

O RECURSO À ARBITRAGEM NA OMC E O DESUSO DO ARTIGO 25 DO ESC

RECOURSE TO ARBITRATION AND THE DISUSE ARTICLE 25 OF THE DSU

Mariana Clara de Andrade¹

Resumo

O presente trabalho estuda a previsão da utilização do procedimento arbitral do Artigo 25 do Entendimento relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC/OMC), especialmente concebido para conferir a possibilidade de recurso à arbitragem dentro do sistema de resolução de controvérsias da OMC. Este artigo busca, assim, compreender os motivos para o seu desuso dentro do sistema de resolução de controvérsias da OMC. Para tanto, fez-se uso de pesquisa bibliográfica, normativa e casuística. Inicialmente, apresenta-se brevemente o mecanismo de solução de controvérsias da OMC e traça-se um breve esboço do procedimento arbitral dentro e fora da organização. Em seguida, através do caso *US – Copyright*, o único em que se lançou mão do procedimento previsto pelo Artigo 25, verifica-se de que maneira referido artigo foi aplicado na prática. A partir da análise dos dispositivos envolvidos e do caso em comento, levantam-se elementos que justifiquem a relutância dos membros da OMC em utilizar referido mecanismo quando da solução de um litígio. Conclui-se que não há vantagens efetivas quando se compara esse procedimento com o procedimento tradicional dos grupos especiais e Órgão de Apelação do ESC, ainda que exista uma maior flexibilidade procedimental no caso da arbitragem.

Palavras-chave:

Organização Mundial do Comércio; Arbitragem; US – Copyright; Mecanismo de Solução de Controvérsias; Órgão de Solução de Controvérsias.

Abstract

This paper analyzes the arbitral procedure set under Article 25 of the Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes (DSU/WTO), which was specially designed to conceive a resort to arbitration within the dispute settlement mechanism of the WTO. Hence, this paper aims to identify the reasons for the disuse of said provision within the dispute settlement mechanism of the WTO. In order to assess this issue, this paper examines the relevant case-law, legal rules and bibliography on the matter. Initially, the dispute settlement mechanism of the WTO is briefly presented, as well as an overview of the arbitration system within and outside the organization. It thus describes the case *US – Copyright*, the only occasion under the dispute settlement mechanism in which Article 25 was put to practice, so as to appraise how the provision was applied in practice. Based on the relevant provisions and on the analysis of the abovementioned case, this paper indicates elements that justify the reluctance of the member states of the WTO in having recourse to arbitration under the DSU for the resolution of a conflict. This paper thus concludes that there

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, na área de concentração Direito e Relações Internacionais, sob orientação do Prof. Arno Dal Ri Júnior. Bacharel em Direito pela mesma instituição. Membro do grupo de pesquisa em Direito Internacional – *Ius Gentium* (UFSC/CNPq). Contato: mariana.clara@live.com; Plataforma Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=H9468572>.

are no actual advantages in resorting to this procedure when comparing it to the the traditional panels and appellate body procedure of the DSU, even though there is more procedural flexibility when arbitration is put to practice.

Keywords

World Trade Organization; Arbitration; *US – Copyright*; Dispute Settlement Mechanism; Dispute Settlement Body.

1. INTRODUÇÃO

O sistema de resolução de litígios da Organização Mundial do Comércio (OMC) é reconhecido por sua particular eficácia no contexto do Direito Internacional². As disputas comerciais submetidas ao Órgão de Solução de Controvérsias (doravante, OSC) dessa organização acabam por serem aplicadas diante da persuasiva possibilidade de sanção permitida no âmbito do comércio internacional.

Esse sistema de resolução de controvérsias tem raízes anteriores à efetiva consolidação da OMC, em 1995, durante a Rodada do Uruguai, que implementou o Entendimento relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC³), já que o sistema GATT/47 não dispunha de um sistema institucionalizado nesse sentido. O procedimento formalizado pelo ESC não tem por objeto o litígio propriamente dito, mas sim a extinção de controvérsias, facultando aos Membros da OMC de recorrerem a formas não judicantes de resolução de conflitos (inclusive a qualquer tempo). Assim sendo, mesmo após uma decisão vinculante ser adotada pelo OSC, ela poderá não necessariamente ser seguida caso as partes em litígio assim acordem.

Nesse sentido, o procedimento previsto pelo Artigo 25 do ESC, a possibilidade de uma arbitragem estabelecida pelas partes dentro do sistema de resolução de litígios da organização, condiz com essa ampla margem de flexibilidade concedida aos Membros da OMC para a composição de seus litígios, ao estabelecer a possibilidade de utilização de um procedimento arbitral para além do sistema tradicional de grupos especiais do OSC. No entanto, verifica-se que esse procedimento foi utilizado apenas uma vez até o presente

² Conforme Jackson explica: “A central feature of the WTO is its dispute settlement mechanism. Indeed, the statesmen involved in the Uruguay Round, as well as current WTO officials and ambassadors, take considerable pride in this feature. The WTO dispute settlement system has had an enormous impact on the world trade system and trade diplomacy. It is unique in international law in its juridical and legalistic system for disputes, with virtually automatic, binding application of its decisions and reports to its members. Unlike some of the more specialized systems of this type, these attributes are nested in an extraordinarily broad and comprehensive jurisprudence. In addition, the questions posed to the dispute settlement system often strike at the heart of the tension between the protection of nation-state sovereignty and the globalization of national economies, which require more expansive cooperative mechanisms in order to succeed internationally” (JACKSON, 2000, p. 179).

