

O efeito direto da disciplina da Organização Mundial do Comércio e o desafio das Cortes brasileiras



Natália de Lima Figueiredo

Advogada em Direito do Comércio Internacional. Doutoranda em Direito Econômico Internacional pela Universidade de Maastricht. Mestre em Direito Comercial e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

RESUMO: O presente trabalho trata do importante papel dos tribunais brasileiros em manter o chamado efeito direto das normas da Organização Mundial do Comércio (OMC) no sistema jurídico brasileiro, sob pena de (i) violação de garantias constitucionais e legais associadas ao direito de acesso ao Judiciário e ao dever de reparação, e, ainda, (ii) de invalidação da efetividade dos compromissos assumidos pelo Brasil na esfera internacional.

PALAVRAS-CHAVE: OMC. Efeito direto. Garantias constitucionais. Efetividade dos tratados.

ABSTRACT: This paper analyses the relevant role of the Brazilian courts in ensuring the so called direct effect to WTO norms within the Brazilian legal system, at risk of, not doing so, (i) violating constitutional and legal rights associated with the right to access to the Judiciary and the duty to pay damages; and also (ii) impairing the effectiveness of the international obligations assumed by Brazil.

KEYWORDS: WTO. Direct effect. Constitutional rights. Treaty effectiveness.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O efeito direto das normas da OMC no Brasil. 2.1. Argumentos contra o efeito direto. 2.2. Argumentos a favor do efeito direto. 3. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

A disciplina da Organização Mundial do Comércio (OMC) não permite o acesso direto do indivíduo ao sistema de solução de controvérsias deste organismo. Nos termos do Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC), apenas os membros da OMC podem recorrer aos meios de solução de disputas previstos nesta normativa, sejam eles os meios diplomáticos (bons ofícios, mediação, conciliação, consultas), sejam eles os meios judiciais (estabelecimento de painel e arbitragem).¹

Desta maneira, quando um indivíduo ou mesmo uma empresa entende que a conduta de um determinado país, seja o seu próprio país ou um país estrangeiro, viola normas dos acordos celebrados no âmbito da OMC, aquele não pode recorrer diretamente a esta entidade ou a seu órgão judicial permanente, o Órgão de Apelação.

A despeito da falta de acesso direto do indivíduo à OMC, algumas alternativas podem ser buscadas para a efetivação dos direitos e obrigações estabelecidos nos acordos assinados no âmbito desta organização internacional. O presente artigo explora o caso específico de indivíduos brasileiros ou empresas estabelecidas no país e a possibilidade de se recorrer ao Judiciário brasileiro para a concretização dos direitos e deveres dispostos nos acordos da OMC.

Se a reclamação do indivíduo ou da empresa brasileira é contra a conduta de um país estrangeiro membro da OMC, podem eles recorrer ao Ministério das Relações Exteriores (MRE) a fim de convencê-lo a iniciar tratativas com o país supostamente infrator e, eventualmente, iniciar uma disputa no âmbito da OMC. Neste caso, o Brasil inicia uma disputa não em nome do indivíduo ou empresa que fez a reclamação original, mas sim em

nome do próprio governo brasileiro.

O processo interno de discussão entre o indivíduo ou empresa e o MRE é bastante complexo e politizado. Naturalmente, o interesse envolvido deve atingir uma coletividade e a suposta violação do país estrangeiro deve afetar significativamente o Brasil tanto do ponto de vista econômico quanto social. Ainda que esses fatores estejam presentes, nada garante que o Brasil inicie um processo de solução de controvérsia contra o país estrangeiro. Por questões diplomáticas, o Brasil pode decidir “deixar as coisas como estão” até porque iniciar uma disputa contra um determinado país pode significar ser demandado em outra disputa em temas sensíveis para o Brasil no âmbito da OMC.

Neste caso, é evidente que a falta de acesso direto do indivíduo ao mecanismo de solução de controvérsias cria uma lacuna no sistema jurídico, na medida em que o indivíduo ou empresa depende do aval e do suporte do país de que é nacional ou onde está estabelecido para que possa buscar uma solução para supostas violações às regras multilaterais de comércio no âmbito da OMC. Em um sistema ainda fortemente marcado pela presença dos Estados² e por uma tensão política intrínseca a questões comerciais, é compreensível que se deseje limitar as demandas internacionais àquelas que sejam endossadas pelo governo dos Estados-Membros.

Recorrer aos tribunais nacionais do país que infringe a disciplina da OMC tampouco é uma alternativa factível, já que há barreiras práticas e jurídicas para se iniciar um processo em um Tribunal estrangeiro com base em violação à normativa da OMC. Há, por exemplo, problemas relativos ao próprio desconhecimento do sistema jurídico do país estrangeiro, aos custos do processo, a questões jurídicas que impedem que se inicie demandas judiciais com base em regras da

¹ BOSSCHE, P. V. d. & ZDOUC, W. *The law and policy of the World Trade Organization* - text, cases and materials. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

² A OMC é comumente referida como “a Member-driven organization”.



OMC,³ e, ainda, problemas com a efetividade da solução judicial.

Dessa maneira, o indivíduo ou empresa que deseje buscar proteção contra a violação das regras da OMC por parte de um país estrangeiro tem, atualmente, como única opção recorrer a seu próprio país na expectativa de que este tome medidas que busquem solucionar o problema jurídico aventado.

Contudo, se o indivíduo ou empresa tem uma reclamação contra o seu próprio país, este pode deparar-se com uma situação extremamente delicada. Seus direitos podem ser tolhidos a depender da posição que o país adote quanto à possibilidade de se recorrer diretamente ao Judiciário com base em violação às regras da OMC. Vale ressaltar que não há um mecanismo de denúncias, no âmbito da OMC, por meio do qual nacionais possam apresentar uma reclamação contra seu próprio país. Nesse sentido, não há nada que um nacional ou uma empresa estabelecida no país possa fazer (ao menos diretamente) no âmbito internacional caso o Brasil viole regras da OMC.

Neste contexto, resta ao nacional recorrer ao Poder Judiciário de seu próprio país. Ocorre, contudo, que nem todos os países reconhecem o chamado “efeito direto” das regras da OMC sobre o ordenamento jurídico

nacional.⁴ Com isso, indivíduos são impedidos de ajuizar ações em seus países com base em violações à disciplina da OMC.

A título ilustrativo, os Estados Unidos têm dispositivo legal específico proibindo a aplicação direta e a invocação direta dos acordos da OMC no âmbito dos tribunais norte-americanos. Nesse sentido, o *Uruguay Round Agreements Act 1994* estabelece que:

Sec. 102. RELATIONSHIP OF THE AGREEMENTS TO UNITED STATES LAW AND STATE LAW

(...) no provision of any of the Uruguay Round Agreements, nor the application of any such provision to any person or circumstance, that is inconsistent with any law of the United States shall have effect.⁵

Dispõe, ainda, que:

EFFECT OF AGREEMENT WITH RESPECT TO PRIVATE REMEDIES

(...) no person other than the United States - (A) shall have any cause of action or defense under any of the Uruguay Round Agreements or by virtue of congressional approval of such an agreement, or (B) may challenge, in any action brought under any provision of law, any action or inaction by any department, agency, or other instrumentality of the United States, any State, or any political subdivision of a State on the ground that such action or inaction is inconsistent with such agreement.⁶

³ Há diversos países que não aceitam demandas baseadas em violações aos acordos firmados no âmbito da OMC.

