora; a *eficácia* da decisão, entendida como a possibilidade de sua aplicação sem o sacrifício de qualquer outro valor processual; a *justiça* da decisão, aqui considerada em seu aspecto formal como “modelo(s) normativo(s) de avaliação do tratamento consistente e adequadamente complexo da diferença ‘igual/desigual’” (NEVES, 2000, p. 15); a *eficiência* da decisão, que consiste no alcance de uma decisão precisa, justa e eficaz e que promova igualmente os valores não-instrumentais, com o mínimo de gasto temporal e financeiro. Já os valores processuais não-instrumentais são o respeito da *dignidade individual*, ou seja, a pessoa ou ente envolvido deve ser

antes considerado como um fim do que como um meio; *educação*, isto é, o procedimento deve facilitar a comunicação entre as partes; e *legitimidade institucional*, ou seja, capacidade de legitimar a instituição na qual o procedimento está inserido (cf. ALLISON, 1995, p. 500-501).

Considerando-se o sistema de solução de controvérsia da OMC, entretanto, observa-se que nem sempre tais valores encontram-se presentes, averiguando-se a existência de vícios tanto instrumentais, quanto não-instrumentais. Tal acarreta a superposição de interesses econômicos sobre bens outros juridicamente protegidos em sede da OMC, tais como o meio ambiente, a melhoria dos padrões de vida, entre outros. Trata-se, portanto, de decisão alopoiética (decorrente da influência de um *alien factor*), apenas formalmente fundamentada em pressupostos jurídicos.

No tocante aos valores processuais instrumentais, a previsão do art. 13 do Entendimento de Solução de Controvérsias da participação de especialistas em questões comerciais como painelistas e o silêncio a respeito da participação de especialistas de outras áreas nos painéis, como ambientalistas, por exemplo, tornam mais provável que a defesa de outras esferas sociais, tais como o meio ambiente e os padrões de vida, às quais, de acordo com o sistema jurídico da OMC, subordina-se o desenvolvimento comercial, seja preterida por interesses econômicos. Por outro lado, embora os painelistas possam consultar especialistas das mais diversas áreas a fim de proferir alguma decisão, raramente o fazem. Ademais, conforme se observou, “*even the occasional use of environmental experts is not the same as having these environmentalists on the panel as voting members*” (MILLER, 1999, p. 81).

Desta feita, resta prejudicada a consecução dos valores de precisão da decisão, uma vez que questões extracomerciais juridicamente condicionantes e delimitadoras do desenvolvimento comercial são superpostas às determinações jurídicas; assim como

da justiça, posto não se prever como critério diferencial a superioridade dos interesses econômicos sobre outros interesses.

Os vícios quanto a valores não-instrumentais, por sua vez, referem-se ao mecanismo sancionatório da OMC, em decorrência da falta de previsão de ações sancionatórias concertadas contra a parte violadora do direito comercial internacional, tais como seriam as sanções internacionais coletivas, ou expulsão da OMC, a serem promovidas não apenas pelo Estado-membro ofendido, mas também pela comunidade internacional como um todo. Ao contrário, deixam-se exclusivamente às partes litigantes os termos e formas de aplicação da sanção, o que acarreta problemas decorrentes da falta de institucionalização na aplicação da sanção, notadamente quando da verificação de diversidade econômica entre os Estados vencedor e vencido, mas também quando da observância de semelhança entre a situação econômica dos Estados envolvidos.

Na primeira hipótese, caso a parte vencida negue-se a atender à decisão prolatada em sede da OMC, a parte vencedora poderá legitimamente suspender as concessões comerciais do Estado vencido como forma de retaliação e compensação. Ocorre, entretanto, que, em face da complexidade da sociedade internacional, em que convivem países de níveis sócio-econômicos os mais diversos, tal sanção pode não produzir qualquer efeito, não sendo, inclusive, capaz de prejudicar a situação econômica do Estado que aplica a sanção. Observe-se, hipoteticamente, uma sanção de tal tipo aplicada pela Etiópia frente aos Estados Unidos: estes não sentiriam qualquer consequência dessa sanção, enquanto aquela teria graves problemas econômicos em razão de sua legítima conduta de retaliação. Assim, “*where the complainant is a weak trading partner, the suspension of trading concessions – the only real retaliatory measure permitted against a party that has refused to bring itself back into compliance with the WTO Agreement – is a toothless deterrent*” (PREUSSE, 1999, p. 94).