³ Do termo em inglês *Dispute Settlement Understanding* (DSU)

momento, no caso *US-Copyright* (2001), e de maneira que, em realidade, a arbitragem não tinha por objeto o motivo do litígio propriamente dito.

Diante dessa questão, o objetivo do presente estudo é analisar os possíveis motivos pelos quais a arbitragem prevista no artigo 25 do ESC não tem sido utilizada pelos Estados-membros da OMC quando da resolução de controvérsias comerciais. Entende-se que referida análise é relevante diante do fato de que, por um lado, tem-se um método de solução de litígios que goza de particular prestígio em âmbito internacional, a arbitragem, e, por outro lado, ainda que se tenha a possibilidade de fazer uso desse método, não tem sido essa a escolha dos membros da OMC.

Assim, para a apreciação dessa problemática, primeiramente, explanar-se-á brevemente a inserção desse dispositivo no ESC e far-se-á um contraponto com o sistema de painéis do OSC/OMC e com a arbitragem internacional fora do âmbito da OMC. Em seguida, analisar-se-á o caso *US-Copyright* e, paralelamente, as possíveis causas para referido desuso.

2. SOLUÇÃO DE LITÍGIOS E ARBITRAGEM NA OMC

O mecanismo de solução de controvérsias da OMC (OSC/OMC) foi pensado para privilegiar formas de solução pacífica de litígios, em detrimento do contencioso (MALKAWI, 2007, p. 175). Em virtude dessa ideia, o ESC formatou o sistema de solução de controvérsias para que a primeira tentativa de resolução dos litígios da OMC seja através da autocomposição. Assim, o procedimento imposto pelo ESC perpassa, inicialmente, pela tentativa de consultas e, apenas em seguida, inicia-se o procedimento de adjudicação. As decisões emanadas no âmbito do procedimento jurisdicional do MSC devem passar pelo acolhimento do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), um colegiado formado por representantes de todos os membros da OMC.

O formato do mecanismo de solução de controvérsias está estabelecido pelos artigos 4 a 20 do ESC. O artigo 4, *Consultas*, estabelece o comprometimento das partes em intentar solução no procedimento de consultas antes de recorrer a outros métodos de solução de litígios (ESC, Artigo 4.2 e 4.5) e, caso não se chegue a um acordo em um prazo de 60 dias, a parte reclamante poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial (painel) (ESC, Artigo 4.7).

Assim, com o eventual insucesso das conciliações e o requerimento da parte reclamante, iniciam-se os procedimentos relativos ao estabelecimento de painéis. Os painéis são compostos por três integrantes, salvo acordo das partes do litígio para que seja formado por cinco integrantes (ESC, Artigo 8.5). Após os procedimentos postulatórios e instrutórios, o

painel irá deliberar e publicar um *report* com sua decisão final. Dentro de 60 dias após a circulação desse *report*, ele deverá ser adotado (ou seja, a decisão a que se chegou deverá ser aplicada pelos membros em litígio), salvo se o a parte sucumbente notificar formalmente o OSC de sua decisão de apelar ou, na inexistência de insurgência, o OSC decidir, por consenso, não o adotar (VAN DEN BOSSCHE, 2005, p. 269).

O Órgão de Apelação do OSC (OAp) é um corpo fixo de julgadores, composto por sete membros com mandato de quatro anos e possibilidade de renovação (ESC, Artigo 17.1). Para cada caso, serão designados três membros (ESC, Artigo 17.2), e, assim, “[o] Órgão de Apelação poderá confirmar, modificar ou revogar as conclusões e decisões jurídicas do grupo especial” (ESC, Artigo 17.13). A não adoção do relatório final do OAp poderá se dar na hipótese de o próprio OSC, igualmente por consenso, resolver não adotar referida decisão (ESC, Artigo 17.14) - sendo assim, as decisões do OSC são vinculantes, salvo se contrariamente acordado pelas partes.

Paralelamente, o artigo 5º do ESC prevê a utilização de bons ofícios, conciliação e mediação, *voluntariamente*, “se as partes na controvérsia assim acordarem” (ESC, Artigo 5.1), podendo ser solicitados a qualquer tempo (ESC, Artigo, 5.3) (inclusive durante o procedimento do grupo especial).

E, finalmente o artigo 25, intitulado *Arbitragem* institui tal método como “meio alternativo de solução de controvérsias”, nos termos que seguem:

1. Um procedimento rápido de arbitragem na OMC como meio alternativo de solução de controvérsias pode facilitar a resolução de algumas controvérsias que tenham por objeto questões claramente definidas por ambas as partes.
2. Salvo disposição em contrário deste Entendimento, o recurso à arbitragem estará sujeito a acordo mútuo entre as partes, que acordarão quanto ao procedimento a ser seguido. Os acordos de recurso a arbitragem deverão ser notificados a todos os Membros com suficiente antecedência ao efetivo início do processo de arbitragem.
3. Outros Membros poderão ser parte no procedimento de arbitragem somente com o consentimento das partes que tenham convencionado recorrer à arbitragem. As partes acordarão submeter-se ao laudo arbitral. Os laudos arbitrais serão comunicados ao OSC e ao Conselho ou Comitê dos acordos pertinentes, onde qualquer Membro poderá questionar qualquer assunto a eles relacionados.
4. Os Artigos 21 e 22 do presente Entendimento serão aplicados "mutatis mutandis" aos laudos arbitrais.