⁴ ERRICO, J. WTO in the EU: unwinding the knot. *Cornell Int'l LJ* 44, 2011; FABRI, H. R. Is there a case – legally and politically – for direct effect of WTO obligations? *European Journal of International Law* 25, n. 1, p. 151-73, 2014.

⁵ “Sec. 102. RELAÇÃO DOS TRATADOS COM A LEI DOS ESTADOS UNIDOS E LEI ESTADUAL (...) Nenhum dispositivo de qualquer dos Acordos da Rodada do Uruguai, nem a aplicação de tal dispositivo a qualquer pessoa ou circunstância, que seja incompatível com qualquer lei dos Estados Unidos, terá efeito.” (tradução livre)

⁶ “EFEITOS DO ACORDO EM RELAÇÃO A SOLUÇÕES PRIVADAS (...) ninguém a não ser os Estados Unidos - (A) poderá

A União Europeia, por sua vez, a despeito de não possuir um dispositivo legal específico proibindo o chamado “efeito direto” dos acordos da OMC, tem firme jurisprudência nesse sentido.⁷ As decisões da Corte Europeia que rejeitam o efeito direto das regras da OMC, no entanto, têm muito mais uma motivação política do que legal.⁸ Outros países como Japão, Canadá e China também negam efeito direto aos acordos da OMC, apesar de estes não disporem nada a respeito deste tema, nem explicitamente reconhecendo-o, nem explicitamente rejeitando-o.⁹

No caso brasileiro, há quem argumente que o efeito direto não deve ser reconhecido no ordenamento jurídico pátrio.¹⁰ Algumas correntes do Poder Executivo tentam emplacar essa concepção de forma a evitar que temas sensíveis ao Brasil no âmbito da OMC sejam questionados internamente. Algumas decisões do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2) começam a encampar essa ideia, sobretudo em temas ligadas ao Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS),¹¹ mas também em relação ao Acordo

Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT).¹² No Superior Tribunal de Justiça (STJ), alguns pronunciamentos foram feitos no sentido de que o Acordo TRIPS “não é um tratado que foi editado de forma a propiciar sua literal aplicação nas relações jurídicas de direito privado ocorrentes em cada um dos Estados que a ele aderem”¹³ a partir de voto da Ministra Nancy Andrighi.

No entanto, como será demonstrado abaixo, esse entendimento fere garantias constitucionais relativas ao direito de acesso ao Judiciário e ainda o dever legal de reparação em caso de ato ilícito. Considerando que o Brasil adotou o sistema dualista ao regulamentar a relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional e que o Acordo da OMC foi devidamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, indivíduos e empresas têm direito de recorrer ao Poder Judiciário com base em violações às normas da OMC por parte do governo brasileiro. Com efeito, as decisões do STJ e do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o GATT pressupõem a aplicabilidade direta deste acordo, conforme

ajuizar ação ou defesa com fundamento nos Acordos da Rodada do Uruguai ou em virtude da aprovação do Congresso de tal acordo, ou (B) poderá contestar, em qualquer ação movida por qualquer dispositivo de lei, qualquer ação ou inércia de qualquer departamento, agência ou outra instituição dos Estados Unidos, qualquer Estado ou qualquer subdivisão política de um Estado com o fundamento de que tal ação ou inércia seja inconsistente com tal acordo.” (tradução livre)

7 Veja, por exemplo, Case 21/72, *International Fruit Company NV and others v. Produktschap voor Groenten en Fruit* [1972] ECR 1219; Case C-280/93, *Germany v. Council (the Bananas case)* [1994] ECR I-4973; Case C-149/96, *Portuguese Republic v. Council of the European Union* [1999] ECR I-8395. *Ibidem*.

8 *Ibidem*.

9 *Ibidem*.

10 ZANDAVALI, M. F. O juiz brasileiro e as normas da OMC. *Revista CEJ*, 2013.

11 Em diversos acórdãos envolvendo a temática do Acordo TRIPS, o Desembargador Federal André Fontes afirmou que este tratado “constitui uma normativa internacional que tem como destinatário o Estado-Membro, motivo pelo qual não pode ser suscitado pela parte como fundamento de sua pretensão.” Nesse sentido, *vide*, a título ilustrativo: TRF2, Segunda Turma Especializada, AC 2014.51.01.001851-4, Relator Desembargador Federal An-

dré Fontes, j. 17/07/2015, DJU 24/07/2015; TRF2, Segunda Turma Especializada, EI 2013.51.01.132356-9, Relator Desembargador Federal André Fontes, j. 17/07/2015, DJU 24/07/2015; TRF2, Segunda Turma Especializada, EI 2013.51.01.132260-7, Relator Desembargador Federal André Fontes, j. 01/07/2015, DJU 14/07/2015; TRF2, Segunda Turma Especializada, AC 1999.51.01.022322-2, Relator Desembargador Federal André Fontes, j. 16/12/2008, DJU 19/05/2009; TRF2, Segunda Turma Especializada, AC 2007.51.01.800135-3, Relator Desembargador Federal André Fontes, j. 24/06/2008, DJU 12/09/2008; TRF2, Segunda Turma Especializada, AC 2001.51.01.532043-3, Relator Desembargador Federal André Fontes, j. 27/11/2007, DJU 25/04/2008; TRF2, Segunda Turma Especializada, REO 2004.51.01.003757-6, Relator Desembargador Federal André Fontes, j. 25/04/2006, DJU 13/11/2007; TRF2, Segunda Turma Especializada, AC 2001.51.01.531050-6, Relator Desembargador Federal André Fontes, j. 25/08/2007, DJU 21/09/2007.

12 “(...) mesmo que se vislumbre, dada a conflituosidade de normas do acordo GATT, hodiernamente traduzido na OMC, eventual, caráter contratual, este só atinge as partes contratantes, entendidas as partes signatárias, quando por ato próprio realizam tais operações e não terceiros com as empresas.” (TRF2, Sexta Turma, AMS 1999.02.01.046760-1, Relator Poul Erik Dyrland, j. 03/04/2002)

13 STJ, Terceira Turma, REsp 960.728/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 17/03/2009, DJe 15/4/2009.

será detalhado abaixo.

Nesse contexto, resta evidente a importante função dos juízes brasileiros em assegurar o efeito direto de todos os acordos da OMC, garantindo direitos constitucionais e legais e, ainda, contribuindo para a efetividade das obrigações assumidas pelo Brasil internacionalmente. O presente artigo busca impedir que visões errôneas sobre a aplicabilidade de tratados, em especial, os acordos da OMC, na ordem jurídica interna coloquem em risco a efetividade das garantias e deveres estipulados em acordos internacionais ratificados e incorporados pelo Brasil.