O problema persiste, entretanto, mesmo na hipótese de semelhança entre a situação econômica entre os entes envolvidos. Observa-se, por exemplo, hipotética lide entre os Estados Unidos e a Comunidade Européia. Se a pretensão daqueles fosse considerada legítima pela OMC, sendo a Comunidade Européia obrigada a aplicar certas medidas, procedendo, entretanto, de forma inadequada na visão dos primeiros, então duas possibilidades restariam aos Estados Unidos: primeiramente aplicar medidas unilaterais retaliatórias contra a União Européia; ou ainda levar tal questão novamente ao sistema de solução de conflito da OMC. Na primeira hipótese, restaria mitigada a legitimidade da aplicação sancionatória, que fugiria ao regime de multilateralidade da OMC, por converter-se em medida unilateral. Na segunda hipótese, por outro lado, poder-se-ia reduzir a lide a infundáveis discussões em sede da OMC, a cujo sistema de solução de controvérsias recorrer-se-ia em todas as ocasiões em que a adequação das medidas adotadas pelo país vencido frente à decisão proferida fosse levantada.

Tal ocorreu de fato na chamada “guerra das bananas”, lide levada ao sistema de solução de controvérsias da OMC pelos Estados Unidos, Equador, Guatemala, Honduras e México contra a Comunidade Européia, acusada de violar os artigos I, II, X, XI, XIII do GATT, em virtude da adoção de regime de importação de bananas preferencial aos exportadores de suas ex-colônias. Na ocasião, a vencida Comunidade Européia reavaliou seu regime de importação de bananas de forma não-satisfatória aos olhos dos demais países envolvidos. Como resultado, os EUA ameaçaram adotar medidas retaliatórias unilaterais em face da conduta da Comunidade Européia, que questionou de imediato a legitimidade dessas medidas. Os Estados Unidos optaram, assim, pela instauração de novo painel, almejando obter autorização da OMC para retaliar a CE por meio da imposição de tarifas extras sobre produtos desta originados, o que foi autorizado. Pro-

crastinou-se, portanto, a lide, a ponto de temer-se a formação de infundáveis lides.

Nesse contexto, prejudica-se a legitimação institucional da OMC, um dos valores não-instrumentais do procedimento, em razão da possibilidade de não-produção de efeitos da sanção autorizada, assim como de valores instrumentais do procedimento, tais como a eficiência e a eficácia da decisão.

10. Conclusão: ingerências econômicas indevidas na aplicação das normas jurídicas em sede da OMC

As relações internacionais hodiernas assentam-se na cooperação dos entes estatais, notadamente no tocante à interação econômica, que, eivada de tendências globalizantes e fundamentada na ideologia neoliberal, engendra, atualmente, constantes negociações no sentido de proporcionar uma progressiva abertura das fronteiras tarifárias e não-tarifárias dos Estados no âmbito do comércio exterior. Nesse contexto, deu-se o surgimento da Organização Mundial do Comércio, que assumiu a função de reduzir a complexidade das interações comerciais interestatais.

Em razão da complexidade da sociedade internacional, fruto das enormes diferenças culturais, econômicas e políticas entre os Estados, mostra-se a regulamentação jurídica das relações comerciais internacionais pela OMC sensível a ingerências econômicas indevidas (alopoiese), provocando uma superposição do código binário do subsistema econômico (“ter/não-ter”) sobre o código binário do subsistema jurídico (“lícito/ilícito”). Considerando-se o sistema de solução de conflitos da OMC, tal é observado, basicamente, em dois momentos: no julgamento do mérito das controvérsias a ele submetidas e na efetivação das sanções autorizadas pela OMC.

No tocante ao primeiro aspecto, mostra-se o procedimento de solução de controvérsias da OMC inadequado, em sua fase litigiosa, tendo em vista que a ausência de pre-

visão de atuação como painelistas de especialistas em áreas extra-comerciais acarreta, por vezes, decisões de fundamento exclusivamente econômico, e, portanto, injurídicas, visto que os estatutos jurídicos da OMC, tomando-se como exemplo seu próprio Acordo Constitutivo, subordinam o desenvolvimento comercial ao respeito ao meio ambiente, à melhoria de condições de vida, entre outros aspectos. Prejudica-se, portanto, a adequação da decisão, pois não se consideram, cognitivamente, os fatores sociais do meio ambiente circundante para a tomada de decisões coerentes tanto com o subsistema jurídico, quanto com os demais subsistemas sociais.