Especial atenção deve ser dada à primeira parte do parágrafo 1: “Um procedimento rápido de arbitragem *na OMC* (...)”⁴. Esse trecho indica que não se trata de uma mera concessão expressa da possibilidade de recurso à arbitragem internacional, mas sim,

⁴ No texto original do DSU: “1. Expeditious arbitration **within the WTO** as an alternative means of dispute settlement can facilitate the solution of certain disputes that concern issues that are clearly defined by both parties” (grifo). Disponível em: < http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm#25> . Acesso em 19/08/2014.

efetivamente, de um procedimento no seio da OMC, ainda que adjetivado de *alternativo*. Essa subordinação da arbitragem do Artigo 25 à OMC fica mais clara quando se observa que referido dispositivo foi resultado do texto *1989 Improvements*⁵, o qual incluiu a possibilidade de arbitragem como forma alternativa de resolução de controvérsias, e determinou que “os laudos arbitrais deveriam ser ‘consistentes com o GATT’ e não poderiam ‘anular ou prejudicar os benefícios de qualquer Membro’” (MOSES, p. 20). Sendo assim, esse procedimento na Organização encontra-se em um meio termo entre arbitragem institucional e arbitragem *ad hoc*⁶.

A notificação com “suficiente antecedência” a que se refere o parágrafo 2 tem por intento dar ciência às demais partes que podem estar interessadas no litígio acerca da arbitragem, e dar-lhes oportunidade para apresentar seus argumentos (MALKAWI, 2007, p. 184-185) - e, conforme o parágrafo 3, “[o]utros Membros poderão ser parte no procedimento de arbitragem” com o consentimento das partes litigantes.

Finalmente, o parágrafo 4 estipula que são aplicáveis, para a arbitragem do artigo 25, as disposições dos artigos 21 e 22⁷. Os artigos mencionados também preveem a possibilidade de arbitragem, porém em situações bastante distintas. O artigo 21.3 do ESC prevê o uso de arbitragem *compulsória* caso as partes não cheguem a um acordo em relação ao prazo em que as decisões do OSC deverão ser implementadas⁸. Já o artigo 22.6 prevê a possibilidade de

⁵ O parágrafo E do *April 1989 Decision on Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures* estatui: “1. Expeditious arbitration within the WTO as an alternative means of dispute settlement can facilitate the solution of certain disputes that concern issues that are clearly defined by both parties. 2. Except as otherwise provided in this Understanding, resort to arbitration shall be subject to mutual agreement of the parties which shall agree on the procedures to be followed. Agreements to resort to arbitration shall be notified to all Members sufficiently in advance of the actual commencement of the arbitration process. 3. Other Members may become a party to an arbitration proceeding only upon the agreement of the parties which have agreed to have recourse to arbitration. The parties to the proceeding shall agree to abide by the arbitration award. Arbitration awards shall be notified to the DSB and the Council or Committee of any relevant agreement where any member may raise any point relating thereto”. Sendo assim, como se nota, a implementação desse artigo pelo GATT/94 foi quase idêntica à do texto original. Disponível em: <<http://www.worldtradelaw.net/document.php?id=misc/1989improvements.pdf&PHPSESSID=1pqbvicialm49nvn16n0d93gc7>>. Acesso em 19/08/2014.

⁶ Sobre o tema: “Institutional arbitrations are conducted pursuant to institutional arbitration rules, almost always overseen by an appointing authority with responsibility for various issues relating to constituting the arbitral tribunal, fixing the arbitrators’ compensation, and similar matters. In contrast, ad hoc arbitrations are conducted without the benefit of an appointing and administrative authority or (generally) pre-existing arbitration rules, subject only to the parties’ arbitration agreement and applicable national arbitration legislation”. BORN, 2010, p. 64

⁷ Essa questão, não particularmente clara pelo texto do ESC, leva ao entendimento de que, por exemplo, disposições como a do Artigo 22.7 (“As partes deverão aceitar a decisão do árbitro como definitiva e as partes envolvidas não deverão procurar uma segunda arbitragem. O OSC deverá ser prontamente informado da decisão do árbitro e deverá, se solicitado, outorgar autorização para a suspensão de concessões ou outras obrigações quando a solicitação estiver conforme à decisão do árbitro, salvo se o OSC decidir por consenso rejeitar a solicitação”) também serão consideradas para fins do Artigo 25.