2. O efeito direto das normas da OMC no Brasil

2.1. Argumentos contra o efeito direto

Zandavali argumenta que os juízes brasileiros devem rejeitar ações que tenham por base violações da OMC. Em sua concepção, a intervenção judicial implica ofensas às prerrogativas do Poder Executivo dispostas no ESC da OMC. Segundo este autor, o fato do ESC estabelecer um mecanismo de solução de controvérsias no âmbito da OMC “impede que eventuais incompatibilidades entre norma doméstica e norma dos acordos da OMC sejam objeto de julgamento, pelas Cortes locais”.¹⁴ Ademais, para ele, as normas dos acordos da OMC não atribuem direitos aos particulares, mas apenas aos governos dos membros da OMC. Por fim, segundo o autor, o fato de uma série de países membros da OMC não admitir o efeito direto dos acordos da OMC significa que os tribunais brasileiros também não devem aceitá-lo com base no princípio da reciprocidade.

Em diversas decisões do TRF2 acerca da aplicabilidade do Acordo TRIPS à ordem jurídica brasileira, foi sustentado que ele estabelece preceitos a serem aplicados pelos Esta-

dos-Membros, não implicando obrigações ou direitos para os cidadãos. De acordo com as decisões, o Acordo TRIPS reflete uma normativa que determina que os Estados-Membros garantam padrões mínimos de proteção em sua legislação, não resultando dele qualquer direito subjetivo à parte privada, apenas a determinação a Estados-Membros que adotem as medidas necessárias à implantação das regras do acordo. Dentro dessa perspectiva, o Acordo TRIPS não seria autoexecutivo, razão pela qual os indivíduos não poderiam invocá-lo como fundamento de um direito subjetivo. Para corroborar esse entendimento, cita-se o artigo 1.1 do Acordo TRIPS:

Artigo 1

Natureza e abrangência das obrigações
 1. Os Membros colocarão em vigor o disposto neste Acordo. Os Membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições deste Acordo. *Os Membros determinarão livremente a forma apropriada de implementar as disposições deste Acordo no âmbito de seus respectivos sistema e prática jurídicos.* (destaque nosso)

Ademais, as decisões alegam que o Acordo TRIPS não criou um quadro normativo que se projeta sobre os particulares, originando uma distinção entre o que denomina “tratados que se referem a leis uniformes” e outros tipos de tratado, segundo a qual somente o primeiro tipo teria aplicação direta no ordenamento jurídico. Além disso, expande-se o argumento para outros acordos da OMC, sob a alegação de que nem o GATT nem a OMC foram interpretados pelas instituições do GATT-OMC como detentores de normas legais que produzem efeito direto.¹⁵

¹⁴ ZANDAVALI, M. F. O juiz brasileiro e as normas da OMC. *Revista CEJ*, 2013, p. 48.

¹⁵ Para um sumário dos argumentos apresentados, *vide*: TRF2, Segunda Turma Especializada, AC 2005.51.01.500358-5, Relator Desembargador Federal André Fontes, j. 26/09/2006, DJU 30/05/2007.

No STJ, a tese de que o Acordo TRIPS não gera direitos e obrigações na esfera privada teve início com a Ministra Nancy Andrighi em voto no REsp nº 960.728/RJ em 2009.¹⁶ Ao examinar a natureza do acordo, a Ministra concluiu que, até então, o STJ vinha:

(...) decidindo sobre prazos de prorrogação de patentes tomando como base, de forma implícita, a tese segundo a qual o TRIPS, depois de recepcionado na ordem interna brasileira, teria inteiras condições de incidir sobre relações jurídicas particulares nas quais um dos pólos é ocupado pelos detentores de privilégio de invenção.

A Ministra Nancy Andrighi não concorda com a premissa de que, uma vez recepcionado pelo direito interno, o Acordo TRIPS passa a produzir efeitos sobre as relações jurídicas privadas. Para tanto, baseia-se em quatro argumentos principais.

Primeiro, seguindo a distinção entre tratados que são lei uniforme e outros tipos de tratados,¹⁷ a Ministra conclui que o TRIPS não é uma lei uniforme. Dessa maneira, não estabelece “arcabouços normativos completos sobre determinada matéria” e, assim, não propicia “sua literal aplicação nas relações jurídicas de direito privado” e “não substitui de forma plena a atividade legislativa” dos países membros, não sendo autoexecutivo.

Segundo, com base em uma classificação distinta entre tratados-lei e tratados-contrato, a Ministra, citando Bassos,¹⁸ alega que o Acordo TRIPS é um tratado-contrato, cujo objeto é, em tese, regulamentar determinada questão, sendo o interesse de uma parte dependente do que a outra tem a ofe-

recer. Diferentemente dos tratados-lei, que “estabelecem regras de direitos objetivamente válidas”, os tratados-contrato, na visão da autora, geraria obrigação de conduta apenas na ordem externa e não na ordem interna.

Terceiro, em linha com a ideia de que o Acordo TRIPS é um acordo que estabelece garantias mínimas, sustentada também nas decisões do TRF2, a Ministra defende que aquele visa a “fornecer balizas para a adequação legislativa interna de cada país”,¹⁹ sendo exigido apenas dos próprios Estados-Partes e não por terceiros como fundamento de direitos subjetivos.

Quarto e, por último, citando Barbosa, a Ministra Nancy Andrighi, sustenta que a aplicação direta às partes privadas foi explicitamente submetida e rejeitada na negociação do Acordo TRIPS e que a Corte Europeia tem rejeitado sua adoção, pois esta “frustraria um dos direitos mais importantes garantidos aos Estados-Membros pelo sistema da OMC, o de negociar e prover compensações no caso de um descumprimento das normas”.²⁰

Importante ressaltar, todavia, que, a despeito de posicionamento da Ministra Nancy Andrighi e do fato de outros julgados posteriores do STJ terem replicado seu entendimento,²¹ este está longe de ser pacífico. Com efeito, outros ministros discordaram da opinião de que o Acordo TRIPS não cria pretensões subjetivas para particulares.²²

16 STJ, Terceira Turma, REsp 960.728/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 17/03/2009, DJe 15/04/2009.

17 Nem as decisões do TRF2 nem a decisão prolatada pela Min. Andrighi deixam clara qual seria a classificação dos tratados que não refletem lei uniforme.

18 BASSOS, M. A data de aplicação do TRIPS no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, ano 8, jan./mar. 2000.

19 BARBOSA, D. B. *Propriedade intelectual: a aplicação do Acordo TRIPS*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

20 *Ibidem*.

21 A título ilustrativo: STJ, Segunda Seção, REsp 642.213/RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, j. 28/04/2010, DJe 02/08/2010.

22 No próprio julgamento do REsp 960.728/RJ, o Ministro Ari Pargendler, em voto-vista, discordou dos fundamentos da Ministra Nancy Andrighi, reiterando que “salvo melhor juízo, (...) o Acordo TRIPS obriga os particulares.” Ademais, o Ministro Luis Felipe Salomão, no REsp nº 1.096.434, ressaltou que “não tendo havido qualquer ressalva na internalização do acordo – ato complexo que inclui a aprovação congressual e a promulgação executiva –, (...) aplica-se o TRIPS em sua totalidade (...)” (STJ, Quarta Turma, REsp 1.096.434/RJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 9/11/2010, DJe 17/11/2010). Outros acórdãos que tratam do Acordo TRIPS, mais especificamente na

Note-se, ainda, que o STJ reconhece a aplicabilidade direta de outros acordos da OMC incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro como é o caso do GATT.²³

Diante desse contexto, pode-se sumarizar em oito os argumentos contra o efeito direto das normas da OMC no ordenamento jurídico brasileiro:

(i) A existência de um mecanismo de solução de controvérsias na OMC impede que violações a normas multilaterais de comércio sejam julgadas em tribunais locais.