No concernente ao segundo aspecto, por outro lado, observa-se que, embora a OMC tenha trazido importantes inovações ao sistema de solução de controvérsias comerciais internacionais, como, por exemplo, a não-exigência, ao contrário do antigo GATT/47, de um consenso para a aplicação legítima de uma sanção econômica, não superou o problema da efetividade das sanções numa sociedade global complexa. Isso porque não previu a prática de ações concertadas por todos os Estados-membros no sentido de retaliar condutas ilícitas: ao contrário, previu a aplicação exclusiva pelo país vencedor de medidas sancionatórias para com o país sucumbente, o que se mostra inócuo, em face de uma possível existência de superioridade econômica da parte vencida sobre a vencedora. Ademais, mesmo que inexistia tal superioridade, a ausência de determinação por parte da OMC das medidas a serem tomadas pelas partes vencidas e vencedoras pode dar margem tanto à tomada de medidas unilaterais, quanto ao prolongamento da discussão de lides na organização.

Observa-se, portanto, que a atuação da OMC na composição de conflitos comerciais internacionais mostra-se prejudicada em suas bases legitimadoras, tanto em função da alopoiose de suas decisões, quanto em razão da ampla possibilidade de ineficácia das sanções tomadas em sua sede.

Notas

¹ Observe-se a esse respeito o processo de desestatização da economia iniciado em muitos países, notadamente o Brasil, em que setores da economia doravante relacionados às noções de serviço e interesse públicos, tais como os setores de telecomunicação e energia, hoje já foram ou estão sendo privatizados. Nesse novo panorama sócio-jurídico, o Estado exerce tão-somente uma função fiscalizadora da atuação dos entes privados nesses setores. No Brasil, observa-se, assim, a criação de agências reguladoras, para o desenvolvimento de tal função.

² Apesar de a terminologia “internacional” não ser considerada, hodiernamente, adequada, tendo em vista que o Estado não mais se afigura intrinsecamente relacionado à idéia de nação, será, neste trabalho, amplamente utilizada para exprimir a noção de relacionamento “interestatal”, em face da consagração de seu uso.

³ De acordo com o art. II, parágrafo 1º, do Ato Constitutivo da OMC, segundo o qual: “The WTO shall provide the common institutional framework for the conduct of the trade relations its Members in matters related to the agreements and associated legal instruments included in the Anexes to this Agreements”.

⁴ A expressão “GATT 1994” é utilizada para designar as disposições do Acordo Geral do GATT de 1947, bem como as modificações introduzidas pelos termos dos instrumentos legais criados quando da Rodada Uruguai e que entraram em vigor em janeiro de 1995, data de início do funcionamento da OMC.

⁵ Na Rodada de Tóquio, diferentemente, poder-se-ia escolher os códigos a que se desejasse aderir.

⁶ A Conferência Ministerial, durante a Rodada Uruguai, criou, com fulcro no art. IV, item 7, do Acordo Constitutivo da OMC, três comitês: Comitê de Comércio e Desenvolvimento, Comitê de Restrições por Motivos de Balanço de Pagamento e Comitê de Orçamento, Finanças e Administração. Ademais, na Conferência Ministerial de Singapura, criaram-se três grupos de trabalho para a análise das questões de Investimentos, Concorrência e Transparência em Compras Governamentais.

Bibliografia

ADEODATO, João Maurício. A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado: notas à teoria de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, Caruaru, a. 22, n. 16, p. 67-92, 1985.