⁸ ESC, 21, 3: “Em reunião do OSC celebrada dentro de 30 dias após a data de adoção do relatório do grupo especial ou do órgão de Apelação, o Membro interessado deverá informar ao OSC suas intenções com relação à implementação das decisões e recomendações do OSC. Se for impossível a aplicação imediata das

arbitragem, a ser efetuada pelo mesmo painel que tratou do litígio ou por um árbitro, na hipótese de ocorrência da previsão do art. 22, 2, ou seja, "[s]e o membro afetado não adaptar a um acordo abrangido a medida considerada incompatível ou não cumprir de outro modo as recomendações e decisões adotadas dentro do prazo razoável". Não se tratam, portanto, de alternativas à solução de litígios de comércio internacional propriamente ditos.

A referência à aplicabilidade das disposições dos artigos 21 e 22 do ESC, contudo, indica que a decisão a que se chegar após o procedimento acordado nos termos do artigo 25 será obrigatória, e outros membros poderão participar do procedimento conforme acordo das partes (GUOHUA; MERCURIO; YONGJEE, 2005, p. 302).

Considerando que o foco do presente estudo é justamente a possibilidade de submissão de litígios de comércio internacional a um procedimento arbitral pelo próprio sistema normativo do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, cabe estabelecer um breve esboço acerca dos dois modelos.

O procedimento contencioso do OSC/OMC, em particular na fase dos painéis, assemelha-se ao procedimento arbitral *lato sensu*, em particular pelo caráter *ad hoc* de sua composição. Relevante, contudo, apontar que os dois procedimentos não se confundem: nas palavras de Selma Lemes, “o *Panel* da OMC não tem a natureza jurídica de um Tribunal Arbitral” (2008, p. 25). A autora elenca três diferenças particulares:

1. No Grupo Especial as deliberações apesar de adotadas em confidencialidade oferecem às partes (considerando os procedimentos de apresentação do relatório provisório antes do relatório definitivo) condições de influenciar os painelistas, (...). Diferentemente, um Tribunal Arbitral exara sua decisão sem demandar a apreciação prévia das partes. A independência e livre convicção dos árbitros é plena, não fica sujeita a nenhuma influência externa.
2. Após apresentação do relatório final, este só se tornará obrigatório se aprovado pelo DSB e havendo apelação, após manifestação do Órgão de Apelação. No Tribunal Arbitral a decisão dos árbitros é firme e terminativa; possui força cogente.
3. Não são as partes que escolhem os painelistas. São indicados pelo DSB e poderão ser objetadas somente em circunstâncias imperiosas. Ao contrário, na arbitragem, esse é um direito inerente às partes; todavia, se quiserem, poderão estabelecer que um terceiro faça a indicação por elas. (LEMES, 2008, pp. 23-24)

Além disso, Moses (p. 15) também indica que os grupos especiais do MSC da OMC devem, obrigatoriamente, ser precedidos por consultas e tentativas de conciliação, o que não

recomendações e decisões, o Membro interessado deverá para tanto dispor de prazo razoável. O prazo razoável deverá ser: (...) (c) um prazo determinado mediante arbitragem compulsória dentro de 90 dias após a data de adoção das recomendações e decisões. Em tal arbitragem, uma diretriz para o árbitro será a de que o prazo razoável para implementar as recomendações do grupo especial ou do Órgão de Apelação não deverá exceder a 15 meses da data de adoção do relatório do grupo especial ou do Órgão de Apelação. Contudo, tal prazo poderá ser maior ou menor, dependendo das circunstâncias particulares”.

acontece com o procedimento arbitral tradicional. Relembra, ainda, que a Convenção de Nova Iorque⁹ não se aplica a decisões arbitrais no âmbito dos acordos da OMC (MOSES, p. 02)¹⁰.

Da leitura do Artigo 25, não se obtém informações detalhadas com relação à possibilidade de utilização da arbitragem na OMC (mesmo porque, segundo o Artigo, as partes “acordarão quanto ao procedimento a ser seguido”). Justamente por essa vagueza, o procedimento é notoriamente mais flexível do que aquele dos órgãos especiais. No entanto, até o presente momento, só foi utilizado uma única vez.

A próxima seção buscará elucidar motivos que potencialmente explicam o desuso dessa previsão de solução de litígios pelos Estados.

3. O CASO *US-COPYRIGHT* E O DESUSO DA ARBITRAGEM DO ART. 25

A arbitragem, de maneira geral, enquanto método de solução de controvérsias, tem por benefícios primordialmente a sua eficiência e celeridade (MALKAWI, 2007, p. 182). Além disso, tem a vantagem da possibilidade de escolha de árbitros pelas partes, o que atrai dois pontos positivos em potencial: primeiramente, a possibilidade de escolher um árbitro predisposto a seguir um determinado viés de entendimento (em particular nos casos de um corpo de três árbitros), e, em segundo lugar, a possibilidade de indicar árbitros especializados em determinado assunto (MOSES, p. 05).

Ainda assim, é curioso notar que, até o presente momento, o recurso da arbitragem do Artigo 25 foi utilizado em apenas em uma ocasião¹¹, cujo laudo arbitral circulou em 2001: trata-se do caso *United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act (US Copyright)*, entre os Estados Unidos (EUA) e as Comunidades Europeias (EC). Ainda mais peculiar que esse caso não se tratou de um recurso alternativo ao procedimento dos painéis efetivamente, pois subsequente ao estabelecimento de um painel pela OMC.