(ii) Os acordos da OMC são direcionados aos Estados-Membros e não a seus particulares.

(iii) Eles não são leis uniformes e não se aplicam à esfera jurídica privada;

(iv) Os acordos da OMC são tratados-contrato, em oposição a tratados-lei, e podem ser exigidos apenas das partes deste tratado.

(v) Seus acordos estabelecem garantias mínimas e não são autoexecutáveis.

(vi) O efeito direto foi rejeitado na negociação dos acordos.

(vii) Diversos países membros da OMC não admitem o efeito direto dos acordos da OMC de modo que os tribunais brasileiros

também não devem aceitá-lo com base no princípio da reciprocidade.

(viii) A Corte Europeia tem rejeitado sua adoção, pois ele frustraria direitos importantes garantidos aos Estados-Membros como o de negociar e prover compensações no caso de violação das normas.

Como se analisará mais adiante, contudo, esses argumentos não se sustentam.

2.2. Argumentos a favor do efeito direto

Em primeiro lugar, o fato de o ESC da OMC prever um mecanismo de solução de controvérsias em que apenas os Estados-Membros são parte não significa que este mecanismo, por meio de seus órgãos, em particular, o Órgão de Apelação, tenha competência exclusiva e seja o único foro a analisar questões envolvendo os acordos da OMC. Admitir que a OMC é o único organismo a dirimir questões envolvendo violações às normas multilaterais de comércio é atentar contra a soberania estatal. A soberania estatal confunde-se com o direito à liberdade do Estado, que inclui, dentre outros, o direito à jurisdição, ou seja, o direito de estabelecer sua organização judiciária e submeter à ação dos seus próprios tribunais questões relativas a pessoas e coisas no seu território.²⁴

controvérsia acerca sua data de vigência, focam na análise de suas cláusulas, sem corroborar o entendimento de que o acordo não é aplicável a particulares.

23 “A cláusula de ‘Obrigação de Tratamento Nacional’ é norma auto-aplicável pois tem como condicionante apenas o ‘Teste de duas Fases’, ou seja: 1º) A verificação da similaridade entre os produtos doméstico e importado e, 2º) A verificação da ocorrência da tributação superior do produto importado em relação ao doméstico. Nesse sentido, a aplicação da cláusula no âmbito do GATT 1994 já foi reconhecida por diversas vezes pela jurisprudência do STF e deste STJ gerando os seguintes precedentes: Súmula n. 575/STF; Súmula n. 20/STJ; Súmula n. 71/STJ; e recurso representativo da controvérsia REsp n. 871.760/BA, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.03.2009. No âmbito do MERCOSUL já houve aplicação da cláusula nos seguintes precedentes do STJ: REsp n. 480.563-RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 6.09.2005; REsp n. 1.002.069/CE, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 22.04.2008.” (STJ, Segunda Turma, REsp 1.205.393/RJ, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 09/04/2013, DJe 16/04/2013)



24 ACCIOLY, H.; SILVA, G. E. D. N. & CASELLA, P. B. *Manual de direito internacional público*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Dessa maneira, deve-se entender o sistema de solução de controvérsias da OMC como um mecanismo internacional por intermédio do qual os Estados podem dirimir conflitos que tenham por base os acordos da OMC. Isso não exclui – tendo em vista o princípio da soberania estatal - o direito dos indivíduos de recorrerem ao Poder Judiciário nacional para, por exemplo, buscarem reparação contra o governo brasileiro por violações à normativa da OMC que tenham lhes causado prejuízo.

Ao entrar para a OMC e se subjugar ao mecanismo de solução de controvérsias, o Brasil ou qualquer outro Membro da OMC não abriu mão de sua jurisdição. Em nenhum dispositivo do ESC ou de outro acordo da OMC, os Estados-Membros renunciam ao seu direito de jurisdição em matérias envolvendo os acordos multilaterais de comércio ou cedem essa competência exclusivamente ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC).

Em segundo lugar, não merece prosperar o argumento de que as normas dos acordos da OMC não atribuem direitos aos particulares, mas apenas aos Estados-Partes. Em primeiro lugar, é necessário ressaltar que referências aos Estados-Membros são naturais sendo um tratado internacional celebrado evidentemente entre Estados.

O atual estado do Direito Internacional Público ainda não permite a celebração de acordos internacionais entre indivíduos, mas apenas entre Estados e/ou Organizações Internacionais. Dessa maneira, é natural que a linguagem do tratado seja direcionada majoritariamente às partes do acordo, como é o caso da importante cláusula de tratamento nacional do GATT, que assim dispõe:

Artigo III.1. As Partes Contratantes reconhecem que os impostos e outros tributos internos, assim como leis, regulamentos e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou utilização de produtos no mercado interno e as regulamentações sobre medidas quan-

titativas internas que exijam a mistura, a transformação ou utilização de produtos, em quantidade e proporções especificadas, não devem ser aplicados a produtos importados ou nacionais, de modo a proteger a produção nacional.

Ora, obrigações assumidas pelos Estados no âmbito internacional geram consequências no âmbito interno dos países. Elas criam direitos para os respectivos nacionais na medida em que, sendo o tratado incorporado ao ordenamento jurídico nacional (no caso de um sistema dualista), as obrigações dele decorrentes limitam a atuação do Estado e trazem ainda deveres que ele deve observar em sua conduta interna e externa. Com isso, surge o direito do indivíduo de obrigá-lo a agir em conformidade com esta norma, a qual o próprio Estado se submeteu por força de um tratado internacional.

O Brasil adota um sistema próprio de incorporação de tratados internacionais. Normas esparsas da Constituição Federal (art. 49, I, c.c. art. 84, VII e VIII) permitem concluir que o Brasil adota o modelo tradicional de incorporação de tratados, por meio do qual sua introdução ao sistema jurídico brasileiro fica subordinada a:

(a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então – e somente então – a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.²⁵

25 STF, Tribunal Pleno, CR 8279 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, j. 17/06/1998, DJ 10/08/2000. Ainda, segun-

Uma vez incorporado ao ordenamento jurídico, o tratado reveste-se de caráter vinculante e força obrigatória, conferindo direitos e obrigações que podem ser invocadas pelo Estado e por particulares como fundamento de suas pretensões junto aos órgãos jurisdicionais.

Nesse sentido, diversos dispositivos constitucionais confirmam o efeito direto dos tratados na ordem jurídica brasileira. O artigo 5º, § 2º, refere-se aos tratados como fontes de direitos e garantias individuais; o artigo 109, III, reserva à Justiça Federal o julgamento das causas fundadas em tratados; o artigo 105, III, “a”, prevê recurso especial contra os acórdãos dos tribunais de apelação que contrariem lei federal ou tratado; e o artigo 102, III, “b”, prevê recurso extraordinário contra as decisões finais que declarem a inconstitucionalidade de lei federal ou tratado.²⁶ Não por outra razão, o STF confere aos tratados a natureza de lei ordinária (com exceção dos

tratados de direitos humanos que tem caráter supralegal ou constitucional, a depender do procedimento de incorporação).²⁷

O STF também já confirmou que, uma vez que haja incorporação do tratado ao ordenamento jurídico, a norma internacional passa a repercutir, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares. O que este Tribunal não admite é o efeito direto entendido especificamente como a aptidão de a norma internacional ter efeitos, desde logo, isto é, antes do processo de incorporação, na esfera jurídica dos particulares.²⁸

²⁷ Vide ADI 1480 citada na nota 23.