- _____. Legitimidade e axiologia. *Revista Brasileira de Filosofia*, Recife, v. 24, p. 75-83, jan./fev./mar. 1985.
- _____. Legitimidade jurídico-política e crise: uma exposição do problema. *Revista Acadêmica*, Recife, v. 72, p. 131-153, 1985.
- _____. Para uma conceituação do direito alternativo. *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, n.1, p. 157-174, 1992.
- _____. Uma teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos. *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife, n. 5, p. 207-242, 1992.
- _____. O silogismo retórico (entimema) na argumentação judicial. *Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito*. Recife: UFPE, n. 9, p. 135-156, 1998.
- ALLISON, John. A process value analysis of decision-maker bias: the case of economic of interest. *American Business Law Journal*, v. 32, p. 481- 540, 1995.
- BOURGEOIS, Jacques H. J. Regras multilaterais de concorrência: ainda uma busca do Santo Graal?. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL: após o término do período de transição*. São Paulo: LTr, 1996. p. 75-94.
- CALLIARI, Marcelo. O mecanismo de solução de controvérsias da OMC: uma análise à luz da teoria dos jogos. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de. *Solução e prevenção de litígios internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 385-402. v. 2.
- CASELLA, Paulo Borba. Introdução: dimensão jurídica da integração econômica. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL: após o término do período de transição*. São Paulo: LTr, 1996. p. 17-30.
- CELLI JÚNIOR, Umberto. Direito de concorrência no MERCOSUL. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL: após o término do período de transição*. São Paulo: LTr, 1996. p.106-123.
- _____. *Regras de concorrência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 29-80.
- GALINDO, Geraldo Antônio Simões. *Princípios e teleologia do direito econômico internacional nas insurgentes economias de bloco*. Recife, 1991. (Tese).
- HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica: uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- MILLER, Carol J.; CROSTON, Jennifer L. WTO scrutiny v. Environmental objectives: assessment of the international dolphin conservation program act. *American Business Law Journal*, v. 37. 1999. p. 73-125.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.
- _____. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 2.
- NASSER, Rabih Ali. *A liberalização do comércio internacional nas normas do GATT: OMC: a institucionalização como instrumento de liberalização*. São Paulo: LTr, 1999.
- NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periféricas e suas implicações na América Latina. *Revista do Direito em Debate*, Porto Alegre: UNIJUÍ, ano 5, n. 5, p. 7-29, 1991.
- _____. A crise do Estado da modernidade central à modernidade periféricas: anotações a partir do pensamento filosófico e sociológico alemão. *Anais do XV Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil*. Recife: Tribunal de Contas de Pernambuco, 1992. p. 157-171.
- _____. Da autopoiese à alopoiese do direito. *Anuário do Mestrado de Direito*, Recife: Universitária, n. 5. p. 273-298, 1992.
- _____. Justiça e diferença numa sociedade complexa. *Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco*, Recife, n. 1, v. 1, p. 13-51, 2000.
- OSTAS, Daniel T. Postmodern economic analysis of law: extending the pragmatic visions of Richard A. Posner. *American Business Law Journal*, v. 36, p. 193-238, 1998.
- PREUSSE, Heinz Gert. The international division of labour and the protection os intellectual property rights. *Law and States*, Tübingen: Institute for Scientific Co-operation, v.51, p. 86-100, 1995.
- PUCEIRO, Zuleta. O processo de globalização e a reforma do Estado. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 105-120.

REIS, Geraldo. A regulamentação internacional do setor têxtil e de vestuário e a abertura comercial: os seus impactos para a indústria brasileira. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de. (Coord.). *Solução e prevenção de litígios internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 403-433. v. 2.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RINDERLE, Peter. The idea of a well-ordered community of states. *Law and State*, Tübingen: Institute for Scientific Co-operation, v. 52, p. 7-36, 1995.

RUDOLF, Peter. Power without principles. *Law and State*, Tübingen: Institute for Scientific Co-operation, v. 57, p. 9-21, 1998.

SALA, José Blanes. O conceito de soberania do estado ante o fenômeno da integração econômica e união européia. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no*

MERCOSUL: após o término do período de transição. São Paulo: LTr, 1996. p. 707-721.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 1.

THORSTENSEN, Vera. A OMC: Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, ano 41, n. 1, p. 56-88, 1998.

_____. A OMC: Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, ano 41, n. 2, p. 29-59, 1998.

_____. *OMC: organização mundial do comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio*. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

SWELZEL, Chistian. System changes as an outcome of the global systems competition: an evolutionary approach. *Law and State*, Tübingen: Institute for Scientific Co-operation, v. 49/50, p. 44-75, 1994.