O acordo de arbitragem firmado entre os EUA e as EC tratou de 7 tópicos: a composição do painel, os princípios legais aplicáveis, estipulações procedimentais,

⁹ Sobre o tema, ele pontua: “More formally known as the UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Convention is widely recognized as a foundation instrument of international arbitration and requires courts of contracting States to give effect to an agreement to arbitrate when seized of an action in a matter covered by an arbitration agreement and also to recognize and enforce awards made in other States, subject to specific limited exceptions. The Convention entered into force on 7 June 1959. As of February 2009 it has been adopted by 142 of 192 United Nations Member States” (MOSES, p. 2).

¹⁰ “But, on the contrary, arbitration within the WTO is designed to be international arbitration that is decidedly not international arbitration. The NY Convention does not apply to arbitral decisions rendered under WTO agreements.” (MOSES, p. 2).

¹¹ “To date, in only one dispute, have the parties resorted to arbitration under Article 25 of the DSU”, conforme indicado pela OMC. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settlement_cbt_e/c8s2p1_e.htm>. Acesso em 18/08/2014.

impossibilidade de terceiros como parte na arbitragem, prazos e cronogramas e o objeto da análise¹².

Interessante notar ainda que, antes de iniciado o procedimento arbitral sob o artigo 25, também se verificou o procedimento previsto pelo artigo 21.3 do ESC, por requisição das EC, para que fosse determinado o período razoável de tempo em que a decisão do painel deveria ser implementada. Antes que o período entabulado pelas partes expirasse, os EUA e a EC requisitaram o procedimento do Artigo 25.

O objeto da arbitragem foi “determinar o nível [valor] de nulificação ou prejuízo dos benefícios às Comunidades Europeias como resultado da operação da Seção 110(5)(B) do *US Copyright Act*”, “após a adoção pelo OSC do *report* do painel que, por requerimento das Comunidades Europeias, revisou a compatibilidade da Seção 110(5)(B) do *US Copyright Act* (...) com o Acordo sobre os aspectos dos direitos da propriedade intelectual relacionados com o comércio (TRIPS)”¹³.

Logo no início do documento, estatui-se que as EC e os EUA “notificaram o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) acerca de seu acordo mútuo de se submeterem à arbitragem nos termos do Artigo 25 do Entendimento relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC)”¹⁴.

Observa-se ainda que alguns dos tópicos iniciais do documento são relativas a procedimentos, limites da competência dos árbitros (“Competência sob o artigo 25 do ESC para julgar a questão formulada aos árbitros pelas partes”¹⁵). Assim, de forma bastante expressa, o documento inicialmente trata de questões diretamente relacionadas pelos parágrafos do Artigo 25, como se o Artigo 25 possuísse diretrizes a serem seguidas pela sentença.

O período de tempo razoável acima referido, que foi objeto da arbitragem prevista pelo Artigo 21.3 mas acabou objeto de acordo entre as partes do litígio, não foi obedecido.

¹² Documento disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2003/november/tradoc_114291.pdf>. Acesso em 26/08/2014.

¹³ No original: “The stated object of the arbitration was to determine the level of nullification or impairment of benefits to the European Communities as a result of the operation of Section 110(5)(B) of the US Copyright Act. 1.2 The parties have resorted to this arbitration further to the adoption by the DSB of the report of the panel which, at the request of the European Communities, reviewed the compatibility of Section 110(5) of the US Copyright Act,³ as amended by the Fairness in Music Licensing Act of 1998,⁴ with the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights” (OMC, 2001, p. 5)

¹⁴ No original: “On 23 July 2001, the European Communities (EC)¹ and the United States (hereinafter also the “parties”) notified to the Dispute Settlement Body (DSB) their mutual agreement to resort to arbitration pursuant to Article 25 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (hereafter the “DSU”)” (OMC, 2001, p. 5).

¹⁵ Originalmente, “Jurisdiction under article 25 of the DSU to address the issue referred to the arbitrators by the parties”, item II.A da sentença arbitral. (OMC, 2001, p. I)

Por tal razão, as EC requereu autorização para implementar as medidas previstas pelo Artigo 22 do ESC (Compensação e Suspensão de Concessões)¹⁶, ao que os Estados Unidos invocou a utilização do procedimento arbitral do Artigo 22.6. A controvérsia, contudo, foi finalmente resolvida pela negociação entre as partes.

Esse julgado pouco esclarece acerca das disposições do Artigo 25, especialmente pelo fato de ser o único que aborda o tema e aliado ao fato de que foi resolvido por negociação entre as partes. A partir de sua análise e de outros elementos pertinentes ao procedimento tradicional de grupos especiais do OSC, tentar-se-á, a seguir, esboçar alguns elementos que podem explicar a falta de interesse a esse recurso na solução de litígios.