²⁸ “MERCOSUL - CARTA ROGATÓRIA PASSIVA - DENEGAÇÃO DE EXEQUATUR - PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES (OURO PRETO/MG) - INAPLICABILIDADE, POR RAZÕES DE ORDEM CIRCUNSTANCIAL - ATO INTERNACIONAL CUJO CICLO DE INCORPORAÇÃO, AO DIREITO INTERNO DO BRASIL, AINDA NÃO SE ACHAVA CONCLUÍDO À DATA DA DECISÃO DENEGATÓRIA DO EXEQUATUR, PROFERIDA PELO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL, O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO NACIONAL DO BRASIL - PRINCÍPIOS DO EFEITO DIRETO E DA APLICABILIDADE IMEDIATA - AUSÊNCIA DE SUA PREVISÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA GERAL DE RECEPÇÃO PLENA E AUTOMÁTICA DE ATOS INTERNACIONAIS, MESMO DAQUELES FUNDADOS EM TRATADOS DE INTEGRAÇÃO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A RECEPÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DOS ACORDOS CELEBRADOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL ESTÁ SUJEITA À DISCIPLINA FIXADA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral. É, pois, na Constituição da República, e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do *iter* procedimental pertinente à transposição, para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos – inclusive daqueles celebrados no contexto regional do MERCOSUL – concluídos pelo Estado brasileiro. Precedente: ADI 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. - Embora desejável a adoção de mecanismos constitucionais diferenciados, cuja instituição privilegie o processo de recepção dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL, esse é um tema que depende, essencialmente, quanto à sua solução, de reforma do texto da Constituição brasileira, reclamando, em consequência, modificações de *jure constituendo*. Enquanto não sobrevier essa necessária reforma constitucional, a questão da vigência doméstica dos acordos celebrados sob a égide do MERCOSUL continuará sujeita

do este Tribunal, “[É] na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.” (Tribunal Pleno, ADI 1480 MC, Relator Ministro Celso de Mello, j. 04/09/1997, DJ 18/05/2001)

²⁶ SANTIAGO, I. M. Regras tributárias do GATT e da OMC têm aplicação direta no Brasil. *Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-15/regras-tributarias-gatt-ome-aplicacao-direta-brasil>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

Com relação à disciplina específica

ao mesmo tratamento normativo que a Constituição brasileira dispensa aos tratados internacionais em geral. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DE TRATADOS DE INTEGRAÇÃO (MERCOSUL). - A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então – e somente então – a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NÃO CONSAGRA O PRINCÍPIO DO EFEITO DIRETO E NEM O POSTULADO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata. Isso significa, de *jure constituto*, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata). - O princípio do efeito direto (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) traduzem diretrizes que não se acham consagradas e nem positivadas no texto da Constituição da República, motivo pelo qual tais princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, enquanto não se concluírem os diversos ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil. Magistério da doutrina. - Sob a égide do modelo constitucional brasileiro, mesmo cuidando-se de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos mecanismos institucionais de recepção das convenções internacionais em geral, não bastando, para afastá-los, a existência da norma inscrita no art. 4º, parágrafo único, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, para a ordem jurídica doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL.” (STF, Tribunal Pleno, CR 8279 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, j. 17/06/1998, DJ 10/08/2000)

da OMC, os tribunais superiores também reconhecem a aplicabilidade direta de suas regras no ordenamento jurídico brasileiro, com exceção de algumas decisões do STJ sobre o Acordo TRIPS, descritas acima. Vale notar que há quatro súmulas do STF²⁹ e três súmulas do STJ³⁰ sobre questões atinentes ao GATT. Embora as decisões dos tribunais superiores sobre esse acordo não tenham discutido preliminarmente a questão da aplicabilidade direta das normas da OMC, uma vez incorporadas ao ordenamento jurídico, todo o tratamento de questões jurídicas atinentes ao GATT parte do pressuposto de que este tem força vinculante no sistema jurídico brasileiro, podendo ser invocado diretamente por particulares.

Em terceiro lugar, a alegação relacionada especialmente ao Acordo TRIPS, mas que poderia ser eventualmente estendida a outros acordos da OMC, de que não reflete “lei uniforme” e, portanto, não rege as relações jurídicas privadas, não merece prosperar. Não há qualquer embasamento constitucional ou legal na classificação de tratados como leis uniformes. O Acordo TRIPS ou qualquer

29 Súmula nº 88 – “É válida a majoração da tarifa alfandegária, resultante da Lei nº 3.244, de 14/8/1957, que modificou o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), aprovado pela Lei nº 313, de 30/7/1948”.

Súmula nº 130 – “A taxa de despacho aduaneiro (art. 66 da Lei nº 3.244, de 14/8/1957) continua a ser exigível após o Decreto Legislativo 14, de 25/8/1960, que aprovou alterações introduzidas no Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT)”.

Súmula nº 131 – “A taxa de despacho aduaneiro (art. 66 da Lei nº 3.244, de 14/8/1957) continua a ser exigível após o Decreto Legislativo 14, de 25/8/1960, mesmo para as mercadorias incluídas na vigente lista III do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT)”.

Súmula nº 575 – “À mercadoria importada de país signatário do GATT, ou membro da ALALC, estende-se a isenção do imposto de circulação de mercadorias concedida a similar nacional”.

30 Súmula nº 20 – “A mercadoria importada de país signatário do GATT é isenta do ICM, quando contemplado com esse favor o similar nacional”.

Súmula nº 71 – “O bacalhau importado de país signatário do GATT é isento do ICM”.

Súmula nº 124 – “A taxa de melhoramento dos portos tem base de cálculo diversa do imposto de importação, sendo legítima a sua cobrança sobre a importação de mercadorias de países signatários do GATT, da ALALC ou ALADI”.

outro acordo da OMC tem total condições de produzir efeitos na esfera jurídica privada e de ser objeto de pretensões legais por parte de particulares. A construção de que apenas tratados que reflitam leis uniformes – seja qual for a definição precisa deste tipo – está calcada em bases frágeis e sem apoio da doutrina especializada.

Em quarto lugar, é possível dizer que, da mesma forma, não se sustenta a distinção entre tratados-lei e tratados-contrato para fins de se determinar a aplicabilidade do tratado na ordem jurídica interna. Todos os tratados são aplicáveis e tem força de lei, independentemente de sua classificação.

A tradicional distinção entre “traité-contrat” e “traité-loi”³¹ tem relevância para fins do método interpretativo a ser aplicado em sua análise. A título ilustrativo, em *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*,³² o Juiz De Castro, em opinião separada, deixou claro que tratados que estabelecem organizações internacionais deveriam ser interpretados como leis e não como contratos. A lógica contratual se aplicaria melhor a contratos bilaterais.