Inicialmente, o primeiro elemento evidente, conforme apontado por Malkawi, como possível fator da não utilização do Artigo 25 do ESC é o fato que “as provisões arbitrais do ESC são muito vagas e incertas para servirem como indicação útil”¹⁷. Ele exemplifica:

o ESC estatui que a arbitragem pode ser utilizada para resolver ‘algumas controvérsias cujas questões de litígio estejam ‘claramente definidas’. No entanto, não está claro que tipos de disputas podem ser submetidas à arbitragem e quais são as questões que devem ser claramente definidas pelas partes. Os redatores do ESC podem ter tido pretendido, como benefício desta ambiguidade, dar flexibilidade aos membros da OMC¹⁸

No entanto, ao mesmo tempo em que essa incerteza pode servir para afastar o interesse das partes em lançar mão desse recurso, também se pode indagar se não existiria uma maior flexibilidade do que quanto ao procedimento dos grupos especiais.

Aliás, como visto no exemplo, o próprio procedimento a ser seguido, assim como o seu cronograma, poderá ser convencionado pelos membros em litígio – e, dificilmente, essa flexibilidade pode ser considerada como uma desvantagem. A possibilidade (em realidade, necessidade) de acordo entre as partes lhes proporciona maior flexibilidade; contudo, ao mesmo tempo, como bem assinalado por Malkawi (2007, p. 184), “cria-se incerteza e

¹⁶“1. A compensação e a suspensão de concessões ou de outras obrigações são medidas temporárias disponíveis no caso de as recomendações e decisões não serem implementadas dentro de prazo razoável. No entanto, nem a compensação nem a suspensão de concessões ou de outras obrigações é preferível à total implementação de uma recomendação com o objetivo de adaptar uma medida a um acordo abrangido. A compensação é voluntária e, se concedida, deverá ser compatível com os acordos abrangidos”.

¹⁷ No original: “The arbitration provisions of the DSU are too vague and uncertain to serve as a useful guidance”. MALKAWI, 2007, p. 193.

¹⁸ No original: “For example, the DSU states that arbitration can be used to settle certain disputes” which concern issues which are “clearly defined”. However, it is unclear what types of disputes should be forwarded for arbitration and what are the issues that are clearly defined by the parties. The drafters of the DSU may have intended a benefit of this ambiguity to be to give WTO members flexibility”. MALWAKI, 2007, p. 183-184.

inconsistência porque as partes não sabem as normas regentes de suas condutas, que podem variar pela casuística”¹⁹.

Com relação à composição do painel, as partes optaram por manter o mesmo corpo julgador que havia formado o grupo especial. Paralelamente, com relação aos árbitros, Moses aponta que “pouco seria apreendido da implementação de um mecanismo mais tradicional de arbitragem no sistema de solução de controvérsias da OMC”²⁰, pois, ainda que a lista de árbitros seja indicada pelo Secretariado da OMC (aqui se alude à diferenciação indicada por Lemes na primeira parte deste trabalho), os painelistas em potencial não estão limitados por essa lista, podendo ser “compostos por pessoas qualificadas, funcionários governamentais ou não” (ESC, Art. 8) (assemelhando-se, portanto, tanto à arbitragem institucional, quanto à arbitragem *ad hoc*).

Apesar disso, vale ressaltar que, para a composição do painel propriamente dito, será o Secretariado que proporá às partes os candidatos a integrantes do grupo especial, e “[a]s partes não deverão se opor a tais candidaturas a não ser por motivos imperiosos” (ESC, Art. 8.5 e 8.6). Sendo assim, verifica-se que não há, em realidade, uma *total* liberdade para a escolha dos painelistas, contrariamente ao que se verifica em no procedimento arbitral.

Com relação à exequibilidade da sentença arbitral, pode-se dizer que igualmente inexistente uma diferença significativa entre o procedimento arbitral do Artigo 25 e aquele do painel e OAp da OMC (MALWAKI, 2007, p. 187), uma vez que ambas as decisões finais serão vinculantes. Gouhua, Mercurio e Yongjie (2005, p. 303) afirmam, contudo, que a decisão do procedimento do Artigo 25 prescindirá do controle do OSC, de modo que a decisão seria automaticamente obrigatória uma vez proferida. Cabe lembrar que, no procedimento tradicional dos painéis, a decisão proferida, seja por estes, seja pelo OAp, deve ser acatada pelo OSC.

Destaca-se, contudo, que esse entendimento foi realizado por um grupo especial, sem a força interpretativa das decisões proferidas pelo colegiado permanente do Órgão de Apelação. Não se descarta que, futuramente, o OAp possa entender diferentemente, dado que não há previsão explícita no Artigo 25 nesse sentido, e determinar a necessidade de controle da decisão pelo OSC. Nesse caso, haveria ainda menos diferença procedimental entre o sistema dos grupos especiais e a arbitragem do Artigo 25.

¹⁹ No original: “Although any parties under Article 25 are given wide discretion, uncertainty and inconsistency are created because parties do not know the rules governing their conduct which can vary on a case-by-case basis.” (MALKAWI, 2007, p. 184).

²⁰ No original: “Here it seems that little could be gained by implementing a more traditional arbitration mechanism in the WTO dispute settlement process”. (MOSES, p. 25).

Com relação à possibilidade de recurso à decisão proferida no procedimento do Artigo 25, não se tem claro a regra a ser aplicada. Por um lado, em atenção ao Artigo 25.4, pode-se realizar uma analogia ao Artigo 22.7, que dispõe que

[a]s partes deverão aceitar a decisão do árbitro como definitiva e as partes envolvidas não deverão procurar uma segunda arbitragem. O OSC deverá ser prontamente informado da decisão do árbitro e deverá, se solicitado, outorgar autorização para a suspensão de concessões ou outras obrigações quando a solicitação estiver conforme à decisão do árbitro, salvo se o OSC decidir por consenso rejeitar a solicitação.