3. Multilateral treaties, conventions establishing an international organization and above all the Charter, are subject to particular rules of interpretation. The Charter would appear not to fall within the framework of the Convention on the Law of Treaties. To interpret it, one should not apply by analogy the rules of municipal law on contracts, but rather

31 Para uma discussão sobre a distinção entre tratado-lei e tratado-contrato e suas implicações do ponto de vista interpretativo, *vide* MCNAIR, A. D. The functions and differing legal character of treaties. *Brit. YB Int'l L.*, 11, 100, 1930; WRIGHT, Q. The interpretation of multilateral treaties. *The American Journal of International Law*, 23(1), p. 94-107, 1929; KIRBY, M. *Towards a grand theory of interpretation: the case of statutes and contracts*. Paper presented at the Clarity and Statute Law Society Joint Conference, Cambridge University, 2003.

32 Corte Internacional de Justiça (ICJ), Advisory Opinion of 21 June 1971.

rules for the interpretation of laws and statutes (Restatement, loc. cit., para. 146, p. 1965; Dahm, loc. cit., Vol. III, p. 55).

It should not be forgotten that the General Assembly and Security Council have the responsibility of promoting the purposes laid down in the Charter. They cannot remain bound by the possible intentions of the draftsmen, not only because it is difficult to know what those intentions were (while the intentions of those who speak are known, the intentions of those who give their vote in silence are not), but also because interpretation necessarily undergoes a process of development, and, as in municipal law, must adapt itself to the circumstance of the time and to the requirements, so far as they are foreseeable, of the future. The text breaks away from its authors and lives a life of its own (dissenting opinions of Judge Alvarez, I.C.J. Reports 1950, p. 18, and I.C.J. Reports 1951, p. 53; Dahm, loc. cit., Vol. III, p. 55).³³⁻³⁴

A discussão sobre a interpretação de

33 “3. Tratados multilaterais, convenções estabelecendo uma organização internacional e, acima de tudo, a Carta, são sujeitas a regras de interpretação específicas. A Carta parece não se enquadrar na Convenção sobre o Direito dos Tratados. Para interpretá-la, não se deve aplicar, por analogia, as regras da lei municipal sobre os contratos, mas sim as regras para interpretação das leis e dos estatutos (Restatement, loc. cit., para. 146, p. 1965; Dahm, loc. cit., Vol. III, p. 55).

Não se deve esquecer que a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança têm a responsabilidade de promover os fins estabelecidos na Carta. Eles não podem permanecer vinculados pelas possíveis intenções do redator, não só porque é difícil saber quais são essas intenções (enquanto as intenções daqueles que falam são conhecidas, as intenções daqueles que dão seu voto em silêncio não são), mas também porque a interpretação necessariamente passa por um processo de desenvolvimento e, como no direito municipal, deve adaptar-se às circunstâncias do tempo e às demandas, na medida do possível, do futuro. O texto rompe com seus autores e ganha vida própria. (Voto divergente do Juiz Alvarez, I.C.J. Reports 1950, p. 18, e I.C.J. Reports 1951, p. 53; Dahm, loc. cit., Vol. III, p. 55).” (tradução livre)

34 A mesma ideia foi defendida pelo Juiz Lauterpacht em *South-West Africa-Voting Procedure* (1955) e pelo Juiz De Visscher em *International Status of South West Africa* (1950).

tratados-lei e tratados-contrato não tem qualquer relação com o seu efeito na ordem jurídica interna. Este último é regulado pelas leis nacionais de incorporação de tratados. O Brasil não fez qualquer distinção no que tange à incorporação de tratados-contrato, de um lado, e tratados-lei, de outro. Dessa maneira, não se sustenta a alegação de que o efeito jurídico interno de um tratado-lei é diferente de um tratado-contrato.

No mais, também é bastante questionável a identificação do Acordo da OMC como um tratado-contrato. Na realidade, ele tem natureza híbrida, com elementos tanto de um tratado-lei quanto de um tratado-contrato.³⁵

Em quinto lugar, o fato de alguns acordos da OMC terem como característica a estipulação de garantias mínimas como é o caso do Acordo TRIPS, relegando aos governos nacionais a melhor forma de implementá-las não significa que esses acordos não criem direitos e deveres que podem ser utilizados por particulares como base de uma pretensão subjetiva.

Nesse sentido, é bastante frágil o argumento de que o Acordo TRIPS não é autoexecutivo. De fato, ele contém alguns dispositivos com eficácia contida, o que, em hipótese alguma, impede que seja invocado por particulares. Muitas de suas normas, todavia, têm eficácia plena, como é o caso da cláusula de tratamento nacional e as cláusulas de duração da proteção de direitos do autor, direitos marcários, direitos patentários, etc. Não pode o Judiciário brasileiro, sob o argumento de que o Acordo TRIPS é um acordo de garantias mínimas, deixar de aplicar a proteção mínima que o Brasil assumiu fornecer quando da assinatura, ratificação e incorporação do tratado a sua ordem jurídica interna. O mesmo racional se aplica a outros acordos firmados no âmbito da OMC.

35 Nesse sentido, *vide* LANGILLE, J. Neither constitution nor contract: understanding the WTO by examining the legal limits on contracting out through regional trade agreements. *NYU L Rev*, 86, 1482, 2011; e QURESHI, A. H. *Interpreting WTO agreements*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Em sexto lugar, o fato de o efeito direto ter sido rejeitado durante as negociações do Acordo da OMC³⁶ não altera em nada o tratamento dado ao Brasil, por força da Constituição Federal, à disciplina dos tratados incorporados e seus efeitos sobre ordem jurídica interna. O fato de os membros da OMC não terem chegado a um consenso sobre o efeito direto não implica qualquer proibição deste nas ordens jurídicas nacionais dos Estados-Membros. A ausência de dispositivo disciplinando o efeito direto no âmbito da OMC apenas evidencia que o Acordo da OMC deixou a cargo dos governos nacionais a regulamentação deste.³⁷ Com efeito, o Painel³⁸ em *United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, afirmou que:

The fact that WTO institutions have not to date construed any obligations as producing direct effect does not necessarily preclude that in the legal system of any given Member, following internal constitutional principles, some obligations will be found to give rights to individuals. Our statement of fact does not prejudice any decisions by national courts on this issue.³⁹

36 Proposta feita pela Suíça durante as negociações da Rodada do Uruguai defendia expressamente a aplicação do efeito direto pelos membros da OMC. No entanto, ela foi rejeitada. Cf. FABRI, H. R. Is there a case – legally and politically – for direct effect of WTO obligations? *European Journal of International Law* 25, n. 1, p. 151-73, 2014, p. 154.

37 *Ibidem*, p. 154.

38 Um painel, também denominado grupo especial, pode ser estabelecido a pedido de qualquer membro da OMC para dirimir controvérsias comerciais entre partes desta organização, as quais demandem a interpretação dos acordos da OMC. O painel será composto por 3 integrantes selecionados dentre pessoas qualificadas, funcionários governamentais ou não, incluindo aquelas que tenham integrado um grupo especial ou a ele apresentado uma argumentação, que tenham atuado como representantes de um membro ou de uma parte contratante do GATT 1947 ou como representante no Conselho ou Comitê de qualquer acordo abrangido ou do respectivo acordo precedente, ou que tenha atuado no Secretariado, exercido atividade docente ou publicado trabalhos sobre direito ou política comercial internacional, ou que tenha sido alto funcionário na área de política comercial de um dos membros.