Portanto, à primeira vista compreende-se que a conformidade com a decisão do árbitro deverá ser respeitada de pronto, salvo se contrariamente entendido pelo OSC. Uma tal disposição, sem a possibilidade de recurso ou, por óbvio, de nova instituição de corpo arbitral, pode representar um forte motivo contrário à busca desse recurso pelos Estados.

Apesar disso, dada a vagueza do Artigo 25 e à ausência de casos que possam elucidar a questão, indaga-se se não seria possível que, no acordo submetido pelas partes que descreve o procedimento a ser seguido, os litigantes não poderiam estatuir a possibilidade de recurso, seja ao Órgão de Apelo do MSC ou a outro corpo arbitral.

Por derradeiro, cabe mencionar o elemento psicológico por trás da escolha pelos painéis (em detrimento da arbitragem), mencionado por Jacyk (2007, pp. 113-114): “o costumeiro alto nível de funcionamento sob o regime do ESC tornou atraente a noção do crescente poder dos grupos especiais e do Órgão de Apelação. A lógica é simples – aumentar o poder do julgador trará ainda mais subordinação às suas decisões”²¹. E não apenas isso: trata-se de um procedimento já consolidado, que tem eficácia reconhecida, particularmente dentro dos parâmetros do Direito Internacional. A celeridade também não é problema: o procedimento tradicional, incluindo o recurso ao OAp, dura cerca de quinze meses²². Assim, apesar da flexibilidade, não parece existir uma efetiva vantagem procedimental com relação à arbitragem.

4. CONCLUSÃO

²¹ No original: “Despite the DSB's less than stellar record of resolving disputes between the U.S. and the E.U., the overall high level of compliance under the DSU regime has made attractive the notion of increasing the power of panels and the Appellate Body. The logic is simple - increasing the power of the decision-maker will engender even better compliance with its decisions” (JACYK, 2007, pp. 113-114). Sobre o tema, Malkawi trata ainda da relação da arbitragem e o fenômeno da “americanização” do procedimento jurisdicional do OSC (MALKAWI, 2007, p. 188), abordado com profundidade por Joost Pauwelyn (2004).

²² “If a case runs its full course to a first ruling, it should not normally take more than about one year — 15 months if the case is appealed. The agreed time limits are flexible, and if the case is considered urgent (e.g. if perishable goods are involved), it is accelerated as much as possible.” Fonte: <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/displ_e.htm>. Acesso em 01/09/2014.

Estando previsto dentro do aparato institucional do ESC, o recurso à arbitragem não é, materialmente²³, um recurso muito diferente dos grupos especiais. A diferença é essencialmente formal, pois o procedimento a ser seguido é todo resultante de um acordo entre as partes. Vantagens clássicas da arbitragem internacional, tais como a celeridade (consubstanciada pela possibilidade de se acordar acerca de um cronograma diferente daquele previsto para o procedimento judicante tradicional) e a possibilidade de escolha de árbitros, são mantidas no procedimento do Artigo 25.

Justamente por não diferir, procedimentalmente, da arbitragem *fora* do âmbito da OMC, não se exclui a possibilidade do recurso arbitral interestatal através da arbitragem *ad hoc* ou institucionalizada (a exemplo da Câmara de Comércio de Paris, que possui seu próprio sistema de arbitragem²⁴).

Relativamente ao acordo entre as partes no tocante à utilização da arbitragem, ainda que tenha por corolário as vantagens acima descritas, é também evidente desvantagem, talvez a mais contundente. Se um membro pode acionar automaticamente um sistema de resolução de controvérsias já consolidado e efetivo sem depender do consentimento da outra parte, as vantagens procedimentais (já que as diferenças de regras aplicáveis não são relevantes) precisariam ser substanciais, o que, como descrito acima, não se verifica.

Outra questão que parece ser de fundamental pertinência nesta análise é a impossibilidade de recurso às sentenças arbitrais, que garante o direito ao duplo grau de jurisdição em nível internacional. Nesse aspecto, o sistema de painéis, com possibilidade de recurso ao Órgão de Apelação, mostra-se a opção menos arriscada para, pelo menos, a parte demandada (presumindo-se que sua conduta esteja de fato inadequada ao sistema), salvo se ambas não desejem prolongar o litígio. Contudo, como ainda não clarificado pela casuística do MSC/OMC, indaga-se se seria possível que as partes acordem alguma possibilidade de recurso, inclusive possivelmente ao Órgão de Apelação do mecanismo, após a decisão concebida no seio do Artigo 25. Evidente que uma tal resolução, contudo, desvirtuaria o propósito do acordo inicialmente realizado.

Considerando a possibilidade de os Estados recorrerem à arbitragem internacional fora do âmbito da OMC, da mesma maneira em que o Artigo 25 lhes concede a prerrogativa de o fazer dentro do âmbito da OMC, observa-se que referido dispositivo foi concebido

²³ *Materialmente* no sentido do aparato normativo aplicável à resolução da controvérsia, em contraponto às formalidades do procedimento.