39 “O fato de as instituições da OMC até agora não terem estabelecido nenhuma obrigação como produzindo efeito direto não impede necessariamente que, no sistema jurídico

De fato, o tratamento do efeito direto é regulamentado de acordo com as regras – constitucionais ou legais – de cada ordenamento jurídico. No Brasil, como já ressaltado, regras esparsas da Constituição disciplinam a forma como um tratado é incorporado ao ordenamento jurídico, passando, então, a criar direitos e deveres na ordem jurídica brasileira. Não há qualquer exceção para os acordos da OMC ou qualquer outro tipo de tratado.

Em sétimo lugar, não há que se alegar o princípio da reciprocidade para justificar eventual recusa do Poder Judiciário de garantir aos particulares os direitos e obrigações derivados da normativa da OMC, sob o argumento de que outros membros da OMC não asseguram o efeito direto aos acordos multilaterais de comércio. Deveras, o princípio da reciprocidade não pode derogar toda a disciplina constitucional que garante o efeito direto a tratados uma vez que estes sejam devidamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, a falta de reciprocidade tampouco isenta os Estados de cumprirem as obrigações assumidas por força de tratado internacional. Conforme estabelece o artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o tratado em vigor tem força vinculante e deve ser aplicado de boa-fé. Trata-se, em outras palavras, do princípio da *pacta sunt servanda*, que deve



orientar a aplicação e a interpretação dos tratados internacionais. Não há qualquer norma internacional estatutária ou não estatutária estabelecendo que a falta de reciprocidade entre estados é motivo para violação do mais basilar dos princípios do Direito dos Tratados, isto é, o *pacta sunt servanda*.

Por fim, o fato de a Corte Europeia de Justiça ter rejeitado a adoção do efeito direto, sob o argumento de que ele frustraria direitos importantes garantidos aos Estados-Membros – como o de negociar e prover compensações no caso de violação das normas –, também não pode ser utilizado pelo Brasil para negar o efeito direto neste país. As regras constitucionais brasileiras relativas à incorporação de tratados e seus efeitos na ordem jurídica interna diferem das regras da União Europeia que, aliás, se refere a uma

entidade supraestatal e não a uma entidade estatal puramente.

No *leading case Portugal v. Council*,⁴⁰ no qual a Corte Europeia debateu o efeito direto de normas da OMC, ela argumentou, como forma de negar a aplicação do instituto na então Comunidade Europeia, que a OMC tem forte viés negocial, tendo-se originado do desejo das partes de realizar “acordos recíprocos e mutuamente vantajosos”. Ademais, afirmou que o ESC da OMC concede às partes a prerrogativa de “um período de tempo razoável” para cumprir com as recomendações e decisões do OSC e para conformar suas

de um dado Membro, de acordo com os princípios constitucionais internos, algumas obrigações confirmam direitos a particulares. Nossa declaração não prejudica as decisões dos tribunais nacionais sobre esta questão.” Relatório do Painel, *United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, DS152/R, j. 22/12/1999, nota de rodapé nº 661. (tradução livre)

⁴⁰ Case C-149/96, *Portuguese Republic v. Council of the European Union* [1999] ECR I-8395.

medidas com os acordos da OMC.⁴¹ Ademais, também garante às partes a possibilidade de compensação e a suspensão das concessões ou outras obrigações como medidas provisórias disponíveis caso as recomendações e as decisões não sejam implementadas dentro de um período de tempo razoável.⁴² Dessa maneira, entende a Corte Europeia que a aplicação do efeito direto impediria que os órgãos legislativos e executivos da então Comunidade Europeia pudessem usar esses mecanismos como margem de manobra, os quais ficariam disponíveis para outros membros da OMC e não para a Comunidade Europeia.

Importante ressaltar que a origem negocial da OMC e o fato de o sistema de solução de controvérsias ter como um de seus objetivos a manutenção de um contrapeso apropriado entre direitos e obrigações dos Membros⁴³ não são, por si só, questões impeditivas do efeito direto.

O sistema de solução de controvérsias da OMC como um mecanismo internacional de soluções de controvérsias estabeleceu uma disciplina especial de responsabilidade internacional, tendo em vista a ausência de um ente soberano com poder coercitivo. O período de tempo razoável para conformação das medidas, a compensação e a possibilidade de suspensão de concessões são todos mecanismos que visam, em última instância, a contribuir para que o país reclamado exclua do seu ordenamento medidas incompatíveis com os acordos da OMC ou as adapte para que fiquem conforme.

De fato, o ESC da OMC dá certa margem para que os governos posterguem a conformação da medida; substituam esta solução por compensação ou mesmo arquem com as consequências de uma suspensão de concessões ou obrigações pela parte reclamante. De todo modo, tudo isso reflete mecanismos dentro de um sistema internacional de solução

de controvérsias que visa forçar o ente estatal a cumprir com suas obrigações internacionais. Embora haja certa flexibilidade para conformar suas medidas com a disciplina da OMC, não podem os Estados, por manobras políticas, deixar de cumprir com os acordos.⁴⁴

Dentro de uma controvérsia no âmbito da OMC, será o Executivo brasileiro quem decidirá sobre questões de tempo razoável, compensação ou suspensão de concessões ou obrigações. O juiz brasileiro não usurpa os poderes daquele, pois tem competência apenas sobre causas internas.

Naturalmente, quando causas internas versem sobre matérias no contexto de disputas do Brasil perante o OSC da OMC, complicações poderão surgir. Imagine-se, por exemplo, a situação na qual o OSC decida pela inexistência de violação às regras da OMC e o juiz brasileiro entenda pela existência de violação. Ou, ainda, o governo brasileiro decide, diante de uma violação de normas da OMC, por manter sua medida e compensar o país reclamante, mas o Judiciário brasileiro ordena ao Brasil a alteração da medida.

Todas essas complicações são decorrentes da problemática inerente à relação entre tribunais internacionais e nacionais. Não são, porém, argumentos para negar efeito direto às normas da OMC no Brasil, tendo em vista regras constitucionais claras a esse respeito, uma vez que o tratado tenha sido incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. A situação complexa potencialmente

41 Conforme artigo 21.3 do ESC.

42 Conforme artigo 22.1 do ESC.

43 Conforme artigo 3.3 do ESC.

44 Stoll sustenta que “o argumento de que o sistema de comércio internacional permite e exige o poder discricionário dos governos para resolver uma disputa por meios diplomáticos dificilmente é convincente. Enquanto – certamente – o sistema de comércio internacional permite que procedimentos e mecanismos específicos se desviem dos compromissos assumidos ou renegociem compromissos em vários casos específicos, o entendimento sobre solução de controvérsias deixa claro que não há de forma alguma flexibilidade na forma como os membros da OMC podem escapar de seus compromissos por algum ‘acordo político’.” (STOLL, P.T. *Constitutional perspectives on international economic law. Reflections on the Constitutionalisation of International Economic Law*, Brill, 2013, p. 210, tradução livre)

gerada pela coexistência de decisões do OSC e decisões nacionais não é motivo para negar aos particulares direitos oriundos de tratados incorporados. Uma agenda futura de pesquisa poderia estudar as relações entre as decisões do OSC da OMC e as decisões dos tribunais brasileiros bem como propostas de solução de eventuais incompatibilidades.

Diante de tudo o que se expôs, impedir que particulares fundamentem suas pretensões em normas dos acordos da OMC é negar-lhes o direito de acesso ao Judiciário e infringir o princípio constitucional da proteção judiciária, também conhecido por princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no artigo 5º, XXXV, LIV e LV da Constituição Federal. Por meio deste princípio, o Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição, sendo garantido ao indivíduo o “direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito individual ou não”.⁴⁵

Ademais, o artigo 186 do Código Civil estabelece cláusula geral de responsabilidade civil fundada no ato ilícito ao dispor que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.⁴⁶ No mesmo sentido, tem-se o artigo 927 do mesmo diploma legal: “[A]quele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Portanto, caso haja violação pelo governo brasileiro às normas da OMC, pode o particular buscar reparação.

3. Conclusão

Em resumo, restou claro que, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, é perfeitamente possível que um indivíduo ou mesmo uma empresa recorra ao Poder Judiciário face a uma violação, por parte do Estado brasileiro, das normas multilaterais do comércio.

Ao assinar os acordos da OMC, o Brasil não abriu mão de sua jurisdição. Nenhum dispositivo dos acordos da OMC confere competência exclusiva ao OSC para dirimir questões envolvendo a matéria relativa ao Direito do Comércio Internacional, à exclusão das Cortes nacionais. Não há qualquer dispositivo nos acordos que proíba o efeito direto. Este é disciplinado pelas normas constitucionais de cada Estado-Membro da OMC.

O efeito direto dos acordos da OMC no sistema jurídico pátrio decorre do fato de a Constituição garantir que os tratados repercutam, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares, uma vez que aqueles tenham sido devidamente incorporados na ordem jurídica interna. Diversos dispositivos constitucionais refletem o efeito direto assegurado aos tratados incorporados (art. 5º, § 2º; art. 109, III; art. 105, III, “a”; art. 102, III, “b”). Ademais, o direito constitucional de acesso ao Judiciário, baseado no princípio da proteção judiciária, e, ainda, a cláusula geral de responsabilidade civil por ato ilícito garantem o direito de particulares de recorrerem ao Judiciário contra violações à normativa da OMC, buscando também a reparação do dano, quando aplicável.

O STF já confirmou que, uma vez que haja incorporação do tratado ao ordenamento jurídico, a norma internacional passa a repercutir, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares. Com relação à disciplina específica da OMC, os tribunais superiores também reconhecem a aplicabilidade direta de suas regras no ordenamento jurídico brasileiro, com exceção de algumas decisões do STJ sobre o Acordo TRIPS cujos

45 SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 434.

46 TEPELINO, G. et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

fundamentos foram contestados neste artigo.

Além disso, conforme se verificou, qualquer tentativa de negar efeito a tratados com base em classificações (*e.g.* lei uniforme, tratado-lei, tratado-contrato, tratado de garantias mínimas) não merece prosperar. Não há qualquer embasamento constitucional ou legal para atribuir efeitos diretos a depender de sua classificação. A divisão de tratados em tratados-lei e tratados-contrato tem a finalidade de evidenciar os diferentes métodos interpretativos que cada tipo de tratado demanda. Não tem qualquer relação com seus efeitos no ordenamento jurídico. Ademais, o fato de um acordo fornecer garantias mínimas não significa que ele não é autoexecutável.

Ainda, como se verificou, o princípio da reciprocidade não pode ser alegado para justificar eventual recusa do Poder Judiciário de garantir aos particulares os direitos e obrigações derivados da normativa da OMC, sob o argumento de que outros membros da OMC não asseguram o efeito direto aos acordos multilaterais de comércio. Por força do princípio do *pacta sunt servanda*, os Estados devem salvaguardar o cumprimento de suas obrigações internacionais.

No mais, decisões da Corte Europeia negando o efeito direto não podem ser usadas como fundamentos das decisões das Cortes brasileiras. Cada ordenamento tem suas regras próprias acerca dos efeitos jurídicos dos tratados na ordem interna.

O fato de situações complexas surgirem da coexistência de decisões do OSC da OMC

e dos tribunais nacionais não pode ser uma barreira à garantia do acesso ao Judiciário pelos particulares, com base em direitos e obrigações estipuladas em tratados devidamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Finalmente, resta mencionar que a garantia do efeito direto no ordenamento jurídico brasileiro é fundamental para que se dê efetividade aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e, ainda, à proteção dos indivíduos frente a essas normas internacionais. Independentemente da conduta de outros países, isto é, independentemente de adotarem ou não o efeito direto em seus ordenamentos jurídicos, é responsabilidade do Estado brasileiro garantir a execução de suas obrigações na esfera internacional e assegurar que seus indivíduos possam receber a proteção delas decorrente.

Além disso, trata-se de medida de *accountability* assegurar que os indivíduos possam demandar do seu Estado os compromissos a que ele se obrigou internacionalmente.

Por todas essas razões, é incontestado o papel do Poder Judiciário na manutenção do efeito direto a todos os tratados incorporados, em especial, aos acordos da OMC. É temerário que argumentos contrários à aplicabilidade direta das normas da OMC sejam aceitos, colocando em risco garantias constitucionais e legais e também a efetividade das obrigações assumidas pelo Brasil na esfera internacional.

Bibliografia

- ACCIOLY, H.; SILVA, G. E. D. N. & CASELLA, P. B. *Manual de direito internacional público*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARBOSA, D. B. *Propriedade intelectual: a aplicação do Acordo TRIPS*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BASSOS, M. A data de aplicação do TRIPS no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, ano 8, jan./mar. 2000.
- BOSSCHE, P. V. d. & ZDOUC, W. *The law and policy of the World Trade Organization - text, cases and materials*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- ERRICO, J. WTO in the EU: unwinding the knot. *Cornell Int'l LJ* 44, 2011.
- FABRI, H. R. Is there a case – legally and politically – for direct effect of WTO obligations? *European Journal of International Law* 25, n. 1, p. 151-73, 2014.
- KIRBY, M. *Towards a grand theory of interpretation: the case of statutes and contracts*. Paper presented at the Clarity and Statute Law Society Joint Conference, Cambridge University, 2003.
- LANGILLE, J. Neither constitution nor contract: understanding the WTO by examining the legal limits on contracting out through regional trade agreements. *NYUL REv*, 86, 1482, 2011.
- MCNAIR, A. D. The functions and differing legal character of treaties. *Brit. YB Int'l L.*, 11, 100, 1930.
- QURESHI, A. H. *Interpreting WTO agreements*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- SANTIAGO, I. M. Regras tributárias do GATT e da OMC têm aplicação direta no Brasil. *Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-15/regras-tributarias-gatt-omc-aplicacao-direta-brasil>>. Acesso em: 02 dez. 2016.
- SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- STOLL, P.T. Constitutional perspectives on international economic law. *Reflections on the Constitutionalisation of International Economic Law*, Brill, p. 201-213, 2013.
- TEPEDINO, G. *et al. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- WRIGHT, Q. The interpretation of multilateral treaties. *The American Journal of International Law*, 23(1), p. 94-107, 1929.
- ZANDAVALI, M. F. O juiz brasileiro e as normas da OMC. *Revista CEJ*, 2013.