²⁴ A Corte Internacional de Arbitragem é um dos institutos da Câmara de Comércio de Paris. Conforme disposto no Artigo 1.1 do regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris, “A Corte Internacional de Arbitragem (a “Corte”) da Câmara de Comércio Internacional (a “CCI”) é o órgão independente de arbitragem da CCI”.

unicamente para conceder aos Estados, formalmente, a opção desse procedimento. Assim sendo, ainda que expressamente prevista pelo ESC, a arbitragem como procedimento alternativo àquele tradicionalmente utilizado no âmbito da OMC de fato não se mostra particularmente atraente aos Estados litigantes, que já contam com um método compulsório, célere e eficaz de resolução de controvérsias, ainda que não tenham (e talvez justamente por isso), neste último, a flexibilidade do Artigo 25.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORN, Gary B.. Introduction to International Arbitration. In: BORN, Gary B.. **International Arbitration: Cases and Materials**. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2010. p. 1-86. Disponível em: <http://www.aspenpublishers.com/AspenUI/SampleChaptersPDF/625.pdf>. Acesso em 28/06/2014..

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. **Regulamento de Arbitragem**. 2012. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution-Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-PORTUGUESE-version/>. Acesso em: 19 ago. 2014.

GUOHUA, Yang; MERCURIO, Bryan; YONGJEE, Li. **WTO Dispute Settlement Understanding: A Detailed Interpretation**. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

JACYK, David William. **Arbitration in WTO Disputes: the forgotten alternative**. 2007. Vancouver: University of British Columbia. Disponível em: <https://circle.ubc.ca/handle/2429/32137>. Acesso em 02.09.2014.

JACKSON, John H.. The Role and Effectiveness of the WTO Dispute Settlement Mechanism. In: **Climate Change, Trade, and Competitiveness: Is a Collision Inevitable?**. Brookings Trade Forum, p.179-219, 2000. Disponível em: http://muse.jhu.edu/journals/brookings_trade_forum/v2000/2000.1jackson.pdf. Acesso em: 05 set. 2014.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Estudo Comparativo entre o Grupo Especial (Panel) da OMC e um Tribunal Arbitral**. 2008. Disponível em: [http://cacb.org.br/mediacao_arbitragem/artigos/Arbitragem na OMC - Estudo Comparativo - Por Selma Lemes.pdf](http://cacb.org.br/mediacao_arbitragem/artigos/Arbitragem%20na%20OMC%20-%20Estudo%20Comparativo%20-%20Por%20Selma%20Lemes.pdf). Acesso em: 02 set. 2014.

MALKAWI, Bashar H.. Arbitration and the World Trade Organization. *Journal Of International Arbitration: The Forgotten Provisions of Article 25 of the Dispute Settlement Understanding*. **Journal Of International Arbitration**, The Netherlands, v. 2, n. 24, p.173-188, fev. 2007.

MOSES, Jack. **International Arbitration (Or Lack Thereof) In the WTO**. Disponível em: <http://jakemoses.com/files/WritingSample3.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2014.

PAULSSON, Jan. International Arbitration is not Arbitration. **Stockholm International Arbitration Review**, Estocolmo, v. 2, n. 1, p.1-20, fev. 2008. Disponível em: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12331138275470/siar_2008-2_paulsson.pdf. Acesso em: 02 set. 2014.

PAUWELYN, Joost. The Limits of Litigation: 'Americanization' and Negotiation in the Settlement of WTO Disputes. **Ohio State Journal On Dispute Resolution**, Ohio, v. 1, n. 19, p.121-139, nov. 2004. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=477590>.

_____. **The Use, Non-use and Abuse of Economics in WTO and Investor-State Dispute Settlement**. 2013. Disponível em:

<http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/ctei/shared/CTEI/Pauwelyn/Publications/Economics_in_WTO_final_ssrn.pdf>. Acesso em: 02 set. 2014.
Acesso em: 01 set. 2014.

VAN DEN BOSSCHE, Peter. **The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials**. 2005. New York: Cambridge University Press.

ZEKOS, Georgios I.. Arbitration as a Dispute Settlement Mechanism Under UNCLOS, the Hamburg Rules, and WTO. **Journal Of International Arbitration**, The Netherlands, v. 5, n. 19, p.497-504, fev. 2002.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

_____. **Entendimento relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias**. 1994. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/temas/temas-multilaterais/copy_of_desenvolvimento-comercio-e-financas/organizacao-mundial-do-comercio/solucao-de-controversias/cgc/entendimento-relativo-as-normas-e-procedimentos-sobre-solucao-de-controversias>. Acesso em: 18 ago. 2014.

_____. **Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes**. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm#25>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. **United States — Section 110(5) of US Copyright Act**. 2001. Disponível em: <jurisdi>. Acesso em: 18 ago. 2014.

_____. **United States - Section 110(5) of the US Copyright Act: Recourse to the Article 25 of the DSU**. 2001. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2003/november/tradoc_114291.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2014.

_____. **Dispute DS160: United States — Section 110(5) of US Copyright Act**. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm>. Acesso em: 26 ago. 2014.